



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO®

■ ESTUDIOS

Derecho Constitucional
Derecho Administrativo
Derecho Internacional
Historia del Derecho
Derecho Comercial
Derecho Procesal
Derecho Penal
Derecho Civil

■ RECENSIONES

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

REVISTA CHILENA DE DERECHO®

Pontificia Universidad Católica de Chile

COMITÉ EDITORIAL

Enrique Alcalde Rodríguez (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Etienne Picard** (Universidad de París I, Panthéon - Sorbonne) - **Félix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **Pierre Bon** (Universidad de Pau, Francia) - **Bernardino Bravo Lira** (Universidad de Chile) - **Amelia Castresana** (Universidad de Salamanca, España) - **José Luis Cea Egaña** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Hernán Corral Talciani** (Universidad de los Andes) - † **Enrique Cury Urzúa** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Ramón Domínguez Águila** (Universidad de Concepción) - **Carmen Domínguez Hidalgo** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Arturo Fernandois Vöhringer** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Alejandro Guzmán Brito** (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) - † **Franck Moderne** (Universidad de París I, Francia) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **Johann Christian Pielow** (Universidad de Bochum, Alemania) - **Alejandro Romero Seguel** (Universidad de los Andes) - **Francisco Samper Polo** (Universidad de Santiago de Chile) - **Jürgen Samtleben** (Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht Hamburg) - **Torsten Stein** (Universität des Saarlandes, Alemania) - **Andreas Wacke** (Universität zu Köln, Alemania) - **Arturo Yrarrázaval Covarrubias** (Pontificia Universidad Católica de Chile).

Director

Álvaro Paúl Díaz

Cristóbal García-Huidobro Becerra

Coordinador General

José Erick Chávez Marín

Francisco Rubio Varas

Ayudantes de Redacción

Américo Ibarra Erpel

Luciano Zúñiga García

Ayudantes de la Edición Electrónica

Pía Ruiz-Tagle Donoso

Community Manager y Ayudante

María José Gómez Álvarez

Bibliotecóloga de Investigación y Publicación

Andrea Valenzuela Niemann

Secretaria de la Revista

La Revista Chilena de Derecho es una publicación cuatrimestral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su principal objetivo es difundir la ciencia del Derecho, siguiendo el ethos de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Esta Revista ha contado con el apoyo del Fondo de Publicaciones Periódicas de Bibliotecas UC.

La Revista se encuentra indexada en los siguientes índices de citación y bases de datos bibliográficas:

Índices de impacto: Journal Citation Reports.

Social Sciences Edition (JCR), SCImago Journal & Country Rank (SJR). Bases de datos bibliográficas: Web of Sciences - Social Sciences Citation Index, Scopus - Social Sciences & Humanities, JSTOR, HeinOnline, Dialnet, DOAJ, Latindex (catálogo y directorio) y Scielo-Chile.

La Revista Chilena de Derecho® es una marca registrada. ISSN 0716-0747 (versión papel)

ISSN 0718-3437 (versión on-line en <http://www.scielo.cl>)

ISBN 978-956-14-1515-7

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Casilla 114-D. Santiago 1, Chile.

Teléfonos: (56-2) 2354-2964

Correo electrónico de la Redacción: redaccionrhd@uc.cl

Ventas y suscripciones: ventasrhd@uc.cl

<http://ojs.uc.cl/index.php.Rchd>

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_serial&pid=0718-3437&lng=es&nrm=iso

ÍNDICE

Volumen 47 N° 2

■ EDITORIAL

PAÚL D., Álvaro: *Avances del último año en la Revista* [V-VII]

■ ESTUDIOS

Derecho Constitucional

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro: *La jurisdicción de los derechos: legislador y juez a la luz del concepto clásico de determinatio* [331-357]

Derecho Administrativo

CORDERO Q., Eduardo: *El plazo en la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas ante el principio de proporcionalidad* [359-383]

Derecho Internacional

BERGANZA, Isabel; BLOUIN, Cécile; FREIER, Luisa Feline: *El elemento situacional de violación masiva de derechos humanos de la definición ampliada de Cartagena: hacia una aplicación en el caso venezolano* [385-410]

Historia del Derecho

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis: *El origen y la evolución de la extinción del saldo insoluto como resultado del concurso en el discurso anglosajón y su incorporación en la legislación chilena de quiebras de 1929* [411-435]

BOCKSANG HOLA, Gabriel: *Derechos adquiridos y retroactividad en el derecho público chileno: los debates derivados de la Ley de Instrucción de 1879* [437-457]

Derecho Comercial

JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo T.: *El arbitraje concursal en Chile: revisión crítica de su ambigua regulación en la Ley N° 20.720* [459-478]

Derecho Procesal

LARROUCAU TORRES, Jorge: *La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales* [479-511]

Derecho Penal

MORALES PEILLARD, Ana María; SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián: *Fundamento político-criminal y naturaleza jurídica de las penas alternativas en Chile* [513-541]

Derecho Civil

PIZARRO WILSON, Carlos: *La noción y función de la exigibilidad para la fijación del punto de partida de la prescripción extintiva de las obligaciones* [543-563]

RECART APFELBECK, Joaquín: *Sobre el conocimiento del comprador, antes de la firma del contrato o del cierre, de la falsedad de las declaraciones y garantías* [565-588]

■ RECENSIONES

CHIA, Eduardo: *Tamanaha, Brian (2017): A Realistic Theory of Law (Cambridge, Cambridge University Press) 202 pp.* [589-592]

DELOOZ BROCHET, BENOÎT: *Bigler, Olivier y Gonin, Luc (2018): Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) (Berne y Paris, Ediciones Stämpfli y LexisNexis) 860 pp.* [593-594]

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás: *Ranieri de Cechini, Débora (2019): Los crucifijos en los espacios públicos: un estudio desde el derecho comparado (Buenos Aires, EDUCA) 358 pp.* [595-597]

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CÁRDENAS POVEDA, Margarita; SUÁREZ OSMA, Ingrid: *El Consejo de Estado colombiano como juez de convencionalidad* [599-620]



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

EDITORIAL

AVANCES DEL ÚLTIMO AÑO EN LA REVISTA

Ha pasado ya un año desde mi primer editorial en la Revista Chilena de Derecho, y es pertinente que el actual repase los avances de este último año. Antes de empezar, hago presente que la Revista estaba muy bien manejada y exhibía muchos logros de las administraciones pasadas, como estar indexada en SciELO, Scopus y *Web of Science*. Por ello, los avances de este año no son más que una profundización en la dirección de profesionalismo que otros ya habían iniciado. Sin perjuicio de esto, un nuevo integrante de un equipo siempre podrá cuestionar prácticas que antes se aceptaban como algo dado. En consecuencia, hemos hecho varias reformas con la finalidad de hacer algunos procesos más eficientes, tales como actualizar nuestras normas editoriales, estandarizar la correspondencia, implementar sistemas de trabajo en línea y reformar algunos procesos de la revisión de artículos.

También en cuestiones de procedimiento, hemos procurado llevar a la práctica una modificación contractual que sugerí al director anterior. Ocurre que, para publicar estudios, la Revista suele requerir que entre dos y cinco pares acepten evaluar los trabajos. A pesar de que se remunera la labor de arbitraje, es difícil encontrar académicos que acepten llevar adelante la tarea que se les pide (o que la lleven adelante adecuadamente¹). Por eso, para encontrar estos dos a cinco árbitros, debemos preguntarle a entre dos y ocho personas que revisen los trabajos. Como es posible imaginar, la tarea de reemplazar árbitros genera gran demora en el proceso editorial. Por ello, modificamos el contrato de edición, de modo que quienes publican estudios en la Revista estén ahora obligados a arbitrar tres artículos sin derecho a remuneración, antes de volver a enviarnos un trabajo para su consideración. Nosotros llevamos ya un tiempo pidiéndole a autores que arbitren sin esta remuneración, lo que le ha reducido costos a la Revista, y también envía la señal de que tanto editores como autores tenemos que trabajar juntos para que la publicación académica sea posible, evitando así que autores operen como *free riders*.

Otra modificación procedimental que hicimos fue adoptar la práctica de rechazar en forma previa al envío a arbitraje, aquellos trabajos que claramente no cuentan con la calidad necesaria para ser publicados en la Revista Chilena de Derecho, o que no cuentan con características que el Comité Editorial ha venido considerando indispensables para los trabajos de la Revista, por ejemplo, que puedan ser de interés de un público amplio o internacional². Esta práctica tiene solo efectos positivos. Por una parte, le ahorra a los autores tener que esperar por el resultado de un proceso de arbitraje que toma bastante tiempo, y que en su caso terminaría indefectiblemente con una calificación negativa. Por otra, evita que los árbitros pierdan tiempo evaluando artículos que no tienen ningún destino, pues como árbitro, resulta molesto evaluar trabajos que debían haber sido rechazados durante el proceso editorial. Por último, este cambio es bueno para la Revista, tanto por el ahorro que

¹ Sobre lo que se espera en los arbitrajes, véase GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2017): "Editorial", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 3: 625-627.

² GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2018): "Editorial", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 1: 5-6.

significa en honorarios de árbitros, como por impedir que trabajos de mala calidad sean publicados por tener la suerte de ser arbitrados por pares poco exigentes, con el consiguiente desprestigio de la Revista.

Ahora, para referirnos a las reformas más sustanciales, es preciso recordar los tres ejes principales que nos propusimos para esta gestión, y que describimos en nuestra primera editorial: entrar de lleno en la era digital, aumentar nuestro índice de impacto, e incursionar en el mundo anglosajón. En lo referente al primero de estos ejes, hemos logrado muchos avances. El más útil para estos tiempos de pandemia –donde es imposible que muchos trabajadores se desplacen a sus lugares de trabajo (incluyendo a las imprentas)– fue haber limitado la impresión de la Revista solo para quienes la encarguen, reconociendo así que la mayoría de nuestros lectores utilizan nuestra versión digital. Con ello, evitamos imprimir números que finalmente había que liquidar, y somos más conscientes con el medio ambiente. Además, este cambio le significa un ahorro considerable a la Facultad de Derecho.

También en este primer eje, fue relevante migrar –con el imprescindible apoyo del Sistema de Bibliotecas de nuestra Universidad– a una versión más reciente del *software* de manejo de trabajos, pues se trata de un sistema más seguro y con más funcionalidades. Dentro de éstas, la más importante es que nos permite publicar directamente nuestros trabajos, sin tener que seguir la práctica que tenía la Revista de esperar que la página web de SciELO los publicara (lo que demora, pues los trabajos deben ser previamente objeto de marcaje), para luego enlazar nuestra página con dicho repositorio. Además, este sistema nos permitió un cambio que se estrenó con este número de la Revista: empezar a publicar los artículos en nuestra página antes de contar con todos los artículos que se publicarían en un número. Este avance es de particular importancia, porque nos permitirá responder más prontamente al deseo de los autores de ver publicado su trabajo, y dar a conocer artículos en una fecha más próxima a su redacción, haciendo que ellos sean más oportunos. Además, atendido que los índices de impacto suelen tener en consideración las citas hechas en los primeros dos años desde la publicación de un número, podría aumentar el impacto de cada artículo.

Por otro lado, contar con un sistema de manejo de artículos más eficiente nos dio motivos para unificar la página web de la Revista. En efecto, antes la Revista tenía una página web que daba información, y otra que servía para procesar los trabajos. Esta división de funciones no impedía que hubiera secciones de información que se repetían, haciendo más difícil actualizar la información en los distintos enlaces de páginas web que, en ocasiones, parecen laberintos. Por otro lado, los autores requerían de más *clicks* para poder someter su trabajo a consideración. Hoy, en cambio, eliminamos la página web de la Revista menos funcional, de modo que toda nuestra información esté en la página de gestión de trabajos. Desafortunadamente, ha habido un par de elementos negativos en este cambio. Por una parte, nuestros lectores y autores tuvieron que tener paciencia durante el proceso de migración de un sistema de gestión de trabajo a otro, pero afortunadamente ese proceso ya está terminado. Por otra parte, la imagen de nuestra página web informativa era más agradable que la de la página más funcional, pero ésta aún puede mejorarse –dentro de los límites que impone el formato del sistema de gestión de trabajos–.

En relación con nuestro segundo eje, el de aumentar el índice de impacto de la Revista, esperamos que un par de las modificaciones ya descritas tengan alguna influencia en este objetivo. Por una parte, el rechazo de trabajos en forma previa a su consideración por árbitros tendrá el efecto de evitar que manuscritos de escasa calidad e impacto se vean publicados en nuestra revista. Además, hemos adoptado la política de que los autores no puedan volver a someter a la Revista los trabajos que han sido rechazados en dos ocasiones por los árbitros. Con ello también evitamos que trabajos de una calidad discutible se cue-len por el proceso editorial. Por último, la publicación anticipada de los trabajos en nuestra página web debiera influir en que nuestros artículos sean más oportunos y citados. En este punto, hacemos presente que la publicación anticipada se está realizando con los números de página definitivos, de modo que los autores puedan presentarlos a sus colegas, tal cual se verán en su versión final. Además, estamos incluyendo más información relevante y definitiva en la primera página de los artículos: ya incorporamos una referencia a los derechos de autor de *creative commons*, al código Orcid y, próximamente, al número DOI. Todo lo anterior nos exige estar en un constante trabajo de edición, pero ello servirá para evitar errores de último minuto en la publicación del número completo. En este punto, implementamos también un sistema según el cual le enviamos a los autores la prueba de imprenta en formato PDF, para que ellos nos puedan indicar si existe algún error significativo, lo que evitará que los autores se lleven sorpresas en la edición impresa. Pensamos que la mayor selección de trabajos y su publicación anticipada debieran tener efectos en nuestro índice de impacto, pero ello lo sabremos solo en unos dos años.

En relación con el tercer eje, el de adentrarnos en el ámbito anglosajón, hemos avanzado bastante en los presupuestos indispensables para comenzar a hacerlo. Estos son: contar con la traducción de muchos de nuestros instrumentos de trabajo, tales como nuestras normas editoriales, el Manual de normas éticas, los contratos y otros documentos. Además, nos hemos preocupado de que los enlaces de nuestra página web a los correspondientes sitios en inglés estén funcionales. Ahora, de las acciones propuestas, solo nos falta ingresar a algunos sistemas de distribución de manuscritos en inglés. Esperemos que estas acciones puedan ayudar a que la Revista pueda empezar a ser considerada también en dicho mundo.

Termino esta editorial agradeciéndole a todos quienes trabajan en la Revista, por su dedicación y compromiso, sin el cual ninguno de estos avances sería posible. Que Dios les pague su esfuerzo.

ÁLVARO PAÚL D.
*Director de la Revista Chilena de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile*

LA JURISDICCION DE LOS DERECHOS: LEGISLADOR Y JUEZ A LA LUZ DEL CONCEPTO CLÁSICO DE *DETERMINATIO*

ABOUT JURISDICTION OF RIGHTS: LEGISLATOR AND JUDGE IN THE LIGHT OF THE CLASSIC CONCEPT OF DETERMINATIO

LUIS ALEJANDRO SILVA IRARRÁZAVAL*

RESUMEN: El artículo tiene por objeto rescatar la importancia del concepto clásico de *determinatio* para contener la fuerza expansiva de la garantía judicial de los derechos fundamentales. La naturaleza de estos derechos exige un juicio prudencial que determine primariamente su alcance práctico, esto es, lo que generalmente mandan, prohíben o permiten. Este juicio prudencial se corresponde mejor con un razonamiento político (*determinatio* legislativa) que un razonamiento jurídico (*determinatio* judicial), porque la determinación primaria del contenido de los derechos fundamentales depende más de un discurso de la razón natural que de la razón artificial, propia de los operadores técnico-jurídicos. En consecuencia, sería el legislador a través de la norma positiva, el responsable de fijar primariamente los límites de los derechos fundamentales, y tocaría al juez sujetarse a dichos límites. Al arrogarse los jueces autoridad para proteger los derechos al margen o en contra de la ley, abandonan el tipo de razonamiento que es característico de la prudencia judicial (*prudentia iuris*), por uno que es propio de la prudencia política (*prudentia legis*).

Palabras clave: Derechos fundamentales; *determinatio*; separación de los poderes.

ABSTRACT: This paper retrieves the importance of the classic concept of *determinatio*, as a key to restraining the expansive force of fundamental rights when judicially enforced. The very same nature of fundamental rights requires a prudential judgment so as to determine their legal scope, that is what they generally command, permit or prohibit. Such prudential judgement belongs to the political authority in the exercise of its legislative function, because it corresponds better with a discourse grounded on natural reasoning than with the artificial reasoning which is proper to the legal discourse. Thus, when the Judiciary protects fundamental rights at the expenses of the legal order, either ignoring or contradicting statutory law, he practices a kind of reasoning that is not judicial in nature but political.

Keywords: Fundamental rights; *determinatio*; separation of powers.

* Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes, Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Chile. Código Orcid 0000-0003-3404-7707. Dirección postal: Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago-Chile. Dirección electrónica: lsilva@uandes.cl. Este artículo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N° 1161334. Debo agradecer al profesor de la Universidad de Navarra, Fernando Simón Yarza, por sus valiosas aportaciones al trabajo, que ayudaron decisivamente a ampliar su alcance y su base bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

¿Por qué el juez habría de garantizar los derechos fundamentales según las directrices fijadas por el legislador en la ley? En una época en que los derechos fundamentales son percibidos precisamente como una defensa contra el poder, los jueces disfrutaban –quizá como nunca antes– de libertad para determinar el contenido de los derechos fundamentales al margen de o contra la ley¹. El objetivo de este artículo es desarrollar un argumento para acotar esa libertad del juez, demostrando que la determinación del contenido de los derechos fundamentales es una función de naturaleza política –que no judicial– y que, por lo tanto, el legislador es más idóneo que el juez para realizarla.

Hoy en día, es un lugar común en las sociedades occidentales afirmar que los derechos humanos constituyen el fundamento de la legitimidad de nuestros ordenamientos. Grandes juristas y iusfilósofos han proclamado, a lo largo de las últimas décadas, que vivimos en “la era de los derechos”² y hablamos “la lengua de los derechos”³. Un hito en la internacionalización de este discurso fue marcado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas hace sesenta años. Merced a la Declaración, el catálogo de derechos humanos ha venido a erigirse en el lugar axiológico central de un número creciente de ordenamientos. Consecuentemente, los principios jurídicos superiores, sobre cuyas bases habría de asentarse el resto del Derecho, se han concentrado en las exigencias del individuo frente al poder público⁴.

Intensificado muy por encima de lo que los redactores de la Declaración pudieron prever, el tinte individualista que el discurso de los derechos ha cobrado en las últimas décadas ha dado lugar a argumentadas críticas⁵. Con todo, ello no nos impide insistir en que una interpretación cabal de los mismos permite identificarlos con principios éticos universales, esto es, con principios de ley natural o de razón práctica⁶. Este hecho lleva consigo algunas implicaciones para la teoría y la práctica constitucionales que, desgraciadamente, tienden a ser ignoradas por muchos juristas.

Se halla extendida, desde luego, una vaga convicción de que existe un “ámbito político” en lo que respecta a la implementación de los derechos, al margen del cual deben permanecer los jueces. Este convencimiento, sin embargo, apenas es articulado con claridad y precisión, y en tantas ocasiones está movido por meros intereses políticos ligados al resultado de un caso concreto más que por una reflexión teórica. Aunque los constitucionalistas

¹ Entre las causas de este fenómeno debe anotarse la transformación del concepto de Constitución, como la describe FAVOREAU (2001).

² HENKIN (1990); BOBBIO (1990).

³ GARCÍA DE ENTERRÍA (2009).

⁴ Este resultado se explica, al menos en parte, como reacción a las concepciones colectivistas. Como afirmó durante el mismo proceso de elaboración de la Declaración Universal, uno de sus principales redactores, el profesor libanés Charles H. Malik, “el riesgo más profundo de la época” venía planteado por el colectivismo, el cual exige “la extinción de la persona humana como tal, en su misma individualidad e inviolabilidad últimas”. GLENDON (2001) p. 39.

⁵ GLENDON (1991).

⁶ Para una exposición más amplia sobre el concepto clásico de ley natural como razón práctica, RHONHEIMER (2011); en especial las pp. 261 y ss. También SIMÓN (2017a) pp. 29-50.

perciben la existencia de una confusión de tareas judiciales y legislativas, es difícil definir con claridad dónde reside y cuáles son sus causas. Este trabajo aspira a contribuir –aunque sea parcialmente– al esclarecimiento de ella, desarrollando el contenido de un concepto de filosofía política conocido como *determinatio* legislativa. Se trata, en definitiva, de comprender mejor cuál es la institución más idónea para cumplir la función de determinar primariamente el significado de los derechos fundamentales, si el juez o el legislador.

El artículo se estructura en tres partes, además de la Introducción y la Conclusión. En la primera de ellas, *Los derechos humanos como “higher law”*, hemos procurado fijar el lugar que ocupan los derechos humanos en el razonamiento práctico sobre la justicia, amparándonos tanto en la historia de la Declaración Universal de Derechos Humanos como en la tradición occidental clásica del pensamiento ético. La conclusión a la que llegamos es que se identifican con los primeros principios de la razón práctica, esto es, con los bienes humanos básicos, evidentes en sí mismos, que dan forma a la realización humana y determinan el comportamiento de cualquier agente racional. A partir de ahí, la sección siguiente –*El derecho positivo como determinatio de los derechos humanos*– explica cómo todo el derecho positivo constituiría una implementación o *determinatio* de estos bienes básicos. Este proceso de *determinatio* no tiene ni debe tener, a nuestro juicio, un carácter técnico-judicial. No ha de basarse propiamente en la razón artificial del Derecho, que es propia de los operadores jurídicos (y de los jueces, particularmente), sino que debe estar guiado por la prudencia política. La *determinatio* de los derechos humanos no ha de sobredimensionar, además, ningún interés particular concreto, sino que debe ser guiada por el bien común, del que dependen los derechos humanos de toda la colectividad. La tercera sección busca responder la pregunta *¿A quién corresponde la determinatio?*, y desarrolla un argumento para justificar que la tarea de precisar el contenido de los derechos fundamentales primariamente, se aviene mejor con la función legislativa que con la judicial, de la que derivaría una cierta preeminencia del legislador sobre el juez.

2. LOS DERECHOS HUMANOS COMO *HIGHER LAW*

La necesidad de precisar el contenido de los derechos fundamentales, ya sea para un caso en particular, ya para la generalidad de los casos, es una premisa de este trabajo. Esta necesidad respondería a la naturaleza de los mismos, los cuales, en cuanto bienes humanos básicos, admiten una variedad amplísima de concreciones según las circunstancias. Así pues, para justificar la necesidad de una *determinatio* de los derechos fundamentales, así como para defender una relativa preeminencia de la *determinatio* legislativa por sobre la judicial, es preciso decir algo acerca de los derechos fundamentales en el marco del razonamiento práctico sobre la justicia. Este es el propósito de la presente sección.

A lo largo de la historia, la idea de un *higher law*, de una “ley natural” a la que debe someterse el entero orden jurídico-positivo, ha cobrado expresión en numerosas civilizaciones a través de conceptos diversos. En un conocido ensayo, C. S. Lewis englobaba todas estas categorías de culturas y tradiciones milenarias de diversos puntos del planeta (*physei dikaion*, *lex naturae*, *Tao*, *dharma*, etc.) bajo la simple etiqueta de “doctrina de la objetivi-

dad del valor”⁷. Lewis alertaba en su ensayo sobre la penetración del subjetivismo moral en los estratos medios de la cultura; entre las élites jurídicas, sin embargo, la reivindicación de la objetividad de los valores había decaído ya con el positivismo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX.

Tras la Segunda Guerra Mundial, no obstante, la idea de unos valores objetivos resurgió encarnándose en la doctrina contemporánea de los derechos humanos. Heredera de la moderna teoría de los derechos naturales –formulada principalmente por John Locke y explícitamente preconizada por los principales textos constitucionales revolucionarios⁸–, también la Declaración Universal de los Derechos Humanos se apoyó en la mencionada “objetividad del valor”. Más aún, la Declaración fue expresamente objeto de una discusión filosófica fundamental en la UNESCO que puso de manifiesto la común percepción, en diferentes culturas, de los derechos como valores básicos objetivos. Creado en 1947 por la UNESCO con el propósito de reflexionar sobre los fundamentos de la Declaración que se estaba gestando en el seno de la Comisión de Derechos Humanos, el Comité sobre las Bases Teóricas de los Derechos Humanos envió un cuestionario a grandes pensadores de las distintas tradiciones filosóficas y religiosas del planeta para que pudiesen exponer su punto de vista acerca de una Declaración universal de derechos, cuestionario que dio lugar a un informe de enorme interés.

Entre los aspectos que conviene destacar del informe, llama la atención la disposición de intelectuales provenientes de tradiciones no occidentales a acoger el discurso de los derechos humanos. En efecto, varios encuestados señalaban que, aunque tal discurso hubiese sido forjado en Occidente, en sus propias tradiciones se reconocían, de un modo u otro, los fundamentos para afirmar un catálogo de derechos. Desde la tradición china, por ejemplo, se explicó que, en el confucianismo, el “cumplimiento del propio deber para con el prójimo, más que la reivindicación de derechos”, constituye el concepto ético básico. Ello no impediría, sin embargo, reconocer en la tradición confucionista una “actitud favorable respecto a los demás hombres en cuanto que tienen las mismas aspiraciones, y por lo tanto los mismos derechos”⁹. Algo parecido ocurre con las tradiciones budista e hinduista. Aun-

⁷ LEWIS (2001) p. 18.

⁸ En la doctrina lockeana, el fin de la autoridad pública es la protección de los derechos naturales del hombre (LOCKE (1690) § 137, p. 78). Sin perjuicio de sus orígenes más remotos, el énfasis en los derechos naturales más que en la propia ley natural objetiva es típicamente moderno y, de acuerdo con autores como STRAUSS (1953) p. 165, encuentra en LOCKE su mayor exponente en la génesis del Constitucionalismo. En el Constitucionalismo americano, la doctrina de los derechos naturales del hombre encuentra una expresión inequívoca, por ejemplo, en las “*self-evident truths*” reconocidas por la Declaración de Independencia, así como en las convicciones ampliamente compartidas por los *Founding Fathers*. De hecho, uno de los argumentos que se esgrimieron inicialmente para no reconocer un catálogo de derechos fue, precisamente, el de evitar restringir –en virtud del principio: *inclusio unius est exclusio alterius*– el alcance de los derechos naturales (*The Federalist Papers*, § 84). Posteriormente, esta dificultad sería solventada con una referencia, en la IX Enmienda, a la vigencia de los derechos no expresamente reconocidos (*non-enumerated rights*). Acerca del iusnaturalismo que subyace al Constitucionalismo norteamericano, CORWIN (1928) pp. 149-185. La misma convicción iusnaturalista se encuentra, por lo demás, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), cuyo artículo 2, por ejemplo, afirma expresamente que “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”.

⁹ CHUNG-SHUN LO (1948) p. 187.

que no encontremos en ellas una teoría equivalente a la doctrina occidental de los derechos naturales, tanto Buda como Manu afirmaron la existencia de libertades y virtudes esenciales para una vida digna, y propusieron –según explicaba el politólogo S. V. Puntambekar en sus respuestas al cuestionario– un código de diez libertades y virtudes fundamentales¹⁰. Como ha enfatizado Mary Ann Glendon, “los resultados de la encuesta de la UNESCO fueron muy alentadores: indicaban que los principios subyacentes al borrador de la Declaración estaban presentes en muchas tradiciones culturales y religiosas, aunque no siempre expresados en términos de derechos”¹¹. Y es que, como ha señalado John Finnis, el discurso de los derechos humanos “constituye un simple modo de esbozar los perfiles del bien común, de los diversos aspectos del bienestar individual en la comunidad”¹².

La universalidad del consenso alcanzado en torno a los derechos humanos pone de manifiesto, en el fondo, el carácter básico de los principios que estaban en juego. Conforme a la tradición aristotélico-tomista, los primeros principios universales de la ley moral natural son evidentes en sí mismos y se corresponden con los bienes objeto de las inclinaciones básicas del ser humano¹³. En la medida en que los derechos humanos se identifican con esos bienes, esenciales para la realización humana, pueden considerarse como principios fundamentales de la ley natural. No es de extrañar, pues, que su reconocimiento sea anterior a la reflexión sobre su propia justificación teórica, como se desprende de una conocida anécdota narrada por Jacques Maritain. Activo miembro del “comité de filósofos” de la UNESCO, el pensador francés explicaba que, ante el asombro de cierto visitante a un *meeting* de la Comisión de Derechos Humanos por el acuerdo al que llegaban personas de procedencias tan diversas, los vocales replicaron: “Sí, estamos de acuerdo sobre los derechos, pero a condición de que nadie nos pregunte por qué”¹⁴.

En relación con el propósito de este artículo, lo recién señalado tiene una doble implicación en la que es preciso reparar:

En primer lugar, si los derechos humanos *stricto sensu* –esto es, abstracción hecha de las reglas concretas, normalmente procesales, que suelen incorporar los catálogos de derechos– recogen bienes objeto de inclinaciones humanas básicas –vida, sociabilidad humana, salud, intimidad, conocimiento, religión, etc.–, todo el derecho positivo está llamado a realizarlos. Sucede entonces que, en sus implementaciones concretas, los derechos humanos lo impregnan prácticamente todo, o lo que es lo mismo, son prácticamente todo en el ordenamiento jurídico.

Al mismo tiempo, sin embargo, los derechos humanos no dan ninguna indicación concreta acerca de las exigencias particulares en que se traducen. Si el ordenamiento entero es implementación de los derechos humanos, y si las prohibiciones universales y absolutas que estos puedan trazar, válidas *semper et ad semper*, no pasan de ser un extremo insignificante, sucede entonces que, en su consideración puramente abstracta, los derechos huma-

¹⁰ PUNTAMBEKAR (1948) p. 187.

¹¹ GLENDON (2001) p. 76.

¹² FINNIS (2011a) p. 214.

¹³ *S. Th.*, q. 79, a. 12; *S. Th.*, I-II, art. 94, a. 2 y a. 6; y *Et. Nic.*, VI, 1141a.

¹⁴ MARITAIN (1948) p. I.

nos no permiten concluir prácticamente nada, o lo que es lo mismo, no son prácticamente nada en el ordenamiento jurídico.

En un conocido ensayo, Ronald Dworkin afirmó que, en relación con los principios constitucionales –en especial con los derechos– se daba una curiosa paradoja: “todos están de acuerdo en que la Constitución prohíbe ciertas formas de legislación”, pero “ni los jueces del Tribunal Supremo, ni los expertos en Derecho constitucional, ni los ciudadanos ordinarios pueden ponerse de acuerdo sobre lo que prohíbe exactamente”¹⁵. Después de examinar el lugar que ocupan los derechos humanos en el conjunto de la racionalidad práctica, debemos ser todavía más incisivos que Dworkin: en rigor, la causa de la discrepancia se debe a que los derechos básicos, en su consideración abstracta, no dicen nada –o prácticamente nada– sobre qué está permitido y qué no está permitido.

3. EL DERECHO POSITIVO COMO *DETERMINATIO* DE LOS DERECHOS HUMANOS

El mero reconocimiento de los derechos humanos arroja, como se acaba de señalar, muy pocas conclusiones sobre el recto contenido del Derecho. Son, de hecho, principios “premorales”¹⁶, en el sentido de que todavía no dicen nada sobre qué ha de hacerse y qué ha de omitirse. Cualquier agente racional obra por mor de alguno de estos bienes humanos, incluido el criminal. Consiguientemente, el aislamiento y absolutización de cualquiera de estos principios constituiría un atentado contra la justicia, tal y como, con su incisiva pluma, advirtió C. S. Lewis en una crítica a los sistemas ideológicos que sustituyen la integración prudencial de la razón práctica por la absolutización de un valor determinado¹⁷.

En conclusión, la “concreción” de los derechos humanos precisa inequívocamente de la prudencia (*phronesis*) de la autoridad pública llamada en cada caso a desarrollarlos. En la tradición tomista clásica, esta labor de concreción recibe el nombre de *determinatio*, y en ella centraremos los siguientes apartados.

3.1. LO QUE LA *DETERMINATIO* NO ES

Para comenzar nuestra explicación del concepto de *determinatio*, es oportuno aclarar que ella no es la concreción positiva de un conjunto de principios y normas que se derivan en forma deductiva del derecho natural. Una concepción así del derecho positivo y del natural, propia de la escuela del iusnaturalismo racionalista, podría motivar con razón la objeción de que el derecho positivo es, a fin de cuentas, inútil. La objeción ha sido, de hecho, formulada por varios iuspositivistas, y puede encontrarse, por ejemplo, en un artículo de Hans Kelsen, publicado en diciembre de 1949, en el que solemnemente situaba a la “doctrina del Derecho natural” ante el “Tribunal de la Ciencia”. Entre las diatribas del célebre jurista austríaco a la filosofía iusnaturalista, le atribuía sostener que la ley positiva solo se justifica en la medida en que se corresponda miméticamente con la ley natural. Como es

¹⁵ DWORKIN (1981) p. 468.

¹⁶ FINNIS (2011a) p. 34.

¹⁷ LEWIS (2001) pp. 43-44.

lógico, sin embargo, semejante pretensión haría superfluo el derecho positivo. En palabras de Kelsen:

“La doctrina de la ley natural se caracteriza por un dualismo fundamental entre derecho positivo y derecho natural. Por encima del imperfecto derecho positivo creado por el hombre, existe un derecho natural perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad divina. Consecuentemente, el derecho positivo se justifica y es válido tan solo en la medida en que se corresponde con la ley natural. No obstante, si el derecho positivo es válido únicamente en la medida en que se corresponde con la ley natural, y si es posible –como asevera la doctrina de la ley natural– descubrir las reglas del derecho natural mediante el análisis de la naturaleza; si, como afirman algunos autores, el derecho de la naturaleza es incluso autoevidente, entonces el derecho positivo es superfluo. Frente a la existencia de una ordenación justa de la sociedad, inteligible en su naturaleza, la actividad de los legisladores positivos equivale a un esfuerzo estúpido de proveer iluminación artificial a plena luz del sol”¹⁸.

En este párrafo, el jurista austríaco tiene a la vista lo expuesto por autores como Hugo Grocio, a quien cita sobre la evidencia del derecho natural lo siguiente: “Los principios de ese derecho [natural], si se les presta una atención exclusiva, son en sí mismos claros y manifiestos, casi tan evidentes como lo son aquellas cosas que percibimos a través de los sentidos; y los sentidos no yerran si es que están bien constituidos y si las demás circunstancias necesarias para la percepción están presentes”¹⁹; o Samuel Pufendorf, de su *De jure naturae et Gentium*: “Verdaderamente, todo el derecho positivo presupone o incorpora al menos los principios generales del derecho natural, gracias a los cuales se conserva segura la raza humana; y estos no son removidos de modo alguno por el derecho positivo, que no es más que un mero añadido a ellos, en la medida en que la situación de cada Estado lo requiera”²⁰.

Para que la *determinatio* sea algo más que “proveer iluminación artificial a plena luz del sol” –como vendría a sugerir la lectura que hace Kelsen del iusnaturalismo racionalista–, es preciso comprender adecuadamente la relación entre los principios universales de la razón práctica –lo que la tradición clásica ha denominado estrictamente “ley natural”– y el derecho positivo. Los principios universales de la ley natural no son otra cosa que los principios universales de la razón práctica, algunos de los cuales pueden categorizarse como “derechos humanos”. En el complejo entramado de las relaciones sociales, la protección y promoción de estos principios universales puede adoptar multitud de formas, está abierta a una amplia libertad creativa y no se encuentra “predeterminada” rígidamente, sino que precisa de la prudencia o *phronesis* del gobernante para concretarse. En palabras de Tomás de Aquino, “se afirma que el derecho positivo procede del derecho natural en cuanto que, a través del derecho positivo, se determina el modo en que ha de observarse el derecho

¹⁸ KELSEN (1949) pp. 485-486. GEORGE (2000) pp. 1625-1646 prueba que la crítica de Kelsen no alcanza al iusnaturalismo de Tomás de Aquino, cuya doctrina ignora por completo en su artículo.

¹⁹ KELSEN (1949) p. 485 nota 7. La obra citada es *De jure belli ac pacis*, Prolegomena, párr. 39.

²⁰ KELSEN (1949) p. 489.

natural²¹. A continuación, explicaremos con más exactitud en qué consiste semejante determinación.

3.2. LO QUE LA *DETERMINATIO* ES

Necesario para comprender el papel que desempeñan los distintos poderes públicos en relación con los derechos humanos, examinaremos el concepto clásico de *determinatio*²². Las relaciones entre, por un lado, el *higher law* de la ley natural –y, por implicación, de los derechos humanos que se limitan a referir valores o bienes humanos básicos– y, por otro, el vasto y complejo entramado de normas del ordenamiento jurídico-positivo, no es en absoluto una relación de identidad ni de simple deducción, como acaso creyó el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII²³.

En la *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, art. 2, Tomás de Aquino se planteó justamente si la ley positiva deriva realmente de la ley natural pues, en efecto, “parece” que no ocurre así. Ajeno a cualquier precipitación, el sabio medieval consideró atentamente las objeciones que más inmediatamente saltan a la vista. La segunda de las dificultades que se plantea constituye, curiosamente, una traslación prácticamente literal de la objeción kelseniana apuntada más arriba:

(Obj. b) “Además, el derecho positivo se distingue del derecho natural, según consta por Isidoro en el libro de las *Etymol.*, y por el Filósofo [Aristóteles] en V *Ethic*. Ahora bien, cuanto deriva de los principios generales de la ley natural a manera de conclusiones pertenece a la ley natural, como se ha dicho. Luego las disposiciones de la ley humana no derivan de la ley natural”.

En efecto, si cualquier forma de derivación hubiera de entenderse de modo deductivo –como se halla implícito en la objeción– habríamos de concluir que la ley positiva no puede derivarse de la ley natural, pues ello la haría superflua. Por si quedase alguna duda al respecto, el Aquinate añade dos posibles objeciones adicionales que inciden en el mismo problema:

(Obj. c) “Además, la ley natural es la misma para todos pues, como dice el Filósofo en V *Ethic*, lo justo natural es lo que en todas partes tiene la misma vigencia. Así pues, si las leyes humanas derivasen de la ley natural, se seguiría que serían las mismas para todos los hombres, lo cual es patentemente falso”.

(Obj. d) “Además, de todo cuanto se deriva de la ley natural se puede dar razón. Pero no puede darse razón de todo cuanto estatuyeron las leyes de los antepasados, como dice el Jurisperito [el Digesto]. Luego no todas las leyes humanas se derivan de la ley natural”.

Como puede apreciarse, el mayor exponente de la tradición clásica de la ley natural advierte perfectamente que una relación de identidad o puramente deductiva entre “ley natural” y “ley positiva” haría superflua la “ley positiva” (Obj. b), contradiría la pluralidad

²¹ *Super Sent.*, lib. 4 d. 15 q. 3 a. 2 qc. 1 co.

²² Sobre el concepto tomista de *determinatio*, ver, por ejemplo, FINNIS (2011a) pp. 281-290; y FINNIS (1998) pp. 266-269; CONTRERAS (2011) pp. 39-54; GARCÍA-HUIDOBRO (1993) pp. 237 y ss.

²³ GARCÍA de ENTERRÍA (1963) p. 216.

que existe entre los distintos ordenamientos (Obj. c) y obviaría la creatividad espontánea que encierran las leyes humanas, la cual escapa a la simple racionalización (Obj. d).

Para aclarar las objeciones, el Aquinate explica cuidadosamente el doble sentido en que puede afirmarse que una ley deriva de la ley natural:

En primer lugar, solo en algunos casos puede decirse que, en efecto, un principio del derecho positivo procede de la ley natural como “las conclusiones demostrativas en la ciencia proceden de los principios”. Este carácter de simple transposición de exigencias de la razón práctica solo puede aplicarse a algunos principios jurídico-positivos incuestionables para el legislador, por ejemplo, a lo que el iuspositivista Georg Jellinek denominó los “fundamentos indisponibles del derecho penal”: “Los fundamentos del derecho penal, por ejemplo, están en buena medida fijados; la prohibición de duros ataques a los bienes jurídicos más importantes no depende de los deseos del Estado. Declarar la despenalización del homicidio está fuera de las posibilidades reales legislativas²⁴.”

Incluso en estos casos, no obstante, el modo concreto de aplicar un principio indisponible suele estar sujeto a circunstancias contingentes. Así, por ejemplo, la concreción de la criminalización del homicidio se traduce en la fijación de penas que no se encuentran “predeterminadas” por la justicia natural²⁵.

En segundo lugar, salvedad hecha de los casos señalados —muy restringidos comparativamente— en que puede hablarse de una derivación deductiva, la ley positiva emana de la ley natural “a semejanza de lo que ocurre en las artes, donde las formas comunes son determinadas (*determinantur*) en una realización especial, como el artífice, que necesariamente tiene que determinar la forma común de la casa en la figura de esta o aquella casa”. Con carácter general, pues, el derecho positivo procede de la ley o de la justicia natural —incluyamos aquí, como venimos reiterando, los derechos humanos que recogen bienes básicos— “por vía de determinación” (*per modum determinationis*).

¿Qué significa, en este contexto, *determinatio*? John Finnis lo ha traducido por “implementación”²⁶, y cabría admitir otros sinónimos como “concretización” (*Konkretisierung*), más germánico, o “realización”, más castellano. Para explicar el significado del término, Tomás de Aquino entabla, como se acaba de indicar, una comparación con la labor del artífice o arquitecto que construye una casa. En el caso del arquitecto, el *telos* de su tarea viene dado de un modo general en la comisión que se le encarga; por ejemplo, construir una casa. Ese *telos*, sin embargo, constituye simultáneamente una orientación positiva y una restricción negativa, un parámetro-guía y un límite²⁷.

En la medida en que la comisión que se le ha confiado actúa como fin o parámetro-guía, el arquitecto goza de libertad creativa para concretarla: la medida exacta de las ventanas, por ejemplo, no viene trazada por el comitente pero, en principio, el arquitecto habrá de asegurarse de que las ventanas permitan la entrada de suficiente luz, y la casa será buena o mala en función de factores como la armoniosa disposición de sus distintos elementos,

²⁴ JELLINEK (1921) p. 374.

²⁵ Más ampliamente, JELLINEK (1921) pp. 282-284.

²⁶ FINNIS (2011a) p. 284.

²⁷ De hecho, el concepto griego de *telos* encierra ambas ideas, “fin” y “límite”, ARISTÓTELES, *Metafísica*, 1021b.

la coherencia entre unas formas y otras e incluso la belleza con que ejecute su tarea. La libertad creativa es enorme, y ofrece un amplio margen para que juzguemos entre mejores y peores arquitectos. En fin, deja espacio incluso para decisiones basadas en la pura preferencia personal o social, imposibles de someter a veredictos estrictos de justicia.

Exactamente lo mismo sucede con la tarea del legislador. En la medida en que los primeros principios morales –los derechos humanos– actúan como parámetros-guía, el legislador goza de libertad creativa para concretarlos. Piénsese, por ejemplo, en algo tan prosaico como un reglamento de tráfico que, en una sociedad compleja como la nuestra, resulta imprescindible para “implementar” la protección de bienes tan básicos como la vida, la seguridad, la libertad de circulación o la propiedad. Cuál sea el contenido concreto de este reglamento no es derivable de principios universales por vía de deducción, sino por vía de determinación (*determinatio*). Dependerá de múltiples circunstancias, incluida la propia coherencia interna del reglamento y su coherencia con otras normas existentes. Finalmente, el arte del legislador nos permitirá hablar de mejores o peores reglamentos de tráfico, y habrá incluso un margen de discrecionalidad que se resistirá a cualquier sometimiento a veredictos estrictos de justicia, por ejemplo, la determinación de la cuantía exacta de la multa por saltarse un semáforo en rojo o el límite preciso de velocidad. Como decía Hegel, “es la razón misma la que reconoce que la contingencia” tiene “su esfera y su derecho”²⁸.

Hasta ahora nos hemos referido a la dimensión del *telos* como “fin”. El *telos*, sin embargo, es también “límite”, y la comisión encargada al arquitecto tiene una dimensión restrictiva. En cuanto que el encargo recibido actúa como límite, el arquitecto se encuentra constreñido negativamente en su labor implementadora. Se le ha encargado una casa, no una iglesia, ni un hipódromo, ni una cárcel. Tiene un amplio margen de decisión para determinar su forma, pero lo construido habrá de ser un espacio adecuado para habitar.

Lo mismo ocurre con la labor del legislador. En su tarea de implementar los derechos humanos y otros principios universales de justicia, se encuentra sujeto al límite que le imponen los derechos humanos –que no son otra cosa, es forzoso reiterarlo, que bienes básicos, primeros principios de la ley natural–. El legislador no puede implementar un bien o un derecho humano, por importante que sea, a expensas de interferir injustamente, de modo directo o indirecto, en otros bienes humanos básicos. Ahora bien, ¿qué injerencias en un bien o un derecho humano son justas o injustas? Es esto algo que, por sí solos, los derechos humanos no nos indican. Al contrario, solo puede determinarse mediante un juicio de razón práctica atento a las circunstancias concretas.

4. ¿A QUIÉN CORRESPONDE LA *DETERMINATIO*?

Todo el derecho positivo –sea en la forma de normas, actos administrativos o decisiones judiciales– supone una *determinatio* de los derechos humanos y, con carácter general, de los principios básicos que dan forma al bien común. Sentadas las necesarias bases filosóficas, dedicaremos la mayor parte de este trabajo a tratar de definir, más en concreto, las funciones que en este proceso de *determinatio* competen al legislador y al juez.

²⁸ HEGEL (1820) § 214, p. 179.

4.1. EL PAPEL DEL LEGISLADOR: FORO DE PRINCIPIOS Y FORO ABIERTO

Tradicionalmente, la legislación positiva ha sido contemplada como la primera forma de *determinatio* de los derechos humanos, tal y como explicó, en 1688, el principal teórico moderno de los derechos naturales del individuo. Al decir de Locke, el establecimiento del legislador constituye “el acto primero y fundamental de una sociedad”, y resulta completamente ilegítimo transferir su poder a otros²⁹. Aun hallándose muy distante, a nuestro modo de ver, de la profundidad de pensamiento y la penetración analítica de Tomás de Aquino, John Locke comprendía en cierto modo la idea de *determinatio*. Como ha subrayado un conocido estudioso del pensador inglés, gobernar es, para el legislador lockeano, “emitir un juicio público sobre lo que requiere el derecho natural –tanto en lo general como en los detalles– y fijar ese juicio como base de la coordinación e imposición social”³⁰ (lo mismo que para Tomás de Aquino, como ya hemos visto). Un siglo después de Locke, una idea semejante quedó lapidariamente fijada en el principal catálogo de derechos humanos del Constitucionalismo moderno: los límites de los derechos, afirma el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, “no pueden ser determinados más que por la ley”.

Es un error, por consiguiente, distinguir las tareas del juez de las del legislador reservando al primero –como ha hecho, por ejemplo, Ronald Dworkin– la dignidad de *forum of principle*, puesto que ello conduciría a degradar al legislador a un mero *forum of policy* –sirviéndonos de la propia contraposición de Dworkin³¹–. Lejos de ser un simple foro de discusión de *policies* al servicio del bienestar material de los ciudadanos, el proceso legislativo debe constituir, en su sentido más genuino, un *forum of principle*. Si se renunciase a conferir al poder legislativo tal dignidad, la voz y el voto de los representantes de los ciudadanos en el orden de los fines se verían seriamente comprometidos. Los asuntos más importantes –esto es, las cuestiones de principio– dejarían de ser objeto de decisión en el Congreso, que se circunscribiría al marco del utilitarismo del bienestar –el ámbito de las *policies*–. Así, el gobierno representativo cedería su puesto a lo que John Stuart Mill caracterizó como el despotismo benevolente: un régimen en el que “no hay opresión positiva”, pero en el que “la inteligencia y los sentimientos de todo el pueblo son abandonados a los intereses materiales”³². La idea de *determinatio* de los derechos humanos, alrededor de la cual gira este trabajo, ha sido vista por los clásicos del constitucionalismo como una tarea primariamente legislativa³³.

²⁹ LOCKE (1690), en especial §150 y §212 (cit., pp. 78 y 107).

³⁰ WALDRON (2001) p. 308. Sobre la relación entre ley natural y ley positiva en Locke, WALDRON (1999) pp. 63-91.

³¹ DWORKIN (1978) p. 82.

³² STUART MILL (1875) p. 59.

³³ Esto explica que los redactores de la Constitución norteamericana concibieran al judicial como el menos peligroso de los poderes, *The Federalist Papers*, § 78; cit., p. 412. Aunque este mismo texto sustentaría el poder judicial para revisar la constitucionalidad de las leyes –un poder discutiblemente poco peligroso–, es preciso tener en cuenta que el proyecto de Constitución no incluía un listado de derechos fundamentales (*The Federalist Papers*, § 84).

¿Cómo es posible que, en el Constitucionalismo clásico, la *determinatio* primaria de los derechos humanos se atribuya a un órgano político como el legislador? ¿No es la protección de los derechos una misión confiada en último término a una instancia técnicamente preparada? A nuestro juicio, es justamente esta premisa la que conviene rechazar. Si pensamos en el lugar que ocupan los derechos humanos en el razonamiento jurídico, de su propia abstracción advertimos que su implementación concreta no depende de consideraciones técnico-jurídicas. Debe elucidarse, por consiguiente, en un foro abierto a cualquier argumento racional, y debe llevarse a cabo no sobredimensionando un interés particular, sino atendiendo al bien del conjunto de la colectividad.

Piénsese, por ejemplo, en un problema actual de derechos humanos como el dilema que plantean las enfermedades catastróficas en relación con el derecho a la vida. Específicamente, podemos preguntarnos: la protección de este derecho, ¿qué obligaciones acarrea para el Estado? La perspectiva desde la que se deben resolver asuntos como este ha de ser muy amplia, y no puede focalizarse en el “derecho a la vida” de la persona que solicita la prestación médica. La forma de asignar los recursos, por definición escasos, se debe centrar en las consecuencias a gran escala que dicha regulación posee para los derechos humanos de todos los sujetos implicados, en el presente y en el futuro.

Analizando así las cosas, nos percatamos de que una regulación laxa, que facilite la prescripción de tratamientos médicos, sin mayores reparos, en nombre del “derecho a la vida” de las personas que lo solicitan, induce a la desprotección de otros potenciales beneficiarios del sistema, que verán mermadas sus posibilidades por la disminución de los recursos disponibles. Asimismo, debilita el orden de las políticas públicas, al quedar sujeta su priorización a la contingencia que supone la aparición de enfermedades catastróficas no presupuestadas. Y, por cerrar la letanía de consecuencias, que sin duda podría alargarse, con el tiempo se extendería a otras necesidades propias del derecho a la vida, así como de otros derechos fundamentales.

Huelga decir que tampoco la simple denegación del tratamiento sería una respuesta adecuada, sino que habría de buscarse una solución que, sin incentivar una demanda virtualmente imposible de satisfacer, ofreciese una respuesta digna para quienes padecen enfermedades catastróficas. Lo que parece inadmisibles, desde luego, es que la solución se focalice exclusivamente en las situaciones de excepción. Sin embargo, esto es exactamente lo que ha ocurrido en la *determinatio* judicial del derecho a la vida: un interés —el del individuo que sufre una enfermedad catastrófica— se coloca en pie de igualdad —y aun de superioridad— frente a una multiplicidad de intereses que, en casos como este, también están conectados con los derechos humanos y afectan a toda la sociedad³⁴. Para que el entero abanico de intereses reciba una atención adecuada, la prudencia legislativa debe poder desplegarse sin cortapisas. Ha de enmarcarse en un foro político abierto, liberado de las restricciones del discurso inherentes a los procesos judiciales de derechos³⁵.

³⁴ DÍAZ HERNÁNDEZ CON FONDO NACIONAL DE SALUD, SERVICIO DE SALUD DE CONCEPCIÓN Y MINISTERIO DE SALUD (2018). Este resultado no es una anomalía del proceso judicial, sino su consecuencia propia. Como señala TAYLOR (1992) p. 116, la lógica intrínseca de los bienes concebidos como derechos reclama del juez una satisfacción integral; si no, no serían derechos.

³⁵ En una línea similar a la aquí defendida, YOWELL (2018) capítulo 5.

La naturaleza abierta del foro legislativo se corresponde con la función de legislar, que apunta generalmente al futuro³⁶. La responsabilidad del órgano legislativo es crear o modificar las reglas por las que se regirán las partes en el porvenir, mientras que la responsabilidad del judicial es aplicar las reglas vigentes al momento en que se generó el conflicto entre las partes. El primero mira a lo que será y el segundo a lo que fue; el primero crea derecho y el segundo lo aplica³⁷. Por ello es que no existe una razón artificial que restrinja el discurso o proceso deliberativo más allá de las formas procedimentales de elaboración de la ley, ya que a través de él se trata de definir lo justo, no de encontrarlo³⁸.

Esta diferencia con la función judicial que, por su naturaleza, apunta hacia el pasado, explica que el rango para la *determinatio* legislativa sea mucho más amplio que el de los jueces. La esencial incertidumbre del futuro se puede representar como una hoja en blanco sobre la cual el legislador traza con libertad sus líneas, siempre dentro de los bordes del papel³⁹. Para los jueces, en cambio, el espacio en blanco del papel viene limitado por una serie de condicionantes, como son los hechos del caso, los argumentos esgrimidos por las partes, las normas aplicables, los precedentes judiciales, etc.

El foro abierto caracteriza la deliberación legislativa en una democracia representativa, porque esta deliberación es un ejercicio de autogobierno y, en cuanto tal, goza —o debería gozar— de la libertad para darse las reglas que estime convenientes y oportunas⁴⁰. A esto habría que añadir la creencia de que la mejor respuesta posible surgirá de un debate abierto de las ideas⁴¹, y que la diversidad de la sociedad está mejor representada en un foro donde todo es debatible. En último término, el foro abierto es una condición exigida por la naturaleza de la política, que excluye la existencia de respuesta correctas *a priori*⁴².

4.2. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN: DOS MODELOS POSIBLES

Si, como hemos visto, es tarea del legislador positivo “implementar” o “determinar” los derechos humanos, ¿en qué queda la misión del juez al respecto? Si todo el derecho positivo puede caracterizarse como *determinatio* de los derechos humanos, ¿no ha de verse el juez degradado a la simple condición de “*bouche qui prononce les paroles de la loi*”⁴³? Y si,

³⁶ YOWELL (2018) loc. 2896. Así, por lo demás, lo declara el artículo 9 del Código Civil chileno. Para FULLER (2019) pp. 53-64, el carácter prospectivo de la ley es una de las condiciones de la moral interna del Derecho.

³⁷ FINNIS (2015), para quien la distinción es compatible con el reconocimiento del desarrollo judicial del Derecho, en la medida que se entiende como resultado de una nueva interpretación de las reglas vigentes y no de la introducción de nuevas reglas.

³⁸ Estas reglas procedimentales, en realidad, no deben entenderse como una restricción a la amplitud del foro, sino una condición para su posibilidad, WALDRON (2006) p. 29.

³⁹ Las decisiones legislativas son, desde esta perspectiva, definitivas de un “mundo nuevo”, “un mundo ahora configurado por una decisión que razonablemente pudo haber sido diferente”, WEBBER (2018) p. 50.

⁴⁰ WALDRON (2006) p. 23.

⁴¹ MILL (1869) p. 33.

⁴² Esta premisa debe entenderse relativizada por los límites constitucionales al poder legislativo, un poder que no es soberano, sino que se ejerce en representación del soberano. El poder que el Congreso tiene para modificar los límites constitucionales no invalida lo anterior, porque entonces actúa como poder constituyente (derivado) y no como legislador.

⁴³ MONTESQUIEU (1748) XI, 6.

por el contrario, el juez ostenta alguna misión en la *determinatio* de los derechos humanos, ¿qué distingue su papel de la labor del legislador?

4.2.1. *El modelo judicial: actividad cognitiva, razón técnica y rule of law*

Para dar respuesta a los interrogantes recién apuntados, comenzaremos este epígrafe subrayando tres singularidades del proceso judicial que lo diferencian netamente de las actividades legislativa o gubernativa: *a)* su carácter estrictamente cognitivo; *b)* la sujeción del juez a una razón técnica; y *c)* la relativa predeterminación normativa del oficio judicial.

a) En un inteligente ensayo, el profesor Rubio Llorente afirmó que, en relación con los derechos humanos, la diferencia entre los órganos políticos y judiciales estaría en que lo específico del juez es garantizar el “respeto” de los mismos, mientras que lo propio del resto de poderes públicos sería llevar a cabo su “realización”⁴⁴. Esta caracterización de Rubio coincide con el doble carácter, arriba señalado, de la *determinatio* de los derechos humanos. Como se ha explicado, estos operan, de un lado, como parámetros-guía que orientan el proceso de creación del derecho positivo; y de otro, como límites que le ponen coto. En opinión de Rubio, al juez competiría únicamente fijar los “límites” de la *determinatio* de los derechos, en tanto que el despliegue positivo de los mismos se mantendría en manos del poder político. Partiendo de esta base, el reconocido constitucionalista español criticaba la expansión activista de las instituciones judiciales en la promoción positiva de los derechos y reivindicaba la idea clásica de los derechos civiles como límites negativos al ejercicio del poder.

A nuestro modo de ver, el trabajo de Rubio apunta cabalmente al carácter cognitivo de la labor judicial, muy alejado de los amplios márgenes de libertad creativa que son propios del legislador. Y es que, efectivamente, el acto de implementación o realización de los derechos, entendidos como parámetros-guía, posee un fuerte carácter volitivo discrecional: supone una elección entre múltiples opciones más o menos razonables e incluso una dosis de arbitrariedad. Al contrario, determinar los límites que los derechos imponen constituye un acto eminentemente cognitivo.

Dado que la del juez es una labor de cognición, resulta claro que se halla mejor preparado para fijar los límites negativos que imponen los derechos que para promover su mejor implementación positiva. Establecer si la negativa de una aseguradora a pagar por una determinada prestación de salud lesiona los límites que impone el derecho a la salud o a la vida, es, en principio, un acto de conocimiento (de los límites). Mientras que determinar si se incrementa o no la cobertura de la Seguridad Social para tutelar mejor la vida de un cierto grupo de personas, es un acto de creación, fruto de la elección presupuestaria entre múltiples opciones razonables. Dicho esto, el carácter cognitivo de la función judicial es tan solo uno de los rasgos de la labor propia de los órganos judiciales, y no basta constatar el carácter cognitivo de la determinación de los límites de los derechos para afirmar que es competencia de los jueces. Para esclarecer lo propio del oficio judicial resulta necesario añadir, al menos, dos rasgos adicionales: razón técnica y predeterminación del Derecho.

b) Es propio del juez, en efecto, el empleo de la razón técnica del Derecho, y no simplemente de la razón natural humana. Para comprender a fondo esta especificidad del saber

⁴⁴ RUBIO (2006) p. 203 y ss.

jurídico, es oportuno remitir a la penetrante clasificación de los saberes u órdenes que hizo Tomás de Aquino según los “cuatro modos” en que “el orden se relaciona con la razón”⁴⁵.

Al propósito que aquí interesa, ha de indicarse que, en tanto que saber práctico, el Derecho tiene la peculiaridad de ser al mismo tiempo un saber moral acerca de la *praxis*, o sea del recto obrar (tercer orden); y un saber técnico acerca de la *poiesis*, o sea de los productos de nuestras acciones (cuarto orden).

Habida cuenta de que el Derecho pertenece al orden de los saberes técnicos, lo que especifica al juez como profesional del Derecho y lo distingue del simple lego no es su probidad moral –que, indudablemente, habrá de poseer para ser un buen juez, lo mismo que el médico ha de poseerla para ser un buen médico– sino el hecho de operar con arreglo a una razón técnica⁴⁶. A ello se refirió uno de los jueces más célebres de la Modernidad temprana, Sir Edward Coke, en los siguientes términos: “*Nihil quo est contra rationem est licitum*; puesto que la razón es la vida del Derecho, es más, *el common law* mismo no es otra cosa que razón; lo cual ha de entenderse como perfección artificial de la razón, adquirida mediante largo estudio, observación y experiencia, y no como la razón natural de todo hombre, ya que *nemo nascitur artifex*”⁴⁷.

Las reglas del discurso legal articulan los modos de argumentar del jurista e incapacitan al lego para participar en la discusión. Ello se debe a que, en el complejo entramado de la sociedad, los principios universales de justicia dan forma a una infinidad material de hechos vitales históricos y contingentes. Congruentemente, la justicia toma cuerpo en una vasta creación cultural, como se ha indicado, compuesta por topoi normativos de diversa índole cuya interpretación y aplicación exige un profundo conocimiento y estudio: reglas lógicas, definiciones, apotegmas autoritativos (reglas de experiencia, opiniones notables de justicia relativas a ámbitos concretos de las relaciones sociales...), precedentes jurisprudenciales, normas jurídico-positivas, etc.⁴⁸. El razonamiento judicial, valga la insistencia, es simultáneamente un razonamiento moral y un razonamiento técnico, porque el Derecho pertenece simultáneamente al orden ético de la acción (*praxis*) y al orden técnico del arte (*poiesis*)⁴⁹.

c) Finalmente, es también propio de la labor del juez el hallarse determinada por el *rule of law*. Reiterando lo dicho por Rubio –que se hace eco, a su vez, de una expresión acuñada por el jurista suizo Werner Kāgi–, podemos afirmar que la razón jurídica opera dentro de un orden de Derecho, no simplemente de los dictados morales de la justicia: *Rechtssaar kein Gerechtigkeistaar*⁵⁰. Al igual que la legislación, también la judicatura constituye un *forum of principle*. Ahora bien, el orden jurídico-positivo tiende a enmarcar la discrecionalidad de los jueces, una aspiración multiseccular que se encuentra ya presente en

⁴⁵ Así, por ejemplo, en *Sententia libri ethicorum* (I,1).

⁴⁶ A este respecto, sigue siendo actual el debate habido en 1521-1522, entre Martín Lutero y Tomás Moro, en que el primero defendía que las leyes son superfluas y bastan los buenos jueces, mientras que el segundo defendía la necesidad de las leyes, aunque los jueces fueran buenos, CORRAL (2011).

⁴⁷ COKE (1628) 97b, Vol. 1, p. 337.

⁴⁸ FINNIS (2011b) pp. 219-220.

⁴⁹ Para la distinción aristotélica entre *praxis* y *poiesis*, ver, por ejemplo, TOMÁS DE AQUINO, *Sententia libri ethicorum*, I, 12, § 144.

⁵⁰ KĀGI (1953) p. 178. En la obra de RUBIO (2006) pp. 205 y 208.

la *Retórica* de Aristóteles⁵¹. Semejante predeterminación nunca llegará hasta el punto de degradar al juez a mera “*bouche qui prononce les paroles de la loi*”, pero confinará su libre arbitrio a unos límites razonables⁵².

Con los mimbres trazados, volvamos ahora sobre el problema de la *determinatio* de los derechos humanos. Dejando al margen las cláusulas de derechos que fijan reglas concretas, concebir como “judicial”, por contraposición a “política”, la tarea de determinar el contenido de los derechos humanos abstractos –los bienes humanos básicos–, y hacerlo al margen o por encima del legislador supone, como a continuación indicaremos, una dudosa atribución.

En efecto, si admitimos que la sumisión a un derecho predeterminado y la razón técnica constituyen rasgos propios de la labor judicial, entonces existen serias razones para cuestionar la competencia del juez respecto a la *determinatio* de los derechos humanos. En la medida en que los derechos no consignan reglas claras, sino que afirman valores o bienes humanos básicos, no son otra cosa que primeros principios del razonamiento práctico. Consecuentemente, la labor de fijar sus límites no solo no está predeterminada por normas jurídico-positivas, sino que no debe estarlo; y no solo no es asunto de la razón técnica, sino que no debe serlo. Al contrario, teniendo en cuenta las consecuencias que esos límites poseen para múltiples derechos humanos de la comunidad en su conjunto, su determinación constituye un acto de prudencia legislativa en sentido estricto. Por ejemplo, si la libertad de conciencia contempla el derecho a objetar el servicio militar obligatorio o no, es una cuestión que debe ponderarse junto a una serie de otras consideraciones (v.gr. seguridad nacional) distintas al interés individual del pacifista. Una decisión al respecto constituye un acto de prudencia natural en toda regla, no de razón técnica⁵³.

Debe añadirse, *a fortiori*, que el aparato técnico-racional que, por su propia formación profesional, tienden a crear los juristas, entorpece de hecho el razonamiento moral natural al que debe estar sometida la *determinatio* primaria de los principios fundamentales de la razón práctica, incluidos los derechos humanos. La razón artificial del Derecho constituye una buena herramienta o un “siervo útil” para manejar un vasto *corpus* jurídico-positivo, pero resulta un “mal señor” para determinar primariamente los límites de los derechos y libertades.

Así, por usar un ejemplo relativamente reciente de la jurisprudencia chilena, el caso del ejercicio del derecho a sufragio de ciudadanos privados de libertad. En una serie de sentencias de protección, la Corte Suprema ordenó a los recurridos –el Servicio Electo-

⁵¹ *Retórica*, 1354a.

⁵² De hecho, el juez también practica la *determinatio*, solo que para una situación particular, FINNIS (1998) p. 267 y nota 81.

⁵³ *NN CON DIRECTOR GENERAL DE MOVILIZACIÓN NACIONAL* (2003), rechazó un recurso de protección contra la regulación del servicio militar obligatorio, que sería inconstitucional por no contener una excepción para los objetores de conciencia. La sentencia empatizó con los recurrentes, pero se excusó diciendo que “el derecho es una elaboración a futuro que supone definiciones adoptadas y asumidas por los detentores de la soberanía nacional, ante variadas alternativas (...). [La regulación cuestionada] es fruto de proyecciones ora filosóficas, ora morales, ora sociológicas y hasta de otra índole (...). Buena o mala, tal [regulación] no puede ser desconocida por la jurisdicción. (...) Ergo, mientras la voluntad política no establezca otra modalidad, la Corte se atiene, al emitir su juicio, al esquema claramente construido por el ordenamiento” (cons. 11°). La sentencia fue apelada ante la Corte Suprema y declarada inadmisibles por falta de peticiones concretas, en sentencia de 25 de junio de 2003, rol 2270-2003.

ral y Gendarmería— disponer lo necesario para que los presos pudieran sufragar⁵⁴. Con la atención puesta en el individuo y sus derechos fundamentales (de expresión, igualdad y políticos), el Tribunal ignoró los argumentos que imposibilitaban cumplir con lo ordenado. Estos argumentos, sin embargo, radicaban en el diseño mismo del sistema electoral, en que el domicilio del elector cumple una función estructurante. Puesto que los lugares de reclusión no son el domicilio de los reclusos, permitirles votar significaría una alteración de las bases del sistema.

La decisión de este problema no debería depender del sometimiento de un catálogo de valores o bienes básicos yuxtapuestos (los derechos humanos) a una serie de reglas técnicas de interpretación, argumentación y procedimiento. Al contrario, el juicio prudencial al respecto es tributario de una infinidad de circunstancias que, accesibles a la razón moral natural, no puede encorsetarse en los estrechos límites de una dogmática de los derechos, ni sujetarse a las reglas y presunciones del procedimiento judicial. Esto fue lo que, indirectamente, vino a reconocer la misma Corte Suprema cuando rechazó un nuevo recurso de protección, argumentando que “el conflicto planteado en autos excede con creces los márgenes, en general de una acción netamente jurisdiccional (...), siendo de advertir que la pretensión hecha valer hace indispensable la dictación de normas legales que son de iniciativa exclusiva de los órganos colegisladores”⁵⁵.

Pese a la satisfacción con que los constitucionalistas tendemos a contemplar el imponente edificio dogmático a que han dado lugar los derechos humanos, lo cierto es que, a la hora de determinar primariamente los límites que semejantes derechos imponen al legislador, dicho edificio supone un corsé que oprime inconvenientemente la razón moral natural.

Pero no nos engañemos, porque la razón moral natural tiende a “rebelarse” justamente y hacer inútil el corsé. En este sentido, si en algún ámbito opera la llamada “creación libre” del Derecho es en la jurisprudencia de derechos humanos⁵⁶. Adviértase que esto no constituye, en sentido estricto, un reproche a la actitud de los juristas, ya que no pueden obrar de otra manera. Como se ha dicho, es la razón natural misma la que procura resistirse a la tecnificación del proceso de *determinatio* del contenido de los derechos humanos. Así pues, lo que denominamos “creación libre” no es propiamente un acto de volición arbitraria sino una decisión que, basada en el razonamiento y la intuición moral natural, se construye técnicamente *a posteriori* —en ocasiones, sin advertirlo siquiera el propio razonador práctico, que inconscientemente selecciona sus métodos desde la precomprensión (*Vorverständnis*)⁵⁷ de partida—. Lo que aquí se subraya no es la ausencia de la precomprensión en otros ámbitos del Derecho, sino el carácter determinante que cobra cuando los criterios de corrección técnica arrojan poca luz a la justicia del problema concreto. La tendencia a la llamada “creación libre” en el ámbito de los derechos humanos es la consecuencia necesaria de la tesis central

⁵⁴ Por todas, INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS CONTRA SERVICIO ELECTORAL Y GENDARMERÍA DE CHILE (2017).

⁵⁵ MARELIC CON SERVEL Y OTRO (2017) cons. 4º.

⁵⁶ SIMÓN (2018) pp. 89-112; y “La interpretación de los derechos en perspectiva teórica y práctica”, en RUBIO y otros (2016) pp. 895-918.

⁵⁷ Procedente de la hermenéutica de GADAMER, la relevancia de la “precomprensión” para la interpretación jurídica fue correctamente enfatizada por ESSER (1972).

de este trabajo: la *determinatio* primaria de los derechos humanos atañe sustancialmente a la razón moral natural, y más en concreto a la prudencia política.

Teniendo en cuenta los denodados esfuerzos de la iuspublicística de finales del siglo XX por reivindicar –también en el ámbito de los derechos humanos– un saber basado en la “justificación de artesanía jurídica”⁵⁸ por contraposición a la simple razón natural, tal vez nos encontremos ante una verdad incómoda, difícil de digerir. Pero lo cierto es que los hechos la proclaman obstinadamente: los valores y bienes más abstractos constituyen bienes humanos básicos cuya *determinatio*, positiva y negativa, no depende –al menos no primariamente– de la artesanía jurídica. En ello han concordado, paradójicamente, el mayor representante del iuspositivismo del siglo XX, Hans Kelsen, y el mayor representante contemporáneo del iusnaturalismo jurídico, John Finnis. Filosóficamente en las antípodas, ambos han comprendido excepcionalmente bien lo propio de la técnica jurídica. Advirtiendo el tipo de razonamiento que subyace a la determinación de los derechos humanos, el gran jurista austríaco se opuso a que la razón natural del legítimo representante de los ciudadanos fuese fiscalizada por la razón natural –envuelta en apariencias técnicas– del Tribunal Constitucional⁵⁹. Casi sesenta años después, con argumentos basados no tanto en la democracia cuanto en el *rule of law*, el iusnaturalista John Finnis hizo una crítica muy similar en su *Maccabean Lecture* pronunciada ante la Academia Británica⁶⁰. Y es que, en definitiva, la disputa que tenemos entre manos no se dirime en el campo de batalla del iusnaturalismo contra el iuspositivismo, sino en el cabal entendimiento de la naturaleza de la *determinatio* de los bienes humanos básicos a los que se orientan nuestras inclinaciones.

4.2.2. El modelo de aristocracia política

En el epígrafe anterior, hemos tratado de mostrar lo alejada que está la *determinatio* primaria del contenido de los derechos fundamentales respecto del paradigma del oficio del profesional del Derecho, dentro del que incluimos al juez. Para ello, nos hemos basado en dos rasgos que caracterizan la actividad judicial en su significado focal⁶¹: de un lado, es una labor considerablemente predeterminada por reglas de Derecho y, de otro, obedece a la razón técnica. Por el contrario, la *determinatio* primaria de los derechos humanos abstractos no se encuentra considerablemente predeterminada por reglas de Derecho. Además, ni está acotada ni debe estar acotada por la razón técnica, sino que ha de guiarse por la prudencia política natural. ¿Supone esto un rechazo a la posibilidad de cualquier tipo de control sobre el legislador en su labor de *determinatio*? Semejante conclusión sería precipitada, puesto que no se sigue de la crítica que venimos haciendo. Lo único que se ha rechazado arriba es que el control que ejercen los jueces sobre el legislador con base en los derechos humanos responda

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA (1981) pp. 222 y ss.

⁵⁹ KELSEN (1929) pp. 68-70.

⁶⁰ FINNIS (2011c) pp. 19-46.

⁶¹ La expresión “significado focal” (*focal meaning*) se utiliza con referencia a la homonimia *pros hen* a partir de OWEN (1960) pp. 180-199. Sobre la homonimia o equivocidad “por referencia a algo” (*pros hen*), a saber, a un caso paradigmático o central, ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, 2, 1003a-b (en relación con “el ser” y “la salud”); *Ét. Nic.*, 1096b (en relación con “el bien”) y 1159a (en relación con “la amistad”); *Ét. Eudemia*, 1236a (también en relación con “la amistad”); y *Política*, 1275a-b (en relación con “la ciudadanía”).

al paradigma judicial de la razón técnica y la predeterminación del Derecho. En ningún momento se ha sostenido, sin embargo, que dicho control no sea posible ni aun deseable.

Ahora bien, si no responde al paradigma judicial de la razón técnica, la pregunta inevitable es: ¿a qué paradigma responde? Por difícil de asumir que sea desde un punto de vista radicalmente democrático, la respuesta es, a nuestro juicio, que responde a un modelo de aristocracia política –o juristocracia, en la tesis de Hirschl–⁶². Esta tesis no debe considerarse en sí misma como una crítica. De hecho, firmes e inteligentes defensores de la democracia constitucional en nuestro tiempo –v. gr., el filósofo político suizo Martin Rhonheimer– han apuntado que, lejos de ser una democracia pura, la nuestra constituye un retorno a la admirada constitución mixta de los medievales, bajo las condiciones, eso sí, del Estado moderno. En sus propias palabras, “el Estado constitucional (presupuesto de cualquier democracia moderna auténtica) constituye en cierto sentido una ‘vuelta atrás’ del principio ‘puro’ de la estatalidad moderna, tal y como fue realizado en la Modernidad temprana. Esta ‘vuelta atrás’ recupera la herencia de una larga historia, una recuperación que se realiza, sin embargo, sobre la base de la fundación creada precisamente por el Estado territorial moderno. En cierto sentido, estamos tratando con una síntesis histórica en la que la idea del *regimen mixtum* se ha realizado como nunca antes”⁶³.

En este *regimen mixtum*, ¿dónde reside el elemento aristocrático, sino en la Jurisdicción constitucional? Toda vez que captamos que la *determinatio* de los derechos humanos constituye una tarea de la prudencia humana natural, el ejercicio de la jurisdicción de los derechos humanos sobre el legislador ha de considerarse, en efecto, como un oficio aristocrático en nuestro sistema de gobierno. Esta premisa –que la *political correctness* hace difícil de admitir, en nuestra opinión; y que el rigor intelectual hace difícil de negar– implicaría aceptar que los jueces razonen como políticos, al menos cuando vienen a determinar primariamente el contenido de los derechos fundamentales. Esto es precisamente sobre lo que se quiere llamar la atención, al caracterizar al Tribunal Constitucional chileno como una tercera cámara legislativa: “[se dice que el del Tribunal Constitucional] es fundamentalmente un juicio ‘técnico-jurídico’, donde las pasiones políticas están fuera de lugar. Como consecuencia de esto, cuando deben opinar sobre cuestiones constitucionales, hablan como quien no está defendiendo sus convicciones políticas, sino describiendo técnicamente el derecho. (...) Ahora bien, esto es una ilusión, porque se trata de la misma discusión, con los mismos argumentos, y lo que lo hace más notorio, con las mismas alineaciones políticas. (...) Y, por consiguiente, cuando el Tribunal debe decidir, lo que hace es elegir entre una interpretación de derecha o izquierda, no adjudicar imparcialmente conforme a derecho. Aunque se llame ‘tribunal’, el Tribunal Constitucional es una tercera cámara legislativa”⁶⁴.

En la medida en que el modelo aristocrático explica mejor lo que realmente está ocurriendo cada vez que los jueces realizan una *determinatio* primaria de los derechos fun-

⁶² HIRSCHL (2004).

⁶³ RHONHEIMER (2013) pp. 26-27.

⁶⁴ ATRIA y SALGADO (2015). También cabría identificar al juez que decide al margen de las categorías técnico-jurídicas con la función administrativa, que ATRIA (2016) pp. 240-241, caracteriza como la “transformación del [juez] activista en comisario”, es decir, un juez que da a cada uno lo suyo “a la manera del derecho pre-moderno, apelando inmediatamente a la razón”. Sobre la noción de derecho pre-moderno, ATRIA (2016) pp. 56-63.

damentales, es preferible al modelo judicial. Por supuesto que este cambio de paradigma exigiría replantearnos el papel que deben desempeñar las categorías técnicas en la determinación de los derechos humanos⁶⁵.

4.3. NATURALEZA DE LA *DETERMINATIO* Y DESVIACIÓN INDIVIDUALISTA DE LA DOGMÁTICA

Tras haber examinado lo propio de la labor del legislador, así como los dos modelos posibles de jurisdicción constitucional, quisiéramos concluir nuestro estudio reincidiendo en el examen crítico, apenas esbozado, del lugar que ocupa el razonamiento técnico en la *determinatio* de los límites del legislador. Más en concreto, cuestionaremos una peligrosa desviación individualista de la dogmática y la jurisprudencia de derechos humanos, anticipada en cierto modo al estudiar el papel del legislador. A través de lo que suele denominarse tutela multinivel⁶⁶, los derechos humanos esgrimidos por los individuos cobran una *vis expansiva* que tiende a subestimar las razones de orden público y de bien común, ignorándose que de las razones de orden público dependen rigurosamente los derechos humanos del conjunto de la sociedad.

El modelo judicial de la *determinatio* de los derechos humanos conduce a que el proceso se centre en los intereses y agravios esgrimidos por el recurrente, el cual monopoliza injustamente el papel de potencial víctima. De este modo, se pasa por alto que un exceso en la definición de los derechos de cualquier clase de individuos se traduce automáticamente en la desprotección de los derechos de terceros. La *determinatio* primaria de los derechos humanos –tanto la implementación de su contenido como la determinación de sus límites– no debería sobredimensionar el interés de ningún individuo en concreto, sino atender simultáneamente a la afectación de los intereses del conjunto de los ciudadanos, esto es, al bien común. Si de la aplicación estricta de una normativa buena para preservar el bien común –en el cual están comprometidos los derechos humanos de todos los ciudadanos– se deduce un perjuicio hacia un individuo concreto, dicho perjuicio debería corregirse mejorando la norma positivamente –esto es, legislando– o moderando su aplicación desde los cánones de equidad propios de la prudencia jurídica. La opción de invalidar la norma en nombre de los derechos humanos de ese solo individuo es mucho más problemática, porque oscurece la función protectora de los derechos de los demás ciudadanos que dicha norma cumple.

Conviene detenerse en un ejemplo que pone de manifiesto con toda claridad la falsa distinción entre razones de derechos humanos –las cuales tienden a cobrar un valor preferente en el procedimiento judicial– y razones de orden público o de bien común. Aunque cabría citar un sinnúmero de casos para ejemplificar esta tesis, una ilustración palmaria la ofrece,

⁶⁵ Anejo a esta cuestión está el dilema de hasta qué punto el ejercicio de esta *determinatio* tiene que estar reservada estrictamente a técnicos en Derecho y no debe abrirse, más bien, a otro tipo de personalidades con una acreditada trayectoria de excelencia y probidad en el servicio público, como ya ocurre en algunos países.

⁶⁶ Como pequeño botón de muestra, FREIXES (2016) pp. 23-38; y BILANCIA (2006) pp. 255-277.

a nuestro juicio, el caso *Paradiso Campanelli c. Italia*, referente al problema de los vientres de alquiler⁶⁷.

Los recurrentes del caso eran un matrimonio italiano de cierta edad que, tras intentar varias veces sin éxito procrear mediante fecundación *in vitro*, contrataron con una empresa rusa, por 50.000 euros, servicios de vientre de alquiler para hacer efectivo su deseo. Especializada en técnicas de reproducción asistida, la empresa realizó una fecundación *in vitro* y afirmó implantar un embrión –fecundado supuestamente con el óvulo de una donante anónima y con el semen del recurrente– en la madre portadora. El bebé nació en febrero de 2011; en marzo, la pareja italiana fue inscrita en Rusia como progenitores del niño, sin mención alguna de la gestación en vientre de alquiler; y en abril, la madre obtuvo en el Consulado italiano los documentos que le permitían volver con el niño a Italia. En mayo, sin embargo, el Consulado de Italia en Moscú comunicó a las autoridades administrativas y judiciales italianas que el expediente sobre el nacimiento del menor contenía datos falsos. Los recurrentes fueron imputados por alteración del estado civil y falsedad documental, ya que habían recogido a un niño que no era suyo, y lo habían hecho violando la legislación de adopción, que impedía adoptar un niño de tan corta edad. En el curso del procedimiento se llevó a cabo una prueba de ADN en la que se verificó, además, que el recurrente no era padre del niño.

En octubre de 2011, el Tribunal de Menores ordenó el alejamiento de los padres del menor, aportando numerosas razones. Se destacaban, entre otras causas, que se habían violado las disposiciones de adopción internacional, y que el acuerdo firmado por los demandantes con la empresa rusa era contrario a la ley italiana de procreación asistida, la cual prohíbe la fecundación asistida heteróloga. La situación creada era completamente ilegal, y el Tribunal entendía que lo procedente era alejar a los demandantes del niño y darlo en adopción. Advertía el órgano judicial que, “dado que los demandantes habían preferido burlar la ley de adopción a pesar del acuerdo que habían obtenido, se podría pensar que el niño era el resultado de un deseo narcisista de la pareja, o incluso que estaba destinado a resolver los problemas de pareja”. Ello le llevaba a dudar de “su capacidad real emocional y educativa”. Por consiguiente, en aplicación de la ley italiana de adopción, se nombró un tutor para el niño, que fue confiado a los servicios sociales y dado en acogida en enero de 2013⁶⁸.

Después de oponerse sin éxito a estas medidas utilizando todas las vías jurídicas disponibles en Italia, los recurrentes llegaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mediante Sentencia de 27 de enero de 2015, el Tribunal de Estrasburgo condenó a Italia por vulnerar el derecho a la vida familiar del artículo 8 del Convenio. La Sentencia enunciaba muchos de los elementos del caso y, en una ponderación de conjunto, consideraba que el argumento del orden público debía ceder frente al interés de los recurrentes en mantener su convivencia afectiva –a pesar de que dicha convivencia tan solo había durado unos meses–. Lo más llamativo de la decisión es, a nuestro juicio, la poca sensibilidad del Tribunal frente al bien común protegido por el orden público. En efecto, se refiere al argumento del orden público restric-

⁶⁷ *PARADISO CAMPANELLI C. ITALIA* (2015) Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y *PARADISO CAMPANELLI C. ITALIA* (2017), Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁸ *PARADISO CAMPANELLI C. ITALIA* (2015) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

tivamente, para ponerle coto, ignorando el vínculo que existe entre la preservación del orden público de una comunidad –en este caso, el Estado italiano– y los mismos derechos humanos de los niños de esa comunidad. En contraste, otorga un elevado peso a los aspectos emocionales individuales del caso, incluidas las dificultades para procrear del matrimonio, las cuales, en realidad, constituyen una circunstancia incapaz de justificar un hecho ilícito contra el estado civil, y menos de justificarlo en términos de derechos humanos⁶⁹.

Pese a que la decisión fue revocada⁷⁰, un somero examen de la dogmática jurídica y las herramientas técnico-argumentativas empleadas por Estrasburgo conduce a caer en la cuenta de que cualquier injerencia en un derecho está sometida a una excesiva presunción de ilegitimidad⁷¹. Si a ello añadimos que solo los individuos pueden invocar el poderoso argumento que son sus derechos humanos, advertimos que el bien común, de cuya tutela penden los derechos humanos del conjunto de su población, se encuentra en una injusta situación de desventaja. En el caso recién mencionado, únicamente en el pronunciamiento de la Gran Sala –decidido por 11 votos contra 6– se admitió que “el fin legítimo de prevenir el desorden” está vinculado a “la protección de los niños, no solo de los niños en el presente caso sino de los niños más generalmente”⁷².

Sería un error creer que esta fuerte desviación individualista es exclusiva de la jurisprudencia de Estrasburgo, por más que el activismo de este Tribunal –debido a causas no estrictamente técnicas– haya sido particularmente llamativo. En realidad, el individualismo ha permeado ampliamente la dogmática prevalente de los derechos, cuyo contenido tiende a ser definido de modo muy extenso. La teoría amplia del “ámbito de protección” (*Schutzbereich*) tutelado *prima facie* por los derechos es doctrina dominante, y encuentra un reflejo en una popular teoría de los derechos⁷³. Al mismo tiempo, se apuesta por una fuerte presunción en contra de las restricciones en los derechos abstractamente considerados, presunción que viene encarnada en las severas exigencias del principio de proporcionalidad, especialmente en sus exigencias de necesidad. La conjunción de ambas ideas –supuesto de hecho amplio, restricciones sujetas a una seria presunción en contra– arrojan como conclusión una peligrosa tendencia individualista.

5. CONCLUSIÓN

Freedom for the pike is death for the minnows –“la libertad para el lucio es la muerte para los pececillos”, recordaba sabiamente Isaiah Berlin en *Two Concepts of Liberty*⁷⁴. La garantía de los derechos fundamentales debe entenderse como un esfuerzo coordinado entre el juez y el legislador, al suponer esa tarea un delicado equilibrio entre los intereses individuales y sociales. La *determinatio* es un concepto útil para articular ese esfuerzo, al es-

⁶⁹ PARADISO CAMPANELLI C. ITALIA (2015) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁷⁰ PARADISO CAMPANELLI C. ITALIA (2017) Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁷¹ Para una crítica más extensa al sesgo individualista de los razonamientos del Tribunal de Estrasburgo, SIMÓN, (2017b).

⁷² PARADISO CAMPANELLI C. ITALIA (2017) Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁷³ ALEXI (1986) pp. 295-296.

⁷⁴ BERLIN (2002) p. 171, citando a TAWNEY.

clarecer la naturaleza de los derechos fundamentales, que se revelan como una realidad jurídica gracias a la acción de la razón natural que precisa su contenido, positivizándolo. Una proyección inmediata que nace de aquí es la reivindicación del valor de la función política y su institucionalidad, que sirve para encauzar el discurso racional cuando define el alcance de los derechos para una comunidad determinada. Otra consecuencia que se proyecta desde la *determinatio* es la necesidad de recalculer el valor de la sede judicial como instancia de protección de los derechos fundamentales. Esto podría disminuir el protagonismo político de los tribunales de justicia y, con ello, los riesgos que implica alejar a los jueces del ámbito propio del discurso judicial, donde prevalece la razón artificial del Derecho. Además de estas proyecciones en el orden institucional, se puede reconocer otra en el ámbito de la retórica de los derechos fundamentales. Porque la *determinatio* es una idea que presenta los derechos como realidades necesariamente limitadas, al asignarles la operación por la cual cobran entidad jurídica unos contornos y una finalidad específicos; en otras palabras, al descubrir los derechos fundamentales como una realidad teleológica. En último término, la *determinatio* tiene el potencial para sustentar una concepción de la libertad individual como un bien que solo es posible que se realice en un orden de libertades.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (1986): *Theorie der Grundrechte* (Francfort del Meno, Suhrkamp).
- ARISTÓTELES (1984): *Metafísica*, en *The Complete Works of Aristotle* (The Revised Oxford Translation, Jonathan Barnes (ed.), 2 Vols., *Bollingen Series*, Princeton University Press).
- ARISTÓTELES (1984): *Retórica*, en *The Complete Works of Aristotle* (The Revised Oxford Translation, Jonathan Barnes (ed.), 2 vols., *Bollingen Series*, Princeton University Press).
- ARISTÓTELES (1984): *Ética Eudemia*, en *The Complete Works of Aristotle* (The Revised Oxford Translation, Jonathan Barnes (ed.), 2 Vols., *Bollingen Series*, Princeton University Press).
- ATRIA, Fernando (2016): *La Forma del Derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza (2015): “El TC como tercera Cámara: la continuación de la política por otros medios”, en *El Mostrador*, 9 de marzo de 2015. Disponible en: <https://m.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continuacion-de-la-politica-por-otros-medios/> Fecha de consulta: 1 de noviembre de 2019.
- BERLIN, Isaiah (2002): “Two Concepts of Liberty”, en *Liberty* (Oxford, Oxford University Press).
- BILANCIA, Paola (2006): “Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos”, *Revista de derecho constitucional europeo*, 6, pp. 255-277.
- BOBBIO, Norberto (1990): *Letà dei diritti* (Turín, Einaudi).
- CONTRERAS, Sebastián (2011): “Ley natural, *determinatio* y derecho positivo”, *Veritas*, 25, pp. 39-54.
- CORRAL, Hernán (2011): “Sobre la necesidad de los jueces y de las leyes. Una controversia entre Tomás Moro y Martín Lutero”, en CARVAJAL, Patricio y MIGLIETTA, Massimo

- (edits.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito* (Alessandria, Edizioni dell'Orso, Tomo II) pp. 69-126.
- DWORKIN, Ronald (1978): *Taking Rights Seriously* (Cambridge MA, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1981): "The Forum of Principle", *New York University Law Review*, 56, Issues 2 and 3, pp. 469-518.
- COKE, Edward (1628): *The first part of the Institutes of the law of England, or, A commentary upon Littleton* (Johnson and Warner and Samuel L. Fisher, Philadelphia, 1812, 3 Vol.)
- CORWIN, Edward (1928): "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Vol. XLII, N° 2: pp. 149-185.
- ESSER, Josef (1972): *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Francfort del Meno, Fischer Athenäum).
- FAVOREAU, Louis Joseph (2001): "La constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XII: pp. 31-43.
- FINNIS, John (1998): *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory* (Oxford, Oxford University Press).
- FINNIS, John (2011c): "Human Rights and their Enforcement", en *Collected Essays, III* (Oxford, Oxford University Press), pp. 19-46.
- FINNIS, John (2011b): "Legal Reasoning as Practical Reason", en *Collected Essays I* (Oxford, Oxford University Press), pp. 212-230.
- FINNIS, John (2011a): *Natural Law and Natural Rights* (New York, Oxford University Press, second edition).
- FINNIS, John (2015): "Judicial Power: Past, Present and Future", Lecture at Gray's Inn Hall, 20 October 2015, Oxford Legal Studies Research Paper No 2/2016. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2710880>>. Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2019.
- FREIXES, Teresa (2016): "Los derechos fundamentales: el enfoque multinivel", en T. FREIXES y J. C. GAVARA (eds.), *Repensar la Constitución: ideas para una reforma de la Constitución de 1978* (Madrid, BOE), pp. 23-38.
- FULLER, Lon (2019): *La Moral del Derecho*, Fernando CONTRERAS (trad.) (Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963): "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, número 40, Enero/Abril: pp. 189-222.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Civitas).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2009): *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid, Civitas, tercera edición).
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín (1993): *Razón práctica y iusnaturalismo (El iusnaturalismo de Tomás de Aquino)* (Valparaíso, Edeval).
- GEORGE, Robert (2000): "Kelsen and Aquinas on 'The Natural Law Doctrine'", *Notre Dame Law Review*, 75-5: pp. 1625-1646.
- GLENDON, Mary Ann (1991): *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse* (New York, The Free Press).

- GLENDON, Mary Ann (2001): *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (Nueva York, Random House).
- HAMILTON, A., MADISON, J., and JAY, J. (2005): *The Federalist Papers* (Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing).
- HEGEL, Georg (1820): *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (F. Meiner, *Gesammelte Werke*, 14-1, 2009).
- HENKIN, Louis (1990): *The Age of Rights* (Nueva York, Columbia University Press).
- HIRSCHL, Ran (2004): *Towards Juristocracy* (Cambridge, Harvard University Press).
- JELLINEK, Georg (1921): *Allgemeine Staatslehre* (Berlin, Springer, 3ª ed.)
- KÄGI, Werner (1953): *Hundert Jahre Schweizerische Recht, en Demokratie und Rechtsaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti* (Zürich, Polygraphischer Verlag A.G.).
- KANT, Immanuel (1968): *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe VI, Berlin. Disponible en: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/>. Fecha de consulta: 31 de diciembre de 2018.
- KELSEN, Hans (1929): “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 5 (Berlin y Leipzig, Walter de Gruyter).
- KELSEN, Hans (1949): “The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science”, *The Western Political Quarterly*, Vol. 2, n. 4: pp. 485-486.
- LEWIS, Clives Staples (2001): *The Abolition of Man* (New York, Harper Collins).
- LO, Chung-Shun (1948): “Human Rights in the Chinese Tradition” en *Human Rights. Comments and Interpretations. A Symposium Edited by Unesco*; UNESCO (Paris, pp. 185-189).
- LOCKE, John (1690): *Second Treatise of Government* (Indianapolis y Cambridge, Hackett Publishing Co. 1980).
- MARITAIN, Jacques (1948): “Introduction”, en *Human Rights. Comments and Interpretations. A Symposium Edited by Unesco*; UNESCO, p. I.
- MILL, John Stuart (1869): *On Liberty* (London: Longmans, Green, Reader and Dyer, 4th ed.). Disponible en https://en.wikisource.org/wiki/On_Liberty Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2019.
- MONTESQUIEU (1748): *Esprit des Lois*, 4 tomos (a la librairie stéréotype, hue du pot-dt-feb, N° 14, 1824). Disponible en: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9691133s>. Fecha de consulta: 15 de junio de 2018.
- OWEN, Gwilym Ellis Lane (1960): “Logic and Metaphysics in some Earlier Works of Aristotle”, en I. Düring y G. E. L. Owen (eds.), *Aristotle and Plato in the Mid-Fourth Century. Papers of the Symposium Aristotelicum held at Oxford in August 1957* (Göteborg, Almqvist & Wiksell).
- PUNTAMBEKAR S. V. (1948): *Human Rights. Comments and Interpretations. A Symposium Edited by Unesco* (Paris, UNESCO), pp. 197-201.
- RHONHEIMER, Martin (2011): *The Perspective of Morality* (Washington, Catholic University of America Press).
- RHONHEIMER, Martin (2013): *The Common Good of Constitutional Democracy* (Washington, CUA Press).

- RUBIO, Francisco (2006): “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, *Fundamentos*, Núm. 4: pp. 203-233.
- SIMÓN, Fernando (2016): “La interpretación de los derechos en perspectiva teórica y práctica”, en F. Rubio Llorente y otros, *La Constitución Política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 895-918.
- SIMÓN, Fernando (2017a): *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- SIMÓN, Fernando (2017b): “Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del Derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, 25: pp. 1-24.
- SIMÓN, Fernando (2018): “Subsidiarity, Human Rights and Judicial Activism: The Role of Courts”, en M. Dybowski and R. García Pérez (eds.), *Globalization of Law. The Role of Human Rights* (Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi), pp. 89-112.
- STRAUSS, Leo (1953): *Natural Right and History*, (Chicago, University of Chicago Press).
- STUART MILL, John (1875): *Considerations on Representative Government* (New York, Henry Holt and Company).
- TAYLOR, Charles (1991): *Ethics of Authenticity*, (Cambridge, Harvard University Press).
- TOMÁS DE AQUINO, Scriptum super Sententiis, Textum Leoninum Romae 1888. Disponible en: <http://www.corpusthomicum.org>. Fecha de consulta: 26 de julio de 2018.
- TOMÁS DE AQUINO, Sententia libri ethicorum, Textum Leoninum Romae 1888. Disponible en: <http://www.corpusthomicum.org>. Fecha de consulta: 26 de julio de 2018.
- TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, Textum Leoninum Romae 1888. Disponible en: <http://www.corpusthomicum.org>. Fecha de consulta: 26 de julio de 2018.
- WALDRON, Jeremy (1999): *The Dignity of Legislation* (Cambridge, Cambridge University Press).
- WALDRON, Jeremy (2001): *Law and Disagreement* (Nueva York, Oxford University Press).
- WALDRON, Jeremy (2006): “Principles of Legislation”, en R. Bauman y T. Kahana (eds.) *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State* (New York, Cambridge University Press), pp. 15-32.
- WEBBER, Grégoire (2018): *Legislated Rights* (Cambridge, Cambridge University Press, Kindle Edition).
- WHITTINGTON, Keith (2007): *Political Foundations of Judicial Supremacy* (Princeton, Princeton University Press).
- YOWELL, Paul (2018): *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review* (Oxford, Hart Publishing, Kindle Edition).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Díaz Hernández con Fondo Nacional de Salud, Servicio de Salud de Concepción y MINISTERIO DE SALUD (2018): Corte Suprema, 6 de noviembre de 2018 (recurso de Protección), rol 17043-2018.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS CONTRA SERVICIO ELECTORAL Y GENDARMERÍA DE CHILE (2017): Corte Suprema, 2 de febrero de 2017 (recurso de protección), rol 87743-2017.

NN CON DIRECTOR GENERAL DE MOVILIZACIÓN NACIONAL (2003): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de mayo de 2003, (recurso de protección), rol 1970-2033.

NN CON DIRECTOR GENERAL DE MOVILIZACIÓN NACIONAL (2003): Corte Suprema, 25 de junio de 2003, (recurso de protección), rol 2270-2033.

PARADISO CAMPANELLI C. ITALIA (2015): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de enero de 2015.

PARADISO CAMPANELLI C. ITALIA (2017), Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 24 de enero de 2017.

Sentencia 31/2018, (2018): Tribunal Constitucional de España, 10 de abril de 2018.

EL PLAZO EN LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS ANTE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD*

THE STATUTE OF LIMITATIONS FOR ADMINISTRATIVE INFRINGEMENTS AND SANCTIONS AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

EDUARDO CORDERO Q.*

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto determinar los criterios para resolver el problema del plazo de la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas a partir del principio de proporcionalidad, ante la ausencia de una norma general. Se sostiene que no resulta admisible un plazo uniforme, soslayando la gravedad de la infracción. Así, el marco de referencia está constituido por la legislación administrativa y penal, que es la matriz disciplinar más cercana del régimen de los ilícitos administrativos.

Palabras claves: Prescripción, infracción administrativa, sanción administrativa, proporcionalidad.

ABSTRACT: The purpose of the investigation is to determine the criteria for resolving the problem of the statute of limitations for administrative infractions and sanctions based on the principle of proportionality, when there is no general rule. It is stated that a uniform deadline is not admissible, ignoring the seriousness of the infringement. In this case, the frame of reference is constituted by the administrative and penal legislation, which is the closest disciplinary matrix of the regime of administrative infractions.

Keywords: Statute of limitations, administrative infractions, administrative sanctions, proportionality.

INTRODUCCIÓN

El tema de la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas se ha transformado para varios autores en una cuestión capital, pues a través de ella se ha intentado resolver la disputa dogmática en torno a la naturaleza y el régimen jurídico que le es aplicable, cuestión que tampoco es pacífica en el Derecho comparado¹. Por eso no es de extrañar que se afirme que el Derecho administrativo sancionador continúa siendo un campo del

* Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Código Orcid 0000-0002-8433-5582. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Casilla postal 4059, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: eduardo.cordero@pucv.cl

Este trabajo es parte de una investigación financiada por FONDECYT referida al proyecto “Criterios y estándares para el control de la potestad sancionadora de la Administración: análisis de los mecanismos de revisión judicial y administrativa” N° 1201868; y del Proyecto DI Consolidado 37.0/2019, de la Vicerrectoría de Investigación y Estudios Avanzados de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

¹ VALLEJO (2016) p. 282.

derecho *in fieri*, plétórico de lagunas jurídicas que aún encienden polémicas académicas y reclaman respuestas judiciales, pues todavía sigue pendiente el desafío planteado en orden a construir un Derecho administrativo sancionador desde el propio Derecho administrativo, del que forma parte, y desde la matriz constitucional y el Derecho público estatal². Se trata de una tarea de la mayor importancia, pues la solución de un problema jurídico –como la prescripción– que puede resultar secundario, ha de encajar necesariamente en el marco de un sistema que debe dar respuesta a un número mayor de cuestiones.

Esto ha hecho que la discusión aparezca en medio de alternativas radicales y no conciliables, que marca la posición de los juristas, muchas veces develando su “mayor o menor” estatismo o garantismo. Lo singular, es que la discusión no dice relación con todos los aspectos que plantea la prescripción –que son muchos–, sino solo con uno muy acotado, como es el plazo y que, si bien se podría resolver por la vía legal, aquello no daría una respuesta adecuada a una cuestión más profunda, como es el tema del marco regulatorio que debiera dominar el ejercicio de poderes punitivos por parte de la Administración. Además, esto exige que el o los criterios de solución deben ser coherentes tanto *ad extra* del sistema, esto es, en su relación con los poderes punitivos en general del Estado, como *ad intra*, dentro del propio sistema infraccional.

En tal sentido, la hipótesis que pretendemos demostrar es que, no existiendo una diferencia ontológica entre los diversos tipos de sanciones que aplican los órganos del Estado, su regulación y aplicación se encuentra sujeta al principio de proporcionalidad reconocido a nivel constitucional, el cual se proyecta al régimen aplicable a la prescripción de los delitos-penas e infracciones-sanciones administrativas, dentro de los cuales se encuentra el plazo, que necesariamente ha de estar asociado a la gravedad de la infracción.

1. FUNDAMENTOS Y NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN CHILE

El tiempo es una imagen familiar para toda persona y un fenómeno bien conocido de todo jurista³, razón por la cual no resulta ajena a los casos de persecución por los ilícitos administrativos, así como a los problemas en el cumplimiento de las sanciones que se han impuesto, porque dada su naturaleza y entidad, necesariamente ha de producir un efecto extintivo en uno y otro caso. Este fenómeno se expresa jurídicamente a través de la prescripción, cuya justificación histórica se admite por el hecho de ser un mecanismo de pacificación en las relaciones de la comunidad a partir de una consolidación de un estado material, que priva de sentido la exigencia estricta de lo prescrito por el ordenamiento. Así, como el estado de pasividad del acreedor frente a su deudor lleva a su consolidación, produciendo la extinción de las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación; la persecución legal de un delito decae cuando el Estado no se ha mostrado diligente o ha carecido de los elementos adecuados para ejercer de forma oportuna una pretensión punitiva.

² NIETO (2011) p. 32.

³ MAYER (2007) p. 645.

En el ámbito de las sanciones administrativas la cuestión se ha planteado en términos similares, pues también pierde sentido y justificación la persecución estatal y la ejecución de sanciones habiendo transcurrido un período razonable. En efecto, en este ámbito cobra particular importancia la oportunidad para ejercer la acción punitiva, considerando que su fundamento se encuentra en la existencia de relaciones sociales más complejas, que exigen una actuación eficaz, oportuna y eficiente por parte de los órganos públicos (plazos breves), pero esa misma complejidad es la que lleva a la Administración a justificar plazos más extensos para reprimir dichas conductas.

El problema puede ser paradójico, ya que las reglas de prescripción exigen de un mandato legal expreso. Sin embargo, la ausencia de una norma general que se haga cargo del tema ha llevado a resultados que son abiertamente disímiles. Así, se ha llegado a sostener que la ausencia de regulación conlleva la imprescriptibilidad de este tipo de responsabilidad⁴, apegada al principio de reserva legal en materia de prescripción⁵. Por otra parte, se ha buscado una norma legal supletoria que permita resolver la cuestión, ya sea la legislación penal, las normas civiles o a las propias normas administrativas como marco de referencia.

En ese contexto, nuestra jurisprudencia ha reconocido el carácter universal de la prescripción, la cual puede operar en todas las disciplinas, salvo que la ley o la índole de la materia determinen lo contrario⁶. Por tanto, es plenamente aplicable en el ámbito de las infracciones administrativas⁷. A su vez, se reitera que la prescripción es una institución que informa todo nuestro ordenamiento jurídico y otorga estabilidad y seguridad jurídica en las relaciones que se generan entre las personas para que no se prolonguen indefinidamente en el tiempo⁸. En la misma línea, a nivel constitucional se ha señalado que la prescripción es una institución común a nuestro sistema, toda vez que se encuentra tanto en el ámbito de las normas de derecho público como de derecho privado⁹. A su vez, el carácter imprescriptible de ciertas acciones requiere de una declaración legal expresa, ya que es excepcional¹⁰.

2. FORMAS DE PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y SUS EFECTOS

El paso del tiempo produce la extinción de la responsabilidad administrativa, ya sea que opere la prescripción de la infracción o de la sanción, esto es, la acción de la Administración para perseguir el ilícito administrativo, como la posibilidad de ejecutar la sanción

⁴ En el Dictamen N° 35.991 (1982) de Contraloría. Esta jurisprudencia fue dejada sin efecto por el Dictamen N° 28.226 (2007). En relación a la responsabilidad disciplinaria, la Contraloría estableció un criterio similar por falta de regulación en el Estatuto Administrativo: Dictámenes N°s 97.010 (1965); 80.098 (1972); 52.562 (1975) y 40.050 (1981).

⁵ Dictamen N° 16.159 (1993).

⁶ PIZANI Y OTRA CON FISCO (2003).

⁷ COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE CHILE S.A. CON MINISTERIO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES (2012).

⁸ OYARZÚN CON SOCIEDAD PESQUERA DEL MAR ANTÁRTICO S.A. (2015); PIZANI Y OTRA CON FISCO (2003); EMPRESA CONSTRUCTORA GATICA LTDA. CON FISCO Y OTRA (2012); CARVAJAL Y OTROS CON VEGA Y OTROS (2012); BECERRA CON REYES (2012); GUERRERO CON BERSANO Y OTRO (2017), entre otras.

⁹ GATICA Y OTRA CON SOTO (2010). Artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, Rol N° 1.298.

¹⁰ PIZANI Y OTRA CON FISCO (2003).

una vez ya impuesta. Si bien esta distinción proviene de la regulación penal¹¹, aquella ha sido asumida por la doctrina¹², la jurisprudencia administrativa¹³ y, en algunos casos, en la regulación legal¹⁴.

En tal sentido, vamos a entender que la prescripción es una forma de extinción de la responsabilidad administrativa o infraccional en la que ha incurrido una persona por el transcurso del tiempo. De este modo, la responsabilidad prescribirá por el cumplimiento del plazo de que dispone la Administración para dirigir su actuación en contra el responsable de aquella, o no se ha ejecutado o reanudado la ejecución de una sanción desde que el acto que la impone causa ejecutoriedad¹⁵. Así, lo que se extingue es la responsabilidad administrativa por la infracción cometida, junto a la acción de la Administración para perseguir¹⁶ o ejecutar la sanción impuesta. Por lo tanto, la infracción en sí misma no se extingue, dado que constituye un hecho inalterable materialmente. Por lo demás, la prescripción supone la inexigibilidad de la sanción, sin embargo, no elimina la infracción cometida, debidamente perseguida y declarada, lo cual seguirá constando en el expediente administrativo¹⁷.

Ahora bien, cumplidos los plazos de prescripción, la responsabilidad administrativa se extingue *ope legis*. Esto tiene aparejada una serie de consecuencias:

a) La autoridad administrativa o judicial tiene el deber de declararla de oficio. Así, no se iniciará el procedimiento de ejecución; se pondrá término al ya iniciado¹⁸ o cesará con los actos para la ejecución de la sanción impuesta. Además, deberá ordenar el archivo de los antecedentes, debiendo notificar de estas actuaciones a los interesados¹⁹.

En el orden judicial, si bien el interesado puede alegarla como acción o excepción, aquello no obsta a que el juez pueda declararla de oficio una vez que ha constatado que concurren los requisitos legales;

b) En la misma línea, la doctrina entiende que tampoco el beneficiario de la prescripción puede renunciar a ella, dado que se trata de una materia de orden público, de carácter indisponible²⁰;

¹¹ Así el Código Penal distingue entre prescripción de la acción penal (artículo 94) y prescripción de la pena (artículo 97).

¹² NIETO (2012) pp. 533-557.

¹³ Véase Dictamen N° 68.014 (2013). Así también se ha hecho la distinción entre prescripción de la infracción, como sucede en el Dictamen N° 44.905 (2013), y de la sanción, en el Dictamen N° 53.050 (2013).

¹⁴ Artículo 61 de la LEY N° 21.000 (2007); artículo 15 de la LEY N° 18.902 (1990), y artículo 23 de la LEY N° 21.130 (1997).

¹⁵ CANO (2014) p. 449.

¹⁶ BACA (2011) p. 265.

¹⁷ CABALLERO (2010) p. 655.

¹⁸ Artículo 14 inciso final y 43 inciso final de la LEY N° 19.880 (2003). Se puede tomar como referencia que en materia disciplinaria Contraloría ha sostenido que la prescripción no solo se puede, sino que se debe declarar de oficio la prescripción, con fundamentos que también resultan aplicables en sede de sanciones gubernativas, Dictamen N° 41.239 (2014).

¹⁹ SÁNCHEZ (2016) p. 722.

²⁰ CANO (2014) p. 450; DE DIEGO (2009) p. 45; CABALLERO (1999) p. 443; DE PALMA (2001) p. 555; BACA (2011) p. 265, entre otros.

- c) Por la misma razón, no existe un límite temporal para poder ser alegada dentro del procedimiento administrativo o judicial²¹, y
- d) La persecución de una infracción o la imposición de una sanción estando prescrita la responsabilidad administrativa, constituyen actos que adolecen de un vicio de legalidad en los motivos, toda vez que se está castigando o ejecutando por un hecho u omisión respecto del cual no es posible hacerla efectiva²².

3. LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO Y EN CHILE

En el Derecho comparado y nacional es posible apreciar ciertos criterios en la regulación de la prescripción de las infracciones administrativas, que es posible sintetizar en los siguientes puntos:

- a) Por regla general, las acciones civiles y penales prescriben. Por tal razón, la imprescriptibilidad ha requerido de texto expreso, como sucede en la legislación civil²³ y penal²⁴ o, en algunos casos, a partir de una interpretación jurisprudencial uniforme²⁵. Así, la falta de norma expresa o de un pronunciamiento judicial en tal sentido, colocan en una difícil posición al operador jurídico al momento de pronunciarse a este respecto, pues no resulta posible sostener –ante la falta de regulación legal– la imprescriptibilidad de las infracciones y sanciones administrativas, frente a simples delitos y crímenes que sí prescriben. Por otra parte, puede resultar arbitrario la posibilidad de fijar un plazo de prescripción sin contar con un punto de referencia legal que permita sustentar dicha posición.
- b) En estas regulaciones se asume la distinción y un tratamiento diverso entre la prescripción de las infracciones y las sanciones administrativas. Si bien la tendencia es aplicar los mismos plazos, la forma en que se puede suspender e interrumpir es diversa²⁶.

²¹ DE DIEGO (2009) p. 45.

²² CANO (2014) p. 450.

²³ Los casos de imprescriptibilidad en el Código Civil son muy pocos: la acción de partición (artículo 317); la acción de demarcación y cerramiento y algunas acciones posesorias por daños entre predios vecinos (artículo 950 inc. 2º), y las acciones de reclamación de la filiación (artículos 195 y 320), aunque se reconoce causales de caducidad de la acción en caso de muerte del padre, madre o hijo (artículos 206 y 207). En Derecho comparado, véase OSTERLING y CASTILLO (2004), pp. 267-274.

²⁴ Así, la Ley N° 21.160, que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. A nivel internacional, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 29).

²⁵ Así ha sucedido con la acción de nulidad de derecho público, que la jurisprudencia ha declarado imprescriptible, aunque las acciones patrimoniales derivadas de ella prescriben: *AEDO ALARCÓN* (2000) y *EYZAGUIRRE CID* (2007). Por su parte, también se ha consolidado una jurisprudencia en orden a que las acciones civiles que derivan de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. Entre otras, véase *ORTEGA FUENTES* (2010), *ZUCCHINO AGUIRRE* (2014) y, más reciente, *PIÑONES VEGA* (2020) y *BUSTOS* (2020).

²⁶ Así, § 31 de la Ley de Infracciones Administrativas de Alemania de 1968 (OWiG). Véase AA.VV. (2018), en particular §§31-34 de ELLBOGEN, pp. 611-670. También el artículo 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público de España (LRJSP). En algunos ordenamientos solo se considera el plazo

c) El plazo de la prescripción de las infracciones y las sanciones administrativas tiende a utilizar como referencia la regulación penal, considerando como límite el plazo de prescripción más bajo previsto para los delitos o, en su caso, superponiéndose al mismo²⁷.

d) Existe una interesante regulación de los plazos en la legislación alemana y española que hace aplicación del principio de proporcionalidad atendiendo a la gravedad de la infracción. Aquello supone, en todo caso, con un régimen uniforme de sanciones (en el caso de Alemania se centra en el monto de las multas)²⁸ o en que la legislación sectorial establezca criterios de gravedad (como sucede en España)²⁹.

Por su parte, en Chile no contamos con una regulación general de la prescripción, a pesar que es la causa más habitual de extinción de la responsabilidad administrativa. A su vez, en su regulación en particular nos encontramos con diversas situaciones:

a) En algunos casos se carece de toda regulación, como ocurre en materia de seguridad social³⁰, sanitaria³¹ y de inteligencia financiera³², siendo estas dos últimas las que han planteado mayor discusión en la jurisprudencia;

b) En otras materias se establece una regulación parcial, la cual se limita solo a establecer el plazo de prescripción de la infracción, como sucede en el sector eléctrico³³, de insolvencia y reemprendimiento³⁴, así como en materia tributaria y aduanera, dejando abierta la discusión respecto del régimen de prescripción de las sanciones. La excepción la constituye el sector de mercado financieros³⁵, bancos³⁶ y servicios sanitarios³⁷, que abordan ambos temas, y

para las infracciones, pero no de las sanciones (Italia y Perú). Véase CERBO (2009) pp. 61-90. También AA.VV. (1982) y GIOVANGNOLI y FRATINI (2009).

²⁷ En el caso de Italia las infracciones y sanciones administrativas tienen el mismo plazo de prescripción que los delitos que tienen asignadas las penas más bajas (artículos 157 y 173 del Código Penal italiano). En Alemania este plazo de prescripción se ha fijado teniendo presente el último escalón del plazo de prescripción previsto para el ejercicio de la acción penal y su ejecución (§ 78.3 y § 79.3 Código Penal alemán). En España se aplica una regla de proporcionalidad en la prescripción, pero que no se coordina necesariamente con las disposiciones del Código Penal, que establece un plazo base de 5 años, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año (Artículo 131.1 del Código Penal español). Por último, en Perú existe una superposición considerando que el plazo de prescripción más bajo para los delitos es de 2 años, tanto para ejercer la acción penal y como para la pena (artículo 80 y 86 del Código Penal de Perú).

²⁸ § 31.2 OWiG. En este caso se vincula el tiempo de la prescripción con el monto de la multa aplicable, estableciendo plazos de 6 meses, 1, 2 y 3 años.

²⁹ Artículo 30 de la LEY ESPAÑOLA 40/2015. Se fijan los plazos en razón de la gravedad de las infracciones y sanciones (3 años, 2 años y 6 meses para las infracciones; 3 años, 2 años y 1 año para las sanciones).

³⁰ LEY N° 16.395 de 1966.

³¹ Regulada en el Código Sanitario.

³² LEY N° 19.913 de 2003.

³³ Artículo 17 bis LEY N° 18.410 de 1985.

³⁴ Artículo 342 LEY N° 20.720 de 2014.

³⁵ Artículo 61 LEY N° 21.000 de 2017.

³⁶ Artículo 23 Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1997.

³⁷ Artículo 15 Ley N° 18.902 de 1990.

c) Por último, hay un grupo en el cual se asume una regulación más o menos completa del tema, como sucede en materia de mercados financieros³⁸, educación³⁹, medio ambiente⁴⁰ y casinos de juego⁴¹.

En cuanto a los plazos de prescripción se debe distinguir:

a) En relación con su duración, suele variar entre 3 a 4 años, salvo en educación, donde se establece un plazo de 6 meses;

b) No se distinguen los plazos en relación con la gravedad de la infracción, de manera que es uniforme en cada sector, independiente a la mayor o menor sanción que tenga asignada;

c) Tampoco se regula en todos los casos la suspensión e interrupción de la prescripción, salvo en mercados financieros⁴², casino de juegos⁴³, medio ambiente⁴⁴ y educación⁴⁵, y

d) Por último, en algunos casos resulta difícil determinar si estamos frente un plazo de caducidad o prescripción, como sucede en educación⁴⁶, servicios sanitarios⁴⁷ y mercados financieros⁴⁸.

En relación con la forma de computar el plazo, hay supuestos en que solo se considera de forma genérica el hecho infraccional, como sucede en materia de servicios sanitarios⁴⁹, casinos de juego⁵⁰, educación⁵¹, insolvencia y reemprendimiento⁵²; y en otras se mencionan las omisiones, como ocurre en mercados financieros⁵³, similar a lo que sucede en el sector bancario⁵⁴ y eléctrico⁵⁵.

En definitiva, en materia de prescripción existen diversos aspectos que no están regulados por la legislación sectorial, uno de los cuales es el plazo, incluyendo la forma en que debe ser computado, la situación de la prescripción de la sanción, así como la posibilidad de la suspensión e interrupción. En este caso solo nos avocaremos a buscar una solución con relación al plazo de prescripción de las infracciones y sanciones.

³⁸ Artículo 61 LEY N° 21.000 de 2017.

³⁹ Artículo 86 LEY N° 20.529 de 2011.

⁴⁰ Artículo 37 LEY N° 20.417 de 2010.

⁴¹ Artículo 56 bis LEY N° 19.995 de 2005.

⁴² Artículo 61 LEY N° 21.000 de 2017.

⁴³ Artículo 56 bis LEY N° 19.995 de 2005.

⁴⁴ Artículo 37 LEY N° 20.417 de 2010.

⁴⁵ Artículo 86 LEY N° 20.529 de 2011.

⁴⁶ Artículo 86 LEY N° 20.529 de 2011.

⁴⁷ Artículo 15 LEY N° 18.902 de 1990.

⁴⁸ Artículo 61 LEY N° 21.000 de 2017.

⁴⁹ Artículo 15 LEY N° 18.902 de 1990.

⁵⁰ Artículo 56 bis LEY N° 19.995 de 2005.

⁵¹ Artículo 86 LEY N° 20.529 de 2011.

⁵² Artículo 342 LEY N° 20.720 de 2014.

⁵³ Artículo 61 LEY N° 21.000 de 2017.

⁵⁴ Artículo 23 DFL N° 3 de 1997, modificado por la LEY N° 21.130 de 2019.

⁵⁵ Artículo 17 bis LEY N° 18.410 de 1985.

4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como ha ocurrido en otros ordenamientos, el principio de proporcionalidad se ha ido consolidando en el Derecho chileno de forma transversal a todas las disciplinas jurídicas, y ha encontrado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un reconocimiento consolidado a partir de diversas disposiciones contenidas en la Carta fundamental⁵⁶. En términos generales, este principio se traduce en una prohibición de exceso respecto del ejercicio de potestades discrecionales por parte de los poderes públicos, sometiéndose a ciertos límites de razonabilidad. Su origen se encuentra en el Derecho Prusiano de policía⁵⁷, cuando por influencia de la ilustración se rompe con los cánones de la policía clásica, centrado en la inmunidad judicial de los poderes de la autoridad, y se reconoce una esfera de libertad de los individuos que debe ser respetada, reconociéndoles el derecho a pedir protección judicial cuando la autoridad interviene ilegalmente en su esfera personal⁵⁸. Es así como el Tribunal Superior Administrativo de Prusia hizo aplicación de este principio frente a los actos discrecionales dictados en virtud del poder de policía, bajo la expresión de *übermassverbot* o prohibición de exceso, esto es, como un mecanismo para frenar la arbitrariedad de la autoridad. Por tal razón, este principio es ampliamente reconocido y aceptado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia⁵⁹.

Por su parte, en el ámbito del Derecho penal, el principio de proporcionalidad será introducido en la época de la ilustración, particularmente en el proceso de humanización de las penas⁶⁰. Así, será recogido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, disponiendo que la ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias (artículo 8°). A su vez, la proporcionalidad debe corresponder al adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena, como en su aplicación⁶¹. De esta forma, el control de la proporcionalidad recae tanto en el legislador que determina la pena (proporcionalidad en abstracto), como en el juez que debe aplicarla al caso en particular (proporcionalidad concreta).

En la segunda postguerra, este principio será elevado a nivel constitucional, como un límite del ejercicio del poder público por parte de cualquier órgano del Estado, incluido el legislador. Su desarrollo se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de la década del cincuenta del siglo pasado⁶², pero su consolidación se alcanza en el marco del proceso de constitucionalización de la Unión Europea (UE), especialmente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJ), como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales y como un límite

⁵⁶ ARNOLD, MARTÍNEZ y ZUÑIGA (2012).

⁵⁷ MALAGÓN (2004) y NIETO (1976). Un acabado estudio histórico se puede ver REMMERT (1995).

⁵⁸ NIETO (1976) pp. 48-50.

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (2016). Una relación de casos se puede ver en MAYER (1982), T. II, pp. 31-36.

⁶⁰ En la cual destaca el trabajo de Cesare Beccaria “*De los delitos y las penas*”, de 1764.

⁶¹ QUINTERO (1982).

⁶² REMMERT (1995). Las sentencias más relevantes se pueden consultar en SCHWABE (2009); FERNÁNDEZ NIETO (2008) p. 283; COVARRUBIAS (2018), y ARNOLD, MARTÍNEZ y ZUÑIGA (2012).

a las potestades de la UE⁶³. Así, comienza una tendencia en orden a fundar la prohibición de exceso en el ejercicio de los poderes públicos en diversos preceptos de la Constitución, respecto todo órgano estatal, como resguardo y garantía de los derechos fundamentales, en el marco del Estado de Derecho, tal como sucede también en Francia⁶⁴ y España⁶⁵.

En un comienzo se sostuvo la idea de que este principio debía extraerse del Derecho Administrativo para ser incluido directamente en el ámbito del Derecho Constitucional⁶⁶, aunque posteriormente se afirmará que tendría su sede natural en el Derecho Constitucional, desplegando su eficacia normativa principalmente en el ámbito de los derechos fundamentales⁶⁷.

En todo caso, ya sea que se adopte desde el Derecho administrativo –en donde encuentra su origen–, del Derecho penal o del Derecho constitucional, no cabe duda que la proporcionalidad constituye un principio general que necesariamente se impone respecto del ejercicio de poderes sancionadores por parte de los órganos administrativos –como lo ha reconocido la doctrina⁶⁸ y la jurisprudencia nacional⁶⁹– y, más aún, se reconoce a nivel constitucional mediante el control que se hace de la ley al momento de configurar dichas potestades.

5. PRESCRIPCIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Como se ha señalado, no existe en nuestro ordenamiento una regulación general del plazo de prescripción de las infracciones y sanciones, mientras que no todas las normas especiales la regulan o establecen un plazo uniforme. Por lo tanto, no siendo posible sostener la imprescriptibilidad de estos ilícitos, cabe establecer cuál debiera ser el criterio para determinar el plazo de prescripción en estos casos.

5.1. LA NECESIDAD DE UN PLAZO DE PRESCRIPCIÓN Y LOS CRITERIOS PARA DETERMINARLO

El problema de la prescripción de la responsabilidad administrativa debe ser analizada a partir de los fundamentos que justifican su existencia y, especialmente, el sentido que tiene en el marco de un mecanismo que está orientado a la protección de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. En tal sentido, la actuación oportuna y eficaz del Estado a

⁶³ REINER, MARTÍNEZ y ZUÑIGA (2012), pp. 73-78.

⁶⁴ CARPENTIER (2009) p. 135.

⁶⁵ Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 154/2002, de 18 de Julio de 2002. Véase BON y MAUS (2008) p. 157.

⁶⁶ KRAUSS (1955) p. 2 y ss.

⁶⁷ LERCHE (1961) p. 61 y ss.

⁶⁸ ALDUNATE y CORDERO (2012) pp. 348 y 358; CORDERO (2014) p. 254-259; ARANCIBIA (2014) pp. 134-138; CORDERO VEGA (2015) pp. 524-526; OSORIO (2018) pp. 89-92.

⁶⁹ La Contraloría ha hecho uso constante de este principio en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria, como en los dictámenes Nos. 4.767 y 65.855, de 2012. El Tribunal Constitucional ha aplicado este principio en general en las Sentencias Roles Nos. 226, considerando 47º; 280, considerando 21º; y 519, considerando 19º. En relación con las sanciones administrativas en particular, se puede ver la Sentencia Rol N° 1518-2009, considerando 14º. La Corte Suprema también sigue este principio, como en la Sentencia Rol N°68.723-2016, considerando 10º.

través de los órganos administrativos para enfrentar y administrar estos riesgos, colocan a la sanción en un lugar secundario, como un instrumento que no necesariamente permitirá reparar el daño causado, sino como la última *ratio* frente a la imposibilidad de evitar ciertos comportamientos que se consideran lesivos o que configuren una amenaza a los intereses. Así, el hecho de que no exista la disposición para perseguir ciertos ilícitos, no solo puede develar un mal funcionamiento de los órganos públicos, sino también que las medidas que se deben adoptar carezcan de oportunidad, de forma que su materialización aparece en definitiva como un acto arbitrario de la autoridad. En este contexto, cabe preguntarse qué sentido tiene la persecución de determinados ilícitos cuando no existe posibilidad alguna de que el bien jurídico protegido sea lesionado, como sería el hecho de castigar atrasos reiterados en la presentación de una declaración o que una persona haya realizado una actividad sin la respectiva autorización, cuando los impuestos ya están ingresados en arcas fiscales o el infractor no realiza actualmente dicha actividad ni tiene pretensión de hacerlo.

En muchos de estos casos, el problema radica en que legislador establece un amplio abanico de deberes, cuyo incumplimiento los asocia a un sinnúmero de infracciones, muchas de las cuales son muy difíciles cumplir y, además, existe en varios de estos la conciencia que sus destinatarios no tienen un conocimiento cabal de los mismos⁷⁰. Junto con lo anterior, está el deber de la Administración para sancionar determinadas conductas en plazos breves y razonables, pues el paso del tiempo hace que pierda sentido su persecución. Sin embargo, tampoco resulta adecuado establecer plazos tan breves que generen un incentivo en los particulares para ampararse en la clandestinidad, aprovechando los medios y recursos de los cuales disponen, frente a órganos y servicios públicos que no tienen la capacidad de poder controlar y reprimir todos estos ilícitos.

De esta forma, el tiempo con el que cuenta la Administración para perseguir y sancionar estos ilícitos debe responder a una regla razonable de medios, recursos y fines que se deben alcanzar, cuestión que está estrechamente asociada al principio de proporcionalidad.

5.2. LA PENA O SANCIÓN COMO ELEMENTO PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD DE LA CONDUCTA A NIVEL LEGAL Y COMO CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD

En esta tarea el plazo de prescripción debe vincularse con el tema de la proporcionalidad y la gravedad de los ilícitos que tipifica el legislador. Como hemos señalado, no cabe duda que la proporcionalidad constituye un principio general que necesariamente se impone respecto del ejercicio de poderes sancionadores por parte de los órganos administrativos y que es determinante en el tema de la prescripción.

Ahora bien, el elemento que permite establecer que ciertas conductas sean consideradas más o menos graves en relación a otras, solo se puede encontrar en la pena que el propio legislador le asigna. En efecto, aquella constituye el único criterio objetivo que nos podrá indicar cuál es el grado de desvalor que le asigna el ordenamiento jurídico a determi-

⁷⁰ Así se señala que “el repertorio de ilícitos comunitarios, estatales, autonómicos, municipales y corporativos ocupa bibliotecas enteras. No ya un ciudadano cualquiera, ni el jurista más estudioso ni el profesional más experimentado son capaces de conocer las infracciones que cada día pueden cometer”. NIETO (2012) p. 27. En el mismo sentido, ALCALDE (2013) pp. 344-350.

nada conducta y, al mismo tiempo, es el único elemento de comparación. Por lo demás, si bien en esta labor la ley está condicionada por la Constitución, el nivel de deferencia que se le ha reconocido por parte del Tribunal Constitucional en esta tarea, hace que el margen de discrecionalidad con el cual dispone sea bastante amplio⁷¹, por lo que la pena que le asigna constituye un criterio capital. Así, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que “[...] el *quantum* de la pena es el mejor reflejo de la gravedad del delito”, al punto de considerarlo como el criterio fundamental para evaluar la proporcionalidad: “[...] Lo que determina la gravedad de un ilícito no es la naturaleza del delito. Dicho parámetro es una medida solo intuitiva para apreciar qué tan grave es un tipo penal. El criterio más objetivo para identificar el nivel de gravedad de un ilícito es, como se señaló, el *quantum* de la pena”⁷². Luego nos dirá que “[...] La razón fundamental para considerar que el *quantum* de la pena es el parámetro representativo de la gravedad del delito radica en que es la medida más objetiva, directa y de mayor impacto para expresar el desvalor social de la conducta”⁷³.

De esta forma, la proporcionalidad de la pena puede ser vulnerada en dos niveles: a) cuando la pena abstracta asignada por el legislador está proscrita por la Constitución o porque en sí misma no resulta idónea, necesaria o proporcional en sentido estricto; y b) cuando corresponde a la pena asignada por el legislador, pero en donde se violenta el principio de igualdad y coherencia, al asociarla con ilícitos que tienen asignadas sanciones similares (igual gravedad), pero que están vinculadas a otras medidas que la hacen más o menos gravosas sin una justificación adecuada.

En definitiva, la gravedad de un ilícito está asociada a la sanción prevista por el ordenamiento, lo cual está necesariamente vinculada a todos los efectos y consecuencias derivados de aquel, ya que el legislador queda condicionado en su regulación por los principios de igualdad y coherencia en la regulación, en el marco del principio de proporcionalidad. Además, y como se ha señalado, la gravedad de la sanción también determina la intensidad de las garantías que tendrá el particular frente al Estado.

5.3. PRESCRIPCIÓN Y PROPORCIONALIDAD: LA INADECUADA SOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y DE LA DOCTRINA

Ante la falta de regulación de la prescripción, el problema en nuestro país ha sido la búsqueda de una regla que permitiera suplir dicho vacío, y aquello se ha movido en dos posiciones muy definidas:

- a) Asimilar los ilícitos administrativos a las faltas penales, aplicando en este caso las normas de los artículos 94 y 97 del Código Penal, que establecen un plazo de 6 me-

⁷¹ HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS (2007). Artículo único, N° 3°, del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, Rol N° 786-2007 (considerando 30°). Sobre esta materia véase LOPERA (2011).

⁷² Recientemente en VARGAS CON MINISTERIO PÚBLICO (2018). Inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, y del artículo 17 B), inciso segundo, de la Ley N° 17.798, Rol N° 4802-2018 (considerando 9°).

⁷³ GALLARDO CON MINISTERIO PÚBLICO (2017). Inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, Rol N° 2995-2016 (considerando 9°).

ses para la prescripción. Esta ha sido la solución que en un comienzo ha sostenido la Corte Suprema⁷⁴ y la Contraloría General de la República⁷⁵.

b) Entender que se aplica la legislación común, en este caso el artículo 2515 del Código Civil, fijando un plazo de 5 años para la prescripción. Este es el criterio que se ha ido asentado en la jurisprudencia de la Corte Suprema⁷⁶ y que ha seguido recientemente Contraloría, cambiando su jurisprudencia anterior⁷⁷.

En ambos casos, la jurisprudencia parte de la premisa que la prescripción es de carácter universal e indispensable para asegurar criterios de certeza y seguridad en las relaciones jurídicas y, por ello, puede operar en todas las disciplinas que pertenecen al ámbito del Derecho Público⁷⁸. Luego, la opción por una u otra posición responde a fundamentos jurídicos centrados en la naturaleza de los ilícitos administrativos y su identidad con los delitos, así como respecto de cuál sería el Derecho supletorio aplicable: el Código Penal (6 meses) o el Código Civil (5 años); pero también se entregan argumentos que dicen relación con la función que debe cumplir la Administración, tratando de explicar porque el plazo de prescripción debe ser más o menos extenso⁷⁹. El mismo criterio es compartido, en mayor o menor medida, por la doctrina⁸⁰.

⁷⁴ *SCHENKE CON SERVICIO DE SALUD* (2002). En el mismo sentido, *FUENTES CON SEREMI DE SALUD REGIÓN DEL MAULE* (2005); *EMPRESA ELÉCTRICA DE AYSÉN S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2009A); *EMPRESA ELÉCTRICA DE AYSÉN S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2009B); *LABORATORIO MAVER LIMITADA CON ISP* (2011); *LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2011); *LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2012); *MARTINS Y OTRA CON ISP* (2010A); *MARTINS Y OTRA CON ISP* (2010B); *LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2012); *LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2013); *DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS CON SOCIEDAD ALTO ATACAMA S.A.* (2013); *INDUSTRIA FRIGORÍFICA SIMUNOVIC S.A. CON COMISIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE MAGALLANES Y ANTÁRTICA* (2014); *FORESTAL CELCO S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2015), ENTRE OTRAS.

⁷⁵ Dictámenes N°s 14.571 (2005); 28.226 (2007); 30.070 (2008), entre otros.

⁷⁶ *EMPRESA ELÉCTRICA DE ANTOFAGASTA S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2009); *EMPRESA ELÉCTRICA DE AYSÉN S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2009); *ALBALA Y OTRA CON ISP DE CHILE* (2015); *FISCO CON IRARRÁZABAL* (2016); *FARAH CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS* (2016); *PROMAQ INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA CON SEREMI DE SALUD DE LA REGIÓN METROPOLITANA* (2017); *PHARMAMÉRICA LIMITADA CON ISP* (2017); *CASINO DE JUEGOS TEMUCO S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE CASINOS DE JUEGOS* (2018); *BANCO DE CHILE CON UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO* (2018); *LABORATORIOS LAFI CON ISP* (2018); *COMPAÑÍA MINERA ZALDIVAR LIMITADA CON SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD* (2018); *OPKO CHILE S.A. Y ALEGRÍA MADRID CON INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA* (2019), entre otras.

⁷⁷ Dictamen N° 24.731 (2019).

⁷⁸ En tal sentido, la Corte Suprema ha sostenido que “[...] debe iniciarse desestimando toda posición que propugne la imprescriptibilidad de las infracciones y sanciones administrativas respecto de aquellas situaciones donde la ley correspondiente no haya establecido de manera expresa un plazo determinado para que opere la prescripción. [...]”, *ISP CON LABORATORIOS RECALCINE S.A.* (2010).

⁷⁹ Así, en varios pronunciamientos se sostiene que la posición del particular no es la misma que tiene la Administración, por lo que a esta última se le debe exigir un mayor grado de diligencia y esmero, lo que justificaría plazos más breves. Véase *LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2012); *MARTINS Y OTRA CON ISP* (2010); *MARTINS Y OTRA CON ISP* (2010); *LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2012); *LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2013). Por otra parte, se sostiene que no resulta procedente “[...] aplicar el plazo de prescripción de las faltas, porque al ser una prescripción de corto tiempo –seis meses– resultaría eludida la finalidad del legislador de dar eficacia a la Administración en la represión de estos ilícitos y la sanción contemplada en la ley carecería de toda finalidad preventiva general”. Véase *PHARMAMÉRICA LIMITADA CON ISP* (2017); *CASINO DE JUEGOS TEMUCO S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE CASINOS DE JUEGOS* (2018); *BANCO DE CHILE CON UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO* (2018).

⁸⁰ VALLEJO (2016) y ARÓSTICA (2005) p. 124.

Sin embargo, el resultado no ha sido del todo satisfactorio, pues el esfuerzo por encontrar una regla para determinar el plazo de prescripción, lleva a un tratamiento uniforme de todas las infracciones administrativas, omitiendo la diversa gravedad que el propio legislador les ha reconocido⁸¹. En efecto, como se ha dicho, la proporcionalidad es un principio que se aplica plenamente a las infracciones administrativas. A su vez, a pesar de los autores que sostienen la tesis cuantitativa para distinguir entre delitos e infracciones administrativas⁸², no resulta posible sostener *a priori* que las infracciones administrativas sean menos graves que las penales y viceversa. En efecto, la gravedad de la sanción va a depender de la decisión del legislador, siendo posible que la Administración pueda aplicar sanciones más graves que las que aplique un tribunal, como sucede habitualmente con las multas. Así, el criterio de la gravedad no es determinante y solo opera como un límite para el legislador en los casos en que la Constitución establece una reserva del ámbito jurisdiccional, como sucede con las medidas privativas de libertad⁸³. Por tal razón, respecto de sanciones de otra naturaleza, como son las multas, inhabilidades, suspensión para realizar una actividad, etc., es posible que el legislador las radique discrecionalmente en el orden judicial o administrativo, independiente de la gravedad que puedan tener.

Ahora bien, si se proyecta este razonamiento en el ámbito de la prescripción, es de toda lógica que su plazo esté condicionado por la gravedad de la sanción. Este es, por lo demás, el criterio que sigue nuestro Código Penal⁸⁴ y que respecto de las infracciones administrativas es la tendencia en los ordenamientos comparados, como hemos tenido ocasión de ver. A su vez, como bien apunta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el legislador debe cumplir con un deber de coherencia en la regulación, de forma que la gravedad de la sanción debe estar asociada necesariamente a las demás medidas que están asociadas a ella, como sucede con las penas accesorias, las penas sustitutivas y, en la misma línea, la mayor o menor extensión del plazo de prescripción.

6. PREMISAS Y CRITERIOS PARA DETERMINAR EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

6.1. PRESUPUESTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

Conforme a lo expuesto, la solución al tema de la falta de regulación general de la prescripción, exige algunos criterios de referencia. Más aún, en el caso que sea el propio legislador el asuma la tarea de regularla, tampoco se puede desentender de los límites y crite-

⁸¹ La jurisprudencia justifica dicha decisión, pues entiende que el plazo de prescripción es de competencia del legislador, lo que también incluye la determinación de su gradualidad. Véase *LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2012).

⁸² Este fue el criterio que en un comienzo siguió nuestro Código Penal en su artículo 501, pero que fue superado por la legislación especial. La doctrina siguió un criterio similar ante la imposibilidad de realizar una separación ontológica entre ambos ilícitos. Véase ROXIN (1997) p. 72; JACOBS (1997) pp. 65-66; CEREZO (1975) pp. 159-173 y CURY (2005) pp. 106-107.

⁸³ *SÁNCHEZ Y OTROS CON SEREMI SALUD* (2010). Artículo 169 del Código Sanitario, Rol N° 1518 (considerando 22°).

⁸⁴ Artículos 94 y 97 del Código Penal.

rios que le impone la propia Constitución, especialmente en lo que dice relación con el respeto de los principios de proporcionalidad, igualdad y de interdicción de la arbitrariedad.

Ahora bien, para dar respuesta a este problema, vamos a partir de las siguientes premisas básicas:

- a) Las infracciones o sanciones administrativas no son imprescriptibles. Así, por lo demás, lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, y se desprende de lo sostenido en los postulados anteriores: la imprescriptibilidad es una regla excepcional que se aplica a los crímenes de la mayor gravedad, como sucede con los delitos de lesa humanidad y el genocidio. Así, no resulta posible asimilar estos ilícitos a una medida de dicha envergadura.
- b) El plazo de prescripción es una materia de reserva legal. Por lo tanto, no es posible que el operador jurídico pueda crear una regla de prescripción al margen de la ley. En todo caso, aquello plantea la paradoja de que siempre deberá encontrar una solución, ya que no es posible tampoco entender que este vacío en la regulación lleve a la imprescriptibilidad.
- c) El plazo de prescripción está dominado por el principio de proporcionalidad. Por tal razón, se debe aplicar un plazo que guarde relación con la gravedad de la infracción, considerando el ordenamiento jurídico en su conjunto, asegurando una solución coherente y armónica.
- d) No es constitucionalmente admisible establecer un plazo uniforme de prescripción para todas las infracciones y sanciones administrativas que no tengan una regulación especial, sin considerar la gravedad de las mismas. Aquello implica también una vulneración del principio de proporcionalidad, igualdad e interdicción de la arbitrariedad.
- e) Por tanto, al momento de determinar dicho plazo, dentro de las soluciones legales vigentes, debe optar por aquella que guarde mayor conformidad con el principio de proporcionalidad (gravedad del ilícito) y que al mismo tiempo permita dar coherencia con las medidas que se pueden adoptar en el orden punitivo, dentro del cual no se puede soslayar el orden penal.

6.2. LOS ELEMENTOS DE REFERENCIA EN LA DETERMINACIÓN

Conforme a estas premisas, la solución que en general entrega la jurisprudencia y la doctrina parece del todo inadecuada, ya que un plazo uniforme ya sea breve (6 meses) o más extenso (5 años), no atiende al peso específico y la gravedad tiene la infracción cometida y, en su caso, la sanción impuesta. Ahora bien, para encontrar un criterio de solución, resulta conveniente tener como referencia la relación que se da en nuestro ordenamiento entre el orden penal y las disposiciones de policía.

En efecto, como da cuenta nuestra doctrina, los antecedentes de la actividad sancionadora de la Administración se encuentran en la actividad de policía⁸⁵, heredada del

⁸⁵ Nuestros comentaristas de la época solo hacían una mención general a esta figura, sin detenerse en un acabadado análisis de los instrumentos con los cuales se hacía efectiva. Véase PRADO (1859) pp. 163 y ss.; LETELIER (1907) p. 33, y AMUNÁTEGUI (1894) p. 221.

Derecho castellano-indiano, pero que lentamente fue adquiriendo sus propios perfiles luego de la independencia⁸⁶, con poderes que llegaron a la adopción de medidas privativas de libertad y de castigo físico⁸⁷. Por tal razón, no son de extrañar las críticas de la existencia de estas atribuciones en manos de la Administración⁸⁸, lo que lleva a una primera etapa en su control y racionalización. Esta se encuentra marcada con la dictación del Código Penal, que en una primera instancia sostiene que este tipo de sanciones no se reputan penas (artículo 20), aunque acto seguido establece que, salvo disposición legal, la autoridad administrativa no establecerá mayores penas que las previstas en dicho cuerpo normativo, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas (artículo 501). De esta norma se deduce, al fin y al cabo, que las sanciones gubernativas constituyen penas⁸⁹, aunque sujetas a un límite, esto es, no pueden sobrepasar aquellas previstas en el Código Penal que, a la sazón, comprende ilícitos y sanciones que solo puede aplicar la autoridad judicial. Por tal razón, era de toda lógica que, atendida su gravedad, fueran consideradas bajo el régimen de las faltas, como ilícitos bagatela, incluyendo su plazo de prescripción, como sucede con las infracciones que se sancionan en el ámbito municipal, en los cuales hasta la fecha constituye la regla general: el plazo de prescripción de las infracciones a las ordenanzas municipales que aplican los jueces de policía local es de 6 meses. Además, el artículo 501 también se refiere a “los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa”, avizorando el enorme crecimiento que tendría la potestad reglamentaria⁹⁰. A su vez, manteniendo la coherencia del sistema y a falta de norma especial, el Código Penal dispone que la infracción de reglamento –sea general o particular– tiene una sanción multa, la cual también prescribe en el plazo de 6 meses, al constituir una falta⁹¹.

Ahora bien, sabemos que en la actualidad la gravedad de las sanciones que se aplican en el orden administrativo superan dicho umbral, por lo que no resulta posible justificar un plazo tan breve en la prescripción de dichas infracciones y sus respectivas sanciones. En este sentido, y ante la falta de regulación, el salto debe ser al peldaño siguiente, esto es, 5 años.

Sin embargo, el problema es determinar cuál sería el umbral que marcará este paso. En efecto, pensamos que la solución es una coordinación entre la legislación administrativa y penal, que parece el ámbito más apropiado para resolver estos asuntos, ya que la matriz

⁸⁶ Véase GÓMEZ (2018), pp. 76-115, en la cual se hace por primera vez un acabado análisis del origen de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. También en GÓMEZ (2019).

⁸⁷ Buena parte de las normas de policía fueron recogidas en la legislación municipal, lo que se puede apreciar en Leyes sobre Organización y Atribuciones de las Municipalidades de 8 de noviembre de 1854; de 12 de septiembre de 1887; y de 22 de diciembre de 1891. Sin embargo, con anterioridad, destaca Ley de Régimen Interior, de 10 de enero de 1844, que integra importantes poderes a los intendentes y gobernadores.

⁸⁸ HUNEEUS (1891) p. 231.

⁸⁹ Así, bien se ha señalado que el artículo 20 del Código Penal no considera a las sanciones administrativas formalmente penas, aunque se reconoce que participan de la misma naturaleza, como señala CURY (2005), p. 107. Por tal razón, el concepto constitucional de pena es más amplio. Véase RODRÍGUEZ (1987) p. 123.

⁹⁰ CORDERO (2014) pp. 16-17 y CORDERO (2019) pp. 286-287.

⁹¹ El artículo 495 N° 1 del Código Penal dispone que serán castigados con multa el que contraviniera a las reglas que la autoridad dictare para conservar el orden público o evitar que se altere, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito. Aquello es sin perjuicio de la infracción de reglamentos sobre materias específicas, contenidos en los N°s 7, 13, 14, 15, 20, 21, 24, 27, 29 y 36 de la misma disposición.

disciplinar de las infracciones administrativas encuentra una mayor vinculación en estos sectores en relación con lo que ocurre con la legislación civil.

En este sentido, la regla general en materia de prescripción está marcada por la legislación municipal y de policía, en particular con las infracciones que se tipifican en las ordenanzas municipales y reglamentos. En buena medida, el Código Penal estaba haciendo referencia a dichas disposiciones al momento de establecer un límite a las sanciones que se podía imponer y que pasaban a integrar el abanico de faltas en nuestro sistema, ya que las municipalidades asumieron las facultades de policía en el ámbito local. Por su parte, actualmente la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades dispone que las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. Además, en ellas se pueden establecer multas para los infractores, cuyo monto no excederá de 5 unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes (artículo 12). De esta forma, aquí encontramos un punto de referencia interesante que puede marcar un diverso plazo de prescripción para las infracciones administrativas como regla general.

Otra alternativa es tomar el propio Código Penal y hacer la relación con la pena de multa que él mismo regula. En efecto, dicho cuerpo normativo considera a las multas como una pena común para los crímenes, simples delitos y faltas (artículo 21). Así, se dispone que “La cuantía de la multa, tratándose de crímenes, no podrá exceder de treinta unidades tributarias mensuales; en los simples delitos, de veinte unidades tributarias mensuales, y en las faltas, de cuatro unidades tributarias mensuales; todo ello, sin perjuicio de que en determinadas infracciones, atendida su gravedad, se contemplen multas de cuantía superior” (artículo 25). De esta forma, es posible establecer un cierto rango de las multas que permite vincular con el régimen de prescripción de los delitos. Así, las faltas estarían asociadas a multas que no sobrepasen las 4 unidades mensuales y tendrían un plazo de prescripción de 6 meses; mientras que los simples delitos tendrían multas de hasta 20 unidades tributarias mensuales y con un plazo de prescripción de 5 años. Por último, estarían los crímenes con multas entre 20 y 30 unidades tributarias mensuales, con un plazo de prescripción que por regla general es de 10 años.

Ahora bien, el problema de adoptar esta segunda opción es que no se trata de una pena principal, sino que de una pena de carácter común. Además, el plazo de prescripción de los crímenes comprende un período de 10 años, que parece ser del todo excesivo, pues el legislador está pensado en la pena principal más que en la multa.

En definitiva, de estos dos caminos, parece más apropiado entender que el plazo general en materias de infracciones administrativas viene dado desde la legislación municipal y de policía (6 meses), y que en un nivel superior se podría extender a un plazo de 5 años tratándose de sanciones que sean de monto superior, conforme a la regla de los simples delitos⁹².

Por su parte, un criterio similar se plantea en el caso de la prescripción de las sanciones administrativas, aunque con un matiz que es importante. En efecto, si bien también resulta aplicable el criterio general de los 6 meses, conforme a la regla prevista en la legislación municipal, el plazo máximo no debiera exceder de los efectos que puede producir

⁹² En parte esta fue la solución dada por el Ministro Sergio Muñoz en el voto de minoría *CORPBANCA CON SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS* (2017) (considerando 17° del voto de minoría).

un acto administrativo en cuanto título ejecutivo, esto es, tres años. Para sostener aquello, debemos recordar que el acto administrativo es un acto de autoridad, que causa inmediata ejecutoriedad y autoriza su ejecución de oficio por parte de la propia Administración, en la medida que lo establezca la ley (artículo 3° de la Ley N° 19.880). En los casos en que no exista una regulación especial, aparece lo que se conoce como ejecutoriedad impropia, es decir, aquellos supuestos en que el acto no produce sus efectos por sí mismos, y requiere la intervención de otra autoridad administrativa o la intervención judicial. En este último caso es en donde el acto administrativo aparece como un título ejecutivo, ya sea que contenga una multa o reconozca alguna obligación pecuniaria. Por otra parte, diversos preceptos confieren expresamente mérito ejecutivo a determinados actos administrativos⁹³, sin perjuicio que el artículo 434 N° 7 del Código de Procedimiento Civil señala que el juicio ejecutivo tiene lugar en las obligaciones de dar cuando para reclamar su cumplimiento se hace valer, entre otros títulos, “Cualquiera otro título a que las leyes den fuerza ejecutiva”⁹⁴. Desde tal perspectiva, y conforme a lo dispuesto en el artículo 3° inciso final de la Ley N° 19.880, el acto administrativo goza de fuerza ejecutiva. En esa misma línea, conforme a los artículos 442 del Código de Procedimiento Civil y 2.515 del Código Civil, en relación con su artículo 2.514, se establece que las acciones ejecutivas prescriben en tres años, contados desde que la obligación se hace exigible, regla plenamente aplicable a las sanciones administrativas, como lo ha reconocido la jurisprudencia de Contraloría⁹⁵.

7. CONCLUSIONES

En esta investigación nos hemos propuesto encontrar criterios de solución al problema de la falta de regulación de la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas, los cuales deben ser coherentes tanto al interior del régimen de poderes sancionadores de la Administración, como en relación con otros poderes punitivos del Estado.

Ahora bien, el fundamento de la prescripción en estos casos no difiere de lo que ocurre en otros ámbitos del ordenamiento: la seguridad y la certeza jurídica. Sin embargo, también se deben considerar la oportunidad y eficacia en el actuar de la Administración, pues el tiempo también hace decaer la necesidad del castigo de estas conductas en relación con el riesgo que generan. En este contexto, la prescripción es una forma de extinción de la responsabilidad administrativa, ya sea por el cumplimiento del plazo para su persecución o por no haber ejecutado la sanción. Esto determina algunas particularidades, debido al interés público comprometido, razón por la cual debe ser declarada de oficio por la autoridad administrativa o judicial, no puede ser renunciada, puede ser alegada sin límites dentro del

⁹³ Artículos 174 del Código Sanitario; 7 de la Ley N° 21.000 y 37 del Decreto Ley N° 3.063.

⁹⁴ Por su parte, y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 530 y siguientes del citado Código, hay acción ejecutiva en las obligaciones de hacer, cuando, siendo determinadas y actualmente exigibles, se hace valer para acreditarlas algún título que traiga aparejada ejecución de conformidad al artículo 434, dentro de los cuales, se encontraría el acto administrativo terminal. Las mismas disposiciones son aplicables tratándose de obligaciones de no hacer en los términos previstos en el artículo 544 del mismo Código.

⁹⁵ Dictámenes N°s 98.032 (2015); 16.164, 30.871, 46.766 y 50.097, todos de (2016).

procedimiento administrativo o judicial y configura la ilegalidad de una sanción que soslaya su aplicación.

En general, los ordenamientos comparados la prescripción exige de una determinación legal, asumiendo un tratamiento diverso entre la prescripción de las infracciones y las sanciones administrativas. Además, se tiende a utilizar como referencia la regulación penal y plazos que varían en cuanto a la gravedad de la sanción. En cambio, en Chile no contamos con una regulación general y la legislación sectorial omite diversos aspectos relevantes (suspensión, interrupción, caducidad del procedimiento, plazos).

En este contexto, la proporcionalidad juega una tarea fundamental en la determinación del plazo de prescripción. Se trata de un principio que se encuentra en las bases históricas del Derecho administrativo, sin perjuicio de su adopción en el Derecho penal y Constitucional, razón por la cual se impone respecto del ejercicio de poderes sancionadores por parte de los órganos administrativos, como lo ha reconocido nuestra doctrina y la jurisprudencia.

La tesis central de este trabajo, es que el plazo de prescripción está condicionado por la gravedad de la infracción. A su vez, el elemento que permite establecer esta gravedad se debe encontrar en la pena o sanción que el propio legislador le asigna. En efecto, aquella constituye el único criterio objetivo que nos podrá indicar cuál es el grado de desvalor que le asigna el ordenamiento jurídico a determinada conducta y, al mismo tiempo, es el único elemento de comparación. Además, la gravedad de la sanción también determina la intensidad de las garantías que tendrá el particular frente al Estado.

En Chile se ha buscado la solución en la aplicación de las reglas de prescripción de las faltas penales o, en su caso, en las normas del Código Civil, en una disputa por resolver un problema más profundo en relación con la naturaleza y régimen aplicable a las infracciones administrativas. Sin embargo, en nuestra opinión este resultado no es satisfactorio, porque en uno y otro caso se llega a un tratamiento uniforme de todas las infracciones administrativas (6 meses o 5 años), omitiendo la diversa gravedad que el propio legislador les ha reconocido.

Conforme a lo expuesto, la solución al tema exige algunos criterios de referencia básicos, como la necesidad de que exista un plazo de prescripción (no pueden existir infracciones imprescriptibles); que dicho plazo sea establecido por ley y que en su aplicación se debe respetar el principio de proporcionalidad, ya que no es constitucionalmente admisible establecer un plazo uniforme sin considerar la gravedad de las mismas. De acuerdo a estas premisas, la solución en estos casos nos lleva a una coordinación entre la legislación administrativa y penal, que parece el ámbito más apropiado para resolver estos asuntos, en relación con la legislación civil. Además, su tronco histórico se encuentra en las normas de policía, en su gran medida desarrolladas en el ámbito municipal y de policía. Por otra parte, el Código Penal también regula el plazo de prescripción de las multas, que es la principal sanción que se aplica en sede administrativa.

En definitiva, ante estas dos opciones, consideramos más apropiado entender que el plazo general en materias de infracciones administrativas viene dado desde la legislación municipal (6 meses), y que en un nivel superior se podría extender a un plazo de 5 años tratándose de sanciones que sean de monto superior, conforme a la regla de los simples delitos.

Un criterio similar se plantea en el caso de la prescripción de las sanciones administrativas, aunque con un matiz que es importante. En efecto, si bien también resulta aplicable el criterio general de los 6 meses, el plazo máximo no debiera exceder de los efectos que puede producir un acto administrativo en cuanto título ejecutivo, esto es, tres años.

En definitiva, la necesidad de encontrar puntos de referencia que nos permita entregar al operador jurídico elementos para resolver un vacío legal de enorme envergadura, nos lleva a entregar una solución que, según nuestra opinión, guarda mayor conformidad con el marco constitucional y, particularmente, con el principio de proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, N° 1: pp. 65-116.
- AA.VV. (1982): *Le sanzioni amministrative* (Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 1980 (Guiffirè, Milano).
- AA.VV. (2018): *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: OWiG* (5. Auflage, C.H. Beck, München).
- ALCALDE, Enrique (2013): *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones UC).
- AMUNÁTEGUI, J. Domingo (1894): *Administración Política i Derecho Administrativo* (Santiago, Imprenta Cervantes).
- ARANCIBIA, Jaime (2014): “El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*”, en ARANCIBIA, Jaime y ALARCÓN, Pablo, *Sanciones Administrativas*, X Jornadas de Derecho Administrativo (Santiago, Thomson Reuters).
- ARNOLD, Reiner; MARTÍNEZ, José Ignacio y ZÚÑIGA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios constitucionales*, Vol.10, N° 1: pp. 65-116.
- ARÓSTICA, Iván (2005): “Sanciones Administrativas y prescripción”, en: AA.VV: *Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo* (Universidad Santo Tomás), pp. 119-126.
- BACA, Víctor (2011): *La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley de Procedimiento Administrativo General (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas)* (Derecho y Sociedad N° 37), pp. 263-274.
- BON, Pierre y MAUS, Dider (coor.) (2008): *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes* (Paris, Dalloz).
- CABALLERO, Rafael (1999): *Prescripción y caducidad en el procedimiento administrativo* (Madrid, McGraw-Hill Interamericana).
- CABALLERO, Rafael (2010): “Prescripción de infracciones y sanciones”, en LOZANO, Blanca (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas* (Madrid, Iustel), pp. 641-666.
- CANO, Tomas (2014): *Las sanciones de tráfico* (Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2ª edición).
- CARPENTIER, Elice (2009): “La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés” *Estudios Constitucionales*, Vol. 7, N° 2: pp. 129-142.

- CERBO, Pasquale (2009): “Las sanciones administrativas en Italia: un problema de Derecho constitucional”, *Documentación Administrativa*, Nos. 282-283: pp. 61-90.
- CEREZO, J. (1975): “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo XXVIII, Fascículo II, pp. 159-173.
- CORDERO, Luis (2011): “El decaimiento del procedimiento sancionador. Comentarios de las sentencias de la Corte Suprema del año 2010”, *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales: pp. 243-255.
- CORDERO, Eduardo y ALDUNATE, Eduardo (2012): “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39: pp. 337-361.
- CORDERO, Eduardo (2014): Derecho Administrativo Sancionador (Santiago, Thomson Reuters).
- CORDERO, Eduardo (2014): “Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Ius et Praxis*, año 15, N° 2: pp. 11-49.
- CORDERO, Eduardo (2019): “Los reglamentos como fuente del derecho administrativo y su control jurisdiccional”, *Revista Ius et Praxis*, año 25, N° 1: pp. 285-334.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2018): “El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy”, *Ius et Praxis*, Vol. 24, N° 3: pp. 477-524.
- CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Universidad Católica de Chile, octava edición).
- DE DIEGO, L. Alfredo (2009): *Prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador* (Barcelona, Bosch, segunda edición).
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles (2001): “Infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 112: pp. 553-574.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa (2008): *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común Europeo* (Madrid, Universidad Rey Juan Carlos).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2016): *La lucha contra las inmunidades del poder* (Madrid, Civitas, 3d. ed.).
- GALLARDO, María Jesús (2008): *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica* (Madrid, Iustel).
- GARCÍA, Francisco (2007): *Sanciones administrativas. Garantías, derecho y recursos del presunto responsable* (Granada, Comares, tercera edición).
- GARCÍA, Magdalena (2013): “La prescripción vis a vis el “plazo razonable”, *Derecho administrativo sancionador. Notas sobre la doctrina de la especial sujeción*. Disponible en: http://www.sajj.gob.ar/doctrina/dacfl30184-garcia_rossi-prescripcion_vis_vis_plazo.htm
- GIOVANGNOLI, Roberto y FRATINI, Marco (2009): *Le sanzioni Amministrative* (Milano, Guiffre).
- GÓMEZ, Rosa Fernanda (2018): *Discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Límites y mecanismos de control a su ejercicio*, Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

- GÓMEZ, Rosa Fernanda (2019): “Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile”, en *Revista de Derecho del Estado* (Colombia), N° 44 (en prensa).
- GUZMÁN, José Luis (2002): “Comentario al artículo 95”, en: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dir.), MATUS, Jean Pierre (coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Tomo I, Parte General, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HUNEEUS, Jorge (1891): *La Constitución ante el Congreso*, Vol. 3 (Santiago, editorial Cervantes, Segunda edición).
- JAKOBS, Günther (1997): *Derecho penal. Parte general*. (Marcial Pons, Madrid, 2ª edición).
- KLUTH, Winfried (1998): “Prohibición de exceso y principio proporcionalidad en Derecho Alemán”, *Cuadernos de Derecho público*, vol. 5: pp. 219-237.
- KRAUSS Ruprecht von (1955): *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels in Verwaltungsrecht* (Appel in Komm, Hamburg).
- LETELIER, Valentín (1907): *Apuntaciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Imprenta i Encuadernación Chile).
- LERCHE, Peter (1961): *Übermass und Verfassungsrecht* (Heymann, Köln).
- LOPERA, Gloria Patricia (2011): “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIV, N° 2: pp. 113-138.
- LOZANO, Blanca (1990): *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias* (Madrid, Marcial Pons).
- MALAGÓN, Miguel (2004): “La Ciencia de la Policía y el Derecho administrativo”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 6, N° 1: pp. 174-210.
- MAYER, Otto (1982): *Derecho Administrativo Alemán* (Buenos Aires, Depalma).
- MAYER, Max Ernst (2007): *Derecho Penal. Parte General* (Traducc. Sergio Politoff, Buenos Aires, Euros Editores; Montevideo, Bdef, edición alemana de 1913 “Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts”, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg).
- MENDOZA, Ramiro (2005): “Acerca del principio general de la intransmisibilidad de las multas en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas”, en: AA. VV. *Sanciones Administrativas y Derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*. (Universidad Santo Tomás), pp. 127-153.
- MESTRE, Juan Francisco (1991): “La configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. III. (Madrid, Civitas), pp. 2493-2528.
- NIETO, Alejandro (2012): *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid, Tecnos, 5ª edición).
- NIETO, Alejandro (1976): “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, *Revista de Administración Pública*, N° 81: pp. 35-75.
- OSORIO, Cristóbal (2018): *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General* (Santiago, Thomson Reuters).
- OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario (2004): “Todo Prescribe o Caduca, a menos que la Ley señale lo contrario”, *Derecho y Sociedad*, N° 23: pp. 267-274.
- PRADO, Santiago (1859). *Principios elementales de Derecho Administrativo chileno: adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional siguiendo el plan I las teorías de varios autores* (Santiago, Imprenta Nacional).

- QUINTERO, Gonzalo (1982): “Acto, resultado y proporcionalidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXV, Fasc. II, Mayo-Agosto: pp. 381-408.
- REMMERT, Barbara (1995): *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermassverbotes* (C.F. Müller, Heidelberg).
- RODRÍGUEZ, Luis (1987): “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, *Revista de Derecho* (Valparaíso), N° 11: pp. 117-163.
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho penal. Parte general*. Tomo. I (Madrid, Editorial Civitas).
- SÁNCHEZ, Miguel (2016): *Derecho Administrativo. Parte General* (Madrid, Tecnos, 19ª edición).
- SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Berlín, Konrad-Adenauer-Stiftung).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1984): “Prescripción extintiva de derechos de los administrados y cumplimiento de obligaciones legales impuestas a la Administración”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11: pp. 505-517.
- VALLEJO, Rodrigo (2016): “Acerca del régimen supletorio de prescripción aplicable a las infracciones y sanciones administrativas”, *Revista de Derecho* (Valparaíso), N° 47: pp. 281-301.
- VARGAS, Juan Enrique (1987): *La extinción de la responsabilidad penal* (Santiago Ediar-Conosur).

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE SUPREMA

- AEDO ALARCÓN, PAULINA CON FISCO* (2000): 27 de noviembre (casación en el fondo). Rol N° 852-2000.
- ALBALA Y OTRA CON ISP DE CHILE* (2015): 21 de septiembre (casación en el fondo). Rol N° 3.528-2015.
- BANCO DE CHILE CON UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO* (2018): 17 de abril (reclamación). Rol N° 38.857-2017.
- BECERRA CON REYES* (2012): 30 de agosto (casación en el fondo). Rol N° 6.109-2010.
- CARVAJAL Y OTROS CON VEGA Y OTROS* (2012): 11 de julio (casación en la forma y en el fondo). Rol N° 8.879-2010.
- CASINO DE JUEGOS TEMUCO S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE CASINOS DE JUEGOS* (2018): 8 de enero (casación en el fondo). Rol N° 2.961-2017.
- COMPAÑÍA ELÉCTRICA DEL LITORAL S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2010): 20 de octubre (reclamación). Rol N° 5.228-2010.
- COMPAÑÍA MINERA ZALDIVAR LIMITADA CON SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD* (2018): 28 de agosto (casación en el fondo). Rol N° 8420-2017.
- ZUCCHINO AGUIRRE Y OTROS* (2014): 13 de enero (casación en el fondo). Rol N° 4024-2013.
- CORPBANCA CON SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS* (2017): 9 de mayo. Rol N° 62.128-2016,
- DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS CON SOCIEDAD ALTO ATACAMA S.A.* (2013): 25 de noviembre (apelación). Rol N° 7.559-2012.
- EMPRESA CONSTRUCTORA GÁTICA LTDA. CON FISCO Y OTRA* (2005): 27 de abril (casación en el fondo). Rol N° 4.727-2003.

- EMPRESA ELÉCTRICA DE ANTOFAGASTA S.A CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2009): 10 de septiembre (reclamación). Rol N° 3.357-2009.
- EMPRESA ELÉCTRICA DE AYSÉN S.A. EDELAYSÉN CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2009a): 3 de agosto (reclamación).
- Empresa Eléctrica de Aysén S.A. Edelaysén con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2009b): 3 de agosto (reclamación).
- EYZAGUIRRE CID, GERMAN CON FISCO DE CHILE* (2007): 28 de junio (casación en el fondo). Rol N° 1.203-2006.
- FARAH CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS* (2016): 24 de agosto (casación en la forma y en el fondo).
- FISCO CON DORR ZEGERS Y OTROS* (2014): 30 de octubre (casación).
- FISCO CON IRARRAZABAL* (2016): 21 de julio (casación en el fondo). Rol N° 37.054-2015.
- FORESTAL CELCO S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2015): 30 de junio (reclamación). Rol N° 4.503-2015.
- FRONTEL S. A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2010): 28 de enero (reclamación). Rol N° 7.502-2009.
- FUENTES CON SEREMI DE SALUD REGIÓN DEL MAULE* (2005): 28 de abril (acción de amparo). Rol N° 1813-2005.
- GUERRERO CON BERSANO Y OTRO* (2017): 14 de julio (casación en la forma y en el fondo). Rol N° 11.085-2015.
- INDUSTRIA FRIGORÍFICA SIMUNOVIC S.A. CON COMISIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE MAGALLANES Y ANTÁRTICA* (2014): 18 de agosto (casación en el fondo). Rol N° 14.432-2013.
- ISP CON LABORATORIOS RECALCINE S.A.* (2010): 9 de abril (reclamación).
- BUSTOS, JOSÉ SAN MARTÍN CON FISCO DE CHILE* (2020): 2 de marzo (casación en el fondo). Rol N° 29167-2019.
- LABORATORIO MAVER LIMITADA CON ISP* (2011): 26 de julio (apelación).
- LABORATORIOS LAFI CON ISP* (2018): 23 de octubre (casación en el fondo). Rol N° 44.510-2017.
- LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2011): 22 de septiembre (reclamación). Rol N° 6.068-2009.
- LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2012): 9 de abril (reclamación). Rol N° 78-2010.
- LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2012): 9 de abril (reclamación). Rol N° 134-2010.
- LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2013): 25 de noviembre (reclamación).
- LABORATORIOS RECALCINE S.A. CON ISP* (2013): 17 de junio (reclamación). Rol N° 9.186-2012.
- LUZLINARES S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2010): 16 de septiembre (reclamación). Rol N° 4.923-2010.
- LUZPARRAL S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES* (2010): 15 de septiembre (reclamación). Rol N° 4.922-2010.
- PIÑONES VEGA, MARGARITA Y OTROS* (2020): 9 de marzo (casación en el fondo). Rol N° 398-2018.
- MARTINS Y OTRA CON ISP* (2010a): 2 de abril (reclamación). Rol N° 2501-2010.
- MARTINS Y OTRA CON ISP* (2010b): de 2 de abril (reclamación). Rol N° 2563-2010.

OPKO CHILE S.A Y ALEGRÍA MADRID CON INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA (2019): 10 de septiembre (casación en el fondo). Rol N° 16.230-2018.

ORTEGA FUENTES, MARÍA ISABEL CON FISCO DE CHILE (2010): 8 de abril (casación en el fondo). Rol N° 2080-08.

OYARZÚN CON SOCIEDAD PESQUERA DEL MAR ANTÁRTICO S.A. (2015): 19 de agosto (casación en el fondo). Rol N° 23.182-2014.

PHARMAMÉRICA LIMITADA CON ISP (2017): 23 de noviembre (reclamación). Rol N° 12.164-2017.

PIZANI Y OTRA CON FISCO (2003): 15 de abril (casación en el fondo). Rol N° 1.234-2002.

PROMAQ INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA CON SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD DE LA REGIÓN METROPOLITANA (2017): 22 de noviembre (reclamación). Rol N° 100.727-2016.

SCHENKE CON SERVICIO DE SALUD (2002): 15 de octubre (acción de amparo). Rol N° 3925-2002.

SHELL CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES (2009): 28 de diciembre (reclamación).

SISTEMA TRANSMISIÓN DEL SUR S.A. CON SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES (2010): 28 de enero (reclamación). Rol N° 7.284-2009.

ZEGERS CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2013): 13 de junio (reclamación).

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE CHILE S.A. CON MINISTERIO DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES (2012): 27 de enero (apelación). Rol N° 8.151-2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS (1996). 26 de agosto (control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, enviado por la Cámara de Diputados y que modifica la ley N° 4.601, Ley de Caza, a fin de proteger la fauna) Rol N° 244.

HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS (2007). 13 de junio (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Rol N° 786.

GATICA Y OTRA CON SOTO (2010). 3 de marzo (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Rol N° 1.298.

SÁNCHEZ Y OTROS CON SEREMI SALUD (2010). 21 de octubre (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Rol N° 1.518.

VARGAS CON MINISTERIO PÚBLICO (2018). 6 de noviembre (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Rol N° 4.802.

GALLARDO CON MINISTERIO PÚBLICO (2017). 27 de marzo (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Rol N° 2.995.

CONTRALORÍA

Dictamen N° 97.010, de 1965.

Dictamen N° 80.098, 31 de octubre de 1972.
Dictamen N° 52.562, agosto de 1975.
Dictamen N° 40.050, 7 de diciembre de 1981.
Dictamen N° 35.991, 24 de noviembre de 1982.
Dictamen N° 16.159, 28 de junio de 1993.
Dictamen N° 14.571, 22 de marzo de 2005.
Dictamen N° 28.226, 22 de junio de 2007.
Dictamen N° 30.070, 1 de julio de 2008.
Dictamen N° 18.353, 9 de abril de 2009.
Dictamen N° 68.014, 22 de octubre de 2013.
Dictamen N° 44.905, 15 de julio de 2013.
Dictamen N° 53.050, 10 de agosto de 2013.
Dictamen N° 41.239, 10 de junio de 2014.
Dictamen N° 27.123, 16 de abril de 2014.
Dictamen N° 29.021, 24 de abril de 2014.
Dictamen N° 98.032, 11 de diciembre de 2015.
Dictamen N° 26.724, 11 de abril de 2016.
Dictamen N° 16.164, 1 de marzo de 2016.
Dictamen N° 30.871, 25 de abril de 2016.
Dictamen N° 46.766, 24 de junio de 2016.
Dictamen N° 50.097, 6 de junio de 2016.
Dictamen N° 24.731, de 12 de septiembre de 2019.

NORMAS CITADAS

Código Civil, DFL N° 1, del Ministerio de Justicia, de 2000, que fija su texto refundido, coordinado y sistematizado.
Código de Procedimiento Civil (30/8/1902).
Código Penal (12/11/1874).
Código Sanitario (31/1/1968).
DFL N° 1/1994 (26/10/1994), del Ministerio de Hacienda, que establece el texto refundido, coordinado y sistematizado del estatuto orgánico del Servicio de Tesorería.
DFL N° 3/1997 (19/12/1997), del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Bancos
Decreto Ley N° 3.063 (20/11/1996), sobre Rentas Municipales.
LEY N° 16.395 (28/01/1966), que fija el texto refundido de la Ley de Organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social.
LEY N° 18.410 (22/5/1985), que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.
LEY N° 18.834 (23/9/1989), que aprueba el Estatuto Administrativo.
LEY N° 18.902 (27/1/1990), que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.
LEY N° 19.175 (8/11/2005), Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

LEY N° 19.880 (9/5/2003), que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración.

LEY N° 19.995 (7/1/2005), que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento fiscalización de casinos de juegos.

LEY N° 20.417 (26/1/2010), que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medioambiente.

LEY N° 20.529 (27/8/2011), sobre el Sistema Nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización.

LEY N° 20.720 (9/1/2014), que sustituye el Régimen Concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de La Superintendencia del Ramo.

LEY N° 21.000 (23/2/2017), que crea la Comisión para el Mercado Financiero.

EL ELEMENTO SITUACIONAL DE VIOLACIÓN MASIVA DE DERECHOS HUMANOS DE LA DEFINICIÓN AMPLIADA DE CARTAGENA: HACIA UNA APLICACIÓN EN EL CASO VENEZOLANO

THE SITUATIONAL ELEMENT OF MASSIVE VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN THE EXTENDED REFUGEE DEFINITION OF CARTAGENA: TOWARDS ITS APPLICATION TO THE VENEZUELAN CASE

ISABEL BERGANZA SETIÉN*

CÉCILE BLOUIN**

LUISA FELINE FREIER***

RESUMEN: En un contexto de liberalización de sus marcos normativos, la mayoría de los países en América Latina han incorporado la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984 en su legislación doméstica. Sin embargo, esta definición se ha aplicado pocas veces. Frente al éxodo de personas venezolanas, y en un contexto de endurecimiento de las políticas migratorias en general, y hacia la población venezolana en especial, es necesario discutir sobre la posible aplicación de esta definición a dicha población. Sin negar la importancia de las implicancias políticas de la aplicación de Cartagena, este artículo aborda, desde una mirada jurídica, los retos para conceptualizar sus elementos situacionales, enfocándose en el de violación masiva de derechos humanos. Para ello, el artículo propone desarrollar un marco conceptual de este elemento situacional y su aplicación al caso venezolano.

Palabras clave: Venezuela, violación masiva de derechos humanos, desplazamiento forzado, Declaración de Cartagena, definición ampliada de refugiado

ABSTRACT: In the context of the liberalization of their regulatory frameworks, most countries in Latin America have incorporated the extended refugee definition of the 1984 Cartagena Declaration in their domestic legislation. However, this particular definition has only been applied in very few cases. In light of the mass displacement of Venezuelan migrants, and within a context of toughening migration policies, in general, and directed towards the Venezuelan population, in particular, it is necessary to discuss the possible application of

* Doctora. Vicerrectora Académica. Código Orcid 0000-0003-3611-7625. Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Av Paso de Los Andes 970, Pueblo Libre. isabel.berganza@uarm.pe

** Magíster. Código Orcid 0000-0002-4499-1737. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y Facultad de Derecho de la PUCP. Av. Universitaria 1801, San Miguel. cblouin@pucp.edu.pe

*** Doctora. Código Orcid 0000-0002-4653-4812. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico y Departamento Académico de Ciencias Sociales y Políticas. Jirón Luis Sánchez Cerro 2050, Jesús María. lf.freierd@up.edu.pe

Las autoras agradecen a Francisco Mamani Ortega, Génesis Vargas, Adriana Alzamora, Natalia Koper, Weronika Betta, Gabriela Ramos, asistentes de investigación del Idehpucp por el apoyo en la búsqueda y resúmenes de fuentes, así como Valeria Arón y Soledad Castillo, asistentes de investigación del CIUP por la ayuda en la revisión del texto. Asimismo, agradecen a Francisco Mamani y los comentarios recibidos como parte del proceso de revisión de este artículo por parte de los evaluadores

the extended definition to this population. Without denying the importance of the political implications of such application, this article addresses the challenges in conceptualizing its situational elements from a legal perspective, specifically focusing on the massive violation of human rights. To do so, we propose a conceptual framework for understanding this particular situational element and its application to the Venezuelan case.

Keywords: Venezuela, mass human rights violation, forced displacement, Cartagena Declaration, extended refugee definition.

INTRODUCCIÓN

Cada vez es más evidente que el éxodo de personas venezolanas que comenzó en el año 2014 se está convirtiendo en el mayor desplazamiento internacional forzado de personas en la historia de América Latina. La profundización de la crisis política, económica y humanitaria en Venezuela ha llevado a un desplazamiento masivo de venezolanos hacia diversos países de la región. Las estimaciones de los números de emigrantes venezolanos son imprecisas: si bien la Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, a inicios de abril de 2020, registraba la cifra de 5,093,987 millones de venezolanos/as migrantes, refugiados/as y solicitantes de asilo¹ fuera del país, esta deja de lado a las personas con estatus migratorio irregular y a las que continúan dejando Venezuela diariamente.

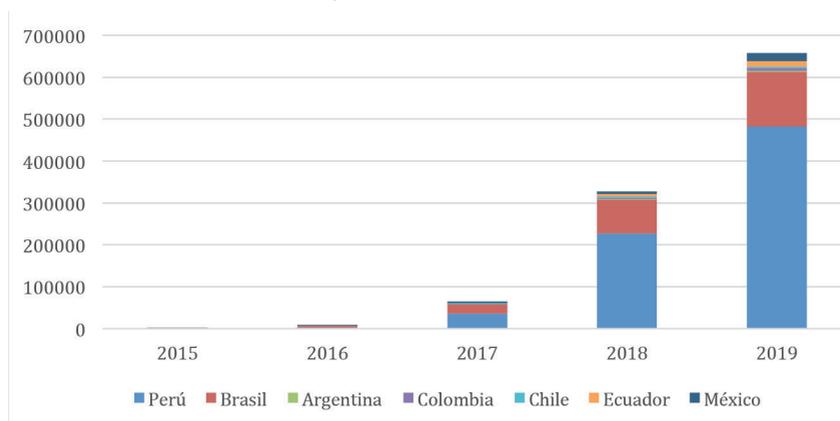
Llama la atención que solamente una pequeña parte de los venezolanos desplazados ha presentado solicitudes de asilo. Los motivos pueden ser diversos: desconocimiento, estigma, o tiempos de espera². Aun así, las solicitudes de asilo de venezolanos se han incrementado notoriamente cada año desde 2014. Según la data del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), los números de solicitudes en todo el mundo aumentaron de 3,975 en 2014 a 650,606 en 2019. En Perú, a fines de diciembre de 2019, 482,571 individuos habían solicitado asilo; 129,988, en Brasil, a fines de noviembre; y 108,942, en los Estados Unidos hacia finales de diciembre de este año³. Hay que resaltar que el Perú se ha convertido en el mayor país receptor de solicitantes de asilo venezolanos no solamente en América Latina, sino en el mundo, albergando más del 53% de todos los solicitantes a nivel global.

¹ PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA (2019).

² FREIER (2018) sin paginación.

³ PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA (2019).

GRÁFICO 1
Solicitudes de refugio en América Latina, países selectos



* Registrado hasta diciembre de 2019. Fuente: ACNUR⁴

Aunque los instrumentos internacionales regulaban, por lo menos en teoría, su política de asilo, hasta los años noventa, un número significativo de países de América Latina no tenía formalmente leyes de refugio. En la década de 1990, se inició una reforma en las legislaciones de la mayoría de estados que permitió la promulgación de leyes de refugio más comprensivas y expansivas⁵. Así, Brasil (1997), Argentina (2006) y México (2011) decretaron nuevas leyes de refugio excepcionalmente expansivas. Por su parte, en el caso de Perú, la Ley del Refugiado, adoptada en 2002, es la primera norma que regula la protección de personas refugiadas acorde a la normativa internacional. Asimismo, las normativas en materia de migración en la mayoría de los países de América Latina se reforman a principios de los 2000 e incorporan un enfoque de derechos humanos⁶.

Es esencial señalar que la mayoría de los países en América Latina han incorporado en esos marcos normativos protectores tanto la definición tradicional de la Convención de Ginebra sobre Refugiados de 1951 como la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984. Este marco regional para los refugiados extiende la protección en casos en los que la vida, la seguridad o la libertad sean amenazadas debido a que el país de origen

⁴ La información recopilada entre los años 2015 y 2018 proviene del portal estadístico del ACNUR, disponible en: <http://popstats.unhcr.org/en/overview>

Los datos del año 2019, fueron recopilados del Operational Portal: Refugee situations disponible en: <https://data2.unhcr.org/en/situations/vensit>

En el caso de Ecuador no hay información oficial disponible para el 2019 mientras que para México ya existe información actualizada hasta marzo del año 2020.

⁵ BRASIL: LEY N° 9.474 de 1997; VENEZUELA: LEY N° 37 296 de 2001; GUATEMALA: ACUERDO GUBERNAMENTAL N° 383 de 2001; EL SALVADOR: DECRETO N° 918 de 2002; PARAGUAY: LEY N° 1 938 de 2002; PERÚ: LEY N° 27 891 de 2002; HONDURAS: DECRETO N° 208 de 2004; ARGENTINA: LEY N° 26 165 de 2006; URUGUAY: LEY N° 18 076 de 2006, NICARAGUA: LEY N° 655 de 2008; COSTA RICA: LEY N° 8 764 de 2009; CHILE: LEY N° 20 430 de 2010; MÉXICO: LEY SOBRE REFUGIADOS Y PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA⁷ de 2011; BOLIVIA: LEY N° 251 de 2012; PANAMÁ: LEY N° 74 de 2013; ECUADOR: DECRETO N° 1 182 de 2012; COLOMBIA: DECRETO N° 2 840 de 2013.

⁶ ACOSTA y FREIER (2015) p. 8; CERIANI (2018) p. 6.

presente violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violaciones masivas de los derechos humanos u otras situaciones que hayan perturbado seriamente el orden público. Fue sobre todo esa incorporación de la definición de Cartagena que llevó al ACNUR a describir a América Latina como el nuevo líder mundial en protección de refugiados, incluso superando a Europa como modelo de legislación sobre refugiados centrada en los derechos humanos⁷.

La adopción de esos marcos normativos más protectores debe entenderse en el contexto de la reformulación de políticas migratorias frente al rechazo de las políticas de inmigración y refugio de Estados Unidos y la Unión Europea (UE) ante la emigración masiva de ciudadanos latinoamericanos hacia esos destinos desde finales de los años 90s⁸. Asimismo, influyeron otros factores como la redemocratización de la región, la integración regional y la mayor influencia de organizaciones internacionales como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el ACNUR.

Sin embargo, estos avances a nivel normativo no han sido exentos de obstáculos y retrocesos⁹. Por un lado, se ha llevado a cabo reformas regresivas de leyes migratorias en algunos países de la región¹⁰. Además, algunos países no cuentan hasta la fecha con un marco normativo integral en materia migratoria¹¹. Por otro lado, se ha observado en la región giros restrictivos con la adopción de visas a la población venezolana, por ejemplo, en Ecuador y Perú¹² así como el endurecimiento de las políticas migratorias, mediante otras medidas, la militarización de las fronteras en el caso mexicano¹³.

También es muy importante destacar que, a comienzos del siglo XXI, América Latina y el Caribe acogieron relativamente pocos refugiados y solicitantes de asilo. Por lo tanto, el actual éxodo de ciudadanos venezolanos y el incremento rápido de solicitudes de asilo por parte de ciudadanos venezolanos es una situación nueva. Si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya en 2018 caracteriza a la migración venezolana como forzada y llama los Estados a aplicar además de la definición tradicional de refugiado la definición ampliada de Cartagena¹⁴, la mayoría de los Estados no ha optado por aplicar esta definición¹⁵. Por el contrario, frente a esta migración los países de la región, en vez de optar por aplicar la definición de Cartagena y así ofrecer un marco de protección amplia, han op-

⁷ FREIER (2015) p. 119.

⁸ ACOSTA y FREIER (2015) p. 9.

⁹ Para un análisis completo desde el ámbito de las legislaciones migratorias ver CERIANI (2018) p. 6-10.

¹⁰ Nos referimos por ejemplo al caso de Argentina con la modificación de la Ley de Migraciones por el Decreto 70/2017.

¹¹ Nos referimos en especial a los casos de Colombia, por no contar con un marco normativo integral en materia migratoria y Chile, por no haber reformado su ley migratoria adoptada durante la dictadura.

¹² FREIER y LUZES (2020) sin paginación; AMNISTÍA INTERNACIONAL (2020) p. 18.

¹³ CERIANI (2018) p. 10.

¹⁴ CIDH 2018. En el mismo sentido véase la nota orientativa del ACNUR: <https://www.refworld.org/es/docid/5ce2d44c4.html>

¹⁵ México lo ha aplicado mediante un procedimiento individual mientras que Brasil ha reconocido en diciembre 2019 mediante un procedimiento *prima facie* la condición de refugiado a más de 20,000 venezolanos y venezolanas. Para el caso de Brasil ver: ACOSTA y MADRID (2020) pp. 4-8.

tado por desarrollar mecanismos temporales, *ad hoc*, excepcionales y discrecionales¹⁶. Ello no solo se explica por motivos puramente jurídicos, sino que dependiendo de los Gobiernos y sus posicionamientos hacia Venezuela se reconocen las personas venezolanas como refugiadas o como migrantes económicos¹⁷. Más allá de estos cuestionamientos políticos, frente al incipiente debate legal¹⁸ que existe alrededor de esta definición y sus contornos es necesario entender la definición de Cartagena en su dimensión jurídica y dentro del procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

En ese marco, este artículo propone explorar la definición de Cartagena desde sus orígenes hasta su posible aplicación en un caso concreto, el del desplazamiento de personas venezolanas a la región latinoamericana. Para ello, el artículo se estructura en cuatro apartados que profundizan sobre la definición ampliada de Cartagena y, en especial, sobre el elemento situacional de violación masiva de derechos humanos y su aplicación al caso venezolano. El foco sobre este elemento situacional se explica por tres razones principales. La primera está vinculada con la incorporación de este elemento situacional en todas las legislaciones de América Latina excepto Belice. La segunda se debe a la necesidad de entender el concepto de violación masiva y sus vínculos con otra terminología tales como las violaciones graves de derechos humanos definidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por último, existe un consenso entre los países de la región y los organismos internacionales en reconocer las graves violaciones de derechos humanos en Venezuela.

En el primer apartado del artículo, se revisará la Declaración de Cartagena y sus aportes para la protección de personas refugiadas con el objetivo de entender el espíritu de esta definición ampliada. En segundo lugar, se desarrollará un acápite sobre los procedimientos de determinación de la condición de refugiado incluyendo el reconocimiento *prima facie*.

En el tercer acápite, partiendo de la ausencia de una definición jurídica del supuesto de “violación masiva de derechos humanos” contenido en la Declaración de Cartagena, se propondrá un marco conceptual propio a partir de distintas fuentes, tales como jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y doctrina. Finalmente, en el cuarto acápite, se aplicará el marco conceptual al caso concreto de Venezuela.

LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA Y SUS APORTES

El primer instrumento internacional que contempla la definición de refugiado es la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante Convención de 1951), modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967¹⁹. Según el artículo

¹⁶ ACOSTA, BLOUIN y FREIER (2019) p. 8.

¹⁷ ACOSTA y MADRID (2020) p. 8.

¹⁸ Sobre la definición de Cartagena desde un punto de vista jurídico resalta el trabajo de MONDELLI 2018.

¹⁹ El Protocolo de 1967 es un instrumento independiente de la Convención de 1951. El aporte fundamental del Protocolo es que anula los límites geográficos y temporales contenidos en la Convención de 1951. En efecto, la Convención limitaba el reconocimiento de la condición de refugiado a las personas que se encontraban fuera de su país de origen debido a acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y dejaba la posibilidad a los Estados de limitar la protección a las personas que hubieran llegado de Europa. Estas dos limitaciones no tomaban en cuenta las numerosas nuevas situaciones de refugio en diferentes lugares del mundo y es así que se aprobó este Protocolo.

1° de dicho instrumento, la persona refugiada es quien: “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”²⁰. Sin embargo, con el transcurrir de los años, algunos Estados observaron que esta definición excluía a diversos flujos de movilidad forzada. Por ello, surgieron las definiciones regionales ampliadas²¹, que buscaron “proporcionar protección a las personas refugiadas en situaciones humanitarias específicas, incluidas las llegadas a gran escala de personas que huyen de situaciones o circunstancias específicas en su país de origen”²².

En Latinoamérica, en un contexto de desplazamiento masivo de personas en los años ochenta, cuando más de dos millones de personas fueron desplazadas por las guerras civiles en El Salvador, Guatemala y Nicaragua y buscaron refugio en México, Panamá y Estados Unidos, se buscó una respuesta regional que pueda ampliar el concepto de refugiado²³.

Es así que se produjo el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá en Cartagena en noviembre de 1984. En este evento, los Estados reconocieron que la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 no abordaban la situación de estos desplazados centroamericanos de manera adecuada²⁴. Ante esta situación, adoptaron la Declaración de Cartagena, en la cual se establece que:

“la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que **han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público**” (resaltado nuestro)²⁵.

La Declaración de Cartagena surge como un instrumento regional no vinculante. Sin embargo, de acuerdo con Mondelli, la definición regional tiene el carácter de una norma consuetudinaria y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento, ya que cuenta con los requisitos de tal; es decir, el uso de esta definición existe como una práctica general y es aceptada como derecho (*opinio iuris*)²⁶.

²⁰ PROTOCOLO DE SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS de 1967, art. 1.

²¹ En el continente africano, la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) también propone una definición ampliada en su artículo 1.2: “El término refugiado se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”.

²² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2016) p. 2.

²³ BERGANZA (2016) pp. 46-47.

²⁴ ARBOLEDA (1991) p. 186.

²⁵ DECLARACIÓN DE CARTAGENA (1984) p. 3.

²⁶ MONDELLI (2018) p. 95.

Por otro lado, el objetivo de la definición ampliada no es eliminar o sustituir la definición tradicional de la condición de refugiado, sino más bien complementarla para extender la protección a las personas, basándose en causas objetivas vinculadas al país o región de origen. Además, si bien es un instrumento regional, se aplica al conjunto de personas, sin importar su nacionalidad, que requieren protección internacional en la región latinoamericana. Asimismo, es interesante observar cómo esta definición incluye y relaciona las diferentes ramas del Derecho Internacional, entre ellas el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que contribuye “a ampliar la aplicación de las normas de derechos humanos a la solución de los problemas de los refugiados al reconocer las violaciones masivas de los derechos humanos como una causa importante de migración forzada”²⁷ (traducción propia).

En palabras de Murillo, la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984 es “un verdadero Manual de Derecho Internacional de Refugiados, basado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, que recoge la generosa tradición de asilo de Latinoamérica y se ve complementado por la integración de las normas y estándares de protección de Derechos Humanos, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos”²⁸.

Por lo tanto, la definición ampliada que propone la Declaración de Cartagena tiene como objetivo principal proporcionar protección frente a riesgos situacionales o grupales. Para evaluar las solicitudes de reconocimiento de refugio y poder aplicar esta definición, hay que examinar la situación en el país de origen y la situación particular del solicitante, además de la exposición de la persona o de un grupo de personas a los riesgos inherentes a las situaciones mencionadas²⁹. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en este caso el riesgo a evaluar se refiere más al aspecto espacial y temporal, no tanto a los “fundados temores de ser perseguido” individualmente como lo establece la Convención de 1951. Esto conlleva diversas consecuencias. La primera es que, en la aplicación de Cartagena, lo fundamental no son las circunstancias personales del sujeto concreto, sino la situación en la que se encuentra el país que ha abandonado. Son circunstancias “objetivamente” más identificables³⁰.

Lo segundo es que la definición de Cartagena se refiere a “amenaza a la vida, la seguridad o la libertad”, por lo que se deduce que el daño no se ha tenido obligatoriamente que materializar, sino que debe existir un riesgo, una posibilidad de que suceda. Este hecho es el que justificaría la necesidad de protección internacional. Además, dentro de esta definición también se pueden incluir consecuencias indirectas que estas situaciones puedan conllevar, tales como pobreza, enfermedades, violencia, desnutrición, etc.

Finalmente, el riesgo o peligro no debe ser necesariamente individual, sino que puede afectar a una colectividad. Por este mismo motivo, si las autoridades de un país evalúan que las personas llegadas de un determinado país pueden ser reconocidas como refugiadas en el marco de esta definición ampliada, debería ser aplicada coherentemente a otras personas que huyen del mismo país (o área/región dentro de un país) en circunstancias similares.

²⁷ CUÉLLAR *et al.* (1991) p. 491.

²⁸ MURILLO (2004). Sin paginación.

²⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2013) p. 3.

³⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2016) p. 11.

Por lo tanto, sería una definición que surge con el espíritu de ser aplicada de manera “masiva”, no solo individualmente³¹.

EL PROCEDIMIENTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO: CONSIDERACIONES GENERALES Y *PRIMA FACIE*

Tal como afirman Goodwin-Gill y McAdam para una efectiva implementación de la Convención de 1951 y su protocolo, es necesario un procedimiento interno de reconocimiento de la condición de refugiado³². El Manual del ACNUR considera que “es evidente que, para que los Estados partes en la Convención y en el Protocolo puedan aplicar sus disposiciones, es necesario que los refugiados sean identificados. Esa identificación, es decir, la determinación de la condición de refugiado, aunque se menciona en la Convención de 1951 (artículo 9), no está regulada expresamente”³³. En efecto, ningún instrumento del Derecho Internacional de los Refugiados, es decir ni la Convención ni el Protocolo ni tampoco los instrumentos regionales³⁴, establece cómo se debe llevar a cabo el procedimiento de determinación de la condición de refugiado³⁵.

Siguiendo este orden de ideas, el procedimiento para determinar el estatuto o la condición de refugiado puede ser definido como:“(el) acto o mecanismo por medio del cual **una autoridad competente evalúa las condiciones particulares de un individuo –que reclama ser un refugiado– con el objetivo de establecer si él efectivamente califica como tal**. Es un acto legal o mecanismo sobrecargado de una gran responsabilidad de carácter humanitario, debido al impacto que tiene sobre el destino individual” (resaltado nuestro)³⁶. Además, la existencia misma de procedimientos para la determinación de la condición de refugiado garantiza una serie de derechos previstos en los instrumentos del Derecho Internacional de los Refugiados y, en especial, la no devolución (*non-refoulement*) prevista por el artículo 33 de la Convención³⁷.

En cuanto a los tipos de procedimientos que se pueden establecer, de acuerdo al ACNUR, “cada Estado contratante puede establecer el procedimiento que estime más apropiado, habida cuenta de su propia estructura constitucional y administrativa”³⁸. Pero, si bien los Estados pueden definir el procedimiento, este debe cumplir con una serie de estándares que el ACNUR ha desarrollado³⁹.

³¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2013) p. 6; ARBOLEDA (1991) p. 199.

³² GOODWIN-GILL Y McADAM (2007) p. 530.

³³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1992). Apartado 189.

³⁴ Con instrumentos regionales nos referimos a la Declaración de Cartagena y a la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA).

³⁵ GALINDO (2001) p. 94.

³⁶ FISCHER (2001) p. 104.

³⁷ FISCHER (2001) p. 104.

³⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1992) apartado 189.

³⁹ Se establecen garantías relacionadas al acceso al territorio mediante el derecho a la no devolución y las garantías del debido proceso. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1992) apartados 189 y 192. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado estos estándares. Ver en particular el caso Pacheco Tineo contra Bolivia (2013).

De acuerdo con Lettieri, los procedimientos de determinación de la condición de refugiado tienen determinadas características específicas. Una de ellas es que cada Estado define el procedimiento con una cierta discrecionalidad, por lo que estos procedimientos aparecen “a medio camino entre el Derecho Internacional y las distintas áreas del derecho interno. De allí que a veces resulte difícil, por ejemplo, compatibilizar las exigencias del derecho internacional de refugiados con las prescripciones del derecho administrativo de un Estado”⁴⁰. Ello puede también explicar que en la práctica los porcentajes de aceptación de solicitudes de reconocimiento varían mucho de un país a otro, aún dentro de la misma región⁴¹. Asimismo, es importante recordar que la información disponible sobre los países de origen usada por los oficiales de elegibilidad es rara vez neutral y objetiva. La influencia de los medios de comunicación u otros elementos culturales o históricos a la hora de evaluar las peticiones tampoco debe ser pedida de vista⁴². Por otra parte, la ausencia de un procedimiento establecido a nivel internacional puede generar que “debido a estas diferencias en los enfoques [de los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado], algunas solicitudes de la condición de refugiado permanecen pendientes, lo que provoca que algunos refugiados no puedan recibir protección garantizada por el Derecho Internacional”⁴³.

En el contexto suramericano, estos procedimientos se han caracterizado por una gran opacidad. Partiendo del principio de confidencialidad aplicado en los procedimientos de reconocimiento y excediendo este objetivo, los Estados no han permitido que las decisiones puedan ser revisadas por los propios refugiados, las organizaciones de sociedad civil, las instituciones internacionales o la academia⁴⁴.

Adicionalmente al procedimiento regular del reconocimiento de la condición de refugiado, existe la posibilidad de reconocer refugiados *prima facie*. El concepto *prima facie* no se ha definido en ningún instrumento del Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) pero sí se ha identificado como una práctica por parte de los Estados⁴⁵. Para Albert, este reconocimiento, cuyo uso será decisión de cada Estado, se presenta cuando un Estado de acogida (A) reconoce la condición de refugiado de todos los individuos de otro Estado (B) que ingresaron a su jurisdicción durante cierto periodo de tiempo (C), basándose para ello en “información objetiva” conocida por el Estado A sobre las condiciones de vida en el Estado B durante el periodo de tiempo C. En esta línea, para ser reconocido como refugiado, bastará que la persona demuestre que su Estado de origen es B y que huyó durante el periodo de tiempo C para que el Estado A considere acreditados todos los elementos de la definición de refugiado y le reconozca tal condición. La decisión de usar un reconocimiento *prima facie* ocurre cuando el Estado receptor ve su capacidad superada para responder a las solicitudes con el procedimiento regular de determinación de la condición de refugiado

⁴⁰ LETTIERI (2012) pp. 110-111.

⁴¹ FISCHER (2001) p. 219.

⁴² DURIEUX (2008) p. 153.

⁴³ HOSSAIN BHUIYAN (2013) p. 67.

⁴⁴ LETTIERI (2012) p. 110-111.

⁴⁵ ACNUR (2015) p. 2.

y, en ese sentido, no tiene que ver con el número de personas solicitantes sino con la capacidad del sistema de asilo en responder a las solicitudes⁴⁶.

En cuanto al procedimiento, la principal diferencia con el procedimiento regular es el hecho de que este reconocimiento se basa de manera más sustancial en la información objetiva de la situación del país que en la situación personal del solicitante. Ello es fácilmente entendible a la luz de la definición planteada: si la persona ha salido del Estado B durante el tiempo C, es refugiado a primera vista, debido a la situación de su país de origen⁴⁷. En cuanto a las consecuencias jurídicas del reconocimiento *prima facie* es necesario hacer énfasis en el hecho de que son las mismas que en el caso del procedimiento regular. Es decir, la persona que sea reconocida como refugiada *prima facie* tendrá garantizados los mismos derechos que aquellas que son reconocidas por la vía habitual.⁴⁸ Otro tema de particular interés es la discusión entre reconocimiento individual o grupal. Si bien el ACNUR los identifica como dos mecanismos distintos, varios autores analizan los límites borrosos en la práctica de los Estados entre los reconocimientos individuales y grupales.

El reconocimiento *prima facie* se puede hacer mediante casos individualizados o casos grupales⁴⁹. El concepto *prima facie*, tal como lo afirman Cantor y Trimiño Mora, es especialmente relevante para la definición ampliada de Cartagena que por esencia se refiere a grupos identificables de personas desplazadas por la situación de su país de origen. En ese sentido esta definición ampliada “(...) parece tener la intención de facilitar el reconocimiento *prima facie* del estatuto de refugiado cuando no pueda llevarse cabo la determinación individual por razones prácticas”⁵⁰. Es así que si bien hasta ahora el reconocimiento *prima facie* se ha aplicado principalmente en el contexto de la definición ampliada africana, queda claro que se puede aplicar con todas las definiciones de refugiados y, en especial, en el contexto de las definiciones ampliadas⁵¹.

Habiendo aclarado la naturaleza y los retos del procedimiento del reconocimiento de la condición de refugiado regular y *prima facie*, toca ahora analizar el elemento situación de violación masiva de los derechos humanos previsto en la definición ampliada de Cartagena.

UN ACERCAMIENTO AL ELEMENTO SITUACIONAL DE “VIOLACIÓN MASIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS”

Los elementos situacionales de la definición de Cartagena han sido objeto de varias interpretaciones. Por un lado, está la interpretación “convencional”, que busca entender los conceptos como si hubieran sido planteados en un tratado. Por otra parte, se encuentra una interpretación más flexible, que propone que estos conceptos no sean interpretados de forma muy legalista o literal⁵². De acuerdo a Cantor y Trimiño, la primera postura es

⁴⁶ ALBERT (2010) p. 65-66; ACNUR (2015) p. 4.

⁴⁷ ALBERT (2010) pp. 70-71.

⁴⁸ ACNUR (2015) p. 3; ALBERT (2010) p. 71.

⁴⁹ DURIEUX (2008) p. 160; ALBERT (2010) pp. 82-83.

⁵⁰ CANTOR y TRIMIÑO (2015) pp. 184-185.

⁵¹ DURIEUX (2008) p. 152.

⁵² CANTOR y TRIMIÑO (2015) pp. 177-179.

problemática ya que parte de la hipótesis de que las declaraciones son igual de precisas que los tratados y que, además, usan conceptos reconocidos en el Derecho Internacional. Lejos de ser este el caso, la terminología usada en las diversas definiciones ampliadas de refugiados no son categorías jurídicas existentes y, en ese sentido, la Declaración de Cartagena no plantea conceptos del Derecho Internacional⁵³. Por ello, si se desea lograr una mejor comprensión del concepto de refugiado planteado en este documento, el enfoque interpretativo debe partir del objetivo y del contexto en el que se elaboró la mencionada Declaración⁵⁴.

Además, teniendo en cuenta los grandes retos que existen en los sistemas de asilo de la región y, en especial, en lo relativo a la formación de los tomadores de decisiones en los procesos de reconocimiento de refugio⁵⁵, la cuestión de la delimitación de los conceptos presentados en la definición de Cartagena no es menor. En ese sentido, para el presente artículo, se busca definir qué situaciones podrían ser consideradas violaciones masivas de los derechos humanos sin perder de vista una mirada más integral y flexible desde el espíritu de la Declaración de Cartagena.

En cuanto al elemento situacional de violación masiva de derechos humanos, como se mencionaba, es importante resaltar que no existe ningún instrumento del Derecho Internacional que lo defina. Este concepto se relaciona con violaciones graves, flagrantes y extremas de derechos humanos⁵⁶. Incluso, los diversos órganos surgidos a partir de tratados internacionales y los diferentes tribunales utilizan dichos conceptos de manera indiscriminada, lo que dificulta su concreción⁵⁷.

En el ámbito de las Naciones Unidas, es en 1967 cuando por primera vez se utilizó el término violaciones notorias o flagrantes (en inglés, *gross violations*) de derechos humanos⁵⁸. Sin embargo, no se llegó a establecer una definición. Años después, el Documento de Trabajo presentado ante la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por el Sr. Stanislav Chernichenko⁵⁹, explica que diferenciar entre violaciones manifiestas de derechos humanos y violaciones menos graves es difícil y no puede ser del todo precisa. Chernichenko plantea que el genocidio, las desapariciones y actos similares son violaciones masivas y que, aunque la tortura o la detención arbitraria o prolongada pueden ser violaciones individuales, en la práctica, si quedan impunes, suelen constituirse como prácticas reiteradas o sistemáticas, lo cual las convierte en violación masiva. Como se puede observar, las diferencias entre los distintos conceptos son borrosas. Sin embargo, se entiende que hay dos acercamientos posibles: por el tipo de derecho vulnerado o por la magnitud de la violación.

⁵³ ARBOLEADA (1991) p. 204.

⁵⁴ CANTOR y TRIMIÑO (2015) p. 179.

⁵⁵ CANTOR y TRIMIÑO (2015) p. 175.

⁵⁶ GENEVA ACADEMY (2014) p. 13. Usamos la traducción propuesta en el texto de las palabras en inglés Gross; Flagrant; Grave; Serious; Grave; Flagrant; Extreme; Egregious; Severe; Very serious; Particularly grave; Particularly serious; Gravest; Most serious.

⁵⁷ GENEVA ACADEMY (2014) pp. 19, 34-35.

⁵⁸ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU (1967) y CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1967).

⁵⁹ CHERNICHENKO (1993) p. 12.

Por otro lado, existe una clara relación de mutua influencia entre el concepto de grave violación de derechos humanos y crímenes contra la humanidad⁶⁰. El crimen de lesa humanidad “se comet[e] como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”⁶¹; es decir, en un determinado contexto. Asimismo, “[s]egún el *corpus iuris* del Derecho Internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda”⁶². De este modo, siempre que se haga referencia a crímenes de lesa humanidad se hablará también de graves violaciones de derechos humanos.

De acuerdo a la doctrina, existe un consenso en cuanto a una lista de derechos que, de ser vulnerados, se constituyen violaciones graves (ver cuadro 1). Sin embargo, una lista enumerativa es problemática en sí, teniendo en cuenta la evolución de los derechos humanos⁶³.

Con la finalidad de un mayor acercamiento al elemento situacional analizado, es importante recurrir a las sentencias y desarrollos jurisprudenciales sobre estos términos⁶⁴. Para el propósito de este artículo, solo se hará referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) por su especial relevancia en la región, y su influencia en la mención a “violación masiva” y en el desarrollo de los conceptos⁶⁵. En el ámbito del SIDH, se ha usado los términos grave y serio para calificar violaciones de derechos humanos de manera intercambiable⁶⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que las graves violaciones pueden ser “la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁶⁷. Como se puede observar, la Corte construye un vínculo entre el carácter de inderogabilidad de los derechos⁶⁸ y su carácter de grave violación⁶⁹. En cuanto al carácter masivo, debe analizarse la escala o magnitud de la violación⁷⁰. Otro indicador importante puede ser la imposición de las medidas provisionales ordenadas por la Corte IDH o cautelares por parte de la Comisión

⁶⁰ GENEVA ACADEMY (2014) p. 8.

⁶¹ Art. 7 del Estatuto de Roma.

⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) párr. 105.

⁶³ GENEVA ACADEMY (2014) p. 19.

⁶⁴ Para otro análisis, ver LIWANGA, Roger-Claude. *The meaning of “gross violation” of human rights: a focus on international tribunals’ decisions over the DRC conflicts; Democratic Republic of the Congo Denver Journal of International Law and Policy*.

⁶⁵ GENEVA ACADEMY (2014) p. 23; CANTOR y TRIMIÑO (2015) p. 169; LYRA *et al.* (2016) p. 220.

⁶⁶ GENEVA ACADEMY (2014) p. 24.

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001) párr. 41.

⁶⁸ De acuerdo al artículo 27.2, los derechos inderogables en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte son “3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006) párr. 160, entre otros.

⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009a) párr. 152.

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁷¹. Sin embargo, no existe un criterio claro en el caso de la Corte IDH: en algunas ocasiones, solamente la naturaleza del derecho será suficiente para determinar su carácter de gravedad⁷²; en otros casos, la escala y magnitud serán consideradas imprescindibles⁷³; y, en otros, el tipo de víctima y su vulnerabilidad⁷⁴. En algunos casos, la combinación de estos factores será necesaria para la determinación de la grave violación⁷⁵.

En el contexto de la definición ampliada de Cartagena, es necesario referirse a la Conferencia Internacional Sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), que reunió a expertos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para plantear pautas de orientación sobre la Declaración de Cartagena⁷⁶. Los expertos concluyeron que la violación masiva de derechos humanos ocurre cuando **“se producen violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos relevantes. En particular, pueden considerarse como violaciones masivas de Derechos Humanos, la negación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y en una forma grave y sistemática así como aquellas que son objeto de la Resolución 1503”** (resaltado nuestro)⁷⁷. Es interesante que se abarquen no solamente las violaciones de derechos civiles y políticos, sino también las de derechos económicos y sociales. Adicionalmente, esta definición relaciona el concepto de violación masiva de derechos humanos con los conceptos de violaciones graves y sistemáticas. Fortin, por su lado, identifica dos posibilidades para la aplicación del elemento situacional de violación masiva de los derechos humanos previsto en la definición ampliada: i) se han presentado un extenso número de violaciones de derechos humanos, y ii) las violaciones son de naturaleza particularmente seria⁷⁸. El ACNUR, por otro lado, ha comentado que esta definición opera cuando las consecuencias de estas violaciones recaen sobre grandes grupos de población o incluso sobre la sociedad en su conjunto⁷⁹.

⁷¹ REGLAMENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Art. 25.

⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009b).

⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013).

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999).

⁷⁵ GENEVA ACADEMY (2014) p. 25.

⁷⁶ CANTOR y TRIMIÑO (2015) p. 172.

⁷⁷ GRUPO DE EXPERTOS PARA LA CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE REFUGIADOS CENTROAMERICANOS (1989) p. 11. La resolución 1503 fue adoptada en 1970 por el Consejo Económico y Social (Ecosoc) de la Organización de las Naciones Unidas, que estableció un procedimiento en virtud del cual un grupo de trabajo de la Subcomisión podría, de manera confidencial, examinar las comunicaciones “que parecen revelar un patrón consistente de violaciones graves y certificadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

⁷⁸ FORTIN (2005) p. 294.

⁷⁹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2016) p. 15.

CUADRO 1
 Lista de las violaciones de derechos humanos consideradas graves

Genocidio
Asesinatos arbitrarios o sumarios
Desapariciones
Esclavitud
Prolongada y detención arbitraria
Tortura y Tratos inhumanos y crueles
Crímenes contra la humanidad
Apartheid

Elaboración propia a partir de Damrosh Lori F 2015.

En base a lo anterior, se ha elaborado un cuadro propio que permite establecer las dimensiones para aproximarnos a la violación masiva de derechos humanos. El cuadro retoma los dos acercamientos de la definición: la lista enumerativa basada en la gravedad de la violación y las características de la violación que la convierten en masiva. En este sentido, además de la lista consensuada de derechos, para el caso de análisis del presente artículo, se debe agregar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Ello, teniendo en cuenta el espíritu de Cartagena y los avances recientes en materia de exigibilidad de DESC⁸⁰. En cuanto al carácter masivo de las violaciones, ello está relacionado a dos aspectos. Por un lado, el que dichas violaciones sean sistemáticas, es decir, que sigan o se ajusten a un patrón estructural. Por otro lado, es necesario evaluar la magnitud de estas vulneraciones de derechos, de tal manera que afecten a una colectividad o a un grupo amplio de población.

En suma, tanto la lista enumerativa como las características de la violación son indicios de una violación masiva de derechos humanos y ofrecen una mirada complementaria. Teniendo en cuenta ello, a continuación, se aplica este marco conceptual a la situación de Venezuela.

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017). Para un análisis de la exigibilidad de los DESC revisar: ANTKOWIAK (2015) pp. 259-276; INTERSENTI Y ABRAMOVICH (2007) pp. 34-53.

CUADRO 2

Aproximación al concepto de violación masiva de derechos humanos en el contexto de la definición ampliada de Cartagena

Lista enumerativa de derechos violados	Características de la violación
Crímenes de lesa humanidad	Sistemática (siguen o se ajustan a un sistema)
Tortura y tratos inhumanos y crueles	
Asesinatos arbitrarios	
Detenciones arbitrarias	
Esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos	Magnitud (afecten a una colectividad o a un grupo amplio de población)
Ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias	
Desapariciones forzadas	
DESC	

Elaboración propia.

EL ELEMENTO SITUACIONAL DE “VIOLACIÓN MASIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS” EN EL CASO VENEZOLANO

En este acápite, se parte de la aproximación realizada en el apartado anterior a los elementos o situaciones que permiten afirmar que existe una “violación masiva de los derechos humanos” en un determinado país, para analizar la situación concreta que vive Venezuela. Ello se realizará a través del estudio de diversos informes y declaraciones elaborados por organismos supranacionales y por diversos Estados de manera conjunta. Los documentos a analizar (Cuadro N° 3) se han escogido en base a dos criterios:

1. Diversidad de fuentes. De esta manera, se analiza un informe de las Naciones Unidas, dos de la Organización de Estados Americanos y otro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Además, se hace mención a las Declaraciones realizadas por el Grupo de Lima⁸¹, debido a la importancia que ha tenido dicho grupo a la hora de realizar un posicionamiento político respecto a la situación que vive Venezuela.
2. Año de elaboración. Se ha buscado que sean documentos que correspondan a los años de mayor desplazamiento de la población venezolana. Por ello los informes y declaraciones seleccionados empiezan en 2017. Adicionalmente, se ha seleccionado los más recientes posibles para recoger la situación actual.

⁸¹ El Grupo de Lima se estableció tras la firma de la Declaración de Lima el 8 de agosto de 2017. Está conformado por los doce países que inicialmente firmaron la declaración (Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Perú), más Guyana y Santa Lucía que se unieron posteriormente.

CUADRO N° 3
 Informes sobre la situación de Venezuela que han sido analizados

Nombre	Organismo	Fecha
Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Bolivariana de Venezuela. A/HRC/41/18	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas	4 de julio de 2019
Informe del Grupo de Trabajo de la OEA para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la Región. OEA/Ser.D/XV.21	Organización de Estados Americanos	Junio 2019
Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela. OEA/Ser.D/XV.19	Organización de Estados Americanos	15 de julio de 2018
Declaraciones del Grupo de Lima	Grupo de Lima	Agosto 2017 Septiembre 2018 Febrero 2019 Mayo 2019
Institucionalidad democrática, Estado de Derecho y Derechos Humanos en Venezuela. Informe de país. OEA/Ser.L/V/II	Comisión Interamericana de Derechos Humanos	31 de diciembre de 2017

Elaboración propia.

GRAVEDAD DE LOS DERECHOS VULNERADOS

Un primer acercamiento es referirnos a la gravedad de los derechos vulnerados (Cuadro 2). En este sentido, todos los documentos arriba mencionados denuncian hechos que son referidos como delitos de lesa humanidad, torturas, ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, desapariciones forzadas y/o vulneraciones a los DESC.

En específico, respecto a la existencia de crímenes de lesa humanidad, el Grupo de Lima hace mención a este concepto en su declaración emitida el 03 de mayo de 2019, que fue firmada por los gobiernos de Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay y Perú. En el punto 5 de dicho documento, se afirma lo siguiente:

“Deciden solicitar a la Corte Penal Internacional que tome en consideración la grave situación humanitaria en Venezuela, la violencia criminal del régimen de Nicolás Maduro

en contra de la población civil, y la denegación del acceso a la asistencia internacional, que **constituyen un crimen de lesa humanidad (...)**” (resaltado nuestro).

Por lo tanto, los países que han firmado dicha declaración manifiestan claramente que consideran que la situación que vive Venezuela es especialmente grave y que algunos elementos podrían configurar crímenes de lesa humanidad: hechos que pueden y deben ser investigados por la Corte Penal Internacional⁸². Como se mencionaba en el apartado anterior, esta situación supone innegablemente que dichos países asumirían que existe una situación de “violación masiva de derechos humanos”, elemento situacional recogido en la Declaración de Cartagena.

Por otro lado, los documentos analizados reportan diversos casos de detención arbitraria, otra violación considerada grave de acuerdo a lo analizado previamente. Así, en el informe elaborado por la CIDH a finales del 2017, ya se reportaban cerca de 12 mil personas que habrían sido detenidas ilegal y arbitrariamente desde enero de 2014 hasta 31 de octubre de 2017⁸³. Dicha cifra es corroborada por el informe de la Organización de Estados Americanos (OEA) realizado en julio del 2018. Además, de acuerdo a esta organización, en los meses anteriores a la publicación del informe, se reportaron un mayor número de casos de desapariciones forzadas⁸⁴. También se mencionan casos de mujeres de presuntos opositores políticos⁸⁵ o de indígenas⁸⁶ que han sido detenidas de manera arbitraria. Se puede observar que estas violaciones afectan de manera particular a ciertos grupos de la población como las mujeres, las personas indígenas o los opositores políticos. Así, este tipo de violación tiene un carácter masivo y configura una violación masiva de derechos humanos tal y como lo describimos anteriormente.

En cuanto a los casos de tortura, se denuncia que tanto el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN) como la Dirección General de Contrainteligencia Militar (DGCIM) son los responsables de actos que pueden ser calificados como tortura y malos tratos. En ese sentido, los informes describen diversas formas de tortura utilizadas de manera habitual tanto por las fuerzas de seguridad como por los servicios de inteligencia mencionados para extraer información, confesiones e intimidar y sancionar a las personas detenidas⁸⁷.

Otro aspecto que nos indica que se están produciendo “violaciones masivas de derechos humanos” en Venezuela es la constatación, en varios de los documentos analizados, de que se han producido hechos considerados como ejecuciones sumarias, extralegales o arbi-

⁸² Vale la pena mencionar que el 8 de febrero de 2018, la Fiscalía de la CPI anunció la apertura de un examen preliminar que analizaría la presunta comisión de crímenes internacionales desde abril de 2017. Más adelante, el 27 de septiembre, seis Estados americanos (Argentina, Canadá, Chile, Colombia, Paraguay y Perú) realizaron una remisión interestatal sobre la situación en Venezuela a la Fiscalía de la CPI, en aplicación del artículo 14° del ER. Dichos Estados solicitaron a la Fiscal iniciar una investigación por la comisión de crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de Venezuela desde el 12 de febrero de 2014. Para mayor información ver: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela>

⁸³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017) párr. 2013.

⁸⁴ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018) p. 11.

⁸⁵ OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 38.

⁸⁶ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2019) pp. 28-29.

⁸⁷ OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 43; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017) párr. 244.

trarias. En 2017, ya la CIDH manifestó su preocupación por el aumento sostenido de las ejecuciones extrajudiciales⁸⁸. En 2019, el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos indica:

“El ACNUDH documentó los casos de seis hombres jóvenes ejecutados por las Fuerzas de Acción Especial de la Policía Nacional bolivariana (FAES) en represalia por su papel en las protestas antigubernamentales en 2019. Estas ejecuciones extrajudiciales tuvieron lugar durante allanamientos ilegales de domicilios después de las manifestaciones (...)”⁸⁹.

Igualmente, se reportan casos de desapariciones forzadas. Así se destaca que en Venezuela las personas que son detenidas, en casi todos los casos, incluso siendo menores de edad, permanecen incomunicadas, en lugares desconocidos e impedidas del contacto con familiares y/o abogados. Consideran, por ello, que existen casos de desapariciones forzadas⁹⁰. Por lo tanto, existen indicadores contundentes de violaciones graves de derechos humanos en Venezuela reportados por parte de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, la Comisión Internacional de Derechos Humanos y/o el Grupo de Lima.

VIOLACIONES SISTEMÁTICAS Y/O MASIVAS

Un segundo paso de cara a estudiar la existencia de “violaciones masivas de derechos humanos” en Venezuela, es analizar si las violaciones de derechos humanos pueden ser calificadas como sistemáticas y/o masivas (cuadro 2). En este sentido, cabe destacar que el Grupo de Lima, en su primera declaración conjunta en agosto de 2018, menciona específicamente que “condena la violación sistemática de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Asimismo, la OEA afirma que existen unos patrones sistemáticos de actuación por parte de los cuerpos de seguridad del Estado y de los tribunales a cargo de las causas que permiten afirmar que existe un “plan generalizado de detenciones y encarcelaciones arbitrarias en contra de cualquier que tenga una opinión contraria al Gobierno”⁹¹. Además, se destaca que existe un patrón de criminalización y privación de libertad de los alcaldes de la oposición. Dicho esquema, según la OEA incluye “1) arresto arbitrario; 2) detención ilegal; 3) aislamiento; 4) tortura; 5) trato cruel y degradante y encarcelamiento, y 6) denegación del derecho a un juicio imparcial y ausencia de cualquier apariencia de debido proceso: en particular, tener menos de 48 horas para preparar su defensa; la negativa de acceso a sus expedientes; la inexistencia del derecho de apelación; y la destitución arbitraria”. Ello sumado a que existiría hostigamiento a las familias y los hogares de los acusados por parte de agentes del SEBIN⁹².

Adicionalmente, la OEA, que solicitó un informe a un panel de expertos independientes, documenta diversas evidencias sobre “asesinatos, encarcelamientos, torturas, violaciones y otras formas de violencia sexual, persecución y desaparición forzada, que demuestran un patrón que evidencia la comisión de estos crímenes por parte del régimen”⁹³. Por lo

⁸⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017) párr. 336.

⁸⁹ OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 52.

⁹⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018) p. 193.

⁹¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018) p. 185.

⁹² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018) p. 31.

⁹³ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2019) p. 29.

tanto, las violaciones mencionadas se han llevado a cabo de manera sistemática, siguiendo un patrón y planificación por parte del Estado.

En cuanto a la magnitud de las violaciones de derechos cometidos, es decir, si han afectado o no a la colectividad o a un grupo amplio, cabe mencionar que los números referidos en los documentos son sumamente altos. Entre otras cifras, se habla de casi 12 mil personas detenidas arbitrariamente entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2017⁹⁴ y de 8,292 asesinatos extrajudiciales cometidos⁹⁵. En cuanto a torturas, el informe de la Secretaria de la OEA y del Panel de Expertos internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela, presenta 72 casos de tortura, alguno de los cuales afecta a un conjunto de personas⁹⁶.

Por último, debe mencionarse la existencia de violación de los DESC en Venezuela, teniendo en cuenta el espíritu de Cartagena. Los informes analizados presentan un panorama similar: una situación sumamente preocupante, empezando con un sueldo mínimo que no alcanza para las necesidades básicas, hecho que está generando un estado de desnutrición⁹⁷: “El Fondo de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura reportó que 3.7 millones de venezolanos/as se encuentran en estado de desnutrición”⁹⁸.

Además, el derecho a la salud no está garantizado debido a la carencia de fármacos e insumos en los hospitales⁹⁹ y se ha producido un aumento en la mortalidad materna e infantil¹⁰⁰. Así, “la Encuesta Nacional de Hospitales (2019) constató que, entre noviembre 2018 y febrero 2019, 1,557 personas murieron debido a la falta de insumos en hospitales”¹⁰¹. Existen también vulneraciones al derecho a la educación¹⁰². Por lo tanto, se ve que estas violaciones graves a los derechos económicos y sociales están afectando de forma generalizada a la población. Además, esta situación se ve agravada por el impedimento por parte del Gobierno de promover vías para la ayuda humanitaria¹⁰³.

Se ha demostrado, por lo tanto, que según los elementos del cuadro N° 2, en Venezuela se han dado una serie de violaciones a derechos consideradas como graves y que las características de estas violaciones son sistemáticas y generalizadas y ello es reconocido por un número amplio de Estados y de organismos supranacionales. En ese sentido, el elemento situacional de violación masiva debe aplicarse a las personas venezolanas desplazadas en América Latina.

⁹⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017) p. 132.

⁹⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018) p. 11.

⁹⁶ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018) pp. 78-143.

⁹⁷ OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 15; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2019) pp. 26-27; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018) pp. 7, 260-261; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS (2017) p. 230.

⁹⁸ OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 15.

⁹⁹ OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 16, 19-20; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2019) pp. 24-25; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018) pp. 251-253.

¹⁰⁰ OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2019), párr.18; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2019) p. 23; ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018) p. 43.

¹⁰¹ OFICINA DE LA ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2019), párr. 19.

¹⁰² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2018), p. 35.

¹⁰³ EL PERUANO (07/02/2019) sin paginación.

CONCLUSIONES

A medida que el éxodo venezolano se expande, urge la necesidad de que los Estados se planteen la aplicación de la definición ampliada de Cartagena para garantizar a las personas una protección integral de sus derechos. El espíritu detrás de la adopción de una definición ampliada de refugiado refleja la necesidad de responder a flujos de desplazamiento cuyas causas no estaban previstas inicialmente por la Convención de 1951 y cuyas consecuencias son dramáticas no solo en términos numéricos, sino por las necesidades de protección de esta población. La definición de Cartagena con sus 5 elementos situacionales busca proteger a quienes no pueden serlo mediante la aplicación de la definición convencional. La intención de aplicar esta definición se ve reflejada en su incorporación en casi la totalidad de los marcos normativos sobre asilo de la región.

En ese marco, el artículo ofrece una reflexión sobre un elemento situacional previsto en la definición ampliada: la violación masiva de derechos humanos. Para ello, se han analizado primero los retos que enfrentan los sistemas de determinación de la condición de refugiado, así como la potencialidad del reconocimiento *prima facie* en casos en los cuales la evaluación individual es imposible. Debido a los altos números de solicitudes de refugio en Perú, Brasil, México, Costa Rica y Ecuador, y reconociendo las debilidades y limitaciones presupuestales de los sistemas de refugio en la región, la evaluación individual de cada solicitud en un plazo razonable se vuelve poco realista.

Segundo, partiendo de la naturaleza de la Declaración de Cartagena y el uso de conceptos propios y no definidos por el Derecho Internacional, se ha construido una aproximación conceptual a la “violación masiva de derechos humanos”. Esta aproximación es aplicable en otros contextos de protección internacional que retan la definición tradicional de refugiado. Es así que si bien la ausencia de una definición unívoca representa una serie de retos, también puede verse como una oportunidad para reflexionar desde el espíritu de la Declaración de Cartagena y las características de los desplazamientos actuales.

El posicionamiento político los Estados de la región, junto con los organismos internacionales y otros Estados, ha sido claro a la hora de denunciar la situación de violación de derechos humanos en Venezuela. Sin embargo, a nivel regional falta el reconocimiento de la condición de refugiado de personas venezolanas mediante la aplicación de la definición ampliada de Cartagena. Dar este paso significaría ser consecuente con lo planteado por el Grupo de Lima y por la remisión interestatal sobre la situación en Venezuela a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI). Ello volvería a América Latina a un verdadero líder de la protección de refugiados basada en los derechos humanos.

No cabe duda de que más allá de las obligaciones jurídicas, existe un costo político de la aplicación de la definición ampliada de Cartagena. Los gobiernos temen que esto pueda llevar a una mayor afluencia de venezolanos a sus países, poniendo mayor presión en los servicios públicos que ya tienen un bajo rendimiento y agitando el sentimiento xenófobo¹⁰⁴. Por ello, los Estados han preferido crear instrumentos alternativos de regulación migratoria, sobre los cuales pueden tener un mayor control, aunque existen algunas excep-

¹⁰⁴ FREIER (2018) sin paginación.

ciones. México y Brasil aplican la definición de Cartagena¹⁰⁵, y Colombia ha considerado aplicarla aunque haya decidido finalmente optar por un mecanismo de regularización migratoria¹⁰⁶. Mayor cooperación regional será esencial para alcanzar una respuesta conjunta y adherirse al espíritu de Cartagena. Aplicar Cartagena de manera conjunta mediante el reconocimiento *prima facie* fortalecería significativamente el marco de protección progresivo de la región. Ya que, si los países continúan resistiendo la aplicación de Cartagena, corren el riesgo de reducirla a simples palabras y escapatismo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA, Diego y FREIER, Luisa Feline (2015): “Turning the Immigration Policy Paradox Upside Down? Populist Liberalism and Discursive Gaps in South America”, *International Migration Review*, vol. 49, N° 3: pp. 659-696.
- ACOSTA, Diego, BLOUIN, Cécile y FREIER, Luisa Feline (2019). La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas”, Documento de trabajo N° 3. https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/04/DT_FC_03.pdf. Consulta: 29 de abril de 2020.
- ACOSTA, ARCARAZO Diego y MADRID, SARTORETTO, Laura (2020) ¿Migrantes o refugiados? la Declaración de Cartagena y los venezolanos en Brasil [HTTPS://WWW.FUNDACIONCAROLINA.ES/WP-CONTENT/UPLOADS/2020/03/AC-9.2020.PDF](https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2020/03/AC-9.2020.pdf). Consulta: 29 de abril de 2020.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2020) Buscando refugio: Perú da la espalda a quienes huyen de VENEZUELA [HTTPS://WWW.AMNESTY.ORG/ES/DOCUMENTS/AMR46/1675/2020/ES/](https://www.amnesty.org/es/documents/AMR46/1675/2020/es/) CONSULTA: 29 DE ABRIL DE 2020.
- ALBERT, Matthew (2010): “Governance and prima facie refugee status determination: clarifying the boundaries of temporary protection, group determination, and mass influx”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 29, N° 1: pp. 61-91.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (1992): “Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados”. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2013): “Interpretación de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984”. Trabajo presentado en la *Reunión de expertos de ACNUR*. Montevideo, Uruguay. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2015): “Directrices sobre protección internacional no. 11: Reconocimiento *prima facie* de la condición de refugiado”. Disponible en: <https://www.acnur.org/5c6c387a4.pdf>
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2016): “Directrices sobre protección internacional N° 12, 2 de diciembre”. Disponible en: <https://www>.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ (2018) p. 12.

¹⁰⁶ BLOUIN, FREIER y BERGANZA (2020) sin paginación.

- refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58c654244.
Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (2018): “Asylum-seekers from Venezuela 2014-18”. Disponible en: <https://data2.unhcr.org/en/situations/venstis>.
Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- ARBOLEDA, Eduardo (1991): “Refugee Definition in Africa and Latin America: The Lessons of Pragmatism”, *International Journal of Refugee Law*, vol. III, N° 2: pp. 185-207.
- BLOUIN, Cécile, BERGANZA, Isabel y FREIER, Luisa Feline (2020): “The spirit of Cartagena? Applying the extended refugee definition to Venezuelans in Latin America” <https://www.fmreview.org/cities/blouin-berganza-freier>. Consulta: 29 de abril de 2020
- BERGANZA, Isabel (2016): *Ciudadanía migrante, rutas, costos y dinámicas de los flujos mixtos en tránsito por Perú* (Lima, UARM y Encuentros).
- CANTOR, David y TRIMIÑO, Diana (2015): “¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, N° 1: pp. 165-194.
- CARTA A FATOU BENSOU DA, Fiscal de la Corte Penal Internacional (25 de septiembre de 2018). Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1HRF5lvN18GaZP0W9J2xhIKZj2xht9H2N/view>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- CERIANI CERNADAS, Pablo (2018): “Migration Policies and Human Rights in Latin America: Progressive Practices, Old Challenges, Worrying Setbacks and New Threats”. Disponible en: https://repository.gchumanrights.org/bitstream/handle/20.500.11825/629/PolicyBrief_LatinAmerica_ok.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Fecha de consulta: 29 de abril de 2020.
- CHERNICHENKO, Stanislav (1993) “Definition of Gross and Large-scale Violations of Human Rights as an International Crime”. Working Paper submitted in accordance with Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Decision, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/10, 8 June 1993, para. 42.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1967) Resolución 8.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1967) Resolución 1235 (XLII).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) (2018). Resolución 2/18: Migración forzada de personas venezolanas. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>. Fecha de consulta: 29 de abril de 2020.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2016): “Informe Anual 2016”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/indice.asp>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2017): “Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Reglamento”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, San José (22 de noviembre de 1969).
- CUÉLLAR, Roberto *et al.* (1991): “Refugee and Related Developments in Latin America: Challenges Ahead”, *International Journal of Refugee Law*, vol. III, N° 3: pp. 482-498.
- DAMROSH, Loris F. (2011): “Gross and Systematic Human Rights Violations”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- DECLARACIÓN CONJUNTA 007 - 17, Lima, (8 de agosto de 2017).
- DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS, Cartagena (19 al 22 de noviembre de 1984).
- DECLARACIÓN DE LA FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, SRA. FATOU BENSOUA, SOBRE LA APERTURA DE LOS EXÁMENES PRELIMINARES A LAS SITUACIONES EN FILIPINAS Y EN VENEZUELA (8 de febrero de 2018) Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- DECLARACIÓN DE LA FISCAL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, SRA. FATOU BENSOUA, SOBRE LA REMISIÓN DE UN GRUPO DE SEIS ESTADOS PARTES SOBRE LA SITUACIÓN EN VENEZUELA (27 de septiembre de 2018) Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- DURIEUX, Jean Francois (2008): “The Many Faces of “Prima Facie”: Group-Based Evidence in Refugee Status Determination Refuges”, *Canada’s Journal on Refugees*, vol. 25, N° 2: 151-163. Disponible en: <https://refuge.journals.yorku.ca/index.php/refuge/article/view/26037>
- EL NACIONAL (6/11/2019): “Colombia evalúa declarar a los migrantes venezolanos como refugiados”. Disponible en: <https://www.elnacional.com/mundo/colombia-evalua-declarar-a-los-migrantes-venezolanos-como-refugiados/>
- EL NACIONAL (12/8/2019): “4 de cada 10 venezolanos planean irse del país”. Disponible en: <https://www.elnacional.com/venezuela/cuatro-de-cada-10-venezolanos-planea-irse-del-pais/>
- EL PERUANO (7/2/2019): “Maduro bloquea llegada de la ayuda humanitaria”. Disponible en: <https://www.elperuano.pe/noticia-maduro-bloquea-llegada-de-ayuda-humanitaria-75503.aspx>
- FISCHEL, José (2001): “Derechos de los Refugiados en América Latina: reflexiones sobre su futuro”, en NAMIHAS, Sandra (edit.), *Derecho Internacional de los Refugiados* (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú) pp. 191-223.
- FORTIN, Antonio (2005): “Doctrinal review of the broader refugee definition contained in the Cartagena Declaration”, en *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados 1984-2004* (San José, Editorama), pp. 273-306.
- FREIER, Luisa Feline (2015): “A liberal paradigm shift? A Critical Appraisal of Recent Trends in Latin American Asylum Legislation”, en GAUCI, Jean-Pierre *et al.* (edits.), *Exploring the boundaries of refugee law: current protection challenges* (Boston, Brill Nijhoff).
- FREIER, Luisa Feline (2018): “Why Latin America Should Recognize Venezuelans as Refugees”, *Refugees Deeply*. Disponible en: <https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2018/09/28/why-latin-america-should-recognize-venezuelans-as-refugees>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.

- FREIER, Luisa Feline y LUZES, Marta (2020): “How humanitarian are humanitarian visas? An analysis of theory and practice in Latin America”, en JUBILUT, LILIANA, MEZZANOTTI, GABRIELA y Marcia VERA ESPINOZA, Marcia (edit.), *Latin America and Refugee Protection: regimes, logics and challenges* (Oxford, Berghahn). En prensa.
- GALINDO, Francisco (2001): “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado”, en NAMIHAS, Sandra (edit.), *Derecho Internacional de los Refugiados* (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú) pp. 93-188.
- GENEVA ACADEMY (2014): *What amounts to a “serious violation of international human rights law”? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*. Disponible en: https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Publications/Academy%20Briefings/Briefing%206%20What%20is%20a%20serious%20violation%20of%20human%20rights%20law_Academy%20Briefing%20No%206.pdf. Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2019.
- GOODWIN-GILL, Guy y McAdam, Jane (2007): *The Refugee in International Law*. (Toronto, Oxford University Press, tercera edición).
- GRUPO DE EXPERTOS PARA LA CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE REFUGIADOS CENTROAMERICANOS (1989): “Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina”. *Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos*. Ciudad de Guatemala, Guatemala.
- HOSSAIN BHUIYAN, Jahid (2013): “Refugee Status Determination: Analysis and Application”, en RAFIQU, Islam y Jahid HOSSAIN BHUIYAN (edits.), *An Introduction to International Refugee Law* (Boston, Brill Nijhoff) pp. 37-72.
- LETTIERI, Martín (2012): “Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba”, en LETTIERRI, Martín (edit.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica* (Buenos Aires: Universidad Nacional de Lanús).
- LYRA, Liliana; SOMBRA, Camila y MARQUES, Gilberto (2016): “Human Rights in Refugee Protection in Brazil”, en BURSON, Bruce y CANTOR, David James (edits.), *Human Rights and the Refugee Definition* (Boston, Brill Nijhoff) pp. 210-228.
- MONDELLI, Juan Ignacio (2018) *La fuerza vinculante de la definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984)*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d03d0b54.pdf>.
- MURILLO, Juan (2004): “La importancia de la declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984 al conmemorarse su vigésimo aniversario”. Ponencia presentada en el *Seminario Regional de la Asociación Internacional de Jueces de Derecho Internacional de Refugiados*. San José, Costa Rica. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3124.pdf>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- OFICINA DE LA ALTA COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH) (2019): Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/Display-News.aspx?NewsID=24788&LangID=S>. Fecha de consulta: 12 de mayo de 2020.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2018): Informe de la secretaría general de la organización de los estados americanos y del panel de expertos internacionales in-

- dependientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela Disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2019): Informe del Grupo de Trabajo de la Organización de Estados Americanos para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la Región. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/OEA-informe-migrantes-venezolanos-espanol.pdf>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2018): “UN Migration Agency Releases First Displacement Tracking Matrix Results on Venezuelan Flows in Brazil”. Comunicado de prensa del 27 de abril. Disponible en: <https://www.iom.int/news/un-migration-agency-releases-first-displacement-tracking-matrix-results-venezuelan-flows-brazil>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2018): “Tendencias migratorias en las Américas. República Bolivariana de Venezuela”. Disponible en: https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/Informes/Tendencias_Migratorias_Nacionales_en_Americas__Venezuela-Septiembre_2018.pdf. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2018): “Monitoreo de flujo de migración venezolana en el Perú. Matriz de Seguimiento del Desplazamiento”. Disponible en: https://migration.iom.int/system/tdf/reports/DTM%20R3_JULIO2018_%20EN.pdf?file=1&type=node&id=3945. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2018.
- PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA (2019): “Refugiados y migrantes de Venezuela”. Disponible en: <https://r4v.info/es/situations/platform>. Fecha de consulta: 28 de octubre de 2019.
- PROTOCOLO DE SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1967, Nueva York (31 de enero de 1967).
- RESOLUCIÓN 1235 (XLII) DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: “Cuestión de la violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluso la política de discriminación racial y de segregación y la política de apartheid, en todos los países y en particular en los países y territorios coloniales y dependientes”, (6 de junio de 1967).
- RESOLUCIÓN 2929 DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA: “Resolución sobre la situación en Venezuela”, AG/RES. 2929 (5 de junio de 2018).
- SÁNCHEZ, Felipe (2018) “Declaración de Cartagena en México: 34 años de distanciamiento entre ley y práctica”. Disponible en: <https://asiloenmexico.iberomexico.mx/informes/declaracion-de-cartagena-en-mexico/>. Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2019.

NORMAS CITADAS

- Argentina. LEY N° 26 165/2006, Ley de reconocimiento de protección al refugiado.
- Bolivia. LEY N° 251/2012, Ley de protección a personas refugiadas.
- Brasil. LEY N° 9 474/1997, Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.
- Chile. LEY N° 20 430/2010, Establece disposiciones sobre protección de refugiados.

- Colombia. DECRETO N° 2 840/2013, Establece el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones. Costa Rica. LEY N° 8 764/2009, Ley general de migración y extranjería.
- Ecuador. DECRETO N° 1 182/2012, Reglamento para la aplicación del derecho de refugio.
- El Salvador. DECRETO N° 918/2002, Ley para la determinación de la condición de personas refugiadas.
- Guatemala. ACUERDO GUBERNAMENTAL N° 383/2001, Reglamento para la protección y determinación del estatuto de refugiado en el territorio del Estado de Guatemala.
- Honduras. DECRETO N° 208/2004, Ley de migración y extranjería.
- México. Ley sobre refugiados y protección complementaria de 2011.
- Nicaragua. LEY N° 655/2008, Ley de protección a refugiados.
- Panamá. LEY N° 74/2013, Establece los requisitos para que todos los refugiados y asilados puedan aplicar a la categoría de residente permanente.
- Paraguay. LEY N° 1 938/2002, Ley general sobre refugiado.
- Perú. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.
- Perú. DECRETO SUPREMO N° 135-2010-RE, Aprueba Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Perú. LEY N° 27 891/2002, Ley del Refugiado.
- Uruguay. LEY N° 18 076/2006, Estatuto del Refugiado.
- Venezuela. LEY N° 37 296/ 2001, Ley Orgánica sobre refugiados o refugiadas y asilados o asiladas.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CASO DE LOS “NIÑOS DE LA CALLE” (VILLAGRÁN MORALES Y OTROS) VS. GUATEMALA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 19 de noviembre 1999.
- CASO BARRIOS ALTOS VS. PERÚ. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75.
- CASO ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C N° 1540
- CASO DE LA MASACRE DE LAS DOS ERRES VS. GUATEMALA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Serie C N° 211.
- CASO ANZUALDO CASTRO VS. PERÚ. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Serie C N° 202.
- CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (CAMBA CAMPOS Y OTROS) VS. ECUADOR. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Serie C N° 268.
- CASO FAMILIA PACHECO TINEO VS. ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Serie C N° 272. 2.
- CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 31 de agosto de 2017. Serie C N° 340.

EL ORIGEN Y LA EVOLUCIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL SALDO INSOLUTO COMO RESULTADO DEL CONCURSO EN EL DISCURSO ANGLOSAJÓN Y SU INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN CHILENA DE QUIEBRAS DE 1929

THE ORIGINS AND EVOLUTION OF THE DISCHARGE OF THE DEBT AS A RESULT OF A BANKRUPTCY PROCEEDING IN ANGLO-SAXON NARRATIVES AND ITS INCORPORATION IN THE CHILEAN BANKRUPTCY ACT OF 1929

JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO*

RESUMEN: Exploraremos las narrativas que llevaron a la incorporación de la extinción de los saldos insolutos al término de los concursos en el mundo anglosajón. El discurso inicial en Inglaterra se centró en la protección de los acreedores, como un incentivo para la cooperación del deudor a efectos de no ser sancionado, alternativamente, con la pena de muerte. La evolución da cuenta de un cambio de paradigma, especialmente en Estados Unidos, fundado en razones humanitarias y en la necesidad de impulsar las economías conscientes de los riesgos del comercio. Es este segundo relato el que fue tempranamente recogido en Chile por medio de la Ley de Quiebras de 1929, aunque cabe destacar que el modelo pecaba de vacíos y contradicciones que, hasta la fecha, no han sido resueltas por el legislador patrio.

Palabras clave: extinción del saldo insoluto, quiebra, insolvencia, sobreendeudamiento.

ABSTRACT: We shall explore the narratives that led to the incorporation of the discharge of debts as a result of bankruptcy proceedings in the Anglo-Saxon world. The initial speech in England focused on creditor protection, so discharge was presented as an incentive for the debtor's cooperation for not being punished, alternatively, with the death penalty. The evolution shows a paradigm shift, especially in the United States, based on humanitarian reasons and the need to impulse economies conscient of the risks of trade. It is this second narrative that was early received in Chile in the Bankruptcy Act of 1929, although it should be noted that the model evidenced gaps and contradictions that, to date, have not been solved by the national legislator.

Keywords: discharge, bankruptcy proceeding, insolvency, over-indebtedness.

I. INTRODUCCIÓN

En 1936, Georges Ripert refería a un grupo de leyes francesas que habrían consagrado una suerte de “derecho al no pago de las deudas”, orientado a la protección del deudor

* Profesor asociado del Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Código Orcid 0000-0003-4671-4730. Dirección postal: Avda. Libertador Bernardo O'Higgins 340. Dirección electrónica: jgoldenb@uc.cl. Este trabajo se inscribe en el proyecto Fondecyt Regular N° 1180329.

ante la evidencia de la crisis económica¹. En el modelo clásico de la deuda, el *pacta sunt servanda* se erige como un pilar moral y legal basado en la autonomía individual², justificando el trayecto del castigo del incumplimiento desde la pena de muerte, la esclavitud, la prisión por deuda y, por último, la afectación patrimonial universal del deudor³. De ahí que en el ordenamiento civil, solo por una insolvencia derivada de accidentes inevitables, el deudor pueda obtener el beneficio de competencia y así retardar el pago hasta mejorar su fortuna⁴. Por ello, llama la atención que, a la época de Ripert, en Chile la Ley N° 4.558 (1929) ya había incorporado una medida más extrema: la posible extinción del saldo insoluto de las obligaciones al término de un juicio de quiebra, en un universo en que ello parecía totalmente ajeno a un ordenamiento ceñido a la matriz continental. Solo en este siglo XXI, los relatos de una exoneración inmediata o mediada por un plan de pagos han inundado las discusiones académicas⁵, especialmente como resultado de la crisis *sub-prime* y el efecto contagio en las economías europeas a mediados de la década pasada. La predilección de la medida del descargue de la deuda (*discharge*), impulsada por diversas instancias internacionales para aliviar la posición de emprendedores y consumidores sobreendeudados⁶, reposa en un evidente quiebre de paradigma para los sistemas continentales y de ahí las dificultades que ha significado su reconocimiento como medida de “segunda oportunidad”.

En este escenario nos interesa repasar el tortuoso camino del reconocimiento del *discharge* en el *Common Law*, en particular, en la experiencia inglesa y norteamericana. Las dudas sobre el abuso del sistema, especialmente con la incorporación del concurso voluntario desde la segunda mitad del siglo XIX, y los escasos dividendos obtenidos por los acreedores como resultados de las quiebras, han sido siempre una sombra que ha rondado a todo discurso en torno a la figura. Hoy por hoy, constatados los fenómenos del *consumerism* y la democratización del crédito⁷, se elevan voces que defienden el modelo de protección del deudor y de la economía en general⁸, viéndolo como un instrumento necesario en una sociedad dependiente de la deuda⁹. Sin embargo, estas aseveraciones jamás han puesto punto final a la discusión sobre los efectos sociales del *discharge*, siempre en clave de necesarias restricciones ante la posibilidad de abuso¹⁰, aun cuando el modelo se sostiene en la medida en la que la responsabilidad limitada del consumidor se transforma en una red de apoyo social (*safety net*), que, en otras latitudes, aún es ofrecida por medio de los Estados de bienestar¹¹.

¹ RIPERT (1936).

² HULS (2011) p. 75.

³ Para un discurso sobre la evolución de estos modelos, PÉREZ RAGONE (2013).

⁴ GOLDENBERG (2017) pp. 239-244.

⁵ RAMSAY (2017) pp. 4-5.

⁶ Por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional (*Orderly & Effective Insolvency Procedures. Key Issues*, 1999); UNCITRAL (*Legislative Guide on Insolvency Law*, 2004); el Banco Mundial (*Report of the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, 2013); y la Unión Europea (entre otras, la reciente Directiva (EU) 2019/1023, de 20 de junio de 2019).

⁷ KILBORN (2007) p. 52.

⁸ RAMSAY (2017) p. 3.

⁹ COMPARATO (2018).

¹⁰ SKEEL JR. (2001) p. 79.

¹¹ HULS (2011) p. 76.

La razón de la búsqueda de los orígenes y la evolución del *discharge* en los ordenamientos mencionados se encuentra en que no caben dudas de su influencia en el legislador de 1929. Pero lo anterior una vez superado su fundamento original como forma de tutela del acreedor y plasmado ya como un mecanismo de protección del deudor y un medio de fomento al emprendimiento. La propuesta que ofrecemos no se detiene en este punto, sino en apreciar que la adaptación del descargue en el ordenamiento patrio siempre ha presentado algunos vacíos e inconsecuencias, poco apreciables ante el escaso uso de las herramientas concursales dispuestas en dicha ley y en la que la sucedió en 1982 (Ley N° 18.175). Problemas que no solo no fueron resueltos por la última reforma concursal (Ley N° 20.720), sino exacerbados por motivos que nuestra doctrina y jurisprudencia no han tardado en advertir¹², haciendo renacer el discurso del abuso que, como se ha dicho, ha perseguido a la figura desde sus orígenes.

II. LA FORMULACIÓN ORIGINAL Y LA EVOLUCIÓN DEL MODELO INGLÉS: EL *DISCHARGE* COMO MEDIO DE PROTECCIÓN AL ACREEDOR Y SUS POSTERIORES MATICES

El título de este apartado parece contraintuitivo porque es difícil entender las razones por las cuales el descargue de las obligaciones podría resultar beneficioso para los acreedores. La explicación se encuentra en la forma en la que se produjo su creación en el reinado de Anna, en la Inglaterra de inicios del siglo XVIII, como una herramienta incrustada en un sistema concursal puramente sancionatorio. Para ello debemos dar cuenta del nacimiento y evolución de las reglas concursales en la isla británica, aunque con el enfoque centrado en el tema que nos preocupa. Al efecto, la primera legislación inglesa que introdujo normas propiamente concursales fue dictada en 1542 [1543]¹³ (“*An act against such men as do make bankrupt*”, 34 & 35, Henry VIII, c. 4), tomando partido por una visión punitiva de la quiebra. Esta normativa, como se desprende de su título y preámbulo, solo se pretendía abordar aquellas prácticas fraudulentas de quienes consciente y premeditadamente evadían el pago de sus deudas, perjudicando a sus acreedores. Las normativas que le sucedieron en 1570 [1571] (13, Elizabeth I, c. 7), 1604 (1, James I, 15) y 1623 [1624] (21, James I, 19), siguieron basándose en los mismos supuestos fraudulentos, objetivados mediante un creciente listado de los llamados “actos de quiebra” (“*acts of bankruptcy*”), aumentando también su tono sancionador y, con ello, los poderes asignados a los acreedores respecto a los bienes y a la persona del sujeto infractor¹⁴. En suma, estas normas concursales se fueron consolidando como mecanismos que buscaban superar las insuficiencias de las herramientas individuales de cobro existentes a la época, identificando a los deudores que utilizaban los

¹² CABALLERO (2018); ALARCÓN (2018).

¹³ Sobre las dificultades para la indicación de los años de los cuerpos normativos a los que haremos referencia en esta sección, KADENS (2010a) pp. 1236-1237.

¹⁴ Especialmente, la Sección VII de la ley de 1623 disponía la posibilidad de que el quebrado (*bankrupt*) fuese llevado a una picota en un espacio público por un término de dos horas, con una de sus orejas clavadas a dicha picota para luego ser cercenada.

vacíos de dichas legislaciones para esquivar el pago¹⁵. Por ello solo se advertían como piezas adicionales en la estructura de cobro, sin mayores pretensiones redistributivas¹⁶, sino como un reflejo de las frustraciones de los acreedores ante la incapacidad de recuperar sus créditos por medio de las cada vez más terribles amenazas¹⁷.

Toda esta visión justificaba que ninguno de los estatutos mencionados contemplara la extinción de la deuda al término del procedimiento, sino al contrario, como se expresaba en la sección décima de la ley de 1570, los acreedores conservaban los remedios generales para el cobro de la deuda impaga. De ahí que cualquier activo que ingresase al patrimonio del deudor, sin importar cuan temprano o tarde lo hiciera, quedaba expuesto a la incautación de los acreedores. La idea detrás de toda esta estructura, concluye Kadens, era amenazar al deudor con las peores infamias, de modo de dirigir su comportamiento a la cooperación, especialmente en tiempos en que los poderes públicos no se encontraban aun lo suficientemente afianzados para garantizar mecánicas procedimentales que facilitaren la búsqueda, la incautación y el pago¹⁸. Por ello, estos concursos se formularon con el carácter de involuntarios, en especial si se observa que subyace en ellos la pretensión de protección de los acreedores, sin referencias a una preocupación posición desventurada (forzada o azarosa) del deudor¹⁹.

Respecto al deudor honesto, se suponía que las reglas generales del cobro de pesos (*debt collection*) serían suficientes, o, alternativamente, que se podría llegar a un acuerdo colectivo con sus acreedores para aliviar su situación (*composition*)²⁰. Desde el enunciado de la ley de 1542 [1543], y sus revisiones posteriores, quedaba claro que la voz “*bankrupt*” quedaba delimitada por el tono propio del tratamiento de un “delincuente”, de modo que ninguna de sus disposiciones era aplicable a quien solo se encontraba en situación de insolvencia. El problema se encontraba en la delimitación de los supuestos de honestidad y deshonestidad²¹, algo que fue denotando un criticable uso de las herramientas concursales para el ataque a los deudores inocentes²². Como las reglas generales de cobro y composición, escasas y dispersas, tampoco favorecían a los acreedores, se fueron buscando formas de ampliar la aplicación de las leyes de quiebras para obtener las ventajas que ellas ofrecían a modo de amenazas para obtener un pronto pago²³.

Esta línea divisoria, o, al menos, aquella tendiente a un tratamiento más benigno al deudor inocente, fue llenando los discursos de los siglos XVII y XVIII²⁴, destacando las

¹⁵ TABB (1991) p. 328.

¹⁶ COHEN (1983) p. 6.

¹⁷ TABB (1991) p. 332.

¹⁸ KADENS (2010a) p. 1236.

¹⁹ TABB (1991) p. 330.

²⁰ KADENS (2010a) p. 1245.

²¹ HOPPIT (1987) p. 20.

²² KADENS (2010a) pp. 1245-1246.

²³ De ahí que, como señala JONES (1979) p. 12, al transformarse la fuga en un “acto de quiebra”, se empezaron a fraguar fórmulas por las cuales los acreedores comprobaban la huida, real o “presunta”.

²⁴ CARLOS y LAMPING (2010) p. 3.

ideas contrarias a la prisión por deudas por parte de Dekker, Petty y Defoe²⁵. Así, se fue abriendo un relato en que se suponía que la mayoría de los deudores se encontraban insolventes por meros infortunios, de modo que debían ser protegidos de la sed de venganza y de la avaricia de los acreedores. La imagen del acreedor comprensivo de la situación desgraciada del deudor se fue reemplazando por aquella en que este invocaba la calificación de la conducta como deshonesta para el solo efecto de amenazar con la aplicación de las leyes de quiebra, lo que fue de la mano de la constatación de cárceles abarrotadas de deudores incumplidores en tiempos en que aún se formulaba la necesidad de la prisión por deuda como mecanismo de apremio, más que de sanción²⁶. Los reformistas del siglo XVI ya habían propiciado por una nueva mirada, señalando que la reacción en contra de los deudores, incluso defraudadores, debía dirigirse a su patrimonio y no a su persona²⁷. Una respuesta que tardó en llegar ante la fuerte noción de prenda corporal que suponía el encarcelamiento, configurando con ello una fórmula para evitar el escape y la pronta entrega del patrimonio para la recuperación de la libertad.

Sin embargo, en el periodo del *interregnum*, el Parlamento inglés aprobó una serie de normativas de alivio a la posición de los deudores pobres, destacándose la paradigmática *Five Pound Act*, oficialmente, “*An Act for discharging Poor Prisoners unable to satisfy their Creditors*”, de 4 de septiembre de 1649. Conforme a ella, los deudores prisioneros pudieron recuperar la libertad bajo el juramento de no haber dispuesto fraudulentamente de sus bienes y de que estos no valían más de 5 libras, juramento que podía ser controvertido por sus acreedores hasta 7 años luego de haber sido prestado, para ser nuevamente encarcelado y condenado por perjurio; normativas que luego se repitieron en 1649 y 1652, pero con la especial motivación de liberar las atestadas cárceles, más que, al menos inicialmente, reformular el modo de abordar la situación del deudor insolvente. Estos estatutos se fue-

²⁵ Daniel Defoe, reconocido autor de Robinson Crusoe, cayó en quiebra en dos oportunidades y fue sujeto a prisión en 1692 y 1706. En su trabajo “*Essay upon projects*” (1697), se refiere al punto de las quiebras, señalando que, si bien las leyes inglesas promueven la misericordia, la lenidad y la libertad, algo de barbarie hay en las legislaciones que permiten la malicia y la revancha del acreedor. Los ensayos de Defoe no cesaron durante la tramitación de la reforma dispuesta por el Parlamento entre 1705 y 1706, a la que nos referiremos más adelante, incluso exigiendo la introducción del *discharge*. MCCOYD (1996) pp. 170-173.

²⁶ Reconocida en la legislación inglesa para los deudores comerciantes desde 1283 (11, Edward I, *Statute of Acton Burnel*), contemplando fórmulas de embargo, venta y pago a los acreedores, y estableciendo la posibilidad de prisión ante la inexistencia de bienes muebles para hacer frente a sus obligaciones. Norma complementada en 1285 (13, Edward I, st.3, 1, conocida como “*The Statute of merchant*”) a fin de permitir que, previa certificación del *Mayor* y del *Clerk* de la existencia y vencimiento de la obligación, se llevase al deudor a prisión, a costa del acreedor, hasta que se llegase a un acuerdo sobre el pago de la deuda. Para una explicación sobre el funcionamiento original de la prisión por deuda, PUGH (1968) pp. 45-47, y para una crítica sobre la operatoria del modelo, JONES (1979) p. 13. Por su parte, como explica HOLDSWORTH (1966) p. 231, esta idea original fue ampliándose por una serie de acciones y procedimientos a lo largo de los siglos, hasta que “en prácticamente todos los casos, un acreedor podría tomar el cuerpo del deudor en ejecución. Pero, si elegía este remedio, como usualmente lo hacía, no había otros modos de ejecución disponibles para él” (traducción del autor). Especial atención debe darse al estatuto de 1352, dado que, como advierte PUGH (1968) p. 44, se trata de la pieza más relevante en la historia de la prisión por deuda, concediendo al acreedor la posibilidad de conducir al deudor a prisión sin previa tramitación ante un funcionario real. De este modo, se puso a los acreedores al mismo nivel de la Corona en lo que refería al poder de someter el cuerpo del deudor al pago de la deuda.

²⁷ VALL (1970) p. 145.

ron ampliando hasta que en 1671 se aprobó una regla general que, con similar estructura, agregaba que el acreedor que negase la libertad del deudor debía pagar una suma semanal para su mantención en la cárcel, con lo que se limitaban las desgracias por las que el deudor debía pasar para procurarse mantención²⁸ (22, Charles II, c. 20)²⁹. En 1678, se añadió la liberación de esta clase de deudores si no se comprobaba la existencia de bienes en un plazo de 3 meses, siempre que llevasen a los menos 6 meses en prisión, adeudaren menos de 500 libras, no fuesen extranjeros y hubiesen informado completamente de sus activos y créditos en contra de terceros. En esta última parte, se enuncian los primeros indicios para configurar mecanismos tendientes a la cooperación del deudor basados en beneficios, mas no en tormentos, como había sido la tónica de la época.

En esta línea temporal, recién a inicios del siglo XVIII parece llegarse al convencimiento de que la ley concursal debía efectivamente abordar la situación tanto del deudor deshonesto como del honesto, y otorgar una “zanahoria” al deudor cooperador, que compensara tanto “garrote”³⁰ que tan pocos resultados había conseguido en las leyes anteriores³¹. De ahí que en el “*Act to prevent frauds frequently committed by bankrupts*” de 1705 [1706] (IV & V, Anne, c. 17) la quiebra fraudulenta, entendida como la que revelaba a un deudor reticente y falto de cooperación, empezó a ser castigada con la pena de muerte (considerando al quebrado como un “*fellon, without the benefit of clergy*”)³², al tiempo que la norma prodigaba sendos beneficios a quien se entregaba y cooperaba con el esclarecimiento de su situación patrimonial. Por una parte, se le otorgaban 5 libras por cada 100 que se obtuviesen del producto de la realización de los bienes incautados, sin llegar a superar las 200 libras; por la otra, veían extinguidas todas las deudas existentes al tiempo del “acto de quiebra”, de manera que ya no podría ser arrestado ni enjuiciado por deudas previas, identificándose aquí el primer reconocimiento del *discharge* de las obligaciones en el ámbito del derecho concursal³³.

Para obtener estos beneficios era necesario que el deudor hubiese colaborado compareciendo y entregado toda la información necesaria para el embargo de sus bienes

²⁸ KADENS (2010a) p. 1243.

²⁹ Como precisamente se lee de esta norma, muchos de los deudores prisioneros “habían sido víctimas de los tiempos infelices, incluyendo el terrible incendio, sus propios infortunios u otros eventos que los habían puesto en la imposibilidad de pagar a sus acreedores, transformándose en prisioneros sin dar con ello beneficios a alguien, sino una carga para el Reino y una fetidez (incidente inseparable de la extrema pobreza) que podía dar lugar a la pestilencia y a enfermedades contagiosas, de gran perjuicio para el Reino”. Traducción del autor.

³⁰ KADENS (2010a) p. 1252.

³¹ Aunque debe tenerse presente que esta normativa se pretendía temporal, con eficacia hasta 1709, aunque luego se extendió hasta 1716. Las normas posteriores mantuvieron la idea de la pena de muerte (hasta 1820), mientras el descargo de la deuda pasó a ser un elemento permanente de las leyes concursales solo a partir del “*Act to prevent Committing Frauds by Bankrupts*” de 1732 (V, George II, c. 30).

³² KADENS (2010a) p. 1231.

³³ No obstante, se debe tener presente la ordenanza de 9 de junio de 1654 del *Lord Protector*, emitida en tiempos en que se había disuelto el Parlamento. En ella se disponía que los jueces podían ordenar a los acreedores de un deudor prisionero el descargo total o parcial de la deuda, previo a recibir el producto de la realización de sus bienes. Sin embargo, esta herramienta de alivio no duró mucho tiempo, siendo anulada el 26 de junio de 1657 por el Segundo Parlamento del Protectorado.

(*disclosure*)³⁴. En el modelo original, la consideración de tal conducta fue entregada a la certificación estricta de la mayoría de los comisionados³⁵ y a la confirmación por parte del *Lord Chancellor*, el *Lord Keeper*, los comisionados a quienes se le había confiado el sello real o a dos jueces del *Queen’s Bench*, *Common Pleas* o *Exchequer*. Por su parte, los acreedores solo tenían derecho a audiencia, tanto para favorecer o repudiar la mentada calificación, lo que fue prontamente modificado al año siguiente [1707] (5, Anne, c. 22) a efectos de que el certificado de conformidad (“*certificate of conformity*”) fuese aprobado discrecionalmente por cuatro quintas partes de los acreedores, en cabezas y participación del pasivo, como reacción a los abusos reclamados ante el Parlamento³⁶. En efecto, la facilidad para el descargo de la deuda en el modelo inicial propició un elevado número de procedimientos (726, entre 1705 y 1706), cifras que descendieron radicalmente con la nueva medida, evidenciando la posibilidad de que deudores honestos no vieran extinguidas sus deudas al término del procedimiento.

Las razones para la incorporación del *discharge* no se encontraban centradas en las argumentaciones basadas en calificaciones humanitarias³⁷, incesantemente propuestas por Defoe, ni en formas de atajar las inescrupulosas acciones de los acreedores denunciados constantemente por este. En primer lugar, la historia nos informa de otras vicisitudes que hicieron necesario un cambio de enfoque a inicios del siglo XVIII, y que ponen una nota de duda sobre las reflexiones relativas a la necesaria limitación de responsabilidad de los comerciantes para el fomento de su actividad, jamás documentada al tiempo de su discusión original³⁸. Al contrario, parecen haberse sumado hechos tales como la inestabilidad del comercio de ultramar a partir de la Gloriosa Revolución de 1688; el catastrófico invierno de 1703, en que el río Támesis se congeló, provocando un caos en el transporte y el abastecimiento; la crisis financiera derivada de la sucesión española y la batalla entre las antiguas y nuevas compañías de las indias orientales; como asimismo, la masiva quiebra de Thomas

³⁴ Para un mayor detalle de estos requisitos, MCCOID (1996) p. 167.

³⁵ SGARD (2013) p. 226, destacando la escasa capacidad jurisdiccional y el carácter transitorio de estas comisiones. El modelo suponía la reunión de comisionados nombrados por el *Lord Chancellor* para cada caso, existiendo en Londres un listado de abogados y comerciantes que podían integrar los paneles. Por ello, obsérvese que, en Inglaterra, solo en 1831 se crearon tribunales de quiebra (*bankruptcy courts*) por medio de “*An Act to Establish a Court in Bankruptcy*” (1 & 2, William IV, c. 56).

³⁶ MCCOID (1996) p. 181. Para efectos de evitar fraudes en el otorgamiento de este consentimiento, la ley de 1732, a la que antes hemos hecho referencia, se estableció la nulidad de cualquier acuerdo entre el deudor y los acreedores para incentivar la suscripción del documento.

³⁷ En contra, LEVINTHAL (1919) p. 18, que observa la normativa desde la idea de que en ella se reconoce que los deudores inocentes pueden ser objeto de lástima, aunque luego (p. 19), la advierte como una regla que favorece el comercio en escenarios de riesgo.

³⁸ COHEN (1982) p. 7. Los tiempos de discusión parlamentaria fueron breves: desde el 31 de octubre de 1705, con la primera lectura, hasta la aprobación final el 19 de marzo de 1706. A pesar de la oscuridad en torno al contenido preciso de la discusión, pareciere que la idea del *discharge* no formaba parte del texto original, y que solo fue incorporado el 4 de febrero de 1706, al admitirse una “cláusula” que permitiese la mejor identificación de los bienes y la prevención del fraude. La referencia se encuentra en el *Journal of the House of the Commons*, e indica que “*that they have Power to receive a Clause, for the better discovery and preventing Frauds committed by Prisoners and Bankrupts, and for the Relief of such Prisoners for Debt, as shall resign their Effects to their creditors*”. Sobre el particular, MCCOID (1996) p. 169.

Pitkin, un mercero de lino en Londres³⁹, que defraudó a más de 150 acreedores por más de 50.000 libras⁴⁰.

Sin embargo, el mayor debate se produce al graficar la figura como una regla que consagraba una cierta protección al deudor honesto caído en la desgracia de la insolvencia, o si acaso se trata esta de una construcción que solo podemos hacer con la mirada actual⁴¹. Si bien hay autores que sugieren que la incorporación del *discharge* obedeció a la constatación de la necesidad de construir con mayor eficacia una sociedad basada en los avances del comercio y, con ello, en el reconocimiento de sus riesgos⁴², esta línea argumental se advierte débil por las razones que ahora indicaremos.

Debe recordarse que, a la época, esta clase de procedimientos eran solamente aplicables a los comerciantes (*traders*), siempre que debiesen al menos 100 libras a un acreedor, 150 si eran dos o 200 si eran tres o más, y, además, cometieren “actos de quiebra”⁴³. Lo anterior quedó especialmente claro a partir de la ley de 1570 [1571] (13, Elizabeth I, c. 7) y se mantuvo hasta 1861, en que las leyes concursales inglesas ampliaron el presupuesto subjetivo de la quiebra (34 & 35, Victoria, c. 134). De ahí que se comprendan las posteriores explicaciones de Blackwell, para quien las leyes concursales debían basarse en el beneficio del intercambio (*trade*) y, en consecuencia, no solo debían conceder ciertos privilegios a los acreedores, sino también a los deudores, “tomando en consideración los súbitos e inevitables accidentes a los cuales los hombres de negocios se encuentran expuestos, a condición de que entreguen todos sus bienes para ser divididos entre sus acreedores”⁴⁴. Para estos efectos, se deben tener presente los cambios evidenciados por la economía inglesa desde fines del siglo XVII, con la expansión del comercio⁴⁵, pero también del endeudamiento y de la inversión como motores del nuevo modelo tendiente (aunque más tarde) a la industrialización⁴⁶. Por ello Jones sugiere que la introducción del *discharge*, aunque más su permanencia, sea también el resultado de la creciente influencia política y social de los comerciantes e industriales⁴⁷.

Empero, de la lectura de las normas de 1705 y 1706 aparece con sugerente claridad que el descargo de la deuda se formuló como un medio (no un fin), promovido para beneficiar a los acreedores en la mejor satisfacción de sus créditos, y de ahí que estuviese supedi-

³⁹ HOPPIT (1987) p. 35.

⁴⁰ Para una detallada revisión del caso, KADENS (2010b).

⁴¹ Ya LEVINTHAL (1919) p. 1 daba cuenta de que, para ciertos autores, la primera ley concursal inglesa era la de 1705, precisamente porque ella otorgaba el *discharge* de la deuda, mientras que las leyes anteriores, especialmente la de 1542 [1543] solo podía ser observada como una regla penal.

⁴² HOPPIT (1987) p. 23.

⁴³ Para una descripción de dichos actos en la legislación original y cómo se fueron incorporando algunos supuestos por medio de las reformas de 1604 y 1623, HOLDSWORTH (1966) p. 238, aunque debe destacarse que todas ellas se planteaban a partir del ocultamiento o de la dilación para el ejercicio de los derechos por parte de los acreedores.

⁴⁴ BLACKWELL (1766) II, p. 472.

⁴⁵ MCCOID (1996) p. 166.

⁴⁶ RUDOLPH (2013) p. 132.

⁴⁷ JONES (1979) p. 59.

tada a la cooperación del deudor⁴⁸, y, luego, a la discrecional aprobación de la mayoría de los acreedores. Por eso Kadens señala que, siendo la primera vez en que la legislación concursal inglesa parecía tomar en cuenta los intereses de los deudores, podría estimarse que ella fue una reacción débil y no realmente intencionada⁴⁹. Como agrega Jones, denotando un escaso aprecio por la figura, es una forma de lograr aquello que los acuerdos (*compositions*) tan difícilmente conseguían, como era lidiar con la responsabilidad sobreviniente, hasta configurar el concurso como una especie de composición forzada, en que se obtenía la extinción de la deuda (una suerte de remisión impuesta) a cambio de la entrega de todos los bienes del deudor⁵⁰. McCoid parece preferir una posición intermedia, en el sentido que la introducción de la regla del *discharge* obedecía parcialmente a la atención al deudor honesto, pero desafortunado, como también al propósito de alentar la cooperación con los acreedores para facilitar el éxito del procedimiento⁵¹. Algo que, sin embargo, se presenta como impreciso si se atiende, por una parte, que la obtención del descargue de la deuda solo podía lograrse en el ámbito de un procedimiento concursal, a la sazón, únicamente involuntario⁵², y, por la otra, porque al introducir implícitamente la distinción entre deudores honestos y deshonestos, la ley no reformó los “actos de quiebra”, todos los cuales suponían una cierta reticencia al pago, de manera que la regla presenta una inconsecuencia normativa⁵³.

Ahora bien, respecto a los estatutos ingleses posteriores, solo nos interesa destacar algunos aspectos puntuales para los efectos del presente discurso. Lo anterior porque, como veremos, la legislación patria de 1929 parece haber seguido el modelo incorporado en la ley de quiebras norteamericana de 1898, y no el sistema inglés, aun reformulado en varias oportunidades para tal fecha. No obstante, algunas referencias parecen necesarias, precisamente porque al otro lado del Atlántico siempre se tuvo a la vista la evolución de los sistemas concursales de la isla, de modo que alguna interacción es apreciable en relación con la formulación del descargue.

Comenzamos con las normas que fueron tratando de la necesidad de consentimiento de los acreedores para la obtención del *discharge*, como había quedado fijada en la ley de 1732. En 1842, se dicta un “*Act for the amendment of the law of bankruptcy*” (5& 6, Victoria, c. 121), y, con ella, se observa un cambio radical, aunque poco duradero. Al efecto, se declaró expresamente que, a los efectos de la obtención del certificado de conformidad,

⁴⁸ BSHKOFF (1982) p. 105; TABB (1991) p. 333.

⁴⁹ KADENS (2010a) p. 1232. MCCOID (1996) p. 164 incluso destaca el carácter experimental de la medida, al igual que la pena de muerte impuesta por la norma, en la medida en que inicialmente se dispuso una eficacia transitoria.

⁵⁰ JONES (1979) p. 50. Sobre este particular, MCCOID (1996) pp. 173-177, vincula las protecciones conferidas a los deudores por el *Privy Council* y el *Chancery* y las diversas formas utilizadas para imponer acuerdos (*compositions*) a los acreedores disidentes como antecedentes a la introducción del *discharge* en la legislación inglesa. Sobre el carácter experimental de estos medios de coerción, COUNTRYMAN (1976) p. 227.

⁵¹ MCCOID (1996) p. 163.

⁵² TABB (1991) p. 336. Al efecto, SGARD (2013) p. 229, agrega que la inclusión del *discharge* reforzó la idea de que el procedimiento debía ser involuntario, a efectos de dejar el control en manos de los acreedores.

⁵³ Aquí, el problema particular derivaba del hecho de que el *discharge* se obtenía respecto a todas las obligaciones preconcursales, entendiéndose que la fecha de la quiebra era aquella en la que se había cometido un “acto de quiebra”. HOLDSWORTH (1966) p. 240.

solo se daría audiencia a los acreedores, pero que ya no sería necesaria su firma⁵⁴, y, con ello, bastaba la verificación de los antecedentes por parte de la Corte⁵⁵. Decíamos que este revolucionario sistema, sustentado únicamente en la revisión judicial, duró poco puesto que, si bien sobrevivió la ley de consolidación de 1849 (12 & 13, Victoria, c. 106), decayó con la de 1869 (32 & 33, Victoria, c. 71). En su sección 48, se reinsertó la necesidad del consentimiento de los acreedores, atestado por una resolución especial anterior a la petición del certificado por parte del deudor. Adicionalmente, se indicó que el *discharge* no podría ser otorgado a menos que se comprobase que un reparto de al menos 10 chelines por libra o, en caso de haberse recibido un pago menor, se entendiera que el quebrado no podía ser consignado como responsable de su infortunio y así los acreedores manifestaren su deseo para la emisión de una orden de *discharge*.

La vuelta final se dio recién en 1883, con la *Bankruptcy Act* (46 & 47, Victoria, c. 239), en que, con una regulación bastante más detallada de la materia, se eliminó nuevamente el requisito del consentimiento. El nuevo modelo destacaba porque la solicitud podía ser presentada en cualquier momento por el deudor, debiendo el tribunal instruir al *official receiver* para la emisión de un informe sobre su conducta y para la citación a una audiencia pública en la que se decidiría sobre la solicitud, previos comentarios del mentado *official receiver*, el *trustee* y cualquiera de los acreedores. Además de prever múltiples razones por las cuales no procedía la emisión del certificado⁵⁶, la regla destacaba por dar facultades bastante discrecionales al tribunal en el sentido de conferir o no el *discharge*, o, incluso, condicionarlo en cualquier sentido a eventuales ingresos ulteriores que podrían ser recibidos por el deudor; como asimismo se le facultaba para revocar la orden correspondiente si acaso el deudor no cooperaba con el *trustee* en todo lo que fuese necesario para la realización y la distribución de los bienes.

Por su parte, respecto a la posibilidad del inicio voluntario del procedimiento, en tierras inglesas ello se admitió para los *traders* en la ley del 9 de agosto de 1844 (“*An act to amend the Law of Insolvency, Bankruptcy, and Execution*”, en 7&8, Victoria, c. 96), con una redacción más clara en la sección XCIII de la ley de consolidación de 1849 (12 & 13, Victoria, c. 106). La atenuación del fin sancionatorio del concurso se hizo aún más evidente cuando, ampliado el presupuesto subjetivo por medio de la ley de 1861 (24 & 25, Victoria, c. 134), se permitió el concurso voluntario a todo deudor. Para los efectos de este discurso esta variación es muy trascendente pues el concurso ya no era observado como una herra-

⁵⁴ Así se lee en su Sección 39. Por su parte, la sección CXCVIII de la ley de consolidación de la legislación de bancarrotas de 1849 (12 & 13, Victoria, c. 106) se mantiene la idea de la sola audiencia de los acreedores, pero ya ni siquiera se indica la innecesidad de su firma en el certificado de conformidad.

⁵⁵ La razón, nos informa COUNTRYMAN (1976) p. 229 se encontraba en la constatación por parte del Parlamento de que el requisito del consentimiento llevaba a su secreta “compra” a los acreedores, a pesar de la ilegalidad de esta clase de acuerdos.

⁵⁶ Entre ellas destacamos especialmente la continuación del comercio después del conocimiento de la insolvencia; la contratación de deuda sin tener razones para suponer su posibilidad de pago; y haber incurrido en gastos frívolos. Pero también el hecho de tratarse de una medida de única oportunidad, por cuanto se impedía la emisión de un nuevo certificado cuando ya había existido un concurso o convenio; y la cláusula general por medio de la cual se restringía en casos que se le hubiese encontrado culpable de fraude o cualquier infracción fraudulenta.

mienta más dentro del sistema de cobro⁵⁷, significando, junto a la posibilidad del *discharge*, una técnica para la obtención del beneficio conducente a lo que, hoy por hoy, denominaríamos *fresh start*.

III. LA PERMANENTE REFORMULACIÓN EN EL MODELO ESTADOUNIDENSE: EL *DISCHARGE* COMO MEDIO DE PROTECCIÓN AL DEUDOR

En el apartado anterior indicábamos que la ley inglesa de 1732 no incidió mayormente en el esquema inglés en el aspecto del que tratamos, sino a efectos de consagrar una detallada regulación del procedimiento y requisitos para la obtención del *discharge*. Como cuerpo normativo concursal más completo, tal regulación resulta también relevante porque constituye el punto de referencia de la legislación estadounidense, que, a partir de la independencia, prontamente detectó la naturaleza crucial de la quiebra e incorporó la denominada “*bankruptcy clause*” en su Constitución a efectos de asegurar una normativa federal (1787)⁵⁸. Sin embargo, no fue sino hasta el 3 de abril de 1800 que se logró tal propósito, y, aunque originalmente la ley tendría una vigencia de cinco años, solo la tuvo por algo más de tres⁵⁹. Como esta primera legislación concursal propiamente americana siguió de cerca la estructura de la ley inglesa⁶⁰, no podemos sino replicar las conclusiones a las que llegábamos en el apartado anterior respecto al sentido original del *discharge*, especialmente si se constata que estamos ante una norma solamente aplicable a los comerciantes (*merchants*), sin admitir más que concursos involuntarios ante la evidencia de un acto de quiebra. Respecto al modelo de cooperación del deudor, también se conservó la idea de la recompensa para quien se presentase oportunamente ante la comisión y se conformase totalmente a las disposiciones de la ley, como asimismo la extinción de las deudas anteriores a la quiebra, limitándolo en caso de haber obtenido el certificado del que trataremos a continuación con fraude o por haber ocultado bienes por un valor de al menos 100 dólares.

Para estos efectos, la regla también replicaba la necesidad de obtener un certificado (ahora “*certificate of discharge*”) de parte de los comisionados, una vez evidenciado ante el juez de distrito que se efectuó un completo *discovery* de los bienes y que el deudor se conformó a todas las instrucciones legales. Se destaca, no obstante, que la entrega del certificado requería la suscripción de acreedores que solo representaran dos tercios, en número y valor de la masa pasiva, y la referencia expresa a que la extinción no beneficiaba a los socios del deudor quebrado, ni a otros conjunta o solidariamente responsable de las deudas, siguiendo aquello que ya se había aclarado en la ley inglesa en 1711 (X, Anne, c.15).

⁵⁷ BOSHKOFF (1982) p. 106.

⁵⁸ Para una referencia a la incorporación del “*bankruptcy clause*” en la constitución americana, NOEL (1919) pp. 67-123.

⁵⁹ En el tiempo intermedio, nos informa TABB (1991) p. 345, varios Estados habían previsto formas de alivio a los deudores encarcelados, como asimismo habían dispuesto reglas puntuales para el *discharge* de las deudas, en ambos casos, sujeto a dudas de constitucionalidad.

⁶⁰ COUNTRYMAN (1976) p. 227.

Sin embargo, fueron precisamente las críticas por la eventual conducción del *discharge* hacia comportamientos desordenados o irresponsables de los deudores, las que llevaron a la derogación de la ley de 1800, sin que Estados Unidos contase con una nueva legislación hasta 1841⁶¹. Otra razón, agrega Countryman, fue la escasa recuperación de los créditos para los acreedores, especialmente si se considera que, en la mayor parte de los casos, los deudores ya se encontraban en prisión al inicio del procedimiento⁶².

La Ley de 1841 tuvo un tono conscientemente diverso⁶³, lo que significó que debieron superarse las reticencias que veían en cualquier fórmula protectora del deudor una promoción de una conducta reprochable. Esta nueva lectura fue consecuencia los reveses la economía norteamericana como efecto del “Pánico del 1837”⁶⁴, una recesión que se extendió hasta mediados de la década siguiente. Así, la nueva legislación disponía de un sistema uniforme de quiebras, no solo en relación con el ámbito territorial de aplicación, sino por su disponibilidad para cualquier clase de deudor, *merchant or not*. La voz *bankruptcy* dejaba de tener el cariz criminal de los antecedentes ingleses, y pasó a designar al procedimiento completo, del mismo modo como la palabra *bankrupt* simplemente indicaba al deudor que se había visto sometido a este. Adicionalmente, disponía de un concurso voluntario, restringiendo el involuntario únicamente a los comerciantes, circunstancia que denota la distancia entre el instituto concursal con las herramientas de cobro de la deuda, especialmente si se atiende que, conforme al *bankruptcy clause* constitucional, la potestad legislativa estaba radicada en entes gubernamentales diversos, federales y estatales, respectivamente⁶⁵.

Así, a diferencia del sistema británico, las leyes de quiebra de las colonias americanas se empezaron a formular como mecanismos de tutela, cuyas principales finalidades se encontraban en la protección de la comunidad de los daños que pudiesen devenir de momentos críticos (pérdida de cosechas, guerras, turbulencias financieras y políticas), disminuir las actitudes fraudulentas de los deudores, distribuir la masa activa de forma equitativa de manera de disminuir los efectos en cadena y reconocer intereses humanitarios, como el otorgamiento de una segunda oportunidad y la inembargabilidad de los bienes futuros para la satisfacción de obligaciones pasadas. El punto de partida de este último aspecto se basaba en la ausencia de objetivos económicos o sociales derivados del encarcelamiento o del impedimento de la rehabilitación por parte del deudor insolvente, los que solo le llevaban a convertirse en un lastre de la sociedad⁶⁶.

Reorientadas estas ideas al *discharge*, resulta que este podía conseguirse mediando la mera solicitud de protección por parte del deudor en el mentado concurso voluntario, satisfaciendo los requerimientos legales (principalmente, el comportamiento *bona fide* en la entrega de sus bienes y la completa obediencia a la ley), aunque manteniendo la idea de la aprobación (ahora) de la simple mayoría de los acreedores para su obtención. Para estos

⁶¹ COLEMAN (1974) p. 13.

⁶² COUNTRYMAN (1976) p. 228.

⁶³ CABALLERO (2018) p. 147.

⁶⁴ COUNTRYMAN (1976) p. 229.

⁶⁵ BOSHKOFF (1982) p. 107.

⁶⁶ COLEMAN (1974) pp. 12 y 13.

efectos, era necesario que el deudor presentase una solicitud a la corte para la obtención del certificado de *discharge*, solicitud que debía ser publicada para que cualquier acreedor o interesado presentara objeciones fundadas. De ello se sigue que, a diferencia del modelo anterior, ya no era necesaria una certificación oficial por parte de los comisionados, ni que se requiriese del consentimiento previo de los acreedores, sino su disenso causado presentado por escrito ante el tribunal. Por su parte, se establecieron ciertas limitaciones legales para su obtención, como el haber otorgado una ventaja indebida para el pago al acreedor de mala fe (*preference*), evidencias de fraude, ocultamiento de bienes, desacato a las órdenes e instrucciones judiciales, suposición de deudas inexistentes, uso de fideicomisos (*trusts*) para fines propios, o, en el caso de mercaderes y otros comerciantes, no haber llevado correctamente sus libros.

Nuevamente, esta ley cayó en el fragor de la discusión política, especialmente ante las voces que afirmaban que el “*bankruptcy clause*” de la Constitución se refería a mecanismos tendientes a la protección de los acreedores, como los vigentes a la época de la independencia, al tiempo que la ley de 1841, especialmente al admitir el concurso voluntario, era una “ley de insolvencia” más que de bancarrota⁶⁷. La discusión también se centró en las dudas que siempre han perseguido a la figura del *discharge* en cuanto a la incitación al comportamiento irresponsable de los deudores. Los altos números relativos al uso de los procedimientos (33.739) y a la obtención del *discharge* (donde solo 765 fueron negados), despertaron nuevos resquemores para los acreedores escasamente pagados⁶⁸, de modo que esta ley tuvo, otra vez, una vida llamativamente breve, siendo derogada el 3 de marzo de 1843.

El tercer intento de ley federal llegó el 2 de marzo de 1867, en un contexto condicionado por los avances que paralelamente se habían presentado en la legislación inglesa y a las duras consecuencias económicas de la guerra civil. En esta normativa, el *discharge* obtuvo una regulación todavía más detallada (e, incluso, un propio capítulo), evidenciando la creciente importancia que fue adquiriendo con el curso de los años. En este caso, resultado de una negociación entre los intereses de los acreedores y deudores⁶⁹, el sistema suponía que el descargo no se producía de manera automática, sino que requería de una solicitud presentada por el deudor ante la corte, transcurridos 6 meses desde la adjudicación en la quiebra, pero solo hasta un año a contar de tal fecha. Se replicó el modelo anterior, en el sentido de que, sin mediar constatación oficial del cumplimiento de los requisitos, simplemente se notificara a los acreedores para una audiencia en la que se discutiría la eventual (im)procedencia del beneficio previo a la emisión del certificado judicial que, ahora, tenía un texto expreso en la propia ley. Aquí, las causales de improcedencia se extendieron sorprendentemente, obedeciendo a un comportamiento probo del deudor antes y durante el concurso, en un amplísimo catálogo de conductas reprochables que ahora incluían también la falsedad de las declaraciones presentadas ante el tribunal, la falta de cuidado respecto a los bienes que debían entregarse al *assignee*, la realización de actos revocables (*voidable transfers*), el pago a alguno de sus acreedores para obtener su favor (*preferences*), entre

⁶⁷ NOEL (1919) p. 139 y TABB (1991) p. 351.

⁶⁸ COUNTRYMAN (1976) p. 229.

⁶⁹ TABB (1991) p. 355.

otros, destacando la fórmula general de la condena por cualquier infracción a la ley en razón de una acción fraudulenta⁷⁰. Se observa, sin embargo, que el sistema innovó radicalmente en el sentido de que no siempre se requeriría del consentimiento de los acreedores sino a partir del primer aniversario de la ley, de modo que se podría obtener por mero cumplimiento de los requisitos legales siempre y cuando se pagase al menos el 50% del valor de los créditos verificados. Solo en caso contrario, se necesitaría contar con el consentimiento de la mayoría de los acreedores, tanto en cabezas como en porcentaje del pasivo.

Respecto a la necesidad de contar (o no) con el consentimiento de los acreedores, Tabb explica cómo las normas sucesivas fueron dándole mayor beneplácito a la posición de los deudores: primero, postergando la entrada en vigor de la regla que lo requería (por medio de las leyes de 1867 y 1868); luego, entrada en vigor, aclarando que ella no aplicaba a las deudas anteriores al primero de enero de 1869 (ley de 1870); y, finalmente, eliminado totalmente la necesidad de consentimiento para las quiebras involuntarias y rebajándolo al pago de un 30% de los créditos verificados en las quiebras voluntarias, o al consentimiento de un cuarto de los acreedores que representaren un tercio del pasivo (ley de 1874)⁷¹. Para Noel toda esta discusión se soportaba en la constatación de la “compra” del consentimiento de parte de los acreedores⁷². A pesar de todo ello, estas reglas fueron derogadas en 1878, producto de nuevas críticas por parte de los acreedores, que veían en el concurso una respuesta ineficiente, con escasos dividendos, dilaciones y costos⁷³.

En razón de lo anterior, pasó casi un siglo desde la independencia hasta lograr un cuerpo legal estable que abordara la relación entre acreedores y deudores en un escenario de insolvencia: la *Bankruptcy Act* de 1898, la que, sobre la base de varios compromisos políticos⁷⁴, finalmente incorporó la idea del descargo incondicional de las deudas. Como prontamente notó Newton, uno de los tres pilares sobre los que se construyó la nueva regulación fue “consagrar que los quebrados y los pobres, tuviesen o no bienes, obtuviesen el *discharge* de sus deudas a un costo nominal, haciendo así innecesario para cualquier hombre en los Estados Unidos seguir cargado con un costal de deudas que no podría pagar”⁷⁵. Al decir de Noel, el principio de fondo era que ningún deudor deshonesto podría ser aliviado de sus responsabilidades, mientras que el deudor “honesto, pero desafortunado” debía obtener el *discharge* con toda facilidad⁷⁶.

Aquí debemos detenernos algo más, dado que, como veremos, se trata este del régimen que se acerca al sobreseimiento definitivo extraordinario dispuesto en nuestra ley de 1929. Con la ley de 1898, el concurso se volvió fundamentalmente voluntario, salvo para las *corporations* (que, a la sazón, ya contaban con el beneficio de la responsabilidad limitada)⁷⁷,

⁷⁰ Tan extensas eran estas causales de improcedencia del *discharge* que, como informa COUNTRYMAN (1919) p. 230, solo un tercio de los deudores sometidos a concurso obtuvieron el certificado correspondiente.

⁷¹ TABB (1991) pp. 355 y 346.

⁷² NOEL (1919) p. 153.

⁷³ COUNTRYMAN (1976) p. 231.

⁷⁴ BOSHKOFF (1982) p. 108.

⁷⁵ NEWTON (1899) p. 287.

⁷⁶ NOEL (1919) p. 159.

⁷⁷ GOLDENBERG (2016) pp. 144-149.

restringiendo asimismo la posibilidad de la quiebra involuntaria. El descargue de la deuda⁷⁸ se obtenía previa solicitud del deudor al tribunal, ahora, en el plazo de un mes a partir de la adjudicación (y hasta 12 meses luego de ella), con la posibilidad de oposición de los interesados únicamente fundado en haber cometido un delito sancionado con la privación de libertad; haber tenido intención fraudulenta en ocultar su verdadera situación financiera o, en vistas de la quiebra, destruir, ocultar o no llevar los libros contables a partir de cuales podría haberse verificado su real condición⁷⁹. Se expresa, nuevamente, que el efecto del *discharge* no beneficia a terceros, codeudores o garantes de la deuda, ni se extiende a créditos por impuestos, por indemnizaciones por acciones fraudulentas o engañosas, por indemnizaciones por daños a la persona o propiedad de otros (fuesen dolosos o culpables), o resultados de fraude, malversación, apropiación indebida o desfalco, mientras el deudor actuaba como un funcionario (*officer*) o en cualquier titularidad fiduciaria⁸⁰. Tampoco quedaban extinguidas aquellas deudas que no habían sido reconocidas en el procedimiento en la medida que el acreedor fuese conocido por el deudor, salvo que se comprobase la noticia del primero de la existencia de la quiebra. Mediante esta formulación, bastante más breve que la de su antecedente inmediato, la obtención del *discharge* se facilitó considerablemente. Además, se liberó de los requisitos del consentimiento de los acreedores o del pago mínimo de un porcentaje del pasivo para su procedencia, al tiempo en que también se cercenó la discrecionalidad de los tribunales en su otorgamiento, de modo que estos solo debían valorar la prueba ofrecida para sus tasadas restricciones⁸¹. De este modo, el descargue de la deuda se consolidó como uno de sus principios fundantes de la ley de bancarrotas norteamericana, expresado con particular claridad en la paradigmática sentencia de *HARDIE V. DRY GOODS CO.*⁸².

IV. LA JUSTIFICACIÓN ORIGINAL DEL *DISCHARGE* EN EL DERECHO CHILENO: UNA INCORPORACIÓN DISRUPTIVA POR MEDIO DE UN MODELO INSUFICIENTE

La influencia anglosajona en la formulación de la Ley N° 4.558, de 1929, parece evidente, aunque no se dejó mayor constancia de ella en su mensaje⁸³. Este solo advertía el sentir nacional de la imperiosa necesidad “de reformar la legislación mercantil vigente, para

⁷⁸ Que ahora aparece formalmente definido en la Sección 1(12) del *Bankruptcy Act*, como “*the release of a bankrupt from all of his debts which are probable in bankruptcy, except such as are excepted by this act*”.

⁷⁹ En la reforma del 5 de febrero de 1903 se ampliaron los casos en los que no procedía el *discharge*, de modo bastante profuso y con gran cercanía al listado de conductas punibles en otras legislaciones de corte continental.

⁸⁰ Este listado fue complementado por medio de la ley de 2 de marzo de 1917, a efectos de incluir deudas por pensiones de alimentos y sanciones por seducción.

⁸¹ TABB (1991) p. 364.

⁸² *HARDIE V. DRY GOODS CO.* (1906): “*For these considerations, we are disposed to deny that in the present bankruptcy law the discharge of the honest debtor is a mere incident which could have been omitted without impairing its symmetry and efficiency; and, on the contrary, to assert that the release of the honest, unfortunate, and insolvent debtor from the burden of his debts and his restoration to business activity, in the interest of his family and the general public, are the main, if not the most important, objects of the law*”.

⁸³ ARCOS (1929) p. 118, anotando que el *discharge* “nos acerca al espíritu de las legislaciones anglo-sajonas, que consideran la quiebra como un estado fisiológico del cual se debe tratar de liberar al fallido en beneficio de él y de la colectividad”.

ponerla en armonía con las exigencias de la economía nacional y con la evolución del pensamiento jurídico en los últimos cincuenta años, que se ha acentuado vigorosamente después de la guerra europea de 1914”. No obstante, como se recalcó en el informe de la Comisión Mixta presentado en la sala de la Cámara de Diputados el 3 de enero de 1929, la mirada al mundo sajón fue precisamente la que impulsó el principal cambio de la estructura concursal existente a la fecha, señalando la “conveniencia de someter, absolutamente, a un mismo procedimiento la quiebra del deudor, comerciante o no”⁸⁴. A fin de entender tal reforma, debe recordarse que esta ley volvió a formular un esquema unitario del concurso⁸⁵, del mismo modo como ocurría desde el Decreto Ley del 8 de febrero de 1837 y hasta la entrada en vigor del Código de Comercio en 1867⁸⁶. Más allá de las críticas que concita este planteamiento unitario⁸⁷, se advierte que el principal problema estaba dado por la escasa claridad de las normas concursales aplicables, resultado de una deficiente técnica legislativa del Código de Procedimiento Civil. Con ello, la matriz normativa de los procedimientos fue la quiebra (otrora) mercantil, de modo que las quiebras de los deudores civiles (especialmente, personas naturales) fueron infrecuentes durante toda la vigencia de la Ley N° 4.558.

Ahora bien, desde la perspectiva del *discharge*, hemos aclarado como, a la época de la dictación de la Ley N° 4.558, el discurso había avanzado en Inglaterra y Estados Unidos, con diferentes matices, a efectos de consolidar la extinción de las deudas insolutas como un medio de tutela del deudor, y ya no como un impulso a la cooperación en beneficio de los acreedores. La pérdida de la idea del consentimiento de los acreedores como traba a su procedencia, fuese o no mediada por una decisión por parte de los tribunales, es reflejo de la completa desatención a sus intereses puntuales, además de impedir las acciones fraudulentas tendientes a la obtención de su consentimiento. A su vez, la eliminación del requisito de un porcentaje mínimo de satisfacción del pasivo verificado evidenció que la medida debía sustentarse únicamente en promover la recuperación del deudor honesto, sin centrarse en la magnitud de su debacle financiera ni en los resultados de la contribución efectiva del deudor en la búsqueda y realización de sus bienes para el pago de las deudas. Su formulación no tenía un carácter automático, sino mediado por una resolución judicial, previa audien-

⁸⁴ Al efecto, se indicó que: “el proyecto ha seguido, en esta parte, el ejemplo de algunas de las más modernas legislaciones que refunden ambas situaciones en un solo procedimiento de liquidación, pero mantienen los principios característicos de la quiebra mercantil y, en lo posible, los peculiares del concurso de acreedores del deudor no dedicado al comercio. No se ha atrevido, como se expresa en el preámbulo a establecer, al igual que en las legislaciones sajonas, la asimilación absoluta de ambos estados, por cuanto ello significaría introducir una modificación demasiado radical en nuestras leyes...”. Las actas de las sesiones de la Cámara de Diputados utilizadas para este análisis están disponibles en www.bcn.cl.

⁸⁵ PALMA (1940) p. 9.

⁸⁶ GOLDENBERG (2018) pp. 592-599.

⁸⁷ Aunque se dio cuenta de que “no se divisa razón alguna atendible que justifique someter a una tramitación distinta la quiebra del deudor, sea o no comerciante [...] El proyecto ha seguido en parte el ejemplo de las legislaciones más modernas y sabias, y acaso también los consejos de la mejor doctrina, refundiendo ambas situaciones en un solo procedimiento de liquidación, pero mantiene los principios característicos de la quiebra mercantil, y, en lo posible, los peculiares del concurso de acreedores del deudor no dedicado al comercio”.

cia de los interesados, y las limitaciones que cada norma ofrecía, todas relativas al comportamiento del deudor, para configurar la idea del sujeto “honesto, pero desafortunado”⁸⁸.

Todas estas ideas se encuentran presentes en el artículo 134 de la Ley N° 4.558, hasta configurar un “perdón legal”⁸⁹ de la deuda respecto al deudor de buena fe⁹⁰. Al efecto, llama la atención el lenguaje con el que su mensaje da cuenta de lo anterior, puesto que, aun situados en los vestigios de una normativa con el cariz sancionatorio propio de la época, incorporó la posibilidad del *discharge* expresando lo siguiente: “[...] el sobreseimiento definitivo irá más lejos y extinguirá en ciertos casos las obligaciones del deudor. Esta novedad, que tal vez parezca atrevida e inconsiderada, responde a un sentimiento de justicia y a un propósito de bien público. La quiebra es un juicio que tiende a favorecer los intereses particulares perjudicados y a satisfacer la compensación que debe al crédito público el deudor que ha faltado al cumplimiento de sus compromisos; empero, es prudente, humanitario y justo no extremar estas medidas hasta el exagerado rigor. No siempre el fallido ha llegado a su infortunio merced a la culpa o al fraude; muchas veces han sido casualidad y los reveses del destino los que han arrastrado al incumplimiento de sus obligaciones. Y entonces, su condición reclama benignidad, porque necesita mirar el porvenir con confianza y estímulo para que pueda emprender de nuevo el camino del esfuerzo y quizá del éxito”⁹¹.

Mirando con mayor detalle la historia de la ley, se advierte con claridad que no se trató este de un aspecto particularmente debatido, lo que resulta evidente en un contexto en que toda la reforma fue tramitada con inusual premura⁹². Aunque vale la pena arrojar

⁸⁸ Honestidad que, en el modelo chileno, queda reconducida a las figuras penales asociadas a la quiebra, distinguiendo, con ello, a los deudores de buena o mala fe. PUELMA (1966) p. 204.

⁸⁹ CARRASCO (1963) p. 118.

⁹⁰ Un punto en que se aprecia una distancia, sin embargo, es en la interpretación dada al tenor literal del artículo 134 de la Ley N° 4.558, al tiempo en que DURÁN (1935) p. 456 y BRAVO (1940) pp. 90 y 91, sostiene que, en atención a la referencia a los saldos insolutos, la realización de los bienes en el concurso debía haber permitido un pago parcial de las deudas.

⁹¹ Para fines de contexto, un estudio de la visión político-económica del gobierno de Ibáñez, fundadas en las ideas del colectivismo y el nacionalismo, puede consultarse en BRAHM (2018). A su vez, relativo a la mayor intervención estatal en la economía, justificando, entre otros, la creación de la Sindicatura General de Quiebras en reemplazo del sistema de síndicos privados, pueden leerse un número de comunicaciones del presidente Ibáñez a Manuel Oyarzún, quien asumió la primera titularidad de dicho órgano. Ver DONOSO (1991-1992) pp. 308 y 318.

⁹² En la 46ª sesión ordinaria de la Cámara de Diputados (26 de septiembre de 1928) se dio cuenta de la propuesta del Ministro de Justicia para la formación de una Comisión Mixta que informase el proyecto de ley, recién presentado por mensaje del presidente Ibáñez del Campo el 22 del mismo mes. Propuesta que fue aprobada, de modo que su informe fue finalmente presentado a la Cámara de Diputados el 3 de enero de 1929 (sesión 88ª) (en adelante, el “Informe CM”). El 9 de enero de 1929 (sesión 91ª) se propuso y aprobó una forma de tramitación expedita (“como hay urgencia y conveniencia especial en su pronto despacho”), consistente en admitir indicaciones hasta el 12 de enero, para que, luego, una comisión especial evacuara un informe el 15 de enero, que sería considerado como el segundo informe de comisión. Tal comisión especial fue creada por la Cámara de Diputados para el estudio del reporte de la Comisión Mixta antes referida y las indicaciones formuladas por los diputados en la discusión general, comisión que contó con la presencia de Francisco Langlois, Gabriel Palma y Rafael Correa, partícipes de la comisión redactora del primer proyecto. La revisión del informe de la comisión especial solo pudo tener lugar el 22 de enero (sesión 96ª), siendo finalmente aprobado al día siguiente (sesión 97ª) con algunas modificaciones menores al texto evacuado por dicha comisión (en adelante, el “Informe CE”). Esta redacción, como se indicó en la sesión 101ª (31 de enero) fue aprobada sin modificación en el Senado.

algo de luz sobre el tema a partir de las modificaciones incorporadas al texto del mensaje por medio de las comisiones parlamentarias creadas al efecto⁹³, que, por razones de facilidad, ofrecemos en un cuadro comparativo:

Mensaje	Texto aprobado
<p>Art. 121. El sobreseimiento de la quiebra puede ser temporal o definitivo.</p> <p>El sobreseimiento temporal suspende provisionalmente los procedimientos de la quiebra.</p> <p>El sobreseimiento definitivo pone fin al estado de quiebra y extingue las obligaciones del deudor.</p>	<p>Art. 128. El sobreseimiento de la quiebra puede ser temporal o definitivo.</p> <p>El sobreseimiento temporal suspende provisionalmente los procedimientos de la quiebra.</p> <p>El sobreseimiento definitivo pone fin al estado de quiebra⁹⁴.</p>
<p>Art. 127. Se sobreseerá también definitivamente, aun cuando las deudas no se hubiesen alcanzado a cubrir con el producto de la realización de todos los bienes de la quiebra, siempre que concurren los siguientes requisitos:</p> <p>1°. Que hayan transcurrido cinco años contados desde que hubiere sido aprobada la cuenta general del Síndico; y</p> <p>2°. Que la quiebra no haya sido calificada de culpable o fraudulenta.</p>	<p>Art. 134. Se sobreseerá también definitivamente, aun cuando las deudas no se hubieren alcanzado a cubrir con el producto de la realización de todos los bienes de la quiebra, siempre que concurren los siguientes requisitos:</p> <p>1°. Que hayan transcurrido cinco años, contados desde que hubiere sido aprobada la cuenta general del síndico; y</p> <p>2°. Que, habiendo terminado el procedimiento de calificación de la quiebra del deudor comerciante, por sentencia ejecutoriada, la quiebra haya sido calificada de fortuita⁹⁵ y si se tratare de un deudor no comerciante, que no haya sido condenado por alguno de los delitos contemplados en el artículo 466 del Código Penal⁹⁶.</p>

⁹³ Aun cuando PALMA (1940) p. 9, da cuenta que, desgraciadamente, no se levantaron actas de las citadas comisiones, por lo que sus conclusiones solo son conocidas a partir del debate en la Cámara de Diputados.

⁹⁴ Redacción del Informe CM. Se observa que la eliminación del efecto extintivo tiene como contrapartida la incorporación de un nuevo inciso en el contexto del “sobreseimiento definitivo extraordinario”. Lo anterior tiene sentido porque los supuestos de “sobreseimiento definitivo ordinario” conllevaban otras formas de extinción, sea mediante el pago o la remisión de la deuda, o, en otros casos, no podían implicar la extinción de los créditos cuando su pago quedaba sujeto a caución.

⁹⁵ Con un grosero error, el Informe CM, redactó el segundo requisito señalando lo siguiente: “2°. Que, habiendo terminado el procedimiento de calificación por sentencia ejecutoriada, la quiebra haya sido calificada culpable o fraudulenta”. Lo anterior fue corregido por medio del Informe CE, indicando, en esta parte: “2.o Que, habiendo terminado el procedimiento de calificación de la quiebra del deudor comerciante, por sentencia ejecutoriada, la quiebra haya sido calificada de fortuita”.

⁹⁶ Redacción del Informe CE.

	El sobreseimiento de que trata este artículo extingue, además, las obligaciones del fallido por los saldos insolutos de sus deudas anteriores a la declaración de quiebra, sin perjuicio de distribuirse entre los acreedores el producto de los bienes adquiridos con posterioridad y ya ingresados a la quiebra con arreglo al artículo 62 de la presente ley ⁹⁷ .
Art. 128. La solicitud de sobreseimiento definitivo se notificará por avisos. Dentro del término de cinco días siguientes a la notificación podrán deducirse oposiciones, las que se tramitarán como incidente entre el deudor, el Síndico y el opositor.	Art. 135. La solicitud de sobreseimiento definitivo se notificará por avisos. Dentro del término de cinco días siguientes a la notificación, podrán deducirse oposiciones, las que se tramitarán como incidente entre el deudor, el síndico y el opositor. La resolución será apelable en ambos efectos ⁹⁸ .
Art. 131. El sobreseimiento no exime al Síndico de la obligación de seguir adelante el juicio de calificación de la quiebra.	--- ⁹⁹
Art. 181. La quiebra puede ser fortuita, culpable o fraudulenta.	Art. 187. La quiebra del deudor comerciante, puede ser fortuita, culpable o fraudulenta ¹⁰⁰ .
---	Art. 205. Las disposiciones del presente Título no se aplicarán al deudor no comerciante, quien quedará sujeto a las prescripciones del Código Penal. Si la quiebra del deudor no comerciante fuere declarada por la causal del número 3° del artículo 37 de esta ley, el Tribunal, de oficio, lo comunicará al juez del crimen para que instruya el correspondiente sumario o procederá a formarlo si ejerciere, también, jurisdicción en lo criminal. Se hacen extensión a este caso las disposiciones de los artículos 194 a 197 inclusive, en cuanto sean aplicables ¹⁰¹ .

Sobre el particular, se observan los siguientes aspectos. El primero, relativo a la distinción para la obtención del *discharge* entre deudores comerciantes o civiles, cuestión que no se presenta en los precedentes anglosajones. Al efecto, en el Informe CE se destacó que, si bien se pretendía un sistema generalmente unitario, se “[...] ha desechado, sin embargo, la idea de equiparar para los efectos de la calificación de la quiebra y de las penas consi-

⁹⁷ Redacción del Informe CM.

⁹⁸ Redacción del Informe CM.

⁹⁹ Regla eliminada por el Informe CM.

¹⁰⁰ Redacción del Informe CE.

¹⁰¹ Redacción del Informe CE.

guientes establecidas en este proyecto, al deudor comerciante y al no dedicado al comercio. [...] el deudor no dedicado al comercio, no puede tener el volumen de las obligaciones de un comerciante y, generalmente, no goza de crédito personal sino que en forma muy limitada y habida consideración de su fortuna [...] Para el deudor no comerciante, la ley contempla hoy día sanciones en casos calificados, como son las consignadas en el artículo 466 del Código Penal¹⁰². Y, con ello, se aprobó la indicación planteada por el diputado Moreno, eliminando a los deudores no comerciantes de las reglas relativas a la calificación de la quiebra¹⁰³, debiéndose modificar el texto original relativo al sobreseimiento definitivo extraordinario a fin de distinguir, en su segundo requisito, la situación del deudor comerciante y no comerciante, refiriendo a las figuras penales que a cada cual resultaran pertinentes.

En lo que nos interesa, tal reformulación tiene interés por los siguientes puntos: (i) a diferencia de los delitos de la quiebra incorporados en la Ley N° 4.558, el supuesto típico del artículo 466 del Código Penal no requería del inicio de un procedimiento concursal para su procedencia, aunque si la comprobación de la insolvencia, real o ficta, del deudor¹⁰⁴. Así, al menos del modo planteado por dicha redacción, el descargue de la deuda se obstruía por la existencia de condenas no asociadas con la quiebra en cuestión, lo que no hubiese ocurrido en el caso del deudor comerciante¹⁰⁵; y (ii) la honestidad del deudor solo refería, en este caso, a comportamientos previos al concurso, especialmente si se contrasta con los efectos del desasimio producto de la dictación de la sentencia declaratoria de quiebra (artículo 61), restando la idea de cooperación que permeó siempre los antecedentes anglosajones y que, indirectamente, se aplicaba en la ley chilena a los deudores comerciantes, al observar la tipificación del delito de quiebra culpable dispuesto en el art. 189, núm. 5 (“negar a dar al síndico explicaciones sobre sus negocios”). Con ello, la valoración de la buena o mala fe del sujeto se presentaba de modo diverso en atención a la habitualidad (o no) de la ejecución de actos de comercio, aunque siempre utilizando las figuras penales para un doble castigo, penal y civil, calificando este último por la subsistencia del estado de quiebra hasta la (improbable) obtención del sobreseimiento definitivo ordinario¹⁰⁶.

En segundo lugar, a diferencia de lo previsto en el texto inicial, en el caso de los comerciantes no bastaba que la quiebra no hubiese sido calificada como culpable o fraudulenta, sino que requería de una sentencia ejecutoriada que la declarase fortuita. Sin perjuicio de que hemos dado cuenta que, tal vez, dicha formulación proviene de la necesaria corrección que debió hacerse en la Cámara de Diputados al texto emanado del Informe CM, la nueva redacción parecía atender a evitar la obtención del descargue de la deuda antes del

¹⁰² Por ello, CARRASCO (1963) p. 102, sostiene que el modelo chileno era intermedio (entre el anglosajón y el francés), puesto que el “legislador ha creído que nuestro país aún no se encuentra preparado para una reforma de tal carácter”, aunque la estima previsible para un futuro próximo. Algo que, como sabemos, nunca ocurrió, hasta la completa fractura del sistema unitario en la Ley N° 20.720, de 2014.

¹⁰³ BRAVO (1929) pp. 129-131; CARRASCO (1963) p. 118.

¹⁰⁴ Sobre este punto, PUGA (2016) pp. 135 y 136.

¹⁰⁵ En contra, BRAVO (1940) p. 93.

¹⁰⁶ El punto es criticado por PUGA (1999) p. 680, al aseverar que la técnica legislativa utilizada en Chile termina beneficiando a quien, a pesar de no haber incurrido en conductas punibles, sea culpable de su insolvencia en el plano civil.

término del procedimiento de calificación, si acaso este se hubiese extendido más allá de los 5 años desde la cuenta del síndico. La nueva redacción, en cambio, producía el siguiente efecto: al tenor del artículo 194, declarada la quiebra del deudor comerciante, el tribunal debía remitir los antecedentes al juez del crimen para que este instruyese sumario, a fin de indagar si el fallido o cualquiera otra persona eran responsables de algún delito de la quiebra. De tal modo, el único modo de obtener la declaración del carácter fortuito de la quiebra era mediante el sobreseimiento definitivo (en sede penal) de la causa (artículo 198). De este modo, a diferencia de lo que ocurría en los antecedentes anglosajones, la reconducción de la ponderación del carácter “honesto” del deudor a las normas penales implicaba que se debe haber necesariamente seguido todo el juicio de calificación penal, deteniendo, o, al menos, dilatando con ello, la obtención del *discharge*. Así, se produce una nueva diferencia con el caso del deudor civil, que simplemente requería la falta de condena, precisamente por la ausencia de un expediente de calificación¹⁰⁷, sin resolver qué ocurriría en caso de haberse iniciado una persecución penal en razón del artículo 466 del Código Penal o, incluso, de haberse obtenido una condena luego de los 5 años desde la cuenta final del síndico¹⁰⁸.

Indicábamos que la forma en que quedaron redactadas estas normas no solo da cuenta de ciertas inconsistencias, sino también de vacíos, especialmente si se compara con los antecedentes anglosajones. De ahí se concluye que el régimen jurídico del *discharge* siempre se ha presentado en nuestro país de modo incompleto, lo que provino del trasplante parcial de una figura que, a la sazón, llevaba ya doscientos años de historia legislativa, con múltiples formulaciones de prueba y error. A continuación, destacamos aquellos aspectos que nos parecen más complejos para una correcta comprensión de los alcances de la figura.

Por una parte, nada se indica respecto a alguna suerte de catálogo de deudas que quedarían al margen del efecto extintivo de las obligaciones, cuestión que, a la época, había dado lugar a recientes modificaciones en el sistema estadounidense. Aquí, el vacío se presenta porque el ordenamiento priva de una calificación sobre la relevancia de ciertas políticas públicas subyacentes en el tratamiento de las obligaciones, tanto en lo que se refiere a sus fuentes, como a sus modos de extinción. La calificación de una deuda como “*non-dischargable*” alude a una ponderación de los bienes jurídicos protegidos, los que, en ciertos casos, pueden estimarse superiores a los fines perseguidos por políticas de *fresh start*¹⁰⁹, dando cuenta de los contornos de la figura de modo más preciso. Estos listados, por supuesto, están expuestos a revisión, y pasaron desde la mera indicación de ciertos créditos públicos (especialmente, con la Corona en el ordenamiento inglés), a otros en que se construyen mayores niveles de responsabilidad, especialmente en consideración a la persona del acreedor (como en los créditos derivados de las relaciones de familia o del derecho de daños). En esto, la lectura del legislador de 1929 fue claramente insuficiente, quizás porque, en su mente, la matriz estuvo dada por la figura del comerciante y la necesaria revisión de las obligaciones derivadas de su ejercicio profesional. Por otra parte, tampoco se indicaba

¹⁰⁷ PALMA (1940) p. 167.

¹⁰⁸ ARCOS (1929) p. 116 estimaba que, por la redacción de la norma, no era posible anular los efectos extintivos del sobreseimiento definitivo.

¹⁰⁹ GROSS (1999) pp. 110-113.

la amplitud de los efectos de la extinción, especialmente en lo referente a los casos en que existieren codeudas solidarias o garantías otorgadas por terceros, cuestión que, en los expedientes comparados consultados, había quedado resuelto desde la ley inglesa de 1711. Esta inadvertencia, que, incluso llegó a una jurisprudencia a sostener la extinción de las codeudas solidarias¹¹⁰, impone una consecuencia indeseada, como es la completa traslación del riesgo al acreedor haciendo inoperantes las cauciones, reales o personales, conferidas por terceros en un escenario de insolvencia, que es precisamente uno de los riesgos que se intenta cautelar por su intermedio.

CONCLUSIONES

El cobro de las deudas cuando el deudor es insolvente es una empresa ciertamente difícil, especialmente en los casos en los que no se avistan verdaderos incentivos para que aquel incremente su patrimonio sabiendo, de antemano, que tales esfuerzos solo beneficiarán a sus acreedores. En tiempos en los que la quiebra se formulaba en un contexto claramente sancionatorio, incluso penalizado con la muerte, la emergencia del *discharge* en el ordenamiento inglés se presenta como una figura contradictoria, solo cobrando sentido si logra ser enmarcada en el diseño de incentivos, positivos y negativos, para que el deudor colaborase a fin de aumentar las posibilidades de pago en este calamitoso escenario. Esta formulación tutelar de los acreedores se justificaba también en la inexistencia de concursos voluntarios y en la necesidad de obtener su consentimiento mayoritario o, al menos, un pago parcial de la deuda. El tono solo cambió en la reformulación propuesta por las regulaciones estadounidenses, en que, dada la necesidad de enfrentar los riesgos del comercio (como asimismo de la conquista territorial), se vio en el concurso un medio de tutela del deudor, considerando al fracaso como parte normal de los procesos económicos. Con ello, el *discharge* se ofreció desligado de los intereses de los acreedores, permitiéndose, además, el inicio voluntario del concurso y erradicando cualquier consulta previa para su procedencia. El modelo se complementó bajo la idea de dar nuevas oportunidades al deudor honesto, pero desafortunado, de modo que la figura se ofreció con estrictos requisitos de procedencia que miraban a la conducta del sujeto y a la advertencia de ciertas deudas que no podían verse extinguidas al existir una política de protección considerada más relevante que el *fresh start*.

Del análisis del mensaje, de la discusión y del texto de la Ley N° 4.558, de 1929, se observa que fue en este segundo espíritu con el que tempranamente se incorporó esta figura en el ordenamiento chileno. Más allá de los antecedentes textuales, se contextualiza en un modelo en que se admitió con soltura el inicio voluntario de la quiebra y en que la participación de los acreedores en la obtención del *discharge* era meramente reactiva al incumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en el artículo 134. Ahora bien, esta formulación pecaba de ciertas inconsistencias en su comparación con los antecedentes tenidos a la vista, especialmente por la imbricación del reproche penal (diferente, además, para deudores civiles y comerciales), y de algunos vacíos derivados de la inadvertencia de la necesidad

¹¹⁰ BANCO DE CONCEPCIÓN CON ARREDONDO Y OTROS (1992).

de acotar los efectos de la extinción de las obligaciones, en especial, en lo referente a deudas no descargables y a las garantías otorgadas por terceros.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN CAÑUTA, Miguel (2018): “La deuda por obligación constituida a través de crédito con aval del estado no constituye excepción al *discharge* en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31: pp. 9-59.
- ARCOS RIVEROS, Blanca (1929): *De las quiebras en nuestro derecho* (Santiago, Soc. Imprenta y Lit. Universo).
- BLACKWELL, William (1766): *Commentaries on the laws of England*, Vol. II (Oxford, The Clarendon Press).
- BRAHM GARCÍA, Enrique (2018): “Contra la corriente: la crítica conservadora –en lo político y económico– durante los primeros años del gobierno de Carlos Ibáñez del Campo (1927-1928)”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XL: 473-503.
- BRAVO K., Aníbal (1929): *Ley N° 4.558 sobre quiebras* (Santiago, Imprenta Universitaria).
- BRAVO RODRÍGUEZ, Armando (1940): *El sobreseimiento en las quiebras* (Santiago, Benaprés y Fernández Limitada).
- BOSHKOFF, Douglass (1982): “Limited, conditional, and suspended discharges in Anglo-American bankruptcy proceedings”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 131: pp. 69-125.
- CABALLERO GERMAIN, Guillermo (2018): “Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor”, *Ius Et Praxis*, vol. 24, N° 3: pp. 133-172.
- CARLOS, Ann y LAMPING, Jennifer (2010): “Conformity and the certificate of discharge: Bankruptcy in early eighteenth century England”. Disponible en eh.net/eha/wp-content/uploads/2013/11/Carlos.pdf. Fecha de consulta: 17 de agosto de 2019.
- CARRASCO VÁSQUEZ, Jorge (1963): *Evolución del Derecho de quiebras en Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- COHEN, Jay (1983): “The history of imprisonment for debt and its relation with the development of discharge in bankruptcy”, *The Law School Record*, vol. 29: pp. 5-12.
- COLEMAN, Peter J. (1974): *Debtors and creditors in America. Insolvency, imprisonment for debt and bankruptcy, 1707-1900* (Madison, The Historical Society of Wisconsin).
- COMPARATO, Guido (2018): *The financialisation of the citizen* (Oxford, Hart).
- COUNTRYMAN, Vern (1976): “A history of American Bankruptcy law”, *Commercial Law Journal*, vol. 81, N° 6: pp. 226-233.
- DEFOE, Daniel (1697): “Essay upon projects”. Disponible en: <https://www.gutenberg.org/files/4087/4087-h/4087-h.htm>. Fecha de consulta: 17 de agosto de 2019.
- DONOSO LETELIER, Crescente (1991-1992): “Libro copiador de telegramas del presidente Carlos Ibáñez” (1928-1931), *Historia*, Vol. 26: pp. 297-383.
- DURÁN BERNALES, Alberto (1945): *Explicaciones y jurisprudencia de la Ley de Quiebras de Chile* (Santiago, Talleres Gráficos Gutenberg).

- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2016): “Mecanismos de protección a los acreedores de una sociedad de responsabilidad limitada infracapitalizada: análisis crítico y propuesta de solución”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 27: pp. 141-225.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2017): “La responsabilidad patrimonial universal y el sobreendeudamiento de la persona deudora”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Civil XII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 239-255.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2018): “La evolución del Derecho concursal chileno”, en ALCALDE, Jaime y EMBID, José Miguel (edit.), *La Modernización del Derecho Mercantil* (Madrid, Marcial Pons) pp. 591-606.
- GROSS, Karen (1999): *Failure and forgiveness* (New Haven / Londres, Yale University Press).
- HOLDSWORTH, William (1966): *A history of English law*, Vol. VIII (Londres, Methuen & Co Ltd / Sweet and Maxwell).
- HOPPIT, Julian (1987): *Risk and failure in English business 1700-1800* (Cambridge, Cambridge University Press).
- HULS, Nick (2011): “Consumer bankruptcy: a third way between autonomy and paternalism in private law”, en VV.AA., *Juxtaposing autonomy and paternalism in private law* (Oxford y Portland, Hart).
- JONES, W. J. (1979): “The foundations of English bankruptcy: statutes and commissions in the early modern period”, *Transactions of the American Philosophical Society*, vol. 69, N° 3: pp. 1-63.
- KADENS, Emily (2010a): “The last bankrupt hanged: balancing incentives in the development of bankruptcy law”, *Duke Law Journal*, vol. 59, N° 7: pp. 1229-1319.
- KADENS, Emily (2010b): “The Pitkin affair: a study of fraud in early English bankruptcy”, *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 84, N° 4: pp. 483-570.
- KILBORN, Jason (2007): *Comparative consumer bankruptcy* (Durham, Carolina Academic Press).
- LEVINTHAL, Louis (1919): “Early history of English bankruptcy”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 67, N° 1: pp. 1-20
- MCCOID, John (1996): “Discharge: the most important development in bankruptcy history”, *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 70, N° 2: pp. 163-194.
- NEWTON, Henry (1899): “United States Bankruptcy Law of 1898”, *Yale Law Journal*, vol. 9, N° 7: pp. 287-296.
- NOEL, F. Regis (1919): *A history of bankruptcy law* (Washington D.C., Chas. H. Potter & Co.).
- PALMA ROGERS, Gabriel (1940): *Legislación de quiebras* (Santiago, Talleres Gráficos Samaniego).
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2013): “La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas naturales: desde la servidumbre e infamia hasta los procesos concursales de consumidores”, *Revista de Derecho* (Valparaíso), vol. 41, N° 3: pp. 641-678.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1966): *Curso de Derecho de quiebras* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PUGA VIAL, Juan Esteban (1999): *Derecho concursal. El juicio de quiebras*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- PUGA VIAL, Juan Esteban (2016): *Derecho concursal. Los delitos concursales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PUGH, Ralph B. (1968): *Imprisonment in medieval England* (Cambridge, Cambridge University Press).
- RAMSAY, Iain (2017): *Personal bankruptcy in the XXI century. A comparative analysis of the US and Europe* (Oxford y Portland, Hart).
- RIPERT, Georges (1936): “Le droit de ne pas payer ses dettes”, *Dalloz, Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence, Chroniques*: pp. 57-60.
- RUDOLPH, Julia (2013): *Common law and enlightenment in England, 1689-1750* (Woodbridge, The Boydell Press).
- SGARD, Jérôme (2013): “Bankruptcy, fresh start and debt renegotiation in England and France (17th to 18th Century)”, en VV.AA., *The History of Bankruptcy. Economic, social and cultural implications in early modern Europe* (Oxfordshire, Routledge) pp. 223-235.
- SKEEL JR., David A. (2001): *Debt's dominion. A history of bankruptcy law in America* (Princeton, Princeton University Press).
- TABB, Charles Jordan (1991): “The historical evolution of the bankruptcy discharge”, *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 65, N° 3: pp. 325-372
- VEALL, Donald (1970): *The popular movement for law reform 1640-1660* (Oxford, The Clarendon Press).

JURISPRUDENCIA CITADA

- BANCO DE CONCEPCIÓN CON ARREDONDO Y OTROS* (1992): Corte Suprema, 16 de enero de 1992 (recurso de queja), Gaceta Jurídica N° 141, pp. 95-97.
- HARDIE V. DRY GOODS Co.*, 21 A. B. R. 457, 165 Fed. 588 (C.C.A. Tex.)

DERECHOS ADQUIRIDOS Y RETROACTIVIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO CHILENO: LOS DEBATES DERIVADOS DE LA LEY DE INSTRUCCIÓN DE 1879

ACQUIRED RIGHTS AND RETROACTIVITY IN CHILEAN PUBLIC LAW: THE DEBATES DERIVED FROM THE 1879 STATUTE OF EDUCATION

GABRIEL BOCKSANG HOLA*

RESUMEN: Por la aplicación de dos disposiciones de la ley chilena de instrucción secundaria y superior de 1879 se produjo un hito en el tratamiento de la retroactividad y los derechos adquiridos en el derecho público chileno, al propiciarse en los tribunales de justicia un verdadero debate categorial sobre esta materia, tanto frente a actos ampliativos o de beneficio como restrictivos o de gravamen. Estas controversias dan cuenta de antecedentes desconocidos e importantes para comprender cómo estos conceptos jurídicos eran reconocidos por el liberalismo decimonónico en el derecho público chileno.

Palabras clave: derechos adquiridos, retroactividad, Administración, educación, Chile, siglo XIX.

ABSTRACT: A landmark in the treatment of retroactivity and acquired rights took place in Chilean public law through the application of two Articles of the 1879 statute of secondary and higher education. Courts fostered a true categorial debate on this subject, concerning both favorable and restrictive decisions. These controversies show unknown records that are important for understanding how these legal concepts were acknowledged by nineteenth-century liberalism in Chilean Public Law.

Keywords: acquired rights, retroactivity, Administration, education, Chile, 19th century.

I. INTRODUCCIÓN

La primera ley patria de carácter estructural y general en materias de instrucción, de 1860, rigió a la instrucción primaria¹, primicia que refleja el carácter prioritario de que durante el siglo XIX gozó esta área de la actividad nacional². Solo casi dos décadas después, el diseño normativo de la instrucción en Chile fue complementado a través de una ley de 1879 que rigió la instrucción secundaria y superior³, cuya tramitación fue, por lo demás,

* Doctor en Derecho, Universidad Panthéon-Sorbonne (París 1). Profesor de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile. Código Orcid 0000-0002-1608-5323. Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Edificio de Derecho, Santiago, Chile. Correo electrónico: gbocksan@uc.cl. Este artículo ha sido preparado en ejecución del proyecto CONICYT Fondecyt/Regular N° 1170137, "El derecho administrativo chileno en el período de incorporación de la codificación sustantiva decimonónica (1861-1890)", cuyo investigador responsable es el autor.

¹ Ley de 24 de noviembre de 1860 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XXVIII, p. 362).

² SERRANO *et al.* (2012).

³ Ley de 9 de enero de 1879 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XLVII, p. 10).

muy larga⁴. Este cuerpo normativo tenía pretensiones más amplias que las que pudiera entenderse de esta dicotomía principal, atendido el hecho que era aplicable no solo sobre la instrucción secundaria y a la instrucción superior, sino también sobre la instrucción especial “teórica y práctica que prepara al desempeño de cargos públicos y para los trabajos y empresas de las industrias en general”⁵.

Ante todo, conviene destacar que no existen análisis jurídicos pormenorizados en torno a este importante cuerpo normativo. Los escasos textos iuspublicistas de los años inmediatamente posteriores, que hubieron podido abordar esta materia, se limitaron a describir ciertos aspectos generales acerca de la importancia institucional de lo previsto por esta ley, *ratione materiae*⁶, o, cuando mucho, abordando tangencialmente alguna situación propiamente normativa, como la inconstitucionalidad de la creación de empleos en materia de instrucción a través de actos administrativos⁷.

Con todo, la aplicación de esta ley introdujo controversias jurídicas muy importantes y que, hasta el momento, han pasado desapercibidas. Quizás la más significativa de entre ellas giró en torno a la noción de retroactividad⁸ y, consecuentemente, de los derechos adquiridos⁹ en el derecho administrativo chileno.

Ciertamente, las cuestiones relacionadas con esta materia no eran nuevas en el derecho chileno. Sin entrar en los casos de aplicación de las antiguas leyes españolas en el período indiano y en el primer período patrio, ciertos casos de aplicación del Código Civil son suficientemente elocuentes para advertir su relevancia. Así, ya en 1861 la Corte Suprema declaraba solemnemente la interrelación de los planos de la retroactividad y de los derechos adquiridos¹⁰; mientras dos años después planteaba la posibilidad de aplicar la noción de derechos adquiridos en beneficio del Fisco, fuera de los casos de invalidez de los actos jurídicos de que se tratara¹¹; sin perjuicio de los derechos adquiridos por los particulares, los que podían subsistir a pesar de existir una ley contraria, como aseveraba la Corte de Apelaciones de Santiago¹². En cuanto a la aplicación de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes sobre el derecho administrativo, no parece nunca haber cabido cuestionamientos sobre su procedencia en este ámbito jurídico¹³.

⁴ Esto no significó que antes de 1879 la educación secundaria y superior no hubiera estado sujeta a intensos debates y ajustes. Véase, por ejemplo, en relación con la educación secundaria, CRUZ (2002).

⁵ Ley de 9 de enero de 1879, artículo 1° N° 2.

⁶ AMUNÁTEGUI (1900) pp. 346-358; una versión discretamente extendida del mismo texto en AMUNÁTEGUI (1907) pp. 386-398. También pueden hallarse consideraciones análogas en LETELIER (1907) pp. 255-281.

⁷ HUNEUS (1891) p. 371. Tampoco la historiografía posterior se ha detenido en el análisis de las consecuencias propiamente jurídicas de estos cambios educacionales, asumiendo más bien un análisis político-institucional: véase, por ejemplo, SERRANO *et al.* (2012) p. 347.

⁸ Como aproximación a su definición, puede tomarse en cuenta la siguiente de VAQUER (2005) p. 2291: “la retroactividad de las normas consiste en el efecto de aplicarlas a supuestos de hecho acaecidos antes de su entrada en vigor”.

⁹ Acerca de las dificultades relacionadas con la noción de derechos adquiridos, véase YANNAKOPOULOS (1997).

¹⁰ *MERY Y FISCO CON TESTAMENTARIA DE MERY* (1861).

¹¹ *CHACÓN CON FISCO* (1863).

¹² *MUNICIPALIDAD DE VALPARAÍSO CON WADDINGTON* (1865).

¹³ V. gr., *CONTRERAS CON MUNICIPALIDAD DE RENGO* (1864); *FISCO CON URRIAGA* (1883).

Con todo, este artículo plantea como hipótesis que, a pesar de esta multiplicidad de fuentes más antiguas, la aplicación de la ley de instrucción de 1879 marcó un jalón en la concepción chilena de los derechos adquiridos y la retroactividad en el derecho administrativo, al permitir un análisis propiamente categorial y no meramente puntual de la retroactividad y de los derechos adquiridos, tanto frente a lógicas ampliativas o de beneficio como a lógicas restrictivas o de gravamen¹⁴.

En efecto, frente a la exigüidad de las fuentes doctrinales que abordaron esta materia¹⁵, así como a la dispersión de sentencias que abordaban esta cuestión desde distintas perspectivas –las que en su conjunto brindaban una visión caleidoscópica, aunque desgranada–, la aplicación de la ley de marras desencadenó no solo una, sino dos líneas articuladas y complementarias de examen de la retroactividad y de los derechos adquiridos en el derecho público.

Estas dos grandes líneas se derivaron de dos cuestiones de mucho interés. La primera fue la cuestión de los boticarios (II), relativa al régimen de transición hacia el ejercicio de esta actividad bajo la nueva lógica de detentar un título profesional de farmacéutico, lo que permitía examinar el problema de la retroactividad frente a una disposición legal de mayor restricción de un área previamente poco regulada. La segunda, por su parte, abordó la cuestión de las gratificaciones por años de servicio dentro de la función pública en materia docente, que enfocaba el problema de los efectos de la ley en el tiempo frente a una disposición legal ampliativa, que abría derechos no previstos anteriormente –o al menos no previstos con la misma extensión– en el ordenamiento jurídico (III).

Ambas cuestiones, derivadas de la aplicación de disposiciones distintas que, coincidentemente, se hallaban previstas en la misma ley de 9 de enero de 1879, confluyeron en la construcción de las categorías de los derechos adquiridos y la retroactividad, al permitirles a nuestros tribunales de justicia orientar a finales del siglo XIX aspectos cruciales –y hoy casi desconocidos– relativos a esta materia¹⁶.

II. LA CUESTIÓN DE LOS BOTICARIOS

1. LA RESTRICTIVIDAD DE UN RÉGIMEN LEGISLATIVO SUPUESTAMENTE TRANSICIONAL

Poco podría haberse intuido durante buena parte del siglo XIX que el ejercicio de la farmacéutica tuviera el potencial de engendrar controversias jurídicas de relieve en cuanto a los sujetos que podían ejercerla. Es más; en derecho público apenas tenemos conocimiento de una sentencia referida a boticas emitida antes de la entrada en vigor del Código Civil, y

¹⁴ Aunque, como aparece de BOCKSANG (2015) pp. 103-104, durante el período 1810-1860 el derecho público chileno abordó la retroactividad y los derechos adquiridos, ello se remitió a invocar y aplicar –aun certeramente– dichos conceptos, pero sin escrutar sus fundamentos y límites a través de un contrapunto dual como el que se dio sobre la base de la ley de 1879 y que es objeto de estas líneas.

¹⁵ LASTARRIA (1864) p. 6; bastante más elaborada es la obra de FABRES (1912) (cuya edición original fue publicada en 1863) pp. 12-13, y en notas, el análisis de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, pp. 166-192.

¹⁶ El largo desconocimiento de la labor de nuestros jueces durante el siglo XIX, y particularmente en el derecho público, fue hace décadas subrayado por SOTO (1996) t. I., pp. 343-346.

abordando esta materia apenas de modo tangencial¹⁷. Ello se explica porque los boticarios desprovistos de estudios formales –al menos reconocidos oficialmente– eran una realidad que atravesaba todo el territorio nacional, y que se remontaba en nuestro país, según los datos más fidedignos, al año 1557¹⁸. En efecto, aún a principios del siglo xx, Valentín Letelier sostenía inequívocamente que “los farmacéuticos necesitan título para regentar boticas. Sin embargo, en casi todas nuestras pequeñas poblaciones las regentan individuos que no lo son, debido al escaso número de estos profesionales que hay en Chile”¹⁹.

Por ello es que puede entenderse que la ruptura del *statu quo* histórico sobre la titularidad en materia de boticas podía transformarse fácilmente en una fuente de disputas. Aunque los empeños en este sentido se habían originado a mediados del siglo xix²⁰, solo a fines de la década de 1870 intentó ejecutarse seriamente una política en este sentido²¹.

La ley de 9 de enero de 1879 apuntó al corazón del ejercicio del oficio de los boticarios, a través de dos disposiciones. En su artículo 50 inciso final, señaló que “para ser farmacéutico no se necesitan grados universitarios, y se dará el título de tales a los que cumplan con los reglamentos especiales”. Esta disposición, en principio bastante flexible, debía complementarse con lo dispuesto en el artículo transitorio de la misma ley, que disponía lacónicamente que “las personas que actualmente ejercieren la profesión de médico-cirujano o farmacéutico, con el permiso del Gobierno y sin tener para el efecto los títulos universitarios competentes, podrán continuar en el ejercicio autorizado de dichas profesiones, no obstante lo dispuesto en la presente ley”. Esto significaba que la aparente libertad que aparecía del artículo 50 no era tal, puesto que en realidad lo que se establecía era un régimen restrictivo, a partir del cual los boticarios no universitarios ejercerían su oficio solo si gozaban de servicio para ello. Como puede imaginarse, el problema práctico central giraría en la interpretación de la fórmula “con el permiso del Gobierno”.

De las sesiones del Congreso Nacional aparece que hubo fuertes discusiones parlamentarias sobre este punto. En las últimas etapas de tramitación legislativa, la Cámara de Diputados lo abordó con especial detención. El debate se inició por una pregunta del diputado Ricardo Letelier, quien inquirió sobre si la disposición comprendía a aquellos farmacéuticos que no tenían título ni tampoco permiso del Gobierno, pero que eran tolerados; Miguel Luis Amunátegui, Ministro de Instrucción Pública, reconociéndose incompetente para dar una opinión oficial del Gobierno en esta materia, sostuvo a renglón seguido que “los individuos que hasta la fecha han ejercido la profesión de farmacéutico sin haber obtenido permiso expreso del Gobierno, sino solo por haber sido tolerados, esos deberán

¹⁷ MANCILLA (1846). Se trata de una sentencia penal en que finalmente se absolvió al mayordomo del Hospital Militar de Los Ángeles.

¹⁸ DUSSAILLANT (2018) p. 110.

¹⁹ LETELIER (1907) p. 281.

²⁰ DUSSAILLANT (2015) p. 110.

²¹ Aunque la inquietud venía incubándose desde inicios de la década, con la entrada en vigor del plan de estudios del curso de Farmacia de la Universidad de Chile, por decreto supremo de 3 de junio de 1871 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XXXIX, p. 232) y la práctica obligatoria de dos años para obtener el título de farmacéutico, por decreto supremo de 4 de junio de 1873 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XLI, p. 474).

cerrar sus establecimientos u obtener el título para poder seguir”²². La reacción fue inmediata, al puntualizarle el diputado Zorobabel Rodríguez que la disposición no decía que el permiso debiera ser escrito ni expreso; y Ricardo Letelier ahondar en el análisis arguyendo que “como el artículo no dice que el permiso debe ser dado por escrito, sino que habla de *permiso* simplemente, es claro que este permiso tácito basta para el objeto a que se refiere el artículo en cuestión”, recordando que “la misma inteligencia que yo le doy a este artículo, se le dio también en el Senado”²³.

Por su parte, el segundo vicepresidente de la Cámara, Ramón Allende Padín, retrucó entendiendo que “en el Honorable Senado se dijo que la disposición contenida en este artículo se consignaba solo con el objeto de amparar derechos adquiridos por aquellos que sin título legal se encontraban ejerciendo la profesión de farmacéuticos. Yo niego que este amparo tenga su razón de ser, porque la concesión de una gracia en ningún caso puede constituir un derecho. Los farmacéuticos agraciados debían saber que solo habían obtenido una gracia temporal”²⁴. A ello respondió Zorobabel Rodríguez no saber “si ese derecho puede ser adquirido ni me importa averiguarlo. Lo que sé es que las leyes españolas establecían la exigencia del título y que la práctica constante, invariable, ha sido tolerar el ejercicio de la profesión a personas no tituladas... ¿Y sería equitativo, sería siquiera prudente, que sin delito alguno cometido por ellas, sin indemnización por parte del Gobierno, de la noche a la mañana fuéramos a quitarles los medios de subsistencia? Esto sería inicuo: el legislador podría sin duda hacerlo: pero eso sería una verdadera iniquidad”, rematando al enfatizar que “si el Gobierno los ha estado tolerando y aun ha contratado con ellos como si fueran farmacéuticos legítimos, no comprende por qué se les habría de imponer un castigo y confiscarles los bienes; porque en realidad, de verdad, se trata de una verdadera confiscación”²⁵.

Como se advierte, la discusión parlamentaria apuntó al fondo de la cuestión jurídica: en primer lugar, si la situación de los farmacéuticos no titulados respondía a la antigua lógica de la justicia —es decir, un derecho— o a la antigua lógica de la gracia —es decir, un favor—; y, en segundo lugar, focalizada la discusión en la primera alternativa, de cómo se estaba afectando la esfera patrimonial de los sujetos involucrados. El debate apremió a tal modo al ministro Amunátegui, que, debilitando la óptica del gobierno, terminó admitiendo creer que “en esta ley no debían consignarse las disposiciones relativas a los farmacéuticos”²⁶.

El ministro del Interior, Vicente Reyes, concurrió a plantear su opinión ante la Cámara solo dos meses después. En dicha oportunidad expresó que “es necesario someter esas facultades a ciertas limitaciones necesarias, consultando indudablemente al mismo tiempo el respeto que se debe a la libertad de industrias. La ley de policía sanitaria autoriza al presidente de la República para dictar ordenanzas generales con el objeto de reglamentar ciertas industrias, atendiendo a los intereses higiénicos de la localidad, y eso sería lo que sucedería

²² SESIONES DEL CONGRESO NACIONAL, 1877, Cámara de Diputados, 9ª extraordinaria (3/09/1877) p. 92.

²³ SESIONES DEL CONGRESO NACIONAL, 1877, Cámara de Diputados, 9ª extraordinaria (3/09/1877) p. 93 (las cursivas proceden del original).

²⁴ SESIONES DEL CONGRESO NACIONAL, 1877, Cámara de Diputados, 9ª extraordinaria (3/09/1877) p. 94.

²⁵ SESIONES DEL CONGRESO NACIONAL, 1877, Cámara de Diputados, 9ª extraordinaria (3/09/1877) p. 96.

²⁶ SESIONES DEL CONGRESO NACIONAL, 1877, Cámara de Diputados, 9ª extraordinaria (3/09/1877) p. 98.

en este caso: se dictaría una ordenanza especial, y en ella se establecerían los requisitos mediante los cuales se podía obtener la facultad de ejercer la profesión de farmacéutico. Desde luego, ese requisito podía ser muy bien el hecho de haber ejercido cierto tiempo la profesión, el acreditar competencia, o en fin, cualquiera otro que diese una garantía de que la salubridad pública no peligraría. Entretanto, mientras no se dictase esa ordenanza, el Gobierno no impondría mayores trabas ni mayores molestias para el ejercicio de la profesión”²⁷. Como puede notarse, las expresiones de Reyes eran más bien indefinidas, remitiéndole la solución del problema a las disposiciones locales de policía sanitaria, dado que la situación en distintos lugares del territorio nacional en torno a la disponibilidad de farmacéuticos era muy disímil.

Pocos meses después llegaría la expresión administrativa de esta discusión legislativa. Un decreto supremo de febrero 1878, que disponía en su artículo 1° que “las personas que tienen actualmente abiertos establecimientos de farmacia sin haber obtenido licencia gubernativa, podrán continuar ejerciendo esta industria, sin perjuicio de quedar sujetas a los reglamentos que más adelante se dicten”, sin perjuicio de prescribir en su artículo 2° que “si el Protomedicato o sus delegados notaren en alguno de dichos establecimientos procedimientos o defectos que aconsejen su clausura en obsequio de la salubridad pública, se dictará la medida que corresponda en vista de las observaciones que se hagan”²⁸.

Como se advierte, esta medida gubernativa respondía perfectamente a lo que Reyes había planteado ante la Cámara. Esto, que desde el punto de vista abstracto parecía aceptable y aun conveniente, en concreto terminaría propiciando que lo no esclarecido por los parlamentarios se transformara en una cuestión de resorte de la judicatura. La ley de instrucción secundaria y superior se emitió el 9 de enero de 1879. La cuestión de los boticarios no tardaría en detonar.

2. LA CORTE SUPREMA Y LA IMPLANTACIÓN DE UNA LÓGICA RETROACTIVA

En efecto, el mismo año 1879 marcó el cénit de la disputa en torno a las boticas, en una cuestión ventilada durante el segundo semestre contra varios boticarios correspondientes a la jurisdicción de Santiago²⁹. La lectura de los autos da cuenta de varias cuestiones dotadas de matices que perfectamente hubieran podido dar lugar a una variedad de soluciones, pero ya el caratulado de que da cuenta la Gaceta de los Tribunales muestra que la inclinación era más bien uniforme: “Contra los boticarios que carecen de título legal para tener boticas abiertas”.

En tres audiencias distintas, declararon cinco boticarios que no se hallaban en idénticas situaciones. El primero de ellos, Pedro Claris, expuso que “tenía todos los estudios necesarios para ejercer la profesión de farmacéutico, pero le faltaba el examen general”. Lorenzo Gormaz expresó que “para tener botica, se atenía a lo dispuesto en el supremo decreto de 28 de febrero del año pasado”.

²⁷ SESIONES DEL CONGRESO NACIONAL, 1877, Cámara de Diputados, 11ª extraordinaria (6/11/1877) p. 123.

²⁸ Decreto supremo de 28 de febrero de 1878 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XLVI, p. 44).

²⁹ CLARIS Y OTROS (1879).

Pedro de la Fuente, por su parte, hizo presente que “estaba en posesión del permiso que a él y otros de sus compañeros les otorgó indefinidamente el Supremo Gobierno por supremo decreto de 28 de febrero del año pasado, decreto que fue derogado por la ley de 9 de enero último, y la cual en su artículo transitorio lo faculta para continuar con su botica abierta indefinidamente”, añadiendo “que nadie se la puede mandar cerrar, a no ser que el Congreso Nacional dicte una nueva ley que derogue la del 9 de enero del presente año”.

En fin, Joaquín Luco y Juan Esteban Castro declararon “que no tienen permiso del Gobierno para ejercer su ocupación de boticarios”, entendiendo creer “que solamente el poder legislativo, por medio de una nueva ley, puede privarlos del ejercicio de la profesión que hace tiempo ejercen”.

Como puede advertirse, los cinco casos transitan desde una total informalidad en la regencia de las boticas hasta el cumplimiento de los requisitos tal como habían sido expresados por la combinación de lo dispuesto por el decreto supremo de 1878 y la ley de 1879. Mas, contrariamente a lo que hubiera podido esperarse, el Juzgado de Letras no hizo ninguna distinción e invariablemente apercibió a todos los farmacéuticos para colocar al frente de las boticas a un farmacéutico titulado en el breve plazo de sesenta días, bajo apercibimiento de cierre.

La cuestión subió a la Corte Suprema, la que confirmó todas las resoluciones que habían sido emitidas por el Juzgado de Letras a este respecto. La votación, con todo, fue dividida: el presidente Manuel Montt y el ministro Valenzuela emitieron un voto particular que sostenía abiertamente la ilegalidad de la interpretación escogida. Y en él opinaban por la revocación de todos los autos, por lo que no solo amparaban a los boticarios que habían obtenido una autorización administrativa antes de la entrada en vigor de la ley, sino también a aquellos que no la habían obtenido. Expusieron en su fundamentación que “antes de la vigencia de esa ley, y en 28 de febrero del año anterior, se autorizó por decreto supremo la continuación de los establecimientos de farmacia que estaban en uso y que no habían obtenido licencia especial”, con lo que habían quedado comprendidos “en las disposiciones de la ley tanto los establecimientos especialmente autorizados como a los otros a quienes se refiere el decreto antes citado”.

El choque de opiniones en lo concerniente a la retroactividad es evidente: por una parte, Montt y Valenzuela pugnaban por la protección de los derechos adquiridos de quienes, formal o informalmente ejercían sus oficios a la época de la entrada en vigor del decreto supremo y de la ley; Barriga, Covarrubias y Reyes planteaban derechamente que cualquier ejercicio del oficio de boticarios sin contar con el título profesional de farmacéutico era ilegal y, por lo tanto, indigno de protección jurídica, aun frente al texto explícito de la ley.

¿Había sido, acaso, el ejercicio del oficio de boticario una mera expectativa? ¿Cabría, por ventura, conceptualizar la regencia de las boticas por parte de los boticarios meramente como “la esperanza de tener un derecho”³⁰ a dicho ejercicio? ¿Podía el interés profesionali-

³⁰ Según la expresión de FABRES (1912) p. 175. De hecho, Fabres se refiere a los títulos profesionales en la página siguiente, señalando como era expectativa el caso de las “capacidades que otorga la ley para adquirir un derecho”, señalando como ejemplo “la facultad que tengo para recibirme de abogado o para obtener cualquier título profesional”, dado que “si la nueva ley exige mayor número de exámenes para adquirir el título profesional u otra clase de requisitos, tendré que cumplirlos, por más que estuviere en aptitud de obtenerlo, y aun cuando

zante del Estado arrasar sin contemplaciones una actividad que por siglos se había considerado legítima e inconcusa? Pareciera ser que no; pero la Alta Jurisdicción dispuso en dicha oportunidad otra cosa. La desprotección de los derechos adquiridos resultaba evidente, y tanto más llamativa cuanto no se fundaba ni siquiera en consideraciones de orden público como la salubridad o la seguridad públicas.

3. LAS CORTES DE APELACIONES Y LAS TENSIONES SOBRE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

Esta materia no volvió a ser revisada por la Corte Suprema bajo el imperio de las mismas normas. Pero sí fue radicada en un par de ocasiones en distintas Cortes de Apelaciones, las que, como se verá, decidieron abordar esta materia en sentidos variados, lo que no excluía decidirla con prescindencia de lo que había decidido la Corte Suprema. Después de todo, conociendo de las apelaciones en sus respectivas materias, tanto la Corte Suprema como las Cortes de Apelaciones eran tribunales de apelación y, en estricto rigor, sus respectivas sentencias de apelación no reconocían una relación jerárquica.

La primera Corte en pronunciarse sobre esta materia fue la de Concepción, en 1880. Se trató de una causa penal en la que se persiguió a un boticario que había obtenido una autorización administrativa para regentar una botica, por el hecho de haber cerrado la botica que hacía funcionar al momento de la autorización y haber operado otro local con la autorización antigua³¹. Conociendo en primera instancia, el Juzgado de Letras fue aún más drástico que el de Santiago que había visto la cuestión en el año anterior, pues resolvió abiertamente contra el boticario y lo conminó a cerrar en un plazo brevísimo de quince días, salvo en cuanto lograra poner en la botica durante ese plazo a un farmacéutico titulado.

Sin embargo, al conocer de este litigio la Corte de Apelaciones de Concepción, el enfoque varió radicalmente. En primer lugar, esta Corte se alejó del planteamiento de la Corte Suprema, por cuanto reconoció que el boticario autorizado por acto administrativo al ejercicio de su oficio tenía un derecho adquirido sobre dicha autorización, que no podía afectarse con posterioridad: “fue autorizado por supremo decreto de 28 de agosto de 1876 para continuar regentando por tiempo indeterminado una botica que tenía establecida en Linares”. Con ello, quedaba claro que el tribunal no podía prescindir de dicha autorización y, cualquiera fuera su decisión, debía tomarla como un hecho incuestionable de la causa. Con todo, la segunda fase del razonamiento sería aún más audaz: la autorización otorgada por decreto supremo se entendía conferida a la persona, y no al establecimiento que ella dirigía al momento de solicitarla: “la predicha autorización aparece concedida a la persona de Villalón Ortega, y no para un establecimiento en local determinado”, lo que implicaba que el boticario se hallaba “amparado por el artículo transitorio de la ley de instrucción de 9 de enero de 1879” y por lo tanto estaba autorizado a ejercer su industria. La sentencia fue

hubiere practicado algunas diligencias con ese fin, *con tal que no hubiese cumplido todas las condiciones que exigía la ley anterior*” (p. 176, las cursivas son nuestras). En el caso de marras, justamente se daba el caso opuesto al indicado por Fabres para ejemplificar las meras expectativas: los boticarios, según criterios antiquísimos, habían cumplido las condiciones que les permitían obrar en ejercicio de su oficio; y, por lo tanto, debían considerarse como titulares de un derecho adquirido sobre dicha prerrogativa.

³¹ MARTÍNEZ CRUZ CON VILLALÓN ORTEGA (1880).

unánime, y lleva la firma del regente Carlos Risopatrón Escudero, quien algunos años después sería nombrado ministro de la Corte Suprema.

Al año siguiente, la Corte de Apelaciones de La Serena también debió enfrentar esta cuestión. Lo hizo siguiendo el criterio de la Corte Suprema, y, por lo tanto, difiriendo de lo que había juzgado su símil de Concepción: “no resulta que el establecimiento de botica de Federico Fraga y Ca. esté regentado por un farmacéutico titulado o autorizado por el Supremo Gobierno”³². Sin embargo, debe notarse que la redacción escogida fue más plástica: la evocación del farmacéutico “titulado o autorizado”, y no solamente titulado, mostraba también una brecha frente a la retroactividad monolítica de la ley de 1879 que la Corte Suprema había pretendido en esta materia.

Los riesgos de muchos de los boticarios eran evidentes: la estabilidad de su actividad dependía de la jurisdicción en la que se hallaran situados, e incluso de sí, por alguna razón, la cuestión no era revisada por la Corte de Apelaciones respectiva, sino por la Corte Suprema. Era evidente que esta situación de preocupante inseguridad jurídica debía ser abordada de alguna otra manera.

4. EL REENCUENTRO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

La respuesta fue veloz y de índole legislativa. El Congreso Nacional emitió a mediados de 1881 una ley de artículo único para resolver la controvertida materia: “Las personas que a la fecha de la promulgación de la ley de 9 de enero de 1879, hubieren tenido abiertos establecimientos de farmacia sin título legal y solo al amparo de disposiciones gubernativas no comprendidas en el caso previsto por el artículo transitorio de dicha ley, podrán ejercer esa industria en cualquier lugar del territorio, sin perjuicio de quedar sujetas a los reglamentos que corresponde dictar al Presidente de la República, según el inciso final del artículo 50 de la misma ley”³³.

Así, las tensiones del bienio se resolvían a través de la referida disposición, que constituía una síntesis de los problemas que la judicatura había debido abordar. Por una parte, la extensión de la autorización para operar boticas, que se resolvía en la forma más amplia posible bajo la lógica de la autorización: en el fondo, se trataba de una tregua, por la cual cualquier autorización emitida por vía de acto administrativo se transformaba en suficiente para ejercer la industria. Por otra parte, la territorialidad de la autorización, la cual se entendía otorgada no para una localidad específica, sino para todo el territorio nacional. Ambas cuestiones controvertidas eran zanjadas de un modo bastante amplio y protector de los derechos de los boticarios.

En los años posteriores, los litigios relacionados con las boticas no desaparecieron, pero pasaron a ser muy escasos, y reforzaron la lógica de protección de los derechos adquiridos que se desprendió de toda esta controversia. En 1882, un delegado del protomedicato en Valparaíso insistía en iniciar persecuciones penales contra un boticario no titulado, aun ante el texto expreso de la ley de 15 de julio de 1881, arguyendo una infracción al artículo

³² DELPIANO CON FRAGA Y CA. (1881).

³³ Ley de 15 de julio de 1881 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XLIX, p. 199).

494 N° 8 del Código Penal. El Juzgado de Letras desestimó la alegación y sobreseyó al boticario; y la apelación interpuesta terminó declarándose desierta por la Corte Suprema³⁴.

El último caso relevante parece datar de 1884, en una controversia derivada de que un farmacéutico titulado hubo solicitado la clausura del establecimiento de un boticario no titulado³⁵. La Corte Suprema daría, a través de su sentencia de apelación, un giro total a lo resuelto en 1879 acerca de la retroactividad en la sentencia *CLARIS Y OTROS*, juzgando esta vez en favor del boticario, por cuanto “don José Miguel González tenía abierto un establecimiento de botica a la fecha de la promulgación de la ley de 9 de enero de 1879”. Como puede advertirse, la fórmula utilizada se inclina hacia la interpretación más expansiva del funcionamiento de las boticas, al punto de que no alude a la autorización administrativa. Dicha fórmula no puede forzosamente interpretarse en el sentido de que la autorización no hubiera sido necesaria para subsumir al caso dentro de la protección concedida por la ley, pues de los autos aparecía que el boticario sí contaba con ella; pero sí desplaza el eje de la reflexión, desde la cuestión formal de la autorización hacia la cuestión sustancial de si el boticario ejercía legalmente o no su industria al momento de entrar en vigor el régimen de las leyes de 1879 y 1881.

Regresando después de cinco años a la Corte Suprema de Justicia, la cuestión de los boticarios había terminado con una rotunda afirmación de protección de los derechos adquiridos que revertía el error pretérito. Lamentablemente, ni Montt ni Valenzuela estaban allí para presenciar la reversión del criterio; pero Covarrubias enmendó su posición, decidiendo en tal sentido junto a Cousiño y Lastarria en una sentencia que es notable por otras razones. Entre ellas destaca la defensa de la plenitud jurisdiccional de los tribunales por parte de la Alta Jurisdicción, revirtiendo la posición antijurídica del juez de primera instancia, que había estimado que, si la autoridad administrativa tenía prerrogativas resolutorias de una cuestión, ello significaba que “sus resoluciones no pueden ser revisadas ni modificadas por los Tribunales de Justicia”.

El siguiente reglamento de boticas, de 1886, procuró mantener la paz en esta materia, y no innovó en los criterios que se habían establecido después de los referidos litigios y disposiciones legislativas³⁶: “para poder ser regente se requiere cumplir con alguna de las siguientes condiciones: 1ª Haber obtenido el título de farmacéutico; 2ª Haber tenido abierto el nueve de enero de 1879 algún establecimiento de farmacia al amparo de alguna disposición gubernativa. Los individuos que se encuentren en este segundo caso solo podrán regentar boticas de su propiedad”³⁷. La preservación de estas dos vías de regencia de boticas implicaba el reconocimiento del carácter transicional no disruptivo de los nuevos criterios de ejercicio de estas labores, y, sobre todo, la proclamación de la vigencia de los derechos

³⁴ *CASTAGNOLA* (1882).

³⁵ *HERRERA DÍAZ CON GONZÁLEZ* (1884).

³⁶ *Contra*, sorprendentemente, *AMUNÁTEGUI* (1907) p. 306: “En cuanto a la venta de medicinas, el reglamento de boticas de 16 de diciembre de 1886 contiene disposiciones relativas a la exigencia de un título profesional en el individuo que verifica la venta, y a las garantías necesarias para que no se produzcan daños con el expendio de elementos delicados”.

³⁷ *BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO*, LV, p. 1283, art. 4°.

adquiridos por parte de los particulares frente a la Administración, aun en medio de cambios técnicos y legislativos.

III. LA CUESTIÓN DE LA GRATIFICACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO

1. LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA CONTROVERSI

En el derecho administrativo chileno, el régimen y los beneficios de la función docente estatal no emergieron transversal y simultáneamente, sino de modo paulatino, a medida que un diseño más o menos consistente de los distintos niveles se configuraba. Uno de los beneficios más característicos estuvo dado por las gratificaciones que se acordaba conferir por la ley a ciertas categorías de docentes que ejercían sus funciones por un determinado tiempo.

Esta figura no era innovadora. En realidad, prolongaba beneficios que se había acordado décadas atrás en beneficio de funcionarios docentes del Instituto Nacional. Así, un decreto de 1834 creó un estímulo que “anime el celo de sus profesores, sirva de premio a sus servicios y les incline a permanecer en el establecimiento”, consistente en que “el profesor que sirva alguna cátedra de ciencias o idiomas en el Instituto, por seis años continuados, gozará como premio, del aumento de una décima parte de su sueldo; a los diez años de un quinto; a los quince, de dos quintos; a los veinte de tres quintos; a los veinticinco de cuatro quintos; y a los treinta gozará sueldo doble”³⁸. Dicha disposición fue complementada por otra de 1845³⁹, prevista, según su preámbulo, en razón de que “las rentas de los profesores y de algunos otros empleados del Instituto Nacional son insuficientes para compensar sus trabajos, lo cual ocasiona frecuentes variaciones en los individuos que sirven sus destinos y por consecuencia graves perjuicio a la enseñanza”, atendiendo también a que los premios que habían sido asignados en el decreto de 1834 “a más de ser excesivos, no están en proporción con la mayor o menor laboriosidad e importancia de cada uno de dichos empleos”. Con ello, entonces, se inició el criterio de las gratificaciones por cuarentavas partes anuales, que caracterizaría por largos años a esta materia⁴⁰.

Si bien la cuestión de las gratificaciones docentes existió en estas disposiciones que precedieron la entrada en vigor de la codificación sustantiva decimonónica –entendiendo por tal principalmente el Código Civil y el Código Penal–, ella no parece haber suscitado conflictos de buenas a primeras. De hecho, durante el primer período del derecho administrativo patrio, hasta 1860, la cuestión de las gratificaciones parece haber sido judicialmente irrelevante⁴¹. Es más; la primera sentencia de relieve en esta materia parece ser una de 1872⁴², la que fue sucedida por otras pocas en aplicación de las leyes más antiguas sobre

³⁸ Decreto supremo de 10 de mayo de 1834 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, VI, p. 103).

³⁹ BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XIII, p. 4.

⁴⁰ El artículo 9° del referido decreto preceptuaba que “para determinar el premio que a cada profesor corresponde, se considerará dividido el sueldo que se le haya asignado conforme a lo dispuesto en los artículos precedentes, en cuarenta partes; y desde que hubiere cumplido seis años, se le aumentará una de estas partes por cada año que sirviere”.

⁴¹ Aunque distintos problemas relacionados con la función pública eran examinados por los tribunales chilenos, esta cuestión no apareció. Véase BOCKSANG (2015) especialmente pp. 401-447.

⁴² SALVO CON FISCO (1872).

esta materia⁴³. Curiosamente, en ninguna de estas sentencias se abordó directa y seriamente el problema de los derechos adquiridos sobre estas gratificaciones en conjunción con los problemas referidos al vigor temporal de las respectivas disposiciones normativas.

Según lo anticipamos al inicio de este trabajo, tal análisis sobre retroactividad solo se desencadenó en aplicación de la ley de 9 de enero de 1879. Las razones pueden ser múltiples, pero un criterio determinante parece ser el de la combinación entre una mayor judicialización de este tipo de cuestiones y la aparición de una ley que preveía este tipo de beneficios en un sector docente que antes no lo contemplaba. Esta disposición procedía del artículo 44 de la referida ley, que prescribía que “los rectores y profesores de los establecimientos de instrucción secundaria y superior tendrán, después de seis años de servicios, una gratificación anual equivalente a la cuarentava parte del sueldo que les estuviere asignado, al terminar el sexto año. El tiempo de licencia que pasare de un mes no se tomará en cuenta para los efectos de este artículo”.

2. LA SENTENCIA FUNDACIONAL

La Suprema Corte de Justicia tuvo ocasión de enfrentar por primera vez los problemas derivados de la aplicación de esta disposición en una sentencia de fines de 1882, que examinaba la situación de dos personas que habían desempeñado su función docente por largos años en el Liceo de Talca: una, que era profesor, y otra, que era rector y profesor⁴⁴. Los demandantes hacían valer en el expediente dos pretensiones complementarias. Por una parte, pedían que se declarara “que tienen opción a la gratificación que concede el art. 44 de la ley de 9 de enero de 1879 desde que comenzó a regir y con arreglo al número de años de servicio que tenían prestados”; por otra, “que debe pagárseles lo que por esta gratificación les ha debido corresponder hasta la fecha, y continuárseles pagando en lo sucesivo en conformidad al orden establecido”. La primera de las dos pretensiones muestra a las claras que en esta sentencia se estaba abriendo un examen sobre retroactividad que no se había efectuado jamás en sede jurisdiccional; ni respecto de las antiguas disposiciones que habían regido al Instituto Nacional, ni respecto de la aplicación de la ley de 1879.

Fue el representante fiscal, en su contestación, quien caracterizó por primera vez esta cuestión como una de retroactividad. En efecto, la posición del ministerio público fue la de sostener que, si bien la norma ya integraba el ordenamiento jurídico, los cómputos referentes a la aplicación de la norma solo podían emprenderse desde su entrada en vigor, y que, por lo tanto, “los ocurrentes solo están en vía de adquirir los derechos que la ley otorga”. Así, expresaba que los efectos de la ley “solo rigen desde la promulgación”, y que, por lo tanto, ella “no ha querido favorecer derechos anteriores”, porque de lo contrario tendría efecto retroactivo. Dicho de otro modo, el Fisco entendía que el efecto inmediato de la ley implicaba, por una parte, que no se pagara ninguna gratificación correspondiente a los años previos al 9 de enero de 1879, pues en tal caso se estaría haciendo como si la norma ya hubiera regido desde antes; y, por otra parte, que no se computara el tiempo de ejercicio de

⁴³ Por ejemplo, *VARGAS CON FISCO* (1877).

⁴⁴ *SILVA E ICAZA CON FISCO* (1882).

las funciones docentes anterior al 9 de enero de 1879 para el cálculo de las gratificaciones por años servidos en el Liceo pagaderas a partir de dicha fecha.

El Juzgado de Letras aceptó la primera parte del análisis de la defensa fiscal, pero no la segunda. Para ello, invocó la finalidad de la gratificación, entendiendo en el considerando 5° de su sentencia que el beneficio “tiende a premiar servicios o a estimular que se sigan prestando en interés de la instrucción y, por consiguiente, comprende los servicios ya prestados y los que en adelante se prestaren, pues ese premio se acuerda al servicio en sí mismo; y la naturaleza de este no varía en razón del tiempo en que se hubiere prestado dicho servicio”. Por lo mismo, en el considerando sexto esclarecía que “la inteligencia de la disposición del art. 44 de la ley citada es que solo desde esa fecha se puede empezar a cobrar los respectivos premios, mas no que para el cómputo del tiempo a que ellos se extienden deban eliminarse los años de servicio prestados en la instrucción secundaria y superior con anterioridad a esa fecha”.

El razonamiento del tribunal fue apoyado con una referencia hermenéutica, a través del artículo 19 del Código Civil. Su invocación sirvió para sepultar la pretensión fiscal de no computar para las gratificaciones el tiempo de ejercicio de labores docentes que ya había transcurrido. Asumiendo una cierta obscuridad del artículo 44 de la referida ley de 1879, debía recurrirse a su intención o espíritu, “claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”, según el tenor del Código. Tal intención, reconocía la sentencia, era la de “igualar la condición de los profesores y rectores de instrucción secundaria y superior de liceos de provincias a la de rector y profesores del Instituto Nacional”, lo que aparecía de la coordinación del antedicho artículo 44 con el artículo 51 de la ley, que había dispuesto la derogación de la ley de 19 de noviembre de 1842 “y las demás relativas a la instrucción secundaria y superior”. Debe notarse que la invocación del Código Civil aparece como decisiva en esta especie. Ello no debe sorprender a nadie; pues, lejos de una separación categórica entre el derecho administrativo y el derecho “común”, los tribunales de la época integraban en los contenciosos administrativos todas las normas que pudieran ser compatibles con la especificidad de la función administrativa.

En suma, la judicatura declaró que los actores tenían derecho a la gratificación “solo desde que esta ley comenzó a regir y con arreglo al número de años de servicios que a la sazón tenían prestados”, y que por lo tanto el Fisco debía pagarles lo que les había correspondido hasta esta fecha, “y continuarles pagando en lo sucesivo en conformidad al orden establecido”. En esto, resulta notable la fijación de un criterio de pago aplicable no solo como el resarcimiento de la suma impaga y debida, sino también como la prolongación del criterio en el futuro.

Si bien la solución práctica se planteaba con nitidez, la Corte Suprema entrevió la complejidad del problema de la retroactividad y prefirió mantenerse al margen de declaraciones teóricas explícitas que pudieran comprometerla en el futuro. Esto aparece de manifiesto en que la Alta Jurisdicción suprimió el considerando cuarto de la sentencia del Juzgado de Letras, que señalaba que “no teniendo esa ley efecto retroactivo, los beneficiados que hubieran cumplido los seis años de servicio antes de que ella empezara a regir, no pueden reclamar la gratificación anual a que esta ley se refiere, correspondiente a los años anteriores a su vigencia y posteriores al en que cumplieron los referidos seis años de servicio, pudien-

do solo ejercitar ese derecho después de la promulgación de la ley que la concedió”. Si la solución que describía el Juzgado de Letras fue también la que asumió la Corte, ¿por qué suprimir entonces ese considerando? Precisamente por el componente teórico del concepto de retroactividad: la Corte no quiso sostener abiertamente que la ley de 1879 no introducía ningún efecto retroactivo, dado que, en cierto modo, sí lo había, al computarse en derecho los años transcurridos antes de la entrada en vigor de la ley para el cálculo de las gratificaciones que se pagarían en el futuro.

De lo anterior se desprende que, aunque no aparezca de modo explícito, esta sentencia marca un jalón decisivo en el análisis de la retroactividad en el derecho administrativo chileno: la distinción entre variantes de retroactividad. Tácitamente, la Corte asumió la existencia de tres alternativas de análisis:

1) Efecto inmediato de la ley⁴⁵, que implicaba que no se computaban los plazos de servicios ya prestados, ni se pagaban las gratificaciones que se hubieran debido si la nueva norma hubiera regido desde antes⁴⁶;

2) Retroactividad fuerte, que implicaba computar los plazos de servicios ya prestados y pagar lo que se hubiera debido si la nueva norma hubiera regido desde antes, a más de las gratificaciones que regían desde la fecha de entrada en vigor de la ley; y

3) Retroactividad débil, que consistía en computar los plazos de servicios ya prestados para el cálculo de si había o no derecho a gratificación, pero no implicaba el pago de montos por períodos vencidos antes de la entrada en vigor de la ley⁴⁷.

Esta última fue la forma reconocida como justa por la Corte Suprema, y planteada como situación de retroactividad por la sutil exclusión del considerando señalado. En años sucesivos la cuestión se complementaría con apreciaciones adicionales sobre el mismo problema de base.

3. LA SOFISTICACIÓN DEL ANÁLISIS SOBRE LA RETROACTIVIDAD

Algunos meses después de la sentencia antes referida, la Corte Suprema se vio enfrentada a un problema similar, basado en la misma disposición del artículo 44. Un grupo de nueve profesores del Liceo de Copiapó, luego de haber reclamado infructuosamente de la cuestión ante la Tenencia de Ministros de dicha ciudad, ante la Contaduría Mayor, y

⁴⁵ Aunque, según ciertos autores, cabría considerar esta alternativa como una retroactividad de grado mínimo, consistente en que “la ley nueva se aplica solo a los efectos futuros, nacidos después de su entrada en vigor, aunque provengan de relaciones jurídicas surgidas con anterioridad”, lo que, sin embargo, habitualmente no se califica como retroactividad en sentido estricto: MUÑOZ (2005) p. 2288. Así, por ejemplo, tiende a no considerarlo como genuina retroactividad CORRAL (2018) p. 133: “respecto de los efectos que se despliegan después de la vigencia de la nueva ley, consideran, por regla general, que ellos quedan sometidos a la nueva ley, sin que por ello venga a ser considerada retroactiva”.

⁴⁶ El ministro Prats formuló una disidencia en este sentido, inclinándose por la opción de que “se compute el tiempo de servicios que da derecho a gozar de los premios solo desde la fecha de la vigencia de la ley, reformándose en esa parte la sentencia consultada.

⁴⁷ Esta es una situación de retroactividad, aunque atenuada; cfr. ROUBIER (1960) p. 182: “una ley de este género, cuyo objeto es regular las condiciones de constitución (o de extinción) de una situación jurídica, no puede tomar en consideración hechos anteriores a su entrada en vigor sin ser retroactiva” (la traducción es nuestra; en el original, “une loi de ce genre, dont l’objet est de régler les conditions de constitution (o d’extinction) d’une situation juridique, ne peut prendre en considération des faits antérieurs à son entrée en vigueur sans être rétroactive”).

finalmente ante el Supremo Gobierno, decidió recurrir ante la judicatura pidiendo que se les computaran los años servidos con anterioridad a la promulgación de la ley de 1879 para efectos del cálculo de las gratificaciones⁴⁸.

Ventilada la cuestión en primera instancia ante el Juzgado de Letras de Copiapó, la discusión se dio en términos bastante diferentes que en el caso del año anterior conocido en Santiago. Por de pronto, mientras la retroactividad había sido tácitamente evocada en *SILVA E ICAZA CON FISCO*, en este otro juicio se transformó en uno de los ejes de la discusión. La defensa fiscal expresó abiertamente que se daría “efecto retroactivo a la ley si se computara para los efectos del monto de las asignaciones los años anteriores a la ley”; mientras que los demandantes argüían que “no es dar efecto retroactivo a la ley en computar los años de servicios anteriores a ella, desde que no se cobran los caídos anteriores a su promulgación”.

El Juzgado siguió la posición de la defensa fiscal, entendiendo que “sería dar efecto retroactivo a la ley el computar para los efectos de fijar el monto de las asignaciones los años anteriores a la ley y posteriores a los seis primeros años, por cuanto ese cómputo vendría a aumentar la asignación de cada profesor, como si la ley hubiese estado en vigencia desde que cada uno de ellos cumplió los seis primeros años de servicio”. Por consiguiente, en lo propiamente dispositivo declaró que debía pagarse solamente una cuarentava parte como gratificación, a quienes antes de la entrada en vigor de la ley habían cumplido los seis años de servicios exigidos por su artículo 44; y a quienes no los habían cumplido a la fecha de la entrada en vigor de la ley, se les abonaría la cuarentava parte del sueldo a partir del momento en que los cumplieran.

Puede advertirse que la solución del Juzgado de Letras, al intentar evadir la retroactividad, les rendía un involuntario homenaje a sus dificultades, añadiéndole una cuarta posibilidad a las que aparecieron de la sentencia *SILVA E ICAZA CON FISCO*: una solución intermedia entre el efecto inmediato y la retroactividad débil, que podría conceptualizarse como retroactividad debilísima. En efecto, la consideración del tiempo servido mayor a seis años antes de la entrada en vigor de la ley con el objeto de reconocer solo una cuarentava parte, cualquiera fuera el tiempo servido, no era radicalmente un efecto inmediato, y asimismo era menor que el cómputo “débil” derivado de la anterior sentencia.

Comoquiera que sea, poco influyó la nueva opción propuesta sobre la Corte Suprema. Esta, en una sentencia muy dura y clara, retomó la solución de retroactividad débil, computando todos los años ya servidos que excedieran de seis para pagar, a partir de la entrada en vigor de la ley, todas las gratificaciones correspondientes⁴⁹. Tal como en *SILVA E ICAZA CON FISCO*, evitó referirse expresamente a la retroactividad; pero defendió la reiterada solución sobre la base de una labor hermenéutica mucho más detenida.

En primer lugar, aludía a la finalidad de la ley, que era retribuir a los docentes en proporción a los servicios prestados. De adoptarse la solución de retroactividad debilísima, el considerando tercero expresaba que “tendría la misma gratificación el que hubiera servido más de treinta años que el que hubiera servido solamente seis”, con lo que la “base y objeto de la ley desaparecerían”.

⁴⁸ CARVAJAL Y OTROS CON FISCO (1883).

⁴⁹ CARVAJAL Y OTROS CON FISCO (1883).

En segundo lugar, en el siguiente considerando invocaba una interpretación sistemática directa, pues manifestaba deber tenerse en consideración la aplicación de las disposiciones que habían regido al Instituto Nacional, que habían sido las antecesoras de las que regulaban la materia en la ley de 1879; y “estas disposiciones, vigentes hasta la fecha de la promulgación de la recordada ley de 1879, deben tomarse en consideración para ilustrar el sentido de esta, así por haberle servido de antecedente como por versar sobre el mismo asunto que ella”. Como dichas normas del Instituto Nacional habían fundado el aumento anual de las gratificaciones, la misma razón hacía que frente a esta nueva norma debiese adoptarse idéntica disposición.

Y, en tercer lugar, invocaba una interpretación sistemática indirecta, considerando “otras leyes análogas dictadas con el propósito de recompensar servicios creando derechos en favor de los servidores del Estado, en las cuales se han tomado en cuenta no solo servicios futuros sino también los prestados con anterioridad a ellas”, y entendiendo que el cómputo de los años anteriores era más conforme al “espíritu de nuestra legislación”.

Como puede advertirse, las tres consideraciones hermenéuticas desarrolladas en la sentencia eran conciliables con disposiciones del Código Civil: la primera, con el artículo 19; la segunda, con el artículo 22 inciso segundo; y la tercera, con el artículo 22 inciso segundo y con el artículo 24. Sin embargo, esta sentencia no formuló ninguna referencia al referido Código⁵⁰; ni tampoco, por lo demás, a la ley sobre efecto retroactivo de las leyes⁵¹. Esto revela bastante de la mentalidad jurídica de la época; si bien es presumible que la judicatura haya tenido presentes todas dichas normas, no se veía compelida a citarlas enfática y textualmente. Esto muestra la mayor flexibilidad que imperaba en la época sobre la aproximación a las normas que regían una cuestión, la que no repercutía en la claridad de la solución dispuesta por la magistratura. También probablemente obedecía al peso de la tradición hermenéutica que recogían nuestros tribunales, y la razón o finalidad objetiva “de una cierta generalidad de la legislación” vigente a la época⁵².

En efecto, la adopción de la solución de lo que hemos llamado en estos casos retroactividad débil, que a través de estas sentencias había permitido desvelar una serie de consideraciones sobre la variedad de tipos de efectos de la ley en el tiempo, fue recogida en otras sedes jurisdiccionales. Así, una sentencia de primera instancia correspondiente a otra cuestión, ventilada en esta misma época en Los Ángeles, evocó la segunda argumentación hermenéutica –la de la interpretación sistemática directa– de un modo particularmente cáustico, teniendo en cuenta la usual austeridad nacional en este tipo de fundamentaciones: “si hubiera de interpretarse la ley del 79 en el sentido de que había opción a los premios acordados por ella solamente después de los seis años siguientes a su vigencia, resultaría el absurdo de que los profesores que estuviesen percibiendo el premio que les acordaban los supremos decretos de 10 de mayo de 1834 y 14 de enero de 1846 tendrían que dejar que transcurriesen los seis años siguientes a la promulgación de dicha ley para comenzar a per-

⁵⁰ Cuyas normas de interpretación, tal como en nuestros días –cfr. GUZMÁN (2019) pp. 113-115– se aplicaban sobre el derecho administrativo en las áreas en que ello fuera pertinente. Véase, por ejemplo, *LARRAÍN CON FISCO* (1869).

⁵¹ Ley de 7 de octubre de 1861 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XXIX, p. 366).

⁵² GUZMÁN (2007) p. 191.

cibirlos nuevamente, por cuanto derogando esta la de 19 de noviembre de 1842 y las demás relativas a la instrucción secundaria y superior, ha derogado también dichos decretos, ya que estos contienen disposiciones relativas a materias que son objeto de ella, y es ello actualmente la base única de este ramo del servicio público”⁵³.

La Corte Suprema, habiendo ya pronunciado las sentencias *SILVA E ICAZA CON FISCO* y *CARVAJAL Y OTROS CON FISCO* a la fecha de resolver esta tercera especie, confirmó la sentencia de primera instancia, con apenas una declaración de deducírsele el tiempo cubierto por licencias que le hubieran sido concedidas por más de un mes. Así, en lo propiamente referido a las gratificaciones, no añadió nada que fuera doctrinariamente relevante. Sin embargo, al confirmar la sentencia del Juzgado de Letras, acogió un criterio importante en materia de retroactividad y de derechos adquiridos, que puede considerarse como central en esta materia: el criterio temporal básico para entender un derecho como adquirido. En efecto, dado que, en línea con todo lo expresado, la mera prestación de los servicios educativos por seis años daba lugar al beneficio, la judicatura destiló el principio general de que “todo derecho se adquiere desde el momento de cumplirse los requisitos exigidos por la ley para entrar en posesión de él”, que se había expresado en el considerando tercero de la sentencia de primera instancia.

Puede cuestionarse la elección de las palabras en una aseveración técnica como esta; pero allende cualquier consideración estilística o de quisquillosidad terminológica, el sentido de la expresión es nítido: para que un derecho entre en la esfera patrimonial de un particular, no es necesario que corran los plazos y los requisitos de la prescripción adquisitiva; basta con que se cumplan los requisitos relativos a su titularidad que sean establecidos por el ordenamiento jurídico. Así, la cuestión de las gratificaciones no solo permitió discernir de un modo preliminar pero manifiesto las ramificaciones de la retroactividad en distintos tipos, sino también plantear un criterio fundamental del *dies a quo* a partir del cual un determinado derecho se adquiere y por lo tanto se marca un jalón en la consideración de si un efecto es o no es retroactivo.

Por último, en 1885 la Corte Suprema cerraría lo esencial de los problemas judiciales de esta década derivados de la referida cuestión de las gratificaciones. Ello se produjo a través de una sentencia *SALAS LAVAQUI Y OTROS CON FISCO*, que resolvió una cuestión en que numerosos profesores del Instituto Nacional –incluidas personalidades como Abdón Cifuentes, Luis Barros Borgoño y Miguel Luis y Manuel Amunátegui– demandaron al Fisco porque la Administración estaba descontando los seis primeros años de servicios para el cálculo de las gratificaciones. Dicho descuento se estaba efectuando por invocación del artículo 44, en cuanto ordenaba pagar “una gratificación anual equivalente a la cuarentava parte del sueldo que les estuviere asignado, al terminar el sexto año”, con lo que –según la Administración– no habría derecho a computar los seis primeros años. Así, como base del beneficio, en lugar de pagarse seis cuarentavas partes –una por año hasta el sexto año–, se estaba pagando solo una –una por cada uno de los seis años transcurridos hasta el sexto–, sin perjuicio de las cuarentavas partes que correspondieran por los ulteriores años de servicio.

⁵³ *FLORÍN LATAPIA CON FISCO* (1883).

La Corte Suprema acogió el reclamo de los demandantes y censuró la interpretación que realizaba la Administración. La explicación reside principalmente en el considerando sexto de la sentencia: “si se atiende al espíritu de la ley, manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento, se ve claramente que ha querido que a los cuarenta años de servicios puedan doblar sus sueldos los profesores y rectores que con constancia hubieran servido en la educación secundaria o superior”⁵⁴. Es decir, la Corte Suprema planteaba que, con el criterio que intentaba propugnar la Administración, los sueldos de las personas interesadas no se hubieran doblado a los cuarenta años de servicios, sino a los cuarenta y seis.

Aunque marcaba una continuidad con las sentencias anteriores, esta solución fue adoptada por una mayoría estrecha de tres a dos, con votos disidentes del presidente Prats y del ministro Lastarria. Mientras Prats recordó escuetamente su opción por el efecto inmediato, que él había sostenido desde la sentencia *SILVA E ICAZA CON FISCO*, Lastarria procuró argumentar en su disidencia que esta solución se apartaba de la línea jurisprudencial de la Alta Jurisdicción. Sin embargo, lo cierto es que esta sentencia cerraba la evolución de esta línea jurisprudencial continuando, y no desmintiendo, el criterio de la retroactividad débil desarrollado en las sentencias anteriores. En realidad, era la posición de la Administración, que Lastarria aceptó, la que introducía una variación, introduciendo una idea que en algo se parecía a la de la retroactividad “debilísima” que había adoptado la sentencia de primera instancia en *CARVAJAL Y OTROS CON FISCO*. Con todo, aunque *SALAS LAVAQUI Y OTROS CON FISCO* haya reafirmado la línea central de la Alta Jurisdicción en esta materia, la sutileza de la argumentación vencida muestra la sofisticación que el análisis de la retroactividad alcanzaba en Chile a fines del siglo XIX en el derecho administrativo.

IV. CONCLUSIONES

1. La aplicación de la ley de instrucción secundaria y superior de 9 de enero de 1879 engendró dos series de cuestiones jurisprudenciales que esclarecieron decisivamente la concepción chilena de los derechos adquiridos y de la retroactividad en el derecho público.

2. Una primera serie, referida a la regulación de la actividad de los boticarios, permitió un examen de la retroactividad frente a una disposición legal de alcance restrictivo o de gravamen (II. 1), que condujo a afirmar, tras algunas vicisitudes jurisprudenciales en la Corte Suprema (II. 2) y algunas Cortes de Apelaciones (II. 3), el vigor de los derechos adquiridos de los particulares frente a la autoridad estatal (II. 4).

3. Una segunda serie, referida a la gratificación por años de servicio de los funcionarios docentes (III. 1), dio lugar a un análisis de la retroactividad frente a una disposición legal de alcance ampliativo o de beneficio, del que se desprendió la procedencia de retroactividades *in melius* para los particulares, así como una subdivisión de tipos de retroactividades (III. 2), la que con posterioridad fue profundizada hermenéuticamente y enlazada con la doctrina de los derechos adquiridos, llegando a enfatizarse que “todo derecho se adquiere

⁵⁴ *SALAS LAVAQUI Y OTROS CON FISCO* (1885).

desde el momento de cumplirse los requisitos exigidos por la ley para entrar en posesión de él” (III. 3).

4. Ambas series de sentencias proyectaron una elegante perspectiva categorial de conjunto sobre la retroactividad y la teoría de los derechos adquiridos, marcando un jalón en el tratamiento de esta materia en el derecho público chileno. Con todo, tanto de la antigua perspectiva caleidoscópica con que se la había abordado como de la conceptualización derivada de la aplicación de la ley de instrucción de 1879, puede advertirse cuán lejos estaba el liberalismo decimonónico de las aseveraciones con que, durante el siglo XX, se proclamó con tanta ligereza que en derecho público no existían los derechos adquiridos⁵⁵.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMUNÁTEGUI, José Domingo (1900): *Resumen de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile* (Montevideo, La Razón).
- AMUNÁTEGUI, José Domingo (1907): *Tratado general de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile* (Santiago de Chile, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona).
- BOCKSANG HOLA, Gabriel (2015): *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): *Curso de derecho civil. Parte general* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- CRUZ, Nicolás (2002): *El surgimiento de la educación secundaria pública en Chile. 1843-1876* (Santiago de Chile, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos).
- DUSSAILLANT CHRISTIE, Jacqueline (2018): “De la botica a la cadena. Para una historia del comercio de Santiago (1840-1950)”, *Historia* 396, vol. 8 N° 1, pp. 109-130.
- DUSSAILLANT CHRISTIE, Jacqueline (2015): “Turnos, títulos e “intrusos”: Los dolores de cabeza de los boticarios (Santiago, 1846-1943)”, *Historia*, vol. 48, pp. 99-118.
- FABRES, José Clemente (1912): *Instituciones de derecho civil chileno*, en FABRES, José Clemente, *Obras completas*, Tomo IX (Santiago de Chile, Imprenta y Encuadernación La Ilustración).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2007): *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago de Chile, LexisNexis).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2019): *La interpretación administrativa en el derecho chileno* (Santiago de Chile, Thomson Reuters, segunda edición).
- HUNEEUS ZEGERS, Jorge (1891): *La Constitución ante el Congreso*, en HUNEEUS ZEGERS, Jorge, *Obras*, Tomo II (Santiago de Chile, Imprenta Cervantes).
- LASTARRIA, José Victorino (1864): *Instituta del derecho civil chileno* (Gante, Vanderhaeghen, segunda edición).
- LETÉLIER, Valentín (1907): *Apuntaciones de Derecho Administrativo* (Santiago de Chile, Imprenta y Encuadernación Chile).

⁵⁵ SOTO (1984) criticó esta posición asumida por parte del derecho público chileno del siglo XX, calificándola bajo el duro apelativo de “inepcia doctrinaria”.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2005): “Retroactividad”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo* (Madrid, Iustel) pp. 2287-2291.
- ROUBIER, Paul (1960): *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps* (París, Dalloz et Sirey, segunda edición).
- SERRANO, Sol; PONCE DE LEÓN, Macarena; RENGIFO, Francisca (2012): *Historia de la Educación en Chile (1810-2010). Tomo I. Aprender a leer y escribir (1810-1880)* (Santiago de Chile, Aguilar Chilena de Ediciones).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1984): “Los derechos adquiridos en el derecho público chileno (Réquiem para una ineptia doctrinaria)”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 81, sección derecho, pp. 13-23.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho administrativo. Bases fundamentales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2005): “Retroactividad (normas)”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo* (Madrid, Iustel) pp. 2291-2295.
- YANNAKOPOULOS, Constantin (1997): *La notion de droits acquis en droit administratif français* (París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).

NORMAS CITADAS

- Ley de 24 de noviembre de 1860 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XXVIII, p. 362).
- Ley de 7 de octubre de 1861 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XXIX, p. 366).
- Ley de 9 de enero de 1879 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XLVII, p. 10).
- Ley de 15 de julio de 1881 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XLIX, p. 199).
- Decreto supremo de 10 de mayo de 1834 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, VI, p. 103).
- Decreto supremo de 14 de enero de 1845 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XIII, p. 4).
- Decreto supremo de 3 de junio de 1871 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XXXIX, p. 232).
- Decreto supremo de 4 de junio de 1873 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XLI, p. 474).
- Decreto supremo de 28 de febrero de 1878 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, XLVI, p. 44).
- Decreto supremo de 16 de diciembre de 1886 (BOLETÍN DE LAS LEYES Y DECRETOS DEL GOBIERNO, LV, p. 1283).
- SESIONES DEL CONGRESO NACIONAL.

JURISPRUDENCIA CITADA

- MANCILLA* (1846): Corte Suprema, 22 de septiembre, *Gaceta de los Tribunales*, N° 237 [1846], p. 881.
- MERY Y FISCO CON TESTAMENTARIA DE MERY* (1861): Corte Suprema, 3 de mayo, *Gaceta de los Tribunales*, N° 984 [1861], p. 468.
- CHACÓN CON FISCO* (1863): Corte Suprema, 20 de octubre, *Gaceta de los Tribunales*, N° 1112 [1863], p. 795.
- CONTRERAS CON MUNICIPALIDAD DE RENGO* (1864): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de abril, *Gaceta de los Tribunales*, N° 1138 [1864], p. 280.
- MUNICIPALIDAD DE VALPARAÍSO CON WADDINGTON* (1865): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de diciembre, *Gaceta de los Tribunales*, N° 1226 [1866], p. 5.
- LARRAÍN CON FISCO* (1869): Corte Suprema, 14 de mayo, *Gaceta de los Tribunales*, N° 1402 [1869], p. 390.
- SALVO CON FISCO* (1872): Corte Suprema, 9 de enero, *Gaceta de los Tribunales*, N° 1589 [1872], p. 868.
- VARGAS CON FISCO* (1877): Corte Suprema, 7 de junio, *Gaceta de los Tribunales*, N° 1790 [1877], p. 577.
- CLARIS Y OTROS* (1879): Corte Suprema, 13 de noviembre, *Gaceta de los Tribunales*, N° 1901 [1879], p. 1266.
- MARTÍNEZ CRUZ CON VILLALÓN ORTEGA* (1880): Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de mayo, *Gaceta de los Tribunales*, N° 1919 [1880], p. 404.
- DELPIANO CON FRAGA Y CA.* (1881): Corte de Apelaciones de La Serena, 12 de marzo, *Gaceta de los Tribunales*, N° 1954 [1881], p. 119.
- CASTAGNOLA* (1882): Corte Suprema, 7 de septiembre, *Gaceta de los Tribunales*, N° 2024 [1882], p. 1222.
- SILVA E ICAZA CON FISCO* (1882): Corte Suprema, 11 de diciembre, *Gaceta de los Tribunales*, N° 2038 [1882], p. 1866.
- CARVAJAL Y OTROS CON FISCO* (1883): Corte Suprema, 2 de mayo, *Gaceta de los Tribunales*, N° 2049 [1883], p. 457.
- FISCO CON URRIAGA* (1883): Corte Suprema, 13 de julio, *Gaceta de los Tribunales*, N° 2064 [1883], p. 1129.
- FLORÍN LATAPIA CON FISCO* (1883): Corte Suprema, 6 de octubre, *Gaceta de los Tribunales*, N° 2072 [1883], p. 1497.
- HERRERA DÍAZ CON GONZÁLEZ* (1884): Corte Suprema, 15 de noviembre, *Gaceta de los Tribunales*, N° 2124 [1884], p. 2100.
- SALAS LAVAQUI Y OTROS CON FISCO* (1885): Corte Suprema, 27 de mayo, *Gaceta de los Tribunales*, N° 2149 [1885], p. 1089.

EL ARBITRAJE CONCURSAL EN CHILE: REVISIÓN CRÍTICA DE SU AMBIGUA REGULACIÓN EN LA LEY N° 20.720

BANKRUPTCY ARBITRATION IN CHILE: CRITICAL REVIEW OF ITS AMBIGUAL REGULATION IN LAW No. 20.720

EDUARDO T. JEQUIER LEHUEDE*

RESUMEN: La nueva ley concursal chilena, N° 20.720, incorpora la figura del arbitraje concursal como cauce de solución de las controversias que surjan durante la tramitación de los procedimientos concursales, tanto de liquidación como de reorganización. Constituye una herramienta novedosa, tanto en Chile como para el derecho comparado, cuya insuficiente regulación, sin embargo, plantea una serie de interrogantes que la ley no resuelve, lo que se ha traducido en la nula aplicación del instituto arbitral en este ámbito. Este trabajo aborda esos problemas y ofrece algunas respuestas.

Palabras clave: Arbitraje concursal, Ley N° 20.720, Arbitrabilidad, Conflictos concursales

ABSTRACT: The new Chilean bankruptcy law, No. 20.720, incorporates the figure of bankruptcy arbitration as a channel for resolving disputes that arise during the processing of insolvency proceedings, both liquidation and reorganization. It is a novel tool, both in Chile and for comparative law, whose regulation raises various questions that the law does not resolve, what has resulted in the null application of the arbitral institute in this area. This work addresses these problems and offers some answers.

Keywords: Bankruptcy arbitration, Law No. 20.720, Arbitrability, Bankruptcy disputes

INTRODUCCIÓN

Una importante novedad de la Ley N° 20.720 –LC– está dada por la incorporación del arbitraje en materia concursal, como mecanismo alternativo de solución de conflictos a cargo de una nómina de árbitros designados por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento –SIR–¹. Si bien la anterior Ley de Quiebras –LQ– contemplaba el arbitraje en materia de convenios (arts. 178, 184 y 185 LQ²), no ocurría lo mismo con el procedimiento de quiebra, que solo podía seguirse en sede judicial. Adicionalmente, la LC

* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesor Titular de la Universidad de Los Andes, Chile. Departamento de Derecho Comercial y de la Empresa. Código Orcid 0000-0001-8005-6685. Dirección postal: Av. Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Las Condes, Santiago. Dirección electrónica: ejequier@uandes.cl.

¹ Nómina disponible en SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO (s/f).

² El arbitraje en la LQ fue introducido por la LEY N° 20.073 de 2005, que permitió someter a arbitraje el procedimiento de convenio propiamente tal (arts. 184 y 185) y los conflictos que pudieren surgir en el marco de un convenio judicial preventivo ya aprobado (art. 178). La LEY N° 20.720 de 2014 repite este esquema, como se describe en el texto de este trabajo, aunque elimina toda forma de arbitraje forzoso.

da un paso significativo en esta materia, al suprimir toda forma de arbitraje forzoso y, en particular, aquella que regulaba el art. 180 LQ, para el caso de las propuestas de convenio judicial preventivo presentadas por sociedades sujetas a la fiscalización de la entonces Superintendencia de Valores y Seguros (hoy “Comisión para el Mercado Financiero”).

De esta forma, la nueva ley contempla un estatuto amplio y enteramente voluntario sobre arbitraje de los conflictos surgidos durante el procedimiento concursal, ajustándose así a la esencia de dicho instituto y apartándose, por tanto, de la muy anacrónica figura del arbitraje forzoso contemplada aun en el Código Orgánico de Tribunales –COT–, contraria a derechos fundamentales básicos³.

Sin embargo, y más allá de algunos aspectos formales, lo cierto es que la LC no dice mucho más sobre esta novedosa herramienta, sumiéndola por tanto en un ambiente de ambigüedad e incerteza jurídica que se refleja, a cinco años de vigencia de la ley, en la completa inexistencia de arbitrajes concursales tramitados en Chile⁴. Sin ir más lejos, y a modo de ejemplo, el carácter universal del procedimiento concursal se comunica necesariamente al pacto arbitral y, por tanto, a la competencia del árbitro y a la arbitrabilidad de las materias que informan el conflicto, aspectos de los que la ley no se hace cargo. Asimismo, la voluntad de los acreedores, de someter el asunto a arbitraje, se manifiesta en este caso a través de acuerdos adoptados por la junta de acreedores, con el quórum que la ley establece en cada caso, de manera que las contingencias que puedan afectar al funcionamiento y a las decisiones de dicho órgano necesariamente repercutirán en el referido pacto y en el arbitraje propiamente tal. Del mismo modo, y sea cual sea el procedimiento concursal de que se trate, la ley no aporta mayores pautas en cuanto a la forma, oportunidad y a la sede preliminar en que debe iniciarse el procedimiento arbitral, incluso antes del *receptum arbitrii* que da inicio a su fase jurisdiccional. Tampoco precisa qué materias concretas podrán ser conocidas por el árbitro, de cara a un procedimiento caracterizado por la existencia de normas imperativas, partiendo por las que regulan la apertura del concurso.

En suma, la muy escueta regulación que ofrece la LC en esta materia genera una serie de dificultades, que complotan contra la efectiva aplicación del instituto arbitral en este ámbito. Para la integración de los vacíos de esta normativa, además, el intérprete debe recurrir supletoriamente a las normas, criterios y principios de un sistema de arbitraje interno insalvablemente vetusto, lo que lejos de simplificar el panorama, lo enrarece y complica todavía más.

Todos estos aspectos, que nos parecen de la mayor relevancia, serán abordados en este trabajo. Para ello, debe aclararse desde ya que la LC se refiere al arbitraje en una triple vertiente: (a) Al regular uno de los efectos inmediatos de la resolución de liquidación, conocido como “acumulación de juicios”, y que regula –en lo que aquí concierne– los alcances de la *vis attractiva* de dicha resolución de cara a los arbitrajes iniciados y por iniciar al

³ Sobre el particular, JEQUIER (2017) pp. 453-498.

⁴ La Historia de la Ley N° 20.720 no ofrece tampoco antecedentes que permitan suplir los vacíos de la ley. Durante el trámite legislativo, el texto enviado al Congreso por el Ejecutivo no experimentó ni una sola modificación, pues, por el contrario, no existió sobre este punto ni un solo comentario y menos alguna discusión parlamentaria. Por lo mismo, el referido texto original terminó siendo ley sin pasar por ningún filtro o revisión, lo que explica las deficiencias del modelo implementado.

momento de su dictación (art. 142 y art. 143 N°s 1 y 2); (b) al regular el arbitraje respecto de los conflictos surgidos durante la tramitación de los procedimientos de reorganización y liquidación en conformidad con el art. 295 inc. 1° LC, lo que constituye una novedad incluso en el ámbito comparado⁵; y (c) como pacto arbitral incorporado en el acuerdo de reorganización propiamente tal, para la solución de los conflictos que surjan con ocasión de la aplicación, interpretación, cumplimiento, terminación o declaración de incumplimiento de dicho acuerdo. Siendo así, el análisis que se inicia abarcará principalmente los dos últimos aspectos mencionados, que presentan el mayor número de problemas de interpretación, dedicándole al primero (arbitraje y acumulación de juicios) una breve referencia final.

Debe advertirse, por último, que nos adentramos en un terreno todavía inexplorado en Chile, cuyo análisis está lejos de agotarse en estas páginas.

I. ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE REORGANIZACIÓN

La vocación “pro acuerdos” del procedimiento concursal de reorganización⁶, inspirada en la armonización voluntaria de los intereses en conflicto, constituye un ingrediente especialmente propicio para el arbitraje. El objetivo, en este caso, apunta precisamente a la conservación de la empresa económicamente viable, sobre la base de una concurrencia de voluntades entre el deudor y sus acreedores que, como tal, bien puede articularse a través del arbitraje, una vez dictada la resolución que reorganización por el juez de letras competente⁷. A partir de allí, los derechos que interactúan en el procedimiento, tanto del deudor (que bien puede no perseverar en su propuesta de acuerdo) como de los acreedores (que pueden renunciar libremente a ellos, en todo o parte), son esencialmente disponibles en derecho, factor que legitima al arbitraje como cauce procesal válido para el desarrollo del procedimiento mismo, hasta la resolución firme que declara aprobado el acuerdo (*vid infra*), y también para los conflictos que traigan causa del acuerdo de reorganización propiamente tal y sus efectos.

⁵ En el derecho comparado, el arbitraje ciertamente que no es un aspecto desconocido para el derecho concursal. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones concursales que se refieren al arbitraje lo hacen para definir los efectos que genera el concurso en los pactos arbitrales celebrados por el deudor con terceros, y la suerte que corren los procesos arbitrales ya iniciados. Es el caso, por ejemplo, de los arts. 52 y 53 de la ley española, 22/2003 de 9 de julio. Véase en este sentido a MARTÍN (2014) pp. 31 y ss.; del art. 134 de la ley argentina, N° 24.522 de 20 de julio de 1995, que declara la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor en quiebra; o de los arts. 56 y 57 de la LEY uruguaya, N° 18.387 de 2008. Otras legislaciones, contemplan el arbitraje solo para el caso en que este sea pactado en el Plan o Acuerdo de Reestructuración aprobado, como es el caso del art. 73.1 de la LEY peruana N° 27.809 de 2002, mas no para los conflictos que surjan durante el procedimiento que conduce a esa aprobación, como en la LC chilena actual.

⁶ Sobre este punto: RUZ (2017) t. I, pp. 199 y ss.; JEQUIER (2015) pp. 381 y 382.

⁷ Los efectos y alcances de esta resolución son de orden público, en tanto y en cuanto afectan no solo los bienes y derechos del deudor, sino también los de los acreedores, hayan o no concurrido al procedimiento y al acuerdo mismo (art. 57 N°s 1 y 2, art. 66 y art. 91 LC).

1.1. PACTO ARBITRAL Y COMPETENCIA DEL ÁRBITRO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL PROPIAMENTE TAL. REORGANIZACIÓN PREVENTIVA Y ALZATORIA

Debe distinguirse, según se dijo, si se trata del arbitraje en el procedimiento de reorganización o de liquidación, y, si en el primer caso, el arbitraje se pacta para el procedimiento concursal propiamente tal y/o como cláusula del acuerdo de reorganización.

1.1.1. *En el procedimiento de reorganización judicial preventiva*

La regla general en materia de arbitraje se contiene en el art. 295 inc. 2° LC, que establece el presupuesto fundamental en esta materia: el arbitraje concursal es siempre y necesariamente voluntario⁸.

A su vez, el art. 296 inc. 4°, refiriéndose a la arbitrabilidad material, establece una fórmula amplia y particularmente imprecisa, al señalar que “La competencia del árbitro se extiende a todo cuanto sea necesario para la tramitación de los Procedimientos Concursales de Reorganización o de Liquidación y a los incidentes que se promuevan durante ellos”.

Por tanto, de las disposiciones referidas se desprenden las siguientes reglas y conclusiones:

a) La iniciativa para someter el procedimiento concursal de reorganización a arbitraje reside en el deudor, pues es este quien debe presentar los antecedentes del art. 56 LC. Dicha iniciativa debe venir acompañada del apoyo de acreedores que representen a lo menos la mayoría absoluta del pasivo del deudor, declarado por este y certificado en los términos del art. 56 N° 4.

b) Según la misma norma, además, el apoyo referido debe constar en “cartas” emitidas por tales acreedores, sin mayor precisión, en las que deberá acreditarse al menos la identidad del acreedor y, en su caso, de su representante legal; las facultades de este último para celebrar pactos arbitrales; y el monto del crédito respectivo y su porcentaje dentro el pasivo total.

Debe considerarse, con todo, que estas “cartas” son solo manifestaciones preliminares de apoyo, dadas por acreedores que no han pasado aun por el filtro de la objeción e impugnación de créditos. Este factor, por tanto, plantea un primer problema que la ley no resuelve, pues, siendo el pacto arbitral el resultado de un acuerdo de voluntades, el nacimiento y la subsistencia del mismo quedan condicionados aquí por dos factores distintos:

i. Que el juez de letras competente dicte efectivamente la resolución de reorganización:

No lo dice explícitamente la ley, pero no puede ser de otra forma, atendidas las consecuencias de orden público que produce la sentencia de reorganización. Así se desprende, por lo demás, del art. 296 inc. final LC: “Si el Acuerdo de Reorganización Judicial fuere rechazado en los términos previstos en el artículo 96 de esta ley, el árbitro remitirá el expediente al tribunal competente que dictó la Resolución de Reorganización”.

En consecuencia, si la referida resolución no llega a dictarse, el pacto arbitral no llegará tampoco a perfeccionarse, lo que constituye una muy particular figura en cuanto a la formación y perfeccionamiento del consentimiento en dicho pacto.

⁸ Así lo destaca TORRES (2014) pp. 447 y ss.

ii. Que una vez dictada la resolución de reorganización judicial o la de reorganización simplificada (art. 106 LC), se mantenga el quórum legal establecido en el art. 295 inc. 2º; o dicho de otra forma, que dicho quórum no disminuya como resultado de eventuales objeciones e impugnaciones de créditos.

Se genera aquí, por tanto, una situación contradictoria no resuelta en la ley, pues el árbitro deberá resolver impugnaciones de las cuales depende, eventualmente, que se mantenga el quórum que origina su nombramiento. No es el caso, entiéndase bien, en que el árbitro resuelve sobre su propia competencia y sus alcances materiales (principio de *kompetenz-kompetenz*⁹). Se trata, por el contrario, de una situación en que el acuerdo de voluntades de las partes, planteado bajo esta fórmula del apoyo epistolar inicial, constituye un sinalagma apenas preliminar, *prima facie* o condicionado, que bien puede diluirse y desaparecer luego por efecto de la objeción o impugnación de créditos y la consiguiente disminución sobrevinida del pasivo mínimo que exige el art. 295 inc. 2º. Tampoco puede asimilarse esta situación a aquellos acuerdos adoptados en junta de acreedores, con la intervención de acreedores cuyos créditos no han sido reconocidos, pero que han sido autorizados judicialmente (art. 190 LC), pues en tales casos existe una expresa resolución judicial que valida lo actuado por aquellos en junta, aun cuando sus créditos pierdan luego su condición de tales, total o parcialmente. Tratándose del pacto arbitral, en cambio, surgido de esta particular figura del apoyo por carta, no existe tal homologación judicial.

b) La competencia del árbitro se extingue, de pleno derecho, si la propuesta de acuerdo de reorganización se rechaza por los acreedores.

Nótese, con todo, que el art. 296 inc. final LC hace explícita referencia al art. 96, que, a su turno, plantea la posibilidad de que la junta de acreedores que rechaza la propuesta permita, con quórum especial, que el deudor presente una nueva propuesta, en cuyo caso la competencia del árbitro se extenderá igualmente.

1.1.2. En el procedimiento concursal de reorganización judicial alzatoria

En conformidad con el art. 200 N° 2 LC, durante el procedimiento concursal de liquidación la Empresa Deudora (ED) podrá presentar “proposiciones de Acuerdos de Reorganización Judicial en los términos del Capítulo III y del Párrafo 5 del Título 5 del Capítulo IV de esta ley”, las que serán materia de junta extraordinaria de acreedores. El art. 257, a su turno, aclara que dichas propuestas podrán presentarse “una vez notificada la nómina de créditos reconocidos”, y que serán aplicables en tal caso “las disposiciones contenidas en el Capítulo III de esta ley, en lo que fuere procedente y en todo lo que no se regule en las disposiciones siguientes”.

Por lo anterior, todo lo dicho respecto del procedimiento concursal de reorganización preventiva, y lo que se dirá en los apartados que siguen, se aplica *mutatis mutandis* al arbitraje concursal en este contexto de acuerdo alzatorio, que pone fin al estado judicial de

⁹ Este principio, conocido también como principio de la “competencia de la competencia” o “competencia por competencia”, tuvo su origen en la jurisprudencia alemana de mediados del siglo pasado y postula, básicamente, que los árbitros son plenamente competentes para determinar el preciso alcance y validez del pacto arbitral, como asimismo para definir su propia competencia para conocer de un conflicto. Véase en este sentido, VÁSQUEZ (2010) p. 182; PEREZNIETO y GRAHAM (2007) p. 244.

liquidación concursal. En consecuencia, en este caso el deudor deberá incluir también, en su propuesta de acuerdo de reorganización, una cláusula adicional de compromiso, que deberá ser votada por la junta de acreedores en la oportunidad que señale el juez del concurso (art. 257 inc. final y art. 258).

1.2. PACTO ARBITRAL RESPECTO DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN: RECHAZO DE LA PROPUESTA DE ARBITRAJE Y SUS EFECTOS EN LA(S) PROPUESTA(S) DE REORGANIZACIÓN

Se refiere a esta segunda vertiente arbitral el art. 68 LC. En este caso, el pacto arbitral se origina en una propuesta de arbitraje que hará el deudor, como parte de aquella a que se refiere el art. 57 N° 4 LC, y deberá ser aprobada conjuntamente con esta. Asimismo, la ley permite que dicha propuesta de pacto arbitral se plantee solo para algunas o algunas de las clases o categorías de acreedores, indistintamente.

Llegados a este punto, sin embargo, surgen nuevamente algunas dudas respecto de dos aspectos en particular, que pueden plantearse a partir de las siguientes interrogantes:

a) ¿Es factible que la junta de acreedores acepte el acuerdo de reorganización propiamente tal y que rechace a su vez la propuesta de arbitraje, sin que por ello se entienda rechazada la propuesta en general?

b) Si la propuesta se hace por clase o categoría de acreedores (art. 61 LC); ¿Es aplicable lo dispuesto por el art. 79 inc. final LC, en caso de que en alguna de esas categorías se rechace el pacto arbitral?

Para responder estas interrogantes, debe aclararse que en Chile la doctrina¹⁰ y la jurisprudencia mayoritarias se han inclinado por considerar al convenio arbitral como un todo independiente del contrato principal, entendiéndose por tal, para estos efectos, aquel que trae incorporada material u objetivamente una cláusula arbitral que no depende, sin embargo, de un vínculo de accesoria con el primero. Por ello, y fundándose básicamente en el carácter judicialista que se le asigna en Chile a la figura del “juez árbitro”, la jurisprudencia mayoritaria ha aceptado la competencia arbitral para conocer sobre la eventual inexistencia o nulidad del contrato principal, aun cuando no han faltado opiniones en contrario¹¹. Tal criterio, además, tenía un expreso reconocimiento en el art. 178 inciso final LQ, que reconocía la competencia del árbitro para declarar la nulidad del respectivo convenio judicial preventivo en el que se contenía el respectivo compromiso.

En la actualidad, además, la distinción material entre el pacto arbitral y el contrato con el cual se relaciona está claramente asentada en la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Co-

¹⁰ Pereira se refiere al punto al comentar la relación existente entre un Pacto de Accionistas y la cláusula compromisoria incorporada al mismo, lo que resulta perfectamente aplicable al compromiso: “...en cambio, la citada cláusula (compromisoria) tiene denominación propia, naturaleza procesal y regulación en las normas ya invocadas de los Códigos Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil... Por consiguiente, la cláusula compromisoria tiene índole jurídica específica diferente del negocio substancial del cual surge el conflicto o desacuerdo que se somete a la jurisdicción arbitral. Esta su autonomía es un obstáculo a su consideración como pacto accesorio del negocio material...” (El paréntesis es propio). PEREIRA (1993) p. 10. En el mismo sentido se pronuncia Puelma, al señalar que “...el contrato de compromiso, sea expreso o tácito, es un acto jurídico independiente y principal, distinto del contrato de sociedad y la eventual nulidad de este último, no acarrea la ineficacia del compromiso”. PUELMA (2000) p. 395.

¹¹ En este sentido, MILLAS NAVARRETE, PATRICIO (1996). Hay dos votos en contra.

mercantil Internacional –LACI–, de manera que, como señala Sandoval “nada impide que la Ley N° 19.971, que disciplina el arbitraje comercial internacional, pueda ser aplicada en arbitrajes nacionales o que pueda servir de inspiración a los árbitros y a los tribunales, para interpretar progresivamente la normativa interna sobre la materia, que, como sabemos, está bastante obsoleta”¹².

Aclarada, entonces, la completa autonomía del pacto arbitral en cuanto tal, las respuestas a las interrogantes planteadas *supra* surgen espontáneamente:

a) Si la junta de acreedores acepta los términos de la propuesta de reorganización, más no el pacto arbitral, el acuerdo será perfectamente válido y producirá todos sus efectos legales, en el entendido que ambos, Acuerdo y Pacto arbitral, son cuerpos enteramente autónomos e independientes entre sí.

b) Si se trata de propuestas por clase o categoría de acreedores:

i. La aceptación del pacto arbitral planteado para una o más de ellas no es condición de la aprobación del Acuerdo de reorganización en su conjunto.

ii. El rechazo del pacto arbitral, por alguna de las clases o categorías de acreedores, implica que los conflictos que surjan durante la ejecución del Acuerdo deberán someterse a la justicia ordinaria¹³.

1.3. ARBITRAJE E IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN

Relacionado con lo anterior, otro punto que genera dudas consiste en determinar si la impugnación del acuerdo de reorganización puede ser conocida y resuelta por el árbitro concursal.

La ley, nuevamente, guarda completo silencio sobre este punto, limitándose a fijar el ámbito competencial del árbitro mediante la fórmula ambigua e imprecisa del art. 296 inc. 4º, ya citado: “La competencia del árbitro se extiende a todo cuanto sea necesario para la tramitación de los Procedimientos Concursales de Reorganización o de Liquidación y a los incidentes que se promuevan durante ellos”.

La LC no precisa, entonces, en qué momento o a partir de qué hito procesal debe entenderse que el procedimiento de reorganización se encuentra concluido, lo que constituye una omisión relevante si se considera que la competencia del árbitro está circunscrita precisamente a la materias e incidentes que surjan durante dicho procedimiento, y no después.

Al respecto, ha sido la SIR la que ha debido suplir este notorio silencio legal, al señalar que un procedimiento concursal de reorganización se entiende finalizado, entre otros casos, una vez “Ejecutoriada la resolución judicial que aprueba el Acuerdo de Reorganización”¹⁴, en los términos del art. 89 LC. Según este criterio, por ende, y considerando que la resolución judicial que aprueba el Acuerdo de reorganización coincide con aquella que desecha las impugnaciones que se hayan planteado en su contra (art. 89

¹² SANDOVAL (2005) p. 126.

¹³ En igual sentido Contador y Palacios, quienes estiman que si la propuesta es por clase o categoría de acreedores, “no corresponde establecer una cláusula compromisoria reservada solo para resolver las diferencias que se produzcan en una clase o categoría del acuerdo, reservando la judicatura ordinaria para las diferencias que se produzcan en la otra clase”. CONTADOR y PALACIOS (2015) pp. 90 y 91.

¹⁴ Norma de Carácter General N° 3, de 5 de septiembre de 2014, art. 10.

inc. 2º), nos parece que las referidas impugnaciones forman parte del procedimiento concursal de reorganización y, por tanto, de la competencia que se le entrega al árbitro concursal en el art. 296.

1.4. ARBITRAJE, RESOLUCIÓN Y NULIDAD DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN

Como se dijo antes, la jurisprudencia mayoritaria en Chile ha aceptado la competencia arbitral para conocer sobre la eventual inexistencia o nulidad del contrato con el cual se vincula el pacto arbitral. No ha faltado la opinión contraria, que no compartimos¹⁵.

En cambio, no se reconoce esa competencia cuando lo impugnado es el convenio arbitral mismo, pues en tal caso la jurisprudencia ha entendido, comúnmente, que los árbitros no pueden conocer sobre la existencia o nulidad del convenio arbitral –compromiso o cláusula compromisoria– del cual surge precisamente su competencia¹⁶. Ante una impugnación en tal sentido –se ha dicho–, el árbitro debería paralizar su gestión como tal, criterio que, sin embargo, desdibuja por completo el principio de asignación competencial de “*Kompetenz-Kompetenz*”. Como apunta Vásquez, dicho principio se encuentra reconocido “a medias” en el ordenamiento jurídico chileno sobre arbitraje interno, pues “el árbitro tiene competencia para conocer y pronunciarse sobre la validez del contrato del que forma parte la cláusula arbitral, mas no cuando lo afectado es el propio pacto que le confiere competencia”¹⁷.

En suma, la competencia del árbitro no debe analizarse aquí en razón de la materia, pues esta, en términos generales, comprende sin duda el cumplimiento y la validez del contrato respectivo y del pacto arbitral. Lo que debe observarse, entonces, es si dichas materias, de incumplimiento y nulidad del acuerdo de reorganización, se encuentran contempladas en este particular estatuto de arbitraje concursal, lo que nos lleva nuevamente a distinguir:

1.4.1. En cuanto a la terminación del acuerdo por incumplimiento.

Según el art. 68 LC, recordemos, podrán someterse a arbitraje las diferencias que se produzcan entre el deudor y uno o más acreedores o entre estos, “con motivo de la apli-

¹⁵ Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado: “[...] No resulta procedente declarar que debe un árbitro conocer de un litigio en el que precisamente se discute si existe o si es válido el contrato en que se le ha conferido jurisdicción”. MILLAS NAVARRETE, PATRICIO (1996). El mismo máximo tribunal había resuelto antes que el árbitro no es competente para conocer de la nulidad de un contrato de sociedad, si el compromiso del que surge su competencia forma parte de dicho contrato. Dijo en esa ocasión la Corte:

“5º [...] Si bien la cláusula compromisoria puede tener valor por sí sola, ello no quiere decir que si el contrato en que se establece el arbitraje es nulo por falta de consentimiento de las partes, la falta de consentimiento solo puede referirse al pacto social y no a la designación de árbitro.

6º Que el nombramiento de árbitro ha emanado del concierto de voluntades surgido entre dos personas que lo designaron como tal al constituir una sociedad, y si esta convención es inexistente por ser simulada y de mera apariencia, también comprende todas las cláusulas convenidas, entre las cuales figura el nombramiento del árbitro y, por lo tanto, el asunto debe ser decidido por la justicia ordinaria.

[...] 8º Que, en consecuencia, no correspondiendo al árbitro resolver que la escritura social es inexistente por falta de consentimiento de las partes, puesto que en ella aparece su designación que también tendría el mismo vicio, esta cuestión debe ser resuelta por la justicia ordinaria ...” SELMAN D., PEDRO (1967).

¹⁶ Es lo que sostiene también AYLWIN (2005) p. 402.

¹⁷ VÁSQUEZ (2009) p. 216.

cación, interpretación, cumplimiento, terminación o declaración de incumplimiento del Acuerdo”. En consecuencia, y por expresa disposición legal, el árbitro será competente para conocer de la acción de incumplimiento del acuerdo, contemplada en el art. 98 LC.

En este punto no existe mayor problema, pues la norma legal es clara. Así lo ha dicho recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago: “5°. Que cabe tener presente que en los Acuerdos de Reorganización se puede estipular una cláusula de arbitraje, que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa, según consta del párrafo IX del Acuerdo de Reorganización respectivo, que corre a fojas 100 y siguientes de autos, correspondiendo entonces, al árbitro respectivo el conocimiento del cumplimiento o declaración de incumplimiento que se produzca respecto de los contratos considerados en el Acuerdo señalado”¹⁸.

1.4.2. En cuanto a la nulidad del acuerdo

Las dudas retornan nuevamente en este caso, pues, a diferencia del incumplimiento, no existe aquí una norma legal que declare explícitamente la competencia del árbitro concursal, para conocer de la acción de nulidad del Acuerdo. Por el contrario, el art. 68 no menciona siquiera al árbitro concursal, lo que llevaría a concluir que la ley ha querido dejar esta materia extramuros de esta alternativa jurisdiccional.

Por otro lado, el art. 295 LC circunscribe el arbitraje a “los Procedimientos Concursales de Reorganización y Liquidación”, de manera que, *a contrario*, no podrán someterse a arbitraje (al menos en los términos de esta ley) todas aquellas materias que no formen parte del *iter* procesal de los señalados procedimientos concursales.

A lo anterior se suma, nuevamente, el completo silencio de la LC en cuanto al momento en que termina el procedimiento de reorganización, circunstancia que, como se dijo *supra*, dificulta la formulación de un criterio preciso sobre la extensión de la competencia del árbitro. Ha sido la SIR, reitero, la que ha tenido que llenar por vía interpretativa el vacío legal en este punto, al señalar que un procedimiento concursal de reorganización se entiende finalizado una vez ejecutoriada la resolución judicial que aprueba el Acuerdo de Reorganización; planteamiento que, visto siempre a la luz de los arts. 295 inc. 1° y 296 inc. 4° LC, llevaría a concluir que el árbitro concursal carece de competencia para conocer de la nulidad del acuerdo, pues tal materia tendrá lugar, necesariamente, una vez concluido el procedimiento concursal de reorganización.

Pero las omisiones y la improvisación de la ley no terminan aquí y, por el contrario, se complican todavía más:

En conformidad con el art. 68, pues, las acciones de nulidad y de incumplimiento del Acuerdo de reorganización se sujetarán al procedimiento del juicio sumario “y será competente para conocer de estas acciones el tribunal ante el cual se tramitó el Acuerdo”, declaración que, nuevamente, nos enfrenta a la disyuntiva de determinar a qué “tribunal” se refiere la norma. Y el panorama se enrarece todavía más, pues, en diversas disposiciones, la LC parece distinguir entre “tribunal” y “árbitro”, asimilando el primer concepto únicamente con los tribunales ordinarios de letras (*v. gr.* arts. 68 inc. final, 295 inc. 2° y 296

¹⁸ COMERCIAL DE VALORES S.A. LEASING CON ANTONIO CRESPO LEMUS (2018)

inc. final), mientras que en otras, en cambio, no hace tal distinción, refiriéndose en términos genéricos al “tribunal” y a materias que pueden ser conocidas tanto por el juez ordinario como por un árbitro. Así ocurre, por ejemplo, con la cuenta final de la administración concursal y la designación del tribunal que debe conocer de ella y de las eventuales objeciones (art. 2 N° 11, en relación con el art. 296 inc. 4°), con el sistema recursivo que establece el art. 4 (que, aunque se refiere allí al “tribunal”, resulta aplicable tanto al juez ordinario como al árbitro), con el régimen de notificaciones (art. 6), etc.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en Chile prima aun la tesis jurisdiccionalista del arbitraje¹⁹, sustentada principalmente en la terminología que utiliza el art. 222 COT en materia de arbitraje interno (“...se llaman árbitros los jueces...”) y en lo que disponen los artículos 76 y 77 de la Constitución Política de 1980 –CP– y el art. 5 del COT. La mayoría de los autores, como también la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales superiores de justicia²⁰, se pronuncian explícita y decididamente por la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, afirmando, por ejemplo, que “aunque en doctrina y legislación procesal extranjera, condicionadas por su propia realidad jurídica, se discute sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje, entre nosotros pacíficamente se ha sostenido desde hace bastante tiempo el contenido jurisdiccional de la justicia arbitral [...] con las limitaciones que le son propias, y que dicen relación con la falta de imperio [...] no obstante su origen preferentemente privado, los árbitros en nuestro medio son reputados jueces en sentido propio, gozando sus sentencias de mérito ejecutivo sin necesidad de homologación judicial, quedando incluso los árbitros sometidos a ciertos controles propios de todo juez ordinario o especial, como es el caso de la jurisdicción disciplinaria...”²¹. Más aun, una parte de la doctrina ha llegado a sostener incluso que los árbitros forman parte del Poder Judicial²², lo que cierta-

¹⁹ Esta tesis le atribuye al arbitraje una naturaleza esencialmente jurisdiccional, poniendo el énfasis para ello en los efectos que el ordenamiento jurídico le confiere al laudo arbitral y, en concreto, a su fuerza ejecutiva y a la autoridad de cosa juzgada que se le reconoce. Como señala Armenta, “el carácter jurisdiccional queda de manifiesto en que tales efectos [de cosa juzgada] no derivan en modo alguno de la voluntad de las partes, sino directamente “ex lege”, lo que se traduce en que lo relevante para esta teoría radica en lo que los árbitros hacen, y no en la forma en que son designados o en el modo como adquieren sus facultades”. ARMENTA (2004) p. 610.

²⁰ Así lo ha entendido la Corte Suprema, al señalar por ejemplo que “El arbitraje voluntario es una especie de jurisdicción establecida en la ley...”, agregando luego que “El Código Orgánico de Tribunales consulta entre las diversas categorías de jueces a los árbitros, y reconoce en ellos una de las formas de jurisdicción establecidas para la resolución de determinados asuntos...” Corte Suprema, 17 de octubre de 1955, *RDJ*, LII, 2º parte, secc. 1º. La Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado a su turno que los jueces árbitros administran justicia y desempeñan por lo mismo “3º [...] una función pública, toda vez que la jurisdicción es atributo exclusivo del Estado y solo los órganos por él autorizados pueden ejercerla. Los árbitros derivan su jurisdicción de la propia ley, que se les otorga con el carácter de extraordinaria”. *URRUTIA CON DE LA MAZA* (1986).

²¹ ROMERO (1999) p. 484. La tesis mencionada no es nueva en Chile, pues ya la proponía Ballesteros a fines del siglo XIX. Según este autor, la legislación chilena (se refería obviamente a la Ley de Organización de los Tribunales, cuyo artículo 172 es del todo idéntico al artículo 222 del COT) hace del arbitraje “una jurisdicción”, por lo que las partes debían acatar sus sentencias o laudos como si emanaren de los jueces ordinarios. BALLESTEROS (1890) p. 74. También puede consultarse la obra de ARAVENA (1969) pp. 22 y ss.

²² Así lo dice Picand, al afirmar que los árbitros forman parte del Poder Judicial del Estado, o sea, “del staff de tribunales reconocidos por la ley”. PICAND (2007) p. 199. En cambio, el mismo autor ha dicho, en otra obra suya, que “los árbitros, como antes de administración de justicia que son, no forman parte del Poder Judicial

mente no es correcto. En favor de esta tesis, que no compartimos²³, se pronuncian también Silva²⁴, Pereira²⁵ y Rodríguez²⁶.

Distinta es la situación tratándose del arbitraje comercial internacional regulado en la LACI, pues allí se hace un claro distingo entre el juez como órgano estatal y el “tribunal arbitral”, proscribiéndose además toda y cualquier injerencia de los tribunales ordinarios de justicia respecto del mérito o contenido sustantivo de la decisión del árbitro, incluyendo la vía del recurso de queja (art. 5 LACI). La misma ley, además, habla indistintamente de árbitro y de “tribunal arbitral”, concepto este último que significa “tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros” (art. 2, letra b, LACI).

En conclusión, y reiterando no obstante la improvisación de la LC en esta materia, cuando el art. 99 inc. 1º habla del “tribunal ante el cual se tramitó el Acuerdo”, entendemos que lo hace en los mismos términos extensivos ya dichos, que incluyen por cierto al árbitro concursal y que, por tanto, lo hacen perfectamente competente para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de reorganización.

II. ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN

En esta parte, la LC da un paso determinante e incluso pionero en el ordenamiento jurídico, que reafirma además la concepción privatista del Derecho concursal chileno: la incorporación del arbitraje concursal no solo para el procedimiento y Acuerdo de reorganización (pues, como ya se dijo, también en la LQ existieron algunas disposiciones aisladas sobre arbitraje en materia de convenios), sino como cauce procesal idóneo respecto del procedimiento concursal de liquidación.

Tradicionalmente, la posibilidad de someter a arbitraje materias relacionadas con la quiebra ha sido negada en Chile, dadas las consecuencias de orden público –y por tanto indisponibles– que genera su declaración. Como apunta Vásquez, “el Derecho concursal tiene por finalidad asegurar la concentración de todo el contencioso referente al concursado, evitando así, cualquier ruptura de la igualdad entre los acreedores, razón por la que se evidencia un interés público innegable que colisiona, por dicha razón, con el arbitraje como método de resolución de conflictos, por cuanto, en función de los intereses que pro-

del Estado, y en ese sentido, no poseen un sistema normativo preestablecido que les indique de manera clara y precisa cómo deben dirigir el proceso arbitral [...]”. PICAND (2005) p. 10.

²³ La exégesis de las normas constitucionales y legales en que se apoya este criterio jurisdiccionalista llevan a concluir, por el contrario, que los árbitros no forman parte del Poder Judicial ni tienen, siquiera, el carácter de jueces especiales o extraordinarios. Son, precisamente, “árbitros”. Para más antecedentes sobre la naturaleza jurídica del arbitraje puede consultarse a JEQUIER (2013) pp. 157 y ss.

²⁴ SILVA (2014) p. 95.

²⁵ PEREIRA (1993) p. 242.

²⁶ RODRÍGUEZ (2004) p. 265. Según este autor, “Los árbitros son jueces que se insertan en el sistema judicial chileno, designados por las partes con facultades para ellos, y que integran, por lo tanto, un Poder del Estado (el Poder Judicial).”

tege, esta materia está reservada de manera exclusiva y excluyente para ser conocida por tribunales ordinarios”²⁷.

La cuestión a resolver, entonces, es si este nuevo planteamiento normativo ha venido a suprimir el criterio anterior, por mandato expreso del art. 295 LC, pues, si así fuese, estaríamos ante una notoria afectación de uno de los pilares esenciales del arbitraje como institución: la disponibilidad en derecho de las materias arbitrables.

1. ARBITRAJE Y DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS SUJETOS A CONCURSO

Para responder a esta interrogante, una primera mirada debe ponerse en la naturaleza de los intereses involucrados en el conflicto que la ley permite someter a arbitraje, pues, en la medida que aquellos superen el puro ámbito de lo disponible para las partes, el arbitraje (o, mejor dicho, lo que verdaderamente es el arbitraje) quedará excluido como cauce procesal válido (y en tal caso, la regla competencial del art. 296 inc. 4° LC se aplicaría solo en la medida que los intereses en conflicto sean disponibles para los contendientes). Por el contrario, si consideramos que tales derechos subjetivos –y el cauce de solución de los conflictos que generan– son disponibles para las partes, la conclusión será precisamente la contraria.

Planteado así el problema, la respuesta debe abordarse desde una doble perspectiva.

1.1. El sistema concursal chileno se basa en una concepción privatista del concurso

Lo primero que debe destacarse es la marcada filiación privatista del sistema concursal chileno²⁸, pues, a fin de cuentas, los intereses públicos comprometidos en el concurso, mencionados *supra*, quedan supeditados a la decisión de los acreedores, en el entendido que son estos quienes determinan, en último término, si sus créditos se pagarán en un contexto de reorganización o de liquidación. Por lo mismo, en esta concepción privatista la preservación de la empresa en funcionamiento –y con ello los incentivos de rescate que pueda poner el legislador– no mira a la situación del empresario en sí, sino al valor económico de aquella en cuanto elemento primordial del análisis que habrán de realizar los acreedores –y solo ellos– de cara a las opciones de rescate o liquidación. Dicho de otra forma, no existe en el sistema concursal chileno un “principio de conservación de la empresa”, sino uno de conservación de la empresa “económicamente viable”, pues, como apunta Goldenberg, “(l) a sobrevivencia de la unidad económica solo tendrá sentido en cuanto los propios acreedores determinen que se trata esta de una mejor forma de satisfacer sus créditos, basados, probablemente en la sinergia de los elementos que componen la empresa o en que la situación patrimonial crítica no se basó en una ineficiente articulación de dichos elementos, sino en una situación coyuntural o en errores administrativos por completo reversible”²⁹. Ejemplos concretos de esta noción privatista del Derecho concursal chileno son las actuales

²⁷ VÁSQUEZ (2009) p. 513. En España, por todos, PERALES (2005) pp. 3061-3086 (en particular pp. 3063-3065). En igual sentido Bordachar, quien, refiriéndose al régimen concursal imperante durante la derogada LQ, señalaba de “Quiebra y arbitraje no se entienden”, agregando que “mientras que en la Quiebra hay intereses colectivos que custodiar –acreedores, terceros, comunidad–, el arbitraje solo entiende resguardar una relación jurídica particular, que es la de las partes que suscribieron el acuerdo de arbitraje”. BORDACHAR (2010) p. 521.

²⁸ JEQUIER (2019) pp. 48 y ss.

²⁹ GOLDENBERG (2013) pp. 26 y 27.

Leyes N° 20.416 (artículo undécimo) y N° 20.720, esta última marcada, además, por una notoria tendencia hacia la intervención jurisdiccional mínimamente invasiva, reflejada en un régimen recursivo fuertemente restringido (art. 4° de la LC), en plazos procesales brevísimos, en audiencias verbales y únicas para resolver cuestiones de especial complejidad, en la restricción de los incidentes (art. 5° de la ley), etc.

1.2. El arbitraje concursal no alcanza materias de orden público

Por otra parte, el art. 295 inc. 4° LC tiene especial cuidado al señalar que, en cualquier caso, es el juez de letras competente y no el árbitro quien dicta la respectiva resolución de liquidación, la que se transforma por lo mismo en un presupuesto indispensable para la ulterior intervención del árbitro. Según la disposición referida, “En el Procedimiento Concursal de Liquidación, la Junta Constitutiva referida en el artículo 193 de esta ley o cualquier Junta posterior podrá acordar, con Quórum Especial, someterse a arbitraje, designar a los árbitros titular y suplente, y fijar sus honorarios”, juntas que, como es evidente, son una consecuencia de la declaración judicial previa del concurso.

De esta forma, entonces, los efectos inmediatos y retroactivos de la resolución de liquidación son el resultado de una expresa declaración judicial, de la que parte y en la que se asienta la labor del árbitro concursal. Y no podría ser de otra forma, además, considerando que ni el deudor ni los acreedores están facultados para someter a arbitraje materias de las que no disponen y que superan largamente la pura esfera de sus intereses individuales. Como apunta Bordachar, “tras la declaración de quiebra hay varios intereses involucrados [...], el interés del propio deudor insolvente, así como el de los acreedores de este, pero también están involucrados los de terceros, a quienes las acciones revocatorias podían alcanzar y, además, un interés general de la comunidad por el resultado de la situación de insolvencia del deudor”³⁰.

El interés público involucrado en la declaración judicial de dicho estado jurídico-patrimonial, por tanto, no resulta alcanzado por el arbitraje ni integra el ámbito de arbitrabilidad material que la ley le asigna, pues, como se acaba de señalar, este viene delimitado por el propio legislador para materias y pretensiones que sí son disponibles en derecho (determinación del pasivo y sistema de objeción e impugnación de créditos, derecho de voto, preferencias, repartos, ejercicio y tramitación de acciones revocatorias concursales [en la medida que el tercero demandado consienta en el arbitraje], impugnación de la cuenta del liquidador, oposición a la realización simplificada o sumaria del activo, etc.).

2. ARBITRAJE E IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN

Relacionado con lo anterior, otro aspecto a considerar, de cara a la viabilidad del arbitraje en un contexto de liquidación concursal, es el carácter imperativo de las normas legales que regulan dicho procedimiento, en sus vertientes forzosa y voluntaria.

El arbitraje, desde sus primeras manifestaciones históricas como mecanismo de solución heterocompositiva de conflictos con relevancia jurídica, tiene su fuente en la li-

³⁰ BORDACHAR (2010) pp. 519 y 520.

bertad de las personas y en la autonomía de la voluntad que el ordenamiento jurídico les reconoce en la actualidad, mediante normas de rango fundamental³¹. En lo que concierne al derecho concursal, sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre por regla general con el derecho contractual, la libertad de los intervinientes (deudor, acreedores y terceros interesados) y el libre juego de voluntades se ven restringidos por el ordenamiento jurídico desde el momento mismo en que se dicta la resolución de liquidación (arts. 130, 134, 135, 136, 137, 139, 140 y 287 y ss. LC, entre otros), pues, a partir de ese momento y durante todo el procedimiento concursal, el ejercicio de los derechos de las partes involucradas queda sujeto a –y delimitado por– los efectos de la insolvencia del deudor y la comunidad de pérdidas que esta genera. Esta convivencia forzada de intereses, por tanto, condicionada por la imposibilidad de pago por medios normales, justifica la intervención del Estado en un ámbito originalmente reservado a la autonomía de la voluntad (las relaciones particulares de crédito entre el deudor y sus distintos acreedores), la que se ve desplazada –al menos en una concepción orgánica del concurso– por normas imperativas que aspiran a coordinar esos intereses y a mitigar el impacto de la insolvencia, en cuanto fenómeno generador de un escenario jurídico-económico excepcional caracterizado por la asimetría de la información y la diversidad del colectivo de acreedores.

La interrogante que surge aquí, entonces, consiste en definir hasta qué punto esas normas de orden público afectan la arbitrabilidad material del conflicto concursal; o dicho de otra forma: ¿puede considerarse al arbitraje como un mecanismo idóneo para resolver aquellas controversias surgidas en el marco del procedimiento de liquidación, regulado por normas de *ius cogens* o de derecho necesario? Y de ser así, ¿cuáles son los límites procesales y materiales que debe observar el árbitro en el desempeño de su función jurisdiccional?

Aclaremos, en primer lugar, que la sola circunstancia de que una materia se encuentre regulada por normas imperativas o de *ius cogens* no excluye, en modo alguno, la posibilidad de someter la solución de las controversias que surjan en ese entorno a árbitros, pues el concepto de imperatividad de la norma jurídica no es en modo alguno asimilable con su indisponibilidad en Derecho, ni viceversa. Tal postulado, si bien tuvo acogida en un sector autorizado de la doctrina mercantilista española³², parece hoy un tanto simplista³³, considerando las consecuencias que conllevaría su aplicación extensiva a los diversos espectros del Derecho privado, bien surtido de normas imperativas. Sin embargo, no solo la doctrina recién mencionada defendió en su momento la tesis mencionada, sino también la jurisprudencia, de lo que son muestra clara las sentencias del Tribunal Supremo español de 15 de octubre de 1956, de 27 de enero de 1968, de 21 de mayo de 1970 y de 15 de octubre de 1971³⁴. Todas ellas, en fin, sirvieron de base para consolidar jurisprudencialmente una

³¹ Como señala el Tribunal Constitucional español, “el arbitraje solo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición”. En otros términos, el mandato del árbitro, del cual se derivan sus atribuciones para dirimir las disputas sometidas a su conocimiento, “tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia”. STC, 1993/259.

³² Por todos GARRIGUES (1976) pp. 647 y 648.

³³ CARAZO (1998) p. 1214, nota 3.

³⁴ Citadas por VICENT CHULIÁ (1998) pp. 9360 y 9361.

tendencia abiertamente contraria al arbitraje, nutrida por –y arraigada en– la existencia de normas imperativas o de Derecho necesario, no susceptibles de modificación y mucho menos de derogación por los particulares.

Según esto, en fin, la opción arbitral para la solución de las controversias de relevancia jurídica estaría vedada a las partes en la mayoría de los casos (particularmente el concursal o el societario mercantil, para poner otro claro ejemplo), por la sola circunstancia de originarse en materias reguladas por normas de derecho necesario, lo que no parece acertado. Al optar las partes por el arbitraje no están disponiendo de norma sustantiva alguna, sino solo de la vía procesal para resolver una controversia³⁵, de manera tal que no existe allí ningún conflicto entre los conceptos de imperatividad normativa y disponibilidad en Derecho. En el arbitraje, como sostiene Gómez³⁶, no hay transacción ni renuncia al ejercicio de una acción, “sino sustitución de su tramitación en la vía judicial por la arbitral, por lo que el arbitraje solo afecta al modo o procedimiento de resolución de la controversia.” Por ello, los acreedores y el deudor, al optar por el arbitraje para resolver los conflictos que surgen durante el procedimiento, una vez dictada la resolución de liquidación por el juez de letras competente, no están renunciando a las normas imperativas que regulan el señalado procedimiento ni de la ley aplicable al fondo, sino únicamente del camino procesal que seguirán para resolver esos conflictos³⁷.

3. ARBITRAJE Y EFECTO INMEDIATO DE ACUMULACIÓN DE JUICIOS

Uno de los efectos inmediatos de la declaración judicial del estado concursal de liquidación concursal, derivado de la *vis attractiva* que genera dicha resolución, consiste en la acumulación de juicios ante el tribunal del concurso, en los términos del art. 142 LC. Según esta norma, y como regla general, todos los juicios civiles pendientes contra el deudor ante otros tribunales, de carácter patrimonial y que interesen por tanto a la masa, “se acumularán al Procedimiento Concursal de Liquidación”, mientras que, los que se inicien con posterioridad a la notificación de la resolución de liquidación, “se promoverán ante el tribunal que esté conociendo del Procedimiento Concursal de Liquidación”.

Queda por definir, entonces, cuál será el tribunal que habrá de conocer de dichos procesos judiciales, para el caso en que se pacte arbitraje en el concurso, pues, nuevamente, la ley guarda completo silencio en este punto.

Para responder a esta interrogante, debe reiterarse que el art. 296 inc. 4° LC circunscribe el ámbito de arbitrabilidad material a “todo cuanto sea necesario para la tramitación de los Procedimientos Concursales de Reorganización o de Liquidación y a los incidentes que se promuevan durante ellos”, circunstancia que traslada el análisis al contenido mismo

³⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO (1995) p. 6928 y ss.

³⁶ GÓMEZ PORRÚA (2002) p. 1965.

³⁷ Así lo señala Campo Villegas, refiriéndose a la impugnación de los acuerdos adoptados por la junta de accionistas en la sociedad anónima, como materia regida también por disposiciones imperativas: “[...] cuando los socios someten a arbitraje el tema de la validez o nulidad de los acuerdos sociales no renuncian a su derecho o facultad de impugnarlos; ni se transige ni se renuncia el derecho o facultad sustantivos de impugnar el acuerdo; tan solo se dispone de la vía procedimental. No hay ninguna disposición sobre el derecho de impugnación; el convenio arbitral únicamente sustituye el cauce jurisdiccional por la vía arbitral”. CAMPO VILLEGAS (1998) p. 338.

de tales procedimientos; o dicho de otra forma, se trata de determinar si los juicios acumulados forman parte o no del procedimiento de liquidación, y si aquellos son necesarios para la tramitación de este último.

En este sentido, y como primera observación, debe aclararse que la acumulación de juicios, de que habla el art. 142 LC, no es asimilable a los efectos de la acumulación procesal o “acumulación de autos”, regulada en los arts. 92 y ss. del CPC. En esta última, todos los juicios acumulados, tramitados en instancias análogas y con sujeción a una misma clase de procedimiento, pasan a formar un solo proceso, que termina en una sola y única sentencia. En la acumulación concursal, en cambio, no existe una “fusión” semejante: se trata, a fin de cuentas, de una regla de competencia objetiva, en donde el tribunal del concurso resulta competente para conocer de todos los juicios de relevancia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con las excepciones que la misma ley establece³⁸.

De lo anterior se desprende, entonces, que los juicios acumulados al concurso no forman parte del mismo ni resultan “necesarios” para su tramitación, pues, como ya se dijo, aquellos siguen por carriles separados y procesalmente independientes. Por ello, los juicios iniciados con anterioridad a la notificación de la resolución de liquidación, que según el art. 142 deben acumularse al concurso, no quedan comprendidos dentro del marco competencial que fija el art. 296 inc. 4° LC, los que deberán seguir su tramitación ante el juez que dictó la señalada resolución.

En cuanto a los juicios por iniciar, posteriores a la notificación de la resolución de liquidación, en cambio, nos parece que la redacción del art. 142 LC tolera perfectamente la arbitrabilidad de los mismos, al señalar que dichos procesos “se promoverán ante el tribunal que esté conociendo del Procedimiento Concursal de Liquidación”; y hemos dicho, pues, que el término “tribunal”, que utiliza aquí la norma legal, debe entenderse en un sentido amplio, comprensiva por tanto del arbitraje concursal.

CONCLUSIONES

La LC contempla un estatuto amplio sobre arbitraje concursal, con un enfoque que resulta novedoso no solo en el ámbito del derecho chileno, sino también del derecho concursal comparado. Se crea, para ello, un sistema de arbitraje enteramente voluntario y de doble vertiente, según se trate del procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, que eventualmente puede alcanzar incluso a los terceros demandados en el caso de las acciones revocatorias concursales, siempre y cuando estos consientan en el arbitraje³⁹. No se extiende la competencia del árbitro a materias de carácter sancionatorio o infraccional,

³⁸ El mecanismo de la LC chilena es distinto al que contemplan otros ordenamientos. Para la LC española, por ejemplo, el juez del concurso está obligado a asumir la competencia de los juicios iniciados con posterioridad a la declaración del concurso, mientras que, respecto de los anteriores, asumirá su conocimiento si lo estima necesario y conveniente a los intereses del concurso (art. 51 Ley 22/2003, de 9 de julio). Sobre esta materia puede consultarse a HERNÁNDEZ (2012) pp. 673 y ss.

³⁹ No es posible hablar aquí de ultraactividad o de un efecto extensivo del pacto arbitral a los –mal llamados– “terceros no signatarios del pacto”, pues en este caso este surgirá siempre con posterioridad a la celebración del acto o contrato objeto de revocación y, además, en un contexto completamente distinto.

como ocurre por ejemplo con el incidente de remoción a que se refiere el art. 337 N° 7 LC, pues ello, amén de no estar relacionado directamente con el fundamento ontológico de los procedimientos de reorganización y liquidación, involucra el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y, por tanto, una materia indisponible para las partes.

En la concreción normativa del arbitraje concursal, sin embargo, la ley ha sido particularmente parca en cuanto al desarrollo del proceso arbitral –partiendo por la celebración del pacto arbitral– y la competencia material y subjetiva del árbitro, lo que plantea una serie de interrogantes cuya respuesta, además, no puede buscarse simplemente en la aplicación supletoria de las normas comunes sobre arbitraje interno. Estas, además de anacrónicas, no han sido concebidas para un escenario concursal ni, por ende, para un procedimiento de carácter universal que, además de atraer hacia sí otros tantos procesos civiles del deudor, inicialmente autónomos (*vis atractiva*), aglutina y coordina una diversidad de intereses contrapuestos, que resultan afectados por la insolvencia. Tal circunstancia, por tanto, se traduce en la necesidad de ajustar el examen de arbitrabilidad del conflicto concursal a las particulares características y fines del proceso concursal, sea este de reorganización o de liquidación, en los términos planteados en el presente texto.

El arbitraje, además, se desenvuelve aquí en un ambiente que le resulta en cierto modo extraño o al menos inusual: siendo un instituto originado en –y justificado por– la voluntad de las partes en conflicto y por la libre disponibilidad de los derechos subjetivos puestos en juego, es situado *ex lege* y sin ninguna delimitación en un escenario –el concursal– caracterizado por la imperatividad de sus normas y por la convivencia forzada de aquel haz de intereses disímiles, cuyo ejercicio se encuentra condicionado por la imposibilidad de pago y, desde allí, por principios indisponibles que trascienden los mecanismos y criterios de la tutela individual del crédito. Sin embargo, no existe incompatibilidad entre la imperatividad de dichas normas legales y la libre disponibilidad de derechos que presupone el arbitraje, pues las partes no renuncian ni disponen de tales normas, sino que optan únicamente por el cauce procesal en el que aquellas deberán aplicarse para la solución de un conflicto sobre materias disponibles.

Todos los aspectos antes mencionados, que la ley no aclara debidamente, han impactado directamente en la eficacia del arbitraje, como herramienta alternativa de solución de los conflictos en este ámbito concursal. Prueba de ello es que, a cinco años de vigencia de la ley, no ha existido ningún procedimiento concursal, de reorganización o liquidación, sometido a arbitraje⁴⁰.

Por último, podría decirse que el arbitraje concursal genera cargas económicas adicionales (honorarios del árbitro) en un contexto de insolvencia que, por el contrario, reclama una economía de costes procesales. Sin embargo, nos parece que este aspecto en particular no es un factor que pueda reprochársele al modelo de arbitraje de la Ley N° 20.720, pues, al consagrarlo como un cauce procesal alternativo enteramente voluntario (como debe ser, por cierto), serán siempre los acreedores y el propio deudor los llamados a optar o no por esa vía, ponderando libremente sus beneficios y contras. Ser trata, en fin, de una decisión económica más, dentro de este esquema general de insolvencia. Las barreras para el despegue del

⁴⁰ Información proporcionada al autor por la SIR mediante Oficio N° 5313, de fecha 17 de abril de 2019.

arbitraje concursal en Chile, por tanto, no son atribuibles al instituto arbitral en cuanto tal, sino, lejos de eso, a las deficiencias de su regulación legal actual, ya analizadas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARAVENA ARREDONDO, Leonardo (1969): *Naturaleza jurídica del arbitraje* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ARMENTA DEU, Teresa (2004): *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons, segunda edición).
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (2005): *El Juicio Arbitral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).
- BALLESTEROS RÍOS, Manuel Egidio (1890): *La Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Tomo II (Santiago, Imprenta Nacional).
- BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo (2010): “Arbitraje y Derecho Concursal: ¿Una relación imposible?”, en VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (coord.), *Estudios de Derecho Comercial* (Santiago, Abeledo Perrot).
- CARAZO LIÉBANA, María José (1998): “La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998)”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 229, julio-septiembre: pp. 1211-1222.
- CAMPO VILLEGAS, Elías (1998): “El Arbitraje en las sociedades mercantiles”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 97, N° 2: pp. 313-350.
- CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (2005): “URRUTIA CON DE LA MAZA (1986): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de agosto”, en *El arbitraje en la jurisprudencia chilena* (Santiago, Cámara de Comercio de Santiago) pp. 80-82.
- CONTADOR ROSALES, Nelson y PALACIOS VERGARA, Cristián (2015): *Procedimientos concursales* (Santiago, Thomson Reuters).
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (1995): “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales”, *Revista General de Derecho*, N° 609: pp. 6913-6957.
- GARRIGUES, Joaquín (1976): *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. I (Madrid, Imp. Aguirre, tercera edición).
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2013): “Bases para la privatización del derecho concursal”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20: pp. 9-49.
- GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel (2002): “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en A.A.V.V., *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. II (Madrid, McGraw-Hill) pp. 1925-1976.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente (2004): “De la Competencia de los árbitros”, en A.A.V.V., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)* (Madrid, Thomson-Civitas) pp. 805-824.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar (2012): “Capítulo 7. Solicitud de concurso. La solicitud anticipada”, en: A.A.V.V., *Tratado Judicial de la Insolvencia* (Navarra, Aranzadi) pp. 547-678.

- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2011): “El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, N° 2: pp. 453-498.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2015): “Nuevas tendencias para la reorganización de empresas insolventes en la legislación chilena: estatuto jurídico de los acreedores hipotecarios y prendarios en el procedimiento de reorganización judicial preventivo”, en A.A.V.V., *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo*, Libro II (Montevideo, Universidad de Montevideo) pp. 381-417.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2019): *Curso de Derecho Comercial*, Tomo III, Vol. 1 (Santiago, Thomson Reuters).
- MARTÍN MORAL, Ma. Flora (2014): *El concurso de acreedores y el arbitraje* (Madrid, Wolters Kluwer).
- PERALES VISCASILLAS, Pilar (2005): “Arbitraje y concurso”, en: A.A.V.V., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3 (Barcelona, Marcial Pons), pp. 3061 a 3086.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo (1993): *Curso de Derecho Procesal, Derecho Procesal Orgánico*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James (2007): “El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana”, *Revista Lima Arbitration*, N° 2: pp. 240-249.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2005): *Arbitraje Comercial Internacional*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2007): “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la justicia arbitral”, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coord.), *Estudios de Arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 193-210.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2000): *Sociedades*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004): *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (1999): “Panorama general de la justicia arbitral en Chile”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 11, N° 3: pp. 483-504.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio (2007): *El arbitraje interno y comercial internacional* (Santiago, LexisNexis).
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2017): *Nuevo Derecho Concursal Chileno*, Tomo I (Santiago, Thomson Reuters).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2005): *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006): “La justicia arbitral ante la Constitución”, en: A.A.V.V., *Estudios de Arbitraje* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 89-100.
- SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO (s/f): “Nóminas de Árbitros Concuriales”. Disponible en: <http://www.superir.gob.cl/nominas/nominas-ley-n-20-720/nominas-de-arbitros/>. Fecha de consulta: 27 de marzo de 2019.

- TORRES ZAGAL, Óscar (2014): “El arbitraje concursal en la nueva Ley N° 20.720”, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (edit.) *Estudios de Arbitraje. Homenaje a Patricio Aylwin Azócar* (Santiago, Thomson Reuters/Legal Publishing, segunda edición) pp. 445-457.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2009): *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing).
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2010): “Comprensión del Principio ‘Competencia-Competencia’ y Configuración de la Nulidad o Ineficacia del Acuerdo Arbitral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15: pp. 181-196.
- VICENT CHULIÁ, Francisco (1998): “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, *Revista General de Derecho*, año LIV, Núm. 646-647: pp. 9355-9372.

NORMAS CITADAS

- ESPAÑA, Ley N° 22/2003 (10/07/2003), Ley Concursal.
- CHILE, Ley N° 20.720 (9/01/2014), Sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo.
- CHILE, Norma de Carácter General N° 3 (05/09/2014), Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 17 de octubre de 1955, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LII, 2ª parte, sec. 1ª, p. 337.
- SELMAN D., PEDRO (1967): Corte Suprema, 15 de septiembre (nulidad de cláusula compromisoria), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXIV, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 304-312.
- MILLAS NAVARRETE, PATRICIO (1996): Corte Suprema, 26 de marzo, *Revista del Abogado*, N° 11, 1997.
- COMERCIAL DE VALORES S.A. LEASING CON ANTONIO CRESPO LEMUS (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de junio, Rol N° 244-2018 (terminación contrato de arrendamiento) en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/2986/2018, Fecha de consulta 1 de julio de 2020.

ESPAÑA

- ATC, 20 de julio de 1993, Sala 1ª, Sección 1ª (Aranzadi Westlaw, RTC 1993/259).

LA DUALIDAD CAUTELAR Y SUMARIA DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

THE PRECAUTIONARY AND SUMMARY DUALITY OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

JORGE LARROUCAU TORRES*

RESUMEN: La protección de los derechos fundamentales adolece de una dualidad procesal ya que su fisonomía oscila entre la que corresponde a una medida cautelar –una orden judicial transitoria, idónea y proporcional– y un juicio sumario –un procedimiento declarativo que conduce a una sentencia con autoridad de cosa juzgada material–. Este artículo indaga en su regulación tanto constitucional como en los autos acordados dictados por la Corte Suprema (en los años 1977, 1992, 1998, 2007 y 2015), en la literatura chilena y en la jurisprudencia reciente de las Cortes con un doble propósito: identificar las consecuencias procesales más significativas que acarrea esta dualidad y evaluar la coherencia interna de cada uno de estos enfoques.

Palabras claves: protección, derechos fundamentales, tutela cautelar, juicio sumario, buena fe procesal.

ABSTRACT: The protection of fundamental rights suffers from a procedural duality since its physiognomy ranges from that corresponding to a precautionary measure—a temporary, suitable and proportional court order—and to a summary trial—a declaratory procedure that leading to a judgment that has the force of *res judicata*—. This article delves into its constitutional regulation as well as in the ‘autos acordados’ (an order emanating from some superior tribunal, promulgated in the name and by the authority of the sovereign), dictated by the Supreme Court (in the years 1977, 1992, 1998, 2007 and 2015) in the Chilean academic literature and in the recent jurisprudence of the Chilean Courts with a dual purpose: identify the most significant procedural consequences entailed by this duality and value the internal coherence of each of these approaches.

Keywords: protection, fundamental rights, precautionary measure, summary trial, procedural good faith.

* Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Código Orcid 0000-0001-9893-5450. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: jorge.larroucau@pucv.cl. Para este artículo fueron muy útiles las discusiones en el módulo “Recurso de Protección” de los Programas de Habilitación N°s 31, 33, 35 y 36 de la Academia Judicial por lo que agradezco a quienes participaron en dichos cursos sus valiosas observaciones y a la Academia Judicial la oportunidad de participar en ellos. Este trabajo 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 también reconozco.

I. INTRODUCCIÓN

La tutela judicial que se inicia ante una Corte de Apelaciones y cuyo objeto es el más importante dentro del sistema jurídico chileno –proteger los derechos fundamentales¹– adolece de una clara dualidad en términos procesales. Tanto su fisonomía normativa como su uso por parte de jueces y abogados oscila entre la que es propia de una medida cautelar –una orden judicial transitoria, idónea y proporcional– y la de un juicio sumario –un procedimiento declarativo que conduce a una sentencia con autoridad de cosa juzgada material–.

Desde un punto de vista procesal esta inconsistencia vuelve más aguda una tensión que afecta a todo sistema jurídico que contemple una protección judicial de los derechos fundamentales: una pugna entre el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva de quien acude ante un tribunal porque considera afectado un derecho cuya protección no puede demorar y el derecho a un debido proceso que tiene aquel en contra de quien se recurre.

Este artículo indaga críticamente en la regulación que ha tenido la forma de tramitar la protección de derechos fundamentales tanto en el texto constitucional de 1980 como en los diversos autos acordados dictados por la Corte Suprema (en los años 1977, 1992, 1998, 2007 y 2015), en la literatura chilena publicada sobre esta materia durante sus primeras cuatro décadas de vigencia y en la jurisprudencia reciente de las Cortes (la Corte Suprema y la Cortes de Apelaciones) para identificar los efectos procesales más significativos que acarrea esta dualidad y evaluar la coherencia interna de cada uno de estos enfoques, el cautelar y el sumario.

¹ Art. 20, Constitución de 1980: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1° [“derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”], 2° [“igualdad ante la ley”], 3° inciso quinto [“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho”], 4° [“respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales”], 5° [“inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”], 6° [“libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”], 9° inciso final [“el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado”], 11° [“libertad de enseñanza”], 12° [“libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa”], 13° [“derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”], 15° [“derecho de asociarse sin permiso previo”], 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19° [“derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley”], 21° [“derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”], 22° [“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”], 23° [“La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”], 24° [“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”], y 25° [“La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie”] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

El estudio demuestra que las incongruencias procesales creadas por esta dualidad hacen muy difícil que quienes recurren de protección puedan cumplir con las exigencias que impone el principio de buena fe procesal como fuente de cargas y deberes durante la formación del debate, puesto que las pautas de comportamiento que se deben seguir ante el tribunal son diferentes según se trate de una tutela cautelar de urgencia o de un procedimiento declarativo de carácter sumario.

En este sentido el artículo no se ocupa de cuál debería ser la ‘naturaleza’ de la protección de derechos fundamentales sino que su objetivo es distinguir las consecuencias prácticas que conllevan una concepción cautelar y otra sumaria de esta tutela judicial. Por este motivo los fallos que se citan provienen especialmente de la segunda década de este siglo ya que la fisonomía sumaria de la protección se hizo aún más patente con la tramitación que dispuso el Acta N° 94 del año 2015, por lo que las decisiones judiciales anteriores y posteriores a este año son suficientes para ilustrar el modo en que estas dos formas de entender a la protección de derechos fundamentales distorsionan el trabajo de las Cortes.

El estudio concluye con una síntesis de las principales incongruencias procesales que se observan entre el art. 20 de la Constitución de 1980, los autos acordados de la Corte Suprema y la ley procesal que se aplica residualmente a la protección —el Código de Procedimiento Civil del año 1903 (CPC)—, así como con una crítica dogmática al proyecto de ley presentado en el año 2001 al Congreso para regular su tramitación y que constituye el único intento de regulación legal que ha sido discutido con cierto detalle hasta la fecha. Este proyecto no solo mantiene, sino que agudiza, la dualidad cautelar y sumaria que afecta a la protección de derechos fundamentales y con ello incrementa las confusiones acerca de su tramitación.

II. ¿TUTELA CAUTELAR O JUICIO SUMARIO?

La protección del art. 20 de la Constitución de 1980 ha recibido varios nombres a lo largo de sus cuatro primeras décadas de vigencia. Esta disparidad no es un asunto menor sino que refleja las múltiples formas en que ella puede ser concebida: una acción para litigar en un juicio civil, un recurso procesal ante una Corte o bien una vía expedita para conseguir una orden judicial frente a un hecho que amenaza, perturba o priva a alguien de uno de sus derechos fundamentales².

El consenso se agota en que la protección no debe entenderse como un recurso procesal ya que ella no opera como un medio para impugnar un fallo de modo que la respuesta de las Cortes en este caso debe ser, en principio, declarar inadmisibles las protecciones³. Por lo tanto dicha dimensión queda fuera de este análisis a pesar de que el propio texto constitucional de 1980 hablase de “recurso de protección” (art. 20 inciso 2). El debate se circunscribe a las otras dos opciones: la protección es una tutela cautelar o bien un juicio sumario.

En la academia chilena algunos estudios han tomado posición a este respecto, pero no han desarrollado las consecuencias procesales que ella implica. Un ejemplo de esto es lo

² HENRÍQUEZ (2018) pp. 3-6.

³ LARROUCAU (2020) pp. 15-19.

que sostuvieron a mediados de los años noventa Andrés Jana y Juan Carlos Marín en cuanto a que:

“el RP [recurso de protección] no es una acción cautelar, tiene la naturaleza de una acción principal [y] las acciones cautelares no son principales, sino que, como hemos visto, son esencialmente accesorias [...] Tratándose del RP creemos que él no solo tiene autonomía desde el punto de vista conceptual, sino además funcional, esto es, no está al servicio de ningún otro proceso, por lo que no encuadra en aquella pretendida categoría de procesos cautelares autónomos”⁴.

Esta observación es importante porque en el ordenamiento jurídico chileno ambas categorías –la acción en un juicio declarativo y la tutela cautelar– están diferenciadas. Así, por ejemplo, el juicio sumario es un procedimiento de cognición que sirve para declarar derechos, deberes y obligaciones entre las partes (Título XI, Libro III del Código de Procedimiento Civil de 1903) mientras que la tutela cautelar es una técnica procesal para asegurar un bien ante un peligro, algo que el Código de 1903 solo reguló a propósito de una de sus modalidades: las medidas cautelares conservativas o precautorias (Título V, Libro II).

Por lo tanto, si se quiere dar cuenta de los efectos procesales que se siguen de estas dos aproximaciones a la protección de derechos fundamentales es necesario abandonar la concepción amplia de la tutela judicial sumaria como una que la asimila a la tutela cautelar⁵. Esto permitirá reconocer las diferencias entre una tramitación sumaria y la técnica cautelar en el campo de la protección, sin perjuicio de que en un sentido amplio ella sea una forma más de impedir la autotutela⁶.

Para avanzar a este respecto es preciso recordar que la protección fue regulada por primera vez –al menos en su forma actual– a fines de los años setenta como una ampliación del amparo hacia otros derechos fundamentales diversos de la libertad personal y la seguridad individual dado que estos últimos ya contaban para su resguardo con el *habeas corpus*. Si bien es posible reconocer algunos antecedentes más o menos lejanos en otros preceptos de la legislación previa como la protección de las “garantías individuales” que el art. 146 de la Constitución de 1823 le entregó a la Corte Suprema⁷ y sin perjuicio de su equivalencia funcional con otras figuras procesales de la legislación comparada como el *référé* francés⁸, el amparo argentino⁹, el amparo mexicano y el *mandado de segurança* brasileño¹⁰, lo cierto es que la protección del art. 20 de la Constitución de 1980 tuvo con el correr de los años una evolución propia que es importante para este análisis.

Este desarrollo se dio a través de tres fases de expansión que denotan su dualidad cautelar y sumaria. En efecto, aunque esta tutela judicial comenzó a operar rápidamente

⁴ JANA y MARÍN (1996) pp. 75-76 y 82 (nota 63).

⁵ PÉREZ (2017) pp. 147-154 y 168-173.

⁶ Por todos, PALOMO (2009) p. 348.

⁷ ZÚNIGA (1996) pp. 8-12.

⁸ PAILLÁS (2002) pp. 17-45.

⁹ PINOCHET (2016) pp. 71-101.

¹⁰ NOGUEIRA (2007) pp. 75-134.

como un sucedáneo de un procedimiento contencioso administrativo (*i.e.*, como una acción en contra de la Administración del Estado) en poco tiempo adquirió un uso cada vez más frecuente como una vía judicial para evitar la autotutela entre particulares (*i.e.*, una tutela cautelar de urgencia) y, durante la segunda década de este siglo, ha sido utilizada incluso como una tutela cautelar transfronteriza¹¹. En otras palabras, se trata de una evolución judicial que expresa la dualidad cautelar y sumaria con un claro acento puesto en lo primero.

III. TUTELA CAUTELAR

El mejor fundamento normativo para una concepción cautelar de la protección se encuentra en su primer auto acordado, el del año 1977, así como en el propio texto constitucional de 1980.

La Corte Suprema reguló la protección por primera vez en abril de 1977 gracias a que el Acta Constitucional de 1976 (art. 2 inciso 2) la autorizó para hacerse cargo de la “tramitación” de la protección, algo que un año antes –en 1975– también había sido dispuesto por el Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (art. 20 inciso 3).

El que su procedimiento se haya diseñado a través de autos acordados es una cuestión muy polémica y, a pesar de su clara conexión con el propósito de este artículo, no será abordada en lo que sigue. Al respecto solo cabe anotar tres cuestiones generales. En primer lugar, las reglas posteriores al auto acordado de 1977 tendrían “una precaria base jurídica”¹² debido a que la Constitución de 1980 no reiteró la facultad del Acta Constitucional de 1976¹³, una omisión que incluso podría haber derogado tácitamente el auto acordado de 1977¹⁴. Como segundo punto es significativo advertir que el Tribunal Constitucional no suele cuestionar la constitucionalidad de esta técnica regulatoria cuando conoce de los requerimientos de inaplicabilidad en contra de los autos acordados de las Cortes¹⁵. Y, en tercer término, sirve tener en cuenta que en Chile es posible regular un aspecto del procedimiento judicial mediante auto acordado si se toma como punto de partida una distinción conceptual entre garantías, principios y reglas procesales de acuerdo con el texto constitucional de 1980¹⁶.

Lo que ahora importa considerar es que el enfoque cautelar del auto acordado de 1977 y del art. 20 de la Constitución de 1980 fue rápidamente reconocido por la jurisprudencia y por la dogmática chilenas¹⁷. En este sentido la protección pasó a ser caracterizado como un medio de tutela “informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado, abierto y provisorio”¹⁸.

¹¹ LARROUCAU (2019a) pp. 252-277.

¹² ANDRADES (1998) p. 123.

¹³ PRECHT (1992) pp. 53-64.

¹⁴ PINOCHET (2016) pp. 300-301.

¹⁵ ZÚNIGA (2011) pp. 389-417.

¹⁶ LARROUCAU (2017) pp. 201-211 y 219-228.

¹⁷ Por todos, ERRÁZURIZ y OTERO (1989) pp. 34-37.

¹⁸ RÍOS (1994) p. 45.

Las consecuencias prácticas que derivan de esta aproximación cautelar no se hicieron esperar. Entre ellas se pueden destacar –por ahora– las siguientes: la protección tiene un ámbito de aplicación muy amplio ya que procede incluso ante una amenaza siempre que sea seria e inminente¹⁹, pues entre sus objetivos no se encuentra la indemnización de perjuicios. En cuanto a su forma de presentación basta con recurrir de manera verbal²⁰, lo que la asemeja a una especie de denuncia²¹.

En lo que respecta a su legitimación pasiva la protección procede en contra de alguien indeterminado en cuyo caso la Corte puede solicitar a cualquier persona los antecedentes que estime necesarios para decidir (N° 8 inciso 1°, Acta N° 94 de 2015). Este último aspecto se vio fortalecido con el auto acordado de 2018 en que la Corte Suprema amplió a las Cortes de Apelaciones la potestad de solicitar informes a terceros que puedan ser afectados por la decisión (Acta N° 173).

La Corte de Apelaciones también puede dictar “de inmediato” cualquier medida cautelar aunque no haya sido pedida por el recurrente y sin que ello exponga su fallo a la nulidad por *ultrapetita*. El informe que evacúa el recurrido de protección, en tanto, lo hace “como un tercero ajeno al proceso”²², un tercero excluyente²³, no como parte, ya que no se trata de un procedimiento contencioso.

Esta concepción cautelar de la protección de derechos fundamentales tuvo una variante radical a fines de los años ochenta en la tesis de Juan Manuel Errázuriz y Jorge Otero según la cual el sujeto pasivo de la protección es la propia Corte ante la cual se recurre²⁴. Una de las consecuencias inmediatas de esta tesis radical es que la carga de la prueba no recae en quien recurre de protección, ni tampoco en el recurrido, sino que en el mismo tribunal²⁵.

Para un enfoque cautelar la protección es una expresión paradigmática de las facultades conservadoras de los tribunales (art. 3, Código Orgánico de Tribunales del año 1943, COT²⁶) de modo que no corresponde analizar su tramitación con las categorías del procedimiento contencioso. Así, por ejemplo, sería erróneo tenerla por no presentada porque la persona que recurre no cuenta con el patrocinio de un abogado, como sí ha ocurrido en algunas ocasiones²⁷.

Para el punto de vista cautelar la protección “no da origen a un proceso contencioso sino a una relación jurídica que se desarrolla entre el particular y la Jurisdicción” y en ella la orden judicial tiene un fin “equivalente al ‘atrás sin golpes’ del boxeo, esto es, poner a las partes en condiciones de solucionar su controversia por medios jurídicamente idóneos”²⁸.

¹⁹ DÍAZ y FACUSE (2014) pp. 55-76.

²⁰ TAVOLARI (2000) pp. 496-497.

²¹ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) pp. 41-42 y 46.

²² RÍOS (1994) p. 46.

²³ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) p. 28.

²⁴ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) pp. 24-25.

²⁵ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) p. 171.

²⁶ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) p. 38.

²⁷ CERDA (2001) p. 390 (nota 22).

²⁸ ALDUNATE (1999) p. 239.

En la imagen que da Raúl Tavolari la protección se asemeja a “la atención de salud de urgencia que el Estado dispensa”²⁹.

El Tribunal Constitucional chileno por su parte ha refrendado esta concepción cautelar de la protección, por ejemplo, a raíz de un caso en que se pidió la remoción de unos concejales por haber recurrido en contra de su Municipio debido a una supuesta discriminación hacia un colegio particular subvencionado con respecto al uso de un gimnasio municipal. El Tribunal Constitucional sostuvo que la prohibición legal que pesa sobre los concejales en términos de que no pueden actuar como abogados “en cualquier clase de juicio” en contra del Municipio no les impedía interponer una protección porque esta vía no persigue la declaración de un derecho, ni tampoco comparecen en ella como mandatarios de los afectados sino como agentes oficiosos para la tutela de un derecho fundamental (cons. 23º)³⁰.

Lo anterior da una imagen general del modo en que se puede usar la protección ante una Corte en su rol de tutela cautelar. Esta fisonomía acota las pautas de actuación que se derivan del principio de buena fe procesal tanto para quien recurre de protección como para quien aparece como recurrido ante el tribunal³¹. Para perfilar de mejor manera esta noción es útil detenerse en los dos aspectos en que la impronta cautelar de la protección de derechos fundamentales tiene un mayor impacto procesal si se le compara con el enfoque sumario: el acceso al tribunal (con los filtros de admisibilidad) y la eficacia de la decisión (a propósito de la cosa juzgada).

1. FILTROS DE ADMISIBILIDAD

El intenso uso de la protección a partir de los años noventa llevó a que la Corte Suprema introdujera un filtro de admisibilidad en este campo. Ello ocurrió en el año 1998 cuando la Sala pudo declarar –por unanimidad– que la protección era inadmisibile por “extemporánea” o porque adolecía de “manifiesta falta de fundamento”. Esta decisión debía ser “someramente fundada” (Nº 1, auto acordado de 1998).

Casi una década después, en el auto acordado del año 2007, la Corte Suprema modificó este filtro de admisibilidad al señalar que la Sala debe decidir si la protección se interpuso “en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías” reconocidas en el art. 20 de la Constitución de 1980. Esta decisión debe ser fundada y admite una reposición en su contra dentro de tercero día (I, auto acordado de 2007).

En el año 2015 se dispuso que la resolución que declara inadmisibile una protección es apelable en subsidio de la reposición ante la Corte Suprema la cual decide en cuenta (Nº 2, Acta Nº 94 de 2015) pero no se dijo nada acerca del tipo de plazo de que se trata. En mi opi-

²⁹ TAVOLARI (2000) pp. 481-482 (nota 559).

³⁰ *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD PRESENTADO POR CRISTIAN HERRERA Y RAÚL SCHIFFERLI RESPECTO DE LA LETRA B) DEL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 75 DE LA LEY Nº 18.695* (2014) analizada en BORDALÍ (2014) pp. 277-283.

³¹ Art. 2 letra d), Ley Nº 20.886 del año 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.

“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”.

nión este plazo para reponer y para apelar en subsidio debe ser entendido como uno discontinuo por aplicación del Libro I del Código de 1903 (“Disposiciones comunes a todo procedimiento”, art. 66) y no como uno continuo que sería el resultado de aplicar supletoriamente el Código de Bello de 1857 (art. 50). Esta última fue la idea de Errázuriz y Otero³².

La presencia de este filtro de admisibilidad es clave para la dualidad cautelar y sumaria de la protección ya que la oportunidad procesal para aplicar la verosimilitud del derecho (*fumus boni iuris*) o el peligro en la demora (*periculum in mora*) es distinta en uno y otro caso. En efecto, (1) bajo una concepción cautelar la Corte propende a conocer la protección y a decidir en su fallo si hay o no verosimilitud del derecho o peligro en la demora; (2) para una aproximación sumaria, en cambio, estos criterios suelen adelantarse y la Corte los tiende a aplicar cuando controla la admisibilidad de la protección. Así, por ejemplo, cuando se declara inadmisibile una protección interpuesta en contra de una AFP (administradora de fondos de pensiones) por alguien que quiere retirar sus fondos de capitalización individual sin haberse jubilado, lo que la Corte aplica es una concepción sumaria de la protección ya que decide en la admisibilidad y no en el fallo que ella no procede porque no se ha vulnerado la propiedad³³.

Este es un aspecto que requiere un matiz adicional para intentar explicar lo que ocurre en la práctica. Lo que la jurisprudencia revela es que la aplicación del filtro de admisibilidad por parte de las Cortes de Apelaciones responde a la dualidad procesal de la protección de derechos fundamentales en un sentido aún más profundo ya que (a) se inclina hacia una concepción sumaria de su tramitación cuando se trata del criterio de la verosimilitud del derecho y (b) hacia una concepción cautelar en lo que respecta al peligro en la demora. Estos dos enfoques para decidir la admisibilidad se pueden ilustrar con algunos ejemplos.

a) *Verosimilitud del derecho*

A partir de su vigencia en el año 1998 se volvió más o menos habitual que las Cortes filtren una protección en base a que el derecho invocado no es “indubitado” o “preexistente”³⁴ con un control del escrito del recurrente que es tanto formal como de fondo³⁵.

El adelantamiento en una decisión de este tipo no solo expresa una aproximación sumaria a la protección del art. 20 de la Constitución de 1980 sino que también traza una diferencia con otras vías judiciales que protegen derechos fundamentales en donde las exigencias para quien acude al tribunal son menores. Esto último es lo que ocurre en el procedimiento laboral de tutela de los derechos fundamentales en donde el trabajador solo debe establecer “indicios suficientes” de la vulneración (arts. 485 inciso final y 493 del Código del Trabajo) y no un derecho “indubitado” o “preexistente”.

Las razones para introducir una diferencia de este tipo no pueden ser discutidas en este momento, pero resulta paradójico que un procedimiento claramente contencioso

³² ERRÁZURIZ y OTERO (1989) p. 84.

³³ BARRAZA CON AFP CUPRUM S.A. (2019).

³⁴ GÓMEZ (2005) pp. 91-93.

³⁵ PAREDES (2014) p. 134.

como el laboral termine siendo menos exigente que una vía judicial diseñada e interpretada la mayoría de las veces por la Corte Suprema como una tutela de urgencia.

Por cierto, esta mayor exigencia cuando se recurre de protección ante una Corte también se aprecia con respecto a los derechos que no fueron incluidos expresamente en el catálogo constitucional de 1980: los llamados derechos sociales como la salud, la educación y la seguridad social³⁶. Esto llevó a que las Cortes de Apelaciones acudiesen a estrategias polémicas para sortear la admisibilidad en favor del recurrente como la “propietarización” de su derecho³⁷ y la equidad³⁸.

b) *Peligro en la demora*

La protección es admisible cuando hay un peligro de privación, perturbación o amenaza de un derecho reconocido por el art. 20 de la Constitución de 1980. Para una concepción cautelar es suficiente con este peligro ya que de lo que se trata es de dar una respuesta judicial de urgencia. A pesar de esto, la jurisprudencia chilena también contiene casos en donde este criterio es interpretado en contra del recurrente, por ejemplo, cuando se declara inadmisibile una protección por la publicación de un aviso en la entrada de un condominio que informa a los vecinos que uno de ellos no ha pagado los gastos comunes³⁹. Decidir en la admisibilidad que estos hechos no justifican ni siquiera tramitar una protección denota una idea sumaria de la misma.

Esta volatilidad jurisprudencial exige que la dogmática procesal chilena trate de sistematizar los criterios para declarar inadmisibile una protección sobre todo ante la tendencia de las Cortes de Apelaciones a acudir a un mismo criterio pero con fórmulas diversas⁴⁰. Así ocurre cuando afirman que “existe otro procedimiento adecuado”, “es un asunto de lato conocimiento”, “tiene previsto en la ley su propio procedimiento de revisión” o “es una materia contractual que debe llevarse a la justicia ordinaria”⁴¹ todas ellas expresiones en donde lo que se invoca es un mismo criterio de admisibilidad: la protección como tutela residual ante otras instancias especializadas sin que el recurrente pueda optar entre ellas ya que no hay *forum shopping*.

Si bien este último es un aspecto que tampoco puede ser abordado en este artículo sí se puede recordar que el año 1992 un proyecto de ley presentado para crear tribunales contencioso administrativos incluyó la potestad de la Corte de remitir a dichos tribunales el caso que conocía por la vía de la protección, lo que implicaba reconocer que esta tutela tiene una aplicación residual en el control de la Administración del Estado (art. 63, Mensaje N° 424-323).

La propia Corte Suprema ha constatado y valorado en forma negativa esta disparidad de criterios para decidir qué casos se admiten a tramitación y cuáles no. En el auto

³⁶ BUSTOS (2009) pp. 233-244.

³⁷ VERGARA (1991) pp. 281-291.

³⁸ PAILLÁS (2002) p. 116.

³⁹ Por todas, MARTÍNEZ CON CONDOMINIO PARQUE BULNES (2017).

⁴⁰ Un intento de sistematización de los criterios procesales de admisibilidad de la protección de derechos fundamentales en LARROUCAU (2020) pp. 5-31.

⁴¹ PINOCHET (2016) p. 305.

acordado de 1998 reconoció “que existen criterios dispares acerca de la procedencia del recurso que eventualmente se intenta en contra de la resolución que se pronuncia sobre la inadmisibilidad de la acción de protección, ya sea que ello tenga lugar con oportunidad de la cuenta o en la sentencia que posteriormente dicte la Corte de Apelaciones”. Lo que la Corte Suprema no advirtió, ni entonces ni en los autos acordados posteriores, es que esta disparidad de criterios no solo se debe a la libertad interpretativa que tienen las distintas Cortes de Apelaciones del país, sino que a la dualidad cautelar y sumaria que tensiona la tramitación de la protección del art. 20 de la Constitución de 1980 de principio a fin.

Esta dualidad en su fisonomía procesal es la que explica una situación francamente anómala: que algunas protecciones sean rechazadas tras escuchar al recurrido en su informe o en los alegatos (concepción cautelar) por las mismas razones que otras son declaradas inadmisibles de entrada (concepción sumaria). Uno de los muchos ejemplos que se pueden citar a este respecto es *GONZÁLEZ Y OTROS CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE LAS CONDES*, en donde se recurrió de protección por un sistema de vigilancia con drones: allí la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones Santiago rechazó la protección porque no se demostró una privación, perturbación o amenaza concreta a un derecho fundamental para lo cual invocó un criterio –el de la “amenaza concreta”– que en otros casos se ha usado para declarar inadmisibile la protección⁴².

2. EFICACIA DE LA DECISIÓN

La concepción cautelar de la protección de derechos fundamentales impide hablar de cosa juzgada, ya que las decisiones cautelares son órdenes judiciales provisorias. Es posible que ni siquiera tenga sentido hablar de una cosa juzgada formal ya que la resolución que ordena una medida cautelar es un auto⁴³ y no una sentencia definitiva o una interlocutoria (art. 158 CPC), que son las resoluciones que producen cosa juzgada (art. 175 CPC).

En la literatura procesal chilena solo Hugo Pereira ha sostenido que la resolución que decide una medida cautelar es una sentencia interlocutoria de segundo grado por lo que puede producir cosa juzgada⁴⁴. No obstante una interpretación como esta solo funciona cuando se trata de una medida prejudicial precautoria (art. 290 CPC) a la que sigue un juicio posterior, algo que no siempre ocurre en las protecciones ya que esta tutela puede configurar una medida cautelar anticipatoria: por ejemplo, cuando se ordena que un niño recién nacido reciba las vacunas obligatorias que sus padres se niegan a dar.

Es por ello que una aproximación cautelar a la protección conduce a que lo discutido ante una Corte se pueda plantear de nuevo en cualquier momento y sin necesidad de otros antecedentes debido a que la cosa juzgada en su efecto negativo o excluyente queda fuera de lugar⁴⁵. Así, por ejemplo, en *MAZA CON PROMOTORA CMR FALABELLA S.A.* la Corte de Apelaciones de Santiago acogió una protección interpuesta por alguien a quien la empresa llamaba

⁴² *GONZÁLEZ Y OTROS CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE LAS CONDES* (2017).

⁴³ MARÍN (2016) pp. 374-378.

⁴⁴ PEREIRA (1997) pp. 118-120.

⁴⁵ Por todas, *LEBANON INVESTMENT CORPORATION CHILE CON SAUNA HERMANOS LTDA.* (1997) analizada en ROMERO (1999) pp. 503-515.

todos los días para cobrar una deuda inexistente, algo que no solo fue considerado arbitrario sino que también abusivo, “pues se acosó telefónicamente a quien no tenía la calidad de deudor moroso, obligándolo a deducir dos acciones de protección por los mismos hechos, a fin de que cesara tal acoso” (cons. 9°)⁴⁶. Como se puede ver el propio fallo estableció que el tribunal había conocido otras dos protecciones anteriores por el mismo motivo y no solo acogió la tercera protección sino que invocó en favor del recurrente su insistencia judicial como un argumento para calificar a la conducta de la empresa como abusiva.

El enfoque cautelar de la protección de derechos fundamentales exime al recurrente de invocar nuevos hechos o nuevas pruebas. En su importante trabajo del año 1982 Eduardo Soto Kloss advirtió esta posibilidad y quiso cerrarle el paso al decir que no procedería una protección “por los mismos hechos” que fundaron una anterior ya que habría cosa juzgada material⁴⁷, pero no dio ningún argumento para ello de modo que su afirmación debe ser leída como una petición de principio o bien como una expresión de un enfoque sumario de la protección. Por lo que se dirá en el siguiente apartado parece que se trató de esto último ya que –al igual que la mayoría de la literatura chilena– el trabajo de Soto Kloss reconoce una concepción sumaria de la protección del art. 20 de la Constitución de 1980.

Por último, la concepción cautelar de esta tutela judicial también explica una práctica muy criticada por los abogados: la escasa –a veces nula– motivación de los fallos de protección. Esta carencia se explica porque según la ley procesal civil los autos y las sentencias interlocutorias, que es el campo en donde se mueve la técnica cautelar, solo tienen una parte considerativa cuando “la naturaleza del negocio lo permita” (art. 171 CPC) y son las propias Cortes las que deciden caso a caso el modo en que debe interpretarse la “naturaleza” del asunto.

IV. JUICIO SUMARIO

La manera en que se tramita la protección de derechos fundamentales también puede interpretarse como un juicio sumario. Eduardo Soto Kloss notó de manera temprana esta posibilidad a pesar de que su trabajo suele enfatizar la importancia de la protección como una medida cautelar de urgencia. En sus palabras, “la naturaleza jurídica de la acción de protección es la de ser, en general, una *acción declarativa* [por lo que] el pronunciamiento cautelar es consecuencia de esa declaración de antijuridicidad del acto u omisión ilegal o arbitrario [de modo que] no es que la acción de protección sea una acción cautelar [...] lo cautelar son las medidas de protección”⁴⁸.

En los años noventa Enrique Paillás suscribió este enfoque al afirmar que la protección de derechos fundamentales es un procedimiento especial,⁴⁹ algo que Jana y Marín reiteraron al calificarla como un procedimiento de urgencia similar a los interdictos posesorios⁵⁰.

⁴⁶ MAZA CON PROMOTORA CMR FALABELLA S.A. (2017).

⁴⁷ SOTO (1982) pp. 293-294.

⁴⁸ SOTO (1982) p. 248 (destacado en el original).

⁴⁹ PAILLÁS (2002) pp. 104 y 118-119.

⁵⁰ JANA y MARÍN (1996) pp. 86-95.

La explicación procesal de este fenómeno fue articulada por Andrés Bordalí a comienzos de este siglo al identificar las razones por las cuales la protección no sería una forma de tutela cautelar sino un juicio sumario especial⁵¹. Al igual que otros procedimientos contenciosos esta tutela admite medidas cautelares como es el caso de la orden de no innovar.

De acuerdo con esta explicación la tutela judicial de derechos fundamentales no deriva del art. 20 de la Constitución de 1980 sino de su art. 19 N° 3 inciso 1°, el cual contempla el derecho de acción para acudir a tribunales⁵². Esta tesis responde a un argumento anterior según el cual el acceso a la justicia se traduce en una única acción judicial y en múltiples pretensiones, algo que en el debate en torno a la acción se conoce como dualismo⁵³.

El art. 20 de la Constitución habría establecido un “proceso especial de tutela urgente de los derechos fundamentales”⁵⁴: un “proceso constitucional”⁵⁵.

Este es un punto pacífico en la literatura procesal chilena hoy en día. Alejandro Romero, por ejemplo, considera que “en rigor, el sistema cautelar en dicho procedimiento [protección] viene dado por la orden de no innovar, pero no por el contenido final de la sentencia [pues] solo en casos muy excepcionales se podría atribuir a la sentencia de protección naturaleza cautelar, específicamente, cuando el fallo de protección ordena adoptar medidas para conflictos que se encuentran en estado de litispendencia”⁵⁶. Gonzalo Cortéz, por su parte, adhiere a la tesis de que lo cautelar en la protección de derechos fundamentales es la orden de no innovar la cual “se ha convertido en la realidad del proceso chileno como el instrumento de tutela cautelar más amplio, porque el contenido que se puede insuflar recorre la más amplia variedad de efectos cautelares conocidos”⁵⁷.

En este juicio sumario especial la contradicción entre las partes se reduce al mínimo gracias al informe que debe evacuar el recurrido dentro de un plazo “breve y perentorio” tal como se ha establecido desde el auto acordado de 1977 (N° 3). Esta impronta sumaria del procedimiento sugiere que las Cortes no deberían prorrogar el plazo cuando el informe no se evacua a tiempo⁵⁸.

La dogmática procesal ha visto en esta solicitud del informe un equivalente del “traslado” en el juicio de lato conocimiento⁵⁹ y en el informe mismo una especie de contestación de la demanda⁶⁰. Este peculiar modo de formar el debate sugiere que la contradicción de partes no se difiere para un juicio declarativo posterior sino que se acota en el mismo juicio⁶¹ y dado que la protección sería un procedimiento contencioso de cognición, la Sala

⁵¹ BORDALÍ (2001) p. 65.

⁵² BORDALÍ (2004) p. 274.

⁵³ BORDALÍ (1999) pp. 43-58; PINOCHET (2016) pp. 35-38.

⁵⁴ BORDALÍ (2004) p. 275.

⁵⁵ BORDALÍ (2003) p. 254 (nota 7).

⁵⁶ ROMERO (2014) p. 170 (nota 211).

⁵⁷ CORTEZ (2017) pp. 26-33.

⁵⁸ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) pp. 157-159; TAVOLARI (2000) p. 517.

⁵⁹ PAILLÁS (2002) p. 135.

⁶⁰ PALOMO (2009) p. 371.

⁶¹ BORDALÍ (2004) p. 279.

podría tomar algunas decisiones que son propias de esta clase de juicio como llamar a conciliación a las partes⁶².

El mejor referente normativo de este enfoque sumario de la protección es el auto acordado del año 2015 (Acta N° 94) y una práctica jurisprudencial que reúne una serie de decisiones de las Cortes que solo se explican desde el punto de vista de una tramitación sumaria. Las consecuencias procesales más significativas que se derivan de ella pueden reseñarse siguiendo la misma cronología de un juicio declarativo: debate (tribunal competente, plazo para interponer la protección, legitimación activa, participación de terceros y orden de no innovar), prueba (evidencias admisibles y valoración) y decisión (cosa juzgada y sanciones).

El análisis de cada uno de estos aspectos revela las múltiples maneras en que la protección se ha ido transformando en una instancia más de declaración de derechos, deberes y obligaciones, lo que ha relegado el rol de tutela de urgencia que motivó su creación en los años setenta.

1. DEBATE

a) *Tribunal competente*

La competencia para conocer de la protección de derechos fundamentales fue entregada desde un inicio a la Corte de Apelaciones respectiva (art. 20 inciso 1° de la Constitución de 1980).

Esta regulación ha sido modificada por medio de autos acordados solo como una respuesta a la sobrecarga de trabajo de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones Santiago, en este último caso debido al profuso empleo de la protección en contra de la Administración del Estado, lo que afectó a dicho tribunal ya que la mayoría de los servicios públicos recurridos se encuentran en Santiago.

Para hacer frente a esta sobrecarga de trabajo la Corte Suprema incluso llegó a distribuir –en el auto acordado de 1998– la competencia de las apelaciones de las protecciones entre sus Salas de acuerdo con un criterio geográfico⁶³. Este reparto fue criticado por incrementar las probabilidades de un trato desigual por parte de las Salas de la Corte Suprema⁶⁴.

En el año 2015 la Corte Suprema tomó una medida específica para descongestionar a la Corte de Apelaciones de Santiago al darle competencia a la Corte de Apelaciones del lugar en donde se hubiere “cometido el acto o incurrido en la omisión” que causa privación, perturbación o amenaza del derecho o bien a la del lugar en que se producen los efectos, a elección del recurrente (N° 1, Acta N° 94).

A pesar de estos cambios la regulación de la competencia es incompleta ya que da lugar a ciertas dudas que han debido ser abordadas por los propios tribunales. Así, por ejemplo, si alguien es afectado por varios actos de personas domiciliadas en diversos territorios

⁶² CERDA (2001) p. 398.

⁶³ Primera Sala (Civil) (Temuco, Valdivia, Puerto Montt, Coyhaique y Punta Arenas), Segunda Sala (Penal) (Arica, Iquique, Copiapó, La Serena, Antofagasta y Valparaíso) y Tercera Sala (Constitucional) (Santiago, San Miguel, Rancagua, Talca, Chillán y Concepción).

⁶⁴ BORDALÍ (2007) p. 54.

jurisdiccionales se ha discutido si quien recurre puede escoger la Corte de Apelaciones ante la cual interpone la protección (*i. e.*, si es posible autorizar el *forum shopping*)⁶⁵.

Este es un buen momento para recordar una de las consecuencias procesales de la tesis radical de Errázuriz y Otero en cuanto al art. 20 de la Constitución de 1980. De acuerdo con su lectura la protección no permitiría la prórroga de competencia del recurrido ya que ella es una vía judicial inquisitiva y unilateral de modo que no hay contraparte y, de haberla, sería la propia Corte de Apelaciones la cual no podría excusarse de conocer el caso (art. 10 inciso 2 COT). Una consecuencia que se deriva de esta falta de prórroga es que la protección se podría interponer ante cualquiera de las Cortes de Apelaciones del país (art. 187 N° 1 COT)⁶⁶.

b) Plazo

El plazo original para recurrir de protección de derechos fundamentales fue de quince días (N° 1, auto acordado de 1977) el que se amplió tres décadas más tarde a treinta días (auto acordado de 2007).

La existencia misma de un plazo para recurrir ha sido cuestionada porque sería una especie de caducidad del derecho fundamental⁶⁷. Es por esto que se ha sugerido que la protección no debería tener un plazo y, en caso de haber uno, no tendría que ser inferior a seis meses⁶⁸.

En este caso se trata de un plazo de días “corridos” (*i. e.*, discontinuo si se aplica estrictamente el art. 66 CPC) cuyo inicio se cuenta “desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión (sic) o, según la naturaleza de estos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos” (N° 1 Acta N° 94 de 2015). Así, por ejemplo, en *KOROL CON BÍO-BÍO COMUNICACIONES S.A. Y OTROS* la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó por extemporánea la protección que interpuso un abogado con el fin de que se eliminase una noticia sobre una estafa que hizo a unos clientes porque se entendió que hacía varios años que este abogado sabía de la existencia de la noticia por la cual recurrió⁶⁹.

A pesar de la claridad de esta regla la forma de contar el inicio del plazo ha sido discutida cuando se trata de actos administrativos que admiten recursos ante la propia Administración o bien cuando se trata de actuaciones compuestas por una serie de actos intermedios. Para estos escenarios se ha propuesto usar el criterio objetivo de la ejecución, es decir, que el cómputo el plazo para recurrir se inicie una vez agotados dichos recursos o actos⁷⁰.

La ley señala que el debate en sede administrativa interrumpe el plazo para recurrir de protección (art. 54, Ley N° 19.880 del año 2003). Esto implica que si el interesado pierde en sede administrativa lo más probable es que el plazo para recurrir de protección

⁶⁵ Rol N° 21.034 citada en SOTO (1985) p. 190.

⁶⁶ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) pp. 89-90.

⁶⁷ SCHIESSLER (1982) p. 358.

⁶⁸ PINOCHET (2016) pp. 311-314.

⁶⁹ *KOROL CON BÍO-BÍO COMUNICACIONES S.A. Y OTROS* (2017).

⁷⁰ GÓMEZ (2005) p. 126; PINOCHET (2016) pp. 315-317.

haya caducado, pues se entenderá que nunca fue interrumpido. De allí que hubiese sido preferible que la ley considerase que el inicio del debate administrativo suspende dicho plazo en lugar de interrumpirlo.

En el caso de las omisiones de un servicio público que no está obligado a actuar dentro de un término específico Eduardo Soto Kloss propuso una idea aún más polémica: que el inicio del plazo para recurrir de protección lo fije prudencialmente la propia Corte de Apelaciones⁷¹.

c) *Legitimación activa*

La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales tiene un impacto considerable durante la fase de debate. Esto se puede ver en relación con la legitimación para recurrir y con otras nociones que son aledañas a este elemento constitutivo de la acción como la exigencia de capacidad para comparecer cuando quien recurre es un tercero.

En relación con esto último la exigencia de capacidad para comparecer a juicio cuando quien recurre es un tercero –algo que existe desde el auto acordado de 1977 (N° 2)– ha sido ampliamente cuestionada porque el art. 20 de la Constitución no precisa tal capacidad⁷².

Lo mismo se puede decir del debate respecto de si este tercero –quien actúa como un agente oficioso– puede o no desistirse de la protección. Esta posibilidad ha sido rechazada con un argumento que es típico de un juicio contencioso: el poder de disposición del tercero se agotaría en el solo hecho de interponer ante la Corte de Apelaciones una protección a nombre de otro⁷³.

En este mismo plano cabe destacar la práctica judicial de permitir las adhesiones a la protección lo cual ha sido visto como una especie de litisconsorcio activo para evitar decisiones contradictorias⁷⁴.

En otras palabras, tanto la capacidad para comparecer a juicio del tercero, como el debate en torno a su desistimiento y a la adhesión a la protección revelan una concepción sumaria de la misma.

La aproximación cautelar reaparece cuando se analiza la legitimación activa ya que en este aspecto las Cortes han cultivado una interpretación laxa que es propia de la tutela cautelar de urgencia. Así, por ejemplo, en *CONSEJO DE AUTORIDADES ANCESTRALES DEL PUEBLO NACIÓN MAPUCHE “ÑISOL GNULAM” CON DIRECCIÓN GENERAL DE TERRITORIO MARÍTIMO Y MARINA MERCANTE DE LA ARMADA DE CHILE*, se interpuso una protección en contra de la autorización para verter más de nueve mil toneladas de salmones muertos a ciento cuarenta kilómetros de la costa de Chiloé esgrimiendo la “propiedad que el Pueblo Nación Mapuche posee sobre el mar” un fundamento objetado por la recurrida pero que la Corte de Apelaciones de Valparaíso no cuestionó al momento de decidir el caso (cons. 7^o75).

⁷¹ SOTO (1982) p. 264.

⁷² PINOCHET (2016) p. 154.

⁷³ SCHIESSLER (1982) p. 361.

⁷⁴ SOTO (1982) pp. 265-267.

⁷⁵ *CONSEJO DE AUTORIDADES ANCESTRALES DEL PUEBLO NACIÓN MAPUCHE “ÑISOL GNULAM” CON DIRECCIÓN GENERAL DE TERRITORIO MARÍTIMO Y MARINA MERCANTE DE LA ARMADA DE CHILE* (2016).

En esta misma línea la jurisprudencia ha reconocido una amplia legitimación activa para recurrir de protección tanto en el caso de particulares (por ejemplo, en *PHILIPPI Y OTROS CON LABORATORIO CHILE S.A.* se aceptó la legitimación para recurrir al concebido no nacido respecto de un anticonceptivo de emergencia⁷⁶) como a los órganos de la Administración del Estado. En este último caso la jurisprudencia ha aceptado la idea de que “un ente público personificado puede ser lesionado en su esfera «subjética» (si cupiera con precisión el adjetivo)⁷⁷: por ejemplo, al aceptar que unos municipios recurriesen en contra de la Contraloría General de la República respecto del cobro de una patente a ciertas sociedades de inversión⁷⁸.

d) *Participación de terceros*

El enfoque cautelar limita la intervención de los terceros durante la tramitación de una protección a la categoría de tercero excluyente, algo que no ocurre en la aproximación sumaria. Esto queda de manifiesto en la regla que señala que al apelarse una protección el Presidente de la Corte Suprema puede ordenar dar cuenta preferente en la Sala que corresponda y que la protección sea resuelta previa vista de la causa, la que se agrega extraordinariamente a la tabla respectiva de la Sala (1) si lo estima conveniente, (2) se le solicita con fundamento plausible y (3) especialmente cuando se le pide de común acuerdo por recurrente, recurrido y quienes hayan sido considerados como partes en el procedimiento (N° 7, Acta N° 94 de 2015).

Esta misma forma de entender la participación de los terceros en las protecciones se observa a partir de los años noventa cuando la protección intensificó su campo de aplicación hacia el control de actuaciones de particulares⁷⁹. Así, por ejemplo, en el año 1993 en el famoso caso *LUKSIC CON MARTORELL Y EDITORIAL PLANETA* donde el recurrente afirmó que el libro en cuestión era una “basura moral que nadie puede aceptar sin lesionar los valores fundamentales en que descansa la sociedad cristiana occidental” (cons. 1^o⁸⁰) compareció entre otros “Marco Antonio Enríquez Gumucio, cineasta, estudiante de la Universidad de Chile” como tercero coadyuvante para alegar que se trataba de un caso de censura previa y pedir que se dejase sin efecto la prohibición de vender el libro *Impunidad diplomática* (cons. 5^o).

En *TOLEDO CON AGUILERA*⁸¹ también se advierte una actuación como tercero coadyuvante típica de un procedimiento contencioso. En este caso la jueza recurrida de protección fue apoyada por alguien que litigaba otro juicio ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Talca a cargo de la misma jueza. Esta circunstancia originó más adelante un incidente de

⁷⁶ *PHILIPPI Y OTROS CON LABORATORIO CHILE S.A.* (2001).

⁷⁷ SOTO (1982) p. 73.

⁷⁸ *MUNICIPALIDADES DE SANTIAGO Y OTRAS CON CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA* (2012) analizada en LEWIS (2013) pp. 129-141.

⁷⁹ LARROUCAU (2019a) pp. 261-263.

⁸⁰ *LUKSIC CON MARTORELL Y EDITORIAL PLANETA* (1993).

⁸¹ *TOLEDO CON AGUILERA*, Corte de Talca, Rol N° 2633-17, citado en *VALDIVIA CON CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL DE LA REGIÓN METROPOLITANA* (2017) visto y cons. 1^o.

recusación en contra de la magistrada –*VALDIVIA CON CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL DE LA REGIÓN METROPOLITANA*– el que fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Talca⁸².

Las formas de participación de los terceros y el modo en que se comparece ante la Corte son dos aspectos más en donde la dualidad cautelar y sumaria de la protección marca una diferencia significativa. En cuanto a la forma de comparecer ante la Corte las contradicciones surgen porque el art. 4 del Acta N° 94 de 2015 señala que “las personas, funcionarios u Órganos del Estado afectados o recurridos, podrán hacerse parte en el recurso” lo que da a entender que el solo hecho de haber sido recurrido no les hace parte, ni a los terceros (“afectados”), ni a la contraparte (“recurridos”).

Para aclarar este punto dicha regla puede ser interpretada en relación con la Ley N° 20.886 del mismo año 2015, ya que en la tramitación electrónica se eliminó la carga de comparecer en segunda instancia –algo que la parte tenía que cumplir dentro del plazo de cinco días– y se impuso en su lugar un deber del propio tribunal de emplazar a las partes. Este deber del tribunal se cumple cuando la Corte certifica en la carpeta electrónica la comunicación del tribunal de primera instancia en cuanto a que el recurso de apelación fue declarado admisible (arts. 197, 200 y 800 N° 1 CPC). Este cambio demuestra que en algunos casos el derecho de defensa de las partes puede ser resguardado sin que sea necesario imponer una carga o un deber a las partes lo que es relevante a la hora de interpretar el principio de buena fe procesal.

e) *Orden de no innovar*

Para una concepción sumaria de la protección su dimensión cautelar se expresa fundamentalmente en la orden de no innovar (ONI). La ONI tiene un importante efecto por cuanto radica la causa en la Sala que la ordena. Esto abre una discusión cuando se acumulan en una misma Sala varias protecciones que cuentan con ONI. En una situación como esta el Pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que la protección debía ser conocida por la Sala que primero dictó una ONI, algo que llevó a sugerir su radicación en la Sala que sorteó el Presidente de la Corte para evitar que su tramitación se dilate pidiendo el cumplimiento de una gestión⁸³.

En el ámbito de una concepción cautelar, en cambio, la ONI no tendría sentido porque se trataría de una medida cautelar dentro de una técnica que en sí misma es cautelar, a menos que se la concibiera de un modo trivial como una medida cautelar nominada en un universo de medidas cautelares innominadas; algo así como un “instrumento del instrumento” cautelar de la protección en una analogía con la suspensión del amparo mexicano⁸⁴.

Es por esto que la concepción sumaria del art. 20 de la Constitución de 1980 permite comprender mejor el rol de la ONI, pues quien recurre busca una tutela rápida de modo que una vez identificado el objeto procesal lo que debe hacer la Corte es adoptar las medidas que correspondan para evitar un daño.

⁸² *VALDIVIA CON CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL DE LA REGIÓN METROPOLITANA* (2017).

⁸³ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) pp. 180-182.

⁸⁴ TAVOLARI (1994) pp. 158-168.

La ONI puede tener el carácter de una medida cautelar innovativa cuando “se anticipa a la sentencia definitiva”⁸⁵ –también llamada, con una fórmula redundante, una “cautela innovativa de innovar” (sic)⁸⁶– tal como ocurre en los casos en que la Corte ordena una transfusión de sangre⁸⁷.

Por último, la discusión en torno a si la ONI debe motivarse o no se conecta nuevamente con la calificación jurídica de la resolución judicial que decide una protección ya que en este caso puede tratarse de un auto⁸⁸ o de una interlocutoria (art. 158 CPC) de modo que su motivación depende de su “naturaleza” (art. 171 CPC) a juicio de la Corte respectiva.

2. PRUEBA

A pesar de que el texto constitucional de 1980 y los autos acordados casi no contienen menciones a la prueba esta fase de los procedimientos contenciosos está muy presente en la práctica. En palabras de Raúl Tavolari los “tribunales y litigantes han ido conformando un verdadero estatuto jurídico de facto de la prueba, ante la insuficiente normativa evidente”⁸⁹.

En un comienzo solo se contempló la posibilidad de que la Corte pueda “para mejor acierto del fallo, decretar todas las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos” (N° 3, auto acordado de 1977). Para ello se hizo una referencia a la categoría genérica de “antecedentes” la cual ha sido interpretada como “una especie de simbiosis” de todos los medios de prueba de la ley procesal civil⁹⁰.

Esta carencia de reglas específicas en el ámbito probatorio ha ocasionado varios debates cuando la protección se concibe desde el punto de vista sumario. Por ejemplo, alguna vez se sostuvo –por analogía con el sumario del Código de Procedimiento Penal del año 1906– que los instrumentos no requerían ser acompañados con citación⁹¹, algo que ya en 1982 fue criticado por Eduardo Soto Kloss dado que la práctica de tener por acompañados los instrumentos para su sola vista (*ad effectus videndi*) sin dar la posibilidad de contradecirlos dejaba sin efecto el mecanismo contemplado por ley procesal civil para resguardar el derecho de defensa ante una Corte que sí debe valorar estos instrumentos (art. 348 inciso 2 CPC)⁹².

En cuanto a la valoración de la prueba en particular el autor acordado de 1977 dispuso que estos antecedentes se apreciaran en conciencia (N° 7). Este modelo dio paso a una valoración según la sana crítica en el auto acordado de 1998 (N° 5) lo que trajo consigo un ingreso de todas las discusiones que son propias de este sistema de valoración en la protección de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en *VÁSQUEZ CON UNIVERSIDAD ACADEMIA HUMANISMO CRISTIANO* un estudiante recurrió de protección porque se le exigía acreditar experiencia laboral para rendir el examen de grado en un programa especial de

⁸⁵ ZÚNIGA (1997) p. 112.

⁸⁶ GÓMEZ (2005) p. 273 (nota 448).

⁸⁷ PINOCHET (2016) pp. 383-390.

⁸⁸ OBERG (1987) p. 60.

⁸⁹ TAVOLARI (2000) p. 512.

⁹⁰ PINOCHET (2016) p. 406.

⁹¹ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) p. 163.

⁹² SOTO (1982) pp. 367-369.

titulación en derecho, la que fue acogida por la Corte de Apelaciones de Talca por una infracción a la sana crítica, puesto que “pugna con la lógica y las máximas de la experiencia, como elementos integrantes de la sana crítica, que un estudiante pueda adquirir la calidad de egresado de una carrera universitaria y obtener un certificado oficial emitido por la Universidad respectiva, sin haber cumplido previamente con la totalidad de los requisitos curriculares previstos en su plan de formación” (cons. 8°)⁹³.

La importancia de la fase probatoria en las protecciones es una consecuencia de su concepción como procedimiento declarativo sumario. Esto se aprecia no solo en el detalle con el cual las Cortes pueden llegar a describir los hechos en sus fallos sino que también en la cantidad de evidencias que se rinden ante ellas. Esto último salta a la vista, por ejemplo, en un caso como *JEREZ CON ASOCIACIÓN CHILENA DE SEGURIDAD* en donde se recurrió debido al alza médica que se ordenó respecto de un reposo laboral luego de que se cambiase un diagnóstico de depresión por uno de trastorno adaptativo lo que llevó a que el trabajador terminase siendo despedido por una ausencia injustificada de su lugar de trabajo. La Corte de Apelaciones de Concepción acogió la protección luego de valorar una serie de evidencias relacionadas con la forma en que se diagnosticó al trabajador entre las que se incluían su ficha clínica, los informes de varios médicos y la atención que le brindó la Asociación Chilena de Seguridad⁹⁴.

Por el contrario, cuando no se abre una fase probatoria en la tramitación de la protección lo que se reivindica es su rol de tutela cautelar de urgencia. Un ejemplo en este último enfoque es el caso *VERGARA Y MORALES CON SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE V REGIÓN* en donde se recurrió invocando como un hecho público y notorio en base a una nota de prensa de El Mostrador el exceso de metales pesados en las comunas de Puchuncaví y Quintero ante lo cual la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó la protección porque no se trataba de “hechos indubitados” sino que de circunstancias que requerían de “una indispensable y completa prueba pericial con la que aquí no se cuenta” (cons. 2°) y es el caso que en una protección “no puede ahondarse en actividades probatorias complejas” (cons. 1°)⁹⁵.

Por último, la inclusión de la sana crítica en el año 1998 también dio pie a disputas entre las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema en torno a los hechos que se deben tener por probados. Esta posibilidad es típica de un procedimiento judicial contencioso. Así, por ejemplo, en *CONEJERA CON HOSPITAL CLÍNICO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE* un clásico caso de protección en Chile –a propósito de la exigencia de un cheque en garantía a los familiares para atender al paciente– la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la protección con el argumento cautelar de que ella “no tiene elementos de juicio suficientes que puedan otorgarle certeza que los cheques fueron entregados contra la voluntad del recurrente, por cuanto no es esta sede en la que estos sentenciadores puedan apreciar u objetar el valor probatorio de la constancia de entrega de documentos antes señalada, máxime si es controvertida”⁹⁶ y la Corte Suprema confirmó esta decisión porque la recurrente no

⁹³ *VÁSQUEZ CON UNIVERSIDAD ACADEMIA HUMANISMO CRISTIANO* (2016).

⁹⁴ *JEREZ CON ASOCIACIÓN CHILENA DE SEGURIDAD* (2017).

⁹⁵ *VERGARA Y MORALES CON SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE V REGIÓN* (2015).

⁹⁶ *JEREZ CON ASOCIACIÓN CHILENA DE SEGURIDAD* (2017).

cuestionó la deuda con el hospital en su apelación dado que ya estaba pagada, pero el fallo tuvo un voto en contra que rescató la concepción sumaria de la protección. De acuerdo con este voto en contra firmado por el Ministro Sergio Muñoz el caso reunía los elementos de juicio suficientes como para concluir que los antecedentes que tuvo a la vista la Corte de Apelaciones de Santiago bastaban para tener por probado que la entrega de los cheques no fue voluntaria⁹⁷.

3. DECISIÓN

a) Cosa juzgada

A diferencia de la concepción cautelar la aproximación sumaria califica al fallo de protección como una sentencia definitiva⁹⁸. Esto permite hablar de cosa juzgada aunque los efectos de la misma no sean del todo claros.

El primer paso en este campo es advertir que lo resuelto por la Corte se presume verdadero en un nuevo juicio entre las mismas partes (art. 427 inciso 2 CPC). Esta regla es un fundamento suficiente para sostener que el control judicial de la legalidad o arbitrariedad de una conducta a través de la protección del art. 20 de la Constitución de 1980 implica que “*la declaración de culpabilidad constituye un juicio de antijuridicidad permanente, pues ella está referida a los principios que regulan la conducta en sociedad*”⁹⁹.

Esta permanencia de lo resuelto ha hecho que la protección sea un espacio idóneo para las declaraciones de mera certeza¹⁰⁰, puesto que el fallo disipa la incertidumbre respecto de si una acción u omisión es ilegal y/o arbitraria¹⁰¹. Esto explicaría también el hecho de que las Cortes generalmente no requieran de un modelo de ejecución para cumplir con los fallos de protección ya que las declaraciones de mera certeza no se ejecutan sino que solo precisan de órdenes para su cumplimiento¹⁰².

En lo que se refiere estrictamente al efecto de cosa juzgada hay opiniones divididas en cuanto a su extensión mas no así en cuanto a su procedencia. Si bien la mayor parte de la dogmática chilena considera que el fallo solo produce un efecto de cosa juzgada formal hay algunos matices que se deben tener en cuenta¹⁰³.

Raúl Tavolari considera que este efecto dependerá de si se acoge o rechaza la protección: (a) si se rechaza la persona puede acudir de nuevo a tribunales pero (b) si se acoge el recurrido no puede desafiar la orden judicial porque solo el titular del derecho afectado puede acudir a otras vías judiciales y, además, porque si este fallo no produjera cosa juzgada

⁹⁷ CONEJERA CON HOSPITAL CLÍNICO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE (2017).

⁹⁸ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) p. 190; PALOMO (2009) p. 374.

⁹⁹ DOUGNAC (2001) p. 619 (destacado en el original).

¹⁰⁰ TAVOLARI (2000) pp. 464-465; PAILLÁS (2002) pp. 118-119.

¹⁰¹ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) p. 202.

¹⁰² RIVERO (2019) p. 119.

¹⁰³ ROMERO (2002) pp. 136-143, BORDALÍ (2019) p. 252.

material se daría “el insólito fenómeno” de que un tribunal “inferior” podría revertir la decisión de uno “superior”¹⁰⁴.

Priscila Machado suma una variable diferente al resultado del juicio al destacar la conexión entre el incremento de la prueba en las protecciones y el efecto de cosa juzgada material de los fallos ya que si la cosa juzgada se limita solo a los hechos decididos (*res iudicata*) ello es porque efectivamente hubo hechos que fueron debatidos y probados (*res iudicanda*)¹⁰⁵. Este enfoque le permite concluir que también habría un efecto de cosa juzgada material en el fallo que rechaza la protección cuando se basa en prueba documental suficiente¹⁰⁶.

En el campo específico de la Administración del Estado, Eduardo Soto Kloss tomó nota de otro factor –diverso al resultado del juicio y a la prueba rendida– y que tiene que ver con aquel en contra de quien se recurre. Desde este punto de vista si se recurre en contra de un órgano público el fallo produce cosa juzgada material en dos escenarios: cuando se ordena la nulidad de un acto administrativo y también cuando se declara que una omisión administrativa es ilegal o arbitraria¹⁰⁷.

En el plano de las decisiones administrativas también cabe destacar el uso de la prohibición de ir contra acto propio –una infracción típica de la buena fe procesal– para conseguir el mismo efecto de la cosa juzgada material: evitar que los órganos públicos cambien de opinión y defrauden la confianza legítima de la persona que tomó decisiones en base a lo resuelto por aquellos. Así, por ejemplo, si una Dirección de Obras Municipales ordena paralizar una construcción que ella misma autorizó se ha resuelto en favor de la protección, ya que este cambio defrauda las expectativas de quien inició las faenas tomando en cuenta la autorización inicial¹⁰⁸.

Por último, la posibilidad de hablar de cosa juzgada material en la protección que acarrea la concepción sumaria tiene otras consecuencias procesales que son relevantes. Aquí se pueden mencionar dos: es un argumento que fortalece la idea de que la protección puede operar como un sucedáneo de un procedimiento contencioso administrativo en la justicia chilena¹⁰⁹ y permite criticar el hecho de que los fallos de protección se limiten a su parte resolutive sin incluir una motivación completa de los aspectos fácticos y jurídicos del caso (art. 170 N° 4 y 5 CPC)¹¹⁰.

b) Sanciones

El diseño cautelar de la protección del art. 20 de la Constitución de 1980 solo contempló un aparato sancionatorio mínimo en relación con los antecedentes necesarios para tomar una decisión. En este sentido la Corte puede sancionar a quien no evacúa el informe requerido con las mismas medidas que la ley orgánica le otorga al juez para que ejerza un

¹⁰⁴ TAVOLARI (2000) pp. 526-529 (nota 667).

¹⁰⁵ MACHADO (2019) pp. 754-760.

¹⁰⁶ MACHADO (2019) p. 760.

¹⁰⁷ SOTO (1984) pp. 7-8; PINOCHET (2016) p. 419.

¹⁰⁸ DOMÍNGUEZ (1992) pp. 76-79.

¹⁰⁹ ZÚÑIGA (1997) p. 109.

¹¹⁰ PAREDES (2014) pp. 151-158.

control disciplinario ante las faltas o abusos cometidos en un juicio (N° 12, auto acordado de 1977): (1) amonestación privada, (2) censura por escrito, (3) pago de las costas, (4) multa o (5) suspensión de funciones hasta por cuatro meses con goce de medio sueldo (art. 537 COT).

El Tribunal Constitucional no ha estimado inconstitucional el hecho de que estas sanciones se fijen en un auto acordado¹¹¹.

En el año 1992 se produjo un pequeño giro hacia la concepción sumaria en este ámbito cuando el auto acordado incorporó expresamente la posibilidad de una condena en costas “cuando lo estimen procedente” las Cortes (N° 11). En relación con esta regla Lautaro Ríos propuso hacer uso de la siguiente distinción: (a) que la condena en costas en favor de quien recurre proceda cuando la protección se acoge por una afectación del derecho “claramente” injustificada, porque el acto era “manifiestamente” contrario a derecho y “siempre” en segunda instancia si se revoca una sentencia desfavorable en primera instancia; y (b) que la condena en costas recaiga sobre el recurrente cuando era “manifiesto” que la protección carecía de un fundamento razonable o bien era “evidente” que sus fines fueron “pervertidos” como ocurriría, por ejemplo, si se la usa solo para obtener información o para amedrentar a alguien¹¹².

El problema de las costas en las protecciones ha sido discutido con algo más de atención a propósito de las condenas que afectan a empresas que venden seguros médicos (Isapres) y en contra de las que se recurre usualmente porque aumentan de manera unilateral el precio del plan de salud. En el año 2015 la Corte de Apelaciones de Santiago fijó una suma única para estas costas la cual fue menor a la mitad de la que ella misma había establecido antes para estos casos “sea que los abogados patrocinantes hagan o no uso de su derecho a alegar” (Rol N° 1263-2015). No es una sorpresa que los requerimientos para que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de estas regulaciones de las costas a través de autos acordados tampoco hayan sido acogidos¹¹³.

En cuanto al cobro de las costas la concepción sumaria de la protección disipa todo tipo de dudas en cuanto a que la propia Corte que las impone tiene competencia para su ejecución (arts. 111, 113 y 114 COT).

Finalmente, cabe agregar que Enrique Paillás propuso aplicar algo similar a las *astreintes* francesas como un incentivo para asegurar el cumplimiento de lo que ordenen las Cortes al acoger una protección cuyos fundamentos serían el imperio judicial (art. 11 COT) y la equidad¹¹⁴.

¹¹¹ *REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EDUARDO IGNACIO MARTÍNEZ MACHUCA, ALCALDE DE LA I. MUNICIPALIDAD DE LA CALERA, RESPECTO DEL ARTÍCULO 15 DEL AUTO ACORDADO SOBRE TRAMITACIÓN Y FALLO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA CORTE SUPREMA* (2013), analizada en PARODI (2014) pp. 283-296.

¹¹² RÍOS (1994) pp. 55-56.

¹¹³ *REQUERIMIENTO POR INCONSTITUCIONALIDAD DE ISAPRE CRUZ BLANCA S.A. RESPECTO DEL APARTADO 11º DEL AUTO ACORDADO SOBRE TRAMITACIÓN Y FALLO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN* (2011), analizada en SALAS (2011) pp. 417-427 y ZÚÑIGA (2011) pp. 404-411.

¹¹⁴ PAILLÁS (2002) pp. 125-128.

V. LAS INCONSISTENCIAS PROCESALES ENTRE EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1980 (CAUTELAR), LA REGULACIÓN MEDIANTE AUTOS ACORDADOS (SUMARIA) Y LA LEY PROCESAL CIVIL (SUPLETORIA)

Las reglas de los autos acordados de la Corte Suprema han alterado el objetivo inicial de la protección como tutela de urgencia al darle la fisonomía de un juicio sumario. Una posible explicación para ello puede encontrarse en la tensión general aludida en un comienzo en cuanto a que el derecho de acceso a la justicia de quien pide la tutela de un derecho fundamental ha tratado de ser equilibrada con el derecho a un debido proceso que tiene aquel en contra de quien se recurre. Pero esta búsqueda de un punto medio a través de autos acordados no ha sido exitosa.

Junto con los aspectos que ya fueron analizados en las secciones anteriores esta dualidad cautelar y sumaria de la protección del art. 20 de la Constitución de 1980 tiene un ingrediente más en la aplicación supletoria de la ley procesal civil de 1903. Entre las principales incongruencias procesales que se derivan de esta mezcla de fuentes cabe resaltar los siguientes cinco aspectos.

Primero, lo que dispuso el texto constitucional de 1980, en cuanto a que la Corte adopte “de inmediato” las medidas necesarias para restablecer el derecho afectado, perdió fuerza debido a una actuación procesal dispuesta por la Corte Suprema previamente en el auto acordado de 1977: dictar un decreto (“autos en relación”) y agregar en tabla la causa de forma extraordinaria (N° 3).

Segundo, aunque la Constitución de 1980 no contempló una apelación ante la Corte Suprema de lo resuelto por la Corte de Apelaciones todos los autos acordados han incluido dicha posibilidad y solo en el año 1990 la ley orgánica de los tribunales reconoció esta apelación (art. 98 N° 4 COT reformado por la Ley N° 18.969).

Tercero, si bien para la concepción sumaria el fallo de la Corte es una sentencia definitiva el auto acordado de 1992 dispuso que el plazo para apelarla es de cinco días –lo que amplió el plazo original de 24 horas– a menos que se trate de ciertos derechos fundamentales (art. 19 N° 1, 3 inciso 4, 12 y 13 de la Constitución) en donde el plazo es incluso menor: dos días. La extensión de estos plazos contrasta con el término general para apelar una sentencia definitiva de diez días que consigna la ley procesal civil (art. 189 inciso 2 CPC).

Cuarto, a pesar de su calidad de sentencia definitiva de acuerdo con la concepción sumaria quien apela debe pedir alegar en base a un fundamento plausible ya que de lo contrario el recurso se decide en cuenta. El Tribunal Constitucional tampoco ha cuestionado esta forma de conocer la apelación en la protección de derechos fundamentales (*TOBAR CON ISAPRE CRUZ BLANCA S.A.*, cons. 23° y 39°¹¹⁵). Este diseño también difiere de ley procesal civil en donde solo se piden alegatos cuando se apela de resoluciones judiciales diversas a la sentencia definitiva (art. 199 inciso 1° CPC) y, tratándose de estas últimas, en algunas situaciones especiales como la ley de pesca y acuicultura que requiere “motivos fundados” (art. 93 a. N° 15, Ley N° 18.892 del año 1989).

¹¹⁵ *TOBAR CON ISAPRE CRUZ BLANCA S.A.* (2011).

Quinto, la suspensión de la vista de la causa a petición de la recurrida solo procede si la Corte la considera “muy calificada” (N° 6, auto acordado de 1977) y nunca por acuerdo entre las partes (N° 9, Acta N° 94), a diferencia de lo que dispone la ley procesal civil (art. 165 N° 5 CPC).

Hay también otras diferencias procesales que desaparecieron debido a los cambios que han hecho estos mismos autos acordados de la Corte Suprema. Así, por ejemplo, hasta el año 1998 no se exigió que la apelación de la protección fuese un recurso fundado tal como lo requiere la ley procesal civil (art. 189 inciso 1° CPC), aunque no se trata de una apelación subsidiaria de una reposición ni de un procedimiento oral, que son los dos escenarios en donde se exime de esta exigencia de fundar el recurso o bien se la reduce a una fundamentación somera (art. 189 inciso 3 CPC).

Los cinco aspectos anteriores se suman entonces a los mencionados en las secciones previas y dan cuenta de divergencias que son lo suficientemente significativas entre el texto constitucional de 1980, los autos acordados de la Corte Suprema y la ley procesal civil supletoria en cuanto a la tramitación de esta tutela judicial como para concluir que ellas deben zanjarse mediante una reforma legal. La envergadura de estas diferencias impide que sea el mismo Pleno de la Corte Suprema quien las resuelva como propusiera Eduardo Soto Kloss¹¹⁶. Es necesario que el Congreso se pronuncie al respecto.

Solo una vez que las Cortes chilenas cuenten con una fisonomía normativa clara y coherente para la tramitación de esta tutela judicial podrán cumplir el rol activo de prevención, corrección y sanción de aquellas conductas que obstaculicen el debate tal como lo ordena el principio de buena fe procesal (art. 2, Ley N° 20.886 de 2015). La última sección de este artículo analiza el modo en que el debate en torno al proyecto del año 2001 ha abordado este desafío¹¹⁷.

VI. EL PROYECTO DEL AÑO 2001 PARA REGULAR LEGALMENTE LA TRAMITACIÓN DE LA PROTECCIÓN

El sistema jurídico chileno tiene que cumplir con una exigencia que proviene de tratados internacionales en cuanto a contar con “un procedimiento sencillo y breve” respecto de los “actos de autoridad” que violen los derechos fundamentales (art. 8, Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre del año 1948) o, en palabras ligeramente diversas, “un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo” en contra de “actos” que afecten estos derechos fundamentales (art. 25 N° 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos del año 1969).

En el año 2001 un grupo de diputados presentó al Congreso un proyecto de ley con el fin de “desarrollar exhaustivamente” las “acciones constitucionales de amparo o *habeas corpus* y protección” (Boletín N° 2809-07). Este proyecto puso énfasis en los aspectos constitu-

¹¹⁶ SOTO (1982) p. 302.

¹¹⁷ En el año 1998 (Boletín N° 2191-07) y en el año 2005 (Boletín N° 4011-07) se presentaron otros proyectos de ley para regular la tramitación de la protección de derechos fundamentales los cuales no prosperaron en el Congreso y también fueron informados de forma negativa por la Corte Suprema, en Oficio N° 1.749 (octubre de 1998) y Oficio N° 101 (agosto de 2006) respectivamente.

cionales del problema, pero poco o nada avanzó desde una óptica procesal. El debate en este último plano tampoco ha ido muy lejos ya que se han sugerido cambios profundos como eliminar los “presupuestos procesales” de la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión para “consolidar un control de constitucionalidad lo más *puro* posible”¹¹⁸ o crear una “nueva acción constitucional” que opere de modo residual directamente ante el Tribunal Constitucional¹¹⁹, pero ninguna de estas propuestas se ha detenido a tomar en cuenta las inconsistencias procesales que afectan a la protección del art. 20 de la Constitución de 1980.

El proyecto de 2001 no solo mantuvo esta dualidad cautelar y sumaria sino que exacerbó algunas de sus incoherencias procesales e incluso introdujo otras nuevas. Si bien este proyecto comienza con una apuesta en favor de una concepción cautelar de la protección al afirmar que los procedimientos que allí se contemplan –tanto el de protección como el de *habeas corpus*– serán “públicos, breves, gratuitos e informales, teniendo la autoridad jurisdiccional competente la potestad para restablecer inmediatamente el imperio del derecho y los derechos afectados del justiciable” (art. 3 inciso 2) para lo cual se fijan algunas disposiciones como el impulso procesal de oficio (arts. 5 y 6), la prohibición de prorrogar los plazos (art. 7), el que estos sean continuos y una preferencia procesal en favor de la protección (art. 4) se trata de una aproximación cautelar que se diluye casi por completo cuando se expone la tramitación completa aplicable a la protección de derechos fundamentales. Esta tramitación corresponde básicamente a la de un juicio sumario con la “diferencia” de que se trata de un procedimiento inquisitivo¹²⁰.

En cierto modo esta propuesta no es novedosa si se tiene en cuenta el rol que actualmente cumple el procedimiento sumario como juicio ordinario en la justicia civil chilena, es decir, como el procedimiento de aplicación común y supletoria en los casos en que la ley no ha regulado la tramitación o bien no lo ha hecho en forma completa (art. 3 CPC)¹²¹.

El problema aquí es otro y apunta a que esta tramitación sumaria se superpone a una estructura cautelar ordenada previamente por la Constitución de 1980 y con un fuerte arraigo en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Para dar cuenta de esta deficiencia basta con apreciar el modo en que el proyecto de 2001 reguló las fases de debate y decisión de la protección de derechos fundamentales. Junto con ello también es preciso hacer un breve comentario al modelo de procedimiento único que se sugirió varios años después durante la discusión parlamentaria de este mismo proyecto.

a) DEBATE

El proyecto de 2001 le dio competencia a la Corte de Apelaciones del domicilio del afectado (art. 32) en una regla novedosa para entonces pero que ha sido superada por la del Acta N° 94 de 2015 cuyo derecho de opción para quien recurre ha mejorado sus estrategias de litigación.

¹¹⁸ CAZOR y ROJAS (2009) p. 182 (destacado en el original).

¹¹⁹ GÓMEZ (2005) pp. 58, 81 y 234-236.

¹²⁰ CAROCCA (2000) pp. 211-213.

¹²¹ LARROUCAU (2019b) pp. 1-41.

El plazo para recurrir incluyó algunos matices que son útiles de considerar. Por un lado se amplió este plazo a sesenta días contados desde que cesan los efectos del acto y no desde que se toma conocimiento de su ocurrencia o del cese de tales efectos. De igual modo se contempló un plazo especial para la dimensión patrimonial de la privación, perturbación o amenaza del derecho afectado el cual es mayor que el plazo para la tutela de los derechos fundamentales: seis meses (art. 33). Este trato preferente con el aspecto patrimonial del caso se aleja por completo de la concepción cautelar del art. 20 de la Constitución de 1980 ya que es propia de un juicio declarativo civil¹²².

El proyecto también le reconoció legitimación activa a un organismo estatal para recurrir de protección: el Ministerio Público (art. 33, número repetido).

En cuanto a los criterios de inadmisibilidad de esta tutela judicial el proyecto consideró algunos que ya han sido reconocidos por la jurisprudencia: por ejemplo, que la amenaza no sea “real, realizable e inminente”, que se recurra de sentencias de la Corte Suprema¹²³ o bien que se encuentre pendiente un fallo sobre los mismos hechos en un juicio entre las mismas partes (art. 35).

Este enfoque sumario de la protección se volvió ostensible cuando el proyecto dispuso que la Corte pueda ordenar a quien recurre que subsane los errores cometidos respecto de “requisitos en la interposición de la demanda” y que la rechace de plano en caso de no hacerlo (art. 34).

Por último, otras reglas que contribuyen a entender la protección como un juicio declarativo sumario son la que ordena evacuar los antecedentes solicitados por la Corte en el plazo de siete días (art. 44 inciso 1º) –un equivalente a la contestación de la demanda– y la que señala que la persona a quien afecte lo resuelto será considerada parte del juicio (art. 38).

b) DECISIÓN

Las reglas del fallo de protección en el proyecto de 2001 también lo asemejaron a un juicio sumario ya que si la Corte no puede reestablecer el imperio del derecho –el objetivo original de la protección– debe imponer una indemnización de los daños sufridos en favor de quien recurrió (art. 52).

A pesar de esto la fisonomía cautelar subsistió en esta fase en cuanto se dispuso que el fallo favorable se cumpla dentro de las 48 horas desde que se encuentre firme (art. 54 inciso 2) y que se apele en el plazo de dos días (art. 56) en el solo efecto devolutivo (art. 9 inciso 1º).

c) ¿UN PROCEDIMIENTO ÚNICO PARA TODAS LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES?

La discusión parlamentaria del proyecto de 2001 tuvo cambios importantes a través de dos indicaciones sustitutivas. La primera de ellas duplicó su extensión al incluir otras acciones contempladas por la Constitución de 1980 como la indemnización por error judicial

¹²² PALOMO (2009) p. 346.

¹²³ RIED (2015) pp. 271-320.

y el reclamo de nacionalidad, así como algunas acciones reconocidas en leyes especiales con la intención de elaborar un “código de acciones protectoras de derechos fundamentales”¹²⁴.

En lo que respecta a la protección de derechos fundamentales esta primera modificación solo introdujo algunas modificaciones como el plazo para recurrir –que volvió a ser de treinta días (art. 53 inciso 1º)– y la eliminación de los privilegios procesales si la recurrida es una autoridad pública (art. 58).

En junio del año 2007 la Corte Suprema evacuó un informe desfavorable a esta indicación sustitutiva (Oficio N° 177). El motivo es que advirtió un déficit de garantías del debido proceso especialmente con respecto a la contradicción de partes (“el actor lleva ventaja, porque puede preparar con tiempo su presentación, hasta con la ayuda del juez”) y la imparcialidad judicial (“se les impone [a los jueces] dictar sentencias en plazos absurdamente breves, tanto en primera como en segunda instancia, exigiéndose fallos detallados”). La Corte Suprema también acusó que esta tramitación haría de esta vía “el camino más fácil que los abogados tendrán para plantear cualquier conflicto, que puede ser fácilmente acomodado como violación a derechos fundamentales, con efectos que llevarán a imponer prestaciones directas y a indemnizaciones de perjuicios”¹²⁵.

Los reparos de la Corte Suprema –tanto al proyecto original como a esta primera indicación sustitutiva– denotan una crítica a la fisonomía sumaria propuesta para la protección de derechos fundamentales, una forma de tramitación a la que ella misma ha propendido en sus autos acordados.

El debate legislativo de este proyecto se detuvo en noviembre del año 2008 cuando fue devuelto por la Cámara de Diputados a las Comisiones de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía y a la de Constitución, Legislación y Justicia para que se hiciesen cargo de los aspectos cuestionados. Este envío dio curso a una pausa que se extendió por una década¹²⁶.

¹²⁴ Cámara de Diputados, Legislatura 356ª, Sesión 103ª (18 de noviembre de 2008) p. 27.

¹²⁵ En diciembre del año 2001 la Corte Suprema también había informado desfavorablemente el proyecto original al notar “serios inconvenientes tanto de forma como de fondo, al presentar vacíos y omisiones trascendentes y fundamentales para un texto que busca reglamentar instituciones constitucionales, a través de procedimientos judiciales [estimando que el proyecto] contiene disposiciones que se oponen entre sí, de modo tal que la contradicción de los preceptos no permite discernir la real voluntad del legislador sobre esos puntos [y que] existe confusión respecto de expresiones, conceptos jurídicos y sobre el rol jurisdiccional que cabe a los Tribunales de Justicia, en varios de sus artículos” (Oficio N° 3.057). La Corte Suprema le sugirió al Congreso tomar en cuenta su auto acordado de 1998 porque a su juicio allí “se aplica satisfactoriamente y perfila a esta acción en su recta naturaleza”.

¹²⁶ En el año 2017 se presentó un nuevo proyecto de ley que decía relación con la forma de tramitar la protección de derechos fundamentales (Boletín N° 11.495-07). Este proyecto –de la senadora Carolina Goic– propuso cambiar la regulación del amparo económico (Ley N° 18.971 de 1990) al entender que se trata de un privilegio injustificado que debería subsumirse como un caso más de protección del art. 20 de la Constitución de 1980. Al igual que en los intentos anteriores este proyecto de ley desplazó el carácter cautelar de la protección por una tramitación sumaria al proponer, por ejemplo, que se amplíe la legitimación activa a los intereses colectivos, que se aumenten los requisitos del escrito de protección, que se le reconozca al fallo de la Corte el carácter de sentencia definitiva y que dicha decisión judicial produzca el efecto de cosa juzgada formal. La Corte Suprema informó de un modo muy crítico este proyecto (Oficio N° 26-2018) al cuestionar diversos aspectos del mismo, sobre todo los requisitos adicionales del escrito de protección los cuales “no tienen ninguna relación con el examen de admisibilidad [por lo que] parecieran constituir meras recomendaciones para el recurrente

En el año 2019 el proyecto recibió una segunda indicación sustitutiva en base a un trabajo en que participó Raúl Tavolari. Esta indicación fue nuevamente informada de manera negativa por la Corte Suprema por su propuesta de crear “un procedimiento único de tramitación” para todas las acciones constitucionales: *habeas corpus*, protección, reclamo de nacionalidad, error judicial y extranjería (considerando 33, IX, N° 1, Oficio N° 119-2019).

Este “procedimiento único” se estructuraría en base a “etapas concentradas” en el siguiente orden: interposición, informe, recopilación de antecedentes, cuenta o vista de la causa, sentencia, recurso y procedimiento especial de cumplimiento. Como si fuese una acuarela de J. M. W. Turner esta segunda indicación sustitutiva difuminó con sus “etapas concentradas” las diferencias de tramitación entre la técnica cautelar y el procedimiento sumario con un problema adicional: las incongruencias procesales que hoy afectan a la protección del art. 20 de la Constitución de 1980 se contagiarán a las demás acciones constitucionales.

VII. CONCLUSIONES

Este artículo analiza en forma crítica la dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales en la litigación chilena. Las principales fuentes normativas de esta tensión son el art. 20 del texto constitucional de 1980 (cautelar) y la regulación mediante autos acordados de la Corte Suprema (sumaria). Las consecuencias procesales que se siguen de esta pugna atraviesan desde la formación del debate hasta el cumplimiento de lo resuelto.

Bajo un enfoque cautelar la protección es una vía judicial informal, unilateral, inquisitiva y concentrada que simplifica en extremo las formas de participación en tribunales y cuyo resultado provisorio excluye la idea de cosa juzgada en cualquiera de sus variantes. El principal soporte de esta concepción lo entrega el propio texto constitucional de 1980, el auto acordado de 1977 y una parte considerable de la jurisprudencia de la Corte Suprema que se refiere a esta vía como una tutela de urgencia.

Esta concepción cautelar se contradice con los importantes cambios introducidos en la tramitación de esta tutela judicial a lo largo de cuatro décadas y que le dan la fisonomía de un procedimiento contencioso sumario. Este enfoque sumario crea una serie de efectos procesales tanto en la fase de debate (tribunal competente, plazo para recurrir, legitimación activa, participación de terceros y orden de no innovar), prueba (las evidencias admisibles y su valoración) y decisión (cosa juzgada y sanciones) que modifican en la práctica su diseño original.

El referente normativo más claro de esta aproximación sumaria es el Acta N° 94 del año 2015 y el proyecto de ley presentado en el Congreso el año 2001, incluidas sus dos indicaciones sustitutivas en los años 2007 y 2019.

La única forma de poner fin a la metamorfosis procesal de la protección de derechos fundamentales es a través de una ley que regule su procedimiento por lo que debe ser el Congreso quien aborde la difícil tarea de equilibrar el acceso a la justicia de quien pide una tutela inmediata y el derecho a un debido proceso de aquel en contra de quien se recurre.

[aunque] llama la atención la gran cantidad de menciones que deben hacerse, exigencias que parecen incompatibles con la posibilidad de accionar sin el patrocinio de un abogado” (18°).

En cualquier caso, el camino escogido debe reflejarse en un diseño procesal coherente que honre el compromiso internacional que tiene el sistema jurídico chileno con la protección judicial de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE, Eduardo (1999): “La protección al acecho: Las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 20: pp. 225-242.
- ANDRADES, Eduardo (1998): “Algunos comentarios al nuevo auto acordado sobre tramitación del recurso de protección”, *Revista Chilena de Derecho*, N° especial: pp. 121-125.
- BORDALÍ, Andrés (2019): *Litigación ambiental* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- BORDALÍ, Andrés (2014): “El recurso de protección: todavía un fantasma jurídico (Tribunal Constitucional)”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 27, N° 2: pp. 277-283.
- BORDALÍ, Andrés (2007): “La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional”, en BORDALÍ, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Santiago de Chile, LexisNexis) pp. 33-65.
- BORDALÍ, Andrés (2004): “El recurso de protección como proceso de urgencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 2: pp. 269-288.
- BORDALÍ, Andrés (2003): “El debido proceso civil”, en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La constitucionalización del derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 251-295.
- BORDALÍ, Andrés (2001): “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 12: pp. 51-66.
- BORDALÍ, Andrés (1999): “El proceso de protección”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 10, N° 1: pp. 43-58.
- BUSTOS, Rodrigo (2009): “Derechos sociales y recurso de protección: ¿Una relación difícil?”, *Derecho y Humanidades* (Universidad de Chile), N° 15: pp. 231-247.
- CAROCCA, Alex (2000): “Bases para fijar nuevos procedimientos para tramitar las acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales”, en NOGUEIRA, Humberto (coord.), *Acciones constitucionales de amparo y protección: Realidad y prospectiva en Chile y América Latina* (Talca, Editorial Universidad de Talca) pp. 201-213.
- CAZOR, Kamel y ROJAS, Christian (2009): “Las deficiencias estructurales y prácticas de la acción de protección”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 16, N° 1: pp. 169-192.
- CERDA, Victoriano (2001): “La muerte del recurso de protección”, *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), N° 63: pp. 380-401.
- CORTEZ, Gonzalo (2017): *La tutela cautelar en el proceso civil* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- DÍAZ, Carlos y FACUSE, Nicolás (2014): “El desarrollo jurisprudencial del concepto de amenaza como presupuesto procesal para la procedencia de la acción de protección”, *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), N° 81: pp. 55-76.

- DOMÍNGUEZ, Ramón (1992): “Comentarios de jurisprudencia. Recurso de protección. Derecho adquirido del administrado. Ilegalidad de acto revocatorio de permiso ya concedido. Doctrina del acto propio”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 191: pp. 176-179.
- DOUGNAC, Fernando (2001): “Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 3: pp. 615-630.
- ERRÁZURIZ, Juan Manuel y OTERO, Jorge (1989): *Aspectos procesales del recurso de protección* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GÓMEZ, Gastón (2005): *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- HENRÍQUEZ, Miriam (2018): *Acción de protección* (Santiago de Chile, Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial).
- JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos (1996): *El recurso de protección y contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LARROUCAU, Jorge (2020): “Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 27, N° 1: pp. 1-41.
- LARROUCAU, Jorge (2019a): “La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales en Chile”, *Revista de Derecho Privado* (Universidad de Externado de Colombia), N° 37: pp. 249-282.
- LARROUCAU, Jorge (2019b): “El juicio sumario como procedimiento ordinario en la justicia civil chilena”, *Revista de la Facultad de Derecho* (Universidad de la República, Uruguay), N° 46: pp. 1-41.
- LARROUCAU, Jorge (2017): “Adiós a las fojas. Reglas procesales, autos acordados y tramitación electrónica en Chile”, *Revista de Derecho Privado* (Universidad de Externado, Colombia), N° 33: pp. 195-234.
- LEWIS, Sebastián (2013): “Sobre la legitimación de los órganos del Estado para interponer un recurso de protección y alzarse judicialmente en contra del órgano contralor”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8: pp. 129-152.
- MACHADO, Priscila (2019): “La cosa juzgada material *secundum eventum probationis* en la acción constitucional de protección”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 3: pp. 741-764.
- MARÍN, Juan Carlos (2016): *Tratado de las medidas cautelares. Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y Derecho comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Ed.).
- NOGUEIRA, Humberto (2007): “El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales Latinoamericano e interamericano”, *Ius et Praxis*, vol. 13, N° 1: pp. 75-134.
- OSBERG, Héctor (1987): “La orden de no innovar”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 181: pp. 57-62.
- PAILLÁS, Enrique (2002): *El recurso de protección ante el derecho comparado. Una acción en busca de una justicia rápida y eficaz* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Ed. actualizada).
- PALOMO, Diego (2009): “Recurso de protección en Chile: luces, sombras y aspectos que requieren cambios”, en NOGUEIRA, Humberto y BORDALÍ, Andrés (coords.), *La ciencia*

- del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (Santiago de Chile, CECOCH, Librotecnia) pp. 335-396.
- PAREDES, Felipe (2014): *La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- PARODI, Alejandro (2014): “Tribunal Constitucional: ¿Facultades legislativas de la Corte Suprema?”, en LyD (edit.), *Sentencias destacadas 2013* (Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo) pp. 279-298.
- PEREIRA, Hugo (1997): *La cosa juzgada en el proceso civil* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 2ª Ed.).
- PÉREZ, Álvaro (2017): “Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: Misión y visión en Latinoamérica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28: pp. 137-182.
- PINOCHET, Francisco (2016): *El recurso de protección. Estudio profundizado y actualización sobre sus orígenes, evolución, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (Santiago de Chile, Editorial El Jurista).
- PRECHT, Jorge (1992): “La supremacía constitucional y los autos-acordados”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. 3, N° 1-2: pp. 53-64.
- RIED, Ignacio (2015): “El recurso de protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta a la ineficacia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 13, N° 1: pp. 271-320.
- RÍOS, Lautaro (1994): “El recurso de protección y sus innovaciones procesales”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 91, N° 1: pp. 43-58.
- RIVERO, Renée (2019): “La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal civil chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 1: pp. 89-130.
- ROMERO, Alejandro (2014): *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos* (Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2ª Ed.).
- ROMERO, Alejandro (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMERO, Alejandro (1999): “Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2: pp. 503-515.
- SALAS, Carolina (2011): “Sobre la (in)constitucionalidad del Auto Acordado que regula la tramitación y fallo del recurso de protección. Un comentario a la sentencia rol 1557 del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 18, N° 2: pp. 417-427.
- SCHIESSLER, Guillermo (1982): “Algunas cuestiones relativas al recurso de protección”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 6: pp. 353-368.
- SOTO, Eduardo (1985): “Recurso de protección y tribunal competente. ¿Cuál es la Corte de Apelaciones respectiva?”, *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), N° 37 y 38: pp. 187-200.
- SOTO, Eduardo (1984): “Cosa juzgada y recurso de protección”, *Gaceta Jurídica* N° 50: pp. 3-14.
- SOTO, Eduardo (1982): *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- TAVOLARI, Raúl (2000): “Tramitación de la acción constitucional chilena de protección”, en Raúl Tavolari: *El proceso en acción* (Santiago de Chile, Editorial Libromar), pp. 459-530.
- TAVOLARI, Raúl (1994): “Protección constitucional y cautela judicial. ¿Orden de no innovar en el recurso de protección?”, en TAVOLARI, Raúl (edit.), *Tribunales, jurisdicción y proceso* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 137-168.
- VERGARA, Alejandro (1991): “La propietarización de los derechos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 14: pp. 281-291.
- ZÚÑIGA, Francisco (2011): “Control de constitucionalidad de autos acordados”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, N° 1: pp. 389-418.
- ZÚÑIGA, Francisco (1997): “Recurso de protección y contencioso administrativo”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 202: pp. 105-119.
- ZÚÑIGA, Francisco (1996): “Recurso de protección: Algunas notas sobre sus antecedentes históricos en el siglo XIX”, *Gaceta Jurídica*, N° 18: pp. 7-14.

JURISPRUDENCIA CITADA

- LUKSIC CON MARTORELL Y EDITORIAL PLANETA* (1993): Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1993 (protección), Rol N° 21.053.
- LEBANON INVESTMENT CORPORATION CHILE CON SAUNA HERMANOS LTDA.* (1997): Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de julio de 1997 (protección), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 84, sección 2ª, N° 2, pp. 84-85.
- PHILIPPI Y OTROS CON LABORATORIO CHILE S.A.* (2001): Corte Suprema, 30 de agosto de 2001 (protección), Rol N° 2186-01.
- REQUERIMIENTO POR INCONSTITUCIONALIDAD DE ISAPRE CRUZ BLANCA S.A. RESPECTO DEL APARTADO 11º DEL AUTO ACORDADO SOBRE TRAMITACIÓN Y FALLO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN, DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DICTADO POR LA CORTE SUPREMA, EN RELACIÓN AL ROL DE INGRESO N° 765 - 2009 PENDIENTE EN LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO* (2011): Tribunal Constitucional, 14 de abril de 2011 (inconstitucionalidad), Rol N° 1557-2011.
- TOBAR CON ISAPRE CRUZ BLANCA S. A.* (2011): Tribunal Constitucional, 18 de agosto de 2011 (inaplicabilidad), Rol N° 1812.
- MUNICIPALIDADES DE SANTIAGO Y OTRAS CON CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA* (2012): Corte Suprema, 6 de noviembre de 2012 (protección), Rol N° 5984-2012 (redacción del ministro Juan Escobar; voto en contra de la ministra Rosa Egnem y del abogado integrante Jorge Baraona).
- REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EDUARDO IGNACIO MARTÍNEZ MACHUCA, ALCALDE DE LA I. MUNICIPALIDAD DE LA CALERA, RESPECTO DEL ARTÍCULO 15 DEL AUTO ACORDADO SOBRE TRAMITACIÓN Y FALLO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA CORTE SUPREMA, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN, CARATULADOS “CORPORACIÓN UNIVERSIDAD DE ACONCAGUA CONTRA ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE LA CALERA”, ROL N° 121-2011, DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, EN ACTUAL APELACIÓN ANTE CORTE SUPREMA, BAJO EL ROL N° 3866-2012* (2013): Tribunal Constitucional, 3 de septiembre de 2013 (inconstitucionalidad), Rol N° 2243-2013.

- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD PRESENTADO POR CRISTIAN HERRERA Y RAÚL SCHIFFERLI RESPECTO DE LA LETRA B) DEL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 75 DE LA LEY Nº 18.695* (2014): Tribunal Constitucional, 9 de septiembre de 2014 (inaplicabilidad), Rol Nº 2538-2013.
- VERGARA Y MORALES CON SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE V REGIÓN* (2015): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de octubre de 2015 (protección), Rol Nº 3.137-2015.
- CONSEJO DE AUTORIDADES ANCESTRALES DEL PUEBLO NACIÓN MAPUCHE “ÑISOL GNULAM” CON DIRECCIÓN GENERAL DE TERRITORIO MARÍTIMO Y MARINA MERCANTE DE LA ARMADA DE CHILE* (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de abril de 2016 (protección), Rol Nº 1.257-2016.
- VÁSQUEZ CON UNIVERSIDAD ACADEMIA HUMANISMO CRISTIANO* (2016): Corte de Apelaciones de Talca, 14 de abril de 2016 (protección), Rol Nº 489-2016 (Primera Sala: redacción del abogado integrante Iván Obando; voto en contra del ministro Carlos Carrillo).
- CONEJERA CON HOSPITAL CLÍNICO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE* (2017): Corte Suprema, 20 de diciembre de 2017 (protección), Rol Nº 37.809-2017.
- GONZÁLEZ Y OTROS CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE LAS CONDES* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 2017 (protección), Rol Nº 34.360-2017 (redacción de la ministra Mireya López).
- GONZÁLEZ Y OTROS CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE LAS CONDES* (2017): Corte Suprema, 11 de diciembre de 2017 (protección), Rol Nº 38.527-2017.
- JEREZ CON ASOCIACIÓN CHILENA DE SEGURIDAD* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de agosto de 2017 (protección), Rol Nº 47.987-2017.
- KOROL CON BÍO-BÍO COMUNICACIONES S.A. Y OTROS* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de marzo de 2017 (protección), Rol Nº 3.991-2017.
- KOROL CON BÍO-BÍO COMUNICACIONES S.A. Y OTROS* (2017): Corte Suprema, 30 de octubre de 2017 (protección), Rol Nº 11.745-2017.
- MARTÍNEZ CON CONDOMINIO PARQUE BULNES* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de noviembre de 2017 (protección), Rol Nº 75.274-2017 (Primer Sala).
- MARTÍNEZ CON CONDOMINIO PARQUE BULNES* (2017): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2017 (protección), Rol Nº 43.374-2017 (Tercera Sala).
- MAZA CON PROMOTORA CMR FALABELLA S.A.* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de noviembre de 2017 (protección), Rol Nº 42.653-2017 (Novena Sala: redacción de la abogada integrante Claudia Chaimovich).
- VALDIVIA CON CORPORACIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL DE LA REGIÓN METROPOLITANA* (2017): Corte de Apelaciones de Talca, 29 de septiembre de 2017 (protección), Rol Nº 256-2017, (Primera Sala).
- BARRAZA CON AFP CUPRUM S.A.* (2019): Corte de Apelaciones de Iquique, 24 de julio de 2019 (protección), Rol Nº 314-2019.

FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PENAS ALTERNATIVAS EN CHILE

CRIMINAL JUSTICE POLICY FOUNDATIONS AND LEGAL NATURE OF ALTERNATIVE PUNISHMENTS IN CHILE

ANA MARÍA MORALES PEILLARD*
SEBASTIÁN SALINERO ECHEVERRÍA**

RESUMEN: El artículo analiza los fundamentos político-criminales y la naturaleza jurídica de las alternativas a la cárcel en Chile, explorando los argumentos primigenios de legitimización basados en la ineficacia preventivo especial de las penas de cárcel –especialmente aquellas de corta duración–; hasta los discursos basados en modelos político-criminales contemporáneos, que apuntan a legitimar las alternativas como sanciones con contenido rehabilitador, que permiten racionalizar el uso de cárcel y transmitir censura, constituyendo consecuencias punitivas adecuadas para delitos de mediana a baja gravedad. Esto ha tenido necesariamente como correlato cambios sustanciales en su naturaleza jurídica, transitando desde aquellos fundamentos iniciales basados en el perdón, hasta la actualidad, que busca reconocerles la naturaleza de pena.

Palabras clave: Política criminal en Chile, Naturaleza jurídica, Penas alternativas, Penas sustitutivas, Ley N° 20.603.

ABSTRACT: The article analyzes the criminal justice policy foundations and the legal nature of the alternatives to imprisonment in Chile, by exploring the original legitimization arguments based on the special preventive ineffectiveness of prison sentences –especially those of short duration–; to current discourses based on contemporary criminal justice models, which aim to legitimize alternatives as sanctions with rehabilitative content, which allow rationalizing the use of prison, and convey censure, constituting punitive consequences suitable for crimes of medium to less gravity. This has necessarily gone in hand with substantial changes in its legal nature, moving from those initial foundations based on forgiveness, to the present, which seeks to recognize them the nature of punishment.

Keywords: Criminal justice policy in Chile, Legal nature, Alternative penalties, Substitute penalties, Law No. 20.603.

* Magíster en Política Criminal, London School of Economics and Political Science. Directora del Área de Justicia y Reinserción, Profesora de Criminología y política criminal de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal: Valenzuela Castillo 1881, Providencia. Dirección electrónica: amorales@pazciudadana.cl

** Doctor en Derecho de la Universidad de Lleida, España. Profesor de Derecho Penal, Escuela de Derecho, Universidad de Talca, Chile. Dirección postal: Quebec 415, Providencia. Dirección electrónica: ssaliner@utalca.cl.

El texto es parte del proyecto Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico –FONDECYT– N° 1160970, cuyo investigador responsable es el Dr. Sebastián Salinero Echeverría, y cuyos coinvestigadores son Ana María Morales Peillard y Jorge Fábrega Lacoa.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de fundamento en términos genéricos estamos aludiendo a la razón principal o motivo con que se pretende afianzar una cosa, lo que en este trabajo obedece especialmente a poder establecer las razones político-criminales que han marcado la gestación de las penas alternativas a la privación o restricción de libertad, hoy conocidas, a partir de la Ley N° 20.603, como penas sustitutivas.

La importancia de determinar lo anterior no solo tiene un valor en sí mismo, sino también nos permite corroborar si esas finalidades o razones encuentran un espacio bajo un criterio de realidad.

Por su parte, si bien la determinación de la naturaleza jurídica de una institución constituye una tarea embarazosa para cualquier jurista¹; más allá de los problemas ontológicos que tal cometido implica, las aspiraciones en dicho ámbito son bastante sencillas, pues apuntan a determinar la esencia de las alternativas a la cárcel en Chile, buscando resolver si se trata efectivamente de una pena, una medida, un perdón judicial u otras variantes; como también saber si opera a través de una fórmula de suspensión, sustitución u otra de naturaleza diversa.

Para efectos de lo anterior, el análisis de las alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad debe efectuarse desde dos momentos históricos. Uno en el cual esta institución era concebida como una “medida alternativa” y, otro, a partir de la dictación de la Ley N° 20.603 (2012) donde adquiere formalmente el nombre de “pena sustitutiva”. Ambos momentos no solo marcan una diferencia en los fundamentos que la legitiman, sino también son identificables naturalezas jurídicas distintas según ha relatado la doctrina.

En este sentido, es que nos hemos propuesto explicar el fundamento político criminal que tiñó ambos momentos históricos de las alternativas a la prisión en Chile, como asimismo analizar la evolución de las alternativas a la cárcel desde la perspectiva de su naturaleza jurídica.

2. ORÍGENES DE LAS ALTERNATIVAS HASTA LA DICTACIÓN DE LA LEY 18.216

2.1. FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

El primer instrumento jurídico en el contexto chileno que consagró lo que hoy se conoce como penas alternativas fue el Código de Procedimiento Penal de 1906. Allí, el artículo 603 –actual 564– contemplaba la facultad del juez de suspender la ejecución de la pena hasta por tres años, tratándose solamente de faltas, y en el caso de estar frente a un sujeto sin reproche penal pretérito². Las razones de su incorporación venían dadas por la experiencia comparada, según dan cuenta las actas de la discusión legislativa, particularmente respecto de las realidades europeas (Inglaterra, Francia y Bélgica), y el éxito que suponía la

¹ ESTÉVEZ (1956) p. 159.

² En palabras de Novoa, esta disposición es el reconocimiento de la conocida condena condicional pero limitada a las faltas, NOVOA (2010) p. 325.

condena condicional tratándose de aquellas personas que delinquen por primera vez, basado en la reducción importante del número de detenidos en cárceles y la economía que ello significaba para las arcas fiscales. A lo anterior se sumaban problemas prácticos como que la prisión de corto tiempo impedía la regeneración y enmienda del penado, como también podía resultar dañosa para su honor y dignidad personal³.

Luego, en el año 1944, en base a un proyecto elaborado en el seno del Instituto de Ciencias Penales (en adelante ICP) se introduce por vez primera en Chile la remisión condicional de la pena, mediante Ley N° 7.821, de 29 de agosto⁴. En ella se recogió el criterio más generalizado de los criminólogos que señalaban que la remisión condicional debía concederse a los condenados acreedores de penas cortas –pudiendo decretarse solo en el caso de condenados a penas privativas de la libertad no superiores a un año y que no contaren con condenas previas por crimen o simple delito–, para quienes sería especialmente eficaz como medio de reducción de la reincidencia delictual⁵.

La doctrina especializada de la época indicaba que el fundamento de la remisión condicional de la pena se situaba en la inutilidad de las penas cortas privativas de libertad para lograr la recuperación social de los penados, ya que impedía un tratamiento y observación prolongada. A lo anterior se sumaban los efectos nocivos de las penas cortas, algunos de carácter económico como la interrupción de la vida laboral del condenado, afectando también a su familia y el costo del encarcelamiento⁶; otros de carácter moral o de dignidad de las personas como es el efecto de corrupción de los delincuentes poco peligrosos, dado el contacto criminógeno, y el relajamiento de la moral, propio de la vergüenza de la cárcel⁷.

Posteriormente vienen dos modificaciones de calado mayor. La primera en virtud de la Ley N° 17.642, de 19 de abril de 1972, por medio de la cual se aumentó el plazo mínimo de las penas que podían ser remitidas, incluyéndose las penas privativas o restrictivas de libertad de hasta tres años –con lo que se produce un claro aumento del ámbito de aplicación de la mencionada medida⁸–; y la segunda el año 1983 donde se produce la génesis normativa más importante en lo que a penas alternativas a la privación de libertad se refiere.

En efecto, en ese año se promulgó la Ley N° 18.216, de 14 de mayo, sobre “Medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, donde no solo se recoge la remisión condicional de la pena como pretéritamente era entendida, sino también se consagraron dos nuevas medidas, ampliando el abanico de formas alternativas a la cárcel, la reclusión nocturna y la libertad vigilada. Su origen obedece a un mensaje del ejecutivo en el gobierno de la dictadura militar, en el cual se dio cuenta de las nuevas tendencias en materia criminológica que solo recomendaban en forma muy reducida la aplicación de penas

³ NOVOA (2010) p. 326.

⁴ Si bien el proyecto del ICP logró materializarse en ley de la república, la doctrina nacional ya venía reclamando su inclusión. Véase: FONTECILLA (1930) pp. 353 y ss.; ROJO (1933) pp. 66 y ss.

⁵ GESCHE (1975) p. 27.

⁶ NOVOA (2010) pp. 321 y 322.

⁷ LABATUT (1992) p. 318; NOVOA (2010) pp. 321 y 322.

⁸ Véase la Ley N° 17.642 de 19 de abril de 1972.

que supusieran la privación o restricción continua de libertad⁹. Así, por ejemplo, en la historia de la ley, tras la intervención del almirante José Toribio Merino, se develó cuál era la filosofía que estaba detrás de la propuesta de diversificar las alternativas, la que no era otra que reconocer a la cárcel como una institución de contagio criminógeno y que el medio libre era uno más apto para la reinserción social y evitar la reincidencia futura¹⁰.

Sobre la base de esta nueva legislación, hubo un profuso pronunciamiento de la doctrina chilena. La dogmática chilena reconocía que este instituto encontraba su *ratio legis* en la crítica general a las penas de corta duración, las cuales eran inútiles dada la imposibilidad de realizar un tratamiento penitenciario y criminógenas¹¹. De esta forma, la configuración de las alternativas en dicha etapa, en nuestro país, parecen responder a la vigencia de un modelo político-criminal de corte rehabilitador, que defendía y entendía que a través de ellas se podía conseguir de mejor forma la rehabilitación de los infractores, motivación que debía guiar la ejecución penal en esta sede¹².

Así, durante esta primera etapa de evolución de las alternativas a la cárcel, la legitimación de estas se encontraba, en general, en la noción de prevención especial y en una decepción de las expectativas que intentan satisfacer las penas privativas de libertad, en la medida que no contribuían a eludir los efectos criminógenos del sistema carcelario, como tampoco posibilitaban el tratamiento o la rehabilitación del condenado¹³. En ese sentido, el discurso político-criminal de justificación de las alternativas a la cárcel se fundó básicamente en una crítica a la prisión especialmente tratándose de penas cortas, centrándose en el efecto criminógeno de la cárcel, haciendo eco del efecto de asociación diferencial que se daría en dicha sede, mediante el cual se profundizaría el proceso de aprendizaje de la conducta criminal dada por el contacto y asociación con pares criminales¹⁴. Junto a lo anterior, además se comienzan a esbozar justificaciones de tipo económico, relativas a los costos de la cárcel y los efectos en la vida social de los penados, como fundamento de las mismas y lentamente en un reconocimiento de las alternativas como sanciones idóneas en sí mismas, desde la óptica de la prevención especial positiva.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA

En la doctrina chilena, a diferencia de lo que ocurría con la *ratio legis* de las alternativas, donde ha existido un consenso generalizado sobre su legitimación, la discusión no ha sido igual en torno a su naturaleza jurídica, en la que han proliferado opiniones no del todo homogéneas.

Así, por ejemplo, en el discurso de Labatut hay una mirada de gracia o beneficio de la remisión condicional de la pena, como una variante del perdón, en tanto constituye una

⁹ Véase Informe de Secretaría de Legislación de 22 de junio de 1982, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1982) p. 10

¹⁰ Véase Acta N° 28 de Sesión de Junta de Gobierno de 26 de octubre de 1982, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1982) pp. 22 y ss.

¹¹ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2003) p. 477; CURY (2005) p. 719.

¹² CURY (2005) p. 719.

¹³ En una opinión similar ORTIZ y ARÉVALO (2013) pp. 156 y ss. y 202

¹⁴ Véase, SUTHERLAND (1947) pp. 6 y ss.

facultad para que los jueces, una vez determinada la culpabilidad del enjuiciado, puedan dispensarlo de la pena fijada por ley, en consideración a circunstancias excepcionales que concurren en el caso particular (perdón judicial)¹⁵. Incluso, este autor señala que la remisión por su propia naturaleza es una institución destinada a servir de sustituto del indulto, llamada a figurar entre las causales de extinción de la responsabilidad penal¹⁶.

Sin embargo, la mayoría de los autores de la época, como es el caso de Novoa¹⁷, Garrido¹⁸, Cury¹⁹ o Etcheberry²⁰ niegan toda posibilidad a las alternativas de ser concebidas como una gracia, concediéndole algún carácter punitivo a las mismas, aun cuando efectúan diferencias entre las distintas tipologías consagradas en la Ley N° 18.216.

Particularmente tratándose de la remisión condicional la pena, la mayoría de la doctrina de la época concuerda en atribuirle una naturaleza suspensiva de la pena privativa de libertad, concibiéndola como una medida en virtud de la cual, la pena pronunciada queda en suspenso y en situación de ser remitida si el condenado cumple con las condiciones que le han sido fijadas para el período de prueba²¹. La diferencia principal radica en que, para autores como Cury, la remisión cumple más bien fines de carácter tutelar, por cuanto la pena remitida no se ejecuta y es sustituida tan solo por medidas de observación y asistencia del condenado²².

Por su parte, la libertad vigilada también comparte el carácter suspensivo de la pena privativa o restrictiva de libertad, quedando sujeto el condenado a la custodia de un delegado cuyas funciones se equiparan a las del oficial de prueba anglosajón²³. De esta forma, su función no queda restringida a labores de vigilancia como en el caso de remisión, sino también encaminadas a la resocialización del sujeto, imponiéndose obligaciones al régimen de observación más estrictas²⁴.

En sintonía con lo anterior, la mayoría de la doctrina de esa época reconoce a ambos institutos el carácter de beneficio o medida en consonancia con su denominación, negándole el carácter de pena.

Tratándose de la reclusión nocturna, la mayoría de la doctrina niega que ostente la naturaleza de suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad, sino que entiende que correspondería a una modalidad de su cumplimiento, que a su vez sería evidentemente más benigna²⁵. Siguiendo tal distinción, más recientemente Politoff, profundiza en las diferencias efectuando una separación entre las medidas relativas a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, y las penas alternativas a la prisión propiamente tales.

¹⁵ LABATUT (1992) p. 319.

¹⁶ LABATUT (1992) p. 319.

¹⁷ NOVOA (2010) pp. 322 y ss.

¹⁸ GARRIDO (2007) pp. 355 y ss.

¹⁹ CURY (2005) pp. 730 y ss.

²⁰ ETCHEBERRY (1997) pp. 200 y ss.

²¹ NOVOA (2010) pp. 322 y ss.

²² CURY (2005) p. 730.

²³ CURY (2005) p. 735.

²⁴ ETCHEBERRY (1997) pp. 201-204.

²⁵ GARRIDO (2007) pp. 363.

Así, las últimas constituirían penas principales excluyentes de la pena de prisión para los casos de mediana y baja gravedad, de modo que su imposición no sería condición para no cumplir una pena privativa de libertad ni su incumplimiento se encontraría amenazado con la imposición de la pena privativa de libertad suspendida condicionalmente; siendo precisamente la situación en que se encontraría ubicada la reclusión nocturna²⁶. Sin embargo, autores como Etcheberry presentan una visión más matizada, entendiendo que la reclusión nocturna, si bien constituye una alternativa, no es enteramente alternativa a la pena privativa de libertad y no se trataría tampoco de un beneficio, puesto que impone una privación de libertad por al menos ocho horas de cada veinticuatro²⁷.

Como se observa, bajo la antigua ley, existían en la doctrina opiniones diversas con respecto a la naturaleza jurídica de las alternativas en cuanto a su configuración como beneficio o pena alternativa. Por su parte, si bien se extrae una suerte de consenso en torno a concebir a la remisión condicional y a la libertad vigilada como medidas que operan bajo la fórmula de la suspensión, la solución no es clara respecto de la reclusión nocturna, entendiéndola algunos como una pena alternativa y otros como una fórmula distinta de cumplimiento de la pena privativa de la libertad. En ese sentido, compartimos lo señalado por Matus de que resultaba equívoco englobar bajo el epígrafe de “medidas alternativas” a instituciones de distinta naturaleza. Así, más allá de lo expuesto por los citados autores, resulta plausible argumentar que la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada constituían bajo la antigua regulación, fórmulas de suspensión condicional de pena, mientras que la reclusión nocturna constituía, en esencia, una pena sustitutiva²⁸.

La diferencia entre ambas, como explica Mapelli²⁹, es que en el caso de las primeras la pena queda suspendida, pudiendo aplicarse en su lugar, una serie de reglas de conducta, de tal forma, que, si durante dicho período el sujeto vuelve a cometer un delito, la pena privativa suspendida se ejecuta en su totalidad, mientras que, en el caso de cumplimiento exitoso, la pena queda definitivamente extinguida. Por su parte, tratándose de la sustitución, se produce el reemplazo de la pena inicialmente prevista para el delito cometido –pena sustituida– por otra pena –pena sustitutiva– distinta, no prevista en la legislación, que también puede incluir la provisión de determinadas reglas de conducta. En caso de ser incumplida, debe procederse inexorablemente a la recuperación de la pena desplazada (cláusula de retorno), ejecutándose de manera total en caso de incumplimiento inicial y parcial en caso que se produjere durante la ejecución de pena, debiendo aplicarse las mismas reglas de conversión por el cual la pena fue sustituida, pero en sentido inverso. De esta forma, como precisa Sanz³⁰, la diferencia radica en que la suspensión “paraliza” la sanción original, mientras que la sustitución la “subroga”, lo que en términos prácticos genera importantes diferencias, en lo que a consecuencias jurídicas para el penado se refiere.

²⁶ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2003) pp. 543 y 544.

²⁷ ETCHEBERRY (1997) pp. 210-211.

²⁸ MATUS (2003) p. 187

²⁹ MAPELLI (2005) pp. 90 y ss.

³⁰ SANZ (2000) p. 272.

En efecto, la distinción anterior se encontraba recogida en la Ley N° 18.216, la que además de reconocer diferencias entre la remisión condicional de la pena, la libertad vigilada y la reclusión nocturna respecto de sus requisitos de procedencia, también contemplaba importantes disparidades en cuanto a los efectos en caso de incumplimiento o comisión de un nuevo delito. Así, en el caso de la remisión condicional de la pena, la revocación de la “suspensión” de la pena como consecuencia³¹ o la “revocación del beneficio” tratándose de libertad vigilada³², importaba el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta en su totalidad. Por su parte, tratándose de la reclusión nocturna, expresamente se regulaba la revocación por incumplimiento, dando lugar al cumplimiento de la pena privativa o restrictiva de libertad, pero por el lapso no cumplido.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose de los efectos en el registro de condenas, la ley no hacía distinción alguna, estableciendo la omisión de la condena durante su ejecución y luego la eliminación definitiva de los antecedentes prontuarios, tratándose de personas que no contaren con condenas anteriores independientemente de la medida impuesta. Por su parte, tratándose de reincidentes, la condena solo podía ser eliminada sometiéndose al proceso de eliminación de antecedentes penales regulado en el Decreto Ley N° 409. En ese sentido, se observa, que no obstante reconocerle naturaleza distinta, presentaba una solución homogénea en materia de registro, aun cuando en el caso de la reclusión nocturna, estrictamente al tratarse de una nueva pena, resultaba paradójico que pudiera ser extinguida de manera distinta de las causales previstas en el Código Penal³³.

3. LAS ALTERNATIVAS BAJO LA LEY N° 20.603

El 27 de junio de 2012, se promulgó en el diario oficial la Ley N° 20.603 que modificó la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, sistema de penas alternativas a la cárcel actualmente vigente en Chile³⁴.

Dicha regulación, tuvo como antesala un inédito “Acuerdo político legislativo en materia de Seguridad Pública” suscrito en noviembre del año 2007 por parlamentarios de oposición y de gobierno, los presidentes de los principales partidos políticos de ambas coaliciones, por el Ministro del Interior y por la entonces Presidenta de la República, Michelle Bachelet³⁵.

El proyecto de ley, ingresado a tramitación legislativa el 31 de marzo de 2008, buscaba dar estricto cumplimiento al “Acuerdo político legislativo en materia de Seguridad Pública”, recogiendo las modificaciones propuestas en el documento. En ese sentido, se puede afirmar que el proyecto era más bien modesto en sus pretensiones, pues mantenía la

³¹ Artículo 6 de la Ley N° 18.216.

³² Artículo 11 de la Ley N° 18.216.

³³ Artículo 29 Código Penal.

³⁴ Cabe hacer presente, que la propia ley postergó su entrada en vigencia, considerando la implementación gradual de la misma a contar de la dictación de su reglamento contenido en el DECRETO N° 1120 del Ministerio de Justicia, de fecha 23 de diciembre de 2013.

³⁵ Véase el documento completo del “Acuerdo político legislativo en materia de Seguridad Pública”. Disponible en: https://www.emol.com/especiales/acuerdodeseguridad/Acuerdo_Seguridad_publica.pdf. Fecha de consulta: 24 de julio de 2020.

naturaleza jurídica de las alternativas como “beneficios”, apostando por la ampliación del catálogo a la reparación del daño y a los trabajos en beneficio de la comunidad –alternativas ya existentes en otras legislaciones–, junto con la regulación de reglas más estrictas para el caso de incumplimiento de las medidas.

Dicho proyecto de ley fue criticado por algunos expertos³⁶, y también por diputados integrantes de la Comisión de Constitución³⁷, lo que conllevó a que, arribado el gobierno electo, este presentara una nueva indicación en agosto de 2010, delineando nuevos fundamentos político-criminales pretendidos con esta reforma, como se explicará a continuación, y profundizando en las reformas a la Ley N° 18.216 propuestas por el anterior gobierno.

3.1. FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

Como se dio cuenta anteriormente, esta reforma tuvo origen en un mensaje del Ejecutivo del año 2008, del cual se desprenden de manera poco sistemática los fundamentos político-criminales que se tuvo a la vista con su implementación.

Expresado en términos amplios, el objetivo general que se desprende de la discusión legislativa fue el de “*robustecer el sistema de medidas alternativas a la prisión*”³⁸. Por eso, y como se discutirá con mayor profundidad en el acápite relativo a la naturaleza jurídica, uno de sus aspectos claves consistió en el reemplazo de su denominación de “medidas alternativas” por el de “penas sustitutivas”. En palabras del Ministro de Justicia de la época, la iniciativa tuvo como “fin fundamental restablecer el prestigio y la utilidad de las medidas alternativas” toda vez que, a su juicio, “han ido cayendo, con el transcurso del tiempo, en un escenario de franco desprestigio, porque están implicando más bien un beneficio que una alternativa de sanción”³⁹.

Esta visión se ve refrendada por el material elaborado por la citada cartera en el contexto de la implementación de la reforma, en el cual se argumentó que “las penas en libertad han caído en descrédito como medio de disuadir a los infractores de cometer nuevos delitos, y se han concebido como un ‘perdonazo’ para el condenado”⁴⁰, diagnóstico que habría invitado a efectuar una profunda reforma al sistema.

Este objetivo, que hemos calificado de general, responde a la lógica de la expansión de la red de sanciones penales que caracterizó a los países europeos continentales y a los del *common law* allá por la década del setenta, los que buscaban en las alternativas una disminución en el uso de la pena de cárcel⁴¹. Junto con lo anterior, al igual que los procesos de reforma de las alternativas en otros países, apuntó a transformar a las alternativas a la cárcel en opciones de sanción “creíbles” y que a su vez fuesen percibidas como alternativas dotadas de “legitimidad” ante los operadores del sistema y la ciudadanía en general, que permitan disputar de manera legítima el lugar a la cárcel en el marco de las consecuencias

³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) pp. 62 y ss.

³⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 64

³⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) pp. 19 y 289.

³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 463.

⁴⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA (2012) p. 14.

⁴¹ COHEN (1979) pp. 346 y ss.

jurídicas⁴². En palabras de la citada autoridad “Porque queremos terminar de asentar en nuestra sociedad que pagar un delito con una sanción distinta del encarcelamiento es tan válido como hacerlo en prisión”⁴³.

Por otro lado, en términos de sus objetivos específicos, el primer mensaje N° 66-356, de fecha 31 de marzo de 2008, planteó como primer objetivo –el cual se mantendría de manera transversal durante la tramitación del proyecto– el de “favorecer la reinserción social de los condenados”, al expresar la existencia de un consenso en cuanto al “rol en la reinserción social de las personas condenadas [de las penas alternativas], evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas”, y el de servir como “real herramienta en el ámbito preventivo especial”⁴⁴.

Dicho objetivo, se vio reforzado en la indicación presentada en el año 2010 por el nuevo gobierno⁴⁵, en la cual se hace presente que el objetivo de las penas alternativas “será el de evitar la reincidencia delictual”, instando por la reinserción social de los condenados, procurando el acceso a oferta programática⁴⁶.

Por su parte, dado que los conceptos utilizados homónimamente de “reinserción social” –término utilizado por la reforma– o de “resocialización” –denominación utilizada en España– de “rehabilitación” –término utilizado por en los países angloparlantes–, o incluso de “prevención especial positiva” –propio del vocablo penológico continental–, han sido conceptualizados de diversas formas en la criminología y dogmática penal, no existiendo una construcción uniforme⁴⁷, resulta necesario precisar, que la reforma concibe estos conceptos desde una doble acepción.

Por un lado, la reforma recoge una visión de “lectura mínima y garantista”⁴⁸, por lo que más que imponer un contenido positivo y concreto a los conceptos de reinserción social, lo que se buscó fue el evitar los efectos desocializadores de las penas privativas de la libertad, siendo esencial no la administración sobre el penado de programas de intervención, sino la evitación de los aspectos más nocivos de la estancia en la cárcel⁴⁹.

En efecto, este argumento al cual se ha recurrido por la dogmática penal y la criminología para evitar principalmente la regulación de penas cortas de prisión, argumentando la existencia de un “contagio criminal” y la imposibilidad de impartir un adecuado tratamiento penitenciario en períodos breves⁵⁰, se ve nítidamente representado en la indicación presen-

⁴² Véase SALINERO, MORALES y CASTRO (2017) pp. 834 y 857.

⁴³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 463.

⁴⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) pp. 5 y 6.

⁴⁵ Indicación sustitutiva del ejecutivo N° 151.358 de 18 de agosto de 2010. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) pp. 18 y ss.

⁴⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 20.

⁴⁷ Como señala DE LA CUESTA, la amplia variedad de términos empleados (reeducación, rehabilitación, repersonalización, reinserción, readaptación social...) es ya síntoma de la diversidad de entendimientos y acepciones que suscita, a lo que se suman los problemas que presenta relativos a su ámbito de actuación (teoría de la pena, en general, teoría de la pena privativa de la libertad, teoría de la ejecución), hasta su finalidad última. DE LA CUESTA (1993) pp. 11 y ss.

⁴⁸ MUÑOZ (1985) Cit: MEDINA (2011) pp. 154 y ss.

⁴⁹ MAPELLI (1983) pp. 99 y ss.; MEDINA (2011) pp. 154 y ss.

⁵⁰ LARRAURI y CID (1997) p. 30.

tada en el año 2011 por el Ejecutivo mediante el cual se reincorporaron a la discusión los servicios en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva. Así, los servicios en beneficio de la comunidad fueron introducidos precisamente para captar población que previo a la reforma hubiere sido condenada a una pena de cárcel, argumentando la “inconveniencia y carencia de racionalidad de las penas privativas de libertad inferiores a 1 año. En estos casos, el contagio criminógeno que sufre el condenado se ve agravado por las actuales condiciones de hacinamiento de los centros de reclusión”⁵¹. De esta forma, esta acepción de la reinserción social como “no desocialización” fue recurrentemente invocada como fundamento de la reforma a las alternativas, entendiendo que el entorno comunitario en el cual deben cumplirse estas penas es mucho más idóneo para los fines de prevención especial positiva que aquel caracterizado por el desarraigo propio de las penas privativas de la libertad.

Por otro lado, la reforma también concibe la reinserción social en el contexto de las penas sustitutivas como el acceso a oferta programática de rehabilitación, con el objeto de reducir el comportamiento delictivo. En efecto, se opta por una definición 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 prisión o en la comunidad⁵². Esto se ve claramente en el mensaje enviado por el Ejecutivo en el año 2010, en el cual se afirma que el proyecto busca instar por la reinserción social de los condenados, “a través del acceso oportuno y efectivo para aquellas personas que presenten consumo problemático de drogas y alcohol, y entregando atención cada vez más especializada, por ejemplo, tratándose de delitos de violencia intrafamiliar y sexuales” y afirmando que el objetivo de estas sanciones será el “evitar la reincidencia delictual”⁵³.

Considerado lo expuesto, es posible afirmar que en la concepción de este primer objetivo confluyen dos visiones político-criminales de corte rehabilitador. El primero, similar a aquel recogido por la Ley N° 18.216 antigua, que inspiró la política criminal de la década del sesenta y que se basaba en una crítica a la cárcel por su efecto estigmatizador y por ser una institución desocializadora⁵⁴; y el segundo más contemporáneo y que recoge la idea de que no basta con evitar los efectos desocializadores de la cárcel bajo una lógica de no-hacer, sino que además considera que el escenario ideal para el despliegue de una oferta de rehabilitación es precisamente el entorno comunitario, propio del modelo del *What works?* (¿qué funciona?), ya reseñado. Dicho modelo, surgido en Norteamérica y que pregona el tratamiento de los infractores a través de prácticas basadas en la evidencia, junto con explotar la idea que estas sanciones deben estar al servicio de la “protección del público” y la “reducción del riesgo”⁵⁵; nace como consecuencia de la debacle del modelo rehabilitador en la década del sesenta capturado en la reiterada frase de *Nothing works* (“nada funciona”), que implicaba un desencanto con el ideario rehabilitador dado que ni la pena privativa de liber-

⁵¹ Indicación del Ejecutivo N° 000-359 de 21 de marzo de 2011. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) pp. 42 y ss.

⁵² FRASE (2005) p. 70.

⁵³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 20.

⁵⁴ LARRAURI y CID (1997) p. 17.

⁵⁵ CULLEN y GILBERT (1982) pp. 3 y ss.; MCGUIRE y PRIESTLEY (2006) pp. 3 y ss.

tad ni las alternativas, ofrecían según las investigaciones empíricas de la época ventajas significativas en lo que a evitar la comisión de delitos futuros se refiere⁵⁶. Posteriormente, luego de un escepticismo total de la rehabilitación como clave en la lucha contra el delito, esta ha tomado a partir de este nuevo siglo un nuevo rumbo de reconocimiento en la política criminal de los diversos países, donde las penas alternativas son observadas no solo como más justas, sino también más económicas y con mayor potencial rehabilitador, invirtiendo el slogan al actual *Whats works?*, recogido también bajo el paraguas del modelo rehabilitador que recoge la reforma a las alternativas.

Por su parte, el segundo objetivo específico perseguido por la reforma fue el de controlar efectivamente el cumplimiento de las nuevas penas sustitutivas, a partir del déficit de fiscalización reconocido por las propias autoridades del Ministerio de Justicia. En ese sentido, la carencia de control de las medidas alternativas se constataba desde dos esferas: la jurisdiccional y la administrativa. En efecto, desde la esfera jurisdiccional, esto se plasmaba en la práctica en una desatención de la labor entregada hasta ese entonces a los jueces de garantía de velar por la correcta ejecución de las penas fundada en la ausencia de un procedimiento a través del cual canalizar su labor⁵⁷. Como reconoce la citada cartera “en la mayoría de los casos constituye el último contacto del condenado con el tribunal dentro del mismo proceso, desvinculándose de toda supervisión sobre la ejecución de la medida, quedando radicada esta en Gendarmería de Chile”⁵⁸. Por eso, una de las principales innovaciones de la reforma a las alternativas, apuntó a regular la labor de ejecución de los jueces de garantía, estableciendo audiencias de seguimiento en algunos casos, y estableciendo un procedimiento para los casos de incumplimientos y revocaciones.

El déficit de control en la esfera administrativa apuntaba claramente a la labor desarrollada por la entonces denominada Sección de Medio Libre de Gendarmería de Chile en la materia, reconociéndose escasez de personal y de especialización para llevar a cabo la labor de delegado de libertad vigilada⁵⁹. Asimismo, el control de las penas deja de vincularse necesariamente a la existencia de recursos humanos para desarrollar dicha labor, pasando a descansar en la utilización de medios tecnológicos, particularmente el monitoreo telemático⁶⁰.

También en referencia a este objetivo, se observa un discurso punitivo bajo la lógica de mayor control. Lo anterior se puede observar en el mensaje de la indicación enviada por el Ejecutivo en 2010 en el cual se afirma, a propósito de la introducción del monitoreo telemático, que “El cumplimiento de una pena distinta de la privación de la libertad, no puede ser sinónimo de impunidad. Considerando lo anterior, las modificaciones introducidas por la indicación apuntan a efectuar un control efectivo e intenso de estas penas, utilizando los avances tecnológicos disponibles en la materia, a través de sistemas de radiofrecuencia y GPS”⁶¹.

⁵⁶ MARTINSON (1974) pp. 22-54.

⁵⁷ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales, que establece que le corresponde al juez de garantía el hacer ejecutar las condenas criminales y medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución.

⁵⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA (2012) p. 20.

⁵⁹ Véase CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA (2010) p. 15.

⁶⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 69.

⁶¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 20.

Dicho discurso, se encuentra en línea con lo planteado por diversos autores internacionales, que refieren la existencia de un “vuelco punitivo”⁶² en la regulación de las alternativas a la cárcel de cara a la búsqueda de la referida legitimización del sistema. Esto en la práctica ha implicado la implementación de sistemas de supervisión del cumplimiento de las penas alternativas más estrictos, bajo la lógica que, si se muestra a los condenados una reacción enérgica y de intolerancia a los incumplimientos, ellos estarán menos dispuestos a involucrarse en ellos, siendo más probable que cumplan “preventivamente”⁶³. Fuera de lo anterior, la reforma se encuentra en línea con la tendencia observada en los sistemas de justicia desarrollados, de apostar de manera creciente en el uso de la tecnología de manera de forzar el cumplimiento de los requerimientos impuestos a través de estas alternativas⁶⁴.

Igualmente, esta postura más punitiva, se vio reforzada por la eliminación del polémico artículo 28, consagrado previo a la reforma, que permitía a los jueces, dar por cumplida la pena por el mero transcurso del tiempo, de manera independiente de si el condenado se presentaba o no a cumplir la medida o el nivel de cumplimiento de la misma. Así, si bien el argumento primigenio para su regulación habría estado en la necesidad de entregar certeza jurídica⁶⁵ frente al incumplimiento del condenado del deber de presentarse o de ejecutar la sanción por un lado, y por el otro, la ausencia de una reacción jurisdiccional y administrativa frente a dicho incumplimiento, evidentemente una apuesta por aumentar el control de cumplimiento pasaba por la eliminación de la citada normativa que constituía “[u]no de los ejemplos que más relevan la debilidad en el control”⁶⁶.

Por su parte, el tercer objetivo específico perseguido por la reforma fue el de entregar protección a las víctimas. Este sin duda constituye el objetivo específico menos desarrollado en los mensajes e indicaciones del Ejecutivo y también en la discusión legislativa. En particular, este objetivo es posible plasmarlo concretamente en la reforma a la libertad vigilada, en virtud de la cual se crea esta suerte de versión robustecida a través de la libertad vigilada intensiva y que a su vez permitía la utilización del denominado monitoreo electrónico “bilateral”, diseñado para efectos de controlar las condiciones de alejamiento impuestas a un condenado especialmente en los casos de delitos de violencia intrafamiliar y delitos sexuales⁶⁷. Sin embargo, más allá de la regulación a propósito del monitoreo telemático no se observa otra provisión en línea con el objetivo político-criminal citado, salvo el proyecto original que regulaba, aun como medida alternativa, la reparación del daño, propuesta que fue eliminada prontamente de la tramitación.

Más allá del débil objetivo político-criminal plasmado en la reforma, al igual que en el caso de los otros objetivos, la incorporación de la víctima y su protección en el ámbito de la ejecución de las alternativas a la cárcel, responde a una tendencia político-criminal contemporánea, en la cual, como sostiene Garland “las víctimas mismas, las familias de

⁶² NEWBURN (2007) pp. 425 y ss.

⁶³ ROBINSON y UGWUDIKE (2012) pp. 310 y ss.

⁶⁴ BOTTOMS, REX y ROBINSON (2004) p. 6.

⁶⁵ SALINERO y MORALES (2019) p. 12.

⁶⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA (2012) p. 20.

⁶⁷ MORALES (2013) p. 423.

las víctimas, las víctimas potenciales, la figura abstracta de ‘la víctima’ se invocan ahora rutinariamente para apoyar medidas de segregación punitiva, como es el caso del monitoreo telemático; aun cuando también podría expresarse en la promoción de instancias “reparadoras”⁶⁸, como contemplaba originalmente el proyecto.

Probablemente el objetivo segundo y tercero, antes explicados, encontrarían su sustento político-criminal en el populismo punitivo, donde se produce una intensificación de los discursos de mano dura y una apelación a la víctima no solo para propiciar el cumplimiento íntegro de penas privativas de libertad, sino también para exigir mayor control en las sanciones no privativas⁶⁹. En esa línea, el aumento en el control de las alternativas y preocupación en la víctima, propiciado por la reforma, podría venir justificado por la creciente ola de desconfianza que se produjo entre los operadores del sistema de justicia penal, particularmente los jueces y, por otro lado, la sociedad en su conjunto, que veían estas consecuencias jurídicas como respuestas blandas o suaves al delito, pero especialmente existían dudas sobre el control en su cumplimiento por parte de la autoridad y medios económicos que las hicieran operables en la práctica; lo que trajo como consecuencia una deslegitimación de esta institución jurídica⁷⁰.

El último objetivo político-criminal específico de la citada reforma apuntó a hacer un uso racional de la privación de la libertad, fomentando la diversificación del catálogo de alternativas mediante la introducción de nuevas sanciones como los servicios en beneficio de la comunidad, la libertad vigilada intensiva, entre otros ejemplos. Lo anterior, en el entendido que en cuanto estas sanciones funcionen de manera efectiva y eficaz, posibilitan el que la cárcel no sea considerada como la única respuesta posible al delito. Como argumentó el Ministro de Justicia de la época durante la tramitación legislativa, “Más que en una mano firme o blanda respecto del uso de la cárcel, creemos en una mano racional. Por eso, el proyecto establece que cierto tipo de delitos necesariamente deben ser castigados con reclusión [...] pero también creemos –y por eso hablamos de uso racional–, que, algunas veces estamos sobre utilizando la cárcel, en circunstancias de que no puede ser la única respuesta de nuestro sistema penal. A lo mejor, es una de las más importantes, pero queremos dar un paso adelante como país y ampliar el abanico de respuestas”⁷¹.

Así, la racionalización del uso de la cárcel pareciera responder, en general, a un enfoque expansionista de las alternativas –reduccionista del uso de la cárcel–, no solo basado en discursos basados en el predominio de funciones utilitaristas de corte preventivo especiales, sino también en un retorno de los discursos político-criminales basado en idearios proporcionalistas como eje fundamental de las sanciones. Este tipo de discursos, basado en visiones neo-retribucionistas, tiene su origen en la década del ochenta, en virtud de los cuales, la prisión es concebida como una sanción adecuada para los comportamientos de máxima gravedad, mientras que para los comportamientos de baja o intermedia gravedad se sugiere la regulación de sanciones alternativas, cuya severidad debe graduarse conforme a la grave-

⁶⁸ GARLAND (2001a) p. 46.

⁶⁹ LARRAURI (2006) pp.15-22.

⁷⁰ SALINERO, MORALES y CASTRO (2017) pp. 855 y ss.

⁷¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 291.

dad de la ofensa⁷². Este modelo, que tuvo una profunda influencia en el ámbito anglosajón mediante la introducción de las denominadas *sentencing guidelines* (guías de sentencia), vino de la mano de la creciente influencia de académicos como Von Hirsch y Wasik⁷³ y, en cierta medida, Morris y Tonry⁷⁴, quienes promovieron la materialización de un modelo sancionatorio de base retributiva que conllevaba restricciones al uso de la prisión. En virtud de este modelo denominado del *just deserts* (justo merecimiento), el castigo debe manifestar una censura o reproche, y a su vez la sanción penal debe ser proporcional a dicho reproche⁷⁵.

Sin perjuicio de lo loable del propósito de racionalizar el uso de la cárcel a través de la ampliación de las alternativas –el cual fue abrazado durante la tramitación legislativa de manera transversal por todos los sectores políticos– vale la pena recoger una crítica tradicional de la literatura criminológica a propósito de objetivos como el señalado, que pone en duda la eficacia de estrategias como las adoptadas por la reforma. Esta crítica desarrollada originalmente por Cohen⁷⁶ bajo la influencia de Foucault y denominada de “ampliación de la red” (*netwidening*), apunta a reflexionar acerca de si la mejor forma de racionalizar el uso de la cárcel es precisamente a través del fortalecimiento de las alternativas. Así, el citado autor argumenta que la expansión de las sanciones alternativas, basada en una crítica a la prisión, no ha resultado en el reemplazo del sistema convencional de encarcelamiento, toda vez que en aquellos lugares en que se han proliferado las penas alternativas, la prisión ha continuado siendo utilizada en más o menos los mismos casos, mientras que las penas alternativas han captado infractores que han cometido infracciones leves o primerizas, tradicionalmente abordados mediante instancias de desviación del sistema penal, extendiendo finalmente la red de control social⁷⁷. Este sin duda, debe ser un punto que requerirá un estudio a profundidad de la información empírica de funcionamiento del sistema, que permita evaluar la consecución de objetivos propuestos y determinar si el mecanismo por el cual se optó, esto es la ampliación de las alternativas, constituye un camino adecuado para el logro de la racionalización en el uso de la cárcel.

3.2. NATURALEZA JURÍDICA

En este apartado se efectuará un análisis general sobre la naturaleza jurídica de las alternativas, para posteriormente hacer un examen pormenorizado de cada de ellas, reconociéndolas como pena e indicando las áreas que particularmente estas sanciones afectan.

Desde el origen de esta nueva institucionalidad en 2012 no son muchos los autores que se han manifestado al respecto. Incluso, ediciones monográficas recientes que se ocupan del análisis y desarrollo de la teoría de la pena en general, han desatendido particularmente esta temática o han hecho un somero análisis al respecto⁷⁸.

⁷² WASIK y VON HIRSCH (1988) pp. 554 y ss.

⁷³ WASIK y VON HIRSCH (1988) pp. 554 y ss.

⁷⁴ MORRIS y TONRY (1990) pp. 35 y ss.

⁷⁵ VON HIRSCH (1993) pp. 58 y ss.

⁷⁶ COHEN (1979) pp. 339 y ss.

⁷⁷ COHEN (1979) pp. 346 y ss.

⁷⁸ A modo de ejemplo, véase ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 155, 156 y 202. Estos autores enfatizan la importancia que la ley N° 20.603 conciba las alternativas como penas sustitutivas y no beneficios, empero, se refieren a

Para algunos autores, la naturaleza jurídica de estas penas –al igual que como era antes de la reforma–, correspondería a una combinación de fórmulas de suspensión (en el caso de la remisión condicional y la libertad vigilada) y de sustitución (tratándose de la reclusión parcial y agregándose en este último caso, los servicios en beneficio de la comunidad), argumentando que el cambio en la nomenclatura sería solamente simbólica, con el objetivo de hacer presente que no se está frente a un “perdonazo”⁷⁹.

Otros indican que se trata de una pena de distinta naturaleza que las privativas o restrictivas de libertad, que afectaría más concretamente otros derechos (los cuales no identifican)⁸⁰.

A su vez, otros autores argumentan que, se tratarían de “penas sustitutivas” tal como su nombre lo indica⁸¹ –posición a la cual adscribimos–, aun cuando es posible efectuar reparos en cuanto a que, debieron entonces, ser incluidas como penas en el artículo 21 del CP⁸², y ser reguladas adecuadamente las consecuencias jurídicas derivadas de dicha naturaleza en materia de recursos procesales⁸³. Como se señaló anteriormente, esto supone en la práctica, que la pena privativa o restrictiva originalmente impuesta es reemplazada por completo, reconociéndose como consecuencia jurídica del delito a la nueva pena sustitutiva. Así, si comprendemos que el mecanismo de la sustitución de las penas privativas de la libertad supone que no se ejecuta la pena privativa o restrictiva de libertad original, sino que en su lugar se ejecuta otra pena –sustitutiva– que reemplaza o subroga a la original, entonces resulta obvio que el nuevo instituto producto de la sustitución es una pena en sí misma. Lo anterior no constituye un cambio cosmético, sino que supone un cambio radical en la medida que se le reconoce transversalmente el carácter de pena, entrando a jugar a su respecto las consecuencias del delito y las distintas justificaciones teóricas respecto de sus fines.

Por otra parte, el reconocimiento del carácter de pena entregado por la reforma precisamente va en la línea con otras legislaciones comparadas en la materia de avanzar hacia el reconocimiento punitivo de las alternativas y de dotar de mayor legitimidad al sistema⁸⁴.

ellas, sin más, como “beneficios” en algunos casos y “penas” en otros. Estiman que estas alternativas son medidas heterogéneas desde el punto de vista de su naturaleza jurídica y tienen como rasgos comunes buscar evitar la aplicación del encierro y se aplican respecto de penas privativas de corta duración. Consideran que la pena privativa o restrictiva originalmente impuesta no se suspende en su ejecución, sino que es reemplazada por alguna de las nuevas penas (Remisión Condicional, Reclusión parcial, Libertad vigilada, etc.).

⁷⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA (2012) p. 23; AGUILAR (2013) p. 25.

⁸⁰ VARGAS (2014) p. 214.

⁸¹ BOFILL (2011) pp. 6 y ss.; ARAYA (2017) pp. 26 y ss.

⁸² VIGUERAS (2012) pp. 207 y ss.

⁸³ Como argumenta DELGADO siguiendo a BOFILL, la solución entregada por el legislador en el artículo 37 de regular la procedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia que conceda, deniegue, revoque, sustituya, reemplace o reduzca, intensifique o establezca el término anticipado de las penas sustitutivas, no es consistente con la solución de entenderlas realmente como penas de naturaleza sustitutiva. En efecto, si se considera que la decisión acerca de la concesión o denegación de la pena sustitutiva es parte integrante de la sentencia, en la medida que la determinación de la pena es fundamental en una sentencia definitiva condenatoria –y no accesoria como reconocía la jurisprudencia de antaño–, el legislador debió haber contemplado la procedencia del recurso de nulidad y no haber mantenido la apelación, solución propia de la antigua consagración de medidas alternativas. DELGADO (2015) pp. 35 y ss.

⁸⁴ Véase SALINERO, MORALES y CASTRO (2017) pp. 786 y ss.

En ese sentido, vale la pena acentuar que el reconocimiento del carácter de pena supone en la práctica un padecimiento gravoso para quien la recibe. Así, en palabras de cualquier tratadista, la pena implica *per se* un sufrimiento o un mal para quien la soporta e importa una lesión para los derechos del condenado⁸⁵. Estos componentes antes descritos que singularizan el cuerpo troncal de cualquier pena, también los encontramos en las penas sustitutivas porque, con mayor o menor intensidad, son un mal que implican una afectación a derechos fundamentales.

Considerando lo anterior, resulta pertinente considerar los planteamientos de Von Hirsch⁸⁶, quien sostiene que el sufrimiento o mal viene dado por la severidad de cada pena, la que a su vez debe ser determinada dependiendo de la afectación al estándar de vida de una persona. Por eso, para una determinación en concreto, se requeriría precisar claramente el grado de impacto de cada pena en el estándar de vida de la persona condenada. Desde esa órbita, una aproximación puede ser realizada analizando en qué medida una pena afecta la libertad ambulatoria, la capacidad de ganarse la vida, entre otros criterios planteados por el autor.

De esta forma, para afirmar que estamos frente a una pena, resulta importante preguntarse cuál es la afectación al estándar de vida de cada pena o más precisamente qué derechos se ven afectados con su imposición; aspecto que trataremos de abordar en los próximos párrafos.

Comenzando con la remisión condicional, esta sin duda constituye la pena más benigna de las sustitutivas –renunciando de entrada a cualquier intervención, más allá del control administrativo discreto del condenado–. Sin embargo, igualmente importa una afectación del derecho de autodeterminación del penado, en particular de la libertad ambulatoria, por cuanto su residencia queda condicionada a un lugar determinado; encontrándose además en la obligación de ejercer una profesión, oficio o empleo; y quedando sujeto al control y asistencia –con la periodicidad que se determine– a Gendarmería de Chile.

En el caso de la reclusión parcial, estamos claramente frente a una pena privativa parcial o temporal, que afecta la libertad ambulatoria del penado, la que se ejecuta en el domicilio del condenado (controlada por monitoreo telemático o policial) o que es ejecutada en establecimientos especiales al efecto. Adicionalmente, el porte del dispositivo telemático también puede entenderse como una afectación del derecho a la intimidad y la honra, al permitirse la visualización del dispositivo y la divulgación de su condición de penado⁸⁷.

La libertad vigilada, por su parte, en cualquiera de sus dos modalidades, es una pena que importa una afectación a la facultad de auto determinarse, afectando esencialmente la libertad ambulatoria, toda vez que la residencia del penado queda condicionada a un lugar determinado, estando además sujeto a la vigilancia y orientación permanente de un delegado de libertad. Este delegado es un funcionario con competencias específicas de Gendarmería de Chile, quien puede proponer al tribunal en el plan de intervención, variadas normas de conducta e instrucciones en el actuar del penado. Asimismo, el sujeto se encuentra con-

⁸⁵ ETCHEBERRY (1997) p. 132. Cosa que no queda del todo claro a propósito de la reclusión parcial; CURY (2005) p. 76; ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 16.

⁸⁶ VON HIRSCH (1993) pp. 102-103.

⁸⁷ MORALES (2013) p. 458.

culcado en su derecho a la libre elección del trabajo con una justa retribución, en la medida que es obligado a ejercer una profesión, oficio o empleo, bajo las modalidades que se determinen en su intervención individualizada. Junto con lo anterior, en la modalidad intensiva de dicha pena, se pueden decretar una serie de condiciones obligatorias y determinantes para el penado que claramente afectan su libertad ambulatoria, que van desde la prohibición de acudir a un lugar determinado hasta la obligación de cumplir programas de diversa índole (formativos, laborales, educacionales, sexuales, de tratamiento de la violencia, etc.), junto con la posibilidad de adicionar un control telemático de la pena.

La expulsión de extranjeros, al igual que la pena de extrañamiento, constituye una pena restrictiva de libertad, afectando la libertad ambulatoria, toda vez que impide al condenado residir y circular libremente por Chile⁸⁸. Sin embargo, desde el prisma del contenido de la pena como tal, donde es entendida como un mal, la expulsión no puede ser comprendida en todos los casos en que se aplique como una pena o castigo impuesto al sujeto que contraviene el ordenamiento jurídico penal. Lo anterior, toda vez que existen ciertos aspectos particulares, derivados de las circunstancias concretas del penado extranjero y la situación económica y social del país al cual pertenece, que determinarán el grado de afectación⁸⁹.

Finalmente, en el caso de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, los derechos conculcados son la libertad ambulatoria, en la medida que el penado debe concurrir al lugar donde debe prestar sus servicios de conformidad con la periodicidad y extensión de la pena fijada en la sentencia y en la modalidad que determine el delegado de servicios en beneficio de la comunidad; junto con afectar el derecho a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

4. DISCUSIÓN

La regulación de las alternativas de la cárcel cuenta con más de 100 años de historia en la normativa chilena, aun cuando fueron introducidas inicialmente de manera tímida, limitándose solo para el caso de las penas de corta de duración de hasta un año, siguiendo en buena medida la regulación comparada en la materia. En ese sentido, al igual que otros países⁹⁰, los argumentos político-criminales primigenios apuntaron a la ineficacia preventivo especial de las penas cortas privativas de la libertad, al reconocer a la cárcel como espacio promotor de conductas delictuales dado el contacto que se genera con pares delictivos y a su carácter desocializador, siguiendo modelos de corte rehabilitador.

Hoy en día, los fundamentos político-criminales esgrimidos en el espectro chileno para la reforma de las alternativas a la cárcel, siguen teniendo como base razonamientos similares a los de un comienzo, buscando evitar el efecto desocializador de las penas privativas de la libertad, entendiendo que esta no solo genera consecuencias en materia de libertad ambulatoria, sino que además acarrea efectos sociales importantes, que profundizan la

⁸⁸ SALINERO (2011) p. 125.

⁸⁹ SALINERO (2011) p. 120.

⁹⁰ Véase SALINERO, MORALES y CASTRO (2017) p. 786.

situación de exclusión social⁹¹. Sin embargo, el modelo rehabilitador que inspiró la regulación primigenia de las denominadas medidas alternativas, hoy se presenta más matizado por la influencia en Chile de otros modelos político-criminales.

Así, fue posible observar que el modelo rehabilitador, si bien aún vigente, ha mutado en términos de su contenido desde una lógica de no-desocialización —que ponía énfasis en los efectos criminógenos de la cárcel, especialmente en el caso de las penas cortas—, hacia uno más orientado al acceso a oferta programática de rehabilitación en línea con los planteamientos del *What works?* (¿qué funciona?), que pregona las virtudes del tratamiento de los infractores a través de prácticas basadas en la evidencia, especialmente ejecutados en la comunidad. Como se dio cuenta, lo anterior resulta consistente con la evolución que ha tenido el modelo rehabilitador en la experiencia comparada, precisamente luego del escepticismo experimentado en la década de los setenta y los ochenta. Hoy se cuenta con evidencia robusta sobre los efectos que puede tener en la conducta delictiva la ejecución de programas de rehabilitación con enfoque terapéutico⁹², y el costo-beneficio que puede resultar la inversión en ese tipo de programas cuando son ejecutados en la comunidad⁹³.

Esto a su vez, resulta desafiante desde la perspectiva de la política pública en la medida que supone el diseño y la implementación de una oferta de rehabilitación de programas efectivos en la reducción de la reincidencia delictual en el medio libre, lo que en definitiva ha llevado a Gendarmería de Chile a cambiar sus prácticas de intervención adoptado el modelo de riesgo, necesidad y capacidad de respuesta, de origen canadiense y que lentamente se ha ido expandiendo en términos su utilización, bajo lógicas actuariales⁹⁴.

Particularmente, dicho modelo rehabilitador ya sea en sus acepciones de antaño como en su versión contemporánea, ha debido compartir su terreno —antes exclusivo respecto de las alternativas a la cárcel— con un modelo proporcionalista y neo-retribucionista, que ha buscado a revelar la importancia de enfocarse en el hecho y no en el infractor — como ocurre con el modelo rehabilitador—, y que ha efectuado un llamado a racionalizar el uso de la cárcel, reduciendo su órbita de actuación respecto de aquellos delitos que lesionan más gravemente bienes jurídicos⁹⁵. Dicho discurso se ve abonado por circunstancias prácticas como la existencia de elevadas tasas de prisionización y los elevados costos del sistema, en línea con lo expuesto por diversos autores en relación a la existencia de “encarcelamiento masivo” (*mass imprisonment*)⁹⁶ y la búsqueda de alternativas penales precisamente para hacerse cargo de las elevadas tasas de encarcelamiento, viendo también la posibilidad de, por esa vía, aliviar los costos fiscales asociados a la creación y mantención de los recintos penales y las personas privadas de su libertad.

Fuera de dichos modelos, es posible encontrar en los fundamentos político-criminales de la Ley N° 20.603 un tercer modelo, de corte securitario y punitivo, que pone el

⁹¹ MORALES *et al.* (2019) pp. 15 y ss.

⁹² MACKENZIE y FARRINGTON (2015) p. 589.

⁹³ Véase WSIPP (2019).

⁹⁴ Véase MINISTERIO DE JUSTICIA (2012).

⁹⁵ VON HIRSCH (1993) p. 58 y ss.

⁹⁶ Concibiéndolo como aquel que supera marcadamente los promedios históricos de un país y en relación con la tasa de prisionización exhibida en países desarrollados. GARLAND (2001b) pp. 1 y ss.

acento en la necesidad de reforzar el control penal sobre los grupos sociales y comportamientos delictivos más tradicionales y, por otro, de identificar a ciertos grupos como objeto de persecución preferente⁹⁷; junto con efectuar consideraciones respecto de la víctima⁹⁸. En efecto, como se expuso, una de las apuestas político-criminales más importantes de la reforma fue la de controlar efectivamente el cumplimiento de las alternativas, como respuesta a la crítica acerca de la supuesta benignidad de las alternativas bajo el discurso del “perdono”. Así, en parte, la nueva nomenclatura, la regulación de nuevas sanciones y las nuevas formas de control a distancia de los infractores, se encuentran precisamente en línea con dichas pretensiones de efectuar controles más férreos y entregar mayor contenido punitivo a las sanciones.

No obstante, cabe hacer presente que esta crítica al déficit de control no constituye algo novedoso en la literatura criminológica internacional, en la medida que ya en los años 90, principalmente en los Estados Unidos, la eficacia de la supervisión en la comunidad había sido puesta en duda, haciendo emerger las denominadas “sanciones intermedias”, que constituyen alternativas de intensidad media, entre la *probation* y la prisión, encarnadas fundamentalmente en la implementación de programas de supervisión intensiva que parecen haber inspirado la configuración de la modalidad intensiva de la libertad vigilada⁹⁹ y el arresto domiciliario con monitoreo telemático, entre otras alternativas reguladas en la reforma. De esta forma, la Ley N° 20.603 abraza con fuerza esta corriente político-criminal, reforzando el control general de las penas sustitutivas, y evitando entregar una respuesta más benigna a través de la remisión condicional a los casos de delitos sexuales o delitos de violencia familiar, los que, si bien forman parte de la cartera tradicional de casos y de riesgos del sistema penal, han sido visibilizados con mayor fuerza a partir de sucesivas modificaciones penales en esas materias¹⁰⁰. Junto con lo anterior, la reforma también toma del modelo securitario la búsqueda de nuevos espacios para dar mayor visibilidad a las víctimas, aun cuando más allá de plasmarse como fundamento político-criminal, cuenta con una pobre materialización legal y práctica, lo que se traduce más en reforzamientos simbólicos de este tipo de discursos, similar a aquel observado en otras reformas emprendidas en materia de justicia penal nacional, por ejemplo, aquella tendiente a entregarle un reconocimiento constitucional al derecho de defensa de las víctimas¹⁰¹.

Cabe además agregar, que este modelo securitario buscó ser reforzado a través de sucesivas reformas directas o indirectas que ha tenido la Ley N° 20.603, particularmente respecto de los delitos excluidos de su aplicación evitando, por lo tanto, la condena a penas sustitutivas respecto de determinados tipos penales. Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la Ley N° 20.931 de 2016 conocida mediáticamente como “agenda corta”, las modificaciones contenidas en la Ley N° 20.770 de 2014 conocida como “ley Emilia” que modificó la ley del tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad y la Ley

⁹⁷ DIEZ RIPOLLÉS (2008) pp. 11 y ss; MORALES (2012) p. 94 y ss.

⁹⁸ GARLAND (2001a) p. 46.

⁹⁹ PETERSILIA (1999) pp. 19 y ss.; SALINERO y MORALES (2019) pp.15 y ss.

¹⁰⁰ MORALES (2012) pp. 94 y ss.

¹⁰¹ Véase Historia de la Ley N° 20.516 en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2011).

N° 20.813 de 2015 que modificó las normas sobre control de armas. Así, en el primer caso, dicha normativa limitó a una sola vez la posibilidad de condenar a reclusión parcial a aquellos que hubieren cometido ciertos delitos contra la propiedad; junto con condicionar su aplicación a aquellos condenados que hubieren sido objeto de toma de muestra biológica para la obtención de la huella genética, de acuerdo con las previsiones contenidas en la ley N° 19.970. Sin embargo, las modificaciones más radicales, y que obran totalmente en sentido inverso de los propósitos tanto del modelo rehabilitador como del neoretribucionista, fueron aquellas contenidas en las dos últimas leyes citadas. En el caso de la ley Emilia, esta reguló la suspensión obligatoria de la pena sustitutiva decretada por un plazo de un año, obligando, por ende, a aquel que fuere condenado por manejo en estado de ebriedad causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte, a cumplir al menos un año de su pena en la cárcel, pudiendo –transcurrido dicho período–, ingresar a cumplir su pena bajo un régimen de sustitución¹⁰². La ley de control de armas, por su parte, modificó el catálogo de exclusión original de la Ley 20.603, impidiendo la sustitución en el caso de hipótesis bastantes diversas que van desde la organización, pertenencia o financiamiento de milicias privadas; la colocación, envío, activación, arrojado, detonación, disparo o explosión de bombas o artefactos explosivos; hasta el porte y la posesión de armas no autorizadas¹⁰³.

Todas estas reformas presentan indefectiblemente problemas desde la perceptiva de su efectividad, la proporcionalidad y la igualdad, cuestionamientos que han fundado sucesivos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC). Sobre el particular, el citado órgano ha acogido las pretensiones de los requirentes señalando por un lado, que “una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un estado de Derecho”¹⁰⁴; argumentando además la desproporcionalidad de estas normas, y reafirmando los fines preventivo especiales positivos desde una visión “mínima y garantista”, sosteniendo que “la opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse solo si es estrictamente necesario y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia”¹⁰⁵.

Lo anterior, sin duda, ha puesto en jaque la política criminal securitaria que buscó ser profundizada a través de estas reformas, toda vez que ha impedido en la práctica que estos casos (relativos a la comisión de determinados delitos contra la propiedad, de manejo en estado de ebriedad con consecuencias graves y aquellos que impliquen la utilización de armas), sean objeto de un tratamiento penal más severo, vía inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En ese sentido, los fundamentos recogidos por el TC hacen suyos los hallazgos de diversas investigaciones que cuestionan la disuasión marginal como método eficaz de

¹⁰² Artículo 1 de la Ley N° 20.770.

¹⁰³ Artículo 4 de la ley N° 20.813. Para un análisis detallado de los tipos penales contenidos en la ley de armas reformada, véase BASCÚR (2017) pp. 503 y ss.

¹⁰⁴ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR CLAUDIO ANDRÉS CAYUPÁN PORMA RESPECTO DEL ARTÍCULO 196 TER, DE LA LEY N° 18.290 (2019) p. 7.

¹⁰⁵ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR DANIEL ULISES LEÓN RAMÍREZ RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1° DE LA LEY N° 18.216, Y DEL ARTÍCULO 17 B), INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 17.798 (2019) p. 7.

prevención de los delitos¹⁰⁶, y en la práctica, esto ha significado un reencauzamiento de la política criminal sobre los pilares proporcionalistas y de concebir la cárcel como *ultima ratio*, es decir haciendo prevalecer los modelos neoretribucionistas y rehabilitadores.

Respecto de la naturaleza jurídica de las alternativas a la cárcel y sus cambios, resulta evidente que los cambios analizados también responden a la confluencia de dichos modelos político-criminales. Así su concepción primigenia como fórmulas preminentemente de suspensión –salvo el caso de la reclusión nocturna– resulta consistente con el modelo rehabilitador de antaño, heredero los aportes de Von Liszt, quien abogó por la incorporación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, especialmente tratándose de penas cortas y de personas que, por sus condiciones personales o por las circunstancias del hecho, merecieran de una consideración especial¹⁰⁷.

En la misma línea, la regulación contemporánea de las alternativas se encuentra relacionada con la falta de legitimización de las antiguas medidas alternativas en el espectro punitivo, toda vez que fueron concebidas de manera análoga al perdón bajo la nomenclatura de la “remisión”, lo que sin duda no obró en el sentido de asentar su legitimidad en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito. En el mismo sentido, el reforzamiento como “pena” de la reforma, precisamente busca entregarles un contenido punitivo y como se expuso el debate legislativo, dar cuenta que resulta igualmente legítimo condenar a alguien a una pena alternativa como a prisión. Sin embargo, resulta evidente que dicho discurso va de la mano de modelos más securitarios y este vuelco punitivo que han experimentado la mayoría de los países con relación a las alternativas, buscando que sean que sean creíbles y que su vez generen en la práctica reales y ojalá cada vez más intensas afectaciones al estándar de vida de las personas que las padecen.

Luego de analizar la construcción político criminal y la naturaleza jurídica de las alternativas, cabe preguntarse si dicha configuración resulta adecuada para el objetivo primordial de la ley N° 20.603 de “robustecer el sistema de alternativas a la prisión” y que se materializó principalmente en el cambio de denominación y de naturaleza jurídica regulándolas como “penas sustitutivas”. Al respecto, es posible señalar que si bien dicha regulación constituyó un avance respecto del sistema existente, pues permitió concederles a las alternativas jurídicamente el carácter de pena y, por ende, reconocer que constituyen con mayor o menor intensidad un mal que implica una afectación a derechos fundamentales; continúan presentando un dilema estructural en su configuración.

En efecto, más allá de los problemas prácticos que pudiera presentar la conformación como penas sustitutivas –aspectos que han sido abordados en otros trabajos de investigación¹⁰⁸–, lo cierto es que la regulación actual continúa concediéndole un rol subsidiario a

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, los hallazgos de las investigaciones de DOOB y WEBSTER (2003), PRATT y otros (2006), TONRY (2008) y DURLAUF y NAGIN (2011) acerca de los efectos de la disuasión marginal respecto de delitos en general; y las investigaciones de TAXMAN y PIQUERO (1998) y YU (2000) respecto de los aumentos de severidad tratándose de los delitos de conducción en estado de ebriedad. En el espectro nacional, solo se encuentra una investigación sobre los efectos de la Ley N° 20.770, que al igual que los hallazgos de las investigaciones internacionales da cuenta de una ineficacia disuasiva de la denominada de la Ley N° 20.770; en HERRERA (2008).

¹⁰⁷ CUELLO CALÓN (1924) pp. 53-59.

¹⁰⁸ Véase MORALES y SALINERO (2020) p. 1 y ss.

las alternativas y principal a la cárcel. Así, si bien antes las alternativas operaban pretéritamente como una medida y hoy como pena, lo cierto es que continúan funcionando al alero de la cárcel, debiendo imponerse primariamente la pena privativa, para luego evaluar la pertinencia de la imposición de la alternativa, tanto en cuenta a la concurrencia de sus requisitos objetivos como aquellos subjetivos.

Lo anterior presenta, al menos, dos problemas importantes: uno de legitimidad y otro de incongruencia con los objetivos políticos trazados, especialmente con aquel relativo a racionalizar el uso de la cárcel.

Respecto de la legitimidad, la regulación resulta problemática tanto desde la perspectiva de la legitimidad externa como interna¹⁰⁹, pues tanto la configuración de antaño como la actual, presentan el problema insalvable de no transparentar con claridad las consecuencias jurídicas que devienen de la comisión de delitos que podrían entrar dentro del marco permitido por la ley para la sustitución. Así, fuera de las ya alambicadas reglas de determinación de la pena de nuestro código penal, se suma esta opacidad que supone que todos los delitos son castigados en principio con pena de cárcel y que, dependiendo de la concurrencia de criterios objetivos y subjetivos, la persona puede eventualmente verse dispensada del cumplimiento privativo y pasar a cumplir por una de las vías de sustitución establecidas en la ley N° 18.216. Así, si bien algunos estudios han demostrado que el otorgamiento de las penas sustitutivas opera con bastante automatismo¹¹⁰, aun así, parecería deseable desde la perspectiva de la legitimidad, que no solo aquellos que provengan del mundo jurídico, sino la ciudadanía en general, y especialmente los infractores, puedan conocer las consecuencias jurídicas de manera más clara y estas se puedan desprender del ordenamiento jurídico de manera más directa.

Por otra parte, desde la perspectiva político criminal, resulta una suerte de contrasentido que, si lo que se busque sea racionalizar el uso de la cárcel, entonces se recurra a fórmulas legales que siempre supongan la imposición *prima facie* de una pena privativa de la libertad, y que luego de un segundo examen esta pueda ser suspendida o sustituida. En efecto, si precisamente lo que se pretende es desincentivar la utilización de la cárcel, entonces sería deseable que esta no constituya la primera respuesta, consolidando con ello el principio de la *ultima ratio*. Así, bajo esta nueva mirada, como sostiene Von Hirsch “las penas no privativas de la libertad deben ser consideradas sanciones en sí mismas y no meras ‘alternativas’ a la privación de la libertad [...] estas sanciones son castigos que implican una privación y censura que caracterizan una respuesta punitiva”¹¹¹.

Los problemas anteriores, sumados a otras justificaciones¹¹², han llevado a algunas legislaciones a cuestionarse la regulación de los mecanismos de suspensión y de sustitución, optando por la configuración en algunos países de un sistema de consecuencias autónomas, en el cual sanciones como la reclusión parcial, la libertad vigilada o los servicios en benefi-

¹⁰⁹ Siguiendo a BOTTOMS (2003), la legitimidad externa está relacionada con la credibilidad de las sanciones alternativas a los ojos de los “*stakeholders*” tales como jueces, políticos o el público; mientras que la legitimidad interna busca entender cómo son estas percibidas por los condenados a dichas sanciones.

¹¹⁰ Véase MORALES y SALINERO (2020) pp. 1 y ss; WILENMANN y otros (2019) p. 474.

¹¹¹ VON HIRSCH (1993) p. 58.

¹¹² Véase WORRAL y HOY (2005).

cio de la comunidad, están establecidas como penas principales, especialmente tratándose de delitos de baja y mediana gravedad¹¹³. Estas modificaciones han sido producto de la influencia tanto de modelos retribucionistas basados en el *just deserts* ya explicado, como del modelo punitivo, que ha relevado la idea de que solo aquellas sanciones punitivas son percibidas por los jueces como sanciones alternativas “creíbles”¹¹⁴.

Esta propuesta implica abandonar denominaciones como las de “alternativas a la cárcel” o “penas no privativas de la libertad” o “penas sustitutivas”, y reemplazarlas por una nueva denominación que, si bien de cuenta del contexto comunitario en el cual se ejecutan, no soslaye su potencial punitivo. Además, implica la incorporación dentro del catálogo de penas y la regulación en cada tipo penal de un conjunto de penas, tanto privativas como no privativas, en un abanico de severidad equivalente, que puedan ser impuestas por los sentenciadores¹¹⁵. Asimismo, cabe agregar que, si bien estas construcciones propuestas tienen a la base modelos neoretribucionistas, la mayoría de las legislaciones han adoptado modelos de naturaleza híbrida¹¹⁶, que permita satisfacer tanto las demandas de mayor proporcionalismo, con aquellas que subyacen a exigencias prácticas. Eso supone considerar herramientas que permitan al juez, habiendo satisfecho las exigencias mínimas de proporcionalidad, dentro de un catálogo de igual severidad, individualizar la pena de acuerdo con las necesidades del infractor, haciendo un guiño a los modelos rehabilitadores; buscando de esta forma que las sanciones, si bien proporcionales, también consideren como fin la reducción de la reincidencia delictual de los infractores.

5. CONCLUSIONES

El propósito del presente trabajo fue el de develar los fundamentos político-criminales de la regulación de las alternativas a lo largo de su evolución en nuestro Chile y comprender su conceptualización en cuanto a la naturaleza jurídica atribuida a ellas. Como pudo observarse, su regulación inicial apuntó a concebirlas como respuesta frente al uso de penas cortas de prisión entendiéndolas como adecuadas para evitar los efectos nocivos de la cárcel, y como fórmulas predominantemente suspensivas de las penas privativas de la libertad, en consonancia con la vigencia del modelo rehabilitador que guió las políticas de ejecución penal de nuestro país durante gran parte del siglo pasado¹¹⁷.

Sin embargo, hoy en día, los fundamentos político-criminales de las alternativas si bien contienen aun resabios de las argumentaciones preventivo especiales de antaño –centradas en la no-desocialización–; presentan un entramado más complejo de fundamentos legitimadores, basados en el potencial rehabilitador que en sí mismas presentan, las posibilidades de entregar respuestas proporcionales a los delitos de mediana gravedad, y de

¹¹³ SALINERO, MORALES y CASTRO (2017) p. 853.

¹¹⁴ ROBINSON y otros (2012) p. 328.

¹¹⁵ Para revisar los distintas propuestas y legislaciones que han adoptado esta regulación véase VON IRSCH (1993) pp. 57 y ss.; WASIK y VON HIRSCH (1988) pp. 554 y ss.; MORRIS y TONRY (1990) pp. 35 y ss.; y más recientemente FRASE (2013) pp. 25 y ss.

¹¹⁶ FRASE (2013) pp. 25 y ss.

¹¹⁷ MORALES (2012) pp. 100 y 101.

controlar efectiva e intensamente a los infractores condenados a su cumplimiento. En ese sentido, la regulación actual de las alternativas bajo la Ley N° 20.603 tanto en cuanto a sus fundamentos político-criminales, como en cuanto a su regulación como “penas”, refleja la influencia de otros modelos políticos criminales foráneos y actualmente vigentes en Chile; uno de naturaleza antagónica al rehabilitador que pone énfasis en la necesidad de recentrar la mirada en el hecho y las respuestas al mismo, como ocurre con el modelo neo-retribucionista; y otro de naturaleza securitario y punitivo, que vuelve a poner el acento en el infractor, pero bajo una lógica de control del riesgo futuro de cometer delitos y de protección a la víctima, que viene muy de la mano de la revolución tecnológica que ha experimentado la arena penal en Chile¹¹⁸ y en el ámbito comparado¹¹⁹.

Entender dicha evolución, sin duda resulta relevante a la hora de repensar el sistema punitivo, particularmente frente a la eventual discusión de un nuevo Código Penal. Así, si bien el tránsito de nuestras alternativas ha resultado sensible a los cambios experimentados en el campo del control del delito, y han recobrado importancia en el ordenamiento jurídico chileno, estas aún carecen de un sentido punitivo propio, operando de manera subsidiaria o parasitaria de la cárcel.

Considerando lo anterior, resulta necesario finalizar el presente trabajo, haciendo un llamado al legislador a rescatar aquellos elementos, a nuestro juicio, más importantes de los modelos y configuraciones analizadas, buscando por un lado, la regulación de alternativas que han mostrado efectos positivos en la rehabilitación y la reducción de la reincidencia de los penados; y por el otro que estas alternativas, constituyan respuestas proporcionales que puedan ser adoptadas como sanciones principales importando de igual forma una censura y reproche que caracterizan la respuesta punitiva. Con esto, se logrará además dotar de mayor legitimidad a estas sanciones, especialmente frente a los infractores sentenciados, los operadores del sistema de justicia y el público en general, quienes tendrán mayor claridad de las penas que arriesgan frente a la comisión de un delito. Esto implica abandonar denominaciones como las de “alternativas a la cárcel” o “penas no privativas de la libertad” o “penas sustitutivas”, y reemplazarlas por una nueva denominación que, si bien de cuenta del contexto comunitario en el cual se ejecutan, no soslaye su potencial punitivo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR, Cristian (2013): *Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de la libertad de la LEY N° 18.216 (Ley 20.603)* (Santiago, Editorial Metropolitana).
- ARAYA, Luis (2017): *Régimen de penas sustitutivas. Revisión a la Ley N° 18.216, Ley N° 20.587 y Decreto Ley N° 321* (Santiago, Der Ediciones Limitada).
- BASCÚR, Gonzalo (2017): “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 sobre Control de Armas”, *Política criminal*, vol. 12, N° 23: pp. 533-609.

¹¹⁸ MORALES (2012) pp. 123 y ss.

¹¹⁹ GARLAND (2001a) pp. 41-61; SILVA SÁNCHEZ (2009) pp. 30 y ss.

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1982): Acta N° 28 de Sesión de Junta de Gobierno (26/10/1982).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012): “Historia de la LEY N° 20.603”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4505/>. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2018.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2015): “Historia de la Ley N° 20.516”. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4574/HLD_4574_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf. Fecha de consulta: 24 de julio 2019.
- BOFILL, Jorge (2011): *Informe en derecho sobre constitucionalidad y/o legalidad de la pena en hipótesis de incumplimiento de acuerdo a las indicaciones de la LEY 18.216, encargado por el Ministerio de Justicia* (Santiago, Gobierno de Chile).
- BOTTOMS, Anthony (2003): “Theoretical reflections on the evaluation of a penal policy initiative”, en ZEDNER, L.; ASHWORTH, A. (Edits.), *The criminological foundations of penal policy: essays in honour of Roger Hood* (Oxford, Oxford University Press) pp. 107-197.
- BOTTOMS, Anthony, REX, Susan y ROBINSON, Gwen (2004): “How did we get here?” en BOTTOMS, Anthony, REX, Susan y ROBINSON, Gwen (Edits.), *Alternatives to prison: Options for an insecure society* (Cullompton, Willan) pp. 1-27.
- COHEN, Stanley (1979): “The punitive city: Notes on the dispersal of social control, Contemporary Crises”, *Contemporary Crises*, vol. 3, N° 4: pp. 339-363.
- CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA (2010): “Recomendaciones para una nueva política penitenciaria.” Disponible en: https://www.cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf. Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- CUELLO CALÓN, Eugenio (1958): “Penas y medidas de corrección y de seguridad en el Proyecto de Código penal alemán de 1958, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*”, vol. 12, N° 1: pp. 11-38.
- CULLEN, Francis y GILBERT, Karen (1982): *Reaffirming rehabilitation* (Cincinnati, Anderson).
- CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición).
- DE LA CUESTA, José Luis (1993): “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria.” Disponible en: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/A+30+La+resocializ+acion+objetivo+de+la+intervencion+penitenciaria+.pdf>. Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- DELGADO, Paulina (2015): *Sustitutos Penales y Ley 20.603*. Tesina programa de especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/138493/Sustitutos-penales-y-Ley-20.603.pdf?sequence=1>. Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (2007): *La política criminal en la encrucijada* (Montevideo/Buenos Aires, B de F).
- DOOB, Anthony y WEBSTER, Cheryl Marie (2003): “Sentence severity and crime: Accepting the null hypothesis”, *Crime and justice*, vol. 30: pp. 143-195.
- DURLAUF, Steven y NAGIN, Daniel (2011): “Imprisonment and crime: Can both be reduced?”, *Criminology & Public Policy*, vol. 10, N° 1: pp. 13-54.

- ESTÉVEZ, José Luis (1956): *Sobre el concepto de naturaleza jurídica*. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1956-10015900182_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3%83%82%22Naturaleza_jur%C3%83%82%22. Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- FONTECILLA, Rafael (1930): *La pena (Evolución natural, jurídica y técnica). Los problemas modernos y su influencia en el nuevo derecho penal chileno* (Santiago, Imp. Cisneros).
- FRASE, Richard (2005): “Punishment Purposes. A More Perfect System: Twenty-Five Years of Guidelines Sentencing Reform”, *Stanford Law Review*, vol. 58, N° 1: pp. 67-83.
- FRASE, Richard (2013): *Just sentencing: Principles and procedures for a workable system* (New York, Oxford University Press).
- GARLAND, David (2001a): *La Cultura del Control* (Barcelona, Gédisa).
- GARLAND, David (2001b): “Introduction: The meaning of mass imprisonment” en GARLAND, David (Edit.), *Mass Imprisonment. Social causes and consequences* (Londres, Sage) pp 1-27.
- GARRIDO, Mario (2007): *Derecho penal. Parte General*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- GESCHE, Bernardo (1975): *La remisión condicional de la pena* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- HERRERA, Magdalena (2008) *Ley Emilia: explorando los efectos en la conducción y consumo de alcohol en Chile*, Tesis de Pregrado en Economía, Instituto de Economía de la Pontificia Universidad católica. Disponible en http://economia.uc.cl/wp-content/uploads/2019/01/tes_ismg-HerreraRamos-2018.pdf. Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019.
- LABATUT, Gustavo (1992): *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, novena edición).
- LARRAURI, Elena (2006) “Populismo punitivo y cómo resistirlo”, *Jueces para la democracia*, N° 55: pp. 15-22.
- LARRAURI, Elena y CID, José (Coords.) (1997): *Las Penas alternativas a la prisión* (Barcelona, Bosch).
- MACKENZIE, Doris y FARRINGTON, David (2015): “Preventing future offending of delinquents and offenders: What have we learned from experiments and meta-analyses?”, *Journal of Experimental Criminology*, vol. 11, N° 4: pp. 565-595.
- MCGUIRE, James y PRIESTLEY, Philip (2006): “Reviewing “What Works”: Past, Present and future”, en MCGUIRE, James (Edit.), *What Works: Reducing offending. Guidelines from research and practice* (West Sussex, Wiley) pp. 3-34.
- MAPELLI, Borja (2005): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Navarra, Thomson Civitas, tercera edición).
- MARTINSON, Robert (1974): “What works?: questions and answers about prison reform”, *The Public Interest*, N° 1: pp. 22-54.
- MATUS, Jean Pierre (2003): “Medidas alternativas a las penas privativas en una futura reforma penal chilena”, *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, vol. 2, N° 4/5: pp. 187-202.

- MEDINA, Juan José (2011): *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana* (Madrid, Edisofer).
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2012): “Material para capacitación nueva LEY N° 18.216”. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf>. Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- MORALES, Ana María (2012): “La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”, *Política Criminal*, vol. 7, N° 13, Art. 3: pp. 94 - 146.
- MORALES, Ana María (2013): “Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores”, *Política criminal*, vol. 8, N° 16, Art. 3: pp. 408-471.
- MORALES, Ana María; FIGUEROA, Ulda; HURTADO, María Teresa; ORTIZ, Paula; POLANCO, Diego; y MUÑOZ, Nicolás (2019): “Exclusión social en personas privadas de libertad” en CONTESSE, Javier y CONTRERAS, Lautaro (Coords.), *La insostenible situación de las cárceles en Chile: Debate sobre la prisión y los derechos humanos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 15-57.
- MORALES, Ana María y SALINERO, Sebastián (2020): “¿Cómo fallan y controlan la ejecución de las penas sustitutivas los jueces?”, *Revista de Derecho (Valdivia)* (en prensas).
- MORRIS, Norval y TONRY, Michael (1990): *Between Prison and Probation. Intermediate Punishments in a rational Sentencing System* (Nueva York, Oxford University Press).
- MUÑOZ, Francisco (1985): “Derecho penal y Control Social” Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/51/derecho-penal-y-control-social.pdf>. Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- NEWBURN, Tim (2007): “Tough on crime: Penal policy in England and Wales”, *Crime and Justice*, vol. 36, N° 1: pp. 425-470.
- NOVOA, Eduardo (2010): *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- ORTIZ, Luis y ARÉVALO, Javier (2013): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PETERSILIA, Joan (1999): “A decade experimenting with intermediate sanctions: what have we learned?”, *Journal of Justice Research and Statistics Association*, vol. 1, N° 1: pp 19-27.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y, RAMÍREZ, María Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- PRATT, Travis; CULLEN, Francis; BLEVINS, Kristie; DAIGLE, Leah y MADENSEN, Tamara (2008): “The empirical status of deterrence theory: A meta-analysis”, en CULLEN, Francis, WRIGHT, John, BLEVINS, Kristie (Edits.), *Taking stock: The status of criminological theory* (Nueva York, Transaction Publishers) pp. 367-396.
- ROBINSON, Gwen y UGWUDIKE, Pamela (2012): “Investing in ‘Toughness’: Probation, Enforcement and Legitimacy”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 51, Issue 3: pp. 300-316.
- ROBINSON, Gwen; MCNEILL, Fergus, MARUNA, Shad (2012): “Punishment in society: The improbable persistence of probation and other community sanctions and measures”, en SIMON, Jonathan, SPARKS, Richard (Edits.), *The Sage Handbook of punishment and society*, (Londres, Sage) pp. 321-341.

- ROJO, Alfredo (1933): *La remisión condicional de la ejecución de la pena y las penas cortas de prisión. Memoria* (Santiago, ImpLers).
- SALINERO, Sebastián y 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*, vol. 52: pp. 255-292.
- SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María y CASTRO, Álvaro (2017): “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”, *Política criminal*, vol. 12, N° 24: pp. 786-864.
- SALINERO, Sebastián (2011): “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, *Política Criminal*, vol. 6, N° 11, Art. 4: pp. 106-141.
- SANZ, Nieves (2000): *Alternativas a la pena privativa de la libertad* (Madrid, Colex).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2009): *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Buenos Aires, B de F).
- SUTHERLAND, Edwin (1947): *Principles of Criminology* (Nueva York, J.B. Lippincott).
- TAXMAN, Faye y PIQUERO, Alex (1998): “On preventing drunk driving recidivism: An examination of rehabilitation and punishment approaches”, *Journal of Criminal Justice*, vol. 26, N° 2: pp. 129-143.
- TONRY, Michael (2008): “Learning from the limitations of deterrence research”, *Crime and Justice*, vol. 37, N° 1: pp. 279-311.
- VARGAS, Tatiana (2014): *Manual práctico de aplicación de la pena. La pena con preguntas y respuestas* (Santiago, LegalPublishing).
- VIGUERAS, Claudio (2012): “Algunas consideraciones sobre la Ley 20.603, que establece penas sustitutivas a las privativas y restrictivas de libertad y su aplicación jurisprudencial”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 231-232, año LXXX: pp. 201-229.
- VON HIRSCH, Andrew (1993): *Censure and Sanctions* (Oxford, Clarendon Press).
- WASHINGTON STATE INSTITUTE FOR PUBLIC POLICY (WSIPP) (2019): Cost benefit, adult criminal justice. Disponible en <https://www.wsipp.wa.gov/BenefitCost?topicId=2>. Fecha de consulta: 24 de julio 2019.
- WASIK, Martin y VON HIRSCH, Andrew (1988): “Non custodial penalties and the principles of desert”, *The Criminal Law Review*, Septiembre: pp. 554-572.
- WILENMANN, Javier; MEDINA, Francisco; OLIVARES, Esteban y DEL FIERRO, Nicolás (2019): “La determinación de la pena en la práctica judicial chilena”, *Política Criminal*, vol. 14, N° 27: pp. 456-490.
- WORRALL, Anne y HOY, Clare (2005): *Punishment in the Community* (Cullompton, Willan).
- YU, Jiang (2000): “Punishment and alcohol problems: Recidivism among drinking-driving offenders”, *Journal of Criminal Justice*, vol. 28, N° 4: pp. 261-270.

JURISPRUDENCIA CITADA

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR CLAUDIO ANDRÉS CAYUPÁN PORMA RESPECTO DEL ARTÍCULO 196 TER, DE LA LEY N° 18.290, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1600437146-5, RIT N° 1224-2017, SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE GARANTÍA DE CAÑETE (2019): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 6163, de 17 de julio de 2019.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR DANIEL ULISES LEÓN RAMÍREZ RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1° DE LA LEY N° 18.216, Y DEL ARTÍCULO 17 B), INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 17.798, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1501201840-9, RIT N° 88-2019, SEGUIDO ANTE EL SEGUNDO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO (2019): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 6416, de 29 de abril de 2019.

LA NOCIÓN Y FUNCIÓN DE LA EXIGIBILIDAD PARA LA FIJACIÓN DEL PUNTO DE PARTIDA DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS OBLIGACIONES

THE NOTION AND FONCTION OF ENFORCEABILITY FOR THE SETTING OF THE STARTING POINT OF THE EXTINCTIVE PRESCRIPTION OF OBLIGATIONS

CARLOS PIZARRO WILSON*

RESUMEN: La exigibilidad es el momento que el Código Civil chileno establece para el inicio del cómputo de la prescripción extintiva en el derecho de las obligaciones. Sin embargo, los estudios sobre la noción de exigibilidad de las obligaciones no han sido prolíficos, lo que justifica su análisis a fin de delimitar sus elementos y problemas que presenta en el derecho chileno. Esta tarea nos permitirá esclarecer cuándo comienza a contarse el plazo de la prescripción extintiva conforme lo dispuesto en el artículo 2514 del Código Civil.

Palabras clave: Exigibilidad, Prescripción extintiva, *Dies a quo*.

ABSTRACT: Enforceability is the moment in time that the Chilean Civil Code establishes for the beginning of the period of extinctive prescription in the law of obligations. However, the studies on the notion of enforceability are not sufficient, which justifies its analysis with the aim to define its elements and its problems on Chilean law. This analysis will clarify when to start counting the period of extinctive prescription as stated in article 2514 of the Civil Code.

Keywords: Enforceability, Extinctive prescription, *dies a quo*.

INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más interesantes, pero curiosamente, una de las menos exploradas en nuestra doctrina, es el análisis del momento a partir del cual debe computarse el plazo de la prescripción de índole extintiva. Es lo que se denomina el *dies a quo*, el cual determina el instante en que comienza a correr el plazo de la prescripción que va a extinguir la acción asociada al derecho del titular a reclamar una determinada prestación. No hay duda de que el *dies a quo* constituye un elemento esencial para averiguar si procede o no la prescripción, pues sin certeza respecto de él, no puede aplicarse la prescripción de la acción respectiva¹. A veces, incluso, es más relevante averiguar desde cuando se cuenta el plazo que de cuánto plazo se dispone, aún más en casos de plazos breves en que apremia al acreedor

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad Diego Portales. Doctor en Derecho por la Universidad Paris II, Panthéon-Assas. Dirección postal: Avenida República 112, 2° piso, Santiago. Dirección electrónica: carlos.pizarro@udp.cl. Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N° 1190472. Agradezco los comentarios y edición del artículo a la abogada Karen Muñoz Villagra.

¹ En términos exhaustivos sobre este problema, KLEIN (2013) p. 590.

reaccionar antes que se extinga su acción². De otra parte, cuando comienza a computarse el plazo refleja la tensión entre los intereses del acreedor o deudor en que ambos intentan tirar la cuerda del tiempo a su favor. Mientras más seguridad se otorgue acerca del inicio del plazo, que suele denominarse como criterio objetivo, habrá una tendencia a favor del deudor; en cambio, si se consideran aspectos subjetivos, tales como el conocimiento real o efectivo del derecho o del daño, o la diligencia del acreedor para estar advertido de la existencia de su crédito o de las posibilidades de impetrar la acción, será éste el que resulte beneficiado, aunque volviendo más difuminado el inicio del cómputo. Por lo mismo, tratándose de plazos breves de prescripción existe la tentación de instaurar un criterio subjetivo que permita considerar el estado del acreedor para el ejercicio de la acción; en cambio, más proclive a un criterio objetivo se justificaría en plazos de mayor temporalidad atenuándose el interés por la situación particular del acreedor para interrumpir la prescripción. Se observa una cuestión de política legislativa, pero, al mismo tiempo, de interpretación de las reglas que construyen la fijación del cómputo del plazo, sobre todo en el sistema chileno, en que la regla es parca, lo que acrecienta los espacios de interpretación.

¿A partir de qué momento el derecho del acreedor comienza a decaer y la esperanza del deudor a incrementarse?³ Es sin duda una pregunta interesante e importante. Se trata, además, de una cuestión de derecho, pues corresponde al juez fijar cuando comienza a contarse el plazo de prescripción considerando los hechos asentados relativos a las fechas que inciden en el cómputo. Como afirma Klein “la determinación del punto de partida de la prescripción es evidentemente crucial. La lógica entiende que este punto de partida coincida con la fecha en la cual el titular del derecho se encuentra en la posibilidad de actuar en forma eficaz”⁴.

Hoy no es pacífico el modelo para fijar la partida de la prescripción extintiva, lo que contrasta con la cierta quietud a la época de la codificación, en que sin sobresaltos se acordaba situarlo de manera coincidente con la exigibilidad de la obligación. Pero dicha quietud ha venido a ser perturbada con el devenir del tiempo, pues “el tiempo de los juristas no escapa, al igual que el de los físicos al gran principio de la relatividad”⁵. El inicio del cómputo se ha vuelto más controversial. Comparten escena en el derecho extranjero modelos de índole objetivos, subjetivos e híbridos, en que se considera más o menos la situación y diligencia del acreedor. Mientras el derecho local mantiene como regla general la exigibilidad en cuanto criterio que lo determina, aunque con innumerables excepciones en el propio Código Civil, y aún más en leyes especiales, no pocos sistemas jurídicos han ido morigerando esta cierta rigidez, al abrirse a sistemas subjetivos o atenuados⁶. Nuestra regla, en cambio, con una aparente claridad y simpleza, indica que el plazo se inicia con la exigibilidad de la obligación. De una manera cuasi mágica el tiempo corre al hacerse exigible la obligación a favor del acreedor.

² MARCHANDISE (2015) pp. 109 y ss.

³ BARTHEZ (2010) p. 319.

⁴ KLEIN (2020) p. 1.

⁵ CARBONNIER (1952) p. 171.

⁶ BALLOT-LENA (2007) pp. 5 y ss.; BENABENT (1996) p. 123.

No hay duda, entonces, que la noción de exigibilidad es la clave para averiguar el instante en que comienza a correr la prescripción. Es a esta tarea, modesta, pero crucial, que nos aventuraremos en este trabajo. No es posible abordar todo tipo de acciones y el inicio de la prescripción, por lo mismo las referencias a acciones específicas se utilizan para ilustrar el cometido orientado a una noción clara de exigibilidad que fija el cómputo del plazo como regla supletoria y general en el derecho de las obligaciones conforme lo dispuesto en el artículo 2514 del Código Civil. En suma, nuestro objetivo es escudriñar en forma dogmática la noción y función de la exigibilidad, lo que conlleva claridad sobre el inicio de la prescripción extintiva en el derecho chileno. Es justamente lo que permitirá, a partir de lo dispuesto en el artículo 2514 del Código Civil, regla central y supletoria, delimitar la exigibilidad de la obligación y el comienzo de la prescripción.

I. APROXIMACIÓN A LA EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN

La regla general y supletoria para fijar la partida de la prescripción extintiva se establece en el artículo 2514 del Código Civil, precepto que aplica de manera ubicua a la prescripción de los créditos cualquiera sea su fuente, salvo norma especial⁷. Esto lo ratifica el artículo 537 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que: “Para que proceda la ejecución, se requiere además que la obligación sea actualmente exigible”.

A pesar de las cuantiosas excepciones, la regla tiene una vitalidad importante, dado que ocupa toda la parcela de las obligaciones dinerarias. Esta regla dispone que:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”.

Su ámbito de aplicación, conforme su naturaleza de disposición general, la hace aplicable a todas las acciones que emanan de obligaciones que no tengan una regla especial del inicio del cómputo de la prescripción. El precepto define un punto de partida fijo y objetivo al establecer como criterio la exigibilidad de la obligación.

La regla se refiere a la extinción, no solo de las acciones, sino también de los derechos ajenos. Y la exigencia es que en el período de tiempo establecido no se hayan “**ejercido dichas acciones**”. Y, por último, al momento de determinar desde cuando se cuenta el tiempo, indica que es “**desde que la obligación se haya hecho exigible**”. Esta es la frase clave a partir de la cual principia el cómputo del plazo.

La regla supone que las condiciones de ejercicio de la acción del crédito se encuentren satisfechas. Solo comienza a correr el plazo contra el acreedor si su crédito existe y le otorga una acción que le permita reclamar –exigir– al deudor la satisfacción de la deuda. Una regla de esta naturaleza, fija y objetiva, privilegia al deudor, quien está enterado desde cuando el tiempo corre a su favor, con la esperanza de que se alcance la extinción de la

⁷ TAPIA (2005) p. 985; Véase MEJÍAS (2018) p. 628. Esta autora discrepa del calificativo de derecho común para referirse al Código Civil.

acción que beneficia al acreedor, liberándose así de verse forzado a cumplir. Además, sería lógico pensar que la exigibilidad del derecho es conocida de su titular, quien puede colocar en práctica la acción para reclamar la ejecución de la obligación, lo que por lo demás es lo usual, que los acreedores estén advertidos de sus derechos⁸.

Desde una perspectiva más procesal, aunque bastante extendida entre la dogmática civil, la regla del artículo 2514 del Código Civil es lógica y se enlaza con el aforismo *actioni non datae non currit praescriptio*, lo que le ha dado una de las principales explicaciones a la noción de exigibilidad basada en condiciones objetivas de ejercicio de la acción, pues la prescripción no podría correr si aún no hay acción para hacer valer el derecho⁹. Se concluye en la necesidad que exista un derecho o crédito, sin el cual tampoco es posible concebir acción, ni menos la prescripción. Aquellos que son más proclives a una respuesta substancialista se inclinan a colocar el énfasis en el nacimiento del crédito, mientras que los de naturaleza más procesalista, radican el interés en el surgimiento de la acción¹⁰. La posición que se decanta por la necesidad del crédito asume como un efecto consubstancial de su nacimiento la concomitancia de la acción que permite su cobro, lo que resulta coincidente con la noción de obligación civil. En cambio, y sobre todo apoyados en el texto del artículo 2514 del Código Civil o similares, quienes privilegian la acción como elemento de la exigibilidad, se concentran en las situaciones en que a pesar de la existencia del crédito, no hay acción, ya sea por la concurrencia del plazo en cuanto modalidad o por circunstancias ajenas que impiden la exigibilidad¹¹.

En consecuencia, el artículo 2514 del Código Civil contempla una regla general y supletoria, cuyo estudio ha sido escaso o, al menos, sin la profundidad que merece, bastando para su comprensión la simple distinción entre obligaciones de ejecución instantánea o sujetas a modalidad, ya sea la condición o plazo suspensivo. Sin embargo, la exigibilidad va más allá de la distinción de las obligaciones de ejecución instantáneas o sometidas a condición o plazo, sin perjuicio de su interés y necesario análisis, pero más allá de ellas, queda un amplio espectro para descubrir cómo debe entenderse la noción de exigibilidad de la obligación que incide en el cómputo del plazo de la prescripción como regla general y supletoria.

Aparte de la relevancia de la obligación y su posible modalidad, mientras no se reúnan los requisitos para que el derecho exista y pueda reclamarse su cumplimiento a través de la acción que le es consustancial, no podrá correr la prescripción. De ahí la necesidad de auscultar la noción de exigibilidad de la obligación.

La exigibilidad de las obligaciones no ocupa un gran espacio en los estudios de derecho civil. Así lo denunciaba en forma temprana Baraona, constatando su tratamiento accesorio a propósito de los supuestos de la mora, la compensación legal y en lo que nos ocupa, la prescripción extintiva¹². Pero como el mismo Baraona con posterioridad lo señala “esta descripción, sin ser errada, no es exacta ni completa, ya que ni describe acabadamente

⁸ BARTHEZ (2010) p. 324.

⁹ DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 129 y 132; MARÍN (2014) pp. 82 y 90.

¹⁰ BARTHEZ (2010) p. 320; BANDRAC (1994) p. 359.

¹¹ MARÍN (2014) p. 86.

¹² BARAONA (1997) pp. 503 y ss.

las situaciones que podrían hacer inexigible el cumplimiento de una obligación, ni ofrece una explicación densa acerca de lo que debe entenderse verdaderamente por la exigibilidad de una obligación¹³. Aquella descripción simple, mas no errada, ha sido frecuente en nuestra doctrina. De manera tangencial, Claro Solar alude a la misma a propósito del pago, señalando que en el caso de las obligaciones puras y simples, sin modalidades, “el acreedor puede exigir inmediatamente su ejecución; y el deudor está obligado a hacer el pago en el acto”¹⁴. La misma idea reitera a propósito del efecto obligatorio de los contratos, aludiendo a la obligación civil y la necesidad que el deudor cumpla de manera completa otorgando al acreedor el derecho a constreñirlo al pago¹⁵. Peñailillo tampoco presta atención especial al asunto, salvo en forma marginal, a propósito del plazo suspensivo¹⁶. Por su parte, en términos simples, Abeliuk indica que “la obligación debe cumplirse cuando ella se hace exigible, y por tanto: 1º Si es pura y simple, en el momento en que en que se contrae, sin perjuicio de la existencia de un plazo tácito... 2º Si la deuda es a plazo, desde su vencimiento o llegada, y 3º Si ella es condicional, desde que la condición queda cumplida”¹⁷. En el estudio monográfico de la prescripción extintiva, tampoco Domínguez Águila le dedica gran análisis, pues se limita a propósito del artículo 2514 del Código Civil, a recordar que: “La prescripción supone inactividad de las partes, pero así como el acreedor no le es posible cobrar su crédito mientras la obligación no se haga exigible, tampoco puede la prescripción correr en su contra mientras él no pueda demandarla”¹⁸. Y reitera lo tradicional en cuanto la respuesta acerca de la exigibilidad en relación con el cómputo del plazo depende del tipo de obligación, distinguiendo si es pura o simple o sujeta a condición suspensiva o plazo¹⁹. Si la obligación no es exigible, mal podría decirse que hay inactividad, que es la base de la prescripción, desde que siendo la prescripción inseparable de la acción, es solo cuando ésta pueda deducirse que tiene sentido el inicio del tiempo liberatorio.

En suma, la noción de exigibilidad se ha presentado en directa relación a la distinción entre obligaciones de exigibilidad inmediata o de aquellas que la posponen, en razón de una modalidad, ya sea a plazo suspensivo, o que el crédito no ha nacido en virtud de una condición suspensiva. Si bien este planteamiento del asunto es correcto y fundamental, lo que amerita su estudio, resulta insuficiente, dado que no logra identificar los elementos propios a la exigibilidad que llevan asociado el inicio del cómputo del plazo de la prescripción extintiva. No hay ahí, como puede observarse, un análisis particular de la exigibilidad, ni menos como condición para el inicio del cómputo del plazo. La noción de exigibilidad requiere, por un lado, depurar el concepto de condiciones que se le han asociado, pero que le resultan ajenas, para luego confirmar aquellas que le son propias.

¹³ BARAONA (2009) pp. 370 y 371.

¹⁴ CLARO (2013) p. 136.

¹⁵ CLARO (2013) pp. 591 y 592.

¹⁶ PEÑAILILLO (2003) pp. 475 y 476.

¹⁷ ABELIUK (2011) pp. 652 y 653.

¹⁸ DOMÍNGUEZ (2004) pp. 171 y 172.

¹⁹ DOMÍNGUEZ (2004) p. 173.

II. LA DEPURACIÓN DE LA NOCIÓN DE EXIGIBILIDAD

La noción de exigibilidad ha sido objeto de discusión en lo que refiere, por un lado, a la mora y el retraso en el cumplimiento y, por otra, en cuanto a si requiere liquidez la deuda. Ambas cuestiones deben excluirse de la noción de exigibilidad, a la cual resultan ajenas.

1. LA EXIGIBILIDAD, EL RETARDO Y LA MORA

La mora suele presentarse como una condición inexorable para ejercer las acciones frente al incumplimiento contractual. Se le ha presentado en esa forma de acuerdo a una interpretación extensiva del artículo 1557 del Código Civil, salvo según indica la misma regla para las obligaciones de no hacer. Al entender que la mora era un requisito de la indemnización de perjuicios, aquella se transformó en condición de cualquier remedio contractual, erigiéndose en una condición de la responsabilidad contractual. A esto se agrega, nos indica Contardo, la amplia aceptación de la mora automática según lo previsto en el artículo 1551 N° 1 del Código Civil. Transcurrido el término para ejecutar o en concomitancia con la simultaneidad de los contratos de ejecución instantánea, el deudor quedaría en mora. En otros términos, el requisito de la mora operaría de pleno derecho con el retardo en el cumplimiento, lo que le resta toda significación práctica²⁰. Así entonces, y sobre todo, la mora ha sido asociada, al menos de manera tradicional, como un requisito amplio para el ejercicio de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual²¹. Con todo, existe una opinión contemporánea disidente, en un intento de clarificar conceptualmente la figura del retardo, y asumirlo de manera autónoma a la mora. Según esta posición, el retardo en cuanto hipótesis de incumplimiento, no cabría confundirlo con la mora, la cual es posterior a la inexecución. En definitiva, es el retardo el que supone la exigibilidad, pues no puede predicarse el incumplimiento de una obligación sin que ésta ya sea exigible. Así cabría entenderlo del artículo 1556 del Código Civil, que supone, “una obligación que se haya hecho exigible”²². Para Baraona “el retraso es un evento temporal que está constituido por el hecho de que una vez llegado el tiempo de cumplir con la obligación, el deudor no ha cumplido, por lo que es un presupuesto para que pueda hablarse de retardo el que la obligación se haya hecho exigible”²³. Así lo confirma este autor, al indicar que “No puede haber retraso sin que exista una obligación válida cuyo tiempo de cumplimiento sea actualmente exigible. Por ello, no hay dilación —y el deudor no debe entenderse en retraso— mientras no pueda predicarse la exigibilidad de la obligación”²⁴. En un intento de otorgarle fisonomía autónoma a la exigibilidad, Baraona, retomando lo dicho con anterioridad, expone la necesidad para la configuración de la exigibilidad que se considere desde la perspectiva del acreedor, fundada en la necesidad de obligación civil y, por ende, de acción para reclamar el crédito, pero también desde la mirada del deudor, en cuanto deber de prestación.

²⁰ Una crítica en forma a esta concepción en CONTARDO (2014) pp. 77 y ss.; BARAONA (2008) p. 383.

²¹ CLARO (2013) p. 644; ABELIUK (2014) p. 1000, con matiz distinguiendo entre indemnización compensatoria y moratoria.

²² BARAONA (2009) p. 370.

²³ BARAONA (2009) p. 370.

²⁴ BARAONA (1998) p. 29.

Concluye que la exigibilidad requiere la presencia de ambos aspectos²⁵. Baraona sostiene una mirada dual de la exigibilidad, al afirmar que no solo corresponde tener en cuenta la facultad de compeler al cumplimiento de parte del titular del derecho, sino que también, señala, debe considerarse el “deber de prestar” del lado del deudor. Se justifica esta posición de la siguiente forma: “...el proclamar solo el aspecto activo de la exigibilidad, impide distinguir adecuadamente dos fenómenos que en mi opinión deben estar claramente diferenciados, a saber, la obligación actualmente exigible, y la sujeta a un plazo de cumplimiento *pro creditoris*”²⁶. En efecto, si se afirma que la obligación exigible es aquella en que el acreedor puede reclamar el cumplimiento, desentendiéndose del aspecto pasivo, significaría que debiera calificarse como exigible una obligación sujeta a plazo de cumplimiento *pro creditoris*, toda vez que supone una obligación a término en que no obstante el deudor no está obligado a pagar antes del vencimiento del plazo...”²⁷. No compartimos esta apreciación, pues la exigibilidad entendida como la facultad del acreedor de reclamar su derecho, supone que éste no esté pospuesto con un término, aún en la modalidad *pro creditoris*, lo que en buenas cuentas no conduce más que a una disquisición conceptual sin consecuencias reales. El supuesto de Baraona, en el cual el plazo ceda solo a beneficio del acreedor y que, por ende, sería exigible, pues aquel puede de todas maneras renunciar al término, y de esa forma exigir el cumplimiento, aunque existe dicho plazo, no es consistente, dado que si el acreedor exige el pago, en ese instante está renunciando al plazo, lo que habilita la exigibilidad y que principie el plazo.

En suma, el retardo es una hipótesis de incumplimiento contractual que supone necesariamente la existencia de un crédito y su exigibilidad, en caso contrario, no podría verificarse la inejecución. Eso no conlleva asimilar el retardo a la mora, la cual se debe configurar según los supuestos del artículo 1551 del Código Civil y, por lo mismo, es posterior a la exigibilidad de la obligación. Solo podría coincidir, pero eso no la erige en un elemento constitutivo en el caso de la mora por plazo vencido o aún en aquel tácito, según los numerales 1° y 2° del artículo 1551 del Código Civil.

El propio Baraona agrega un elemento temporal a la exigibilidad. Sostiene que dicha condición no solo debe verificarse al momento del ejercicio de la acción, sino que debe prolongarse durante la ejecución²⁸. La mora puede ser condición de exigibilidad, pero limitada a la acción de perjuicios moratorios, según dispone el artículo 1557 del Código Civil.

En suma, en relación con la mora, y su diferencia del retardo, cabe considerar que mientras la primera es una calificación jurídica causada por el retraso, que lo supone, este, en cambio, es un supuesto de hecho reflejado en un instante en el tiempo que configura incumplimiento²⁹. Esta diferencia se ratifica en el propio Código Civil, al indicar el artículo 1551 N° 3 la mora por interpelación, la que ya supone un incumplimiento y, en particular, el retardo en la ejecución de la obligación. Coincidimos con lo señalado por Baraona,

²⁵ BARAONA (2009) p. 373.

²⁶ BARAONA (1997) p. 506.

²⁷ BARAONA (1997) p. 506.

²⁸ BARAONA (1997) p. 507.

²⁹ BARAONA (2009) p. 377.

quien sostiene que “el tiempo de cumplimiento de una obligación configura y delimita el deber de prestación a que se encuentra sujeto un deudor, pero desde que se perfecciona el contrato y por lo mismo no queda en ningún extremo sujeto a la actuación delimitadora del acreedor, por vía de la interpelación judicial”³⁰. De ahí que concluya en relación con la prescripción extintiva que “el día ad quem para comenzar el cómputo del plazo de prescripción se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible. Ello porque desde ese momento el acreedor pudo instar judicialmente por el cumplimiento y justamente al no haberlo hecho durante el plazo de prescripción, concurriendo los demás requisitos legales, se produce el efecto extintivo que toda prescripción conlleva”³¹.

Vemos que la relación entre la exigibilidad, el retardo y la mora no ha sido nítida. Si la mora debe considerarse para que la obligación sea exigible ha sido un problema planteado a propósito de la exigibilidad y el punto de partida de la prescripción. Aunque genere cierta confusión, debe distinguirse la exigibilidad de la mora, pues ésta no debería considerarse como requisito de la exigibilidad en términos generales, sino que en forma circunstancial para la acción particular de los perjuicios moratorios, dado que existe regla expresa –artículo 1557 del Código Civil–. En lo demás, la mora es ajena como condición de exigibilidad. Tampoco debemos entender el retardo, aunque se reconozca su autonomía como figura jurídica como elemento propio a la exigibilidad, pues el retardo constituye una manifestación de incumplimiento, el cual solo puede manifestarse si hubo exigibilidad que le precede. Como indica Klein, si bien es “antecedente necesario de la sanción, la mora, no es sin embargo constitutiva del incumplimiento, que permite solo la sanción: lo exigible, que es suficiente para que corra la prescripción, debe distinguirse de lo exigido”³². Sin duda, el acreedor requiere que se haya constituido en mora al deudor para que opere la sanción de indemnización de daños moratorios, que es a lo que se ha reducido la función de la mora en las sanciones al incumplimiento contractual, mas no es constitutiva de exigibilidad, pues tal como ha sido demostrado, la exigibilidad precede a la mora. La mora así analizada tiene una función en relación al ejercicio de la acción para reclamar los daños moratorios y solo en ese caso incide en la exigibilidad de la obligación. No basta el incumplimiento para que se produzca el derecho a reclamar una indemnización que cubra los daños moratorios, sino que se requiere la constitución en mora según dispone el artículo 1557 del Código Civil. Respecto a la acción de pago o cumplimiento, en cambio, debe excluirse la mora como condición de exigibilidad y otro tanto ocurre con la acción resolutoria y aquella indemnizatoria de naturaleza compensatoria.

Al arrinconar la mora a una función de requisito de los perjuicios moratorios, la exigibilidad se desprende de ella y la antecede en forma necesaria, identificándose con el retardo. El desprendimiento del derecho de la mora ha ido en aumento, ya sea por la naturaleza de las obligaciones, el acuerdo de las partes o la imposibilidad debida a incumplimiento definitivo³³. La preeminencia del principio *dies interpellat pro homine*, que recoge el

³⁰ BARAONA (2009) p. 378.

³¹ BARAONA (2009) p. 379.

³² KLEIN (2013) p. 180.

³³ GRIMONPREZ (2006) pp. 203 y ss.

artículo 1551 N° 1 del Código Civil, o también denominada mora automática, ratifica la irrelevancia, en no pocos casos, de la distinción no solo de la exigibilidad y el retardo, sino aún más con la propia calificación jurídica de la mora. Se refleja una franca delincuencia de la mora, al identificarse la exigibilidad con el momento de la mora, la cual asociada a un formalismo en desuetudo, permite ir dejando poco a poco atrás esa pereza y lentitud que provoca la institución.

En lo que refiere al crédito y la exigibilidad del mismo no hay abrojo en concluir que la mora no constituye condición de la exigibilidad para que corra el plazo de prescripción.

2. LA EXIGIBILIDAD Y LA LIQUIDEZ DEL CRÉDITO

Ahora nos referimos al problema de la liquidez del crédito, en cuanto se presenta como requisito para la exigibilidad de la obligación³⁴. Lo que debemos resolver es si la liquidez es una condición de la exigibilidad de la obligación de pago o, en cambio, resulta indiferente, quedando al exterior de la noción de exigibilidad de la obligación y, por ende, del cómputo del plazo. Y acá entonces surge el problema de cómo incide la liquidez de la obligación en las obligaciones dinerarias al igual que en la acción de cumplimiento, que aparecen como los dos ámbitos privilegiados para interrogarse sobre liquidez y exigibilidad de la obligación. Para que pueda correr el plazo, como es obvio, debe existir una obligación civil y, por lo mismo, un crédito a favor del acreedor, que pueda exigirse frente al deudor. El monto del crédito exigible debe encontrarse determinado o ser determinable para el ejercicio de la acción de cumplimiento o, en cambio, la liquidez no sería condición de la exigibilidad, bastando la existencia del crédito, aunque su monto fuere indeterminado.

No es claro que la falta de liquidez o dificultad para determinar el monto del crédito tenga una influencia en la exigibilidad y por lo mismo en el cómputo del plazo. Así lo plantea Baraona, quien sostiene “Me parece importante analizar el punto en esta sede, pues es preciso descartar o confirmar tal doctrina, que supone establecer en la liquidez un requisito de exigibilidad de toda la obligación”³⁵. Este autor distingue entre determinación o determinabilidad, por un lado, y liquidez, por otro. A partir de lo dispuesto en el artículo 1461 del Código Civil indica la exigencia de determinación o determinabilidad del objeto en caso que se trate de una especie o cuerpo cierto y si la cosa es genérica, debe concurrir en forma copulativa el elemento de la cuantificación o reglas que sirvan para determinarla. O sea si el bien es una especie o cuerpo cierto, la misma noción involucra una determinación, pero en ese caso la liquidez no puede considerarse un elemento de la exigibilidad. Cuestión distinta es en las obligaciones de género y de manera particular en el caso de obligaciones de pago de dinero, que es donde se presenta la problemática de si la liquidez constituye un elemento de su exigibilidad y, por lo mismo, del cómputo del plazo. También es cierto que debe considerarse la fuente de la obligación, dado que tratándose de obligaciones extracontractuales, por ejemplo, la indemnización de perjuicios, la acción para reclamar la compensación no puede estar atada a la liquidez, pues el objeto del juicio será no solo reconocer el

³⁴ BARAONA (1997) pp. 517 y ss.

³⁵ BARAONA (1997) p. 517.

crédito indemnizatorio, sino también su cuantía. En consecuencia, el dilema de la liquidez como componente de la exigibilidad queda circunscrito a las obligaciones dinerarias.

Si se identifica la liquidez con el derecho a ejercer una acción, ya sea a la perfección del contrato con ejecución simultánea o en aquellos sujetos a plazo, la liquidez podría estimarse inocua e innecesaria, mas si lo que define la exigibilidad es la posibilidad de pago o la ejecución, la respuesta podría ser distinta³⁶. Al asumir la liquidez como ejecución y cumplimiento del pago, la exigibilidad la requeriría, pues una deuda ilíquida no es pagable. En Chile, Baraona plantea el problema de manera acertada, al sostener que “...la liquidez no es un elemento que se aloje en la estructura de la exigibilidad, pues al suponer la existencia de la obligación, y desentenderse, como regla, de la[s] modalidades de cumplimiento, solo se presenta una objetiva dificultad de cumplimiento, que no impide necesariamente al acreedor intentar una acción en procura de su determinación. Por ello no creo que sea por sí un requisito de exigibilidad, sino más bien un aspecto que bascula entre la imposibilidad de cumplimiento y la imputabilidad del atraso”³⁷. Coincidimos con lo afirmado en el sentido que la liquidez no constituye un elemento de la exigibilidad de las obligaciones dinerarias, bastando que sea posible determinar la suma de dinero, ya sea durante el probatorio respectivo o en la etapa de cumplimiento del fallo. Se verifica una imposibilidad de ejecución temporal del crédito, lo que no impide el ejercicio de la acción. Si bien la iliquidez de la deuda impide el pago, mal podría afirmarse que eso constituye un obstáculo a la exigibilidad de la deuda, pues la determinación o liquidez de la deuda puede generarse en el mismo proceso o en la etapa de ejecución del fallo. La ausencia de liquidez no se presenta como en la hipótesis del plazo suspensivo o aún de la condición de la misma naturaleza, pues carece de un carácter absoluto que excluya la exigibilidad o la existencia misma del crédito³⁸. La deuda es exigible aunque se ignore su cuantía, con la salvedad que en el mismo juicio en que se ejerce la acción se logre determinarla o en la etapa de cumplimiento. No se impide por la falta de liquidez de la obligación el ejercicio de la acción. No hay, por ende, imposibilidad de ejercicio de la acción para reclamar el pago, solo que en el momento que deba hacerse efectivo si deberá llegarse a su exacta cuantía. Es suficiente que existan parámetros que permitan en su momento la cuantificación. Empero, desde una perspectiva procesal, el asunto puede complejizarse.

La necesidad de liquidez o, al menos, de bases para determinar el monto de lo debido en cuanto exigencia del ejercicio de la acción podría justificarse en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. Esta regla establece para el caso en que una de las partes haya de ser condenada a una indemnización o pago de frutos, lo que debe entenderse en sentido amplio, naturales y civiles, y habiéndose litigado sobre su especie y monto, corresponde al juez establecer el monto o rechazará la demanda. Agrega que solo podrá dejarse para la ejecución de la sentencia la determinación del monto si, al menos, se acreditaron las bases que sirvan para la liquidación al ejecutarse la sentencia. Claro que si no se litigó sobre la especie y monto el juez puede posponer a la ejecución de la sentencia esta discusión.

³⁶ GRIMONPREZ (2006) p. 92.

³⁷ BARAONA (1997) p. 518.

³⁸ GRIMONPREZ (2006) p. 93.

En ambas situaciones deben existir bases aportadas por la demandante que habiliten en la etapa de ejecución a liquidar la indemnización o frutos adeudados, pero eso no redundará en que la liquidez sea una condición de la exigibilidad.

Cabe concluir que la liquidez no constituye una condición de la exigibilidad, y por ende carece de influencia en el momento del cómputo de partida de la prescripción. Mientras no se puede determinar la liquidez de lo que se debe o no se detentan los parámetros para realizarlo correrá el plazo de prescripción, pues no existe impedimento para ejercer la acción. Solo en el caso que no exista la acción o está sea imposible ejercerla habrá una influencia en el cómputo del plazo de la prescripción. Así comienza a decantarse la noción de exigibilidad, la cual se confirma con la existencia del crédito y la acción respectiva.

III. LA CONFIRMACIÓN DE LA NOCIÓN DE EXIGIBILIDAD

Depurada la noción de exigibilidad de la mora y la liquidez, las cuales le resultan ajenas a su configuración, es necesario precisar que ella requiere como condiciones la existencia del crédito y la acción que habilita al acreedor a reclamar el cumplimiento.

1. EL CRÉDITO, CONDICIÓN DE EXIGIBILIDAD

Una condición insoslayable para que opere la exigibilidad es la existencia misma del crédito, cuya exigibilidad habilita al cómputo del plazo. Si no hay derecho que reclamar mal podría haber exigibilidad, ni menos cómputo del plazo de la prescripción. Acerca de la existencia del crédito es posible constatar cierta incertidumbre al afrontar su análisis. Que el crédito sea cierto, aparece como algo indubitado para que comience a correr el plazo, pero es necesario distinguir si existe o no controversia sobre la existencia del derecho cuya exigibilidad desencadena el cómputo del plazo. Si nos encontramos frente a una situación en que el derecho no es discutido en sí mismo, pues no existe debate sobre la fuente de la obligación, aparece claro que la exigibilidad se manifiesta en el momento del surgimiento de la obligación. En este caso el nacimiento y certeza del crédito es coincidente con el derecho a exigir su cumplimiento. Así ocurre en el terreno contractual, pero solo para la acción de pago o cumplimiento. Celebrada la compraventa u otro contrato bilateral sin que se hayan pactado modalidades, tanto la entrega de la cosa como la exigibilidad del pago son coincidentes en un instante con la perfección del contrato. Apenas se perfecciona el acto surge o nace el crédito o derecho personal de las partes. Al no existir controversia sobre la fuente de la obligación, menos lo habrá sobre el crédito que se genera a favor del acreedor. Distinto es que el deudor esgrima otros argumentos para no satisfacer el crédito, por ejemplo, al invocar la nulidad por vicios del contrato, lo que atrae la aplicación de las normas de nulidad con los plazos de prescripción y reglas del cómputo del plazo particulares tanto de la nulidad relativa como aquella absoluta. Ahí se discute la validez de la obligación, lo que conduce a otras reglas de prescripción previstas para la nulidad, lo que excluye el artículo 2514 del Código Civil. En la alternativa que el deudor fracase eso no alterará la exigibilidad basada en la existencia de la obligación conforme la fuente que esgrime el acreedor. En cambio, si el deudor tuviere éxito, la nulidad, por ejemplo del contrato importa un efecto

retroactivo que deja a las partes en el estado anterior a la celebración del contrato, sin que exista tiempo de prescripción al haberse declarado la nulidad de la obligación.

En cambio, al no existir discusión sobre la validez de la fuente de la obligación y una vez perfeccionado el contrato, ya sea de naturaleza consensual o solemne, los contratantes estarían en condiciones de hacer exigibles sus derechos. Diversa es la situación de los contratos reales, los cuales suponen, por regla general, posponer la obligación esencial de restitución y, por ende, su exigibilidad con posterioridad a la perfección del acuerdo. En efecto, tanto en el mutuo, como en el depósito y en el comodato, la obligación del deudor, único dado el carácter unilateral del contrato, no puede coincidir con la perfección del mismo, sino que queda pospuesta en el tiempo, a fin que el comodatario use la cosa, el depositario cumpla con la obligación de custodia y el mutuario comience a restituir el crédito otorgado. En los otros contratos, consensuales o solemnes, se verifica el principio de inmediatez de las obligaciones, cuya exigibilidad se desencadena con la creación del vínculo obligatorio³⁹. Se plantea ahí la exigibilidad de manera concomitante a la perfección del contrato. Frente a la exigibilidad que aflora, el deudor puede o no discutir la validez de la fuente de la obligación, a saber, el contrato, pero desde la perspectiva del acreedor comienza a correr el plazo para exigir el pago de la obligación. Desde la perspectiva del acreedor, quien afirma la validez del contrato y, por lo mismo, reivindica la existencia de su crédito, debemos distinguir la acción o acciones que le permiten colocar en práctica la exigibilidad de la obligación. Tratándose de la acción de cumplimiento y el derecho a él, la exigibilidad surge en forma concomitante con la celebración o perfección del contrato. En otras acciones, tales como la resolutoria o la indemnizatoria, la situación es diversa. En efecto, disímil es la situación de la resolución del contrato, pues la acción resolutoria solo puede computarse desde que se verifican los requisitos para su ejercicio, determinados por el incumplimiento de naturaleza esencial. Aún en la hipótesis de indemnización que se reclame, la acción indemnizatoria queda supeditada en cuanto al cómputo del plazo a que ocurra no solo el incumplimiento, sino que se genere el daño cuya indemnización se reclama y, además, la culpa, si se considera el elemento subjetivo una condición de la responsabilidad. En los remedios contractuales las acciones que generan quedan supeditadas en cuanto al cómputo del plazo a la satisfacción de los requisitos que las definen, lo que se diferencia de la exigibilidad de la obligación que se asocia al derecho a exigir el cumplimiento del contrato. Dicho de otra manera, el derecho a accionar que encontramos tras el cumplimiento forzado, la resolución y la indemnización no pueden confundirse con la exigibilidad del derecho que surge del contrato. Esto solo ocurre, la coincidencia, en el caso del cumplimiento del contrato, mas no necesariamente. En esta situación el acreedor pretenderá que se ha verificado un incumplimiento contractual y, por lo mismo, podrá ejercer alguna de las acciones frente al incumplimiento contractual, ya sea aquella de cumplimiento forzado o resolución y, además, en forma autónoma o conjunta con las precedentes la acción indemnizatoria. Respecto de la acción de cumplimiento y de resolución se volverá al criterio de la exigibilidad común, arrancando el cómputo del plazo de cinco años desde el incumplimiento contractual, el cual, salvo regla distinta, es un instante consecutivo a la celebración del contrato.

³⁹ BOULAY (1990) pp. 339 y ss.

La exigibilidad se predica de la obligación, mas las acciones que nos proveen los remedios contractuales requieren el incumplimiento, el cual es, por lógica, posterior, a la exigibilidad de la obligación.

Además, en la relación al crédito como condición de la exigibilidad, también es pertinente considerar las obligaciones sujetas a condición suspensiva. En éstas no hay exigibilidad, pues al no verificarse aún el surgimiento de la obligación o del crédito no puede computarse ningún plazo de prescripción. Es la hipótesis que se menciona de manera frecuente para explicar la exigibilidad como condición del inicio del cómputo del plazo. Si la fuente de la obligación, incluso el mismo contrato, está diferida del nacimiento del derecho, como ocurre en las obligaciones sujetas a condición suspensiva, no habrá exigibilidad posible. La ausencia del crédito impide la exigibilidad.

En consecuencia, la primera posibilidad, aquella constitutiva de obligaciones puras y simples es bastante sencilla, y la exigibilidad coincide con la perfección del contrato o el surgimiento de la obligación siempre que ésta sea de naturaleza civil. No se disocia la obligación de la acción para reclamar el cumplimiento, ni tampoco de la fuente de aquella. Distinto es si la obligación ha sido estipulada bajo condición suspensiva, un hecho futuro e incierto del cual pende el nacimiento de la obligación y, por lo mismo, mal podría comenzar a correr el plazo de prescripción pues no existe exigibilidad de lo que aún no nace. En suma, tratándose de la obligación bajo condición suspensiva no concurre la exigibilidad por ausencia del crédito. El contrato ha sido celebrado, pero el derecho es condicional, lo que impide la certeza de su nacimiento tratándose de la condición suspensiva.

En el caso de los derechos eventuales ocurre algo similar. Un ejemplo aparece a propósito de la evicción en la compraventa. El artículo 1856 del Código Civil indica que “La acción de saneamiento por evicción prescribe en cuatro años; mas por lo tocante a la sola restitución del precio, prescribe según las reglas generales. Se contará el tiempo desde la fecha de la sentencia de evicción; o si ésta no hubiere llegado a pronunciarse, desde la restitución de la cosa”. Acá podemos observar que mientras no haya sido dictada la sentencia de evicción mal podría comenzar a correr el plazo, pues el derecho del comprador evicto no se ha consolidado.

Concluimos en la necesidad del crédito como un elemento natural de la exigibilidad, lo que debe asociarse a la fuente en que se origina la obligación y la perfección del contrato en el cual se origina.

2. LA ACCIÓN, CONDICIÓN ESENCIAL DE LA EXIGIBILIDAD

El propio artículo 2514 del Código Civil alude a la acción como condición de la exigibilidad al indicar que la prescripción extingue las acciones y derechos ajenos, dando cuenta del efecto aniquilador de la institución. Lo mismo ratifica el artículo 2515 al establecer el plazo para que opere la prescripción, distinguiendo las acciones ejecutivas y aquellas ordinarias. Aún más, al referirse a la acción destinada a reclamar un derecho, como ocurre con la reivindicatoria o aquella de petición de herencia, se extingue la acción misma como consecuencia de la adquisición por prescripción adquisitiva del derecho, según dispone el artículo 2517 del Código Civil en una prístina aplicación de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Mientras haya acción no opera la extinción, lo que conduce

a entender que la prescripción requiere la existencia de la acción, pues aquella está destinada a aniquilarla. No se percibe cómo podría ser exigible una obligación sino a través de una acción que lo permita, que en buenas cuentas es justamente exigir el cumplimiento o pago de la obligación. De ahí que la acción esté atada en forma indisoluble a la noción de obligación civil. No hay obligación civil sin acción, pues significa la imposibilidad de exigir el cumplimiento. Eso lo podemos entender de la simple consecuencia de la prescripción extintiva, la cual según dispone el artículo 1470 N° 2 transforma la obligación en natural si opera la prescripción. No hay más obligación civil, sino una meramente natural, sin acción para hacer efectivo el derecho.

Como es natural, la exigibilidad fluye con la facultad del acreedor para reclamar su crédito. El derecho debe existir al igual que la acción necesaria para hacerlo cumplir de manera compulsiva. Hay Derechos, como el español, que lo manifiestan en forma más expresa, al indicar el artículo 1969 del Código Civil español que el plazo de prescripción se cuenta “desde que [las acciones] pudiesen ejercitarse”. Mientras la acción no ha nacido no corre plazo alguno de prescripción. Esta regla sería un reflejo de la denominada teoría *actio nondum natae non praescribitur*. Díez-Picazo señala que el Código Civil español al referirse al momento del cómputo indica en el artículo 1969 del Código Civil, que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, lo que respaldaría la tesis de la *actio nata*, la cual alude a la necesidad que la acción haya nacido. No es suficiente que el crédito exista, pues se requiere además la acción, lo que lleva a concluir que: “el comienzo de la prescripción depende así no tanto de la existencia del derecho como de la existencia de la acción”⁴⁰.

Según Díez-Picazo, esta aproximación no resuelve por completo el problema. “Asevera que el nacimiento de la acción coincide con el nacimiento del derecho. La acción es consustancial con el derecho subjetivo”. De ahí la coincidencia en la necesidad que se verifique una afectación al derecho subjetivo. Y concluye que “el titular del derecho pueda ejercitar la acción y que la situación en que se encuentra colocado exija el ejercicio de la acción para la actuación para la defensa de su derecho”. La explicación sobre la necesidad de la acción ha permitido elaborar teorías que se ocupan del momento de su surgimiento, así se plantea la teoría de la lesión o de la insatisfacción, según se entienda que la acción nace con la lesión al derecho o, en cambio, con el vencimiento de la obligación⁴¹. En este sentido, la teoría de la insatisfacción se adapta mejor para explicar el nacimiento de la acción en relación a los créditos o derechos personales, pues en éstos no se requiere una lesión para que comience a correr el plazo. Acá bastaría la pasividad del deudor, comenzando el plazo a correr “desde que queda insatisfecha la pretensión del titular del derecho”⁴².

Ahora el asunto no es tan claro tratándose de las obligaciones de no hacer, lo que lleva a Díez-Picazo a resaltar teorías intermedias que diferencian según el derecho subjetivo en cuestión, por lo que circunscribe la teoría de la lesión a los derechos reales mientras que

⁴⁰ Díez-PICAZO (2007) p. 129.

⁴¹ MARÍN (2014) p. 82.

⁴² Díez-PICAZO (2007) p. 130.

aquella de la pretensión insatisfecha sería más acorde con los derechos personales. La violación sería necesaria para la prescripción de los derechos reales y, en cambio, en el caso de los créditos se requeriría la posibilidad de su realización. Y aún, en las obligaciones de no hacer, se retorna a la lesión, pues la violación coincide con el surgimiento de la acción para exigir el cumplimiento⁴³. No se percibe en todo caso una diferencia significativa para comprender el surgimiento de la lesión de manera diversa según el crédito sea una obligación de no hacer o una de dar o hacer, dado que en todo caso se verifica una violación al deber o la prestación comprometida, antecedente necesario para el surgimiento de la acción. Cuestión distinta es si la posibilidad real de ejercicio constituye un requisito del cómputo del plazo. En nuestro medio, las opiniones se orientan a entender de manera objetiva la exigibilidad y, por lo mismo, la acción que le es consustancial, prescindiendo de aspectos vinculados a la posibilidad subjetiva del ejercicio o incluso a razones objetivas y generales que podrían impedir colocar en práctica la acción. Las dificultades materiales o imposibilidad del ejercicio de la acción no se consideran para evaluar la exigibilidad del derecho, lo que abre una brecha, al menos en el derecho local, a la discusión sobre cómo deben enfrentarse las imposibilidades jurídicas o materiales para el ejercicio de la acción.

Si bien el asunto puede analizarse a propósito del arranque de la prescripción, o en relación con la imposibilidad de la exigibilidad por impedimentos en el ejercicio de la acción, pareciera que este problema queda mejor encajado en la suspensión, debiendo limitarnos a sostener la existencia de la acción como requisito de la exigibilidad. Lo relevante para que surja la exigibilidad es la existencia de la acción, mas no su posibilidad de ejercicio, lo que debería generar un debate sobre la suspensión del plazo.

En definitiva, somos de la opinión que la posibilidad real desde una perspectiva material o jurídica del ejercicio de la acción no debiera alterar la exigibilidad del derecho y, al mismo tiempo, el cómputo del plazo. Cuestión distinta, pero que no es objeto de análisis en este trabajo, radica en otorgarle o no consecuencias al transcurso del plazo de la prescripción en el evento que el acreedor se vea impedido de hecho por causas jurídicas de ejercer su acción, la cual existe, mas no es viable su puesta en marcha. Esta problemática debe analizarse a propósito de la suspensión de la prescripción. No se nos escapa que el sistema objetivo como está previsto en el artículo 2514 del Código Civil que asume una concepción impermeable de la exigibilidad a las condiciones subjetivas del acreedor, es una crítica necesaria del modelo local, pero eso no debiera resolverse a propósito de la noción de exigibilidad, sino que con una apertura a una aplicación del principio *contra non valentem agere non praescriptio* o con la introducción pretoriana de causales de suspensión de la prescripción, como podría ser el caso en que se verifique una hipótesis de fuerza mayor que impida el ejercicio de la acción o una ignorancia excusable de la existencia del derecho. La crítica que hacemos no radica en una noción objetiva de la exigibilidad, sino en lo estricto de las causales de suspensión que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

Advertimos, entonces, la necesidad de la acción como condición de la exigibilidad, sin que deban considerarse aspectos subjetivos, tales como la diligencia del acreedor o su capacidad para considerar la existencia del crédito o aún la imposibilidad para ejercer la ac-

⁴³ DÍEZ-PICAZO (2007) p. 130.

ción. En esos casos, como se ha señalado, la solución debe incidir en la suspensión del plazo de prescripción, sin que eso importe afectar la exigibilidad de la obligación. El problema no es de exigibilidad, sino que se sitúa en el terreno del tiempo que corre, el cual puede suspenderse y así evitar los problemas asociados a impedimentos que afectan el ejercicio de la acción para exigir el crédito. La regla de la exigibilidad o el momento en que el acreedor puede actuar debe temperarse con una disposición que retarde el inicio del cómputo del plazo, si ocurre un impedimento que imposibilite al acreedor el ejercicio de la acción, ya sea por disposición legal, acuerdo de las partes o conforme a la fuerza mayor o caso fortuito.

3. LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO POR LA EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN

Establecida las condiciones que configuran la noción de exigibilidad, queda por dilucidar cómo ella se manifiesta en la práctica y así determinar el momento del *dies a quo*. La fijación debe realizarse conforme a la naturaleza del contrato, según se trate de un acuerdo consensual, solemne o real, en este ámbito destaca el tratamiento de la exigibilidad que haya sido acordada en el contrato y, por otra, aquella hipótesis en que se deba a la naturaleza de la prestación.

a) *La exigibilidad convencional*

La situación más recurrente en que la exigibilidad queda pospuesta por el acuerdo de las partes es aquella en que el cumplimiento ha quedado sometido a un plazo. El derecho ya existente no puede exigirse mientras no opere el transcurso del tiempo constitutivo del término acordado en el contrato. Es la situación tradicional que se presenta en la hipótesis de las obligaciones sometidas a plazo, en particular aquellas dinerarias que deben solucionarse de manera sucesiva en el tiempo⁴⁴. El acreedor carece de la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación mientras pende el plazo, quedando cada cuota sometida a un término particular que desencadena la exigibilidad concreta a tractos. La exigibilidad es pospuesta por el acuerdo de voluntades, lo que justifica que la exigibilidad vaya ocurriendo de manera escalonada.

El problema de la exigibilidad ha sido tormentoso en la jurisprudencia chilena al tratarse de obligaciones divididas en cuotas acompañada de una cláusula de aceleración o caducidad convencional del plazo⁴⁵. No hay duda que, frente a una deuda en dinero pactada en cuotas la fecha del vencimiento de cada una desencadena la exigibilidad en forma separada y sucesiva. Su tratamiento es de manera autónoma, sujetas al vencimiento del plazo que permite exigir el pago en forma respectiva. Ante la imposibilidad de exigir el pago antes del vencimiento del término queda justificado el cómputo del plazo de la prescripción desde el acaecimiento de la fecha de vencimiento individual para cada cuota. Diversa es la situación si las partes de manera convencional alteran la regla general al contemplar una cláusula de aceleración o de caducidad convencional del plazo. La irrupción de la libertad contractual puede y tiene una incidencia mayor en la exigibilidad de las obligaciones. No

⁴⁴ BARAONA (1997) p. 508.

⁴⁵ DOMÍNGUEZ (2004) pp. 179 y ss.; BARAONA (1997) pp. 510 y ss.

solo puede hacerse a través de un plazo único, sucesivo a intervalos periódicos, sino que esa misma situación de efectos normales de la modalidad, se altera si el deudor no paga alguna de las cuotas acelerando la deuda total, es decir, caducando los plazos que venían hacia el futuro, resultando exigible el total de la deuda. Todo el problema radica en fijar el momento de la exigibilidad total de la deuda verificado el incumplimiento de una de las cuotas. Para otorgar una solución a este asunto, la jurisprudencia ha distinguido entre las cláusulas de aceleración facultativas, lo que ocurre en la práctica en la casi unanimidad de los casos y aquellas otras de índole imperativas. Mientras en las primeras se requiere una manifestación del interés del acreedor en hacer valer la aceleración, en las otras opera con el mero incumplimiento que desencadena la exigibilidad de la totalidad de la deuda. De manera ilustrativa y ya reiterada por la Primera Sala de la Corte Suprema en su formación titular, se ha sostenido: “Que estatuida la cláusula de aceleración en la forma transcrita en el motivo anterior, por su redacción, resulta evidente que se pactó en términos facultativos. Ello implica que el plazo de prescripción deberá contarse desde la fecha en que el acreedor exprese su voluntad de hacerla efectiva, y tal como lo ha resuelto reiteradamente esta Corte Suprema, dicha facultad de anticipar el vencimiento se manifiesta inequívocamente, en la especie, con la presentación de la gestión preparatoria de notificación del desposeimiento al sistema de distribución de causas”⁴⁶. Si bien fue posible en su momento denunciar los vaivenes de la jurisprudencia sobre esta cuestión, la distinción entre aceleración facultativa e imperativa contribuyó a otorgar estabilidad al criterio, determinando la exigibilidad del total de la obligación a partir del momento que el acreedor manifieste su voluntad de hacerla efectiva⁴⁷. Persiste eso sí, el debate doctrinal acerca del acto del acreedor que hace operar la exigibilidad y, sobre todo, si basta la presentación a distribución de la demanda, como lo sostiene el fallo transcrito y jurisprudencia uniforme o, en cambio, se requiere un acto recepticio al deudor, esto es, la notificación de la demanda, lo que involucra al menos la recepción de la demanda en el tribunal específico competente, la resolución que provee la demanda y el acto de notificación propiamente tal a través del receptor e incluso, si no es habido, proceder conforme la notificación subsidiaria del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil. Baraona ha sido quien plantea la necesidad del acto recepticio, el cual no sería necesariamente judicial, por lo que mientras no se verifique la notificación judicial o extrajudicial no operaría la aceleración y, por ende, la exigibilidad del total de la deuda⁴⁸. Esta posición la justifica por un rechazo al unilateralismo, sin consentir en que un mero acto unilateral del acreedor pueda modificar los términos del acuerdo, pactado en cuotas con exigibilidad sucesiva sin advertirle al deudor. Sostiene que “Mientras el acreedor no manifieste voluntad de hacer exigible el crédito, de forma clara y directa, y no lo notifique así a su deudor, no se puede producir la anticipación, porque no se ha modificado de la modalidad de cumplimiento. Todos los efectos asociados a la exigibilidad comenzarán solo

⁴⁶ *INMOBILIARIA GOLF NEVERÍA S.A. CON GAGO SANCHO MARÍA DEL PILAR* (2020).

⁴⁷ Un detalle de las diversas posiciones sobre la aceleración y el cómputo del plazo en DOMÍNGUEZ (2004) pp. 187-192.

⁴⁸ BARAONA (1997) p. 514.

en ese momento”⁴⁹. No compartimos esta posición dado que es fácil advertir que las partes han acordado que la aceleración opere por el acto unilateral del acreedor sin que se haya establecido el acto recepticio, lo que conduce a sostener que el acto unilateral se sustenta en el acuerdo de las partes contratantes. La propuesta del profesor Baraona reconduce a introducir una especie de advertencia a título de mora del deudor por acto formal que involucraría el efecto de la exigibilidad, lo que, como advertimos, no constituye un elemento de la exigibilidad. El deudor no debiera entenderse sorprendido con la aceleración, pues fue advertido o más bien acordado que así operaría, quedando la exigibilidad en la voluntad unilateral del acreedor conforme lo pactado.

La exigibilidad de las obligaciones puede, sin duda, quedar sometida a la voluntad de los contratantes, tal como lo corrobora la cláusula de aceleración. Aún más en ciertos casos el acreedor podrá otorgare plazos de gracia⁵⁰, que habilitan al deudor a ejecutar el cumplimiento con posterioridad, postergando la exigibilidad en el tiempo⁵¹. Esta situación la podemos constatar en las cláusulas resolutorias que otorgan el derecho al acreedor a poner término al contrato previa notificación del deudor otorgándole un plazo de cumplimiento, que una vez expirado, tiene como efecto la resolución extrajudicial del contrato. De manera reciente, la Corte Suprema ha tolerado incluso en materia de contratos de crédito con garantía hipotecaria que el banco acreedor otorgue plazos de gracia unilaterales que no afectan la fecha de exigibilidad, sino que solo la dejan en suspenso y en caso de incumplimiento expirado el plazo, la exigibilidad se retrotrae a la época de vencimiento original, lo que le permite el cobro de intereses desde esa época⁵². La libertad contractual posibilita no solo adelantar la exigibilidad como ocurre con las cláusulas de aceleración, sino también retardarla, a través de los plazos de gracia. En estos casos se presenta una imprescriptibilidad temporal mientras perdura el plazo o no se verifica el incumplimiento que atrae las demás cuotas a la exigibilidad. Queda demostrado que la voluntad tiene una influencia relevante para fijar el momento del cómputo del plazo de la prescripción.

En suma, tanto la condición suspensiva como en este caso el plazo de esa misma índole constituyen causas de impedimento de la prescripción, ya sea porque el derecho no ha nacido y hay nada más un germen, o en el caso del plazo porque el acreedor está obligado a respetarlo generándose una cierta imprescriptibilidad temporal mientras no se cumpla el término⁵³.

La voluntad, huelga decirlo, ha ido alcanzando cada vez más espacio en lo que refiere a la prescripción, lo que no ha escapado a la doctrina local, aunque crítica, a diferencia de la extranjera, más abierta a otorgarle protagonismo⁵⁴. La aparente rigidez de la exigibilidad para fijar el cómputo del plazo de la prescripción cede ante la libertad contractual, no solo a través del plazo o la condición, sino también en la hipótesis del plazo de gracia.

⁴⁹ BARAONA (1997) p. 514.

⁵⁰ CONTARDO (2016) pp. 541 y ss.

⁵¹ GRIMONPREZ (2006) p. 64.

⁵² SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON BANCO SANTANDER (2019).

⁵³ KLEIN (2013) p. 177.

⁵⁴ BARRÍA (2019) p. 458; DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 44 y 45; STOFFEL-MUNCK (2010) p. 384; STIJNS y SAMOY (2010) p. 345

b) *La exigibilidad por la naturaleza de la prestación*

No solo el acuerdo de las partes puede incidir en el momento de la exigibilidad de la obligación que fija el cómputo del plazo de la prescripción, ya sea para que opere en forma automática o a cargo de la voluntad unilateral de una de las partes. Si bien el criterio de la inmediatez en los contratos consensuales o la fecha de la solemnidad en los contratos que la requieren ilustra el instante en que se entiende exigible la obligación, esta aproximación no es completa. Como indica Klein “si bien en teoría el pago es exigible desde el nacimiento de la obligación, la exigibilidad de la obligación no se confunde casi nunca en la práctica con su nacimiento”⁵⁵. Esta situación es clara en los contratos reales, tales como el depósito, el comodato o el préstamo. En ninguno de estos contratos el nacimiento del derecho coincide con la exigibilidad de obligación. Aparte de la perfección del contrato por la entrega de la cosa, existe la necesidad de una distancia temporal entre el nacimiento del derecho a la restitución y la exigibilidad de la misma. Esta exigibilidad puede estar prevista en el propio contrato a través de un plazo o, en cambio, por la voluntad del acreedor. Lo que explica posponer la exigibilidad es la propia naturaleza del contrato, cuya finalidad requiere la distancia entre el nacimiento del derecho y la ejecución del mismo.

En suma, tanto la voluntad de las partes como la naturaleza de la prestación o la calificación del contrato incide en la exigibilidad de la obligación.

CONCLUSIONES

En este trabajo nos propusimos desentrañar la noción y función de la exigibilidad de la obligación con el objetivo de esclarecer el inicio del cómputo de la prescripción, en cuanto regla general prevista en el artículo 2514 del Código Civil. En efecto, la importancia de la noción radica en su influencia directa en fijar el momento a partir del cual comienza a contarse el plazo de prescripción extintiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2514 del Código Civil. La exigibilidad de la obligación desencadena el cómputo del plazo. Al no haber sido objeto de estudios detenidos, salvo excepciones, resultó necesario realizar una descripción acerca de cómo se entiende la exigibilidad en el artículo 2514 del Código Civil y esclarecer su carácter supletorio y de aplicación general para todas las obligaciones cualquiera sea su fuente obligacional, salvo excepciones previstas en la ley. Enseguida, con el propósito de dilucidar los elementos del concepto se realizó una depuración del mismo, estableciendo que le resultan ajenos los conceptos de mora y retardo, los que son necesariamente posteriores a la exigibilidad. Otro tanto ocurre con la pretendida liquidez de la obligación para que sea exigible, corroborando que no es tampoco un elemento de la noción de la exigibilidad. Depurado el concepto, se estableció que tanto la existencia del crédito, aunque dilucidando problemas complejos en torno al surgimiento, relativos a la perfección del contrato y también la acción, lo que involucró un tratamiento del derecho que la desencadena, distinguiendo según el tipo de remedio contractual, son condiciones necesarias de la exigibilidad. Asumidos los elementos que son propios a la exigibilidad y resueltas las complejidades que involucran, hubo que abocarse al análisis de la determinación de la

⁵⁵ KLEIN (2013) p. 179.

exigibilidad, la cual no solo puede estar fijada por la perfección del contrato, en el caso de los contratos con obligaciones simultáneas, sino que hay que considerar la incidencia de la voluntad de las partes y la naturaleza de la prestación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK, René (2011): *Las obligaciones*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).
- BALLOT-LENA, Aurélie (2007): “Les multiples points de départs de la prescription extinctive”, *Petites Affiches*, N° 245: pp. 5-25.
- BANDRAC, Monique (1994): “Les tendances récentes de la prescription extinctives en droit français”, *Revue Internationale de Droit Comparé*: pp. 359-377.
- BARAONA, Jorge (1997): “La exigibilidad de las obligaciones: noción y principales presupuestos (con especial énfasis en las cláusulas de aceleración)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 3: pp. 503-523.
- BARAONA, Jorge (1998): *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, Dykinson).
- BARAONA, Jorge (2008): “Algunas consideraciones sobre el retraso en el cumplimiento de las obligaciones: su configuración y eficacia”, en PIZARRO, Carlos (Coord.), *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008* (Santiago, LegalPublishing) pp. 370-384.
- BARRÍA, Rodrigo (2019): “Revisión crítica de la alteración convencional de los plazos de prescripción extintiva”, en GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz *et al.* (Edit.), *Estudios de Derecho Civil XIV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo 2018* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 451-465.
- BARTHEZ, Anne-Sophie (2010): “Le point de départ du delai de prescription extinctive”, en JOURDAIN, Patrice y WÉRY, Patrick, *La prescription Extinctive. Études de droit comparé* (Bruxelles-Paris, Schulthess, Bruylant, LGDJ) pp. 318-340.
- BENABENT, Alain (1996): “Le chaos du droit de la prescription extinctive”, en *Mélanges Boyer* (Paris, Litec) pp. 123-133.
- BOULAY, Jean Charles (1990): “Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, jul-sept. 1990: pp. 339-373.
- CARBONNIER, Jean (1952): “Notes sur la prescription extinctive”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 2: pp. 171-181.
- CLARO, Luis (2013a): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones*, Volumen III, Tomo XII (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CLARO, Luis (2013b): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones*, Volumen I, Tomo XI (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONTARDO, Juan Ignacio (2014): “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el Código Civil”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 43: pp. 77-116.
- CONTARDO, Juan Ignacio (2016): “El plazo de gracia y el plazo adicional para el cumplimiento como límites a la facultad resolutoria”, en BARRÍA, Manuel (Coord.), *Estudios*

- de *Derecho Civil XI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción 2015* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 541-552.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid, Thomson-Civitas).
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2004): *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GRIMONPREZ, Benoît (2006): *De l'exigibilité en droit des contrats* (Paris, LGDG).
- KLEIN, Julie (2013): *Le point de départ de la prescription* (Paris, Economica).
- KLEIN, Julie (2020): “Point de départ du délai”, en *Repertoire du Droit Civil* (Paris, Dalloz) pp. 1-15.
- MARCHANDISE, Maxime (2015): *La prescription. Principes généraux et prescription libératoire. De Page Traité de Droit Civil Belge* (Bruxelles, Bruylant).
- MARÍN, Manuel Jesús (2014): “El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil”, en VV.AA, *La prescripción extintiva* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 15-223.
- MEJÍAS, Claudia (2018): “El derecho común presupuesto en el ordenamiento jurídico nacional. Una revisión de su contenido”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45, N° 3: pp. 621-646.
- PEÑAILILLO, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- STIJNS, Sophie y SAMOY, Ilse (2010): “La prescription extinctive. Le rôle de la volonté et du comportement des parties”, en JOURDAIN, Patrice y WÉRY, Patrick, *La prescription Extinctive. Études de droit comparé* (Bruxelles-Paris, Schulthess, Bruylant, LGDJ) pp. 341-383.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe (2010): “La prescription extinctive. Le rôle de la volonté et du comportement des parties”, en JOURDAIN, Patrice y WÉRY, Patrick (eds.), *La prescription Extinctive. Études de droit comparé* (Bruxelles-Paris, Schulthess, Bruylant, LGDJ) pp. 384-402.
- TAPIA, Mauricio (2005): “Codificación, entre pasión y desencanto por las leyes”, en MARTINIC, María Dora *et al.* (Edit.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 967-985.

JURISPRUDENCIA CITADA

- INMOBILIARIA GOLF NEVERÍA S.A. CON GAGO SANCHO MARÍA DEL PILAR* (2020): Corte Suprema, 9 de enero de 2020 (acción de cobro dineraria), Rol N° 22.977-2019.
- SCOTIABANK CHILE S.A. CON FLORINDA DEL CARMEN PLAZA PINTO* (2020): Corte Suprema, 3 de febrero de 2020 (acción ejecutiva), Rol N° 18.684-2019.
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON BANCO SANTANDER* (2019): Corte Suprema, 1 de julio de 2019 (acción colectiva por vulneración al interés de los consumidores), Rol N° 24.598-2018.

SOBRE EL CONOCIMIENTO DEL COMPRADOR, ANTES DE LA FIRMA DEL CONTRATO O DEL CIERRE, DE LA FALSEDAD DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS

ABOUT THE BUYER'S KNOWLEDGE, BEFORE SIGNING THE CONTRACT OR CLOSING, OF THE FALSITY OF REPRESENTATIONS AND WARRANTIES

JOAQUÍN RECART APFELBECK*

RESUMEN: El artículo analiza el efecto del conocimiento del comprador, antes de la firma de un contrato, o del cierre, acerca de la falsedad de una o más declaraciones y garantías. Se revisa el caso en que las partes guardan silencio sobre el punto. Se argumenta que en el Derecho chileno, el conocimiento efectivo del comprador afecta su derecho a reclamar de la infracción de las declaraciones y garantías.

Palabras clave: declaraciones y garantías, incumplimiento contractual, responsabilidad estricta, conocimiento, excusas.

ABSTRACT: This paper analyses the effect of the buyer's knowledge, before signing or closing, about the falsity of one or more representations and warranties. It focuses on the case in which the parties do not address the issue in the contract. It holds that under Chilean law the actual knowledge by the buyer affects its ability to bring a claim for the breach of the representations and warranties.

Keywords: representations and warranties, breach of contract, strict liability, knowledge, defenses.

I. INTRODUCCIÓN

En Chile resulta bastante común el uso de declaraciones y garantías en todo tipo de contratos, particularmente en compraventas de empresas. Las declaraciones y garantías son un mecanismo que distribuye entre los contratantes el riesgo de que una afirmación efectuada por uno de ellos no se ajuste a la realidad. Este riesgo lo soporta la parte que realiza la declaración, y la extensión del primero dependerá de la amplitud de la segunda¹.

Las declaraciones y garantías permiten superar o disminuir “la dificultad que tiene uno de los contratantes de determinar, por sí mismo, todas las características del objeto del contrato y riesgos asociados al mismo”². Tanto el otorgamiento de declaraciones y garantías por par-

* Máster en Derecho, Columbia University, y magister en Derecho, con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono N° 1, Providencia. Correo electrónico jrecart@derecho.uchile.cl. Agradezco especialmente a Cristián Banfi por sus valiosos comentarios a un borrador de este artículo.

¹ STARK (2007) p. 17. Todas las traducciones contenidas en este artículo son mías.

² CÁRDENAS Y REVECO (2018) p. 150.

te del vendedor, como la realización de un *due diligence* de la cosa por parte del comprador, tienden a contrarrestar la asimetría de información existente entre aquel –quien generalmente conoce la cosa– y este, quien suele tener menor conocimiento de ella. Este mecanismo permite al declarante revelar información dentro de la relación contractual, y al destinatario adquirir dicha información³. Asimismo, el incumplimiento de las declaraciones y garantías da lugar a responsabilidad contractual estricta fundada en la insatisfacción del interés del acreedor en la veracidad de las afirmaciones, sin que el declarante pueda oponer excusa alguna⁴.

En este artículo analizaré el efecto del conocimiento por parte del comprador, como receptor de las declaraciones y garantías, de la falsedad de estas, antes de la firma del contrato de compraventa de la cosa o empresa, o antes del cierre del mismo, si este incluye firma y un cierre posterior, particularmente cuando las partes no han regulado los efectos de dicho conocimiento. Por cierre o *closing* entiendo la materialización o consumación de una transacción, que suele implicar el traspaso de la propiedad y el pago⁵. El cierre a que aludo no debe confundirse con el cierre de negocios. Este último corresponde a un acuerdo preliminar precontractual, que no genera la obligación de celebrar un contrato definitivo, pero cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad precontractual, o a la multa que hayan establecido las partes⁶.

Específicamente, la pregunta que intentaré responder es si el conocimiento efectivo que el comprador haya tenido acerca de la falsedad de las declaraciones y garantías, antes de la firma del contrato o del cierre, puede ser esgrimido por el vendedor como una excusa o defensa válida frente a una demanda del comprador por infracción de declaraciones y garantías. Si bien tanto el comprador como el vendedor otorgan y reciben declaraciones y garantías, en la práctica la mayor parte de estas son dadas por el vendedor, y recibidas por el comprador. Por eso, en este artículo me referiré a las declaraciones y garantías del vendedor, en beneficio del comprador. Además, dado que a falta de estipulación de las partes, resulta aplicable el derecho de fondo que rige el contrato, me referiré primero a la forma en que se ha respondido a esta pregunta en otros países en que se ha discutido el tema, y luego explicaré cómo pienso que ella debiera ser contestada en Chile.

El comprador puede adquirir conocimiento de la falsedad de las declaraciones y garantías a partir de la información que le entregue el vendedor (por ejemplo, a través de una *disclosure letter* o de un anexo de revelaciones), de su propia investigación o por medio de terceros⁷. Que el comprador sepa que una o más declaraciones y garantías son falsas no implica necesariamente que el vendedor también posea tal conocimiento. Bajo una regla de responsabilidad estricta, no se requiere efectuar un juicio de valor sobre la conducta del declarante demandado; esto, es irrelevante si el declarante sabía o no que una declaración estaba incumplida y si comunicó o no al receptor que la declaración era falsa⁸.

³ BURMAN Y CHIGHIZOLA (2014) p. 214; BARROS Y ROJAS (2010) p. 513.

⁴ BARROS Y ROJAS (2010) p. 520.

⁵ Véase el concepto de *closing* en GARNER (2009) p. 291, YRARRÁZVAL (2012) p. 156 y STARK (2007) p. 20.

⁶ Sobre el cierre de negocios, véase ZULOAGA (2018).

⁷ CHRISTOU (2001) p. 347.

⁸ BARROS (2006) pp. 446 y 475; y BARROS Y ROJAS (2010) p. 520.

Este artículo se divide en ocho secciones, incluida esta introducción. En la sección II, me referiré brevemente a la manera en que las declaraciones y garantías son entendidas y funcionan en Inglaterra y en Estados Unidos, dado que ellas tienen su origen en las *representations and warranties* del *Common Law*⁹. En la sección III explicaré que el efecto del conocimiento del comprador puede ser regulado por las partes en el contrato, mediante la incorporación de una cláusula *sand-bagging* o de una cláusula *anti-sandbagging*. En la sección IV, examinaré los principales argumentos que se han esgrimido en el *Common Law* sobre la relevancia o irrelevancia del conocimiento del comprador. En la sección V, revisaré el estado de la cuestión en la doctrina española. En la sección VI, me referiré a la doctrina nacional sobre la incorporación de declaraciones y garantías contractuales. En la sección VII, argumentaré que, en el Derecho chileno, a falta de regulación contractual, el conocimiento efectivo del comprador sobre la falta de veracidad de las declaraciones y garantías antes de la firma del contrato o del cierre, afecta su derecho a reclamar de la infracción y, por lo tanto, constituye una defensa que el vendedor puede esgrimir válidamente. En la sección VIII, expondré las conclusiones que se desprenden del análisis precedente.

II. ORIGEN DE LA REPRESENTATION Y LA WARRANTY EN EL COMMON LAW

El derecho inglés y el derecho estadounidense son muy similares en cuanto a la manera en que tratan la *representation* y la *warranty*, lo que permite referirse a ambos conjuntamente, sin perjuicio de destacar los aspectos en que difieren.

1. REPRESENTATION Y MISREPRESENTATION

Representation es “la declaración de un hecho pasado o presente, efectuada en un momento para inducir a una parte a actuar”¹⁰. Si este hecho resulta ser falso, se estará ante una *misrepresentation*, esto es, “la comunicación de información falsa –ya sea a través de palabras (una declaración falsa) o a través de una conducta”; siendo el silencio generalmente insuficiente¹¹. Esta declaración falsa induce al receptor a celebrar un contrato con el declarante¹². Por lo tanto, en principio ella es previa al contrato. Sin embargo, es común que las *representations* se incorporen al contrato.

Existen tres clases de *misrepresentation*: fraudulenta o dolosa; negligente; e inocente –esto es, con prescindencia de la conducta del declarante–, la que da lugar a responsabilidad estricta¹³.

La *misrepresentation* está sujeta a los siguientes requisitos:

⁹ BARROS Y ROJAS (2010) p. 512.

¹⁰ STARK (2007) pp. 9 y 12.

¹¹ CARTWRIGHT (2016) p. 177; y SMITH (2006) p. 254.

¹² ALLEN (1988) pp. 11 y 16.

¹³ EPSTEIN (1999) p. 546.

(i) Consiste en la declaración falsa sobre un hecho, presente o pasado, en consideración al momento en que se efectúa la declaración. Sin embargo, en algunos casos la *misrepresentation* puede consistir en una declaración sobre el derecho¹⁴.

(ii) La declaración debe ser relevante y –salvo aquella inocente– debe ser formulada de manera fraudulenta o negligente. Que la declaración sea relevante significa que debe ser apta para inducir a un destinatario razonable a celebrar un contrato¹⁵. Una declaración sobre hechos triviales, cuya falsedad puede causar poco o ningún daño a su receptor, es irrelevante¹⁶. Que la declaración sea fraudulenta implica que quien la emite es consciente de su falsedad e intenta engañar a la otra parte¹⁷.

(iii) La parte a quien se dirige la declaración debe haber creído o confiado en ella y haber sido inducida a consentir en la celebración del contrato¹⁸. La confianza opera como vínculo causal entre la *misrepresentation* y el daño sufrido por el receptor de la declaración¹⁹. Por lo tanto, si el destinatario de una *representation* tenía conocimiento efectivo de que esta era falsa al momento en que fue formulada, no tiene derecho a reclamar, puesto que en tal caso no ha existido *misrepresentation*²⁰. En efecto, el receptor que conocía de antemano la *misrepresentation* pudo haber desistido de contratar o contratado en otros términos. Si optó por perseverar en el contrato, es porque no permitió que la *misrepresentation* afectara su juicio²¹. Además, el hecho de que el receptor de la declaración supiera de antemano que esta era falsa, excluye el vínculo causal entre la *representation* y el daño: mal puede aquel alegar que dicha declaración lo indujo a celebrar el contrato.

Sin embargo, si el receptor tuvo la oportunidad de descubrir la *misrepresentation* pero no lo hizo, dispondrá de las acciones propias de la *misrepresentation*²².

(iv) En el derecho norteamericano se exige que la confianza que el receptor deposita en la declaración esté justificada. No lo estará si es evidente que la declaración es falsa o si ella no podía ser considerada seriamente²³. Por su parte, en el derecho inglés, se requiere que la declaración sea inequívoca, esto es, debe ser entendida claramente y sin ambigüedades²⁴. Si la declaración puede ser comprendida en más de un sentido, el receptor deberá probar en qué sentido la entendió, y que en este particular sentido, ella resultó ser falsa²⁵.

Ahora bien, la parte afectada por una *misrepresentation* puede hacer valer dos acciones. En primer lugar, cualquiera sea la clase de *misrepresentation*, el contratante afectado puede rescindir el contrato, con el efecto de que las partes serán restablecidas a la situación

¹⁴ CARTWRIGHT (2016) p. 177; y DE LA MAZA (2010) pp. 191 y 192.

¹⁵ DE LA MAZA (2010) p. 193.

¹⁶ FARNSWORTH (2004) p. 244; y EPSTEIN (1999) p. 563.

¹⁷ FARNSWORTH (2004) p. 243.

¹⁸ CARTWRIGHT (2016) p. 178.

¹⁹ FRANKLIN *et al.* (2011) p. 1251; AGUAYO (2011) p. 72; y CARTWRIGHT (2016) p. 176.

²⁰ STARK (2007) p. 13; ALLEN (1988) p. 16; TREITEL (2007) p. 369; y DE LA MAZA (2010) p. 194.

²¹ ALLEN (1988) p. 16.

²² TREITEL (2007) p. 370; y FARNSWORTH (2004) p. 248.

²³ FARNSWORTH (2004) p. 247.

²⁴ DE LA MAZA (2010) p. 190.

²⁵ ALLEN (1988) p. 20.

anterior a la celebración del contrato, debiendo procederse a las restituciones mutuas de lo que se hayan entregado y pagado recíprocamente²⁶. La rescisión es la consecuencia de un defecto en la formación del contrato: la *misrepresentation*²⁷. La rescisión del contrato puede producirse mediante la notificación extrajudicial que la parte afectada efectúa a la otra, o bien a través del inicio de un procedimiento judicial²⁸. En segundo lugar, si la información incorrecta fue proporcionada negligente o fraudulentamente, la parte afectada tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios sufridos²⁹.

2. WARRANTY Y BREACH OF WARRANTY

La *warranty* es una cláusula contractual en cuya virtud una parte garantiza a la otra la veracidad de ciertos hechos contenidos en una declaración y se obliga a indemnizar los daños que sufra el destinatario en caso que tales hechos sean falsos³⁰.

Para que la parte afectada tenga derecho a indemnización, debe probar la infracción de la *warranty* y el daño que dicha infracción le produjo. No es necesario probar la negligencia de la parte que otorgó la *warranty*³¹, de suerte que su incumplimiento genera responsabilidad estricta³².

La confianza o *reliance* es un elemento que proviene del derecho de *Torts* y que, en cierta forma, puede tener injerencia en las *warranties*³³. En Estados Unidos no existe consenso sobre si el receptor de la *warranty* debe haber confiado o creído en la veracidad de aquella. Así, en algunos estados, el receptor de una *warranty* tiene derecho a demandar la indemnización de los perjuicios, aunque al momento del cierre del contrato haya sabido que ella era falsa³⁴.

La parte afectada por el incumplimiento de una *warranty* puede reclamar la indemnización de perjuicios con el fin de que sea puesta en la situación en que se encontraría de haber sido verdadera la afirmación. Luego, la *warranty* protege el interés de expectativa o *expectation interest*³⁵.

²⁶ En general se emplean las expresiones *rescission*, *avoidance* y *termination*. Véase STARK (2007) pp. 14 a 16; KEETON *et al.* (1984) p. 730; FARNSWORTH (2004) pp. 246 y 254; CARTWRIGHT (2016) pp. 177 a 180; ALLEN (1988) pp. 29, 31 y 37; SMITH (2006) pp. 254 y 259; FRANKLIN *et al.* (2011) p. 1234; PERILLO (2009) p. 293; BEALE *et al.* (2010) p. 444; TREITEL (2007) pp. 398 y 405.

²⁷ TREITEL (2007) p. 403.

²⁸ ALLEN (1988) p. 30; y SMITH (2006) p. 260.

²⁹ BEALE *et al.* (2010) p. 507; FARNSWORTH (2004) p. 243; STARK (2007) p. 14; EPSTEIN (1999) p. 570; TREITEL (2007) p. 390; y CARTWRIGHT (2016) pp. 180 y 181. Sin embargo, en Inglaterra bajo la *Misrepresentation Act de 1967* es posible que el juez conceda una indemnización de perjuicios aun tratándose de una *misrepresentation* en que no hay culpa ni dolo, y que no fue incorporada al contrato. Véase TREITEL (2007) p. 398.

³⁰ SMITH (2006) p. 193; CHRISTOU (2001) p. 346; CORBIN (1988) p. 21; y STARK (2007) pp. 9 y 13.

³¹ KEETON *et al.* (1984) p. 729.

³² PERILLO (2009) p. 294; MACAULAY *et al.* (2010) p. 562; y ATIYAH (1990) p. 281.

³³ MASSON (2009) p. 508.

³⁴ WEST Y SHAH (2007) p. 4.

³⁵ ALLEN (1988) pp. 9 y 156; y ATIYAH (1990) p. 320. Sobre el interés de expectativa, véase FULLER Y PERDUE (1936) p. 54.

Por otra parte, la infracción de una *warranty* no otorga a la parte afectada el derecho a rescindir el contrato, remedio que –como señalé– sí está disponible en caso de una *misrepresentation*. De ahí que al receptor de una declaración convenga incorporar tanto *representations* como *warranties*³⁶.

Sin embargo, también hay que considerar que en la práctica contractual en Estados Unidos e Inglaterra, en general, los conceptos *representations* y *warranties* se usan indistintamente, relativizándose la distinción conceptual entre ambos términos a tal punto que se identifican³⁷. En vista de ello, cabe preguntarse qué sucede con el elemento de confianza o *reliance*, propio de la *misrepresentation*. Esta cuestión, como se verá en la sección IV, ha sido respondida de forma diferente en los derechos estadounidense e inglés.

III. REGULACIÓN EN EL CONTRATO DEL CONOCIMIENTO DEL COMPRADOR

Las partes pueden regular en el contrato que celebren el efecto que tendrá el conocimiento por parte del comprador de la falsedad de las declaraciones y garantías, antes del cierre.

Por un lado, ellas pueden neutralizar los efectos del conocimiento por parte del receptor de las declaraciones y garantías mediante la incorporación de una cláusula *pro-sandbagging* –como se conoce en Estados Unidos–, en cuya virtud dicho conocimiento deviene irrelevante, esto es, no priva al destinatario de las acciones o remedios legales para reclamar del incumplimiento de las declaraciones y garantías. Un ejemplo de tal cláusula es el siguiente: “El derecho a indemnización, pago, reembolso u otro remedio basado en una declaración, garantía, *covenant* u obligación no será afectado por... cualquier investigación efectuada o por el conocimiento adquirido en cualquier momento, sea anterior o posterior a la firma de este contrato o a la fecha de cierre, respecto a la exactitud o inexactitud, o cumplimiento de dicha declaración, garantía, *covenant* u obligación”³⁸.

Por otro lado, las partes pueden estipular una cláusula *anti-sandbagging*, mediante la cual el declarante se exime de responder por la infracción de las declaraciones y garantías en caso que el receptor conozca de la falsedad de las mismas antes del cierre³⁹. Un ejemplo de tal cláusula es el siguiente: “Ninguna de las partes será responsable bajo esta cláusula por daños que resulten de o se relacionen con la inexactitud o el incumplimiento de cualquier declaración o garantía en este contrato, si la parte que solicita indemnización por tales daños tuvo conocimiento del incumplimiento antes del cierre”⁴⁰.

Ahora bien, si las partes no regulan el efecto del conocimiento por el comprador de la falsedad de las declaraciones y garantías, el asunto deberá resolverse según el derecho de fondo aplicable al contrato, a lo que me referiré a continuación.

³⁶ STARK (2006).

³⁷ WEST Y SHAH (2007) p. 5; y ADAMS (2008) p. 287.

³⁸ MIZIOLEK Y ANGELAKOS (2013) p. 30.

³⁹ WEST Y SHAH (2007) p. 5; MIZIOLEK Y ANGELAKOS (2013) p. 31; y SHADDEN (2014) p. 463.

⁴⁰ MIZIOLEK Y ANGELAKOS (2013) p. 31.

IV. DISCUSIÓN EN EL *COMMON LAW* SOBRE EL EFECTO DEL CONOCIMIENTO DEL COMPRADOR

1. ESTADOS UNIDOS: LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS SE COMPRAN

En Estados Unidos es posible encontrar sentencias que se pronuncian sobre la discusión que es objeto de este artículo. Una de ellas es la sentencia dictada en el caso *CBS Inc. v. Ziff-Davis Pub. Co.*⁴¹. CBS y Ziff-Davis celebraron un contrato de compraventa por el cual la primera adquirió una empresa dueña de 12 revistas. En el contrato, Ziff-Davis declaró y garantizó a CBS que los estados financieros del *target* habían sido preparados conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados y que ellos reflejaban razonablemente la situación financiera del negocio. El contrato quedó sujeto a un cierre, e incluyó una cláusula según la cual todas las declaraciones y garantías debían ser verdaderas y correctas al tiempo del cierre, y sobrevivirían al cierre, no obstante cualquier investigación efectuada por CBS.

Antes del cierre, CBS hizo su propia investigación sobre la empresa, descubriendo información que le llevó a creer que los estados financieros no habían sido preparados conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados, ni reflejaban razonablemente la situación financiera de la empresa. Por ello, CBS escribió a Ziff-Davis que en su opinión las declaraciones sobre los estados financieros eran falsas o inexactas.

Ziff-Davis respondió a CBS diciendo que su carta no tenía mérito, reiterando la veracidad de lo declarado en el contrato y advirtiendo a CBS que se habían cumplido las condiciones para el cierre, de modo que si CBS no concurría al mismo, Ziff-Davis ejercería todos los derechos y remedios legales que le correspondían.

Las partes firmaron un documento en que reconocieron la existencia de una disputa entre ellas y acordaron seguir adelante con la compraventa de la empresa en el entendimiento mutuo que “el cierre no constituye una renuncia a ninguno de los derechos o defensas que cualquiera de las dos partes pueda tener”⁴². El mismo día, las partes suscribieron la compraventa.

Luego, CBS demandó a Ziff-Davis por incumplimiento de garantías contractuales, alegando haber pagado un precio excesivo en relación al que habría pagado si Ziff-Davis hubiese cumplido las declaraciones y garantías que efectuó. Ziff-Davis alegó que CBS nunca había creído en la veracidad de las declaraciones y garantías sobre estados financieros, en base a la investigación que esta llevó a cabo antes del cierre. CBS replicó haber “comprado” las declaraciones y garantías formuladas por Ziff-Davis; sostuvo que las garantías otorgadas por Ziff-Davis equivalían a una promesa de mantener a CBS indemne ante el evento que sus declaraciones resultaran ser falsas; y afirmó que –no obstante sus dudas– decidió perseverar en el negocio precisamente a causa del otorgamiento de las garantías por Ziff-Davis.

La Corte de Apelaciones de Nueva York acogió la demanda. Declaró que la cuestión a dilucidar no era si CBS creyó en la veracidad de la información garantizada, sino si creyó que estaba comprando la promesa de veracidad efectuada por Ziff-Davis. Enfatizó que las

⁴¹ *CBS Inc. v. Ziff-Davis Pub. Co.*, 75 N.Y.2d 496 (1990).

⁴² *CBS Inc. v. Ziff-Davis Pub. Co.*, 75 N.Y.2d 496 (1990) p. 501.

garantías son parte del contrato. Habiéndose acreditado que CBS compró dicha promesa, la Corte condenó a Ziff-Davis a indemnizar los daños causados a CBS, no obstante las dudas de esta sobre la existencia de los hechos contenidos en la declaración⁴³.

Llama la atención que, en algunas partes, la sentencia indica que CBS tuvo dudas sobre las garantías, mientras que en otras afirma que supo de la falsedad de las mismas. La duda sobre la veracidad de ciertas garantías y el conocimiento acerca de su falsedad debiesen ser tratadas de manera diferenciada. Es razonable que el receptor de las garantías que duda sobre la veracidad de estas, pueda reclamar de su infracción. De hecho, esta es una de las funciones de las garantías: relevar al destinatario de la carga de verificar si estas son correctas o no⁴⁴. En cambio, no es razonable que el receptor de las garantías que sabe de antemano que estas son falsas, y por lo tanto se encuentran incumplidas, pueda reclamar con posterioridad de su incumplimiento. Dado que antes del cierre Ziff-Davis negó tajantemente que las garantías fuesen falsas, es posible sostener que CBS tenía dudas sobre estas.

Resulta interesante el voto disidente del juez Bellacosa. Sostuvo que el comprador no puede demandar a un vendedor por la infracción de una garantía en la que el primero eligió no confiar y, a pesar de ello, contrató. En efecto, CBS tenía derecho a desistirse del contrato antes del cierre si las declaraciones y garantías resultaban ser falsas. Sin embargo, prefirió confiar en su propia investigación y decidió seguir adelante con la compraventa. Luego, CBS renunció a su derecho a confiar en las declaraciones y garantías antes del cierre⁴⁵.

Tal como se señaló, un argumento esgrimido en este caso para justificar que el comprador puede reclamar de la infracción de las declaraciones y garantías, aun si conocía su falsedad de antemano, es que el comprador compró las declaraciones y garantías, es decir, pagó por ellas⁴⁶.

Esta afirmación merece un análisis. En efecto, si bien es razonable entender que las declaraciones y garantías son negociadas por las partes, tal como el precio de la empresa y las demás cláusulas del contrato, el comprador no puede creer que está comprando algo que sabe falso. Esta idea está presente en *Galli v. Metz*, que también se rige por la ley de Nueva York⁴⁷. Este caso es relevante porque en él un tribunal federal -la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito- reexamina el caso *CBS v. Ziff-Davis*, restringiendo su alcance.

Frank Galli y otros vendieron la empresa petrolera Betuna Corporation (incluyendo sus filiales Peterson y PSM) a James y Kathleen Metz. Posteriormente, los compradores fueron notificados por la Agencia de Protección Ambiental del hallazgo de residuos peligrosos que excedían los niveles permitidos en uno de los inmuebles de Peterson. Los compradores demandaron a los vendedores por la infracción de la siguiente garantía: “Ni Betuna ni los Vendedores conocen o tienen razón para estar al tanto de cualesquiera hechos que puedan resultar en... reclamos ...que puedan afectar negativamente el negocio o condición ...de Betuna o de sus propiedades”⁴⁸.

⁴³ *CBS Inc. v. Ziff-Davis Pub. Co.*, 75 N.Y.2d 496 (1990) pp. 503 y 504.

⁴⁴ BARROS Y ROJAS (2010) p. 514.

⁴⁵ *CBS Inc. v. Ziff-Davis Pub. Co.*, 75 N.Y.2d 496 (1990) p. 507.

⁴⁶ WHITEHEAD (2011) p. 1.085; y PERILLO (2009) p. 294.

⁴⁷ *Galli v. Metz*, 973 F.2d 145 (2d Cir. 1992).

⁴⁸ *Galli v. Metz*, 973 F.2d 145 (2d Cir. 1992).

El tribunal de primera instancia determinó que el problema de contaminación en el inmueble fue revelado por los vendedores a los compradores antes del cierre.

Los compradores alegaron que su conocimiento de la contaminación era irrelevante, ya que desde el caso *CBS v. Ziff Davis*, la confianza o *reliance* no es un elemento de la infracción de una garantía.

La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito distinguió este caso de *CBS v. Ziff Davis*. En *CBS v. Ziff-Davis* existió una disputa entre las partes antes del cierre sobre la exactitud de ciertas garantías. El comprador cuestionó la veracidad de dichas garantías, pero el vendedor rechazó el cuestionamiento. Entonces las partes cerraron el contrato. En cambio, Galli y Metz estaban de acuerdo en que ciertas garantías no eran exactas al momento del cierre. La Corte sostuvo que “cuando un comprador cierra un contrato con conocimiento pleno y aceptación de los hechos revelados por el vendedor que constituirían una infracción de las garantías bajo el contrato, el derecho del comprador a reclamar posteriormente de dicha infracción se extingue”, y agregó que “en esta situación, a menos que el comprador se reserve expresamente sus derechos bajo las garantías (como lo hizo CBS en *Ziff-Davis*), pensamos que el comprador ha renunciado a [reclamar de] la infracción”⁴⁹.

La Corte consideró pertinente distinguir si los compradores conocieron el problema de la contaminación –y, por lo tanto, la falsedad de la garantía– a través de los vendedores o de un tercero. En el primer caso, los vendedores tienen un argumento sólido para afirmar que la garantía fue renunciada por los compradores. En el segundo caso, en cambio, cabe entender que los compradores adquirieron las garantías de los vendedores como un seguro frente a reclamos futuros. Este argumento fue reiterado por la misma Corte en *Rogath v. Siebenmann*, al establecer que “si el vendedor revela por adelantado la inexactitud de ciertas garantías, no puede decirse que el comprador –a falta de una reserva expresa de sus derechos– creyó que estaba comprando una promesa del vendedor sobre la veracidad de las garantías”⁵⁰.

En consecuencia, siguiendo esta lógica, es claro que la cláusula *pro-sandbagging* también puede ser considerada como objeto de negociación y de compra por parte del comprador. El hecho de que un contrato no incluya dicha cláusula puede obedecer a que las partes no negociaron al respecto o a que si bien el comprador la solicitó, el vendedor no estuvo dispuesto a otorgarla. Luego, si las partes nada han dicho al respecto, no podría afirmarse que el comprador que compra las declaraciones y garantías, también está comprando una cláusula *pro-sandbagging*.

2. INGLATERRA: EL CONOCIMIENTO DEL COMPRADOR ES RELEVANTE EN LA DECISIÓN DE NEGOCIOS, INCLUYENDO LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA COMPAÑÍA

Otro argumento que se ha desarrollado en el *Common Law* a favor de la idea de que el conocimiento del comprador sí perjudica sus derechos frente al vendedor, es el vínculo que existe entre el conocimiento del comprador y su decisión de negocios, según explico a continuación.

⁴⁹ *Galli v. Metz*, 973 F.2d 145 (2d Cir. 1992).

⁵⁰ *Rogath v. Siebenmann*, 129 F.3d 261 (2d Cir. 1997).

El conocimiento de la empresa a adquirir es un antecedente que incide significativamente en la determinación del precio que el comprador está dispuesto a pagar por ella. Luego, no es razonable que el comprador se desentienda de ese conocimiento, reclamando por la infracción de declaraciones y garantías que sabía incumplidas, antes de la firma del contrato o del cierre.

En Inglaterra, este argumento ha sido analizado a propósito de los casos *Eurocopy v. Teesdale e Infiniteland Ltd and Anor v Artisan Contracting Ltd and Anor*. En primer lugar, en *Eurocopy v. Teesdale*, la actora compró al demandado la totalidad de las acciones de Teesdale & Co. Ltd. Los vendedores otorgaron la siguiente *warranty*: “No hay hechos materiales o circunstancias en relación a los activos, pasivos, obligaciones, negocios o la condición financiera de la Compañía que no haya sido revelada completamente por escrito en la *Disclosure Letter* que, de ser dada a conocer, razonablemente podría haber influido afectando la decisión del comprador de celebrar este Contrato o la decisión de cualquier otro comprador de adquirir las Acciones”⁵¹.

Eurocopy demandó a los vendedores por la infracción de dicha *warranty*, sosteniendo que cierto hecho no fue incluido en la *Disclosure Letter* entregada por los vendedores. Estos se defendieron alegando que Eurocopy conocía el hecho en cuestión y que no obstante ello decidió celebrar el contrato. La *High Court* falló en contra del demandante, entre otras razones, porque este sabía de antemano que la *Disclosure Letter* era incompleta, de suerte que el alegar su infracción constituía una conducta deshonesta. El comprador recurrió en contra de dicha decisión ante la *Court of Appeal*, la que confirmó el fallo de alzada, pues el comprador celebró el contrato a sabiendas de los hechos reclamados. Estimó que el conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes por parte del comprador debió incidir en la valoración de la compañía efectuada por este y, por tanto, fue determinante en el precio ofrecido por el mismo. Agregó que el hecho de que el comprador supiera que la *Disclosure Letter* era incompleta le impedía –sin incurrir en un acto deshonesto– confiar en las declaraciones y garantías. Si bien este juicio terminó por transacción, la sentencia citada ha tenido una influencia importante en la práctica contractual anglosajona⁵².

En segundo lugar, en *Infiniteland Ltd and Anor v Artisan Contracting Ltd and Anor*, la *Court of Appeal* reafirmó que los derechos y remedios del comprador ante la infracción de una *warranty* pueden o podrían ser afectados por el conocimiento adquirido por aquel mediante una investigación de la compañía, hecha por él mismo u otra persona a su nombre⁵³.

Por lo tanto, dado que antes de la firma del contrato o del cierre, el comprador puede modificar o dejar sin efecto su decisión de negocios, el comprador que adopta una decisión de negocios u ofrece un precio en base a información que sabe falsa, pierde el derecho a reclamar la responsabilidad emanada del incumplimiento de las declaraciones y garantías.

A continuación me referiré a la manera en que ha sido tratado este tema por la doctrina española.

⁵¹ *Eurocopy v Teesdale* [1992] B.C.L.C 1067.

⁵² McNAUGHTON *et al.* (2018) párrafos 12 y 13; y THOMPSON (2014) párrafo 1-08.

⁵³ *Infiniteland Ltd and Anor v Artisan Contracting Ltd and Anor* [2005] EWCA Civ. 758.

V. ESPAÑA: RACIONALIDAD DEL COMPRADOR, BUENA FE Y TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

La doctrina española ha sostenido que el conocimiento del comprador afecta su derecho a reclamar de las declaraciones y garantías, en base a las nociones de racionalidad, buena fe y actos propios que explicaré a continuación.

El comprador racional que se enfrenta a la falsedad de ciertas declaraciones y garantías antes de la firma del contrato o del cierre puede desistirse de contratar o perseverar en el contrato, ya sea acordando una reducción en el precio o la incorporación de una cláusula especial de *indemnity* o cobertura de riesgos⁵⁴. En la práctica es frecuente que en los contratos de compraventa de empresas que contemplan firma y un cierre, se estipule como condición suspensiva que las declaraciones y garantías del vendedor sigan siendo ciertas al cierre. Si no lo son, el comprador puede desistirse del contrato, porque la condición ha fallado, o bien puede renunciar a la condición, si estima que la infracción es irrelevante, y seguir adelante con la compraventa.

Como indica Ángel Carrasco, “no actúa racionalmente un comprador que conoce la existencia de una contingencia relevante para él y sin embargo no repercute esta situación en el precio, contentándose, por el contrario, con la existencia de una simple e inútil repetición por parte del vendedor de que tal contingencia no existe”⁵⁵. Agrega que el comprador que conoce una contingencia puede superar el problema incorporando en el contrato una cobertura de riesgos o *specific indemnity*⁵⁶. La *specific indemnity* tiene como supuesto un acuerdo de las partes, en tanto la responsabilidad por infracción de declaraciones y garantías emana de un incumplimiento⁵⁷.

La *specific indemnity* es una figura anglosajona en que el conocimiento del comprador sobre la falsedad de los hechos contenidos en la declaración es irrelevante⁵⁸. Luego, al incorporar una *specific indemnity*, la pregunta clave no es si la cosa objeto del contrato vale menos, sino si tuvo lugar el evento que la gatilla y cuánto debe pagarse⁵⁹.

Ahora bien, si el vendedor no está dispuesto a convenir un ajuste del precio, o a otorgar una *specific indemnity*, el comprador que desee perseverar con la transacción al menos debe asegurarse que el contrato incluya una reserva expresa de su derecho a reclamar por la infracción de las declaraciones y garantías⁶⁰. En Estados Unidos, eso es lo que hizo CBS en *CBS Inc. v. Ziff-Davis Pub. Co.*

Por otra parte, la doctrina española también sostiene que la buena fe y la teoría de los actos propios impiden al receptor de declaraciones y garantías que sabe falsas, alegar

⁵⁴ AGUAYO (2011) p. 195; WEST Y SHAH (2007) p. 6; RUUTEL Y SAUNDERS (2005) p. 4; YOUNG Y KITCHING (1995) p. 338; QUAINANCE (2002) p. 18; y SHADDEN (2014) pp. 468 y 469.

⁵⁵ CARRASCO (2013) p. 333.

⁵⁶ CARRASCO (2013) p. 334. En la misma línea, GÓMEZ (2007) p. 37.

⁵⁷ AGUAYO (2011) pp. 209, 212 y 213.

⁵⁸ THOMPSON (2014) parágrafo 1-08; y MCNAUGHTON *et al.* (2018) parágrafo 6.

⁵⁹ YOUNG Y KITCHING (1995) p. 338.

⁶⁰ QUAINANCE (2002) p. 18.

luego su incumplimiento⁶¹. En efecto, el receptor de una declaración que, habiendo tomado conocimiento de una información devaluadora antes de contratar, posteriormente reclama de ella “como si no supiera nada”, sin dudas contradice su conducta anterior, lo que permite al emisor de la declaración defenderse esgrimiendo la doctrina de los actos propios en contra del primero⁶².

VI. RECEPCIÓN EN CHILE DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS CONTRACTUALES

En Chile tampoco se distingue entre declaraciones y garantías⁶³. En efecto, se usan indistintamente las expresiones “declaraciones y garantías”, “manifestaciones y garantías” o “representaciones y garantías”. Las declaraciones y garantías consisten en una estipulación de las partes en cuya virtud incorporan al contrato un régimen de responsabilidad por la falta de veracidad de cierta información que un contratante, generalmente el vendedor, proporciona al otro, a menudo el comprador.

Los remedios disponibles en Chile frente a la infracción de declaraciones y garantías son la indemnización de perjuicios y el ajuste del precio. A ellos se agrega, en algunos casos, la resolución del contrato⁶⁴.

En el *Common Law*, la parte que otorga e incumple las *representations and warranties* incurre –como es la regla en sede contractual– en responsabilidad estricta. En cambio, la responsabilidad contractual en Chile se funda tradicionalmente en la culpa, con base en el artículo 1547 del Código Civil (“CC”)⁶⁵, no obstante que para parte importante de la doctrina contemporánea las obligaciones de resultado –cuyo sería el caso de las declaraciones y garantías⁶⁶– dan lugar a una responsabilidad estricta⁶⁷.

Cabe preguntarse entonces si el incumplimiento de las declaraciones y garantías en un contrato sujeto a ley chilena desencadena responsabilidad estricta o por culpa, y, por ende, qué excusas puede esgrimir el emisor de las mismas cuando estas resultan ser falsas.

Según Enrique Alcalde, la responsabilidad por infracción de declaraciones y garantías requiere del dolo o culpa del emisor. Luego, el declarante puede eximirse de responsabilidad probando que empleó la diligencia debida al efectuar declaraciones que resultaron ser falsas. Sin embargo, reconoce que el declarante generalmente debe observar la máxima diligencia, dado que se encuentra en mejor posición para aseverar o refutar la veracidad de lo que afirma y, por tanto, para garantizar dicha circunstancia al receptor⁶⁸. Pero esta responsabilidad por culpa levisísima se aproxima bastante a una responsabilidad estricta.

⁶¹ AGUAYO (2011) pp. 196 y 197, nota al pie 451; y PAYET (2009) p. 85.

⁶² AGUAYO (2011) p. 196, nota al pie 451.

⁶³ BARROS Y ROJAS (2010) p. 515; e YRARRÁZVAL (2012) pp. 478 y 479.

⁶⁴ BARROS Y ROJAS (2010) p. 522.

⁶⁵ ALESSANDRI (2010) p. 38; CLARO SOLAR (2013) Tomo XI, p. 440; y GÁTICA (1959) p. 75.

⁶⁶ BARROS Y ROJAS (2010) p. 518.

⁶⁷ PIZARRO (2008) p. 263; PEÑAILILLO (2009) p. 229; y BARROS (2009) pp. 311 a 313.

⁶⁸ ALCALDE (2008) pp. 250-252; y ALCALDE (2018) pp. 358-361.

Por su parte, Ricardo Quezada sostiene que la indemnización de perjuicios por infracción a las declaraciones y garantías requiere de la culpa del vendedor que las otorga, aunque este responde de culpa leve que se aprecia de forma calificada, a semejanza de lo que ocurre con el mandatario que ha sido remunerado. Con todo, el emisor de declaraciones y garantías falsas podría invocar en su defensa el caso fortuito y la inexigibilidad de otra conducta⁶⁹.

A su vez, para Barros y Rojas no es necesario juzgar la conducta de quien efectúa la declaración: la sola disconformidad entre lo declarado y la realidad da lugar a un incumplimiento contractual. Luego, la infracción de declaraciones y garantías genera una responsabilidad estricta y no admite excusa alguna, ni siquiera el caso fortuito⁷⁰.

En cuanto al conocimiento del receptor de las declaraciones y garantías sobre su falsedad, Barros, conociendo en calidad de árbitro de derecho de la venta de una cadena de farmacias cuyas partes no regularon las consecuencias del mismo, consideró que “...en principio, el conocimiento que pueda haber tenido XX [comprador demandante] en virtud del *due diligence* sobre las materias declaradas y garantizadas por ZZ [vendedor demandado] no afecta la responsabilidad de esta por la eventual falsedad o inexactitud de las mismas”⁷¹.

Barros y Rojas citan el caso *CBS Inc. v. Ziff-Davis Pub. Co.*, que si bien es un precedente importante en el estado de Nueva York y en los demás estados que han adoptado una posición *pro-sandbagging*, ha sido criticado en los estados que tienen un punto de vista *anti-sandbagging*, entre los cuales destaca California. Como se vio más arriba, el punto no es pacífico, ni en Estados Unidos ni en Inglaterra⁷².

En la misma línea, Cárdenas y Reveco descartan que la diligencia del declarante y el caso fortuito puedan ser admisibles como excusas frente al incumplimiento de declaraciones y garantías⁷³.

Por mi parte, considero razonable entender que las declaraciones y garantías se rigen en Chile, al igual que en el *Common Law*, bajo una regla de responsabilidad estricta: en principio, basta la disconformidad entre lo declarado y la realidad, y que dicha disconformidad cause daño al receptor, para que tenga lugar la obligación indemnizatoria del declarante. Sin embargo, considero que el receptor de las declaraciones y garantías, que, antes de la firma del contrato o del cierre, toma conocimiento sobre la falsedad de aquellas, y no se hace cargo de ello a través de la renegociación del contrato, de la incorporación de una *specific indemnity* o al menos de una reserva de derechos, incurre en negligencia. La negligencia consiste en desentenderse de ese conocimiento, en no hacer algo para evitar el daño, cuando todavía se está a tiempo para ello. Esa pasividad es imprudente. De esta forma, el receptor de las declaraciones, a semejanza de la víctima de un accidente, participa en la causación de su propio daño⁷⁴. Dicha negligencia puede ser opuesta como una excusa válida.

⁶⁹ QUEZADA (2015) pp. 38-41.

⁷⁰ BARROS Y ROJAS (2010) pp. 514, 519 y 526.

⁷¹ Fallo CAM Santiago Rol 1526-2012 dictado el 10 de julio de 2015, considerando 8°.

⁷² Respecto a la discusión en Estados Unidos, véase DUCHEMIN (1999) pp. 689 y siguientes; WHITEHEAD (2011) p. 1083; y SHADDEN (2014) pp. 470 y 471.

⁷³ CÁRDENAS Y REVECO (2018) p. 156.

⁷⁴ Sobre la culpa de la víctima, véase BAHAMONDES Y PIZARRO (2012); COOTER Y ULEN (2008) p. 478. A favor de la aplicabilidad del artículo 2330 del Código Civil en responsabilidad contractual, véase SAN MARTÍN (2015).

da por el demandado, tal como puede hacerlo el victimario, para excluir su responsabilidad estricta o al menos para reducir la indemnización reclamada.

VII. HIPÓTESIS: EN CHILE, EL CONOCIMIENTO EFECTIVO DEL COMPRADOR ACERCA DE LA FALSEDAD DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS, ANTES DE LA FIRMA O DEL CIERRE DEL CONTRATO, AFECTA SU DERECHO A RECLAMAR DE DICHA INFRACCIÓN

1. PLANTEAMIENTO

En nuestro Derecho parece razonable entender que el receptor de las declaraciones y garantías no requiere probar que confió en la veracidad de estas. Pero también resulta razonable admitir que el emisor de las mismas pueda eximirse de responsabilidad, o al menos reducirla, probando, conforme lo dispuesto en el artículo 1698 del CC, que el destinatario conocía efectivamente su falsedad, antes de la firma del contrato o del cierre.

El estándar de prueba de dicho conocimiento debiese ser exigente, por eso empleo el adjetivo “efectivo”. Desde luego, y como señalé a propósito del caso *CBS Inc. v. Ziff-Davis Pub. Co.*, las dudas que tenga el comprador sobre la veracidad de las declaraciones y garantías no son suficientes para impedirle reclamar de ellas. Entre la duda, por una parte, y el conocimiento efectivo, por la otra, debiese trazarse una línea divisoria clara.

Los argumentos de derecho comparado descritos más arriba me parecen aplicables en Chile para sustentar mi hipótesis, incluyendo el razonamiento a partir de la buena fe y la doctrina de los actos propios. Esta ha sido aplicada frecuentemente por la Corte Suprema, entre otras, en materia de contratos⁷⁵.

En la misma línea, en un fallo arbitral dictado en Chile por Alejandro Romero como árbitro mixto, se estableció que el conocimiento previo que tuvo el demandante reconvenional de un incumplimiento de su contraparte, le impide invocar esa circunstancia para reclamar posteriormente del incumplimiento⁷⁶. El árbitro sostuvo que “pretender desconocer en este juicio los efectos de esa información llevaría a infringir una de las manifestaciones del principio de la buena fe contractual, reconocido en el artículo 1546 del CC, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”⁷⁷.

A continuación desarrollaré argumentos adicionales que sustentan mi hipótesis.

2. EL CONOCIMIENTO DEL COMPRADOR SOBRE CIRCUNSTANCIAS DEVALUADORAS DE LA COSA LE PRIVA DE ACCIONES FRENTE AL VENDEDOR

La técnica de declaraciones y garantías contractuales es extraña al Código de Bello. Sin embargo, en la regulación de la compraventa, se observa que el conocimiento que tenga el comprador, al momento de celebrar la compraventa, sobre circunstancias que de alguna

⁷⁵ CORRAL (2011) y CONTARDO (2010).

⁷⁶ Considerando 10° del fallo CAM Santiago Rol 711-2007 dictado por Alejandro Romero Seguel.

⁷⁷ Considerando 10° del fallo CAM Santiago Rol 711-2007 dictado por Alejandro Romero Seguel.

forma devalúan la cosa, lo priva de ciertas acciones frente al vendedor, que tendría de no mediar dicho conocimiento.

Así, por ejemplo, al tratar la venta de cosas que no existen, el artículo 1814 del CC establece: “El que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe”. Ahora bien, si el vendedor y el comprador sabían al tiempo del contrato que la cosa vendida no existía, o solo el comprador lo sabía, el vendedor no debe indemnización alguna: en ambos casos, el perjuicio que ha podido sufrir el comprador es fruto de su acción voluntaria, es decir, le es imputable⁷⁸.

Asimismo, si el comprador conoció las evicciones al tiempo de celebrar el contrato y, no obstante ello, lo celebra, se entiende que renuncia tácitamente al saneamiento⁷⁹.

Análogamente, el vicio oculto o redhibitorio es aquel que el comprador desconoce al tiempo del contrato. En cambio, si el defecto de la cosa es conocido por aquel, o este debía conocerlo en razón de su profesión u oficio, o no pudo ignorarlo sin negligencia grave de su parte (no empleó un mínimo de diligencia para cerciorarse de que la cosa está exenta de vicios⁸⁰), no habrá vicio redhibitorio y el comprador no tendrá acción redhibitoria ni de rebaja del precio⁸¹. Es decir, si el vicio no es oculto, “se presume que el comprador, al adquirir la cosa, no atribuyó al vicio ninguna importancia y la aceptó con él”⁸².

Excepcionalmente, a propósito de la lesión enorme, es irrelevante el conocimiento que tengan o no el vendedor y el comprador al tiempo de la compraventa⁸³. Por lo tanto, la parte perjudicada por la lesión enorme –vendedor o comprador– puede reclamar de ella incluso si estaba de mala fe al contratar, es decir, si sabía que el precio convenido daba lugar a la lesión enorme. Sin embargo, en rigor la lesión enorme no es una circunstancia devaluadora de la cosa, sino una desproporción entre la cosa y su precio, que el legislador considera intolerable, prohibiendo expresamente la renuncia de la acción para impetrarla⁸⁴.

Además de la compraventa, es interesante la regulación del contrato de arrendamiento. El arrendatario se encuentra en una posición parecida a la del comprador: al celebrar el contrato, suele tener menos información sobre la cosa que el arrendador. El efecto del conocimiento que tenga el arrendatario, al momento de contratar, sobre circunstancias devaluadoras de la cosa, es similar al efecto recién descrito respecto del conocimiento del comprador: le priva de una serie de acciones, que tendría de no mediar dicho conocimiento. Por ejemplo, el arrendatario no tiene acción de saneamiento en caso de evicción de la cosa ajena, si sabía que esta era ajena⁸⁵. Tampoco habrá lugar a la acción de indemnización de perjuicios, si el arrendatario conocía la imposibilidad de entregar que afecta al arrendador⁸⁶; si las reparaciones que requiere la cosa procedían de causa conocida por el arrendatario al

⁷⁸ ALESSANDRI (2003) Tomo I, volumen 1, pp. 195 y 196.

⁷⁹ ALESSANDRI (2003) Tomo II, volumen 1, pp. 151 y 153.

⁸⁰ LÓPEZ (2017) p. 442.

⁸¹ Artículo 1858 CC.

⁸² ALESSANDRI (2003) Tomo II, volumen 1, p. 202.

⁸³ ALESSANDRI (2003) Tomo II, volumen 2, p. 764.

⁸⁴ Artículo 1892 CC.

⁸⁵ Artículo 1916, inciso 2° CC.

⁸⁶ Artículo 1925, inciso 2° CC.

tiempo del contrato⁸⁷; si el arrendatario contrató a sabiendas del vicio que afecta a la cosa⁸⁸; si el arrendatario sabía que el arrendador no era dueño absoluto de la cosa⁸⁹; y si el arrendatario conocía el mal estado del edificio⁹⁰. Finalmente, el artífice no tendrá acción para reclamar el precio o salario, si conocía el vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra y la cosa perece⁹¹.

También es relevante la regulación que efectúa el CC sobre el error y el dolo. En ambos casos, el conocimiento que tenga el comprador, al tiempo de contratar, sobre la falsedad de una declaración, impedirá que se configure un caso de error o de dolo.

Respecto al error, mal podría alegar el comprador haber sido víctima de una falsa representación de la realidad, si conocía la circunstancia devaluadora de la cosa al momento de la compraventa: “el error indica que no se tiene conocimiento verdadero y cabal de una cosa o hecho; que se ignora algo a su respecto”; y es error “creer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero”⁹². Por lo tanto, saber que es falso lo que es falso, no puede constituir error.

En cuanto al dolo, cabe preguntarse si la declaración conscientemente falsa de una de las partes puede llevar a la anulación de un contrato⁹³. En este caso, la conducta del declarante es particularmente reprochable. Sin embargo, si la falsedad de esa declaración es conocida por su receptor, este mal podría alegar que fue inducido a celebrar el contrato; pues “[s]i la persona a quien se quiere engañar, descubre el fraude y no deja por eso de contratar, no hay ya dolo y el contrato es perfectamente válido”⁹⁴.

Asimismo, en materia de derecho de seguros, la divergencia entre la información que el asegurado entrega al asegurador y el riesgo real o verdadero, guarda cierta similitud con las declaraciones y garantías que una parte otorga a la otra, y su falta de veracidad. En derecho de seguros, el asegurador evalúa y determina el riesgo que asume en base a la declaración de riesgos que efectúa el asegurado⁹⁵. Si la información que el asegurado entrega al asegurador es inexacta o errónea, y se produce el siniestro, el asegurador queda exonerado de su obligación de indemnizar al asegurado, o bien tiene derecho a una rebaja en la indemnización⁹⁶. Sin embargo, “[e]stas sanciones no se aplicarán si el asegurador, antes de celebrar el contrato, ha conocido los errores, reticencias o inexactitudes de la declaración o hubiere debido conocerlos; o si después de su celebración, se allana a que se subsanen o los acepta expresa o tácitamente”⁹⁷. Es decir, si al celebrar el contrato el asegurador conocía el riesgo o sabía que la declaración hecha por el asegurado era falsa, aquel deberá indemnizar a este⁹⁸.

⁸⁷ Artículo 1928, inciso 4° CC.

⁸⁸ Artículo 1934 CC.

⁸⁹ Artículo 1959 CC.

⁹⁰ Artículo 1975 CC.

⁹¹ Artículo 2000 N° 3 CC.

⁹² CLARO SOLAR (2013) Tomo XI, pp. 128 y 127, respectivamente.

⁹³ DE LA MAZA (2016).

⁹⁴ CLARO SOLAR (2013) Tomo XI, p. 199.

⁹⁵ RÍOS (2014) p. 54.

⁹⁶ Artículo 525 inciso 4° del Código de Comercio.

⁹⁷ Artículo 525 inciso final del Código de Comercio.

⁹⁸ RÍOS (2014) p. 76.

La diferencia entre el seguro y las declaraciones y garantías es que en el primero, el asegurado declara y el asegurador indemniza si se produce el siniestro, en tanto que en las segundas, la misma parte efectúa las declaraciones y garantías e indemniza al otro contratante, si aquellas no son veraces. A pesar de esta diferencia, el seguro resulta interesante porque en él también se plantea el problema de la falta de veracidad de la información suministrada por una parte a la otra, y el conocimiento por parte del receptor de la información, al momento de contratar, de la falta de veracidad de aquella. El asegurador no puede desentenderse de su conocimiento para dejar de indemnizar al asegurado, pues en base a dicho conocimiento evaluó el riesgo. Por su parte, tampoco es razonable que el receptor de declaraciones y garantías se desentienda de su conocimiento para reclamar una indemnización, porque basándose en dicho conocimiento, el receptor de declaraciones y garantías adoptó una decisión de negocios y ofreció un precio al vendedor, según se explicó al analizar el derecho inglés.

3. DILIGENCIA DEL COMPRADOR Y CONFIANZA RAZONABLE

Si bien no tengo conocimiento de sentencias dictadas en Chile en que se haya presentado la discusión objeto de este artículo, sí hay, en cambio, sentencias en que se ha analizado la situación del receptor de declaraciones cuya falsedad ignoraba⁹⁹. En algunas de ellas, se ha fallado que por tratarse de declaraciones cuya falsedad el receptor pudo haber conocido, de haberlas verificado desplegando un mínimo de diligencia, su reclamo no puede ser acogido¹⁰⁰. A ello se agrega que si para un contratante es importante la afirmación que recibe del otro, debe cerciorarse con mediana diligencia de la efectividad de lo afirmado¹⁰¹.

Esta línea argumental ha sido criticada por Iñigo de la Maza, quien señala que el receptor de una declaración tiene la expectativa de que se le entregue correctamente información, es decir, puede confiar razonablemente en la veracidad de la declaración, y no es negligente al no comprobar su veracidad¹⁰². Este razonamiento me parece acertado. En el mismo sentido, Barros y Rojas señalan que “el receptor de una garantía no tiene que *creer* que la afirmación es verdadera: el propósito de la garantía es precisamente relevar a ese contratante de la carga de verificar la *verdad* de la información”, siendo innecesario juzgar si el receptor de la declaración confió o podía confiar en ella¹⁰³.

Sin embargo, Barros y Rojas agregan que “las declaraciones son en la práctica elementos de la negociación, porque el contrato es convenido precisamente en sus términos porque la parte que recibe la declaración puede confiar en su verdad”¹⁰⁴. Ahora bien, el receptor podrá confiar en la verdad de la declaración si ignora que esta es falsa. Sostener que el receptor de una declaración que sabe falsa, aún puede confiar en ella, parece un contrasentido. En definitiva, el receptor de declaraciones y garantías puede confiar en ellas, siempre que desconozca que son falsas, y no debe probar que confía en ellas. Pero si el receptor

⁹⁹ Véase DE LA MAZA (2017) y DE LA MAZA (2016).

¹⁰⁰ Véase EMPRESA MINERA ORIEL GERARDO Y CÍA. LTDA. CON COMERCIAL MINERA SAN CRISTÓBAL LTDA. (2014).

¹⁰¹ Véase VALDEBENITO SAAVEDRA CON FUENTES ROJAS (2016).

¹⁰² DE LA MAZA (2017) p. 682.

¹⁰³ BARROS Y ROJAS (2010) p. 514.

¹⁰⁴ BARROS Y ROJAS (2010) p. 526.

sabe que dichas declaraciones son falsas (lo que debe acreditar el otorgante de las mismas), no puede confiar en ellas ni, por tanto, reclamar de su incumplimiento.

Adicionalmente, conforme a las normas que regulan el pago, el acreedor –comprador– no puede ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le debe¹⁰⁵. Luego, el comprador que conoce de la falsedad de una declaración puede rehusarse a recibir la cosa y no está obligado a firmar el contrato o a concurrir al cierre.

4. EL COMPRADOR QUE CONOCE EFECTIVAMENTE LA FALSEDAD DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS HA CONTRARRESTADO LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN

Una de las funciones de las declaraciones y garantías es “encauzar la información relevante para el negocio jurídico que se pretende hacer, incorporándola al contrato”¹⁰⁶. Esta función se aprecia particularmente en la compraventa, en la que suele existir una asimetría informativa entre el vendedor y el comprador¹⁰⁷: aquel tiene mayor conocimiento sobre la cosa, y le cuesta menos obtenerlo, que a este. Pero si el comprador ha adquirido conocimiento de la falsedad de las declaraciones y garantías, en cierta medida ha neutralizado dicho desequilibrio.

Por lo tanto, en el caso en que el comprador conoce efectivamente de antemano que las declaraciones y garantías son falsas, antes del cierre o de la firma del contrato, se frustra una de las funciones de las declaraciones y garantías, cual es la de disminuir la asimetría de información entre las partes. En otras palabras, las garantías del comprador valen menos¹⁰⁸.

5. AUSENCIA DE RIESGO

Las declaraciones y garantías constituyen un mecanismo mediante el cual las partes distribuyen los riesgos de un contrato. Cabe preguntarse, entonces, cuál es el riesgo sobre el que se contrata en las declaraciones y garantías.

En primer lugar, Barros, en su calidad de árbitro en el caso de la venta de una cadena de farmacias, señaló que, “[l]as declaraciones y garantías tienen por objeto atribuir el riesgo de falsedad o inexactitud a la parte que ha revelado la información...”¹⁰⁹. Según Barros y Rojas, “salvo que el contrato admita una interpretación inequívocamente diversa, la función de la declaración que una parte hace a la otra como parte del acuerdo contractual es atribuir el riesgo de su falta de veracidad a la parte que la formula”¹¹⁰. Desde el punto de vista del receptor de las declaraciones y garantías, podría haber riesgo de falta de veracidad solo en tanto este no sepa efectivamente que las declaraciones y garantías son falsas. La veracidad de las declaraciones y garantías se analiza en relación a un marco de tiempo definido. Es por eso que frente a su infracción, no es posible pedir el cumplimiento forzado¹¹¹.

¹⁰⁵ Art. 1569, inc. 2° CC.

¹⁰⁶ AGUAYO (2011) p. 124.

¹⁰⁷ AGUAYO (2011) p. 127.

¹⁰⁸ CHRISTOU (2001) p. 347.

¹⁰⁹ Fallo CAM Santiago Rol 1526-2012 dictado el 10 de julio de 2015 por Enrique Barros Bourie, considerando 7.

¹¹⁰ BARROS Y ROJAS (2010) p. 526.

¹¹¹ BARROS Y ROJAS (2010) p. 524.

Sin embargo, si el receptor de las declaraciones y garantías sabe de antemano que estas son falsas, entonces no hay riesgo de que no sean veraces: efectivamente no son veraces.

En segundo lugar, también se ha señalado que el riesgo sobre el cual recaen las declaraciones y garantías es el riesgo de lo desconocido¹¹². Bajo esta perspectiva, las declaraciones y garantías permiten al comprador protegerse de pasivos ocultos o desconocidos por él, existentes al tiempo de la venta. Pero si el pasivo es conocido por el comprador, es evidente que él no podría confiar en declaraciones y garantías que niegan la existencia de dicha deuda.

En tercer lugar, las declaraciones y garantías comprenden el riesgo de que en el futuro tengan lugar contingencias que afecten la empresa o cosa adquirida. En este caso el riesgo es que una declaración y garantía que se sabe falsa -y por lo tanto incumplida-, produzca o no un perjuicio cuantificable en el futuro. Barros y Rojas señalan que "las cláusulas de *garantías de pasivo* u otras, que corresponden en general a las declaraciones y garantías, tienen por preciso objeto que el vendedor o los antiguos controladores de la empresa transferida asuman responsabilidad por un incremento de los pasivos que no pudo considerarse al tiempo de concretarse la venta"¹¹³. Sin embargo, en el caso en que el comprador conoce de la falsedad de una declaración, en cambio, tiene la posibilidad de considerar, antes de la firma del contrato o del cierre, el incremento de los pasivos, por lo que mal podría alegar que se trata de pasivos inesperados. Para esta situación, como ya se señaló, lo que el receptor de una declaración y garantía puede solicitar al vendedor, es una cobertura de riesgos o *specific indemnity*¹¹⁴.

En fin, de admitirse que el conocimiento efectivo de la falsedad de las declaraciones y garantías por parte del receptor de ellas, constituye una excepción o defensa válida frente a una demanda indemnizatoria, dicho conocimiento debe ser acreditado por la parte que las otorgó: el vendedor. De esta manera el vendedor se eximirá de su obligación de indemnizar bajo los términos del artículo 1698 del CC, o al menos podrá alegar su reducción.

VIII. CONCLUSIONES

1. Si las partes de un contrato no han regulado el efecto que puede tener el conocimiento efectivo del comprador acerca de la falsedad de las declaraciones y garantías antes de la firma del contrato, o del cierre, concurren varias razones para sostener que el derecho del comprador a reclamar de la infracción se ve afectado por dicho conocimiento.

2. El comprador, al formular una oferta por la cosa o empresa a adquirir, tiene en cuenta la información sobre esta. Tal como se ha destacado en el *Common Law*, esta información es relevante para la adopción de la decisión de negocios, incluyendo la determinación del precio. La decisión de negocios aún puede ser modificada o dejada sin efecto antes de la firma del contrato o del cierre, si la cosa o empresa no reúne las características que son relevantes para el comprador. Por lo tanto, mal podría el comprador alegar que ha adoptado una decisión de negocios en base a información que sabe falsa.

¹¹² MASSON (2009) p. 519; y YOUNG Y KITCHING (1995) p. 339.

¹¹³ BARROS Y ROJAS (2010) p. 523.

¹¹⁴ WEST Y SHAH (2007) p. 6.

3. Como afirma la doctrina española, un comprador racional que sabe que una o más declaraciones y garantías son falsas, puede desistirse del contrato o intentar renegociarlo, mediante la reducción del precio o la incorporación de una cláusula de *specific indemnity*. Si el comprador no logra acordar un ajuste en el precio o una *specific indemnity*, y desea seguir adelante con el contrato, al menos debiera reservarse expresamente su derecho a reclamar. Además, el comprador que reclama de una infracción de las declaraciones y garantías que conocía antes de la firma o del cierre, actúa contradictoriamente y, por tanto, vulnera la buena fe.

4. En el Derecho chileno, para que el conocimiento previo del comprador sobre la falta de veracidad de las declaraciones y garantías afecte su derecho a reclamar de ellas, dicho conocimiento debe ser “efectivo”. Las dudas que pueda tener el comprador sobre la veracidad de las declaraciones y garantías no deberían perjudicar su derecho a reclamar.

5. Si bien el uso de declaraciones y garantías contractuales es extraño al CC, en la regulación que este efectúa de la compraventa, se observa que el conocimiento del comprador, al momento de celebrar la compraventa, sobre circunstancias que de alguna forma devalúan la cosa, lo priva de ciertas acciones frente al vendedor, que tendría de no mediar dicho conocimiento. Esta lógica también se observa en la regulación de los contratos de arrendamiento y de seguro.

6. La idea de la confianza razonable permite sostener que el receptor de una declaración que sabe falsa no puede reclamar de ella. La confianza razonable presupone que el receptor de una declaración ignore que esta es falsa. Si el receptor de la declaración sabe que ella es falsa, mal podría confiar razonablemente en ella.

7. Las declaraciones y garantías permiten que el vendedor revele información al comprador sobre la cosa o empresa que este desea adquirir, disminuyendo de esta forma la asimetría informativa que suele existir entre ambas partes. El comprador que ha tomado conocimiento efectivo de ciertos aspectos de la empresa o cosa comprada que contradicen las declaraciones, ha contrarrestado dicha asimetría.

8. La cláusula de declaraciones y garantías es una forma de distribuir el riesgo entre las partes de un contrato. Si se considera como riesgo la posibilidad de que las declaraciones y garantías sean falsas, y el comprador sabe que efectivamente son falsas, no hay riesgo, pues no existe la posibilidad de que sean falsas o no: lisa y llanamente lo son. Luego, si se estima que el riesgo recae sobre lo desconocido -pasivos ocultos-, tratándose de un pasivo que es conocido por el comprador, mal podría confiar en declaraciones y garantías que niegan su existencia. Finalmente, si se analiza el riesgo de que en el futuro se materialicen contingencias que afecten la cosa o empresa adquirida, es razonable que el receptor de declaraciones y garantías solicite al vendedor una *specific indemnity*, en que el conocimiento del comprador sobre dicha contingencia resulta irrelevante.

9. En el Derecho chileno, frente a la infracción de declaraciones y garantías contractuales, debiese considerarse como una defensa válida por parte de quien las otorgó, el hecho de que el receptor de ellas haya conocido efectivamente su falsedad antes de la firma o del cierre del contrato. Incumbe al otorgante de las declaraciones acreditar dicho hecho, ya que ello le permitirá eximirse de responsabilidad, o al menos atenuarla.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADAMS, Kenneth A. (2008): *A Manual of Style for Contract Drafting* (Estados Unidos, American Bar Association, 2a edición).
- AGUAYO, Juan (2011): *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español* (Pamplona, Thomson Reuters, primera edición).
- ALCALDE, Enrique (2008): “La cláusula de ‘declaraciones y garantías’ en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 17: pp. 243-255.
- ALCALDE, Enrique (2018): *La Responsabilidad Contractual* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003): *De la Compraventa y de la Promesa de Venta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2010): *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALLEN, David K. (1988): *Misrepresentation* (Londres, Sweet & Maxwell).
- ATYIAH, P. S. (1990): *Essays on Contract* (Oxford, Oxford University Press, primera edición).
- BAHAMONDES, Claudia y PIZARRO, Carlos (2012): “La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 39, N° 2: pp. 39-52.
- BARROS, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS, Enrique (2009): “El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la Responsabilidad”, en PIZARRO, Carlos (edit.), *Estudios de Derecho Civil IV* (Santiago, Legal Publishing Chile) pp. 297-313.
- BARROS, Enrique y ROJAS, Nicolás (2010): “Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales”, en Comisión Organizadora VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (edit.), *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Legal Publishing Chile) pp. 511-526.
- BEALE, Hugh; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; RUTGERS, Jacobien; TALLON, Denis, y VOGENAUER, Stefan (2010): *Cases, Materials and Texts on Contract Law* (Portland, Hart Publishing, segunda edición).
- BURMAN, Guillermo, y CHIGHIZOLA, Diego (2014): “Contratos de compraventa de acciones: el desafío de generar valor a partir de una adecuada estructuración contractual”, *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, N° 1: pp. 194-224.
- CÁRDENAS, Hugo, y REVECO, Ricardo (2018): *Remedios Contractuales* (Santiago, Thomson Reuters).
- CARRASCO, Ángel (2013): “Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento”, en CARRASCO, Ángel y ÁLVAREZ, José María (edits.), *Adquisiciones de Empresas* (Pamplona, Editorial Aranzadi S. A., cuarta edición).
- CARTWRIGHT, John (2016): *Contract Law* (Oxford y Portland, Hart Publishing, tercera edición).
- CHRISTOU, Richard (2001): *Drafting Commercial Agreements* (Londres, Sweet & Maxwell, segunda edición).

- CLARO SOLAR, Luis (2013): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONTARDO, Juan Ignacio (2010): “La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia civil chilena”, *Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de los Andes*, N° 18: pp. 81-102.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2008): *Derecho y Economía* (México, D.F., Fondo de Cultura Económica, segunda edición).
- CORBIN, Arthur L. (1988): *Corbin on Contracts* (Saint Paul, West Publishing Co., primera edición).
- CORRAL, Hernán (2011): “Aceptación jurisprudencial de la doctrina de los actos propios”. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/10/06/Aceptacion-jurisprudencial-de-la-doctrina-de-los-actos-propios.aspx#>. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2020.
- DE LA MAZA, Iñigo (2010): *Los límites del deber precontractual de información* (Pamplona, Editorial Aranzadi).
- DE LA MAZA, Iñigo (2016): “Afirmaciones conscientemente falsas y mediana diligencia. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de abril de 2016”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 2: pp. 311-326.
- DE LA MAZA, Iñigo (2017): “El riesgo de la ignorancia: declaraciones deliberadamente falsas”, en Comisión Organizadora XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (edit.), *Estudios de Derecho Civil XII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 671-685.
- DUCHEMIN, Matthew J. (1999): “Whether Reliance on the Warranty is required in a Common Law Action for Breach of an Express Warranty”, *Marquette Law Review*, vol. 82, N° 3: pp. 689-711.
- EPSTEIN, Richard (1999): *Torts* (Nueva York, Aspen Publishers).
- FARNSWORTH, E. Allan (2004): *Contracts* (Nueva York, Aspen Publishers, cuarta edición).
- FRANKLIN, Marc A., RABIN, Robert L., y GREEN, Michael D. (2011): *Tort Law and Alternatives* (Nueva York, Foundation Press, novena edición).
- FULLER, L.L. y PERDUE, Jr, William R. (1936-1937): “The Reliance Interest in Contract Damages”, *The Yale Law Journal*, vol. 46, N° 1: pp. 52-96 y N° 3: pp. 373-420.
- GARNER, Brian A. (edit.) (2009): *Black’s Law Dictionary* (Saint Paul, West, novena edición).
- GATICA, Sergio (1959): *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GÓMEZ, Fernando (2007): “El incumplimiento contractual en Derecho Español”. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf. Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2018.
- KEETON, W. Page; DOBBS, Dan B.; KEETON, Robert E.; y OWEN, David G. (1984): *Prosser and Keeton on the Law of Torts* (Saint Paul, West Publishing Co., quinta edición).
- LÓPEZ, Patricia (2017): “La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en el Código Civil chileno: ¿nulidad relativa, resolución por incumplimiento o rescisión propiamente tal?” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44 N° 2: pp. 423-459.
- MACAULAY, Stewart; BRAUCHER, Jean; KIDWELL, John; y WHITFORD, William (2010): *Contracts: Law in Action*, Volumen 1 (New Providence, LexisNexis, tercera edición).

- MASSON, Kabir (2009): “Paradox of presumptions: seller warranties and reliance waivers in commercial contracts”, *Vanderbilt Law Review*, N° 109: pp. 503-537.
- MCNAUGHTON, Ross; POXON, Matthew; y DEMPSTER, Alexandria (2018): “Acquisitions: Representations Warranties and Disclosure”. Disponible en: www.westlaw.co.uk. Fecha de consulta: 3 de julio de 2017.
- MIZIOLEK, Aleksandra y ANGELAKOS, Dimitrios (2013): “Contract Drafting: Sandbagging: From poker to the world of mergers and acquisitions”, *Michigan Bar Journal*, vol. 92: pp. 30-34.
- PAYET, José Antonio (2009): “Reflexiones sobre el contrato de compraventa de empresas y la responsabilidad del vendedor”, *Revista Ius et Veritas*, N° 39: pp. 66-100.
- PEÑAILILLO, Daniel (2009): *Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PERILLO, Joseph M. (2009): *Callamari and Perillo on Contracts* (Saint Paul, West, sexta edición).
- PIZARRO, Carlos (2008): “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 31, N° 2: pp. 255-265.
- QUAINTANCE, Jr., Robert F. (2002): “Can you sandbag? When a buyer knows that one of the seller’s representations or warranties is untrue”. Disponible en: <https://www.debevoise.com/-/media/files/insights/publications/2002/02/the%20private%20equity%20report/files/view%20report/fileattachment/winter%202002.pdf>. Fecha de consulta: 30 de agosto de 2018.
- QUEZADA, Ricardo (2015): “La responsabilidad del vendedor por infracción a las declaraciones y garantías: resolución parcial, rebaja del precio e indemnización de perjuicios”, *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, N° 8: pp. 17-46.
- RÍOS, Roberto (2014): *El deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- RUUTEL, Nicola y SAUNDERS, Kathryn (2005): “Full and fair disclosure after Infniteland”. Disponible en: <https://www.westlaw.co.uk>. Fecha de consulta: 5 de julio de 2018.
- SAN MARTÍN, Lilian (2015): “Deberes de protección y culpa de la víctima: exposición imprudente al daño en responsabilidad contractual” Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904294&Path=/0D/CC/>. Fecha de consulta: 10 de junio de 2020.
- SHADDEN, Stacey A. (2014): “How to sandbag your opponent in the unsuspecting world of high stakes acquisitions”, *Creighton Law Review*, vol. 47: pp. 459-475.
- SMITH, Stephen A. J. (2006): *Atiyah’s Introduction to the Law of Contracts* (Nueva York, Oxford University Press Inc., sexta edición).
- STARK, Tina L. (2006): “Nonbinding Opinion. Another view on reps and warranties”. Disponible en: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/blt/2006/01/opinions-reps-warranties-200601.pdf>. Fecha de consulta: 4 de enero de 2018.
- STARK, Tina L. (2007): *Drafting Contracts, How and Why Lawyers Do What They Do* (Nueva York, Aspen Publishers, primera edición).
- THOMPSON, Robert (2014): “Sinclair on Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales”. Disponible en: <https://www.westlaw.co.uk>. Fecha de consulta: 4 de junio de 2018.

- TREITEL, G.H. (2007): *The law of contract* (Londres, Thomson Reuters, decimo segunda edición).
- WEST, Glenn D. y SHAH, Kim M. (2007): “Debunking the myth of the sandbagging buyer: when sellers ask buyers to agree to antisandbagging clauses, who is sandbagging whom?”, *The M&A Lawyer*, vol. 11, N° 1: pp. 3-7.
- WHITEHEAD, Charles K. (2011): “Sandbagging: Default rules and acquisition agreements”, *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 36: pp. 1.081-1.115.
- YOUNG, John y KITCHING, John (1995): “Buying and selling a business: warranties and indemnities”, *International Company and Commercial Law Review*, Vol. 10, N° 6: pp. 336-339.
- YRARRÁZVAL, Arturo (2012): *Diccionario Jurídico-Económico* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- ZULOAGA, Isabel (2018): “Algunas consideraciones acerca del cierre de negocios”, en BAHAMONDES, Claudia y otros (edit.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 371-400).

JURISPRUDENCIA CITADA

CHILENA

- EMPRESA MINERA ORIEL GERARDO Y CÍA. LTDA. CON COMERCIAL MINERA SAN CRISTÓBAL LTDA.* (2014): Corte Suprema, 9 de septiembre de 2014 (acción de resolución de contrato con indemnización de perjuicios).
- VALDEBENITO SAAVEDRA CON FUENTES ROJAS* (2016): Corte Suprema, 4 de abril de 2016 (acción de resolución de nulidad de contrato por dolo).
- Fallo CAM Santiago Rol 711-2007 dictado el 19 de mayo de 2007 por Alejandro Romero Seguel.
- Fallo CAM Santiago Rol 1526-2012 dictado el 10 de julio de 2015 por Enrique Barros Bourie.

ESTADOUNIDENSE

- CBS Inc. v. Ziff-Davis Pub. Co.*, 75 N.Y.2d 496 (1990).
- Galli v. Metz*, 973 F.2d 145 (2d Cir. 1992).
- Rogath v. Siebenmann*, 129 F.3d 261 (2d Cir. 1997).

INGLESA

- Eurocopy v Teesdale* [1992] B.C.L.C 1067.
- Infiniteland Ltd and Anor v Artisan Contracting Ltd and Anor* [2005] EWCA Civ. 758.

NORMAS CITADAS

CÓDIGO CIVIL

CÓDIGO DE COMERCIO

TAMANAH, Brian (2017): *A Realistic Theory of Law* (Cambridge, Cambridge University Press) 202 pp.

El debate en la jurisprudencia analítica angloamericana contemporánea se ha centrado en la formulación de proposiciones conceptuales acerca de lo que el derecho es a partir de lo que han ofrecido teorías aparentemente rivales: iusnaturalismo y positivismo jurídico. A ello se agrega la participación, no exenta de controversia, del realismo jurídico. La preeminencia del debate por parte de estas teorías no implica que fuera de esas coordenadas —ahistóricas, desconectadas de una filosofía social fuerte y formalistas— no existan otras aproximaciones sobre la naturaleza del derecho en esa misma tradición. Ese es el gap que Tamanaha detecta y del que intenta hacerse cargo a través de un enfoque que denomina *realistic theory of law*. Esta perspectiva hunde raíces en un entendimiento amplio de la jurisprudencia histórica y sociológica además de la adopción de la filosofía pragmatista con el fin de ofrecer un revival de la teoría socio-jurídica.

Metodológicamente, el texto utiliza fuentes teórico-jurídicas tanto de la tradición del *common law* como del derecho continental. Ejemplos de la primera es el rescate de la teoría jurídica de Adam Smith y la utilización bibliográfica de los realistas jurídicos estadounidenses de inicios del siglo XX. Expresiones de la segunda son los elementos teóricos que adopta de autores germanoparlantes tales como Jhering y Ehrlich. A su vez, la filosofía que subyace al entendimiento que Tamanaha tiene del fenómeno jurídico es el pragmatismo estadounidense de autores como Dewey y Peirce. Para esta tradición filosófica, el conocimiento del mundo es inseparable de la agencia de un sujeto dentro de aquél. Así, un agente podría observar empíricamente la existencia jurídica como una continua evolución social a través de las consecuencias intencionales e involuntarias de sus acciones. Bajo dichas circunstancias, el forjar instituciones como el derecho conlleva asumirlo en concreto en la medida que posee contexto e historia.

Se colige que constituye una asunción de Tamanaha su adhesión a un constructivismo epistemológico escéptico de esencialismos y objetivismos. Esto sería así porque la cognoscibilidad de lo jurídico es posible en tanto fenómeno histórico socialmente construido a través de acciones humanas significativas. Esto implica una constante transformación del derecho en la medida que se desarrolla interactivamente en el tejido social durante el transcurso del tiempo —cuestión que pese a sonar como un truismo, parece haberse extraviado tanto del iusnaturalismo como del iuspositivismo. Retoma la senda de autores como Weber y Montesquieu quienes, con matices, adhirieron a un enfoque que se puede denominar holístico para entender y explicar lo jurídico. De ese modo, el derecho “asume diferentes formas y funciones en conexión con los niveles de complejidad social junto con los factores económicos, políticos [...] y culturales que lo rodean. Interconectado con la sociedad [...] debe ser aprehendido holísticamente [...] está enraizado en la historia de la sociedad y es continuamente rehecho en relación con factores sociales [...]” (p. 1).

El capítulo primero ofrece el rescate y reconstrucción de una tradición teórica abandonada: la jurisprudencia sociohistórica. Luego de presentar las teorías contemporáneas del derecho dominantes, a continuación identifica algunos de los varios defectos aquéllas. Enseguida, ofrece razones sobre por qué el enfoque sociohistórico tiene mérito teórico

suficiente para suplir el gap entre iusnaturalismo e iuspositivismo. Aquí, la referencia a la jurisprudencia histórica parece utilizarse en sentido laxo e involucraría tradiciones tan disímiles como incompatibles. Estos irían, indistintamente, desde la Escuela Histórica alemana, la jurisprudencia histórica de Maine, junto con el análisis histórico de autores como Pollock y Maitland. Por otra parte, admite que su contribución es más bien una perspectiva que permite observar y describir la realidad del fenómeno jurídico antes que una teoría del derecho propiamente tal. De hecho, la así llamada “teoría realística” no sería sino el regreso a la perspectiva sociohistórica, la cual, ya desde el Minos (que se atribuye a Platón, aunque disputado), era reconocida como uno de los tres discursos sobre la naturaleza del derecho.

El capítulo segundo se titula sugerentemente “¿Qué es el derecho?”. Sostiene que, pese a los múltiples intentos por responder a la pregunta fundamental de la filosofía del derecho, aún no contamos con una respuesta satisfactoria. Sugiere escépticamente que quizá no hay solución alguna. De hecho, precisamente el carácter controversial del concepto podría ser la fuente del estancamiento. Ello sería así porque la complejidad y diversidad sociohistórica de la realidad de los fenómenos jurídicos hacen imposible su singularización definicional. Luego, formula una acabada crítica a ciertas prácticas metodológicas de las teorías analíticas; agrega que en general los conceptos del derecho que han ofrecido suelen basarse en intuiciones y constan de varias combinaciones del dualismo forma y función. Estos esquemas conceptuales inevitablemente conllevan a dos problemas en dichas teorías: infrainclusividad y sobreinclusividad. Ello conduciría a los autores, por una parte, a excluir fenómenos que podrían calificarse como jurídicos; por la otra, a elaborar conceptos tan amplios que hacen indistinguible el derecho de otras normatividades.

El capítulo tercero discute ciertas tendencias metodológicas de las teorías jurídicas *mainstream*. Adoptando un antifundacionalismo fuerte, examina afirmaciones sobre la existencia de supuestas verdades conceptuales universales sobre el derecho respecto de lo cual habría convergencia entre positivistas y no-positivistas. La queja consiste en cuestionar la razón por la cual el arquetipo paradigmático del derecho que se asume de conformidad con la experiencia y razón anglo-eurocéntrica debería ser *el* modelo del derecho en general. Afirma que instituciones sociales como el derecho varían y se desarrollan progresivamente durante la historia en diferentes grupos sociales y contextos. Del mismo modo, critica la forma como distintos juristas han identificado “las propiedades esenciales del derecho” exclusivamente con el derecho estatal. Ante ello, ofrece su propia no-definición del derecho para tratar de eludir el problema de la identificación convencional: “*law is whatever people identify and treat through their social practices as 'law'*” (p. 73, 194).

El capítulo cuarto presenta un ejercicio de reconstrucción antropológica y genealógica que da soporte empírico a la crítica planteada en el capítulo anterior. Aquí se sientan las bases para el enfoque realístico. Describe distintas expresiones y funciones de lo que se ha reconocido como derecho a lo largo de la historia en diferentes organizaciones sociales (desde sociedades de cazadores-recolectores hasta la forma-estado moderna). El propósito es probar la insuficiencia de la jurisprudencia analítica para explicar los distintos casos que se mencionan. Sugiere que el derecho tendría un carácter mudable que haría imposible su determinación del modo en que lo ha hecho la teoría tradicional. Indica que el derecho posee una continuidad histórica reconocible, donde los cambios vienen dados como consecuen-

cias del progresivo incremento de la complejidad social. El conjunto de relaciones sociales y culturales donde interactúan las viejas formas con las nuevas “da lugar a una multiplicidad de formas jurídicas históricamente arraigadas que coexisten hoy en día” (p. 10).

El capítulo quinto traslada al lector al análisis del derecho en las organizaciones pertenecientes a sociedades complejas en el capitalismo avanzado. Sostiene que las teorías como la de Hart y Fuller, al presentar el derecho moderno como un sistema de reglas que organizan una sociedad, son incapaces de dar cuenta de la multiplicidad de formas en las que se puede expresar lo jurídico más allá del paradigma sistemático del derecho-como-reglas y la unidad del derecho estadocéntrico. Guía el análisis la distinción entre dos orientaciones que tendría el derecho en estas sociedades las cuales interactúan entre sí: i) reglas de fondo que norman las relaciones sociales, que poseerían una continuidad histórica visible ya en sociedades primitivas; ii) usos políticos instrumentales para la consecución de objetivos gubernamentales, cuya consolidación vino dada con el advenimiento del estado administrativo moderno. Señala que la combinación de estas orientaciones ha creado “una fábrica jurídica” (p. 139-142), que insinúa, aunque no lo desarrolla, lo que podría calificarse como una forma de reificación de la normatividad jurídica.

Al igual que otras obras generales sobre el derecho, el capítulo sexto trata la teoría del derecho internacional (DI). Traza su origen y desarrollo como un producto sociohistórico contextualmente europeo derivado de la tradición jurídica cristiana que posteriormente se extendió mediante un uso instrumental impulsado por el imperialismo de las potencias occidentales. Efectúa distinciones conceptuales y analíticas respecto de ciertas derivaciones del DI acaecidas en el siglo XXI: derecho administrativo global, derecho económico internacional y pluralismo jurídico global. Igualmente, sostiene que derecho nacional y DI no son sistemas separados ni categorías paralelas. Contra Hart y Kelsen, afirma que el DI constituye una tradición jurídica específica en tanto complejo de doctrinas e instituciones que operan dentro y fuera del derecho estatal (p. 193). En suma, el DI sería un orden normativo de carácter jurídico que, dentro de la pluralidad normativa, competiría con otras normatividades.

A lo largo del libro, la provocación es dirigida principalmente al iuspositivismo. De ese modo, autores como Hart, Raz o Shapiro son escrutados ampliamente, aunque no queda inmune el no-positivismo de Fuller o Finnis. Con todo, no desconoce ni reduce la contribución de dichos autores al debate. Al contrario, lo que pretende es, mediante la integración de los aportes antropológicos, sociológicos e históricos, expandir el alcance de la jurisprudencia analítica a nuevos fenómenos, aun tímidamente investigados, y que han sido evidenciados por la teoría del pluralismo jurídico. En efecto, reconoce que comparte el arsenal teórico que ofrece Hart en *The Concept of Law*, en especial, la idea del reconocimiento convencional del derecho como prácticas sociales. Empero, considera que el enfoque sociohistórico y pluralista que ofrece su teoría realística entrega la posibilidad de explicar la heterogeneidad de normatividades jurídicas estatales y no-estatales que Hart desconsideró en su momento y contexto (pp. 149, 150).

Como comentario general cabe decir que, aun cuando el autor se esfuerza por criticar el fundacionalismo de gran parte de las teorías dominantes, en varios pasajes del texto parece incurrir también en una forma de esencialismo. Esto es así porque insinúa que la

propiedad definitoria del derecho es su mutabilidad socialmente forjada y continuamente transformada. Por otra parte, como ya se ve venir, inmediatamente emerge la duda respecto al alcance del escepticismo sobre los alegatos universalistas: aplicaría a todos salvo a quien emite la crítica. Ello podría constituir un ejercicio de autorefutación o, a lo menos, una contradicción, pues la objeción no se condice con el propio discurso de quien enarbola el antifundacionalismo.

El libro presenta un enfoque novedoso elaborado desde y contra una tradición que desde Hart no muestra grandes sobresaltos ni variaciones pero que ha ejercido notoria supremacía en el debate. La nota distintiva es la lograda combinación de fuentes basadas tanto en teoría social como en antecedentes históricos para ofrecer una comprensión más completa del derecho. Demuestra que la jurisprudencia analítica también puede hacerse cargo de la relevancia de las relaciones sociales y el desenvolvimiento histórico sin renunciar a su pretensión de claridad conceptual ni abandonando sus presupuestos epistémicos.

EDUARDO CHIA

Goethe-Universität Frankfurt am Main

BIGLER, Olivier y GONIN, Luc (2018): *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)* (Berne y Paris, Ediciones Stämpfli y LexisNexis) 860 pp.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es hoy en día una fuente indispensable de derecho público, pero también influye cada vez más en el derecho privado, por ello la obra “*Convenio Europeo de Derechos Humanos*” de los abogados y doctores Olivier Bigler y Luc Gonin resulta una lectura indispensable.

Precedido por la presentación del presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Guido Raimondi, este tratado práctico aborda en profundidad, pero de manera sintética, los derechos y libertades garantizados por el CEDH.

Se trata de un libro completísimo, especialmente por la impresionante cantidad de sentencias que presenta (2000) las que los autores no solo han seleccionado con prolijidad de entre las 20.000 que el Tribunal de Estrasburgo ha dictado desde su creación en 1959 –lo que ha supuesto obviamente un gran trabajo de investigación– sino porque además las han estudiado y escogido en su doctrina esencial, con esmerado juicio.

De hecho, este comentario de jurisprudencia llena un vacío relativo, pues aunque existen otras publicaciones compilatorias publicadas en francés, así como otras semejantes en inglés y alemán, resulta novedoso su aporte para los diferentes operadores jurídicos, por su carácter académico y práctico.

En cuanto a la estructura de este trabajo, luego del prólogo y las señas necesarias para la comprensión del mismo (la lista de las abreviaciones y una bibliografía general) se aborda el objeto de la obra: el estudio en profundidad y pormenorizado de los artículos 1 a 18 de la CEDH. La selección de este conjunto de normas se justifica, por encontrarse el artículo 1, relativo a la “obligación de respetar los derechos humanos”, particularmente vinculado los artículos 2 a 18 que componen al Título 1 relativo a los “Derechos y libertades”, y constituyen entonces lo esencial de las normas materiales de la CEDH.

De manera pormenorizada cada artículo es objeto de una estructura básica en torno a una presentación general, el ámbito de aplicación personal, luego material, terminando en la casuística relativa a las restricciones, las que se desarrollan en uno, o varios capítulos específicos. Cabe señalar que además de la bibliografía general al principio de la obra, cada artículo se apoya sobre una bibliografía específica a su objeto de estudio.

Entonces, no estamos frente a una simple compilación de sentencias bien ordenada, sino que se trata de un inestimable trabajo de Derecho, en el cual los autores demuestran un dominio de las instituciones constitucionales, administrativas, penales, civiles, laborales o aún familiares. Como ejemplificaron los autores al tiempo de una de las presentaciones a las que se ha sometido este trabajo, la expulsión de un inmigrante en situación ilegal condenado por violencia intrafamiliar, hace intervenir nociones relativas a los derechos fundamentales (protección del inmigrante frente a una expulsión hacia su país de origen en el cual puede ser víctima de maltratos, o peligra su vida), elementos de derecho administrativo (el acto administrativo de expulsión), penales por el acto de agresión y quizás, civiles y familiares si está casado y tiene hijos.

El marco general de la presentación de cada artículo, tiene según sus autores un doble fin: favorecer la claridad de los objetivos y facilitar la búsqueda de información. Esa preocupación corresponde bien al perfil de nuestros autores que son abogados e investigadores a la vez.

El libro cierra con una tabla de los 2000 fallos citados y un índice analítico alfabético de materias, que ayudará a su consulta. La presentación bibliográfica es notable. En lo que concierne a la tabla, está organizada de manera alfabética también según la formación: Sentencias de la Gran Sala, de Sala, Decisiones, Decisiones e Informes de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.

Sin perjuicio del aporte que considera tal sistematización de las sentencias, lo medular del libro, es que mediante este trabajo se logran alcanzar los fines propuestos por los autores anunciados en el prefacio de la obra.

La sistematización consigue destacar el carácter excepcional de la herramienta jurídica que constituye el CEDH en cuanto a su alcance simbólico, geográfico y jurídico-político, por lo que su ámbito de aplicación —47 países que agrupan más de 800 millones de personas— y su campo de aplicación supera el ámbito del derecho, puesto que por fundarse sobre la concepción misma del individuo, entra en consideraciones éticas, filosóficas, e incluso morales.

Introducen además los autores la noción de “derecho convenstitucional” o de “convenstitucionalidad”. La idea que subyace aquí es que el CEDH cuestiona la distinción clásica derecho constitucional/derecho internacional. Traduciendo a los autores, “si bien no cabe duda de que, desde un punto de vista técnico, la Convención pertenece a la esfera del derecho internacional público, actualmente se reconoce ampliamente que los derechos humanos, al menos en su contenido, son constitucionales en el sentido de que protegen al individuo contra los abusos totalitarios y arbitrarios de las autoridades públicas. (...) Ante esta nueva fusión, en su ámbito de aplicación, de las normas internacionales de contenido materialmente constitucional, la Convención ha dado lugar a lo que se conoce como “derecho convenstitucional”.

Este derecho, se caracterizaría según los autores en tres aspectos centrales: 1) la tarea de la Corte es proteger los derechos prácticos y efectivos y no los teóricos o ilusorios; 2) en la práctica la Corte busca establecer *standards* pues se apoya regularmente en normas de derecho blando (*soft law*); y 3) su jurisprudencia no es lineal, sino pragmática.

Todo esto lleva a cuestionar la modernidad política y la teoría del derecho, poniendo este movimiento en tela de juicio la primacía del legislador y del ejecutivo. Esta idea, que puede no parecer nueva a quienes han denunciado a menudo el riesgo del gobierno de los jueces, merece, en nuestra opinión, ser explorada más a fondo. Especialmente el concepto de “convenstitucionalidad”.

En suma, nos encontramos frente a una obra riquísima por su profundidad, que muestra cómo el sistema procesal establecido por el CEDH ha sido un promotor en la protección internacional de los derechos humanos desde su creación. Su jurisprudencia es utilizada a diario por los abogados y aplicada por los jueces, no solo en los países miembros de la Convención, sino también de forma universal. En este sentido, la obra de Luc Gonin y Olivier Bigler contribuye a su conocimiento y difusión, por lo que se les agradece calurosamente. Al mismo tiempo, inspirados en la sostenida y creciente importancia de la jurisprudencia de la CEDH incluso en estos confines, resulta una herramienta de consulta indispensable para los abogados litigantes y una nueva fuente para los investigadores, condición que cumplen además sus noveles autores.

RANIERI DE CECHINI, Débora (2019): *Los crucifijos en los espacios públicos: un estudio desde el derecho comparado* (Buenos Aires, EDUCA) 358 pp.

El inicio del Siglo XXI está signado por un resurgimiento de planteos laicistas que pretenden limitar la expresión de la religión al ámbito puramente individual y privado. Ante el desafío que presenta tal laicismo, la profesora Débora Ranieri de Cechini ha realizado una extraordinaria tarea de investigación en torno a las cuestiones jurídicas implicadas en el debate en torno a la presencia de crucifijos en los espacios públicos. Se trata de su tesis doctoral, defendida con la máxima calificación en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, y que es publicada por la editorial de dicha Universidad.

La obra constituye un estudio riguroso, documentado, sistemático y exhaustivo de los tópicos jurídicos en juego sobre el tema elegido. La perspectiva desde la que se aborda el problema es la del derecho comparado, aunque la autora muestra también su sólida formación en filosofía del derecho, historia del derecho y derecho constitucional. El estudio se realiza a partir de la jurisprudencia, que es presentada con un método impecable y que permite recorrer los principales fallos que se han dictado sobre la temática de forma clara, precisa y profunda. Metodológicamente, las dos partes de la obra y sus capítulos presentan introducciones que permiten conocer el contenido de cada apartado y un orden lógico que ayuda mucho a comprender los temas tratados y las líneas argumentales en juego. Las citas de autores procedentes de los principales países analizados y que han estudiado el tema, ofrece un marco muy rico y revela la hondura de la investigación que ha desarrollado la doctora Ranieri.

La primera parte está dedicada a la jurisprudencia sobre la presencia de los crucifijos en los espacios públicos. En siete capítulos se nos ofrece un recorrido por las sentencias más relevantes de Estados Unidos, del norte y del centro de Europa, de España, de Francia, de Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Lautsi y otros c. Itali) y de América Latina. Manteniendo en todo tiempo el interés del lector, la obra logra superar el riesgo de caer en la repetición de argumentos. Sin incurrir en el vicio de largas transcripciones, el libro revela un profundo análisis de cada sentencia, que permite exponer los argumentos en juego a través de una aguda e incisiva selección de los puntos débiles y fuertes de cada fallo. La lectura de esta parte permite ver los denominadores comunes que atraviesan los distintos fallos y que serán la materia a considerar en la segunda parte. La riqueza del texto surge de una aplicación rigurosa de las reglas que rigen la utilización del derecho comparado, como así también de las ricas consideraciones culturales y sociales que inciden en cada país o región y que son muy bien expuestas por la profesora Ranieri.

La segunda parte se propone un análisis crítico de los principales argumentos vinculados a la presencia de los crucifijos en los espacios públicos. El objetivo de fondo, la justificación jurídica de esa presencia desde el derecho constitucional, está ampliamente logrado, como luego quedará demostrado en las conclusiones. En esta segunda parte encontramos 4 capítulos. En primer lugar, se aborda la relación entre Estado y Religión en los ordenamientos constitucionales, a partir de una distinción entre los países más secularizados (Estados Unidos, Alemania y Francia) y los menos secularizados (España, Italia y Argentina). Este capítulo muestra un estudio profundo que conjuga al mismo tiempo conocimiento de las realidades jurídicas constitucionales e infraconstitucionales y de cultura de cada país. El

capítulo siguiente aborda la cuestión de la laicidad y los símbolos cristianos en los espacios públicos. Se trata de uno de los puntos centrales de toda la tesis y el libro ofrece una consideración exhaustiva de la temática, respondiendo con solidez a los argumentos laicistas y haciendo oportunas distinciones sobre lo que se suele denominar como una “laicidad positiva”. Nuevamente aquí se recurre al análisis del derecho comparado, con foco en la situación francesa, italiana, estadounidense, alemana y española. En el siguiente capítulo aparece un tema que no suele ser abordado al considerar esta temática pero que, como bien demuestra el libro, reviste una especial importancia. Se trata del valor de la costumbre como fuente del derecho constitucional. El texto analiza tanto los autores que se refieren al tema, incluso con unas valiosas citas de Santo Tomás de Aquino, como la utilización del argumento por los tribunales estudiados en la primera parte. En este mismo capítulo, y en conexión con la cuestión de la costumbre, se estudia el tema del margen de apreciación nacional. Se trata de un argumento que ha resultado decisivo en el caso “Lautsi” y que resulta de enorme relevancia para Argentina y la región. En el último capítulo de esta segunda parte se abordan los argumentos de la neutralidad religiosa del Estado, la igualdad y la no discriminación. El estudio indaga sobre cuándo, cómo y por qué surge el concepto de “neutralidad” en el derecho constitucional y demuestra por qué remover símbolos religiosos no implica adoptar una verdadera neutralidad. En torno a la igualdad y la no discriminación, el libro refuta su utilización como argumento para quitar símbolos religiosos de espacios públicos. Este capítulo culmina con dos valiosos apartados: uno dedicado al problema de la determinación del “daño” que supuestamente generan los símbolos religiosos en espacios públicos y otro sobre el fenómeno reiterado en los distintos casos analizados y que refiere a que las asociaciones demandantes son generalmente instituciones representativas de valores laicistas, secularistas, de libre pensamiento o de ateos.

Las conclusiones del libro recapitulan con rigor e impecable orden lógico los desarrollos realizados a lo largo de la tesis y ofrecen una síntesis de cada uno de los argumentos esgrimidos para quitar los símbolos religiosos de los espacios públicos y de las razones para refutarlos de forma conclusiva e inapelable.

Quienes quieran encarar un trabajo de investigación en derecho, independientemente del tema elegido, encontrarán en este libro un método seguro y claro que puede resultarles muy valioso. En ese mismo sentido, el rigor con que se ha utilizado el derecho comparado resulta ejemplar para otras investigaciones. Es significativo el esfuerzo del libro en evitar la migración de ideas entre países en forma descontextualizada y fuera de los marcos históricos, culturales, institucionales y constitucionales correspondientes. Se trata de una tentación grande en esta época en que internet ha facilitado el acceso casi instantáneo a materiales de todo el mundo.

La obra constituye un punto de referencia seguro e ineludible para quien quiera analizar la problemática de la relación entre Estado y Religión. En efecto, si bien en todo momento el objeto de estudio queda circunscripto a la problemática de los crucifijos en los espacios públicos, la hondura con que ha sido tratado el tema ofrece al lector argumentos para la consideración de la más general relación entre Estado y Religión. Se cumple así uno de los objetivos de toda tesis doctoral, que consiste en la profundización de un problema jurídico en particular, pero con apertura a los grandes temas del derecho.

Sobre todo, la obra es un valiente y profético estudio sobre la importancia del aporte de la religión cristiana a la cultura y al mundo, en tiempos de laicismo exacerbado. Laicismo que conduce a nuevas formas de individualismo y que priva a la vida social de la riqueza de la religión. En última instancia, la persona humana, tanto en su dimensión personal como en la proyección de lo público, permanece para sí misma como un misterio indescifrable si no recibe la luz que le ofrece la Revelación de Dios. Y esa Revelación tiene en la Cruz el signo más elocuente del plan de amor de Dios para la persona humana. En Cristo, muerto y resucitado, somos invitados a participar de la comunión perfecta de la Trinidad, en lo que constituye un horizonte de esperanza y de plenitud.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Pontificia Universidad Católica Argentina

EL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO COMO JUEZ DE CONVENCIONALIDAD

COLOMBIAN COUNCIL OF STATE AS CONVENTIONALITY JUDGE

MARGARITA CÁRDENAS POVEDA¹

INGRID SUÁREZ OSMA²

RESUMEN: En este trabajo se exponen los criterios que utiliza el Consejo de Estado colombiano para efectuar el control de convencionalidad en sus sentencias y se analiza la jurisprudencia en la que ha utilizado dicho control como herramienta para solucionar diversos casos. En consecuencia, se ha prestado especial atención a las razones dadas por esta alta corporación, para justificar su rol como juez de convencionalidad, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Control de convencionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Consejo de Estado, Colombia.

ABSTRACT: This work exposes the criteria that the Colombian Council of State uses to apply the conventionality control on its judgements. This research analyses the cases where the Council of State have applied the conventionality control as a mean to resolve disputes under its jurisdiction. To that end, special attention has been paid to the reasons given by this judicial corporation, to justify its role as a conventionality judge, that in light of the American Convention on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Control of conventionality, Inter-American Court of Human Rights, Council of State, Colombia.

INTRODUCCIÓN

Desde el año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana) ha venido desarrollando en su jurisprudencia la doctrina del control de convencionalidad, en virtud de la cual los Estados bajo su jurisdicción

¹ Doctora en Sociología Jurídica de la Universidad Externado de Colombia. Profesora de planta de la Universidad de La Sabana. Código Orcid 0000-0001-9922-6429. Miembro del Grupo de Investigación Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos, categorizado en A por Colciencias, Línea de investigación en razonamiento jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Dirección postal: U. de La Sabana, Campus del Puente del Común, Km. 7, Autopista Norte de Bogotá, Chía, Cundinamarca, Colombia. Dirección electrónica: margarita.cardenas@unisabana.edu.co.

² Magister en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana. Miembro del Grupo de Investigación Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos, categorizado en A por Colciencias, línea de investigación en razonamiento jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Código Orcid 0000-0002-0804-357X. Dirección postal: U. de La Sabana, Campus del Puente del Común, Km. 7, Autopista Norte de Bogotá, Chía, Cundinamarca, Colombia. Dirección electrónica: ingridso@unisabana.edu.co. Este artículo corresponde al resultado de una investigación del Proyecto denominado “Hacia la unificación del concepto de la responsabilidad civil y del Estado”, perteneciente al Grupo de investigación Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

deben efectuar un control de convencionalidad interno, a fin de garantizar el efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención Americana) y por tanto la efectiva protección de los derechos y libertades reconocidos en este instrumento.

La doctrina del control de convencionalidad interno o difuso, como también se le conoce, ha generado discusiones interesantes motivadas por diversas preocupaciones. Por ejemplo, pese a los esfuerzos argumentativos de la Corte IDH y del respaldo de un amplio sector de la doctrina³, aún persiste el cuestionamiento sobre el fundamento normativo del deber estatal de hacer un control de convencionalidad que implique ajustar el ordenamiento jurídico interno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁴.

Tal y como se mencionó, el control de convencionalidad interno aparece como un deber estatal, no obstante, resulta legítimo preguntarse qué autoridades estatales son las obligadas a realizar este control. Pese a que, a lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH no ha sido plenamente constante y consistente a la hora de identificar las autoridades nacionales que deben efectuar el control de convencionalidad, desde su sentencia en el caso *Almonacid Arellano* en el 2006, la Corte Interamericana ha dejado ver que considera que las autoridades judiciales están llamadas a desarrollar un papel primordial en la efectividad del control de convencionalidad y, en general, en la garantía de los derechos humanos. No obstante, la más reciente jurisprudencia interamericana ha dejado en claro que todas las autoridades estatales están llamadas a realizar el control de convencionalidad interno⁵.

En todo caso, desde el tribunal regional no se ha impuesto una forma específica de organización que deban adoptar los Estados para cumplir con el deber de realizar el control de convencionalidad interno⁶. Por el contrario, cada Estado debe buscar la mejor forma de organización para que sus autoridades, dentro de sus respectivas competencias, efectúen este control. En consecuencia, resulta altamente enriquecedor el estudio de autoridades públicas concretas de diferentes Estados, con el ánimo de ver las diferentes maneras en que las autoridades estatales están asumiendo, recibiendo o rechazando la doctrina del control de convencionalidad.

Es por ello que no se ha tenido una respuesta uniforme en los Estados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) e incluso, dentro de cada Estado las autoridades públicas no necesariamente han asumido una misma actitud. Este ha sido el caso de Colombia, en el que la Corte Constitucional se ha mostrado reticente a adoptar de forma amplia e irrestricta la doctrina del control de convencionalidad en los términos en los que la Corte interamericana la entiende⁷. Esta actitud contrasta con la del

³ SAGÜÉS (2010), GARCÍA RAMÍREZ (2011) pp. 123-159, FERRER MAC-GREGOR (2011) pp. 531-532.

⁴ VÍTOLO (2013) pp. 357-380, MALARINO (2010) pp. 425-446.

⁵ *GELMAN vs. URUGUAY* (2011); *MASACRES DE RÍO NEGRO vs. GUATEMALA* (2012); *MASACRE DE SANTO DOMINGO vs. COLOMBIA* (2012) y *ROCHAC HERNÁNDEZ Y OTROS vs. EL SALVADOR* (2014).

⁶ *LIAKAT ALI ALIBUX vs. SURINAME* (2014). Una reflexión al respecto puede verse en GARCÍA RAMÍREZ (2011) pp. 133-138.

⁷ Por ejemplo, en la Sentencia C-442 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, los ciudadanos, en ejercicio de una acción pública de inconstitucionalidad, le pidieron a la Corte Constitucional, declarar contrario a la Constitución las normas del Código Penal que tipifican los delitos de injuria y calumnia, con fundamento en

Consejo de Estado colombiano que, como tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha apropiado de la jurisprudencia interamericana y ha adoptado un rol activo en la aplicación del control de convencionalidad interno.

En este contexto, resulta de especial relevancia detenerse a analizar la manera en que las autoridades estatales se están aproximando al control de convencionalidad. Con este trabajo se busca analizar detenidamente la forma en que el Consejo de Estado colombiano se ha aproximado a este nuevo deber y cómo lo ha aplicado en el ámbito práctico. En esta investigación, se analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se ha utilizado el control de convencionalidad como herramienta para solucionar los casos que se le presentan. Para tal fin, se ha prestado especial atención a las razones dadas por el Consejo de Estado para justificar su rol como juez de convencionalidad.

Por lo expuesto, el problema objeto de investigación de manera concreta consistió en identificar cuáles son los argumentos del Consejo de Estado colombiano para justificar la aplicación del control de convencionalidad interno. El tipo de investigación utilizado es el descriptivo y analítico, de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la que ha aplicado el control de convencionalidad y el método corresponde al análisis –síntesis de fuentes documentales, jurisprudenciales primordialmente, que han permitido determinar con claridad la aplicación del control de convencionalidad en las sentencias del Consejo de Estado colombiano.

1. LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO

Dado que, como se explicó, el objetivo principal de este trabajo es identificar los argumentos esgrimidos por el Consejo de Estado colombiano para justificar su rol como juez de convencionalidad, así como los criterios utilizados en la aplicación del control de convencionalidad en sus decisiones, principalmente de casos en los que se demanda la responsabilidad del Estado colombiano, resulta pertinente hacer algunas precisiones generales sobre el control de convencionalidad interno en el SIDH.

Debe empezarse por decir que, aunque no siempre se le haya conocido bajo ese nombre, el control de convencionalidad no es una figura nueva en el Derecho Internacional pues su existencia va de la mano con la ratificación de tratados cuya guarda se le confiere a un órgano jurisdiccional regional o internacional, quien se encarga de confrontar las conductas estatales con las obligaciones contenidas en el instrumento internacional previamente ratificado⁸.

Para el caso del Sistema Interamericano, se trata de una competencia inherente a la Corte Interamericana para la protección internacional de la persona⁹. De allí que este control tenga una longeva existencia en el SIDH evidenciado en los múltiples casos en los que la Corte IDH ha declarado que la normativa nacional es contraria a la CADH, llegado incluso a considerarse que “la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por

la jurisprudencia interamericana sobre la libertad de expresión. Concretamente, aquella oportunidad, los ciudadanos pidieron a la Corte que realizara un control de convencionalidad, petición que no fue atendida favorablemente por el tribunal constitucional.

⁸ LONDOÑO LÁZARO (2010) pp. 796-798.

⁹ Cfr. SALADO OSUNA (2008) p. 101, citado por REY CANTOR, (2008) p. 43.

actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana”¹⁰, incluyendo normas constitucionales¹¹.

Hay consenso en la doctrina en afirmar que en el SIDH el término control de convencionalidad fue usado por primera vez por parte del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el 2003 en su voto concurrente razonado del caso *Myrna Marck Chang vs. Guatemala*¹², quien en esa oportunidad lo utilizó para referirse al control de la adecuación del ordenamiento interno de los Estados con la Convención Americana, objeto propio de la tarea del tribunal regional. Posteriormente, esta tesis fue reiterada por el mismo juez en su voto razonado del caso *Vargas Areco vs. Paraguay*¹³.

Dentro del SIDH el control de convencionalidad aparece como una herramienta para asegurar la supremacía de la CADH¹⁴, incluso por encima de las constituciones nacionales¹⁵, en tanto que constituye un examen en el que las conductas estatales son confrontadas con la Convención Americana incluyendo las interpretaciones que la Corte IDH ha hecho de la CADH. Se presenta entonces como un instrumento eficaz para el respeto,

¹⁰ *OLMEDO BUSTOS vs. CHILE* (2001). En este caso la inconvencionalidad que llevó a la declaratoria de responsabilidad de Chile, se produjo a causa de “el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”.

¹¹ En el caso *BOYCE vs. BARBADOS* (2007), de manera expresa se le ordenó al Estado tomar las medidas para eliminar los efectos de la “cláusula de exclusión constitucional”. En el numeral 8 de la parte resolutive de la sentencia, la Corte IDH dispuso: “El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, aquellas medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que la Constitución y la legislación de Barbados cumplan con la Convención Americana y, en especial, eliminar el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados con respecto a la inimpugnabilidad de las “leyes existentes”, en los términos de los párrafos 127(c) a 128 de este Fallo”.

¹² Expresamente el juez afirmó: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”. García Ramírez (2003) voto razonado concurrente, a la sentencia del caso *Mack Chang vs. Guatemala* (2003).

¹³ García Ramírez (2006), Voto razonado a propósito de la sentencia caso *VARGAS ARECO vs. PARAGUAY* (2006) Textualmente el juez afirmó: “La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende –jamás lo ha hecho–, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en este, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos”. BAZÁN (2012) también refiere que el Juez García Ramírez (2006), en su intervención como Presidente de la Corte IDH en la ceremonia de apertura del Período Extraordinario de Sesiones del Tribunal en Brasilia, quien indicó que la Corte Interamericana es una “corte de convencionalidad, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales”.

¹⁴ THURY CORNEJO (2012).

¹⁵ SAGÜÉS (2010) p. 1247.

la garantía y ejercicio efectivo de los derechos descritos por la CADH¹⁶, cuya garantía es competencia última de la Corte IDH pero supone una actuación previa por parte de los Estados dentro de sus jurisdicciones.

A pesar de no existir una disposición convencional que expresamente obligue a los Estados a realizar un control de convencionalidad interno, y mucho menos con las características y alcance que le ha venido dando la Corte IDH, este Tribunal ha hecho un esfuerzo para defender este deber desde el texto de la Convención Americana¹⁷. La defensa que hace la Corte Interamericana podría sintetizarse en el principio del efecto útil de la CADH¹⁸ y el *pacta sunt servanda*, sumado a los deberes de respeto y garantía contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, para cuyo cumplimiento el control de convencionalidad se presenta como una herramienta efectiva¹⁹.

Ahora bien, más allá de las críticas y defensas que pueda recibir el control de convencionalidad en lo referente a su justificación y legitimidad, es relevante señalar que en el SIDH se han configurado dos clases de control de convencionalidad que ha recibido diferentes denominaciones por la doctrina, de un lado tenemos el control de convencionalidad externo o en sede internacional –también llamado concentrado– y por otra parte el control de convencionalidad interno o en sede nacional –también llamado difuso–.

El primer tipo, el que se realiza en sede internacional, corresponde al concepto tradicional u original²⁰ de control de convencionalidad al que se hizo referencia atrás, en él la Corte Interamericana tiene el papel protagónico pues es quien lo realiza en razón a sus propias competencias y finalidad. Pero, a partir de la jurisprudencia de este Tribunal, la doctrina empezó a hablar de un segundo tipo o clase de control de convencionalidad, el interno o difuso.

En términos generales, el control de convencionalidad se define como un:

“[M]ecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado)”²¹.

Así también, la dimensión concentrada del control de convencionalidad es entendida por el profesor Nogueira Alcalá como un mecanismo utilizado por la Corte IDH, tanto en sede consultiva como contenciosa para determinar la compatibilidad o incompatibilidad del Derecho interno o actos estatales con la Convención Americana, materializado en una sentencia en la que además se determina el alcance y sentido de las disposiciones convencionales²²; en esta medida: “el control de convencionalidad en sede internacional de la

¹⁶ SAGÜÉS (2010) p. 118.

¹⁷ Una posición contraria a la Corte Interamericana puede ser vista en: VÍTOLO (2013) y MALARINO (2010).

¹⁸ *AGUADO ALFARO Y OTROS VS. PERÚ* (2006).

¹⁹ IBÁÑEZ RIVAS (2015) pp. 104-105.

²⁰ GARCÍA RAMÍREZ (2011) pp. 123-159.

²¹ REY CANTOR (2008) p. 46.

²² NOGUEIRA ALCALÁ (2012) p. 1168.

CIDH implica una subordinación de todo el ordenamiento jurídico al respeto y garantía de los derechos humanos asegurados convencionalmente”²³.

Por su parte, el control de convencionalidad en sede nacional o en su dimensión difusa, hace referencia a aquél que se realiza en las jurisdicciones internas de los Estados cuyas autoridades deben confrontar las normas nacionales con las disposiciones de la Convención Americana a la luz de las interpretaciones hechas por la Corte Interamericana, a lo que terminarán sumándose otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado, según la tesis más reciente de la Corte IDH.

En palabras de Ferrer Mac-Gregor, el control de convencionalidad difuso consiste en:

“[E]l examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección los Derechos Humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de San José”²⁴.

Respecto de qué autoridades deben realizar el control de convencionalidad, la Corte Interamericana ha utilizado diferentes términos o tesis a lo largo de su jurisprudencia, pero ha sido claro el papel protagónico que están llamados a cumplir los jueces, quienes deben verificar, en los asuntos de su competencia, que las normas internas no vulneren el **bloqueo de convencionalidad**²⁵. En este orden de ideas, los jueces principalmente, pero también las demás autoridades estatales (de acuerdo con la última posición de la Corte IDH) fungen como jueces y autoridades interamericanas.

Lo que a continuación se va a analizar es cómo uno de los altos tribunales colombianos, el Consejo de Estado, se ha apropiado de su rol como juez de convencionalidad y ha utilizado esta herramienta jurídica a la hora de proferir sus decisiones especialmente en casos en donde ciudadanos buscaban que se declarara responsable internacionalmente al Estado por daños antijurídicos causados. En concreto, lo que pasará a exponerse y a analizarse es la justificación que el Consejo de Estado ha encontrado para aplicar el control de convencionalidad en sus decisiones en las que se demanda la responsabilidad del Estado colombiano.

2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO

El Consejo de Estado colombiano ha acatado el control de convencionalidad interno, control que ha visionado como un aliado teórico para resolver los casos prácticos que se le presentan y como una herramienta jurídica para proteger los bienes jurídicos a su cargo. De allí que en los últimos años²⁶ se encuentre un uso amplio y profuso del control de convencionalidad en su jurisprudencia.

²³ NOGUEIRA ALCALÁ (2012) p. 1168.

²⁴ FERRER MAC-GREGOR (2011) pp. 531-532.

²⁵ NOGUEIRA ALCALÁ (2012) p. 1170.

²⁶ Puntualmente la expedida durante los años 2011 a 2016.

En efecto, el Consejo de Estado colombiano ha asumido su rol como juez de convencionalidad y ha acudido a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte IDH, en casos en los que estaba de por medio graves violaciones a derechos humanos²⁷, afectaciones a los derechos de los niños²⁸ y mujeres²⁹, la reparación integral³⁰, el derecho a la salud³¹, la libertad de expresión³², el debido proceso³³ y los derechos al buen nombre y a la honra³⁴, entre otros.

No obstante, el propósito del presente trabajo no es adentrarse en un análisis casuístico de la aplicación del control de convencionalidad por parte del Consejo de Estado sino comprender la justificación ofrecida por este alto tribunal para actuar como juez de convencionalidad. Esto permite ver qué tanta influencia ha tenido la argumentación de la Corte Interamericana para convencer a las autoridades judiciales nacionales del deber de realizar un control de convencionalidad y su importancia en la garantía de los derechos humanos.

La actividad del Consejo de Estado colombiano es de interés para la doctrina del hemisferio americano, puesto que, siendo juez constitucional residual, ha asumido un rol activo en la garantía de la convencionalidad de las actuaciones del Estado colombiano, resolviendo los casos que están dentro de su competencia judicial.

Pese a que, en un primer momento pudiera pensarse que a nivel nacional el primer tribunal llamado a aplicar con rigurosidad el control de convencionalidad es la Corte Constitucional, pues siempre se ha pretendido hacer un paralelo entre este control y el de constitucionalidad y además porque la Convención Americana de Derechos Humanos hace parte del bloque de constitucionalidad³⁵. En Colombia la autoridad judicial que ha acogido con mayor ímpetu la tesis de la Corte Interamericana relativa a la existencia de un deber de realizar un control de convencionalidad interno ha sido el Consejo de Estado y no la Corte Constitucional que por el contrario se ha mostrado más cautelosa en la adopción de esta controversial obligación internacional³⁶.

²⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. 28 de agosto de 2014. exp. 26251, 21 de noviembre de 2013. exp. 29764, 26 de febrero de 2015. Exp. 28666 y 29 de enero de 2014. Exp. 33806.

²⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. 28 de agosto de 2014. Exp. 26251.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de febrero de 2014. Exp. 26013.

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. 29 de enero de 2014. Exp. 33806 y 20 de octubre de 2014. Exp. 31250.

³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de febrero de 2014. Exp. 40802.

³² Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de noviembre de 2014. Exp. 28505 y 24 de octubre de 2016. Exp. 53057.

³³ Consejo de Estado. Sección Tercera. 25 de febrero de 2016. Exp. 34791; 7 de septiembre de 2015. Exp. 52892.

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. 27 de febrero de 2013, Exp. 24734.

³⁵ En el ordenamiento jurídico colombiano, el bloque de constitucionalidad ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tomando como sustento normativo el artículo 93 de la Constitución Política de 1991. Dentro del profuso desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional ha distinguido entre el bloque de constitucional *lato sensu* y *stricto sensu*.

³⁶ Una posición clara de la Corte Constitucional sobre la recepción de jurisprudencia interamericana en aplicación del control de convencionalidad puede verse en la Sentencias C-500 de 2014. En esta decisión la Corte Constitucional sostuvo que para que la jurisprudencia interamericana tuviera la capacidad de cuestionar la cosa juzgada constitucional, es decir, que con fundamento en la jurisprudencia de la Corte IDH se examinará

Así las cosas, resulta de interés conocer las razones que esgrime el Consejo de Estado para justificar la realización de un control de convencionalidad a la hora de determinar la responsabilidad del Estado colombiano en ejercicio de la acción de reparación directa.

Una primera hipótesis apuntaba a que el Consejo de Estado colombiano adoptaba completamente la justificación de la Corte Interamericana, pero por otra parte existía la posibilidad de que se dieran razones adicionales en esa misma línea o en una diferente. De allí que los argumentos que se encontraron en las sentencias del Consejo de Estado se expondrán en dos grandes grupos: (i) aquellos que coinciden plenamente con la jurisprudencia de la Corte IDH y (ii) aquellos que son adicionales o que surgen a partir de un contexto específico al que se enfrentó el tribunal contencioso administrativo colombiano.

La realización en particular del control de convencionalidad por parte del Consejo de Estado y, en general, la aplicación de instrumentos y decisiones interamericanas ha tenido un alto impacto en el ordenamiento jurídico, social y político colombiano. Aunque se podrían ofrecer varios ejemplos, el que lo ilustra de mejor manera, la reciente decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado en la que resolvió la cuestión de si la Procuraduría General de la Nación es competente para imponer la sanción de inhabilidad y destitución a un funcionario público elegido por voto popular de conformidad con el ordenamiento jurídico interno y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Examinado el caso en concreto se consideró que el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) contraviene el artículo 23.2 de la Convención y que consecuentemente, “la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer una sanción que restringiera, casi que a perpetuidad, los derechos políticos de una persona, para ser elegida en cargos de elección popular, como también para separarlo del cargo de Alcalde Mayor de Bogotá para el que fue elegido mediante sufragio universal”.

Los argumentos que sirven de fundamento al Consejo de Estado para sustentar la carencia de competencia de la Procuraduría³⁷ son de diferente naturaleza. En primer lugar, el acto administrativo mediante el cual el entonces alcalde de Bogotá fue destituido e inhabilitado para desempeñar cargos públicos durante 15 años, no fue motivado por hechos constitutivos de corrupción, lo que originó la violación al artículo 23.2 convencional, que dispone que solo un juez penal mediante sentencia condenatoria puede restringir los derechos políticos de una persona.

En segundo lugar, la destitución de un funcionario elegido por voto popular viola los derechos políticos del pueblo, facultado para elegir a sus gobernantes; de tal forma que mantener vigente una sanción que restringe los derechos políticos del funcionario elegido,

nuevamente un caso decidido por la Corte Constitucional, debían reunirse ciertas circunstancias, a saber: “(i) el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada. En estos casos, destaca la Corte, el demandante tendrá la obligación de demostrar con absoluta precisión cada uno de los requisitos antes referidos”.

³⁷ Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita 29 de marzo de 1996.

implica “hacer nugatorios los derechos políticos de sus electores”³⁸. Considera también que al funcionario público destituido se le viola el principio de favorabilidad o *pro homine*, porque según la interpretación que hace del artículo 23.2 convencional, estos derechos solo pueden ser restringidos por un funcionario judicial, mediante sentencia³⁹.

Como puede apreciarse el Consejo de Estado traza un criterio jurisprudencial de importante impacto, consistente en establecer que, a la luz de la Convención Americana, la Procuraduría General de la Nación no tiene competencia para destituir e inhabilitar funcionarios públicos elegidos por voto popular, en la medida que esta facultad de manera exclusiva corresponde al juez competente, como resultado de un proceso judicial.

2.1. JUSTIFICACIÓN ESGRIMIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO QUE ES COINCIDENTE CON LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

2.1.1. *Todas las autoridades nacionales, especialmente los jueces, deben hacer un control de convencionalidad interno o difuso*

El Consejo de Estado entiende, al igual que lo hace la Corte IDH, que todos los jueces nacionales están obligados a hacer un control de convencionalidad interno, siguiendo así lo señalado en el caso *Almonacid Arellano v. Chile* (2006) por el tribunal interamericano⁴⁰.

Al mismo tiempo considera que, aunque el papel del juez en la salvaguarda de los derechos humanos es especialmente relevante y por ello es el primer llamado a aplicar el control de convencionalidad, todas las autoridades estatales deben respetar la Convención Americana e incluso hacer prevalecer sus disposiciones por sobre las del ordenamiento jurídico nacional⁴¹:

“En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces– de aplicar la excepción de in-convencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno”⁴².

En esa misma línea, el Consejo de Estado considera que en los casos de violaciones de derechos humanos el juez nacional es también un juez interamericano y debe actuar como tal lo que, traducido a sus competencias, implica ejercer un control de convencio-

³⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. 15 de noviembre de 2017. Exp. 11312014.

³⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 15 de noviembre de 2017. Exp. 11312014.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. 28 de agosto de 2014. Exp. 26251, 26 de febrero de 2015. Exp. 28666 y 12 de febrero de 2014. Exp. 26013.

⁴¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de noviembre de 2014. Exp. 28505, 3 de diciembre de 2014. Exp. 35413; 24 de octubre de 2016. Exp. 53057, 7 de septiembre de 2015. Exp. 52892 y 25 de febrero de 2016. Exp. 34791.

⁴² Consejo de Estado. Sección Tercera. 25 de febrero de 2016. Exp. 34791.

nalidad a la conducta del Estado –tanto por acción como por omisión– para determinar si quebrantó normas internacionales de derechos humanos⁴³.

2.1.2. *El estado no puede obstaculizar el cumplimiento de obligaciones internacionales justificado en disposiciones de derecho nacional y debe respetar la finalidad de los tratados internacionales suscritos*

Por otra parte, pero siguiendo también la línea argumentativa de la Corte Interamericana, el Consejo de Estado ha entendido que la posibilidad de efectuar una excepción de inconvencionalidad –en ejercicio del control de convencionalidad– encuentra su justificación en la imposibilidad del Estado para sustentar el incumplimiento de acuerdos internacionales en sus propias normas jurídicas nacionales aunado a la pretensión de garantizar la efectiva protección de los derechos humanos y el funcionamiento de la democracia⁴⁴.

En palabras del Consejo de Estado, su rol como juez de convencionalidad:

“[S]e fundamenta no solo en la prohibición que tiene todo Estado parte de un tratado de no oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales,⁴⁵ sino también en la pretensión de justicia que intrínsecamente encierran las disposiciones convencionales, comoquiera que el telos de ésta y de su interprete último es el de privilegiar la vigencia de los Derechos Humanos y del principio democrático en cada uno de los países firmantes de la Convención”⁴⁶.

Aunque en la jurisprudencia analizada el tribunal nacional no hace referencia directa a las decisiones de la Corte IDH para dar la justificación que acaba de exponerse, este argumento es muy similar al encontrado en la jurisprudencia interamericana, según la cual el deber de realizar un control de convencionalidad es la materialización del principio del efecto útil que cobija a la Convención Americana. Según este principio de derecho internacional, los Estados deben cumplir sus compromisos de buena fe y asegurando la eficacia de sus disposiciones sin que les esté permitido utilizar su ordenamiento interno para obstaculizar los fines de la Convención⁴⁷.

2.1.3. *Principio de complementariedad*

Comenzando el año 2016⁴⁸, el Consejo de Estado, conoció de una acción de reparación directa en la que se evaluaba la responsabilidad estatal por la toma de la base militar “Las Delicias” en 1998 por parte del grupo insurgente de las FARC-EP. Dentro de este pro-

⁴³ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. 21 de noviembre de 2013. Exp. 29764.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. 3 de diciembre de 2014. Exp. 35413, 25 de febrero de 2016. Exp. 34791, 24 de octubre de 2016. Exp. 53057 y 7 de septiembre de 2015. Exp. 52892.

⁴⁵ Se trata del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, que establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. 3 de diciembre de 2014. Exp. 35413.

⁴⁷ *AGUADO ALFARO Y OTRO VS PERÚ* (2006).

⁴⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. 25 de febrero de 2016. Exp. 34791.

ceso, los accionantes eran familiares de uno de los soldados regulares que fue secuestrado por el grupo guerrillero durante la cruenta toma a la base militar.

Sobre los hechos, el alto tribunal contencioso administrativo sostuvo que por “las condiciones en las que este tipo de eventos se viene produciendo en el Estado colombiano en el marco del conflicto armado interno, su encuadramiento se enmarca como un caso constitutivo de una grave vulneración de los derechos humanos, violación del derecho internacional humanitario, y configuración como acto de lesa humanidad”⁴⁹.

Es en este contexto en el que el Consejo de Estado justifica la aplicación del control oficioso de convencionalidad. Para ello reitera los argumentos que se acaban de exponer pero al mismo tiempo adiciona el principio de complementariedad entre el ordenamiento nacional y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos haciendo referencia la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *García Ibarra v. Ecuador*, en virtud del cual “en la jurisprudencia de la Corte [IDH], se ha desarrollado la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tiene la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’. De este modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso podría llegar ante el Sistema”⁵⁰.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, el Consejo de Estado considera que todo juez nacional no solo “debe respetar su propio ordenamiento jurídico sino que además debe realizar una ‘interpretación convencional’ para determinar si aquellas normas son ‘compatibles’ con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario [sin que la convencionalidad sea absoluta, ya que puede limitarse precisamente a la tutela interna de los derechos fundamentales, esenciales y a los principios democráticos básicos, tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Alemán en las sentencias *Solange I*, *Solange II*, *Maastricht*, *Lisboa*, entre otras]”⁵¹.

El último aparte en negrillas (subrayado en el original de la sentencia), hace énfasis en que la convencionalidad no puede ser absoluta, o en otras palabras, que no necesariamente debe prevalecer la interpretación convencional sobre las normas internas en todos los casos a los que se enfrenten las autoridades judiciales, sino que ello está limitado a la protección interna de los derechos fundamentales y a los principios democráticos, conclusión a la que se llega con fundamento en jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania.

La idea de que la convencionalidad no es absoluta constituye un elemento novedoso dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con la aplicación del control de convencionalidad, pues hasta el momento no había acotado de esta forma “la convencionalidad”. Es decir, aunque toma como punto de partida que los jueces no solo están

⁴⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 25 de febrero de 2016. Exp. 34791.

⁵⁰ *GARCÍA IBARRA vs. ECUADOR* (2015) citada por el Consejo de Estado en la Sentencia del 25 de febrero de 2016. Exp. 34791.

⁵¹ *GARCÍA IBARRA vs. ECUADOR* (2015) citada por el Consejo de Estado en la Sentencia del 25 de febrero de 2016. Exp. 34791.

sometidos al derecho nacional sino también a la Convención Americana, y en este sentido coincide con la postura de la Corte IDH, precisa que ese deber de convencionalidad no se predica respecto de todos los temas o en todos los casos, sino únicamente en aquellos en los que se esté limitando la protección de los derechos humanos y del principio democrático. Pese a que la Corte IDH no ha hecho una precisión en este sentido y con tal claridad, es posible afirmar que está implícito en el mandato de la Corte IDH, el cual se circunscribe a la garantía de los derechos, libertades y principios consagrados en la CADH.

2.1.4. *Deberes generales del estado*

Por otra parte, el Consejo de Estado coincide con la Corte Interamericana en que la realización del control de convencionalidad tiene una estrecha relación con los deberes generales del Estado en materia de Derechos Humanos.

En efecto, a juicio de la Corte Interamericana, los deberes generales de los Estados contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, sirven para justificar la existencia del control de convencionalidad, especialmente éste último que establece la obligación de los Estados de adecuar su ordenamiento interno a los términos de la CADH, de tal forma que el control de convencionalidad interno aparece como una herramienta eficaz y eficiente para su cumplimiento⁵².

No obstante, la relación que el Consejo de Estado encuentra entre la realización del control de convencionalidad y los deberes generales estatales está dirigida a que, a partir de la Convención Americana, el juez puede determinar los deberes estatales en materia de protección de derechos humanos.

En caso concreto el Consejo de Estado se refiere a la obligación asumida por los Estados Partes de la Convención Americana (art. 1.1.) de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, sumada a la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH a toda persona sujeta a su jurisdicción, mediante un aparato gubernamental, de instituciones y estructura del poder público que asegure jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a través de la prevención, investigación y sanción de las violaciones de derechos humanos, para lograr el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos⁵³.

De igual forma, se menciona el deber estatal de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales internos, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos y plenamente aplicables en el orden nacional los derechos y libertades reconocidos; en otras palabras, ajustar el derecho interno a esas disposiciones del ámbito internacional”⁵⁴, de conformidad a lo previsto en el artículo 2 de la Convención Americana.

Así las cosas, la Convención Americana adquiere una especial importancia en los casos en los que se analiza la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos pues ella contiene los deberes generales en esa materia, de tal forma que es un referente que el

⁵² Cfr. (2015) p. 34. Ver al respecto: *CASO ALMONACID ARRELLANO VS. CHILE* (2006), *ROSENDO CANTÚ VS. MÉXICO* (2010), *FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS. VS. MÉXICO* (2010).

⁵³ Consejo de Estado. Sección Tercera. 24 de junio de 2014. Exp. 26029.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. 24 de junio de 2014. Exp. 26029.

Consejo de Estado tiene en cuenta a la hora de fallar acciones de reparación directa en las que se busca la reparación de los daños causados a bienes jurídicos fundamentales, i.e. derechos humanos, lo que se traduce en la realización de un control de convencionalidad interno.

2.2. JUSTIFICACIÓN ESGRIMIDA POR EL CONSEJO DE ESTADO ADICIONAL A LA OFRECIDA POR LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Después de haber estudiado los argumentos que el Consejo de Estado ha expuesto en su jurisprudencia para justificar su rol como juez de convencionalidad y la necesidad de realizar un control de convencionalidad coincidentes con la línea argumentativa defendida por la Corte Interamericana, corresponde ahora explorar aquellas razones adicionales que también están presentes en las decisiones del alto tribunal colombiano.

Lo que se ha visto hasta el momento corresponde a argumentos sustentados en el Derecho Internacional Público y más concretamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que a su vez explica la coincidencia con la jurisprudencia interamericana.

Sin embargo, como se anunció, en el estudio jurisprudencial realizado se evidenció que el Consejo de Estado también justifica la realización del control de convencionalidad en argumentos eminentemente constitucionales reforzados por la gravedad e importancia de las circunstancias fácticas del caso que debe resolver.

Este segundo grupo de argumentos tiene una especial importancia puesto que constituyen una justificación del control de convencionalidad interno desde el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, el Consejo de Estado hizo un esfuerzo por verificar que la realización de este control –originado en un sistema regional de protección de derechos humanos– tuviera también asidero en la constitución y realidad colombiana.

Esfuerzo que debe ser altamente valorado si se tiene en cuenta que no hay un consenso sobre la existencia de un fundamento normativo convencional que expresamente establezca el deber de los Estados de realizar un control de convencionalidad interno respecto de sus normas nacionales y por parte de todas sus autoridades públicas, utilizando como parámetro de convencionalidad tanto el texto de la CADH como la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.2.1. *Bloque de constitucionalidad*

En el orden de ideas que se acaba de plantear, el Consejo de Estado acude a los artículos 93 y 94 de la Constitución Política colombiana, considerados como el fundamento normativo de la figura del bloque de constitucionalidad⁵⁵.

El alto tribunal colombiano considera que la realización del control de convencionalidad de las normas internas en el que el juez contencioso debe hacer un juicio de compara-

⁵⁵ El bloque de constitucionalidad puede entenderse como una herramienta jurídica que permite la integración de instrumentos de diferente naturaleza jurídica a la constitución material. Inicialmente, permitía a la Corte Constitucional la utilización de normas internacionales para el análisis de constitucionalidad de las leyes, no obstante, mediante un desarrollo jurisprudencial profuso (que inició en 1995) su alcance se fue ampliando y adquirió un relevante valor hermenéutico.

ción de estas con los instrumentos jurídicos internacionales⁵⁶, está justificado en el bloque ampliado de constitucionalidad. Esta idea, sumada a una interpretación sistemática de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, ha sido usada para justificar que actualmente en el derecho administrativo el énfasis está en los derechos de la víctima y no la actividad del Estado como tradicionalmente se ha entendido⁵⁷.

Se destaca que se usa el término de bloque ampliado de constitucionalidad que no corresponde literalmente con las categorías desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional –*stricto* (estricto) y *lato* (amplio) *sensu*– que ha sido donde se ha desarrollado la doctrina del bloque de constitucionalidad con fundamento en los artículos 93 y 94 superiores. Sin embargo, consideramos que el Consejo de Estado se refiere al bloque de constitucionalidad *lato sensu* pues en él incluye instrumentos internacionales de diferente jerarquía y no lo restringe a tratados internacionales ratificados por Colombia que versen sobre derechos humanos que no pueden ser suspendidos en los estados de excepción⁵⁸.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado utiliza el bloque de constitucionalidad en sentido amplio para justificar el deber de realizar un control de convencionalidad interno.

Pese a que no se da una explicación detallada en ese sentido, pudiera pensarse que ello se fundamenta en que el referido control se origina en la jurisprudencia de la Corte IDH, y tales decisiones no hacen parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, sino únicamente sentido lato. A este planteamiento, podría objetarse diciendo que el Consejo de Estado entiende que el deber de efectuar un control de convencionalidad interno se deriva del texto de la CADH y de los principios del Derecho Internacional, de tal forma que la jurisprudencia interamericana no crea el deber, sino que, a lo sumo lo cristaliza.

No obstante, el punto que se acaba de exponer merece un estudio ulterior que desborda la finalidad de esta investigación, por lo que se anima a otros autores a hacer un estudio en ese sentido.

Lo cierto es que, para el Consejo de Estado hay una estrecha relación entre el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, de tal forma que con fundamento en la Constitución los jueces contencioso-administrativos están en la obligación de realizar el control de convencionalidad interno.

En efecto, considera que el inciso primero del artículo 93 constitucional, hace una integración normativa –del Derecho Internacional en el nacional– que permite la aplicabilidad directa de las disposiciones sobre derechos humanos que hayan sido ratificadas por Colom-

⁵⁶ Aunque el Consejo de Estado no da una conceptualización de este término, sí da como ejemplos los tratados, los convenios y los acuerdos de protección de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, ya sea que estén incorporados al ordenamiento nacional o que se trate de normas de *ius cogens*.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. 3 de diciembre de 2014. Exp. 35413, reiterada en la Sentencia del 25 de febrero de 2016 Exps. 37226 y 34791.

⁵⁸ Al respecto pueden verse las sentencias Consejo de Estado. Sección Tercera. 26 de febrero de 2015. Exp. 28666, 25 de febrero de 2016. Exp. 37226, 3 de diciembre de 2014. Exp. 35413, 27 de febrero de 2013. Exp. 24734, 12 de febrero de 2014 Exp. 26013; 25 de febrero de 2016 Exp. 3479, 29 de febrero de 2016. Exp. 35298 y 25 de febrero de 2016 Exp. 36343.

bia, de tal forma que mediante el control de convencionalidad se verifique la efectividad de los derechos y garantías contenidas en esos instrumentos, que califica de supranacionales⁵⁹.

Así también, considera que a través del bloque de constitucionalidad se introducen al ordenamiento constitucional no solo la normativa internacional sobre derechos humanos sino también la interpretación que de ella se ha hecho por las cortes internacionales competentes, de donde se deriva la obligación de efectuar un control de convencionalidad a la conducta del Estado⁶⁰.

El Consejo de Estado, además de las normas convencionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, ha entendido que las normas consuetudinarias del DIH también hacen parte del bloque de constitucionalidad⁶¹. Esta visión aplicada por el Consejo de Estado va en consonancia con la Corte Constitucional quien ha considerado que las normas consuetudinarias del DIH hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, de allí que las haya usado como parámetro de constitucionalidad de leyes nacionales justificando por ejemplo la inexequibilidad de la expresión “debidamente señalados con los signos convencionales” de los artículos 156 y 157 de la Ley 599 de 2000⁶².

En este orden de ideas, se tiene que el Consejo de Estado ha encontrado en la figura del bloque de constitucionalidad un sustento jurídico desde el orden nacional para justificar la aplicación de normas internacionales y la necesidad de la realización de un control de convencionalidad que, como puede advertirse, no se limita a la aplicación de normas de la Convención Interamericana, sino que, además, abarca disposiciones internacionales de diferente naturaleza y origen.

Por otra parte, el Consejo de Estado entiende que “la jurisdicción interna, en ejercicio de la administración de justicia, está llamada a actuar como juez interamericano a nivel nacional en los casos de graves violaciones a derechos humanos”⁶³ y que, la necesidad de ejercer el control de convencionalidad se deriva de un imperativo internacional proveniente de la Convención Americana, pero al mismo tiempo destaca que esta convención es “fuente de derecho a nivel nacional, en razón del artículo 230 de la Constitución Política, lo que es posible, gracias a la articulación del sistema interamericano al ordenamiento jurídico, a través artículo 93 de la misma Carta”⁶⁴; lo que le permite al juez administrativo declarar la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños antijurídicos usando como fundamento normativo último la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁵ y de igual forma, vía excepción de inconstitucionalidad abstenerse de aplicar un acto administrativo por considerarlo contrario no solo a la Constitución sino también a la Convención Americana (artículos 1.1 y 2)⁶⁶.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 21 de noviembre de 2013. Exp. 29764.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. 21 de noviembre de 2013. Exp. 29764.

⁶¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 26 de febrero de 2015. Exp. 28666

⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007.

⁶³ Consejo de Estado. Sección Tercera. 21 de noviembre de 2013. Exp. 29764.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. 21 de noviembre de 2013. Exp. 29764..

⁶⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. 21 de noviembre de 2013. Exp. 29764.

⁶⁶ Así ocurrió en el Auto de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 22 de octubre de 2015. Exp. 42423, en el que se inaplicó el artículo 7° del Decreto 1303 de 2014 en lo referente a la Fiscalía Ge-

2.2.2. Prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal

En la construcción de este argumento, el Consejo de Estado acudió nuevamente a disposiciones constitucionales para justificar la realización del control de convencionalidad y su rol como juez de convencionalidad. Puntualmente, acudió al principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre los aspectos formales (artículo 228 C.P.) para justificar desde el derecho interno, la aplicación preferente de normas convencionales.

En efecto, el Consejo de Estado considera que en los casos en los que se debe valorarse “la ocurrencia de vulneraciones al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, procede ejercer un control de convencionalidad que permita la prevalencia de lo sustancial sobre los aspectos adjetivos, procesales, ya que de no hacerlo se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos al no garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente”⁶⁷.

Para reforzar este punto, el alto tribunal colombiano, acude a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Manuel Cepeda vs. Colombia, en la que se le llamó la atención al Consejo de Estado porque en uno de los casos no valoró “los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remetida en copia simple”⁶⁸. Todo esto, como lo señala el Consejo de Estado, está enmarcado en un proceso de constitucionalización de la responsabilidad del Estado que ha llevado a examinar cada uno de los elementos que le sirven de fundamento a la luz del Derecho Constitucional que a su vez ha venido aumentando su interacción con el Derecho Internacional y en particular con el DIH y el DIHD⁶⁹.

En desarrollo del anterior postulado, el Consejo de Estado ha flexibilizado el rigor aplicado a la hora de tener como válido material probatorio dentro de procesos en los que se estudia la posible violación de derechos humanos⁷⁰, utilizando como fundamento normativo los artículos 1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana a su vez sustentados en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política.

Bajo esta misma argumentación, el Consejo de Estado ha flexibilizado las reglas procesales para así poder reconocer como accionante a un menor de edad al que se le habían negado sus pretensiones en primera instancia puesto que el Tribunal no encontró prueba de su parentesco con la víctima⁷¹. En esta oportunidad, el Consejo de Estado entendió que su

neral de la Nación como destinataria de los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en los que estuviere involucrado el DAS.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. 25 de febrero de 2016. Exp. 34791.

⁶⁸ *MANUEL CEPEDA VS. COLOMBIA* (2010). También pueden verse: Consejo de Estado. Sección Tercera. s28 de agosto del 2013. Exp. 25022 y 28 de agosto de 2014. Exp. 32988.

⁶⁹ *MANUEL CEPEDA VS. COLOMBIA* (2010). También pueden verse: Consejo de Estado. Sección Tercera. s28 de agosto del 2013. Exp. 25022 y 28 de agosto de 2014. Exp. 32988.

⁷⁰ Por ejemplo, puede verse Consejo de Estado, Sentencia del 7 de septiembre de 2015, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 52892.

⁷¹ En este caso el apoderado de los demandantes sostuvo que dicha prueba fue debidamente anexada y relacionada en la demanda y que su falta en el expediente es imputable a los funcionarios encargados de la manipulación de este en sede de primera instancia; sin embargo, para efectos de sanear la presunta irregularidad, el

rol como juez de convencionalidad le imponía el deber de flexibilizar las normas procesales a fin de garantizar el interés superior del niño y la aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial.

En este orden de ideas, se tiene que el Consejo de Estado ha acudido al principio de la prevalencia del derecho sustancial aludiendo como fundamento normativo tanto normas de derecho constitucional como internacional, en un doble sentido: (i) por un lado para justificar la prevalencia de normas internacionales –como lo es una regla de la Corte Interamericana en una sentencia contra Colombia– y, (ii) por otro justificar la flexibilización de normas procesales internas en su rol de juez de convencionalidad.

Conviene poner de manifiesto que, con esta argumentación, el Consejo de Estado, dejó en evidencia, que las autoridades judiciales colombianas cuentan con fundamento constitucional para flexibilizar las reglas procesales cuando con su aplicación excesivamente rigurosa se esté poniendo en riesgo la garantía de un derecho humano.

2.2.3. *Justificación fáctica*

En una línea argumentativa distinta a la que se ha expuesto hasta el momento, el Consejo de Estado justifica la realización del control de convencionalidad no en cuestiones dogmáticas o teóricas, sino en la gravedad y carácter especial del caso que debe resolver.

Concretamente se pudo evidenciar que en casos en los que se discute la realización de delitos de lesa humanidad⁷², graves violaciones a los derechos humanos⁷³, protección a la población civil durante el conflicto armado⁷⁴ y la violación de los derechos de los niños⁷⁵, el Consejo de Estado entiende que es necesario aplicar el bloque de convencionalidad para determinar la responsabilidad estatal. En este tipo de circunstancias el Consejo de Estado hace un estudio pormenorizado de los hechos y es a partir de ellos que entra a justificar la necesidad de realizar el referido control.

De allí que, una vez se determina que se trata de una controversia en la que está de por medio la realización de un acto de lesa humanidad que lesiona gravemente los derechos humanos, surge para el juez nacional el deber de efectuar un control de convencionalidad y así, en tanto juez de convencionalidad, se deriva la competencia para pronunciarse oficiosamente “sobre el contexto amplio que involucra esta situación, lo que implica la declaratoria de responsabilidad del Estado respecto de aquellos daños antijurídicos que le sean atribuibles, siempre que guarden relación o vínculo con este contexto”⁷⁶.

Obrando como juez de convencionalidad, el juez nacional, al enfrentarse a un caso de tal magnitud, debe considerar a la sociedad como un todo y no solo fijarse en los sujetos

registro fue aportado junto al memorial presentado al Consejo de Estado. Sección Tercera. 29 de febrero de 2016. Exp. 35298

⁷² Consejo de Estado. Sección Tercera. 3 de diciembre de 2014. Exp. 35413.

⁷³ Consejo de Estado. Sección Tercera. 21 de noviembre de 2013. Exp. 29764 y 26 de febrero de 2015 Exp. 28666.

⁷⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de febrero de 2014. Exp. 26013.

⁷⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. 28 de agosto de 2014. Exp. 26251. Sobre este tema también puede verse Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. 3 de diciembre de 2014. Exp. 35413.

individualmente considerados que de forma concreta vieron vulnerados sus derechos por la acción u la omisión del Estado. Es con fundamento en ello, el Consejo de Estado dicta medidas generales no pecuniarias que están dirigidas a la sociedad y a la humanidad, sin que ello implique el reconocimiento de indemnizaciones particulares respecto de quienes no han promovido la pretensión contenciosa de reparación directa, por tratarse de intereses privados de cada víctima⁷⁷.

Similar argumentación se dio cuando se debió resolver un caso en el que se discutía la violación de derechos de niños, en donde el Consejo de Estado señaló que son sujetos de una especial y prevalente protección tanto en el ámbito nacional como en el internacional. De allí que entienda que:

“La decisión del juez administrativo estará sustentada en la observancia de los instrumentos jurídicos internacionales, bien sea que se encuentren incorporados mediante una ley al ordenamiento nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de ‘ius cogens’, de manera que se consolide el principio de legalidad ampliado, no un simple principio de legalidad sujeto al bloque de constitucionalidad, sino que se invoca su ampliación con base en el bloque de convencionalidad, a cuyos estándares debe obedecer la actuación u operación administrativa en el Estado Social y Democrático de Derecho, mucho más cuando se trata de sujetos de especial protección como sucede en el caso que en esta oportunidad ocupa a la Sala”⁷⁸.

De igual forma, el alto tribunal ha reconocido la especial importancia que tienen los casos en los que se discute la efectiva protección de la población civil dentro del conflicto armado interno, al señalar que se trata de un asunto que “no está reducido a los contornos de nuestra Carta Política, sino que se extiende a las cláusulas que en el derecho internacional público se consagran tanto en el ámbito internacional humanitario, como en el de la protección de los derechos humanos”⁷⁹. El Consejo de Estado entiende que la protección de la población civil está prevista en la Constitución Política (artículos 1, 2, 93 y 94) “así como en los instrumentos jurídicos internacionales que en consideración del bloque ampliado de constitucionalidad, a su ratificación y al control de convencionalidad debe cumplir el juez contencioso administrativo, tanto en materia de derechos humanos, como de derecho internacional humanitario”⁸⁰.

Así las cosas, se evidenció que en algunas ocasiones el Consejo de Estado justifica la realización del control de convencionalidad mediante la aplicación de la Convención Americana⁸¹ y su consecuente rol de juez de convencionalidad, en los hechos mismos que dan

⁷⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. 3 de diciembre de 2014. Exp. 35413.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. 28 de agosto de 2014. Exp. 26251.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de febrero de 2014. Exp. 26013

⁸⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de febrero de 2014. Exp. 26013.

⁸¹ Como pudo observarse, el Consejo de Estado no limita el control de convencionalidad a la aplicación de la Convención Americana y jurisprudencia interamericana, sino que entiende que también deben aplicarse otros instrumentos del Derecho Internacional de Derechos Humanos e incluso del Derecho Internacional Humanitario. Al respecto pueden verse Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de febrero de 2014. Exp. 26013 y 26 de febrero de 2015. Exp. 28666.

origen a su decisión, ya sea por la calidad de los sujetos involucrados o por la gravedad de la violación de derechos humanos.

CONCLUSIONES

1. El Consejo de Estado colombiano ha asumido un rol activo como juez de convencionalidad, haciendo suyos los argumentos dados por la Corte Interamericana para justificar el deber estatal de realizar un control de convencionalidad interno pero, además, ofreciendo otros argumentos que tienen en consideración el ordenamiento jurídico colombiano. En particular, ha acudido a la figura del bloque de constitucionalidad con fundamento en el artículo 93 superior y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como al artículo 28 de la Constitución Política que consagra el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho formal. Estos argumentos han sido esgrimidos por el Consejo de Estado tanto para justificar en general su papel como juez convencional, pero también, y quizás aún más importante, para justificar la utilización de la jurisprudencia interamericana en casos concretos.

2. Las características fácticas del caso concreto tienen especial relevancia para el Consejo de Estado a la hora de justificar la realización del control de convencionalidad. Esta línea argumentativa es importante si se tiene en cuenta que en el plano práctico para las autoridades judiciales resulta prácticamente imposible realizar un control de convencionalidad en cada uno de los casos que llegan a su conocimiento, de allí que es fundamental la identificación de elementos, fácticos o normativos, que permitan determinar si el caso en concreto debe ser resuelto con fundamento en la Convención Americana y en la jurisprudencia interamericana. Con esto no se quiere decir que solo en ciertos casos debe respetarse la CADH, sino que, la aplicación del control de convencionalidad, con el rigor que implica, no necesariamente debe tener lugar en todos los casos, sino que, las normas nacionales son suficientes para resolver la mayoría de los casos sin que ello implique una contradicción con la Convención Americana. Lo contrario, equivaldría a asumir que los ordenamientos jurídicos de los Estados son mayoritariamente inconvencionales.

3. Aunque la Corte Interamericana no ha utilizado los hechos del caso como criterios para determinar si era necesario o no que el Estado realizara un control de convencionalidad interno, aparece razonable inferir, tanto de su jurisprudencia como de su mandato, que únicamente pretende intervenir en asuntos en los que presuntamente hay una violación de derechos o libertades reconocidas por la Convención Americana. Este criterio puede servir de guía a las autoridades estatales a la hora de identificar los casos en los que se requiere verificar con detenimiento mediante el control de convencionalidad, la adecuación con la CADH.

4. Consideramos que el esfuerzo argumentativo del Consejo de Estado y, en general de las autoridades nacionales, para justificar la realización del control de convencionalidad tiene la capacidad de incidir en su afectividad y legitimidad, especialmente si se tiene en cuenta que la Convención Americana no establece expresamente el deber de realizar un control de convencionalidad que tenga como parámetro la jurisprudencia de la Corte IDH. De igual forma, consideramos valioso que la Corte Interamericana tenga en cuenta los ar-

gumentos esgrimidos por los tribunales nacionales para que, dentro de un ámbito de diálogo judicial constructivo, se continúe fortaleciendo y moldeando la doctrina del control de convencionalidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, N° 2: pp. 531-532.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2011): “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 28: pp. 123-159.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina (2010): “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas desde el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 128: pp. 796-798.
- MALARINO, Ezequiel (2010): “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en ELSNER, Gisela y AMBOS, Kai (coord.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (Montevideo, Fundación Konrad Adenauer), pp. 425-446.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “Desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 135: p. 1168.
- REY CANTOR, Ernesto (2008): *Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, (México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional).
- SAGÜÉS, Néstor (2010): “*Dificultades operativas del Control de Convencionalidad en el sistema interamericano*” (La Ley, Tomo 2010-D).
- SAGÜÉS, Néstor (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales* N° 1: pp. 117-136.
- SUÁREZ OSMA, Ingrid (2015): “Control de Convencionalidad” en IBÁÑEZ (edit.), *Control de Convencionalidad y Autoprecedente Interamericano*, (Chía, Universidad de La Sabana) pp. 38-99.
- THURY CORNEJO, Valentín (2012): “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana”, en Jornadas argentino-chileno- peruano-uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional. Montevideo Uruguay, 17 y 18 de 2011, sesión III. Disponible en: <http://cedecu.edu.uy/uploads/media/mdCategory/bebf264aa42b3aa85e5afdcd20370855.pdf>, fecha de consulta: 15 de mayo de 2013.
- VÍTOLO, Alfredo (2013): “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’ –acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’”, *Revista Pensamiento Constitucional*, vol. 28, N° 18: pp. 357-380.

JURISPRUDENCIA CITADA

JURISPRUDENCIA CORTES INTERNACIONALES

ALMONACID ARRELLANO VS. CHILE. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

BOYCE VS. BARBADOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N° 204.

BAZÁN, Víctor (2012) en “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, disponible en: http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Ponencia_V%C3%ADctor_Baz%C3%A1n.pdf Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2014.

FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS VS. MÉXICO. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C N° 215.

GELMAN VS. URUGUAY. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221.

MACK CHANG VS. GUATEMALA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 25 de noviembre de 2003. serie C N° 101.

MANUEL CEPEDA VS. COLOMBIA Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 26 de mayo de 2010. serie C N° 213.

MASACRES DE RÍO NEGRO VS. GUATEMALA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 4 de septiembre de 2012. serie C N° 250.

MASACRE DE SANTO DOMINGO VS. COLOMBIA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 30 de noviembre de 2012. serie C N° 259.

OLMEDO BUSTOS VS. CHILE. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.

ROSENDO CANTÚ VS. MÉXICO. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C N° 216.

ROCHAC HERNÁNDEZ Y OTROS VS. EL SALVADOR. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 14 de octubre de 2014. serie C N° 285.

TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO (AGUADO ALEARO Y OTROS) VS. PERÚ. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.

VARGAS ARECO VS. PARAGUAY, Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 155.

Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita 29 de marzo de 1996.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Consejo de Estado, Sentencia del 27 de febrero de 2013, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio, exp. 24734.

Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto del 2013, Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 25022.

Consejo de Estado, Sentencia del 21 de noviembre de 2013, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, exp. 29764.

Consejo de Estado, Sentencia del 29 de enero de 2014, Consejero Ponente: Hernan Andrade Rincon, exp. 33806.

- Consejo de Estado, Sentencia del 12 de febrero de 2014, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 26013.
- Consejo de Estado, Sentencia del 12 de febrero de 2014, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 40802.
- Consejo de Estado, Sentencia del 24 de junio de 2014, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, exp. 26029.
- Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 26251.
- Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto del 2014, Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, exp. 32988.
- Consejo de Estado, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 31250.
- Consejo de Estado, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 28505.
- Consejo de Estado, Sentencia del 3 de diciembre de 2014, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 35413.
- Consejo de Estado, Sentencia del 26 de febrero de 2015, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 28666.
- Consejo de Estado, Sentencia del 7 de septiembre de 2015, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 52892.
- Consejo de Estado, Sentencia del 22 de octubre de 2015, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 42423.
- Consejo de Estado, Sentencia del 25 de febrero de 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 34791.
- Consejo de Estado, Sentencia del 25 de febrero de 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 36343.
- Consejo de Estado, Sentencia del 25 de febrero de 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 37226.
- Consejo de Estado, Sentencia del 29 de febrero de 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 35298.
- Consejo de Estado, Sentencia del 24 de octubre de 2016, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Botero, exp. 53057.
- Consejo de Estado Sala Plena, Sentencia del 15 de noviembre de 2017, Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortés, exp. 1131-2014.
- Corte Constitucional, Sentencia del 19 de mayo de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-578.
- Corte Constitucional, Sentencia del 25 de abril 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, Sentencia C-291.
- Corte Constitucional, Sentencia del 25 de mayo 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C-442.
- Corte Constitucional. Sentencia del 16 de julio de 2014. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, Sentencia C-500.