



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE  
**DERECHO**<sup>®</sup>

■ ESTUDIOS

Filosofía de Derecho  
Derecho Comercial  
Derecho Administrativo  
Derecho Penal  
Derecho Internacional  
Derecho Civil  
Teoría del Derecho

■ RECENSIONES

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

# REVISTA CHILENA DE DERECHO®

Pontificia Universidad Católica de Chile

## COMITÉ EDITORIAL

**Enrique Alcalde Rodríguez** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Felix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **Pierre Bon** (Université de Pau) - **Bernardino Bravo Lira** (Universidad de Chile) - **Amelia Castresana** (Universidad de Salamanca) - **José Luis Cea Egaña** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Hernán Corral Talciani** (Universidad de los Andes de Chile) - **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 †** (Université de Paris I) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **Johann Christian Pielow** (Ruhr-Universität Bochum) - **Etienne Picard** (Université de Paris I) - **Gonzalo Rojas Sánchez** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Alejandro Romero Seguel** (Universidad de los Andes de Chile) - **Francisco Samper Polo** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Jürgen Samtleben** (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) - **Torsten Stein** (Universität des Saarlandes) - **Andreas Wacke** (Universität zu Köln) - **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](mailto:redaccionrhd@uc.cl)

Ventas y suscripciones: [ventasrhd@uc.cl](mailto: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](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_serial&pid=0718-3437&lng=es&nrm=iso)

# ÍNDICE

## Volumen 47 N° 3

### ■ EDITORIAL

PAÚL, Álvaro: *Revisión preliminar de manuscritos* [V-VI]

### ■ ESTUDIOS

#### Filosofía del Derecho

FUENTES CARO, Eduardo: *Verdad, deliberación y ley natural en La Forma del Derecho de Fernando Atria* [621-640]

MADRID RAMÍREZ, Raúl: *La libertad de cátedra de las universidades con ideario religioso: objeciones y respuestas* [641-662]

#### Derecho Comercial

MANTEROLA, Pablo: *Causales estatutarias del derecho de retiro en la sociedad anónima: análisis de los tipos de cláusulas estatutarias* [663-685]

PALACIO, Marcela y GAVIRIA, Juan Antonio: *las medidas tecnológicas de protección: la implementación del Perú* [687-706]

#### Derecho Administrativo

ORTEGA GARCÍA, Erick y ARIAS GAYOSO, Grethel: *Estudio comparado sobre los sujetos y contenido de los derechos en la normativa cementerial mexicana, argentina y chilena. Contrastes desde su reglamentación en Cuba* [707-731]

#### Derecho Penal

MALDONADO FUENTES, Francisco: *Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos* [733-755]

#### Derecho Internacional

SCHÖNSTEINER, Judith; MARTÍNEZ, Vicente y MIRANDA, Carlos: *Atribuibilidad al estado de Chile de actos y omisiones de sus empresas públicas del sector extractivo a la luz de la jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos* [757-783]

#### Derecho Civil

CAMPOS MICIN, Sebastián Nicolás: *Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la Ley N° 19.496, con especial referencia a su artículo 16 letra g). Bases para una diferenciación entre el control de contenido y el de sorpresividad* [785-808]

## Teoría del Derecho

CÁRDENAS GÓMEZ, Olga Carolina y JIMÉNEZ RAMÍREZ, Milton César: *Derecho y Ciencia: La racionalidad científica como fundamento de la decisión judicial en el ordenamiento jurídico colombiano* [809-820]

## Derecho Penal

GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo: *Relevancia del elemento "interés o provecho" en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile* [821-848]

## Derecho Administrativo

GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda: *Los interesados en los procedimientos administrativos sancionadores* [849-872]

## Derecho Internacional

LERTORA PINTO, Francisco: *Delineation process of the extended continental shelf: an interpretation of article 76, paragraph 6, of UNCLOS* [873-899]

## ■ RECENSIONES

PATIÑO REYES, Alberto: *Borgoño, Cristián (2018): Cristianismo y Derechos Humanos. Influencias recíprocas, desafíos comunes (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile) 250 pp.* [901-904]

TOMARELLI, Feliciano: *López Díaz, Patricia (2019): La tutela precontractual del acreedor. Una aproximación desde el Código Civil chileno y su interrelación con la tutela contractual (Santiago, Thomson Reuters) 304 pp.* [905-909]

SOTO VELASCO, Sebastián. *Palanza, Valeria (2019): Checking Presidential Power. Executive Decrees and the Legislative Process in New Democracies (Cambridge, Cambridge University Press) 245 pp.* [911-914]

## ■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DIBARRART F., Miguel J.: *Los herederos no requieren del consentimiento de los demás para disponer de su cuota hereditaria referida a un inmueble* [915-923]

LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián: *El asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico. Comentario de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 1 de octubre de 2018* [925-951]



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

## EDITORIAL

### REVISIÓN PRELIMINAR DE MANUSCRITOS

La Revista Chilena de Derecho publica unas trescientas páginas por número, cerca de mil por volumen. Gracias a Dios, ella recibe un número significativo de manuscritos que buscan ser publicados. Si el Comité de Redacción los enviara todos a arbitraje, procesaría más artículos de los que se pueden publicar en cada número, y como no está en el plan de desarrollo de la Revista aumentar su extensión, solo hay tres modos de manejar este alto número de manuscritos. La primera sería procesarlos todos, quedándonos con una lista de espera significativa, demorando así la publicación de artículos. Esta solución –si pudiera considerarse como tal–, tendría el efecto negativo de hacer menos vigentes los artículos que publicamos. Además, a nuestro juicio, sería injusto para los autores. Una segunda solución es la de cerrar la recepción de artículos en ciertos períodos del año, pero no quisiéramos perder buenos trabajos por el solo hecho de que fueron terminados en un momento del año que no nos acomoda. La tercera solución, que es la que adoptó la Revista, es la de revisar los trabajos antes de enviarlos a arbitraje, para filtrar manuscritos según cuestiones formales o de fondo. Esta revisión preliminar es parte ordinaria de la labor de un editor<sup>1</sup>.

Las Normas Editoriales de la Revista se refieren a esta primera revisión. En efecto, la norma 1.2.1 dispone:

**Revisiones preliminares.** El Comité de Redacción de la Revista revisará preliminarmente si los trabajos cumplen con las normas y políticas editoriales, si están bien escritos, y si son atingentes, novedosos y capaces de generar impacto. El Comité podrá rechazar, preliminar o definitivamente, los trabajos que no cumplen con lo referido anteriormente. [...]

Esta norma hace referencia a varios elementos que el Comité de Redacción revisa. El primero es que el manuscrito cumpla con “**las normas y políticas editoriales**”. Para resolver esto, el Comité analiza si se cumple con exigencias específicas de las Normas Editoriales, como son, por ejemplo: a) que el trabajo sea de investigación, original e inédito, y relacionado con las especialidades dogmáticas del Derecho (1.1.1.); b) que el manuscrito no efectúe estudios o propuestas de *lege ferenda* ni se base de forma importante en un informe en Derecho (1.1.2.), y c) que hayan transcurrido más de 12 meses desde la última publicación de uno o más de los autores del trabajo (1.1.8). También se analiza si el manuscrito, siendo a grandes rasgos compatible con el *ethos* de la Pontificia Universidad Católica de Chile, contribuye al avance de la ciencia jurídica.

Para evaluar si el trabajo es “**atingente**”, el Comité revisa si el manuscrito se enmarca en una de las áreas de interés de la Revista, con lo que se excluyen especialidades como la sociología del Derecho. También evalúa si el trabajo tiene la forma y objetivos de los cuatro tipos de escritos que publica la Revista, es decir, si se trata de un estudio dogmático, un

<sup>1</sup> SCOPUS (2014): *Frequently Asked Questions (FAQ's): The Role of an Editor*, pp. 10 y 11. Disponible en: [https://www.elsevier.com/\\_data/assets/pdf\\_file/0005/95117/SC\\_FAQ-Role-of-an-Editor-22092014.pdf](https://www.elsevier.com/_data/assets/pdf_file/0005/95117/SC_FAQ-Role-of-an-Editor-22092014.pdf). Fecha de consulta: 14 de diciembre de 2020.

comentario de jurisprudencia, un ensayo o una crónica. Además, atendido que la Revista Chilena de Derecho busca ser de naturaleza científica, evita publicar artículos principalmente descriptivos, salvo que sean de gran importancia para la doctrina.

El tercer elemento que se revisa es la **novedad** del trabajo. Al analizarlo, el Comité procura que los manuscritos no sean similares a otros que hayan sido recientemente publicados en la Revista. Además, en materia sustantiva, evalúa si, *prima facie*, el trabajo “versa sobre un tema o aspecto importante o relevante en su materia”, y si es creativo e innovador. Estos son criterios que se le exige revisar a los árbitros, y que el Comité de Redacción evalúa preliminarmente, para así evitar el arbitraje de trabajos que serían probablemente rechazados. Este descarte de contribuciones tiene las siguientes finalidades: a) que, cuando los manuscritos tengan pocas probabilidades de publicación en la Revista, se entregue a los autores una respuesta rápida que les permita someter su trabajo a la consideración de otra revista, evitándoles perder los dos o más meses que dura el proceso de arbitraje; b) ahorrarle a la Revista los costos relevantes que el proceso de arbitraje conlleva, y c) procurar que nuestros árbitros no sean sobrecargados innecesariamente.

En relación con la **capacidad de generar impacto**, el Comité de Redacción evalúa diversos factores, tales como el área y el tema desarrollado en el manuscrito, para tratar de predecir si generará interés o si es susceptible de crear una cierta discusión jurídica. También se procura que la materia tratada no sea de relevancia exclusivamente local, de modo que el contenido pueda ser atractivo para un público internacional. Sin perjuicio de esto, se pueden aceptar trabajos que, aunque traten de un tema local, sean relevantes o extrapolables a realidades existentes en otros ordenamientos jurídicos. Existen revistas que, al analizar el potencial impacto, consideran el “índice h” de los autores de cada manuscrito, pero actualmente la Revista Chilena de Derecho no toma en consideración dicho elemento, y le basta con que los autores cuenten con un grado académico en Derecho (en el caso de trabajos con varios autores, basta con que uno lo tenga).

Además de lo anterior, la Revista considera criterios impuestos por sistemas de indexación, por ejemplo, que menos de un 20% de los trabajos citables que se publiquen sean de autores afiliados a la Pontificia Universidad Católica de Chile, para así evitar la endogamia. La Revista también tiene presente otros criterios fácilmente comprensibles, como que exista diversidad en las materias de los artículos que se publican, en atención a que la Revista Chilena de Derecho es de carácter general. También se espera que cada número contenga el trabajo de autores de ambos sexos.

Los criterios antes descritos son aplicados por el Comité de Redacción, formado actualmente por cuatro personas que son doctores o cuentan con estudios de doctorado. Esto contribuye a que las decisiones de la Revista no sean arbitrarias.

La tarea de rechazar trabajos es ingrata, pues los autores difícilmente quedarán conformes con una respuesta negativa. Por eso, este editorial busca transparentar nuestros procesos, para que se haga más fácil aceptar las negativas de publicación. Esperamos también dejar en claro que, aunque la Revista decida rechazar un trabajo, ello no implica necesariamente un juicio sobre la calidad de sus autores ni del trabajo que invirtieron en su redacción.

ÁLVARO PAÚL

*Director de la Revista Chilena de Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile*

# VERDAD, DELIBERACIÓN Y LEY NATURAL EN *LA FORMA DEL DERECHO* DE FERNANDO ATRIA

## *TRUTH, DELIBERATION, AND NATURAL LAW ON FERNANDO ATRIA'S LA FORMA DEL DERECHO*

EDUARDO FUENTES CARO\*

**RESUMEN:** ¿Hay algo inapropiado en referir a la verdad en la deliberación política democrática? En este artículo queremos analizar la propuesta de Fernando Atria al respecto. Sostenemos que la verdad moral se disuelve en la política. En pocas palabras, eso quiere decir que la verdad moral existe pero solo se presenta como el resultado de la deliberación política. Luego, concluye que la ley natural se reduce a la política democrática. Por ende, no se puede emplear “dogmáticamente”. Argumentaremos que la posición atriana adolece del defecto de no prestar atención al papel de las creencias que vuelven inteligibles los contextos deliberativos. En consecuencia, defendemos la legitimidad en principio del uso “dogmático” de la verdad en la deliberación política, y específicamente de la ley natural.

**Palabras clave:** verdad, democracia, deliberación política, ley natural, Fernando Atria.

**ABSTRACT:** Is it inappropriate to appeal to truth within democratic political deliberation? In this article we will analyze Fernando Atria's proposal. Atria's thesis is provocative: moral truth dissolves into politics. Briefly, it means that while there is moral truth, it only shows itself as the result of political deliberation. Then, he concludes that natural law reduces to democratic politics. Thus, it cannot be used “dogmatically”. We will argue that Atria's position suffers from not paying attention to the role of those beliefs that render deliberative contexts intelligible. Therefore, *pace* Atria, we defend the in principle legitimacy of the “dogmatic” use of truth in political deliberation, and particularly in regards to natural law.

**Keywords:** truth, democracy, political deliberation, natural law, Fernando Atria.

## I. INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la relación entre la verdad y la política? Más específicamente, ¿hay algo inapropiado en referir a la verdad en la deliberación política democrática? Hay una larga tradición en teoría política que ve una tensión entre democracia y verdad<sup>1</sup>. El motivo de la tensión no es difícil de ver. Una vez que una proposición ha sido identificada como verdadera ya no tiene sentido seguir deliberándola, y por lo tanto las posiciones contrarias quedan marcadas como equivocadas. La democracia, por otra parte, requiere que nos relacionemos entre nosotros como iguales, lo que implicaría tomar en consideración los juicios de todos.

\* Doctor en Filosofía por la Universidad de los Andes. Actualmente es miembro del Departamento de Filosofía, Facultad de Ciencias Religiosas y Filosofía, Universidad Católica de Temuco. Código Orcid 0000-0003-2361-3750. Dirección postal: Casilla 15 D, Temuco, Chile. Dirección electrónica: eduardo.fuentes@uct.cl.

<sup>1</sup> Véase ARENDT (1961), RORTY (1983), RAWLS (2005).

No habría problema si todos estuviéramos de acuerdo acerca de qué juicios son verdaderos, pero eso equivaldría a un mundo donde no habría necesidad de política.

En este artículo queremos analizar la propuesta de Fernando Atria al respecto. Ella pretende ser un avance en nuestra comprensión del papel de la verdad en la deliberación política, ofreciendo una vía media entre el escepticismo y el dogmatismo. La tesis de Atria es provocadora: la verdad moral se disuelve en la política. En pocas palabras, eso quiere decir que la verdad moral existe pero solo se presenta como el resultado de la deliberación política. Fuera de ella carece de sentido, políticamente hablando. Todavía más, fuera de ella equivale a una falta del respeto que nos debemos como ciudadanos. Atria enmarca su tesis dentro de una teoría general del derecho, empleándola para –entre otras cosas– explicar en qué consiste la ley natural. Nosotros nos enfocaremos en la solidez de la tesis principal, pero indicaremos cómo de nuestra crítica se siguen serios problemas para su teoría sobre la ley natural.

La estructura del artículo es la siguiente. Primero, presentamos la tesis de Atria, reconstruyéndola en la versión que nos parece más fuerte. Segundo, analizamos el modo en que su teoría de la ley natural busca resolver el problema de las decisiones injustas, al introducir el sentido “anticipatorio” de la deliberación política. Tercero, argumentamos que la posición atriana adolece del defecto de no prestar atención al papel de las creencias que vuelven inteligible los contextos deliberativos. En consecuencia, contra Atria, defendemos la legitimidad en principio del uso “dogmático” de la verdad en la deliberación política. Cuarto, introducimos un concepto alternativo de respeto político que permite una deliberación respetuosa a pesar de la inevitabilidad del uso “dogmático” de la verdad; finalmente, mostramos cómo dicho uso afecta el lugar de la ley natural en la deliberación política.

## II. LA TESIS DE ATRIA

Para Atria, los enemigos de la verdad en la política son de dos tipos. Por un lado están los escépticos, que niegan la existencia de la verdad; por el otro, los dogmáticos, que la afirman para negar el derecho de otros a sostener opiniones contrarias. Lo común a ambos grupos es que afirman la independencia de la verdad y la política. Los primeros nos dicen que son independientes porque en política no tiene sentido afirmar que algo es verdadero: la política se trata de negociación de intereses particulares. El emotivista, que cree que los juicios morales son solo expresiones de emociones sin contenido cognitivo, es un ejemplo paradigmático para Atria<sup>2</sup>. Uno de los correlatos institucionales del escepticismo son las teorías puramente agregativas de la democracia, puesto que tratan los votos como preferencia inanalizables<sup>3</sup>. Si no hay una verdad a la que se pueda llegar la deliberación deviene irrelevante, y en el peor de los casos perjudicial. En el plano jurídico, el correlato es el neo-constitucionalismo, que implica que “las cuestiones más importantes de la vida en

---

<sup>2</sup> Véase MACINTYRE (1987).

<sup>3</sup> Véase DAHL (1989).

común deben ser solucionadas no por deliberación pública sino por negociación sujeta al control de un juez”<sup>4</sup>.

Los segundos aceptan la existencia de la verdad, pero creen que “la verdad es algo que se presenta, por así decirlo, inmediatamente a la razón”<sup>5</sup> y por lo tanto solo pueden entender el desacuerdo patológicamente. Dado que usan la verdad como premisa, no verían razón para deliberar con quienes están en el error. Ambas posiciones negarían la posibilidad de “producir formas de comunidad basadas en el reconocimiento recíproco”<sup>6</sup>, dejando espacio solo para la acción estratégica.

El error común a escépticos y dogmáticos es no entender la diferencia entre el uso apelativo y el uso constitutivo de la verdad. Funciona apelativamente “cuando la referencia a ella pretende reemplazar la necesidad del argumento”<sup>7</sup>; funciona constitutivamente “cuando la referencia a ella opera no **dentro** de la práctica argumentativa sino como **uno de sus supuestos**”<sup>8</sup>. Si H le dice a O “debemos hacer  $x$  porque  $x$  es la respuesta verdadera”, H está usando la verdad en el primer sentido: la emplea como una premisa en la argumentación. La verdad funciona constitutivamente cuando H refiere a ella para señalar que la práctica misma de la argumentación con O supone que hay una verdad a encontrar.

Atria sostiene que en política la verdad solo puede emplearse constitutivamente. La razón es que, como Hobbes notó, porque “la verdad nunca aparece en política *in propriam personam*, ella misma es (políticamente) irrelevante”<sup>9</sup>. Cuando alguien afirma que “los impuestos son trabajo forzado”<sup>10</sup> o que “el socialismo es moralmente superior al capitalismo”<sup>11</sup> es irrelevante la convicción con la que crea ambas proposiciones: para un tercero siempre aparecen como sus creencias. La “gramática” de las creencias lo dictamina. Atria argumenta que creer que  $p$  es equivalente a creer que es verdadero que  $p$ , por lo que afirmar “creo que  $p$  pero no es verdad que  $p$ ” carecería de sentido. La creencia es transparente a la verdad: la expresión “y es verdad que  $p$ ” no agregaría nada a “creo que  $p$ ”<sup>12</sup>. Pero, entonces, cuando alguien afirma que sus creencias son verdaderas no nos está dando más información que la que nos dió cuando nos las hizo conocidas. El punto político relevante es que cuando H pide a O que se someta a lo que H afirma como verdadero está, desde el punto de vista de O, pidiendo que se someta a las creencias de H. Frente a “es verdad que  $p$ ” el oyente puede siempre reemplazar “es su creencia que  $p$ ”. Para O ambas expresiones son intercambiables, aunque no lo sean desde el punto de vista de H<sup>13</sup>.

Más adelante examinaremos por qué debe usarse constitutivamente; por el momento reconstruiremos su razonamiento contra el uso apelativo. Fundamentalmente, el uso

<sup>4</sup> ATRIA (2016) p. 391.

<sup>5</sup> ATRIA (2016) p. 368

<sup>6</sup> ATRIA (2016) p. 369

<sup>7</sup> ATRIA (2016) p. 364.

<sup>8</sup> ATRIA (2016) p. 364.

<sup>9</sup> ATRIA (2016) p. 362.

<sup>10</sup> Véase NOZICK (1974).

<sup>11</sup> Véase COHEN (2009).

<sup>12</sup> En este punto Atria refiere a FINNIS (1983).

<sup>13</sup> La misma idea se encuentra en NAGEL (1987).

apelativo de la verdad atenta contra nuestra igual dignidad. Dado que las creencias son transparentes a la verdad, defender una ley coercitiva solo apelando a su verdad equivale a defender que los otros deben someterse a nuestras creencias, luego, que ellos vivan en conformidad a nuestra voluntad y no la suya. Claro, a nosotros "la ley es justa" se nos presenta como una verdad, y por lo tanto no creemos estar imponiendo nuestra voluntad. Empero, como acertadamente señala Nagel<sup>14</sup>, desde el punto de vista de los otros nuestra acción así sería descrita. Nótese que afirmar que nuestra descripción debe ser preferida solo reitera el problema un nivel más arriba.

Ahora bien, ¿por qué someterse a una ley que se le aparece solo como la creencia de H atentaría contra la dignidad de O? En otras palabras, ¿qué hay de malo en someterse a la opinión de otros? La respuesta de Atria lo asemeja, a pesar de que él no lo explicita, con la tradición del liberalismo justificatorio<sup>15</sup>. Afirma que "[l]o que define a lo político es el reconocimiento del otro como igual"<sup>16</sup>; de lo que concluye que "no basta que yo esté convencido de la verdad de  $x$  para que pueda exigir al otro que viva conforme a  $x$ : le debo (a él) hacer transparente (para él) el hecho de que  $x$  es bueno, de modo que para él vivir conforme a  $x$  no sea vivir conforme a mi voluntad sino vivir conforme a lo que realiza su propia naturaleza, es decir, lo que él realmente quiere"<sup>17</sup>.

Suponiendo, como parece plausible, que Atria piensa que la legitimidad (el derecho de la autoridad política para mandar, incluso mediante coerción) se funda en el (o al menos depende del) respeto a la igual dignidad, se sigue que él podría formular el siguiente criterio de legitimidad: el uso del poder político es legítimo solo si su justificación no emplea la verdad apelativamente. En otras palabras, solo si se le justifica a cada persona mediante razones que ella podría aceptar<sup>18</sup>.

A primera vista el argumento parece razonable. ¿Cómo se podría respetar nuestra igual dignidad si nuestras justificaciones del poder político no son aceptables para todos? ¿Acaso no sería experimentado como meramente privilegiar las creencias propias? Respetar la dignidad, dice Atria, consiste en que "cada uno reconoce que la confianza que tiene en su juicio a la hora de pesar las razones no tiene porqué ser aceptada por el otro"<sup>19</sup>. Así, no justificarle al otro nuestros juicios sería faltarle el respeto porque equivaldría, en los términos de Scanlon, a afirmar que "no tendría el mismo derecho a ser considerado en la definición de lo que es nuestra sociedad ni el mismo derecho a participar en la determinación de lo que esta será en el futuro"<sup>20</sup>. Siguiendo a Thomas M. Besch llamemos a esta concepción

<sup>14</sup> NAGEL (1987) pp. 226 y ss.

<sup>15</sup> Algunos ejemplos de este liberalismo justificatorio son LARMORE (1987), RAWLS (2005), SCANLON (1998), GUTMANN y THOMPSON (1996), FORST (2011), GAUS (2011).

<sup>16</sup> ATRIA (2016) p. 400.

<sup>17</sup> ATRIA (2016) p. 400.

<sup>18</sup> Compárese con el Principio de Legitimidad Liberal de John Rawls: "Nuestro ejercicio del poder político es totalmente propio solo cuando se ejercita de acuerdo a una constitución, de la que es razonable esperar que sus aspectos esenciales sean aceptados por todos los ciudadanos en cuanto libres e iguales, a la luz de principios e ideales aceptables a su razón humana común". RAWLS (2005) p. 137. Todas las traducciones son propias.

<sup>19</sup> ATRIA (2016) p. 409.

<sup>20</sup> SCANLON (1996) p. 226.

“concepción discursiva del respeto”. De acuerdo a ella, las personas tienen un estatuto discursivo fuerte: O lo tiene cuando los fundamentos en los que H está comprometido a actuar dependen de lo aceptables que sean para O<sup>21</sup>. Es decir, lo que sea discursivamente aceptable para O determina los modos en que H puede comprometerse a actuar. Una concepción no discursiva no entiende el respeto como una función de la aceptabilidad de las razones, por lo que no hacer “transparentes” las creencias en la deliberación no sería considerado por sí mismo una falta de respeto a la igual dignidad. La concepción discursiva pretende encarnar la idea de que respetar a alguien es reconocerlo como un igual miembro de la comunidad moral<sup>22</sup>.

El respeto discursivo es un modo plausible de darle contenido al respeto que nos debemos como iguales en la deliberación política. Evidentemente, no todas las relaciones personales han de estar sometidas a este estándar: no se trata de una concepción de respeto absoluta. El deber de justificar nuestras creencias se funda en la relación de igualdad en la que nos encontramos en cuanto ciudadanos y a la naturaleza coercitiva de las decisiones políticas. Por eso el argumento contra el uso apelativo de la verdad debe ser entendido como limitándose a la esfera política<sup>23</sup>. Adicionalmente, hay algo en la lógica misma de la política que pareciera implicar esta concepción de respeto. Al menos en la política democrática, cuando deliberamos lo que intentamos hacer es llegar a una conclusión a nombre de todos. Si queremos determinar si “la paridad de género es importante” es un juicio verdadero, queremos que la conclusión a la que lleguemos pueda ser considerada como nuestra.

Más adelante argumentaremos que no es posible deliberar sin usar apelativamente la verdad, por lo que hemos de rechazar la concepción discursiva del respeto. O aceptar que la deliberación política constituye irremediamente una falta de respeto a nuestra igual dignidad. Mas antes resta examinar el argumento a favor del uso constitutivo de la verdad.

Supongamos que queremos establecer si es verdadero que el capitalismo es injusto. Con tal fin intercambiamos argumentos, para convencernos de lo que creemos que es correcto. No obstante, si H no cree que haya una verdad sobre ese asunto entonces no busca obtener el asentimiento **racional** de O. Si la proposición en disputa carece de valor de verdad entonces es imposible que haya razones para aceptarla **en cuanto verdadera**. Si H cree eso su acto de argumentar es en realidad un simulacro, entonces no hay deliberación. Los argumentos devienen herramientas de manipulación. *Mutatis mutandis* para el caso de O. La deliberación presupone que aceptemos que hay una verdad a ser descubierta<sup>24</sup>.

Se sigue que el escéptico también niega el respeto al otro. Siguiendo a MacIntyre, Atria ve en esta postura la desaparición de la diferencia entre relaciones de reconocimiento y relaciones manipulativas. El escepticismo es la privatización final: al negar la verdad niega lo común a todos. Es el equivalente político del solipsismo.

<sup>21</sup> BESCH (2014) p. 208.

<sup>22</sup> Se trata en toda esta discusión del respeto de reconocimiento, y no de aprecio, en la famosa distinción de DARWALL (1977).

<sup>23</sup> De manera importante, cabe señalar que Atria argumenta que hay espacios donde explícitamente no estamos sometidos a este deber, lo que redundaría en que podamos coordinarnos de un modo no deliberativo. El mercado sería un ejemplo paradigmático de lo anterior. Véase ATRIA *et al.* (2013).

<sup>24</sup> O “construida”, si nos inclinamos por el constructivismo moral.

Aunque no tenemos objeciones a la función constitutiva de la verdad sí vale la pena mencionar que Atria concluye demasiado de ella. Además del argumento normativo contra la función apelativa, examinado arriba, ofrece un argumento de tipo conceptual. Sostiene que “si las prácticas deliberativas están constituidas por la idea de verdad, o de objetividad, la idea de objetividad o de verdad solo tiene sentido al interior de nuestras prácticas deliberativas”, de lo que infiere que “[l]a pregunta por la verdad o la objetividad, entonces, es una pregunta política”<sup>25</sup>. Esa inferencia es, empero, falaz. No se sigue de que las prácticas deliberativas estén constituidas por la idea de verdad que esta solo tenga sentido al interior de ellas. Constituir algo no implica ser constituido por eso: la constitución no es una propiedad simétrica. Atria tendría que haber mostrado que la idea de verdad que constituye dichas prácticas solo puede ser entendida como esencialmente interna a aquéllas. Esto es, debió haber mostrado la verdad del constructivismo moral.

Si bien en ATRIA (2016) no asume explícitamente dicha posición metaética, sí lo hace en ATRIA (2018)<sup>26</sup>. A pesar de eso, es difícil reconciliar tal posición con la afirmación de que al deliberar debemos mostrarle al otro que “vivir conforme a  $x$  no [es] vivir conforme a mi voluntad sino vivir conforme a lo que realiza su propia naturaleza”<sup>27</sup>. Pareciera que lo hace verdadero a una proposición moral  $p$  es su conformidad con la propia naturaleza, y no el hecho de que sea acordado bajo ciertas circunstancias. Es debido a esto que es posible para Atria formular una teoría de la ley **natural**, esto es, una teoría acerca de lo que “es bueno para los seres humanos dada nuestra naturaleza”<sup>28</sup>. Nótese que esto no es trivial, porque la deliberación será distinta según lo que queramos mostrar. No es lo mismo defender  $p$  en virtud de que no puede ser rechazada razonablemente y defender que  $p$  es acorde a nuestra naturaleza.

Atria podría responder que el argumento anterior es injusto. Incluso si tiene sentido conceptual hablar de la verdad moral fuera de las prácticas deliberativas, no lo tiene prácticamente. Ella siempre se nos presenta dentro de esas prácticas: es así como la descubrimos. Al menos así se nos presenta en la esfera política. En nuestros hogares podemos creer lo que nos plazca, estando muy convencidos de la verdad de nuestros juicios morales. Pero en política, recordemos, la verdad nunca aparece en persona. No hay modo de identificar una proposición moral como verdadera sino es por medio de los procesos deliberativos (y la decisión mayoritaria, como se verá más adelante): cuando se hacen transparentes las razones por las que sería verdadera o no.

Ahí radica la crítica de Atria a las teorías epistémicas de la democracia. Se podría pensar que dada la importancia que otorga a la deliberación concluiría que el valor de la democracia radica, al menos en parte, en que “acierta” con la verdad moral<sup>29</sup>. Pero como tales teorías creen que lo moral puede conocerse fuera de lo político “devalúa[n] lo político, porque entonces la razón por la cual lo político es una fuente de normatividad es **externa**

<sup>25</sup> ATRIA (2016) p. 377.

<sup>26</sup> ATRIA (2018) p. 55.

<sup>27</sup> ATRIA (2016) p. 400.

<sup>28</sup> ATRIA (2016) p. 395.

<sup>29</sup> “Lo que caracteriza a una justificación epistémica de la democracia es que entiende que el procedimiento democrático es el que da más garantías de corrección sustantiva de la decisión tomada” (379).

a lo político: es consecuencia de la comparación entre diversos métodos para identificar lo que es moralmente correcto"<sup>30</sup>.

Dado que el argumento conceptual es defectuoso, hemos de interpretar la afirmación anterior según su contraparte normativa. La idea sería entonces que en la práctica política no se puede, so pena de trato irrespetuoso, identificar una proposición moral como verdadera sin recurrir al proceso deliberativo (y eventualmente de decisión mayoritaria). La verdad moral solo se muestra políticamente en los **procesos de formación de la voluntad política**. Por lo tanto, en la práctica no es posible afirmar que la democracia acierta más que otro sistema, ya que solo con ella obtenemos la verdad.

Nótese una consecuencia de este razonamiento. Si la verdad moral se presenta solo de tal modo, entonces pareciera que es imposible llegar a decisiones políticas inmorales. En otras palabras, puesto que el único criterio de la moralidad de una decisión es que sea la conclusión de la deliberación política se seguiría que nunca podríamos considerar inmoral una de esas conclusiones. Después de que una proposición ha pasado por todos los procedimientos de formación de voluntad política, convirtiéndose en ley, tendríamos que afirmar que es justa. Sería un giro irónico al adagio iusnaturalista *lex iniusta non est lex*: no hay leyes (que podamos afirmar que son) injustas.

Quien quiera interpretar el adagio a la manera tradicional tiene que sostener que puede captar la injusticia de la ley directamente, esto es, sin referir a los procesos democráticos que nos llevaron a concluir que la proposición que la ley expresa es justa. Mas ello equivale, en la esfera política, a atribuirse un acceso privilegiado a la verdad: a usarla apelativamente.

He aquí un problema. Al parecer estamos impedidos de criticar **respetuosamente** la conclusión de una deliberación política. La igual dignidad tendría como resultado una restricción epistémico-normativa: no hay evidencia aceptable para objetar la moralidad de dicha conclusión<sup>31</sup>. Mas todos estamos familiarizados con procesos deliberativos cuyas conclusiones son (a nuestro juicio) erróneas. ¿Cómo podemos reconciliar ambas cosas? La respuesta de Atria refiere a la naturaleza anticipatoria de nuestras formas institucionales, y tronca directamente con su teoría de la ley natural.

### III. ANTICIPACIÓN Y LEY NATURAL

¿Cómo se puede criticar el resultado de una deliberación política sin usar apelativamente la verdad? Atria propone repensar el papel de los estándares de evaluación, puesto que la dificultad radica en atribuirse la posesión de estándar externo a la deliberación misma. Sugiere entender la relación entre la verdad moral y la política en términos de justicia puramente procesal imperfecta. Como es sabido, Rawls distinguió dos dimensiones en los procedimientos de justicia: la existencia de un estándar externo de justicia y la infalibilidad del procedimiento<sup>32</sup>. De las cuatro combinaciones posibles Rawls solo consideró

<sup>30</sup> ATRIA (2016) p. 379; énfasis en el original.

<sup>31</sup> Es normativo porque el criterio de aceptabilidad se funda en la concepción discursiva del respeto; es epistémico porque niega la existencia de evidencia que cumpla ese criterio.

<sup>32</sup> Véase RAWLS (1999), sec. 14.

tres: procedimientos infalibles en acertar al estándar externo (justicia procesal perfecta), procedimientos falibles en acertar al estándar externo (justicia procesal imperfecta), y procedimientos infalibles en los que no hay un estándar externo (justicia puramente procesal). En estos últimos el resultado del procedimiento es por definición justo. Excluyó la cuarta combinación: procedimientos falibles en los que no hay un estándar externo (lo que Atria llama “justicia puramente procesal imperfecta”). Es fácil ver por qué la excluyó. Si no hay un estándar externo, ¿cómo puede el procedimiento fallar? ¿No es acaso, en ausencia de ese estándar, el procedimiento el único estándar?

Atria repara en que la justicia puramente procesal requiere ser realizada, ya que no hay estándar externo al proceso para establecer el resultado; la justicia procesal imperfecta, por el contrario, puede no ser realizada e incluso así establecerse la corrección del resultado. Basta con acceder al estándar externo por otros medios. La justicia puramente procesal imperfecta se asemeja a la primera porque también debe ser realizada, y a la segunda porque puede fallar. Aunque a veces falle en dar con el resultado correcto, no hay otro modo de acceder a él. Puesto que arriba hemos rechazado el argumento conceptual, es mejor interpretar a Atria como afirmando que no es posible acceder a aquél **respetando nuestra igual dignidad**. Esto es, en la práctica política no podemos hacer uso positivo del estándar externo sino solo **negativamente**: “provee de un criterio para identificar los déficits del procedimiento”<sup>33</sup>. No se puede apelar al estándar externo para identificar los casos que cumplen el estándar, por lo que no se usa apelativamente sino solo constitutivamente. Constituye al procedimiento en cuanto es su objetivo, permitiéndonos solamente decir cuándo hay progreso o retroceso pero sin comparar “dos procedimientos *sub specie aeternitatis*”<sup>34</sup> para determinar cuál es más fiable o no.

El lector está excusado de encontrar todo esto bastante oscuro. ¿Cómo sabemos que el procedimiento tiene déficits si no podemos comparar sus resultados con el estándar externo? Para aclarar la idea Atria recurre a la noción de la dimensión anticipatoria de las instituciones. En breve, los procedimientos institucionales pueden mostrar un estado de cosas de modo incompleto, señalando cómo serían las relaciones humanas si ese estado de cosas se completase. Así, el derecho de contratos anticipa un estado de cosas en el que hay reconocimiento pleno entre las personas, aunque en la práctica ese estado de cosas está incompleto: hay reconocimiento parcial. En algunas situaciones, no obstante, las condiciones actuales impiden que las instituciones anticipen el estado de cosas buscado, volviendo a la institución opresiva (puesto que el estado de cosas buscado es emancipador). Ello sucede en el derecho laboral, que restringe el rango de acuerdos que las partes pueden tomar porque reconoce que bajo condiciones capitalistas los trabajadores no gozan de autonomía efectiva.

La justicia puramente procedimental imperfecta consistiría entonces en un procedimiento que apunta hacia un estándar que no existe fuera del proceso mismo pero que tampoco se realiza completamente en él. Eso quiere decir que su imperfección no radica —a diferencia de la justicia procedimental imperfecta— en la probabilidad de no acertar, sino que siempre acierta parcialmente. En este sentido el estándar tiene una función negativa, ya

<sup>33</sup> ATRIA (2016) p. 383.

<sup>34</sup> ATRIA (2016) p. 383.

que nunca podemos determinar su contenido positivamente y emplearlo como premisa en la deliberación. Aquello que se nos da en los procedimientos sería simplemente el estado de cosas parcial.

Entonces, podemos criticar a una ley resultante de procesos democráticos solo internamente: no logra aquello que le da sentido. Por ejemplo, podemos ver que las leyes de derechos civiles son insuficientes porque logran imperfectamente lo que se proponen, la igual libertad. En efecto, ese es el argumento de Atria para adoptar los derechos sociales; ellos son necesarios para brindar las condiciones materiales necesarias para ejercer la libertad plena<sup>35</sup>. En este sentido el carácter anticipatorio de las instituciones también tiene una dimensión retrospectiva, ya que nos permite ver cómo el camino recorrido estaba ya impreso en el pasado. Dicho de otro modo, la verdad de la justicia se nos revela como una radicalización de lo que los procesos democráticos habían mostrado como la verdad de la justicia en **ese momento**. Atria, con sobrada razón, distingue esto de una teoría de la historia progresista donde el futuro es mejor que el pasado porque viene después, o donde el futuro ejerce una especie de influencia causal. Digamos, una dictadura no es mejor que la democracia que derrocó porque viene después<sup>36</sup>.

Lo anterior permite comprender la teoría atriana de la ley natural y con ella la crítica a las decisiones políticas. El núcleo de su teoría es que el contenido de la ley natural se identifica con el de las decisiones democráticas. Sostiene que todo defensor de la ley natural debe afirmar que ella es “en principio transparente a la razón de todos”<sup>37</sup>. Dado lo expuesto hasta ahora, ello significa que ella en principio puede mostrarse en los procedimientos democráticos. Recuértese que Atria cree que en la deliberación democrática lo que hacemos es mostrarnos que  $x$  es bueno para nosotros en tanto conforme a nuestra naturaleza. Es decir, en la deliberación queremos determinar si  $x$  es parte de la ley natural o no. Mas como los procedimientos democráticos tienen una dimensión anticipatoria, nuestras conclusiones sobre el contenido de la ley natural también tendrán ese carácter. Hasta que no vivamos bajo una sociedad donde nuestra naturaleza se realice plenamente el contenido de la ley natural estará sujeto a modificación (es decir, radicalización). La contingencia de las conclusiones de la ley natural es una consecuencia sorprendente para una teoría iusnaturalista, pero se sigue claramente de su teoría general.

Repárese en que no es que las decisiones a las que llegamos luego de la deliberación **hagan** que cierta proposición sea parte de la ley natural. La tesis es que solo podemos **respetuosamente** afirmarla como parte suya si ella es el resultado de la deliberación; lo que la hace verdad es su conformidad con nuestra naturaleza. Por eso es una teoría iusnaturalista, aunque idiosincrática. Los iusnaturalistas “dogmáticos” creen que pueden conocer esa conformidad fuera de los procedimientos de formación de voluntad política, pero solo terminan faltándole el respeto a sus conciudadanos. Debido a la concepción discursiva de este, al afirmar que conocen esa conformidad así excluyen al resto de la comunidad política. Pero

<sup>35</sup> Véase ATRIA (2018).

<sup>36</sup> Véase ATRIA (2018) pp. 26-56.

<sup>37</sup> ATRIA (2016) p. 395.

entonces aquello que llaman “ley natural” no es la ley de toda la comunidad humana, pues algunos han sido excluidos. Luego, no puede ser ley natural<sup>38</sup>.

¿Qué pasa cuando los procedimientos democráticos, deliberación y eventualmente regla de la mayoría, sancionan conclusiones que creemos que son erróneas? ¿No podemos entonces criticar la injusticia? Podemos, pero no solo basándonos en la corrección o incorrección sustantiva de la decisión. Atria afirma que es “estrictamente ininteligible”<sup>39</sup> preguntarse por la corrección sustantiva de una decisión atendiendo únicamente a su contenido e ignorando el procedimiento por el cual fue tomada. Dado que esa afirmación depende del fallido argumento conceptual, hay que modificarla diciendo que es estrictamente ininteligible preguntarse **respetuosamente** por su corrección sustantiva. Frente a una conclusión que consideramos incorrecta y no solo parcial la crítica debe referir al procedimiento por el que se arribó a ella.

Justamente eso es lo que Atria cree que una teoría de la ley natural debe preguntarse: ¿por qué hay procedimientos democráticos que llevan a conclusiones que no todos aceptamos como correctas? Puesto que la ley natural en principio es accesible para todos en la deliberación, la pregunta equivale a esta otra: ¿por qué en la deliberación no es transparente para todos lo que es bueno para nosotros según nuestra naturaleza? Téngase presente que el iusnaturalista no puede apelar a su conocimiento y decir simplemente que la gente es incompetente o malvada, ya que eso sería usar apelativamente la verdad. La respuesta se presenta inmediatamente: no vivimos en una completa democracia por lo que aquello que nos conviene no se hace patente en la deliberación. A diferencia de quienes creen que la ley natural funciona como un cortafuegos de la política, Atria cree que ella exige que vivamos vidas más políticas, para poder alcanzar pleno reconocimiento recíproco. El iusnaturalista debe señalar qué aspectos de nuestras vidas encierran un déficit de política, y por ende nos hacer tomar decisiones facciosas<sup>40</sup>. Para Atria, esto implica una crítica a nuestras formas de vida bajo el capitalismo contemporáneo. Cuando vivamos vidas plenamente políticas llegaremos al consenso. Por mientras, la regla de la mayoría es válida para nosotros ahora, mas anticipa la situación de reconocimiento pleno. Vivir en democracias imperfectas nos enseña progresivamente cómo vivir en una democracia perfecta<sup>41</sup>.

#### IV. CONTEXTOS DELIBERATIVOS

En una primera aproximación, deliberar políticamente es intercambiar juicios sobre asuntos políticos. Los ciudadanos se tratan de convencer mutuamente de cierto curso de acción, que usualmente involucra al Estado. Ahora bien, toda deliberación tiene “condicio-

<sup>38</sup> La justificación de esa inferencia yace en la afirmación atriana de que la ley natural ha de ser la ley no de esta o aquella comunidad política sino de toda la humanidad. Por ende, no puede excluir a nadie.

<sup>39</sup> ATRIA (2016) p. 405.

<sup>40</sup> “Por consiguiente, cuando hablamos de decisiones injustas hablamos de decisiones que institucionalmente cuentan como decisiones que van en el interés de todos, pero sustantivamente no lo hacen. Son decisiones facciosas”. ATRIA (2016) p. 417.

<sup>41</sup> Este es el sentido de la pedagogía lenta que Atria vincula con la instauración de los derechos sociales. Véase ATRIA (2014).

nes materiales”. Esto es, ocurre en determinado lugar, con determinadas personas, con determinados canales de información, etcétera. En otras palabras, la deliberación política tiene un contexto. No es lo mismo deliberar en nuestras sociedades de masas que en el ágora. La naturaleza contextual de la deliberación tiene, defenderemos, importantes consecuencias epistémicas y políticas.

Recordemos que el argumento contra el uso apelativo parte constando un supuesto hecho: en la esfera política nuestras creencias siempre aparecen como **creencias**. Sin embargo, eso no puede ser así con **todas** nuestras creencias. De serlo la deliberación ocurriría en un vacío. Hay ciertas creencias que tenemos que considerar como verdaderas si es que vamos a empezar a deliberar en conjunto. Si H le afirma que  $p$  a O y  $p$  está dentro de esas creencias, entonces a O  $p$  se le aparece como la verdad y no simplemente como la creencia de H.

Considérese esto. Aunque Atria defiende la disolución de la verdad moral en la política su argumento tiene que aplicar también a la verdad fáctica. Después de todo, en política los desacuerdos no son solamente por nuestras evaluaciones morales, sino también por los juicios fácticos. “El Estado es un administrador ineficiente” o “el cambio climático es causado por los humanos” son juicios fácticos, a pesar de tener obvias implicaciones normativas. No hay ninguna razón por la que tendríamos que hacer una distinción entre verdades fácticas y morales: ninguna de ellas se presentaría en persona. El posible constructivismo moral de Atria no cambia la situación, porque el punto hobbesiano depende de la “gramática” de las creencias y no de su contenido particular. ¿Se puede deliberar sin **asumir** que algunas proposiciones fácticas son verdaderas?

Veamos. ¿Es siempre posible mantener el orden público sin transgredir los derechos humanos? Es una pregunta fáctica, puesto que no evalúa moralmente ni el orden público ni la violación de los DD.HH. Muchas personas contestarán negativamente, lo que es compatible con preferir el orden o el respeto a los DD.HH. Personas razonables pueden estar en desacuerdo al respecto. Sin embargo, hemos de reparar en el hecho de que una deliberación donde esa pregunta está abierta es muy distinta a una donde se asume alguna respuesta. En Chile actualmente, por ejemplo, ninguno de los sectores políticos duda públicamente que la respuesta sea afirmativa. El contexto de la deliberación está delimitado en parte por esa proposición. Ponerla en duda es, en ese contexto, salirse de la discusión.

Acá no se trata de que haya algo malo en dudar de alguna de estas creencias, sino que hacerlo nos cambia de contexto. Sucede que nosotros deliberamos ya inmersos en la situación. La deliberación emprende el vuelo a la caída del crepúsculo, parafraseando a Hegel. Los hechos políticos se nos imponen **antes** de la deliberación, contextualizándola. Ciertamente podemos ignorar el contexto en el que surge la pregunta que motiva la deliberación, pero al hacerlo estamos cambiando la pregunta. En el ejemplo anterior, si cuestionamos la compatibilidad entre orden público y derechos humanos nuestra deliberación ha de incorporar argumentos sobre cómo ponderar ambos bienes; los que serían inadmisibles si todos asumiéramos una respuesta afirmativa. Su inadmisibilidad no es moral sino práctica: nos saca demasiado de lo que *ya* estamos haciendo.

Para que quede claro: no estamos formulando un principio moral contra preguntas “de orden superior”. Tampoco estamos defendiendo el estado actual de las cosas, impidiendo que se cuestionen los fundamentos de nuestras prácticas políticas. Todo eso puede ser

muy necesario. El asunto es otro, a saber, que hemos de estar conscientes que al dejar de dar por supuestas ciertas proposiciones estamos abandonando nuestra práctica inicial.

Precisemos. Afirmamos que toda deliberación incluye proposiciones que se asumen como verdaderas en ese contexto, y que no pueden dudarse sin abandonarlo. Siguiendo la terminología de Wittgenstein, son **creencias bisagras**<sup>42</sup>. No podemos dudarlas porque “la pregunta que planteamos y nuestras dudas dependen del hecho de que ciertas proposiciones están exentas de duda”<sup>43</sup>. La pregunta por la compatibilidad de los derechos humanos y el orden público supone que existen derechos humanos, entre otras cosas. Se sigue, por lo tanto, que no se puede investigar todo en un solo movimiento. Cada pregunta que hago forzosamente debo presuponer estas creencias bisagra, con lo que las preguntas han de ser necesariamente locales. Aplicado a la deliberación, carece de sentido decir que vamos a deliberar desde una “hoja en blanco”, como si pudiéramos cuestionarlo todo y ofrecer argumentos para todas las creencias que formarán parte de la deliberación<sup>44</sup>.

Basándose en lo anterior, Michael Williams acuña el concepto de **necesidades metodológicas**. Ellas son “presuposiciones en vigencia tal que cuestionarlas lo llevaría a uno a cuestionar la competencia de la forma de investigación que ellas permiten”<sup>45</sup>. Para Williams, estas necesidades metodológicas dependen del tipo de investigación que se lleve a cabo. Nosotros podemos aplicar esta idea a la deliberación, tomando cada deliberación particular como una forma de investigación distinta. Habría necesidades metodológicas de la deliberación en abstracto, pero también de cada especie particular. Atria parece asumir que las deliberaciones se dan de modo abstracto. En el lenguaje actual, asume necesidades metodológicas generales, sin reparar en que las deliberaciones reales tienen particularidades ineludibles.

Lo último es crucial. Atria podría concedernos que hay ciertas creencias bisagras pero afirmar que son muy generales. Ellas se nos presentarían como la verdad en persona, pero solo ellas. Serían del tipo “el mundo existe”, “las personas pueden ser convencidas mediante argumentos racionales”, “la verdad puede ser encontrada mediante este proceso deliberativo”. Ellas pondrían el marco sin resolver ninguna de las cuestiones en disputa, siendo comunes a cualquier deliberación. Por ende, el punto hobbesiano se mantendría en lo que es materia de la deliberación particular.

Supóngase que estamos deliberando acerca de la conveniencia de determinada ley y alguien cuestiona nuestra afirmación “las personas podemos controlar nuestros actos”. ¿Qué

<sup>42</sup> WITTGENSTEIN (1969).

<sup>43</sup> WITTGENSTEIN (1969) § 341.

<sup>44</sup> Wittgenstein sostiene que tales creencias escapan a la evaluación epistémica: son “algo animal” (§359). PRITCHARD (2018) infiere que por ende ellas no son para nada opcionales. Su no opcionalidad es una de las principales objeciones que tiene contra el contextualismo inferencial de Michael Williams, que será defendido por nosotros acá. Contra Pritchard, no se sigue de que una creencia bisagra sea sostenida con “certeza animal” el que no sea opcional. Ciertamente, no es opcional **dentro del contexto** de investigación, pero es opcional en el sentido de que podemos cambiar dicho contexto. El asunto, también discutido por Pritchard, es si es posible cambiar de contextos de investigación que no supongan algunos súper compromisos bisagras. Sea como sea, creemos que la posición de Williams (y con ella la nuestra) no requiere negar la existencia de esos súper compromisos; le basta con que ellos no agoten el universo de creencias bisagras.

<sup>45</sup> WILLIAMS (2007) p. 102.

tendríamos que responder? Según Atria, se nos pasa la carga de la prueba: tenemos que ofrecer razones (aceptables para quien cuestiona) en favor de esa afirmación. Mas eso es implausible, ya que lo corresponde es preguntar de vuelta a qué se refiere con la duda. Después de todo, cuando alguien cuestiona algo **evidente** lo apropiado es verificar si la persona entiende lo que está cuestionando o si quiere decir algo distinto. En palabras de Wittgenstein, “[h]ay casos en los que, si alguien da signos de duda sobre lo que nosotros no dudamos, no podemos con confianza entender sus signos como signos de duda”<sup>46</sup>. La posición atriana, y con ella cualquiera que niegue que cada deliberación tiene sus propias necesidades metodológicas, asume que la inteligibilidad de los cuestionamientos está dada. Es decir, que fuera de preguntas generales todo cuestionamiento es inteligible en cualquier contexto. Pero esa no es nuestra experiencia al deliberar. Si estamos en una convención constituyente y se cuestiona la afirmación “los constituyentes pueden confeccionar una nueva constitución” sería absurdo ofrecer razones para justificarla. En ese contexto nos sería difícil siquiera entender el cuestionamiento. Tómese otro ejemplo. Supóngase que alguien cuestiona la afirmación “las personas tienen derechos”. A diferencia del anterior caso, acá no se trata de no entender las funciones de una convención constituyente, sino del contexto en que tiene sentido la deliberación. ¿Cómo podríamos participar en el proceso constituyente sin asumir que las personas tienen derechos? Nuestra participación es inteligible en parte debido a que asumimos la verdad de esa proposición, por lo que cuestionarla es **ininteligible en ese contexto**<sup>47</sup>.

La cualificación es crucial. La inteligibilidad de los cuestionamientos depende del contexto. Sin duda, en términos absolutos podemos entender ambas preguntas. Lo que pasa es que si tratamos de responderlas seriamente estaremos haciendo filosofía, no participando de una convención constituyente. Ahí radica la **ininteligibilidad**: no podemos entenderlas como preguntas reales **al mismo tiempo** que realizamos nuestra práctica. Una vez que nos percatamos de ello es claro que cada deliberación particular tiene sus necesidades metodológicas. Las deliberaciones comienzan intempestivamente, cuando ya estamos involucrados en prácticas determinadas.

Por “ininteligibilidad” incluyo también factores más claramente pragmáticos. Así, a veces responder un cuestionamiento es demasiado costoso<sup>48</sup>. Volviendo al ejemplo de la convención constituyente, los plazos que tiene para deliberar vuelven **ininteligibles** algunas objeciones, porque responderlas costaría demasiado tiempo. En abstracto los constituyentes pueden entender que alguien cuestione el estándar de evidencia que se aplica en la convención, pero en concreto les puede parecer carente de toda plausibilidad porque demanda tiempo que no tienen. Los constituyentes asumen más o menos explícitamente que la evidencia debe poder ser recogida y procesada en el plazo asignado a la convención. Frente a la demanda por mayor evidencia pueden contestar que no entienden cómo obtenerla **dados los plazos acordados**. Si el objetor mantiene la pregunta ellos pueden responder que alguien no está entendiendo la situación en la que están. Nótese que lo que hay que entender es la “materialidad” de la deliberación, no solo sus características formales generales.

<sup>46</sup> WITTGENSTEIN (1969) § 154.

<sup>47</sup> Véase WILLIAMS (2007) p. 102.

<sup>48</sup> Véase WILLIAMS (2007) p. 104.

Como dijimos, no estamos censurando moralmente los cuestionamientos a las creencias bisagras. Muchas veces debemos cuestionarlas, mas sabiendo que al hacerlo estamos cuestionando el contexto deliberativo mismo. Pedir más u otro tipo de evidencia en una asamblea puede ser equivalente a cuestionarla epistémicamente por completo<sup>49</sup>. Lo importante es reconocer que la idea de una deliberación pura, donde todo se puede cuestionar y toda afirmación debe ser defendida, es una ilusión.

Volviendo a Atria, nuestra conclusión es que el punto hobbesiano es falso. Hay ciertas creencias que se presentan en la deliberación –política o no– como la verdad, tanto generales como particulares. Atria cree que ello comporta una falta de respeto, pero sin que existan estas necesidades metodológicas la deliberación no puede siquiera comenzar. En sus términos, es imposible no emplear apelativamente la verdad. Ignorar ese hecho conlleva una aceptación acrítica de los contextos deliberativos particulares. En la última sección mostraremos por qué este resultado no implica que toda deliberación, y con ella la actividad política, es irrespetuosa; la conclusión que extraeremos es que es hay que abandonar la noción de respeto discursivo, reemplazándola con lo que llamamos “respeto institucional”.

Antes de abandonar esta sección detengámonos en la aceptación acrítica de los contextos deliberativos. Dado que la política no es filosofía, en nuestras discusiones políticas no acostumbramos explicitar la naturaleza de la discusión. Ello invisibiliza el hecho de que hay creencias que se impondrán por la configuración misma del contexto deliberativo. Esto va más allá de una mera constatación psicológica. Hay creencias que están justificadas en un contexto y en otro no, por lo que tratar de optimizar racionalmente un contexto no impide que algunas posiciones ganen “por secretaría”. La evaluación de la racionalidad de las creencias se realiza siempre dentro de un marco epistémico, por lo que cambios en este implican cambios en la evaluación. Siguiendo a Laura Callahan, podemos llamar a esta tesis **permisivo subjetivista básico**<sup>50</sup>. Esta es bastante plausible, como muestran nuestras prácticas cotidianas: cuando nos cuentan que alguien creyó algo o hizo algo usualmente pedimos información sobre el contexto para saber si la persona estaba justificada. Luego, el que una creencia se presente como la verdad en un contexto y no en otro no significa que en alguno se haya producido un error. Dos deliberaciones pueden ser contextos igualmente aceptables en términos racionales aunque den lugar a distintas inferencias, dadas las diversas necesidades metodológicas. También es posible que uno de los contextos deliberativos sea deficiente, tanto en términos racionales como en términos prácticos. Es esta segunda deficiencia a la que hemos de estar más atentos. De lo aquí expuesto se sigue que es imposible contar con una deliberación que no privilegie algunas conclusiones sobre otras, por lo que solo podemos examinar cada contexto deliberativo para tener presente cuáles son privilegiadas y si nos es aceptable ello. Ciertamente, en muchas ocasiones solo podremos hacerlo una vez inmersos en la deliberación.

Volvamos al uso apelativo. No es necesario que alguien diga “debes creer que *p* porque yo lo digo”, como sugiere la imagen de Atria. Las necesidades metodológicas pueden

<sup>49</sup> Recuérdense las palabras de Aristóteles sobre la rigurosidad de las demostraciones en *Ética a Nicómaco* 1094b.

<sup>50</sup> CALLAHAN (2019).

pero no tienen que incluir referencia a las fuentes de las afirmaciones. Más probable es que alguien diga algo como “es obvio que *p*” o “*p*, ¿cómo no?”. Incluso si explícitamente no lo dicen, lo asumen. Así, si la deliberación solo es respetuosa cuando la verdad no se usa apelativamente, hemos de concluir que toda deliberación es al menos implícitamente irrespetuosa. Se volvería explícitamente irrespetuosa cuando alguien que no comparte las creencias bisagras expresa dudas acerca de ellas. En las deliberaciones políticas de sociedades diversas esa posibilidad suele verse realizada.

Ahora bien, no es necesario desesperar de la deliberación. La solución es notar que hay una concepción alternativa del respeto, que ofrece una respuesta más satisfactoria a la pregunta por la relación entre verdad y política. A eso nos abocamos en la próxima sección.

## V. RESPETO POLÍTICO Y LEY NATURAL

Atria cree que el respeto requiere transparentar las razones de nuestras afirmaciones, pero hemos mostrado que no hay transparencia fuera de contextos particulares. Dada la ausencia de un contexto general deliberativo, no hay transparencia absoluta. La consecuencia es la imposibilidad de erradicar el uso apelativo de la verdad, con la consiguiente pretendida falta de respeto.

Afortunadamente, hay una concepción de respeto político alternativa. La llamamos “respeto institucional”. El respeto discursivo tiene una idea correcta: respetar políticamente a alguien es hacerlo parte de la comunidad política. Yerra cuando entiende esa pertenencia discursivamente. Si la democracia es un sistema de igual poder político, entonces pertenecer a ella será tener el mismo poder político que los demás. Mas eso significa tener el mismo poder de decisión, esto es, ser igualmente influyente en los mecanismos por los que el Estado establece sus cursos de acción. Esos mecanismos incluyen no solo el voto mayoritario o la participación en cargos institucionales, sino también la deliberación pública. Es decir, todos los ciudadanos deben ser capaces de participar en igualdad de condiciones en la deliberación. ¿Qué significa eso? Gruesamente, poder expresar las creencias de modo que sean igualmente visibles, tener la misma influencia en cómo la deliberación se desenvuelve, y determinar los contextos deliberativos. Sin duda alguna, Chile y el resto de las democracias realmente existentes se quedan muy atrás, por lo que la igualdad democrática sigue siendo una promesa. En ese sentido, adoptar el respeto institucional también nos lleva a sostener, con Atria, que nuestras deliberaciones son imperfectas porque no vivimos vidas plenamente políticas. La diferencia crucial radica en que para nosotros una vida plenamente política se identifica con nuestra participación en las instituciones políticas, no en la transparencia de nuestras razones. No hay nada en la idea de participación institucional igualitaria que implique algún tipo de consenso o comunión de intereses.

De modo importante, el respeto institucional es compatible con la tesis de que todo contexto deliberativo trae aparejadas sus propias necesidades metodológicas. Estas favorecerán algunas posiciones sobre otras, claro está, y por lo tanto pueden parecer inconsistentes con la igual participación. No obstante, la participación no implica que todas las posiciones tengan las mismas posibilidades de ser adoptadas, o sean igualmente plausibles. El respeto institucional es efectivamente institucional y no discursivo: es la capacidad de las personas

de participar en las instituciones de decisión política lo que importa y no el destino de sus creencias. Con todo, se puede argumentar que si el contexto deliberativo favorece a  $w$  por sobre  $z$ , entonces quienes proponen  $z$  no tienen la misma influencia en la deliberación. Eso es verdad, mas resulta que la dispar influencia no se debe a que no puedan participar del mismo modo de los mecanismos de la deliberación. La unidad de análisis no es el contenido de la deliberación, incluyendo las posiciones favorecidas o perjudicadas, sino cómo los ciudadanos pueden influir en el modo institucional en que la deliberación tiene lugar. Es decir, si pueden influir igualmente en los plazos, la exposición de las posturas, los recursos disponibles a los deliberantes, etcétera; siguiendo con los términos de este artículo, se trata de los aspectos “materiales” de la deliberación.

¿Pero no significa esto que las personas estarán sometidas a la voluntad de otros? El respeto discursivo explica la no sumisión a la voluntad ajena por medio de la transparencia de las razones: O no se somete a la voluntad de H si y solo si puede compartir las razones que justifican la creencia de H. Para la concepción alternativa, por otra parte, la no sumisión se explica por medio de la participación institucional: O no se somete a la voluntad de H si y solo si O participa en la misma medida que H del proceso deliberativo. A O no se le “impone” la conclusión de la deliberación, si con ello se quiere decir algo más que ella ha resultado victoriosa. No es lo mismo perder la deliberación que ser tratado como un mero destinatario de las opiniones de los demás.

Significativamente, no hay sometimiento porque al no ser discursivo el respeto institucional no entiende el resultado de los procesos democráticos como una forma de manifestación de la verdad. Una deliberación es respetuosa cuando todos participan igualmente, aunque no se hayan transparentado las razones a todos. Por lo tanto, no se asume que la posición derrotada sea falsa o que no pueda ser afirmada respetuosamente como verdadera. O no tiene por qué aceptar que la creencia victoriosa de H es verdadera, sino solo que es victoriosa. El sometimiento es al proceso, que no permite inferir la verdad desde la victoria.

El razonamiento precedente puede parecer una distinción vacía, ya que en ambos casos O deberá someterse a una creencia que no comparte. Mas porque en el respeto discursivo lo que importa es transparentar razones O se somete a la fuerza del mejor argumento<sup>51</sup>. Pero si el argumento más fuerte, según O lo ve, no favorece la posición de H, entonces someterse a ella es simplemente someterse a la voluntad de H. En el respeto institucional hay una mediación entre O y H: el procedimiento mismo. O se somete al procedimiento porque es parte de él, en igualdad de condiciones. Luego, es irrelevante que el argumento más fuerte no favorezca la creencia de H, puesto que O no se compromete con los resultados argumentales sino con los procedimentales. O se sometería a H solo si H le impide participar en la deliberación, porque entonces la decisión se le impone desde fuera.

Lo curioso es que Atria tendría que estar de acuerdo con nosotros, al menos en parte. Recordemos que sostiene que la verdad se presenta solo en los procedimientos democráticos; esto es, que no podemos preguntarnos respetuosamente por la corrección de una conclusión sin referir a los procedimientos que la establecieron. Mas en nuestras condiciones actuales hay desacuerdos sobre qué es lo mejor para nosotros dada nuestra naturaleza,

<sup>51</sup> Véase HABERMAS (1998).

sobre el contenido de la ley natural. Como se dijo, por el momento no nos queda más que votar. El recurso a la regla de la mayoría es, nos dice, un requerimiento de la ley natural. Si hemos de tomar respetuosamente decisiones que cuenten como nuestras, pues de otro modo la vida en sociedad sería imposible, entonces “tendremos que crear un procedimiento a través del cual puedan tomarse esas decisiones”<sup>52</sup>. Los únicos procedimientos justos –esto es, “anticipatorios del reconocimiento radical”<sup>53</sup>– son la deliberación democrática y el voto mayoritario. Por ello, “la ley natural exige que las normas conforme a las cuales debemos vivir no sean otras que las que han sido adoptadas por deliberación pública y decisión por mayoría”<sup>54</sup>. Así, la ley natural nos compromete con los procedimientos democráticos y la distinción entre el respeto discursivo defendido por Atria y el institucional colapsaría.

La diferencia estriba en la interpretación del compromiso. Para Atria este tiene una función epistémica: comprometernos con esos procedimientos es comprometernos con el único modo en que el contenido de la ley natural se hace políticamente presente. Por ende, como dijimos, la ley natural no puede funcionar como un límite anterior a los mecanismos democráticos. Esto es, no se puede emplear apelativamente. Para nosotros, tiene una función puramente normativa: es lo que el respeto entre ciudadanos iguales exige.

De nuestra interpretación se sigue otro modo de comprender el papel de la ley natural en la deliberación y regla de mayoría. Los procedimientos democráticos no tienen una dimensión anticipatoria porque, y este es quizás el mayor punto de desacuerdo con Atria, es imposible arribar al reconocimiento radical. Nunca habrá un contexto deliberativo donde todas las razones de nuestras creencias sean totalmente transparentes, porque como ya dijimos el uso apelativo de la verdad es ineludible. O mejor dicho, si es que llegase a existir un contexto en el que se lograra tal transparencia entre sus participantes eso solo mostraría lo homogénea que es esa audiencia. No sería un avance en el reconocimiento radical, sino simplemente un avance en el libro de consensos. Atria podría darse por satisfecho con eso si sus aspiraciones fuesen más modestas, a la manera del liberalismo político de Rawls. El consenso traslapado rawlsiano no pretende constituir un contexto de reconocimiento pleno, sino que asume un contexto político-social concreto. Como muchos han remarcado, el proyecto rawlsiano es una explicitación de los supuestos que ya permean la cultura política democrática liberal. Pero Atria cree algo más: que la verdad final de la moral se manifestará cuando vivamos en condiciones donde haya reconocimiento pleno.

Seamos claros. Atria podría sostener, que la situación de total reconocimiento desempeña un papel puramente regulativo. No estaría comprometido con su realización empírica, por lo que sería irrelevante que en la práctica todo contexto implique, al menos implícitamente, el uso apelativo de la verdad. Aquí se puede traer a colación el concepto de la justicia puramente procesal imperfecta. Al ser un estándar negativo lo único que nos dice es cuándo no hemos logrado el pleno reconocimiento, por lo que el que no se pueda implementar solo implica que se puede usar positivamente.

---

<sup>52</sup> ATRIA (2016) p. 403.

<sup>53</sup> ATRIA (2016) p. 404.

<sup>54</sup> ATRIA (2016) p. 405.

Esta respuesta falla porque el problema no es simplemente empírico. Es imposible **en principio** tal situación porque no se puede concebir una deliberación que parta desde la nada. Cualquier deliberación incluye forzosamente necesidades metodológicas, o no sería una práctica, es decir, algo que nosotros podamos hacer. Uno puede imaginarse una deliberación en abstracto, sin límites de tiempo, sin restricciones pragmáticas, donde todo pueda ser debatido, y toda creencia pudiera justificarse totalmente; lo importante es no dejarse llevar por la imaginación, recordando que esa situación es el modelo de una deliberación y no una versión idealizada. ¿Pero cómo el modelo podría cumplir la mentada función negativa? Es trivial que no nos hemos acercado a él con nuestras deliberaciones. De hecho, hemos hecho todo lo contrario, porque cada vez que intentamos deliberar brindamos contenido a ese modelo, alejándonos de él.

Atria afirma que “[l]a idea de la comunidad humana universal (= de la superación de lo político) es la que funda la ley natural”<sup>55</sup>. Esa comunidad es el estándar externo que la justicia puramente procedimental imperfecta emplea negativamente. Mas mientras ella se entienda discursivamente, como lo hace explícitamente Atria<sup>56</sup>, ella será imposible, si con una comunidad discursiva seguimos entendiendo el transparentar nuestras razones. Por ende, tendríamos que rechazar la posibilidad de una ley natural.

Afortunadamente, dicha posibilidad se mantiene si renunciamos a la idea de que la ley natural se revela en los procesos democráticos. Ya que el uso apelativo de la ley natural es inevitable, no hay una objeción en principio al uso apelativo de la ley natural. Entonces, contra Atria, que  $x$  sea conforme a la ley natural puede usarse como premisa de un argumento. Es decir, en principio no habría problemas con directamente afirmar que algo es bueno para nosotros en medio de una deliberación. Detallar en qué contextos eso no sería problemático excede este artículo, así que por el momento nos limitaremos a dos cuestiones. Primero, nótese que nada de lo que hemos dicho niega la importancia de la deliberación. En efecto, aceptamos que la ley natural requiere comprometernos con los procedimientos democráticos; luego, nos comprometemos con el modelo de toda deliberación. La deliberación en abstracto tiene ciertas características, insuficientes para una deliberación real pero necesarias. Lo mismo sucede con cualquier sistema de votación: se debe ajustar a un modelo. Puesto que hay incontables prácticas que podrían ocupar el lugar que nuestras prácticas de deliberación política ocupan, ¿cómo justificamos que sean las nuestras las correctas? Obviamente responder que ellas se ajustan a la deliberación modelo solo desplaza la pregunta hacia la corrección del modelo. Cualquier respuesta tendrá que ubicarse fuera de nuestras prácticas deliberativas políticas, porque intentará fundarlas. Por lo tanto, **dentro** de la deliberación política dicha justificación será una de las necesidades metodológicas. Significativamente, el mismo prin-

<sup>55</sup> ATRIA (2016) p. 397

<sup>56</sup> Atria distingue, siguiendo a McCabe, entre “comunidad biológica” y “comunidad lingüística”. La primera es una clase natural y no meramente nominal. Con McCabe, niega que esa sea la comunidad relevante, puesto que los seres humanos son seres que usan lenguaje y por lo tanto su pertenencia a la comunidad humana depende de su capacidad de comunicarse con otros humanos, y no al mero hecho biológico de pertenecer a la especie humana. Cfr. 395 y ss.

cipio de respeto institucional lo postulamos como parte de la ley natural, y él informa los procedimientos democráticos sin ser una conclusión suya<sup>57</sup>.

La ley natural, luego, funcionaría como límite de la deliberación política en el sentido de que la enmarca. Naturalmente, y este es nuestro segundo punto, lo anterior no implica que los principios de la ley natural requieran “un acceso especial a la verdad o a la revelación”<sup>58</sup>. Es compatible con lo expuesto que lleguemos a ellos mediante procesos de argumentación racional, o gracias a intuiciones disponibles a todos<sup>59</sup>, etcétera. Lo único que negamos es que todo el contenido de la ley natural sea una conclusión de los procesos democráticos, y que por ello no pueda utilizarse como premisa argumental. De nuestro razonamiento se sigue que no hay un contexto deliberativo en el que pueda mostrarse la ley natural originariamente, como querría Atria. En términos más generales, no hay ningún contexto en el que la verdad se muestre originariamente, pues siempre está presupuesta. Quizás los principios de la ley natural son conclusiones de múltiples contextos, que a su vez se presuponen entre sí. Como sea, seguiría siendo el caso que en cada uno de ellos se emplea la verdad apelativamente.

Volvamos a la pregunta inicial: ¿hay algo inapropiado en referir a la verdad en la deliberación política democrática? La teoría de Atria es un intento notable de respuesta (parcialmente) afirmativa. Si los argumentos de este artículo son correctos, su teoría es errónea y tenemos razones para responder que no solo no es inapropiado sino que es inevitable.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARANCIBIA COLLAO, Fernando (2018): “Natural Law Moral Epistemology: Naturalist, Intuitionist or both?”, *Rechtstheorie*, vol. 49, N° 2: pp. 131-153.
- ARENDT, Hannah (1961): “Truth and Politics”, en ARENDT, Hannah (ed.) *Between Past and Future* (New York: Viking Press) pp. 227-64.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2014): *Derechos Sociales y Educación: Un Nuevo Paradigma de lo Público* (Santiago, Lom ediciones).
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016): *La Forma del Derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2018): “La Razón Bruta”. Disponible en: [https://media.elmostrador.cl/2018/05/Atria\\_Razon\\_bruta.pdf](https://media.elmostrador.cl/2018/05/Atria_Razon_bruta.pdf). Fecha de consulta: 23 de mayo de 2020.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando y otros (2013): *El Otro Modelo: Del orden Neoliberal al Régimen de lo Público* (Santiago, Debate).
- BESCH, Thomas M. (2014): “On discursive respect”, *Social Theory and Practice*, vol. 40, N° 2: pp. 207-231.
- CALLAHAN, Laura Frances (2019): “Epistemic Existentialism”, *Episteme*, Firts View Articles pp. 1-16.
- COHEN, Gerald Allan (2009): *Why Not Socialism?* (Princeton, Princeton University Press).

<sup>57</sup> ESTLUND (2012) argumenta que el liberalismo político tiene que aceptar que el principio de legitimidad liberal, que se encuentra a la base del proyecto rawlsiano, es verdadero y no meramente razonable. Dados los paralelos del liberalismo político con la posición atriana resulta sugerente la argumentación de Estlund.

<sup>58</sup> ATRIA (2016) p. 398.

<sup>59</sup> Véase ARANCIBIA (2018).

- DAHL, Robert (1989): *Democracy and Its Critics* (New Haven, Yale University Press, First Edition).
- DARWALL, Stephen L. (1977): “Two kinds of respect”, *Ethics*, vol. 88, N° 1: pp. 36-49.
- ESTLUND, David (2012): “The Truth in Political Liberalism”, en NORRIS, Andrew y ELKINS, Jeremy (ed.) *Truth and Democratic Politics* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press).
- FINNIS, John (1983): *Fundamentals of Ethics* (Georgetown, Georgetown University Press).
- FORST, Rainer (2011): *The Right to Justification: Elements of a constructivist theory of justice* (trad. por J. Flynn, New York, Columbia University Press).
- GAUS, Gerald F. (2011): *The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World* (Cambridge, Cambridge University Press).
- GUTMANN, Amy y THOMPSON, Dennis (1996): *Democracy and Disagreement* (Cambridge, MA, Belknap Press of Harvard University Press).
- HABERMAS, Jürgen (1998): *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (trad. W. Rehg, Cambridge, Mass., The MIT Press).
- LARMORE, Charles (1987): *Patterns of Moral Complexity* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MACINTYRE, Alasdair (1987): *Tras la Virtud* (Barcelona, Crítica).
- NAGEL, Thomas (1987): “Moral conflict and political legitimacy”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 16, N° 3: pp. 215-240.
- NOZICK, Robert (1974): *Anarchy, State and Utopia* (Oxford, Basil Blackwell).
- PRITCHARD, Duncan (2018): “Unnatural doubts”, en BRUNO, G. Anthony y RUTHERFORD, Abby (ed.) *Skeptical Solutions: Provocations of Philosophy* (Oxford, Oxford University Press), pp. 223-247.
- RAWLS, John (1999): *A Theory of Justice* (Cambridge, MA, Belknap Press of Harvard University Press).
- RAWLS, John (2005): *Political Liberalism: Expanded Edition* (New York, Columbia University Press).
- RORTY, Richard (1983): “Postmodernist Bourgeois Liberalism”, *The Journal of Philosophy*, vol. 80, N° 10: pp. 583-89.
- SCANLON, Thomas M. (1996): “The Difficulty of Tolerance”, en HEYD, David (ed.) *Tolerance: An Elusive Virtue* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 226-39.
- SCANLON, Thomas M. (1998): *What We Owe to Each Other* (Cambridge, MA, Belknap Press of Harvard University Press).
- WILLIAMS, Michael (2007): “Why (Wittgensteinian) contextualism is not relativism”, *Episteme*, vol. 4, N° 1: pp. 93-114.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1969): En ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret y VON WRIGHT, George Henrik (ed.) *On Certainty* (trad. Denis Paul y Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, Oxford, Basil Blackwell).

# LA LIBERTAD DE CÁTEDRA DE LAS UNIVERSIDADES CON IDEARIO RELIGIOSO: OBJECIONES Y RESPUESTAS

## *ACADEMIC FREEDOM IN RELIGIOUSLY-AFFILIATED UNIVERSITIES: OBJECTIONS AND ANSWERS*

RAÚL MADRID RAMÍREZ\*

**RESUMEN:** El tema de este trabajo, o su perspectiva más bien, será la libertad de cátedra en las universidades con ideario religioso. La perspectiva del análisis intenta configurar un foco de sentido desde el cual abordar la cuestión de la autonomía de este tipo de centros académicos, que hoy entran en crisis de la mano del concepto mismo de universidad. El problema específico que se abordará tiene dos fases: la libertad de la universidad para (a) contratar profesores dispuestos a cumplir las exigencias del ideario institucional en su desempeño, y por lo tanto la versión inversa: rechazar a aquellos que manifiesta y reiteradamente se opongan a dicha declaración de principios. Junto a ello, (b) se discutirá la capacidad real de que disponen dichas universidades a la hora de generar para sus académicos un espacio de libertad que sea cualitativamente coherente con la concepción de la verdad declarada en los postulados fundacionales. Detrás de la garantía de libertad de cátedra deben considerarse dos cuestiones previas: la existencia o inexistencia de una noción única y hegemónica de universidad, y el concepto de libertad que se encuentre vigente en la sociedad, cuestión que se relaciona directamente con las estrategias de dominación del discurso público.

**Palabras clave:** Libertad de cátedra, autonomía académica, universidades con ideario.

**ABSTRACT:** The theme of this paper, or rather its perspective, is the academic freedom in religiously-affiliated universities, aiming to approach the problem of their autonomy, which today seems to be in crisis, along with the concept of university itself. The specific problem to be addressed has two phases: (a) the freedom of the university to hire professors willing to comply with religious institutional requirements in their performance, and, accordingly, the inverse scenario: to dismiss those who manifestly and repeatedly oppose to said statement of principles; and (b) the real capacity of religiously-affiliated universities to provide a scope of freedom to their faculty, being it qualitatively consistent with the idea of truth that is declared in the founding declarations. Two previous questions must be considered behind the right to academic freedom: the existence or absence of a unique and hegemonic notion of university, and the concept of freedom which is currently valid in the society. This last matter is directly related to the strategies used to dominate public *discourse*.

**Keywords:** Academic freedom, academic autonomy, religiously-affiliated universities.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor Titular. Director del Programa de Derecho, Ciencia y Tecnología de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Código Orcid 0000-0003-4592-6985. Dirección postal: Avda. Libertador Bernardo O'Higgins N° 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: rmadrid@uc.cl.

## I. ANTECEDENTES

Se abordarán en este trabajo algunas de las posibles respuestas a cuatro problemas concretos, relacionados con el estatus y la subsistencia de las universidades con ideario religioso en nuestro tiempo. Es preciso advertir, antes de comenzar, que el presente artículo no se orienta a explicar qué alternativas concretas otorga un ordenamiento positivo en específico para elegir caminos de acción en cada una de ellas. El desarrollo tampoco se dirigirá a los principios éticos y jurídicos abstractos que rigen la libertad de las personas o de instituciones (como las universidades), porque estos son perfectamente conocidos, y sería inoficioso repetirlos en un texto de esta naturaleza. El objeto de este trabajo será el diálogo que pueden entablar este conjunto de libertades asociadas a las universidades con ideario religioso, no ya con la modernidad y su desdén por toda proposición supra-empírica, sino con las condiciones culturales de un tiempo radicalmente distinto a la experiencia clásica, escolástica o moderna, como es el tiempo presente. Aunque se tiene en mente principalmente el caso de las universidades católicas, lo dicho en estas páginas es aplicable en general a las universidades con un ideario de este tipo. Así pues, al referirnos al “ideario”, debe entenderse su vínculo con alguna religión en particular.

La condición de nuestro tiempo puede ser considerada en varios sentidos como la más singular de la historia de Occidente, en virtud del modo en que la cultura ha terminado acogiendo y multiplicando, a través de la tecnología y lo que Baudrillard denominaba las “supercarreteras de la información”, en las que todo es red<sup>1</sup>, los fundamentos de un pensamiento nihilista que hoy en día domina casi todos los parámetros del mundo moral, social, jurídico y político. No cabe aquí desarrollar con detalle cómo se ha producido este resultado, pero la indudable existencia de criterios hermenéuticos muy distintos incluso de aquellos utilizados por los contradictores tradicionales de las universidades con ideario, obliga a repensar el modo mismo de hacer primar hoy una libertad que, a los ojos de muchos contemporáneos, no solo es inútil, sino intrínsecamente perniciosa y hostil para la declaración de principios postmoderna. Esto quiere decir que, dentro de poco, si no ocurre ya, se intentará utilizar el Derecho mismo para suprimir determinadas instituciones y su aproximación a la verdad, en virtud de que formulan, declaran o sostienen proposiciones morales materiales, que a la vez pretenden ser universales. Esto significa que, en nuestro tiempo, se produce una enorme paradoja: las instituciones democráticas y los agentes políticos y culturales, el sistema educativo y los medios de comunicación tecnológica, los actores civiles (como las ONGs) y los organismos internacionales, todos ellos en su conjunto y de manera sostenida, declaran y consagran como parte del ideario de los derechos humanos la libertad de asociación, de contratación, de expresión y de cátedra<sup>2</sup>. Sin embargo, en los hechos, todas estas libertades se ven cada vez más selectivamente conculcadas, como fruto de un largo proceso de ideologización de las bases culturales de Occidente, pero también por causa de una exitosa estrategia de dominación del discurso público, que hoy rinde sus

<sup>1</sup> BAUDRILLARD (1987) p. 10.

<sup>2</sup> Véase por ejemplo, CHICAGO PRINCIPLES: REPORT OF THE COMMITTEE ON FREEDOM OF EXPRESSION. UNIVERSITY OF CHICAGO. Disponible en: <https://freexpression.uchicago.edu>. Fecha de consulta: 18 de febrero de 2019.

frutos en la mayoría de los países occidentales<sup>3</sup>. Esta estrategia se relaciona también con nuevas concepciones de la “justicia académica”<sup>4</sup>.

La cuestión de dar respuesta a las preguntas que nos ocupan es más compleja de lo que parece, precisamente por causa de la variación en los parámetros culturales a que hacíamos referencia antes. Se trata de preguntas jurídicas, que hubieran merecido una respuesta también jurídica, que hoy sin embargo no es posible, o al menos no es enteramente posible. Esto no quiere decir, ciertamente, que no puedan resolverse en atención a un determinado derecho escrito. El problema no dice relación con la existencia de normas que ofrezcan en Chile, o en cualquier parte del mundo, certeza sobre los comportamientos; ni siquiera se relaciona con la existencia de intérpretes de dichas normas que equivoquen el camino, y las lean en un sentido erróneo, inapropiado o incluso interesado: jueces, administradores, etc. El verdadero problema radica en la creciente imposibilidad de distinguir entre el Derecho y la política, o más bien: cómo, en función de la política, se puede hoy desdeñar el Derecho<sup>5</sup>. Esta opinión, como se verá a continuación, hace referencia a criterios postmodernos, en que las diversas instituciones adquieren una dimensión política radical, merced a la naturaleza de sus postulados. Hay varias razones para explicar esto. Una es decir que se ha producido una deconstrucción del binomio Derecho-poder. Esto parece ser un hecho, y su desarrollo merecería por sí solo una monografía independiente. Otra razón, es la analogía con la postverdad, es decir, con la idea de que los hechos objetivos influyen menos en la formación de la opinión pública, que los llamamientos a las emociones y creencias personales<sup>6</sup>. Así, la verdad, destituida de su lugar junto al conocimiento, desde el punto de vista cultural comienza a ser desplazada por la credibilidad. El Derecho ocuparía en esta analogía el lugar de los hechos: no influiría en la decisión política, que buscaría ser “creíble”, es decir, responder a lo que una determinada audiencia espera de ella. La pregunta que surge a continuación es cuál es esa audiencia, en el esquema cultural de la postverdad. Cuando se trata de Derecho y de normas jurídicas, lo normal hubiera sido esperar que la audiencia a que hacemos referencia fuera la comunidad letrada, es decir, la comunidad que puede dar razón técnico-jurídica de la decisión o resolución que ha tomado la autoridad, y que tiene relevancia normativa. En los nuevos paradigmas culturales de las sociedades occidentales, sin embargo, esto dista mucho de ser así. La verdadera audiencia contemporánea –desde el punto de vista de su eficacia– son las redes sociales, unidas a los medios de comunicación, los cuales cada vez más se parecen, por su parte, a una red social. Ellos son los que dictaminan lo que es “creíble”, y por lo tanto lo que es jurídicamente aceptable.

Evidentemente, la “credibilidad” se encuentra asociada aquí a la cantidad de espacio público que se domina. El espacio público contemporáneo representa una versión horizontal del poder, en sentido foucaultiano: el poder se presenta como una relación, es decir, como un término aplicable a un conjunto de relaciones en las que hay conflictos de

<sup>3</sup> La corrección política se remite a una política cultural. Véase FAIRCLOUGH (2003) p. 20.

<sup>4</sup> KORN (2014).

<sup>5</sup> Véase por ejemplo el argumento de HABERMAS (1993) p. 329.

<sup>6</sup> OXFORD DICTIONARIES, voz “post-verdad”. Disponible en: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>. Fecha de consulta: 18 de febrero de 2019.

intereses, metas, preferencias, etc., todas ellas enfrentadas entre sí, y consiguiendo sus objetivos a expensas de las otras<sup>7</sup>. La relación de fuerzas quiere decir que a la fuerza le pertenece esencialmente la relación con otra fuerza: “la fuerza no existe en singular, no hay fuerza en singular [es decir, vertical, en sentido tradicional]. Toda fuerza es relación con otra fuerza. Esto quiere decir que la fuerza es fundamentalmente el elemento de una multiplicidad y que no puede ser pensada fuera de lo múltiple, que no hay fuerza una. Es incluso en este sentido que la fuerza no tiene más objeto ni sujeto que la fuerza. Esto no quiere decir que la fuerza sea su propio objeto y su propio sujeto, tiene por objeto otra fuerza o, lo que es lo mismo, que una fuerza tiene por sujeto a otra fuerza”<sup>8</sup>. De este modo, el poder se transforma en una microfísica –un espacio de relación entre infinitos actores de igual rango–, que se articula por medios intangibles, como es el que proporcionan las nuevas tecnologías de la información. Este parece ser el verdadero motor de la dialéctica social.

Lo que acabamos de revisar, me parece, debe ser tenido en cuenta necesariamente a la hora de preguntarse por cuáles son las libertades que deben esperar hoy en día, realmente, las universidades con ideario, más allá de lo que digan las normas positivas y las palabras de buena crianza de los políticos. Voy a centrarme específicamente en aquellas casas de estudio que mantienen declaraciones de principios que van en contra de las corrientes culturales contemporáneas, porque las otras no representan verdaderamente un problema: son “creíbles”, y se les concede la ansiada “neutralidad” sin mayor discusión. ¿Qué validez tiene en nuestro tiempo el ideario de las universidades contraculturales como criterio de corrección de sus actos institucionales, y de los actos de sus académicos? Me parece que esa validez depende de que dichos centros de educación superior consigan de hacer ponderar en su favor las objeciones formuladas desde las corrientes opuestas, que parecen haber dominado la escena pública. Las objeciones que yo veo son las siguientes:

## II. LAS UNIVERSIDADES CON IDEARIO DISCRIMINAN ARBITRARIAMENTE POR SU MISMA EXISTENCIA, Y DEBEN POR LO TANTO SER SUPRIMIDAS

Esta objeción es probablemente la más radical, y de momento no se ha planteado con pretensión jurídica final, lo que no quiere decir que no pueda ocurrir en el futuro, especialmente en contextos de sociedades multiculturales donde los ciudadanos casi no comparten presupuestos vitales ni morales. Consiste, como adelantábamos antes, en la idea de que las personas y las instituciones que sustentan concepciones universales y materiales del bien moral se situarían *per se* fuera de las reglas democráticas de convivencia, porque tal presupuesto atentaría intrínsecamente contra la dignidad de los terceros, en la medida en que declaran como “malas” o “impropias” ciertas decisiones morales que algunos individuos o grupos adoptan como preferencias o formas de vida. Esta interpretación está vinculada con aquellas doctrinas que sostienen en último término que la afirmación de la verdad en sentido universal constituye un acto de violencia. Un modo en que esta idea se canaliza

<sup>7</sup> PHILP (1983) p. 32.

<sup>8</sup> DELEUZE (2014) p. 66.

es la insistencia en que la universidad pública debe ser laica, porque ello es un requisito *sine qua non* de la democracia<sup>9</sup>.

El principal y más refinado exponente de esta tesis en el siglo XX es Jacques Derrida. En el contexto de su obra, la metafísica, y todas las ciencias derivadas que establecen juicios materiales y universales como verdaderos, ejercerían una violencia originada en y por el acto mismo de la decisión que implica la formulación de ese juicio. Porque para Derrida y sus epígonos, toda decisión supone a la vez una negación y una exclusión<sup>10</sup>. Esta tesis ha traducido institucionalmente en el ámbito académico, mediante mecanismos como los de la llamada “corrección política”, en la cual no se puede sostener ninguna opinión que incomode a los colectivos considerados como minorías, por muy fundada científicamente que pueda estar.

En el caso de las universidades que pertenecen o son afines a la Iglesia Católica, se produce un efecto perverso, por cuanto algunos de estos preceptos se ven cuestionados públicamente en virtud de la exitosa intermediación de los medios de comunicación y las redes sociales, que callan, adulteran o reinterpretan ideológicamente afirmaciones o comentarios de las autoridades eclesiásticas. De esta forma se configura una opinión creciente en la audiencia de que la catolicidad no consiste en absoluto en “juzgar” la bondad o maldad de los actos, sino solo en “amar”, lo que deja abandonada a su suerte a las universidades y a los académicos que insistan en explicar los principios de moral natural relativos a tales preceptos.

Así pues, la cuestión de fondo es qué razones pueden esgrimir las universidades católicas para que se admita que promuevan sus creencias últimas acerca de la condición humana mediante el trabajo universitario. Como plantea Carlos Peña, ¿acaso no le es suficiente, a la Iglesia Católica, por ejemplo, con las Iglesias y los medios de comunicación de que dispone? ¿No ocurrirá con la expresión “universidad católica” lo que, según Heidegger, ocurre con la expresión “filosofía cristiana”, que es un oxímoron, como “hierro de madera”?<sup>11</sup> Esta es una pregunta que los miembros de las universidades católicas tienen por fuerza que ser capaces de responder<sup>12</sup>, si desean asegurar su libertad de asociación en torno al análisis y la docencia de ciertas verdades fundamentales, en medio de un mundo que reclama como requisito de la democracia la ausencia de verdad.

### III. SEGUNDA OBJECCIÓN. LAS UNIVERSIDADES CON IDEARIO TIENEN UN DEFECTO EPISTEMOLÓGICO ESENCIAL: NO SON NEUTRALES, Y POR LO TANTO REPRESENTAN UN INTERÉS PRIVADO, QUE NO SATISFACE LO QUE SE ESPERA DE UNA UNIVERSIDAD

Ya en 1915, los redactores de la primera Declaración de la American Association of University Professors (AAUP) advertían que las instituciones privadas actúan de modo dife-

<sup>9</sup> MOCHÓN (2019).

<sup>10</sup> DERRIDA (2004) p. 49.

<sup>11</sup> El Cardenal Newman responde esta problemática de modo excelente, especialmente en los discursos 4 y 8. NEWMAN (2016) pp. 69-84 y 125-138.

<sup>12</sup> PEÑA (2018) p. 107.

rente de las universidades del Estado, por cuanto estas últimas estarían comprometidas con el conocimiento, mientras que las otras obrarían “según los que sean sus puntos de vista”, usando el college como “instrumento de propaganda” de ellos. Estas instituciones no aceptarían los principios de libertad de investigación, de opinión ni de enseñanza; siendo su propósito no el avance del conocimiento por la investigación sin restricciones y la discusión libre por académicos imparciales, sino más bien el apoyar la difusión de opiniones emitidas por sujetos no académicos, que proporcionan los fondos de la institución. La actitud coherente con tal premisa es negar a estas instituciones el valor de un estatuto sustentable, afirmando que su objeto es sólo el proselitismo, no el conocimiento racional o intersubjetivo, que sería patrimonio exclusivo de su paradigma puramente empírico. Así lo dice expresamente Dewey, al afirmar que al discutir las cuestiones que se resumen en la expresión ‘libertad de cátedra’, es necesario distinguir entre las universidades propiamente dichas, y aquellos cuerpos docentes cuyo objetivo primario es inculcar un conjunto determinado de hechos e ideas. Las primeras buscan descubrir y comunicar la verdad, y hacer de la audiencia mejores jueces de la verdad y mejores aplicadores de ella en los asuntos cotidianos. Los segundos tienen por objetivo el perpetuar una cierta manera de ver las cosas de un grupo de personas. Su objetivo es más bien disciplinar más que formar, no tanto a expensas de la verdad, sino de tal manera que se conserve lo que ya es considerado verdadero por un grupo considerable de personas<sup>13</sup>. Dewey no niega el derecho de cualquier institución religiosa, política o incluso económica de regentar centros de educación superior desde un punto de vista jurídico<sup>14</sup>; su argumento es más bien de naturaleza moral: tales instituciones no podrían alcanzar la verdad, que les estaría vedada por el hecho de sustentar determinadas proposiciones que son consideradas *ex ante* como verdaderas. Serían, por decirlo así, creaciones esperpénticas, pero lícitas, en base justamente a la libertad que, como un trasfondo, constituiría el verdadero horizonte de significado de la acción humana. Este argumento subsiste hoy en día como crítica a este tipo de centros, en la medida en que su objetivo (privado) es distinto del que se puede encontrar en las universidades “laicas” o “neutrales”. Enfatizan su vínculo con una determinada religión (en el caso de las confesionales), su intencionalidad apostólica. Andreescu cita por ejemplo a la Universidad de Notre Dame, que declara estar tanto al servicio de la fe como del conocimiento científico<sup>15</sup>. La objeción se centra pues en la supuesta ambivalencia de estas entidades entre la adhesión a valores “sectarios” o privados, y la búsqueda del éxito académico en sentido propio<sup>16</sup>.

La universidad secular moderna, es decir, la universidad que surge en el S. XIX, tanto la napoleónica como la humboldtiana, en su versión profesional y científica, suponen que hay un lugar neutral en el que todos los puntos de vista pueden converger, y este lugar neutral sería la racionalidad<sup>17</sup>. El ideal de la universidad secular moderna sería erigir un piso neutral donde todos los puntos de vista pudieran refugiarse a condición de ser racio-

<sup>13</sup> DEWEY (1902) p. 1.

<sup>14</sup> DEWEY (1902) pp. 1-2.

<sup>15</sup> ANDREESCU (2008) p. 166.

<sup>16</sup> INGRAM (1986) p. 300.

<sup>17</sup> Véase SIMON (1972) pp. 217-233.

nales, es decir, se repudiará por completo el carácter confesional de la universidad escolástica<sup>18</sup>. La universidad sería, en consecuencia, un ámbito donde se practica la racionalidad entendida como una actitud que antecede a toda respuesta posible y que, por lo mismo, sería neutra como advierte Hollinger, la universidad de investigación, bajo la idea de la *Wissenschaft*, se refería a una verdad descubierta, no revelada<sup>19</sup>. En este contexto, las universidades con ideario estarían imposibilitadas de cumplir con esta exigencia, porque su punto de partida *ex ante* impediría el encuentro con la racionalidad, descrita en términos modernos. No serían, propiamente, por lo tanto, universidades, sino centros de adoctrinamiento que deben ser eliminados o bien “ocupados”, en caso de que tengan una alta relevancia social o institucional.

Por otro lado, cabe preguntarse si existe ese lugar neutral, esa neutralidad. Si se observa las universidades pretendidamente neutrales, encontramos que, de hecho, están dominadas por corrientes de pensamiento que son en su mayoría opuestas a las tesis de las universidades con ideario. Es decir, hay fundadas sospechas de que el recurso a la neutralidad es en realidad una estrategia de dominación para ocupar espacios de poder en el ámbito académico: el modelo de racionalidad que esgrime la universidad secular moderna parece ser una forma de ideología encubierta. En el momento en que esta racionalidad se escinde de la idea de verdad, la segregación de las universidades con ideario se transforma en, por llamarlo de algún modo, postmoderna, y la actividad académica comienza entonces a estructurarse en torno al poder<sup>20</sup>. La universidad se ha transformado en nuestro tiempo, ha pasado de ser un lugar destinado a la verdad, presidido por una especie de concordia en la verdad –en sentido aristotélico–, a constituir una suerte de arena en la que se enfrentan distintos bandos, de tal manera que las instituciones de educación superior contemporáneas terminan esgrimiendo la pureza metodológica y la neutralidad racional como un arma para aplastar a los puntos de vista minoritarios, para perseguirlos incluso fuera del ámbito académico. Se unen al discurso oficial de los paradigmas culturales propugnados por los medios de comunicación y las redes sociales, pero con una pátina intelectual que busca justificar la superioridad metodológica y moral. Esta actitud, por lo demás, no es nueva desde un punto de vista material. Ocurrió en Estados Unidos a principios del siglo XX, cuando las diversas ortodoxias se enfrentaron en facultades de humanidades logrando acorrallar a un bando u otro, utilizando el recurso de la libertad de cátedra, que se estrenaba desde hacía algunos años<sup>21</sup>; ocurrió también en el momento en que los profesores norteamericanos expulsaron de la universidad alemana de la postguerra a todos los académicos formados en el modelo humboldtiano, con el argumento de haber sido proclives de un modo u otro al nacionalsocialismo, reemplazándolos por profesores formados en la misma tendencia de Humanidades antes mencionada<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> PAULSEN (1906) p. 54.

<sup>19</sup> HOLLINGER (1987) p. 37 ss.

<sup>20</sup> ALTBACH (1999) pp. 107-24.

<sup>21</sup> FURNER (1975) p. 8.

<sup>22</sup> TSVETKOVA (2013) p. 89.

Una universidad católica, por el contrario, debiera sostener que el pluralismo alcanza a la misma idea de racionalidad: la racionalidad no sería neutral en sí misma, sino que habría varios tipos de racionalidad: se trataría de un concepto analógico. Una racionalidad sensible al misterio sería también una forma de racionalidad con derecho a existir en el espacio público, una racionalidad abierta a todos los aspectos de la existencia humana. Habría razones, por llamarlas así, epistemológicas, diría una universidad católica, para que no se ponga en cuestión su índole universitaria y su vocación racional. Esta idea –sobre la base de la cual podría defenderse la existencia de una universidad católica– puede ser considerada en cierto sentido una idea extremadamente moderna: la razón auscultándose a sí misma descubre, de pronto, que ella tiene varias versiones posibles, que siempre hay un punto ciego en el que descansa, y que ciertos tipos de racionalidad desconocen, mientras que otras, como las universidades católicas o con ideario, muestran o pueden mostrar por el contrario cierta apertura hacia él<sup>23</sup>.

En lo relativo a la pregunta sobre qué razones puede esgrimir una universidad católica para que se le permita existir y usar de su autonomía institucional, siguiendo el argumento de Carlos Peña pueden pensarse cuatro<sup>24</sup>: (a) Una razón es utilitaria, el sistema universitario va a estar mejor con universidades católicas que sin ellas (esto es evidente en el caso de Chile. En el caso de Chile, la Universidad Católica es prácticamente la mitad de la tradición del sistema universitario, entonces un puro criterio utilitario lo llevaría a usted a decir que es mejor que sobreviva la Universidad Católica a que no exista); (b) Pero también hay un criterio epistemológico: es incoherente un modelo de búsqueda única de la verdad que subyace en la universidad secular, y entonces la universidad católica debiera decir, mire, en realidad desde el punto de vista epistemológico, el pluralismo alcanza a la misma idea de racionalidad. En consecuencia, porque somos pluralistas, tenemos que permitir que la diversidad se exprese no solo al interior de la universidad secular, como manifestaciones de una única racionalidad, sino que en el sistema de educación superior convivan varias ideas de racionalidad; (c) existiría en primer lugar una razón política: Si se rechaza la existencia de universidades no seculares, se estaría sacrificando, en un futuro posible, las creencias de las minorías. Es posible que existan minorías con ideas peculiares, extrañas o excéntricas, que a la mayoría le parezcan exóticas, erradas o incluso absurdas, pero que podrían enriquecer la cultura pública. Impedir el desarrollo de esas ideas tiene como efecto dañar la democracia. Este argumento, me parece, es ilustrativo de cómo utilizar las categorías postmodernas para defender lo tradicional, pues está basada en la concepción del *marketplace of ideas*. (d) Finalmente, el argumento de la libertad religiosa. En un Estado moderno y democrático la libertad académica debe coexistir con la libertad religiosa y la libertad religiosa debe suponer el derecho de los ciudadanos a asociarse en base a sus creencias finales acerca de la condición humana y transmitirla a las nuevas generaciones mediante el sistema educativo. Si esto se prohíbe, en realidad, se concebiría la libertad religiosa como un simple derecho individual, lo que no resulta razonable desde un punto de vista ni jurídico ni conceptual.

<sup>23</sup> PEÑA (2018) p. 113.

<sup>24</sup> PEÑA (2018) p. 114-5.

#### IV. TERCERA OBJECCIÓN. LAS UNIVERSIDADES CON IDEARIO NO PUEDEN LIMITAR LA LIBERTAD DE CÁTEDRA DE SUS ACADÉMICOS POR CAUSA DE SUS PRINCIPIOS

Este es el sentido de lo que argumenta la *Declaración* fundacional de la AAUP en 1915: las universidades con ideario no dispondrían de potestad moral para limitar la libertad de los académicos: “Los Consejos de tales universidades carecen de autoridad moral para limitar la razón o la conciencia de ningún profesor. Toda exigencia en este sentido queda desestimada porque el público contribuye y otorga su apoyo no a la propaganda, sino a la mantención de instituciones de educación no partisanas. Así, toda universidad que establezca restricciones a la libertad intelectual de sus profesores se auto-proclama una institución privada, y debe ser conocida como tal cuando solicite fondos, y el público debiera ser advertido de que dicha institución carece de derecho para ello<sup>25</sup>. En España, por ejemplo, el krausismo pretendía que fuera inviolable el profesor en la expresión de su pensamiento bajo la salvaguardia de la libertad científica y de su conciencia moral, de lo que se sigue que la restricción del ideario sería ilegítima, porque en definitiva la libertad de cátedra se configuraría solo como una libertad frente al Estado, la cual garantizaría la libre expresión del profesor funcionario en el ámbito de la enseñanza pública superior, sin considerar otros criterios<sup>26</sup>.

Este problema de la libertad de cátedra considerada como un absoluto es, probablemente, la objeción más compleja de responder de cara a la nueva sensibilidad, porque cualquier limitación parece dirigirse directamente contra la libertad de conciencia individual, que constituye el núcleo más sagrado de la modernidad, y también del postestructuralismo, aunque por razones profundamente distintas en cada caso. Para poder abordarla correctamente es necesario comprender primero que la noción de libertad de cátedra es también un concepto análogo, no unívoco, como parece defender gran parte de la doctrina jurídica contemporánea<sup>27</sup>. La definición estándar contemporánea de libertad de cátedra en sentido profesional (es decir, no como expresión de la autonomía universitaria) la entiende como una potestad atribuida a los académicos para investigar en cualquier área del conocimiento, y para emitir opiniones científicamente sustentables en su calidad de miembros de una comunidad universitaria, sin que ello traiga sanciones de especie alguna por parte del Estado, de las autoridades universitarias ni de los propios pares<sup>28</sup>. Se trata de un espacio de libertad que correspondería por derecho propio a cada académico, que le sería irrenunciable e inalienable, a través del cual éste desarrollaría su trabajo de un modo absoluto e idéntico en todos los tiempos y lugares. La libertad de cátedra es vista como una especie de condición de posibilidad *a priori* para la creatividad intelectual y el avance en la producción de conocimiento. En este contexto, el intento de corregir esta libertad abstracta, perteneciente al profesor, mediante el expediente de una declaración de principios o un ideario propio de la

<sup>25</sup> 1915 DECLARATION OF PRINCIPLES, 1. BASIS OF ACADEMIC AUTHORITY.

<sup>26</sup> Véase RODRÍGUEZ (1998) p. 44.

<sup>27</sup> Sobre la definición de la libertad de cátedra, METZGER (1978) pp. 96 ss.

<sup>28</sup> MADRID (2018) p. 32.

universidad, resultaría contrario a la misma esencia no solo de la universidad como institución misma, sino al hecho mismo del conocimiento<sup>29</sup>.

Frente a esta fórmula, las universidades con ideario deben hacer un esfuerzo para aclarar el verdadero significado de su conducta, que no constituye en realidad una limitación a la libertad de cátedra, porque dicha libertad, al igual que ningún otro derecho, no es absoluta ni independiente de las circunstancias concretas del caso particular que debe ser juzgado. En otros términos pues, deben demostrar que la corrección en base al ideario no constituye un atentado a la libertad de cátedra ni a la conciencia de los académicos. Esto, me parece a mí en base a dos mecanismos: (a) delimitar exactamente la conducta que se corrige o sanciona, y (b) insistir en que se trata de una condición lícita del contrato laboral. Analicemos esto por separado. La crítica de fondo que puede hacerse a la idea de la libertad de cátedra como un absoluto que pertenece al profesor como si se tratara de una categoría trascendental, sin atención a la universidad en que se desempeña ni a su contexto, es precisamente que responde a una suerte de razón teórica, puramente abstracta, que carece de los instrumentos para hacerse cargo de las situaciones concretas de conflicto de libertades académicas, que debieran resolverse más bien a través del uso de la razón práctica.

Junto a lo dicho, hay que tener en cuenta que en la actualidad, al interior de los Estados pluralistas, que no debieran amenazar sino favorecer la libertad y la diversidad ideológica, la libertad de cátedra, como el resto de las libertades públicas, ha perdido el sentido de un derecho reaccional o de defensa frente a los poderes públicos, pero adquiere en cambio una nueva dimensión como un bien jurídico que demanda aplicación en todos los ámbitos del derecho, implicando a los poderes públicos en su plena realización y extendiendo incluso, su ámbito de aplicación a las relaciones entre particulares. Esto debiera favorecer la existencia de libertades académicas “sectoriales”, como la de los católicos, los mormones, etc., las cuales, sin oponerse al Bien Común, desarrollan aspectos propios y peculiares de éste, a menos que se imponga un nuevo tipo de totalitarismo en el discurso público, como parece ocurrir con estrategias de dominación tal como la llamada “corrección política”.

## 1. EL CONTENIDO DEL “RESPECTO” AL IDEARIO

La idea de un espacio de libertad de los académicos es moderna, y surge como consecuencia de la fragmentación de la unidad religiosa y filosófica del medioevo. Cuando las universidades escolásticas entran en crisis, los académicos empiezan a dejar de verse a sí mismos como engranajes de una gran obra global –la Cristiandad–, y comienzan a percibirse al modo de una clase social y política, con características y derechos propios, que se pueden ejercer contra los gobernantes civiles, o contra las autoridades universitarias. Este es el origen de la idea de libertad de cátedra, que es fruto de la abstracción antropológica de la modernidad y de la ilustración, al igual que tantos otros derechos subjetivos de nuestro tiempo.

<sup>29</sup> Esto no debe confundirse con el intento de separar la autonomía universitaria del concepto de libertad de cátedra. En Estados Unidos, algunos autores luchan por defender esta última como un derecho del académico, no solo de la institución. Pero ese es un debate distinto del que aquí se aborda, relativo a la idea de libertad de cátedra –ya separada de la autonomía– que es concebida como un derecho abstracto, es decir, sin atender a las especiales circunstancias de cada universidad y de cada académico. Véase sobre lo primero LEE (2015).

Con frecuencia se ha imputado a la universidad escolástica reprimir la libertad de cátedra de sus académicos<sup>30</sup>. Esto es un anacronismo, y es el mismo argumento que se emplea hoy contra las universidades con ideario, solo han variado las circunstancias. Es un anacronismo porque traslada la idea moderna de espacio de libertad a un ámbito en el que no tiene cabida, sin perjuicio de las restricciones efectivas que se produjeron en el tiempo en comento. No hay en los procesos anteriores al siglo XVIII ni uno solo en que el académico imputado se haya defendido de la actuación de las autoridades esgrimiendo la existencia de un eventual ámbito propio e inviolable<sup>31</sup>. No hay ninguno, porque a nadie se le habría ocurrido ese argumento. De ahí la inutilidad de analizar la dinámica profesores-autoridades en la universidad escolástica desde el punto de vista de lo que técnicamente se entiende hoy por libertad de cátedra.

¿En qué consiste la restricción asociada al ideario? Esto es una cuestión que debe determinarse con total claridad, para evitar las generalizaciones y confusiones que se derivan de la mala comprensión, en muchas ocasiones interesada ideológicamente, de este mecanismo. Normalmente la fórmula que se utiliza es que los académicos que no comparten la “declaración de principios” no deben combatirlo, sino que están obligados a “respetarlo”, es decir, acatarlo, considerarlo, ser deferentes con él<sup>32</sup>. Se trata de una conducta que se tributa al mérito y a la autoridad, mientras que la reverencia se ofrece a la dignidad. El respeto supone también obediencia. Se distingue de la consideración porque ésta posee un carácter social, mientras que el respeto se dice en un sentido moral. Así, se considera al hombre de mérito y se respeta al virtuoso. Como dice Barcia: la consideración nos lleva al mundo, el respeto a una casa, y el acatamiento, a un palacio. Por su parte, la reverencia nos conduce a un altar, y la veneración nos pone muy cerca del cielo<sup>33</sup>.

La cuestión jurídica consiste entonces en determinar qué quiere decir “respetar”, en el contexto que aquí nos interesa. Para ello, es preciso resolver una cuestión previa, considerada dentro de las preguntas que me corresponde abordar en este trabajo: el ámbito y los temas que deben ser objeto de esta acción aparentemente incierta que se denomina “respeto”. Recuerdo, antes de abordar esto, que he centrado mi exposición en las universidades católicas o de inspiración católica, aunque en principio también tendrían cabida en este análisis las denominadas “cristianas”, o pertenecientes a credos distintos. No parece aconsejable, de entrada, formular extensos y detallados listados de asuntos o temas sobre los cuales se espera este misterioso “respeto”, del cual hablaremos a continuación. Las enumeraciones normativas suelen acarrear más problemas que soluciones, porque se abren a una casuística

<sup>30</sup> CLASSEN (1981), p. 532.

<sup>31</sup> THIJSEN (1998) p. 91.

<sup>32</sup> Por ejemplo, el art. 3° de la Declaración de Principios de la Pontificia Universidad Católica de Chile dice lo siguiente: “La Universidad requiere fundamentalmente para el cumplimiento de su misión del testimonio de la fe de sus académicos y de sus demás miembros, pero no excluye de su seno a quienes no participan de la fe de la Iglesia, y está obligada al más delicado respeto de sus conciencias. Con todo, la catolicidad institucional de ella exige de los miembros de la comunidad universitaria que estén en esta situación, una necesaria actitud de respeto y apertura hacia los principios que informan a la Universidad y hacia la misión que ella ha recibido de la Iglesia. Quien combatiere esos principios no puede formar parte de esta Universidad”.

<sup>33</sup> BARCIA (1950) voces “respeto” y “consideración”.

que puede ser muy inconveniente a la hora de calificar comportamientos concretos de los académicos. Lo más aconsejable es enunciar los principios generales, y otorgar a alguna instancia la evaluación de las situaciones concretas que se produzcan, sin extender innecesariamente los tipos.

Parece razonable considerar que el ámbito cubierto por la restricción debe tener, en principio, dos grandes núcleos: (a) las verdades fundamentales de la fe y (b) los principios primarios y secundarios de la ley natural al menos en lo que se refieren a los preceptos relativos a la conservación de la vida y la integridad física, y a la conservación de la especie, mediante la procreación, crianza y educación de la prole. Cómo se redacta esto es evidentemente una cuestión de prudencia, vinculada con los amigos o enemigos morales –en la expresión de Engelhardt– que posea cada sociedad en concreto, pero lo más aconsejable es, en el caso de las universidades católicas o de inspiración católica, usar una frase general del estilo “los principios que informan”. Lo mismo a la hora de enseñar estas verdades, en especial las que resultan crecientemente conflictivas. La prudencia, en este caso, consiste en (a) separar con toda claridad la acción considerada reprobable del agente concreto que la realiza, tal como hace por cierto el Catecismo de la Iglesia Católica, y (b) ofrecer un planteamiento académico y no partisano del tema, lo que supone analizar las razones a favor y en contra, y dar una respuesta fundada. Esto es uno de los requisitos de la libertad de cátedra: la emisión de opiniones científicamente fundadas, es decir, que puedan ser sustentadas superando el análisis de los expertos<sup>34</sup>.

Esta última consideración entronca con la pregunta anterior, a saber, ¿qué significa que los académicos deben “respetar” este núcleo doctrinal? Desde luego, no puede significar una restricción de la investigación. Esta prohibición sería contraria a la naturaleza misma del conocimiento, y contraria por lo tanto a la verdad y al procedimiento dialéctico del cual procede en la inteligencia humana, mediante afirmaciones científicamente sustentables. Esta conclusión se deduce de la fuente doctrinal por excelencia de las universidades católicas, Santo Tomás de Aquino, quien declara que el verdadero sabio consulta la experiencia de los demás que se encontraron ante los mismos y parecidos problemas, y que los oye con atención y respeto<sup>35</sup>. La conquista de la verdad –dice el mayor Doctor de la Iglesia– no es obra de un hombre solo, ni de una sola época, sino de toda la humanidad pensante a través de los siglos. Cada sabio o cada época contribuye con su grano de arena, y todos juntos constituyen el acervo de la ciencia y de la cultura de la Humanidad<sup>36</sup>. Y, a mayor abundamiento, agrega: “quien sinceramente busca la verdad no debe enojarse con ellos [los contradictores], sino tratarles con respeto y quedarles agradecido por lo que han contribuido, directa o indirectamente, al hallazgo o esclarecimiento de la verdad, única y suprema aspiración del sabio”<sup>37</sup>.

En un sentido estricto, la sustentabilidad apunta a que las opiniones académicas, para optar a la protección de la libertad de cátedra, deben alcanzarse en conformidad con

<sup>34</sup> METZGER (1960) pp. 89-92.

<sup>35</sup> AQUINO, Santo Tomás, *Sum. Theol.*, II-II, q.49, a.3, ad 2.

<sup>36</sup> AQUINO, Santo Tomás, *In II Metaph*, lect. 2, n. 276.

<sup>37</sup> AQUINO, Santo Tomás, *In II Metaph*, lect. 1, n. 287-8.

estándares profesionales de investigación y análisis, determinados en principio por las reglas del arte y el uso de la comunidad científica en cada disciplina. Esta última dimensión del requisito puede ser controvertida, por cuanto algunas concepciones que se consideren mayoritarias podrían declarar sus parámetros metodológicos o sus bases axiomáticas como estándares imprescindibles para que determinadas opiniones fueran entendidas como científicamente sustentables, rechazando de ese modo las opiniones igualmente científicas de quienes no comporten sus puntos de partida. Por ejemplo, declarar un determinado problema como “resuelto”, y censurar por lo tanto los argumentos contrarios a la “solución definitiva”, por el solo hecho de ser opuestos a la mencionada *opinio communis*, sin apreciar su valor argumental. La opinión autorizada, según los parámetros antes mencionados, será más frecuente, como es de suponer, en el ámbito específico de investigación y docencia del académico, pero no excluye otras áreas del saber, por cuanto se entiende que un profesor universitario es capaz de realizar investigación en más de una dirección, la que será medida en su calidad a través del juicio metodológico de las conclusiones de su trabajo, estimado por los pares y por la comunidad científica. En otros términos: no se puede descalificar *a priori* el trabajo de un académico por razón de su matriz disciplinar; el valor argumental de su opinión será medido por los parámetros metodológicos utilizados, y ciertamente por el grado de verdad que contengan sus conclusiones. Esto quiere decir que, en principio, una Facultad no podría prohibir a académicos de otra distinta investigar o publicar sobre las materias que se adscriben al área disciplinar de la primera. Este debate es el que se presenta entre la competencia y la sobre-especialización dentro de las universidades, y afecta por supuesto a los estándares de libertad de los académicos<sup>38</sup>. Así pues, saber lo que piensan los demás constituye un medio imprescindible para conocer la verdad.

Tampoco el respeto al ideario puede consistir en que existan ciertos contenidos que no deban ser enseñados. Esto también sería contradictorio con la esencia de la universidad: ocultar o negar parte del proceso dialéctico de su adquisición, en el contraste con el error, por muy grave que éste sea. Es obligación seria de la universidad, según su capacidad y circunstancias concretas, enseñar los diversos aspectos de un problema, sin perjuicio de que acabe formulando la solución o respuesta que sea coherente con su ideario.

Ahora bien, si el respeto a los principios no consiste en dejar de estudiar ni en dejar de enseñar aquello que entra en conflicto con el ideario, ¿cuál viene a ser la naturaleza de la conducta que se exige de los profesores en este tipo de universidades? Para responder esta pregunta es interesante volver la vista nuevamente, por un momento, a la solución medieval. Ockham escribió en 1342 el tratado más sistemático y completo sobre la herejía de que se tuvo noticia en su tiempo: la primera parte del Diálogo entre el maestro y el alumno sobre las materias disputadas entre cristianos<sup>39</sup>. En este texto, Ockham asume siguiendo la tradición que la herejía no consiste solo en un asentimiento intelectual a una determinada proposición, sino que es necesario agregar la pertinacia como elemento esencial para la

<sup>38</sup> BIEDENKOPF (2009) p. 805.

<sup>39</sup> OCKHAM (1962). Esta obra aborda especialmente el problema de la herejía papal. Ockham consideraba que el Papa Juan XXII (Aviñón) había caído en herejía al condenar oficialmente la afirmación franciscana de que Cristo y los apóstoles habían llevado una pobreza absoluta.

configuración del tipo. Así pues, distíngue tres tipos diferentes de herejía: (a) la que supone una negación casi literal de las verdades de fe, (b) un segundo tipo, tan obvio, que cualquier persona que comprenda cualquier cosa, incluso un iletrado, puede darse cuenta en qué sentido la afirmación contradice las Sagradas Escrituras, y (c) un tercero, consistente en la contradicción de lo que se dice en los libros sagrados, la cual resulta perceptible solo a los hombres de letras, que conocen bien los principios de la fe gracias un largo tiempo dedicado a su estudio y a su detallada reflexión. Este último es el que se denominó “herejía académica”. Podemos concluir de aquí que el disenso intelectual de las verdades de fe era considerado una especie de herejía, y por lo tanto, participaba de su elemento esencial: la obstinación, que atentaba contra la *studiositas* —la virtud esencial del mundo académico escolástico—. Si era concebible dentro de las aulas la posibilidad de una desviación en la búsqueda de la verdad, una desviación que llevara incluso a realizar afirmaciones contrarias a la ciencia de la salvación, evidentemente dicha acción debía encuadrarse en el ámbito del vicio correspondiente o correlativo a la virtud central de la vida académica y universitaria. Es decir, la herejía académica no podía encontrarse lejos de la *curiositas*. Quien más directamente abordó el problema de la *curiositas* académica fue Jean Gerson (1363-1429). En *Contra vanam curiositatem in negotio fidei* (1402), sostuvo que la *curiositas* es hija de la soberbia (*superbia*), y que produce un conocimiento opuesto a la sabiduría (*sapientia*). Pero la soberbia es el elemento central de la herejía, porque lo que caracteriza al hereje es el deseo de imponer la propia voluntad —manifestada en la obstinación en el error—, más que la ignorancia de la verdad. La obstinación en el error (*pertinacia*) y la presunción (*presumptio*), dice Gerson, son los elementos de la herejía<sup>40</sup>. Su difusión producía escándalo (*scandalum*), ponía en peligro el alma de todos aquellos que, vinculados con la universidad, pudieran oírlos, y corrompía la contribución de la cátedra universitaria a la configuración de una sociedad cristiana. Por eso, las doctrinas heréticas eran también consideradas peligrosas, no solo las herejías vulgares o comunes. La idea misma de *curiositas* sugiere la de una voluntad errática, entregada a una búsqueda de experimentación semejante a la que padecen los niños cuando están aburridos, y por lo tanto lejana al canon del orden y del trabajo productivo, sobre la base de una realidad sólida. La herejía formal estaba basada entonces en la obstinación consciente en el error. La hipótesis presentada a discusión era considerada errónea una vez que concluía el debate doctrinal, ya fuera por el valor mismo del argumento, o por la autoridad de la Iglesia, que declaraba su inadecuación con el dogma o la tradición. Así, una conclusión errónea podía convertirse en herética, por intervención del elemento voluntario, pero no necesariamente lo hacía. Solo entonces se consideraba que podía impedirse su difusión, no simplemente por causa de ser descartada como falsa en el proceso dialéctico-discursivo<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> THIJSSSEN (1998) pp. 1-2. Es importante revisar también *Contra la curiosidad de los académicos* de GERSON (1962) p. 222 ss.

<sup>41</sup> Esto es lo que ocurrió con Giordano Bruno, a quién hasta el último momento se le ofreció la retractación, como consta en el acta de ejecución: “Giordano del *quondam* Giovanni Bruni; fraile apóstata de Nola di Regno, hereje impenitente. El *qual* (*sic*) fue exhortado con toda caridad por nuestros hermanos, y mandados llamar dos padres de santo Domingo, dos jesuitas, uno de la *Chiesa Nova* y uno de san Jerónimo, quienes con mucho afecto y doctrina le mostraron su error, estuvo hasta el fin en su maldita obstinación, dando vueltas en su intelecto y

Así pues, el disenso académico no consistía en una conducta punible *per se*, sino que era considerado una parte o momento del debate académico, en medio de la *Disputatio*. Lo que convertía el disenso en herejía no era la investigación o seguimiento de una línea contraria al Magisterio, ni siquiera su enseñanza, pues consta el testimonio de profesores que enseñaron errores en el contexto de un debate, sin que por ello fueran recriminados o sancionados. El elemento central de lo inadmisibles para la universidad medieval era la obstinación en el error, una vez que la autoridad académica y eclesiástica había hecho notar al académico esta circunstancia. Es decir, el mismo procedimiento que en la herejía vulgar.

Si traducimos esta concepción a nuestro tiempo, se hace más sencillo identificar de modo análogo qué se espera mediante la exigencia de “respeto” a los principios del ideario: la conducta que colisiona con las universidades así concebidas no es ni la investigación ni la enseñanza de la heterodoxia, sino la defensa manifiesta, reiterada y contumaz de opiniones que contradigan en materia grave la declaración de principios. Es decir, la intención manifiesta de combatir, desestabilizar y perjudicar las ideas matrices de la universidad. Estas personas, una vez que se les haya ofrecido de modo reiterado un cambio de actitud, si persisten en tal comportamiento, son las que efectivamente no pueden seguir formando parte de la universidad, y debe aplicárseles los términos del vínculo contractual-laboral. De manera ejemplar: en términos abstractos, un académico de una universidad con ideario puede tener una línea de investigación destinada a analizar los argumentos en favor del aborto. Puede publicar con toda libertad el fruto de sus reflexiones mediante libros, artículos científicos, o cualquier otro medio de difusión de las conclusiones de su trabajo. Puede por supuesto enseñar estos argumentos, comparándolos con los contrarios, y organizar cualquier actividad de extensión destinada a ofrecer explicaciones para un público más general. Todavía más: ese académico puede estar íntimamente convencido de que el aborto es un bien moral, y seguir siendo aceptado en una universidad que declare la inviolabilidad de la vida humana en cualquier estadio. Lo que probablemente no puede hacer es defender explícitamente el aborto, de manera reiterada o militante, a través de los diversos medios de difusión antes mencionados, u otros cada más usuales para el académico contemporáneo, como entrevistas en los medios de comunicación o redes sociales.

Todas estas conductas, por supuesto, deben ser apreciadas de modo prudencial, teniendo en cuenta el bien afectado y el mal que eventualmente se puede causar mediante la difusión de doctrinas contrarias al ideario, y el escándalo que esto puede producir en las personas vinculadas con la universidad. Por esto es importante que los rectores encarguen constantemente a los decanos tener siempre presente el ideario y el objeto final de la universidad, vinculado justamente con la difusión de la verdad en las materias más relevantes, según se explicaba antes. Es preciso generar una conciencia en la comunidad universitaria sobre la importancia de respetar el ideario. Para esto, es aconsejable que la mayoría de los

---

su cerebro con mil errores y vanidades. Y tanto perseveró en su obstinación que fue conducido por los ministros de justicia a Campo di Fiori, y allí se le desnudó y fue atado a un palo y quemado vivo, acompañado siempre de nuestra Compañía que cantaba letanías, y los confortantes lo atendían hasta último momento para que abandonara su obstinación, con la que al final acabó su miserable e infeliz vida”. Véase BENAVENT (2004) pp. 106-7.

profesores no solo respete dicho ideario (es decir, no defienda doctrinas contrarias a él), sino que también lo comparta activamente.

## 2. EL REQUISITO CONTRACTUAL

Esta idea del respeto al ideario exigido a todos los académicos no atenta contra el derecho a la libertad de cátedra considerada en abstracto, porque no limita ni la libertad de investigación ni la libertad de docencia, según hemos revisado antes (luego habrá que revisar la configuración positiva en cada caso concreto, atendiendo a la letra de los diversos ordenamientos jurídicos), y porque no se define de modo sectario contra cualquier otra realidad humana o secular<sup>42</sup>. Es decir, la restricción no atenta materialmente, en principio, contra la libertad de los académicos, porque lo que se les prohíbe es el proselitismo de las ideas opuestas, no su consideración estrictamente científica. En estricto sentido, ningún académico de ninguna universidad, incluso sin ideario, es contratado con la intención de que use a la universidad como medio de una determinada causa.

Pero supongamos que un académico, en uso de su libertad de investigación, llega honestamente a la conclusión de que –para seguir con el ejemplo– el aborto es un derecho de la mujer. Supongamos también que no hace activismo abortista, no tiene una actitud militante, y se limita a ofrecer las razones en favor de la interrupción voluntaria del embarazo. Imaginemos también que la autoridad le ha comentado en reiteradas ocasiones que esta opción contradice el ideario, en la medida en que sus argumentos ofrecen apoyo para la consolidación de la posición en comento. ¿Podría ser desvinculado de la universidad también en este caso? Los partidarios de esta opción dirán que la razón directa que se debe esgrimir es no solo la contradicción material con los principios de las referidas conclusiones a las que ha llegado –como horizonte hermenéutico–, sino el incumplimiento de lo estipulado en el contrato laboral, por el que se ha comprometido previamente a “respetar” dicho ideario, es decir, a no combatirlo.

La existencia efectiva de universidades con ideario en un determinado sistema jurídico dota de capacidad jurídica, al mismo tiempo, a su actuación, es decir, el desarrollo de todas las acciones tendentes a la consecución de sus objetivos estatutarios, porque si no fuera así, su existencia carecería de sentido. La universidad tiene tanto el derecho como el deber de promover el ideario<sup>43</sup>, porque de otra forma no es funcional al bien común ni al Estado de Derecho, que la dota normativamente de existencia. En este punto es fuerte el argumento de la libertad religiosa, para aquellas universidades a las que compete. Si existe la libertad religiosa, las personas que comparten esa religión tienen que poder asociarse en instituciones intermedias que representen ese credo. Entre ellas, sin duda alguna cabe la posibilidad de fundar universidades, porque la universidad y en general las instituciones del conocimiento son la traducción social del uso común de la inteligencia. Y siendo la inteligencia la facultad más propia del hombre, es evidente que, después de las instituciones propias del culto y de la actividad pastoral, el primer cuerpo intermedio que una fe religiosa debe poder fundar son centros universitarios. Además, como negar la libertad religiosa

<sup>42</sup> CURRAN (1997) p. 92.

<sup>43</sup> Así también la SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL N° 106/1996, de 12 de junio.

es prácticamente imposible en un contexto donde se reclama la superioridad absoluta de la conciencia individual, resulta que este punto es de hecho casi indiscutible.

Al tener la obligación de promover su ideario, la universidad debe disponer necesariamente de las atribuciones jurídicas para hacerlo. Esto significa, entre otras cosas, la posibilidad de generación de un estatuto particular para sus profesores, distinto o más específico del que puede caber en las universidades denominadas confusamente “neutrales”, que sea coherente con sus objetivos propios, cuyo desarrollo es justamente lo que justifica su existencia. Es en este contexto donde se sitúa el acuerdo contractual de “respetar” el ideario. El profesor, que para estos efectos es un trabajador, no puede realizar acciones que terminen por dificultar o impedir la promoción del ideario, e incluso, dependiendo de las características de la plaza, puede verse obligado a sujetar ámbitos de su vida privada a patrones de conducta acordes con el ideario<sup>44</sup>. Sin lugar a dudas, el profesor no es un empleado, en un sentido puramente vertical-administrativo<sup>45</sup>. Esta discusión se planteó con intensidad en la universidad alemana del siglo XIX, en que todos los académicos tenían el estatuto de empleados del Estado, y por lo tanto podían ser despedidos en cualquier momento. El concepto de *Lehrfreiheit* se refería justamente al derecho legalmente reconocido de los profesores ordinarios y asociados, considerados en cuanto empleados del gobierno (por desempeñarse en una institución del Estado), para realizar sus tareas académicas fuera de la línea de mando burocrática que afectaba al resto de los empleados de la administración pública, es decir, con un cierto grado de discrecionalidad con el cual el resto de los empleados públicos no contaban. La libertad de cátedra implicaba un margen de autonomía administrativa concedida a los profesores por causa de la importancia comparativa de su labor dentro del contexto de la burocracia estatal, sin que ella alterara en ningún sentido su estatuto funcionario.

En la base del contrato con cláusula de ideario se encuentra la libertad de quien decide integrarse a la institución, y, por tanto, opta libremente por obligarse a determinados deberes propiamente laborales e incluso extra laborales, de tal modo que se podría incluso presumir que comparte la declaración de principios. En este caso, no se le obligaría a comportarse de determinada manera, e incluso se podría afirmar que el ejercicio de sus derechos no sufre modulación alguna; más bien se produciría una coincidencia en el modo en que venía ejerciendo determinados derechos o cumpliendo determinados patrones de conducta antes de ser contratado, y el ajustamiento exigido a determinados derechos en una relación laboral. Esto supone que efectivamente no se estaría “laboralizando” la vida privada del trabajador, y que el incumplimiento de sus deberes con el ideario tendría como consecuencia sanciones para el académico, que pueden llegar incluso al despido del docente, sin que pueda ser calificado de despido nulo<sup>46</sup>.

Solo a la luz de las circunstancias del caso concreto, finalmente, es posible llegar a definir con precisión el contenido concreto del deber de respeto al ideario y el alcance de las modulaciones que puedan sufrir los derechos de los trabajadores en una institución que posea una declaración de principios. Como criterio general se puede decir, sin embargo,

<sup>44</sup> CASTILLO (2006) p. 304.

<sup>45</sup> RÜEGG (2004) p. 8

<sup>46</sup> CASTILLO (2006) pp. 306-7.

que los derechos del titular del centro de enseñanza y el derecho del académico, están llamados a convivir en paz, modulándose mutuamente. Esto significa que, en el caso concreto, el contenido del derecho del titular del centro no puede ser interpretado de tal modo que desconozca el contenido del derecho del trabajador, docente o no, ni tampoco a la inversa. El primer criterio trae consigo un segundo. La vigencia del ideario, como manifestación del derecho del titular del centro, así como la prestación laboral contratada, deben ser los principales puntos de referencia para determinar tanto el concreto deber de respeto al ideario, los derechos del académico que podrán ser modulados, y el alcance de las modulaciones; así como las consecuencias que se puedan generar por el ejercicio indebido que pueda hacer de sus derechos el trabajador<sup>47</sup>.

## V. REFLEXIÓN FINAL

El papel de las universidades con ideario parece ser pues relevante en una sociedad democrática, de lo que se sigue que es necesario preservarlas institucionalmente, y dotar a sus académicos de la libertad necesaria para ejercer su labor. La razón para concluir esta necesidad tiene en mi opinión un doble aspecto. Por una parte (a), las comunidades complejas, como las sociedades del siglo XXI, profundamente interconectadas y globales, requieren de caminos institucionales para expresar la diferencia intrínseca que supone la globalización en un mundo tan intensamente vinculado; es necesario canalizarla, instituir-la, para darle carta blanca en la comunidad como es debido. La existencia “política” de las diferencias fortalece la co-existencia democrática de las comunidades diversas y altamente desarrolladas, así como la naturaleza de su discurso público, porque es el factor que permite tender puentes, crear vínculos, modelar y resolver las contradicciones a través del diálogo y no de la violencia, del Derecho y no del poder del más fuerte. Justamente uno de los grandes logros de nuestro tiempo ha sido la conquista del discurso como ámbito apropiado para la localización de los conflictos. Hoy los inmensos medios tecnológicos entregan la capacidad de aumentar exponencialmente el poder, por lo que el fortalecimiento del Derecho a través de la canalización institucional de las diferencias adquiere un papel todavía más preponderante que en el pasado.

Si bien no siempre y en todos los casos es posible evitar un conflicto violento mediante los instrumentos propiamente discursivos de la democracia –los seres humanos no siempre escogen el bien superior, aunque lo comprendan con claridad–, existe una especie de consenso formal-universal entre los pueblos civilizados de que las diferencias, al ingresar en un proceso de discusión dialéctica, fortalecen el discurso público y reemplazan el uso de la fuerza física por el análisis crítico y el consenso fundado, robusteciendo de ese modo las instituciones políticas y jurídicas. Desde esta perspectiva, es inherente a la democracia la puesta en juego de las diferencias a través del escrutinio por parte de la razón pública de los asuntos debatidos, lo que implica al mismo tiempo la valoración de la diferencia, y refuerza la necesidad de expertos preparados para hacerse cargo de los distintos aspectos que surgen de la multiplicidad de visiones. Este argumento, que tiene un contenido procesal, justifica

<sup>47</sup> CASTILLO (2006) p. 308.

la existencia de centros como las universidades objeto de este trabajo, ya que ellas no solo canalizan el pensamiento que les es propio a través de instituciones abiertas a la sociedad civil, sino que además producen un buen número de expertos en todos los campos, capaces de desplegar y debatir con solvencia las ideas que defienden, enriqueciendo de este modo la naturaleza del debate público.

Por otro lado (b), las universidades con ideario que expresan un compromiso religioso, y específicamente las católicas, se inclinan a desarrollar como parte de su objetivo principal un aspecto del conocimiento humano que se encuentra excluido de las instituciones supuestamente “neutrales”: la relación entre el conocimiento científico y el conocimiento de fe. La importancia de esta dimensión se advierte en la necesidad de la fe para la vida humana, ya sea en sentido teológico o puramente natural. En otros términos: es un mecanismo esencial para dar curso a la necesidad de trascendencia del espíritu humano, pero también para vivir en el mundo cotidiano, pues sería imposible comprobar la veracidad de todas las afirmaciones y supuestos con que lidiamos a cada momento. Y en sentido opuesto: una explicación sobre el conocimiento humano que elimine el papel cognoscitivo de la fe, y se centre exclusivamente en la racionalidad causal-empírica, tendrá grandes dificultades para explicar sin distorsionar el fenómeno humano de modo integral y sintético. En este sentido, el aporte de este tipo de universidades entrega un elemento necesario para la reflexión integral del sentido y significado de la humanidad. Al desplegar los variados confines y aspectos de la interacción entre la fe y la razón, estas universidades representan además la posibilidad de abordar en el discurso público determinadas preguntas que posiblemente no llegarían a plantearse desde una óptica puramente ilustrada, satisfaciendo con ello las inquietudes de una parte no despreciable de la población. La dialéctica ciencia-fe constituye además por sí solo un ámbito intelectual muy relevante en la historia del pensamiento universal en todas las culturas, y parece en consecuencia razonable que esté presente en la configuración del discurso público de nuestras sociedades contemporáneas, aunque parte de ellas declare carecer de fe desde un punto de vista personal.

Para poder desarrollar los diversos aspectos metodológicos y científicos en que se encuentran la fe y la razón, los académicos y expertos en cada campo de este tipo de universidades deben disponer de libertad de cátedra, si por ella se entiende la posibilidad de seguir el curso de su razonamiento, formular las conclusiones y darlas a conocer. En este procedimiento, la autonomía intelectual de los profesores se ve iluminada por un horizonte de significado, un criterio hermenéutico que deriva de la fe que profesan y de los principios racionales coherentes con ella. Tal paradigma de sentido otorga un curso de razonamiento que es imposible al margen de dicho horizonte de significado. Así pues, las universidades con ideario religioso deben poner cuidado en animar a sus diversos estamentos para tener presente dicho ideario, buscarlo consciente y diariamente en el ejercicio de la actividad académica, y exigir que se respete cuando los integrantes de la comunidad universitaria no lo comparten.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALTBACH, Philip (1999): “The Logic of Mass Higher Education”, *Tertiary Education and Management*, vol. 5, N° 2: pp. 107-24.

- AQUINO, Santo Tomás: *Summa Theologiae, en Corpus Thomisticum*. Subsidia studii ab Enrique Alarcón collecta et edita: [www.corpusthomisticum.org](http://www.corpusthomisticum.org).
- AQUINO, Santo Tomás: *In II Metaph, en Corpus Thomisticum*. Subsidia studii ab Enrique Alarcón collecta et edita: [www.ciorpusthomisticum.org](http://www.ciorpusthomisticum.org).
- ANDREESCU, Liviu (2008): “Academic Freedom and Religiously-Affiliated Universities”, *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, vol. 7, N° 19: pp. 162-183.
- BAUDRILLARD, Jean (1987): *El otro por sí mismo* (Barcelona, Anagrama, tercera edición).
- BARCIA, Roque (1950): *Gran diccionario de sinónimos castellanos* (Buenos Aires, Joaquín Gil Editor).
- BENAVENT, Júlia (2004): *Actas del proceso de Giordano Bruno* (Valencia, Els debats de debats).
- BIEDENKOPF, Kurt (2009): “Fulfilling the Promise of Academic Freedom”, *Social Research*, vol. 76, N° 3: pp. 805-810.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2006): *La libertad de cátedra en la relación laboral con ideario* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- CLASSEN, Peter (1981): “Zur Geschichte der ‘Akademische Freiheit’, vornehmlich im Mittelalter”, *Historische Zeitschrift*, vol. 232, N° 3: pp. 529-553.
- CURRAN, Charles E. (1997): “The Catholic Identity of Catholic Institutions”, *Theological Studies*, vol. 58: pp. 90-108.
- DELEUZE, Gilles (2014): *El poder. Curso sobre Foucault*, Volumen II (Buenos Aires, Editorial Cactus).
- DERRIDA, Jacques (2003): *De la gramatología* (Buenos Aires, Editorial Siglo XXI).
- DEWEY, John (1902): “Academic Freedom”, *Educational Review*, vol. XXIII: pp. 1-14.
- FAIRCLOUGH, Norman (2003): “‘Political Correctness’. The Politics of Culture and Language”, *Discourse & Society*, N° 14: pp. 17-28.
- FOUCAULT, Michel (2007): *Historia de la sexualidad, la voluntad de saber* (México, Editorial Siglo XXI, trigésimoprimera edición).
- FURNER, Mary O. (1975): *Advocacy & Objectivity. A Crisis in the Professionalization of American Social Science, 1865-1905* (Lexington, The University Press of Kentucky).
- GERSON, Jean (1962): *Contra la curiosidad de los académicos*, en GLORIEUX, Palemon (edit.), *Oeuvres Complètes*, Tomo III (París, Desclée y Cie) pp. 222-249.
- HABERMAS, Jürgen (1993): *El discurso filosófico de la Modernidad* (Madrid, Taurus).
- HOLLINGER, David A. (1987): “The Knower and the Artificer”, *American Quarterly*, vol. 39, N° 1, special issue: *Modernist Culture in The Human Sciences*, p. 37-55.
- INGRAM, Larry C. (1986): “Sectarian Colleges and Academic Freedom”, *Review of Religious Research*, vol. 27, N° 4: pp. 300-14.
- KEYES, Ralph (2004): *The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life* (Nueva York, Saint Martin’s Press).
- LEE, Philip (2015): *Academic Freedom at American Universities. Constitutional Rights, Professional Norms and Contractual Duties* (Maryland, Lexington Books).
- MADRID, Raúl (2018): “¿Existe todavía el derecho a la libertad de cátedra?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXI, N° 1: pp. 32.
- METZGER, Walter P. (1960): *Academic Freedom in the Age of the University* (Nueva York, Columbia University Press).

- METZGER, Walter (1978): “Academic Freedom and Scientific Freedom”, *Daedalus*, vol. 17, N° 2: pp. 93-114.
- NEWMAN, John Henry (2016): *La idea de una universidad* (trad. Paula Jullian, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago).
- OCKHAM, Guillermo de (1962): *Opera Plurima*, vol. I, *Dialogus de imperio et pontificia potestate* (Londres, Gregg Press).
- PAULSEN, Friedrich (1906): *The German Universities and University Studies* (trad. Frank Thilly y William W. Elwang, Nueva York, Charles Scribner’s Sons).
- PEÑA, Carlos (2018): “Exposición”, en MADRID, Raúl (edit.), *Libertad de cátedra antigua y moderna* (Santiago, Editorial ResPública), pp. 105-15.
- PHILIP, Mark (1983): “Foucault on Power: A Problem in Radical Translation?”, *Political Theory*, vol. 11, N° 1: pp. 29-52.
- RODRÍGUEZ COARASA, Cristina (1998): *La libertad de enseñanza en España* (Madrid, Tecnos).
- RÜEGG, Walter (2004): “Themes”, en RÜEGG, Walter (edit.), *A History of the University in Europe*, vol. III: *Universities in the XIX and Early XX Centuries* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 3-32.
- SIMON, Robert L. (1972): “The Concept of a Politically Neutral University”, en HELD, V., NIELSEN, K. y PARSONS, C. (edits.), *Philosophy and Political Action. Essays edited for the New York Group of the Society for Philosophy and Public Affairs* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 217-33.
- THIJSSSEN, J.M.M.H. (1998): *Censure and Heresy in the University of Paris. 1200-1400* (Filadelfia, University of Pennsylvania Press).
- TSVETKOVA, Natalia (2013): *Failure of American and Soviet Cultural Imperialism in German Universities, 1945-1990* (Leiden, Brill).

## JURISPRUDENCIA CITADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL N° 106/96, de 12 de junio.

## DOCUMENTOS UNIVERSITARIOS

- DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. Disponible en: [https://www12.uc.cl/FormPostul/plantillas/smi\\_declaracion.pdf](https://www12.uc.cl/FormPostul/plantillas/smi_declaracion.pdf). Fecha de consulta: 18 de febrero de 2019.
- 1915 DECLARATION OF PRINCIPLES. AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS (AAUP). Disponible en: [http://www.aaup-ui.org/Documents/Principles/Gen\\_Dec\\_Princ.pdf](http://www.aaup-ui.org/Documents/Principles/Gen_Dec_Princ.pdf). Fecha de consulta: 18 de febrero de 2019.
- CHICAGO PRINCIPLES: REPORT OF THE COMMITTEE ON FREEDOM OF EXPRESSION. UNIVERSITY OF CHICAGO. Disponible en: <https://freexpression.uchicago.edu>. Fecha de consulta: 18 de febrero de 2019.

## DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

KORN, Sandra (2014): *The Doctrine of Academic Freedom*. Disponible en: <http://www.the-crimson.com/column/the-red-line/article/2014/2/18/academic-freedom-justice/>? Fecha de consulta: 2 de mayo de 2020.

MOCHÓN, Juan Antonio (2019): *La democracia exige y necesita una universidad laica*. Disponible en: <https://laicismo.org/la-democracia-exige-y-necesita-una-universidad-laica/>. Fecha de consulta: 10 de junio de 2020.

# CAUSALES ESTATUTARIAS DEL DERECHO DE RETIRO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA: ANÁLISIS DE LOS TIPOS DE CLÁUSULAS ESTATUTARIAS

## *CAUSES ON ARTICLES FOR APPRAISAL REMEDY IN THE CORPORATION: ANALYSIS OF TYPES OF CLAUSES*

PABLO MANTEROLA\*

**RESUMEN:** El artículo estudia los hechos que pueden agregarse en los estatutos como causales para ejercer el derecho de retiro, adicionales a los que establece la ley. Para hacerlo, argumenta que esta facultad puede comprenderse a cabalidad cuando el derecho de retiro se enfoca en una perspectiva contractualista. Luego, ofrece una clasificación de las causales estatutarias siguiendo algunos ejemplos que ofrecen leyes especiales, y observa cómo en cada una el retiro cumple distintas funciones. Finalmente, describe la incidencia de esa heterogeneidad de funciones en el modo de entender la fórmula del precio del retiro que establecen los textos normativos.

**Palabras clave:** sociedad anónima, junta de accionistas, derecho de retiro.

**ABSTRACT:** The article studies the facts that can be added in the articles as grounds for exercising the appraisal remedy, in addition to those established by statute. It is argued that this capacity can be fully understood when the appraisal remedy is seen on a contractarian perspective. Then, a classification of the causes of appraisal is drawn, following some examples offered by special statutes, and it is observed how in each case the remedy can fulfill different functions. Finally, the incidence of this heterogeneity of functions is observed in the way of understanding the appraisal price formula established by the legal texts.

**Keywords:** corporation, shareholders meeting, appraisal remedy.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho de retiro permite al accionista obligar a la sociedad anónima a comprar sus acciones en un determinado precio, frente a determinados eventos (especialmente, ante ciertas decisiones adoptadas por la mayoría de la junta). Se trata de un instrumento de importancia en el contexto de sociedades cerradas, pues la falta de un mercado secundario

---

\* El autor es abogado, profesor de la Universidad Católica del Norte, Escuela de Derecho de Antofagasta, doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. El trabajo fue preparado durante los estudios de doctorado del autor, financiados por CONICYT (CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2016-21160198). Código Orcid 0000-0003-0998-6382. Dirección postal: Avenida Angamos 610, Antofagasta, Chile. Correo electrónico: pablo.manterola@ucn.cl. El autor agradece las observaciones y críticas de los profesores Patricia Leal, Diego Pérez, Yerko Cubillos, Mabel Cándano, Florencia Larraín y Lucía Debasa.

suficientemente profundo para las acciones, impide al accionista descontento de la marcha de la empresa vender su participación a un tercero<sup>1</sup>.

Aunque en varios puntos la LSA y su RSA ofrecen reglas claras, algunos aspectos del derecho de retiro se encuentran en la penumbra de estos textos. La literatura nacional ha indagado algunos de esos puntos, como la relación entre el retiro y la protección de los acreedores, o la idoneidad del precio de compra de las acciones que determinan la LSA y el RSA, pero resta explorar varios más.

El art. 69 LSA, luego de referirse al contenido y al titular del derecho de retiro, enumera en su inc. 4° los supuestos más relevantes en que se puede ejercer esta facultad. Esta enumeración no es taxativa, porque cada sociedad puede agregar causales de retiro en sus estatutos: “los acuerdos que dan origen al derecho a retiro de la sociedad son: 7) Los demás casos que establezcan la ley o sus estatutos, en su caso”. Sin embargo, nada dicen ni la ley ni su reglamento sobre qué supuestos de hecho son idóneos para constituir tales causales estatutarias. Analizarlo puede prestar utilidad, pues la alternativa para articular formas de separación de una sociedad de capital, no contempladas por la ley como causales de retiro, son los pactos de accionistas sobre transferencia de acciones, que suscitan dificultades prácticas ya advertidas por nuestra doctrina<sup>2</sup>. Un retiro estatutario puede ser más eficaz que esos pactos, pues –como parte del instrumento corporativo– su eficacia se extiende a futuros accionistas (art. 22).

El objetivo de este estudio es indagar qué tipo de circunstancias pueden dar lugar al retiro, en virtud de cláusulas incorporadas en los estatutos de la sociedad, y cómo una diversa configuración de esas circunstancias da lugar a una distinta función del retiro. La hipótesis es que pueden contemplarse las más variadas causales, con diversas funciones, lo que impacta la forma en como comprendemos este mecanismo, y particularmente el precio de adquisición de las acciones objeto del retiro. Para demostrar esta hipótesis se utilizará el método dogmático con referencias a literatura comparada, especialmente a autores del ámbito norteamericano y español. Esta elección se justifica por la atención que ha recibido el derecho de retiro en las legislaciones de Estados Unidos y España; por la cercanía entre el ordenamiento español y chileno, ambos de derecho continental; y por la influencia que el derecho norteamericano tiene en la práctica corporativa chilena y, más en general, en el desarrollo de la sociedad de capital.

Este trabajo comienza por ofrecer una visión general del retiro, indispensable para comprender la facultad de incluir en los estatutos sociales causales estatutarias de retiro (II). Luego se describe una tipología de cláusulas, distinguiéndolas por el hecho constitutivo de su causal (III), y se examina la influencia que podría tener esta tipología en el precio que debe pagar la sociedad por las acciones (IV). El trabajo finaliza con unas conclusiones (V).

<sup>1</sup> Este trabajo utiliza las siguientes abreviaturas: CA (*Companies Act* de 2006, Reino Unido), CC (Código Civil chileno), DFL (Decreto con Fuerza de Ley), DGCL (*Delaware General Corporation Law*, Delaware, Estados Unidos), DL (Decreto Ley), LMV (Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores), LSA (Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas), LSC (Ley de Sociedades de Capital de 2010, España), MBCA (*Model Business Corporations Act* de 2011, Estados Unidos) y RSA (Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas). Las referencias completas a los textos normativos pueden verse al final del trabajo.

<sup>2</sup> Por todos, LAGOS (2014) pp. 90-101 especialmente.

## II. PERSPECTIVAS SOBRE LA LIBERTAD ESTATUTARIA PARA ESTABLECER CAUSALES DE RETIRO

Para abordar el objeto de este estudio, es preciso advertir cómo el derecho de retiro se compatibiliza con la protección de los acreedores, a efectos de evitar algunas objeciones que podría encontrar la facultad de ampliar estatutariamente sus causales. Además, es necesario ofrecer un marco dentro del cual comprender el derecho de retiro en general, porque ese marco condiciona la amplitud con que deba comprenderse aquella facultad. A estos dos objetivos se destinan las secciones siguientes.

### a) UN PROBLEMA PRELIMINAR: CÓMO SE COMPATIBILIZA LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES SOCIALES CON EL DERECHO DE RETIRO AMPLIADO ESTATUTARIAMENTE

La libertad que el art. 69 N° 7 LSA concede a los accionistas puede considerarse bienvenida entre quienes abogan por un derecho societario flexible, presidido por reglas dispositivas en lugar de imperativas<sup>3</sup>. Sin embargo, puede parecer problemática desde el punto de vista de la tutela de los acreedores, porque supone que los accionistas –titulares del interés residual en la sociedad– deciden en qué situaciones podrán retirar su aporte de ella, con cargo al patrimonio que constituye la prenda general de los acreedores, y particularmente al capital, que –se supone– ha de ser real y afecto a un principio de conservación. Ante estos intereses en juego, algunos autores han afirmado la necesidad de una interpretación restrictiva de la facultad, o de establecer algunos resguardos en favor de terceros eventualmente afectados<sup>4</sup>.

Así, Herrera afirma que, puesto que el retiro de los accionistas puede afectar el interés de los acreedores sociales, la facultad de añadir causales estatutarias debe interpretarse restrictivamente, y, en particular, no puede concederse retiro sino a los accionistas disidentes de un acuerdo social para el cual se requiera el quórum de las dos terceras partes de las acciones con derecho a voto, quórum que se exige para casi todos los acuerdos contemplados en los seis primeros numerales del art. 69<sup>5</sup>. Puga coincide en que las causales estatutarias han de consistir en acuerdos de la junta, aunque admite que puedan serlo de juntas ordinarias<sup>6</sup>. En cualquier caso, no podrían los estatutos establecer que habrá derecho de retiro si, por ejemplo, el directorio o alguno de sus miembros es sancionado por una administración desleal, o si el valor de cierta divisa supera un límite preestablecido.

<sup>3</sup> Libertad poco bienvenida en la jurisprudencia administrativa, que ha sido consistente en considerar el retiro como un contrato forzoso heterodoxo cuyas cláusulas no pueden modificarse en ningún sentido, de forma que –por ejemplo– el precio del retiro no se puede aumentar ni siquiera ante acuerdos aprobados por la virtual unanimidad de los accionistas con una minoría de menos del 2,5% ejerciendo el retiro; ni se puede aumentar tampoco cuando el patrimonio de la sociedad es negativo, debiendo entonces ofrecerse el retiro al precio de \$ 0: Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 2731, de 2 de noviembre de 2016, y Oficio N° 6014, de 9 de marzo de 2016.

<sup>4</sup> JEQUIER (2016) Tomo II, vol. 2, p. 194. Véase también VÁSQUEZ (2016) p. 503.

<sup>5</sup> Como el mismo autor advierte, la excepción sería el acuerdo de saneamiento de vicios formales, para el cual solo se exige mayoría absoluta por regla general: HERRERA (2005) p. 69.

<sup>6</sup> PUGA (2013) Tomo I, p. 361.

Esta interpretación restrictiva podría encontrar asidero en la ambigüedad del art. 69 N° 7, porque, aunque el numeral dice simplemente “casos”, el encabezado de la disposición se refiere a “acuerdos” de la junta. Sin embargo, el argumento de letra no parece conclusivo: es preciso comprobar si existen fundamentos que hagan razonable esta interpretación restrictiva. La respuesta es negativa, al menos por dos razones.

En primer lugar, el art. 69 inc. 1° establece que, verificada una causal durante un procedimiento concursal de liquidación o de reorganización, “se suspenderá el ejercicio del derecho a retiro hasta que no sean pagadas las acreencias que existan en el momento de generarse ese derecho”. El texto asume que el derecho se “genera” pero queda “suspendido”, lo que hace pensar que el hecho de que la sociedad se encuentre sometida a un procedimiento concursal no impide a sus accionistas invocar el derecho de retiro, sino solo percibir el reembolso de sus acciones: el derecho se ha devengado pero no es todavía exigible<sup>7</sup>. Ahora bien, si en situación concursal, cuando el conflicto entre accionistas y acreedores se hace más agudo, la ley no priva del derecho de retiro, sino que solo lo suspende, entonces con mayor razón debe concluirse que por regla general (en ausencia de concurso) no puede privarse a los accionistas de la facultad de incorporar causales de retiro estatutarias, solo por el evento de que pueda resultar, a la larga, perjudicial a los acreedores<sup>8</sup>.

En segundo lugar, la interpretación restrictiva de la facultad de incorporar causales estatutarias de retiro, no constituye una verdadera protección del interés de los acreedores, pues no se divisa cómo la exigencia de que se celebre una junta pueda constituir una garantía para los acreedores, aun cuando requiriera un quórum de dos tercios. Los accionistas pueden votar conforme a su propio interés, sin necesidad de observar una particular consideración a los intereses de los acreedores sociales, de forma que en nada les favorece la interpretación restrictiva propuesta por Herrera<sup>9</sup>.

De estas razones se desprende que, en el conflicto entre acreedores sociales y accionistas disidentes, la ley opta por dispensar su protección a los acreedores solo en casos de concurso, y entonces lo hace no por la vía de limitar el supuesto de hecho del retiro, sino por la de suspender sus consecuencias.

#### b) EL DERECHO DE RETIRO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TUTELA DE LA MINORÍA: UN MARCO INSUFICIENTE

Como ya se indicó, para abordar el problema de las causales estatutarias de retiro debe asumirse un marco dentro del cual comprender la institución del retiro. El rango en

<sup>7</sup> Así lo reconoce, aunque con críticas a la solución legal, HERRERA (2005) pp. 42-45.

<sup>8</sup> Nada dice la ley sobre el retiro en situación extraconcursal, pero debe tenerse en cuenta la posibilidad de revocar las reformas de estatutos que importen una disminución del patrimonio del deudor, realizadas en los seis meses anteriores al concurso (art. 289 inc. 1° de la Ley N° 20.720). El supuesto de la norma no se agota en el acuerdo de disminución de capital, pues abarca también los acuerdos de modificación estatutaria que constituyan causal de derecho de retiro, pues al cabo dan lugar a una disminución del patrimonio social. En cambio, el art. 29 LSA se refiere solo a acuerdos de disminución de capital.

<sup>9</sup> Cuando el legislador ha querido dispensar protección a las acreencias, no ha establecido hipótesis de responsabilidad por el voto, sino que se ha valido de otros mecanismos (en Chile, la dilación y publicación del pago de disminuciones de capital: art. 28 LSA). En España existen soluciones análogas: FARRANDO (1999) pp. 73-74.

que esas causales estatutarias han de considerarse admisibles aparece problemático cuando el retiro se entiende exclusivamente como una medida de protección de los accionistas minoritarios frente a posibles conductas opresivas del accionista controlador, perspectiva extendida en la doctrina chilena, aunque ha sido objeto de críticas en la literatura extranjera<sup>10</sup>. Si esta fuera su sola función, entonces no cabría justificar el establecimiento de causales ajenas a la esfera de control del accionista mayoritario.

A primera vista, el retiro se orienta a la protección de los accionistas minoritarios. Se concede a accionistas “disidentes”, y el disenso supone una mayoría de la que se disiente. Es significativo que los seis primeros numerales del art. 69 inc. 4° se refieran inequívocamente a acuerdos de la junta, donde prima el principio mayoritario –que varios autores nacionales y extranjeros identifican como el fundamento último del derecho de retiro<sup>11</sup>–. También el procedimiento de retiro supone que este derecho nace con un acuerdo de la junta, y de ahí las reglas de cómputo del plazo para el retiro o la posibilidad de que una nueva junta revoque el acuerdo que le dio lugar.

Sin embargo, algunos datos normativos fuerzan a revisar la orientación del retiro a la tutela de la minoría. Ante todo, existen causales legales que no constituyen acuerdos de la junta, ni hechos del controlador, ni siquiera hechos de una administración eventualmente sujeta al control de una mayoría, y en estos casos decae la función de protección del accionista minoritario<sup>12</sup>. Además, el art. 128 inc. 1° RSA establece que “tienen derecho a retiro todos los accionistas disidentes, incluso aquellos titulares de acciones sin derecho a voto o con voto limitado sobre la materia que lo motiva”. Hay pues titularidad del retiro más allá del “disenso”, pues los accionistas que no tienen derecho a voto no pueden disentir de la mayoría<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Respecto de Estados Unidos, véase WERTHEIMER (1998) pp. 679-680 especialmente. Con el matiz de que, en ese país, el retiro protege al accionista minoritario de los administradores, pues el problema de agencia característico de las sociedades de capital se observa a ese nivel cuando la propiedad de las acciones es dispersa. Así, el retiro casi siempre tiene como causal actuaciones de los administradores, no del controlador: KANDA y LEVMORE (1985) pp. 445-446.

<sup>11</sup> PAZ-ARES y PERDICES (2010) pp. 11-12; PUGA (2013) Tomo I, pp. 355-356. El principio mayoritario es, para Farrando, el fundamento del derecho de separación: FARRANDO (1999) p. 52. Pero esta perspectiva ha sido objeto de revisiones y críticas en el derecho norteamericano, desde hace ya varias décadas. En su polémico ensayo, Manning afirmó que el retiro surge como protección no de la minoría, sino de la mayoría, frente al riesgo de bloqueo de transformaciones necesarias, por parte del accionista minoritario: MANNING (1962) pp. 228-230. Y la idea ha encontrado recepción en trabajos posteriores: KANDA y LEVMORE (1985) pp. 432-434; THOMPSON (1995) pp. 11-21; WERTHEIMER (1998) pp. 684-686.

<sup>12</sup> La existencia de estas causales no constitutivas de acuerdo, que se analizan en el siguiente capítulo, ha sido advertida por Puga, pero sin vincularlas con las causales estatutarias: PUGA (2013) Tomo I, p. 355. Farrando identifica situaciones similares en el ordenamiento español, pero en su opinión no constituyen derecho de separación propiamente tal, sino instituciones diversas aunque emparentadas: FARRANDO (1999) pp. 30-36. Esta postura no encuentra correlato en los textos legales chilenos, que se refieren a estas hipótesis como un derecho de retiro y, frecuentemente, hacen expresa remisión al art. 69 LSA.

<sup>13</sup> La antigua Superintendencia de Valores y Seguros interpretaba que debe otorgarse derecho de retiro frente a acuerdos aprobados con la virtual unanimidad de los accionistas para aprobar operaciones previamente consensuadas, y también para acuerdos aprobados por aclamación, pero sin incluir en su citación la existencia y condiciones del derecho de retiro: Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 27159 de 11 de octubre de 2017, y Oficio N° 16469 de 21 de junio de 2017. Aunque no sean incompatibles, me parece que este tipo de interpretaciones hace tenue la relación entre el retiro y la tutela de la minoría.

El derecho de retiro indudablemente cumple la función de moderar el principio mayoritario y de proteger a la minoría de los abusos del controlador; sin embargo, su estructura admite también otras funciones, según se verá en el siguiente apartado. Esto permite entender por qué se puede ser titular del retiro sin disentir, es decir, sin tener derecho a voto en la junta que originó el derecho. Permite además integrar en la comprensión del retiro, junto a las causales constitutivas de acuerdos de la junta (art. 69 N°s 1 a 6, y además el art. 2° inc. 6° LSA), otras causales como la adquisición por el controlador de acciones por un 95 % del capital o más (art. 71 bis inc. 1° LSA); o las varias situaciones a que se ve expuesta la sociedad controlada por el Estado (art. 69 bis LSA y otras normas especiales). Finalmente, permite afirmar una amplia libertad para añadir en los estatutos otras causales de retiro, que es el objeto de este estudio. Se precisa, pues, una forma distinta de entender el derecho de retiro, comprensiva de una pluralidad de funciones.

c) EL DERECHO DE RETIRO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA COMPOSICIÓN DE INTERESES ENTRE ACCIONISTAS

Si se concibe la sociedad anónima como un conjunto de instituciones que procuran la composición negocial de los intereses de los diversos accionistas, entonces el derecho de retiro se presenta como una cláusula, expresada en el contrato o bien incorporada por previsión legal, que permite a las partes –los accionistas– desvincularse del contrato ante determinados eventos, obteniendo un reembolso de su participación<sup>14</sup>.

Esta descripción genérica de la función del retiro es apta para albergar las varias razones que pueden justificar que una de las partes del contrato se desvincule de las demás, y que pueden ilustrarse echando un vistazo al derecho común. En los contratos de intercambio, las partes pueden desvincularse mediante la resolución por incumplimiento; por el evento de una condición resolutoria; en ciertos casos, por el ejercicio de una facultad de terminación ante modificaciones esenciales en los términos del contrato, o por justa causa, o, incluso, sin expresión de causa. Todas estas situaciones, que justifican que una de las partes pueda desvincularse de lo convenido, tienen algo en común (la salida del contrato y la restitución al menos de parte de la prestación), y tienen también importantes diferencias (desde luego, su supuesto de hecho, pero también el régimen de ejercicio del derecho y la medida de la restitución)<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> En abstracto, las causales de retiro legal podrían ser disponibles mediante pacto expreso, o bien constituir una regla imperativa. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, las causales legales de retiro tienen un carácter indisponible, por aplicación del art. 137 LSA: “las disposiciones de esta ley primarán sobre cualquiera norma de los estatutos sociales que les fuere contraria”. La inadmisibilidad de cláusulas estatutarias que se aparten de la LSA sin habilitación expresa se explica porque, si los estatutos vinculan a adquirentes de acciones que no concurren a su otorgamiento (art. 22), entonces la posibilidad de incorporar cláusulas atípicas en el instrumento corporativo entorpecería notablemente la circulación de acciones; pero esto no sería obstáculo para las causales de derecho de retiro de origen estatutario, permitidas expresamente por el art. 69 N° 7.

<sup>15</sup> Kanda y Levmore han sostenido que el correcto funcionamiento del retiro exige que se le asigne una sola función: KANDA y LEVMORE (1985) p. 463. Sin embargo, de su trabajo se puede desprender que esa univocidad supone que el retiro opere siempre con las mismas reglas, y posiblemente los autores hubieran estado de acuerdo con que puede cumplir distintas funciones, siempre que a cada una corresponda un diseño distinto.

Se indica a menudo que el retiro tiene una naturaleza disolutiva<sup>16</sup>. Si con ello se quiere decir que el derecho de retiro constituye una forma de disolver y liquidar parcialmente la sociedad, respecto de aquel accionista que ejerce el derecho, entonces la afirmación es correcta, pero de ella no se puede sacar como corolario, por ejemplo, que el precio de las acciones vendidas en ejercicio del derecho de retiro debe siempre reproducir lo que ocurriría —respecto de aquellos accionistas que lo han ejercido— si la sociedad adoptara un acuerdo de disolución. Ello porque, si el derecho de retiro no es más que una forma abreviada de referirse a una cláusula que permite a ciertos accionistas desvincularse del contrato ante determinados eventos, entonces las particularidades del régimen de esa desvinculación dependerán de la naturaleza de la cláusula y de las razones que la justifican: el incumplimiento del contrato social, la decisión de la mayoría que impone condiciones más gravosas que las iniciales, un evento externo que las partes consideraron de importancia suficiente como para justificar la terminación, etc. Puede admitirse que el retiro tiene una naturaleza disolutiva y que da lugar a la liquidación parcial de la sociedad, en la medida en que se entienda aquella disolución como sinónimo de desvinculación del contrato, y en que por liquidación se aluda a la liquidación de una relación contractual. En estos términos amplios, también la resolución por incumplimiento, el evento de la condición resolutoria o la terminación por justa causa tienen una naturaleza disolutiva y un efecto liquidatorio, pero esto dice poco sobre la función concreta de la cláusula y, consiguientemente, sobre las reglas particulares de desvinculación y restitución.

Si el retiro no es otra cosa que la salida de la sociedad a cambio de la restitución de toda o parte de la inversión, y, por otra parte, el derecho de los contratos reconoce varias razones que pueden justificar esa salida, la consecuencia lógica es que exista una variedad heterogénea de causales de retiro, ya sean de origen legal o convencional. Resulta útil ensayar una tipología de esas causales, a partir de los casos de retiro que recoge la legislación nacional.

### III. TIPOS DE CLÁUSULAS ESTATUTARIAS QUE OTORGAN DERECHO DE RETIRO

En este capítulo se ofrece una tipología de causales estatutarias de derecho de retiro, fundamentada en una analogía con las causales expresamente previstas en la LSA o en leyes especiales. Se toma como criterio de distribución el supuesto de hecho en que consiste la causal, y se caracteriza en cada caso quién es el titular del retiro y cuál es la función que este derecho cumple como cláusula de salida de la sociedad<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Por todos, CABALLERO y LAVÍN (2018) pp. 212-213; PAZ-ARES y PERDICES (2010) p. 8.

<sup>17</sup> Esta tipología, elaborada por Farrando en el marco del derecho español con diferencias menores, presta utilidad para analizar las causales que la ley chilena establece en varios cuerpos legales. Farrando, al describir la diversidad de causales estatutarias, indica que esta “supone, sin duda alguna, una superación de la fundamentación clásica de la existencia del derecho de separación”, inicialmente cifrada en el principio mayoritario. Ese fundamento alternativo lo encuentra en que “las restricciones que sufre el «mercado natural» de participaciones societarias [...] ha aconsejado potencias posibles mecánicas de valorización ante supuestos no previstos en el catálogo normativo como típicos merecedores de inclusión”: FARRANDO (1999) pp. 80-82. Sin embargo, y acudiendo a una distinción que el mismo autor utiliza, este sería no tanto el fundamento de las causales estatutarias como el motivo que impulsa a ejercer el retiro: (FARRANDO, 1999, pp. 55-58). Bonardell y Cabanas, en cambio,

a) PRIMER GRUPO. LA CAUSAL CONSTITUYE UN ACUERDO DE LA JUNTA

Aquellas causales cuyo supuesto de hecho constituye un acuerdo de la junta son, indudablemente, el grupo más fácil de admitir, porque la analogía con las causales legales salta a la vista (art. 69 N° 1 a 6, y art. 2° inc. 6° LSA). No parece que deba aceptarse la opinión de Herrera, conforme a la cual debe tratarse de acuerdos para los que se exija un quórum de dos tercios, por la sencilla razón –que él mismo advierte– de que el catálogo del art. 69 prevé un acuerdo que puede adoptarse por mayoría simple: el de saneamiento en la constitución de la sociedad (N° 6, en relación con el art. 3° letra a) inc. 3° de la Ley N° 19.499)<sup>18</sup>.

El titular del derecho, en estos casos, es el accionista disidente del acuerdo adoptado con la mayoría legal. La definición de qué accionistas son disidentes está nítidamente trazada por el art. 69 inc. 2° LSA: “considerase accionista disidente a aquel que en la respectiva junta se hubiere opuesto al acuerdo que da derecho a retiro, o que, no habiendo concurrido a la junta, manifieste su disidencia por escrito a la sociedad”, dentro de plazo. Como se ha advertido anteriormente, el art. 128 RSA introduce un significativo matiz al agregar que puede “disentir” el accionista sin derecho a voto, sea en general, sea para la materia que daba derecho de retiro. Sin embargo, puesto que la definición de disidencia se establece por relación a un acuerdo mayoritario, y prescindiendo del caso del accionista sin derecho de voto, es posible afirmar, en estos casos, la equivalencia entre titular del retiro, accionista disidente y accionista minoritario.

Respecto de la función de estas cláusulas de retiro en el contrato social, se advierte a menudo que permiten dar una salida al accionista minoritario cuando el controlador se comporta de forma abusiva, imponiendo arbitrariamente acuerdos que disminuyen el valor de la sociedad, pero que le significan ventajas particulares<sup>19</sup>. En estos casos, el retiro funciona como una resolución del contrato social por incumplimiento, porque, al emplear de esta forma el instrumento de composición de intereses en que consiste la junta, tales acuerdos constituyen una infracción al contrato social: a aquello que hipotéticamente hubieran convenido los socios, de haber podido prever expresa y detalladamente la situación concreta a que se vería expuesta la sociedad<sup>20</sup>.

Sin embargo, debe recordarse que el principio mayoritario es parte del diseño de la sociedad anónima al que los accionistas se han sometido libremente al ingresar a la sociedad, y que, por ende, es parte de esa voluntad hipotética de los contratantes –del interés social– el que la mayoría puede decidir el destino de la sociedad y de su patrimonio, aun

---

ubican el fundamento de las causales estatutarias en el “carácter híbrido” de la sociedad limitada española, a medio camino entre la sociedad de capital y la de personas: BONARDELL y CABANAS (1998) p. 85. Este argumento, en todo caso, no podría extenderse al ordenamiento chileno, puesto que las causales de retiro estatutarias se admiten en la misma sociedad anónima, tanto abierta como cerrada.

<sup>18</sup> Bonardell indica que no puede generalizarse de tal modo el derecho de separación que llegue a transformarse en regla lo que es excepción a la regla de mayoría, pues la facultad de agregar causales de retiro encuentra un límite natural en los principios de la sociedad corporativamente organizada, y concretamente en el principio mayoritario: BONARDELL (1996) p. 192. Puede notarse cómo a esta opinión subyace la perspectiva de la tutela del accionista minoritario, cuyos límites ya se ha indicado.

<sup>19</sup> Véase CABALLERO y LAVÍN (2018) pp. 210-211.

<sup>20</sup> Sobre este concepto de interés social, que se asume a lo largo de todo este estudio, véase ALFARO (1995) pp. 22-38.

en aspectos fundamentales<sup>21</sup>. Además, los accionistas pueden ejercer su facultad de voto sin necesidad de observar una especial consideración a intereses ajenos<sup>22</sup>, de forma que no constituye un incumplimiento del contrato social cualquier decisión que desfavorezca a la sociedad en favor de la propia mayoría. Habrá incumplimiento únicamente cuando exista un ejercicio del poder de mayoría que pueda calificarse como abusivo, esto es, como discordante con aquello que los accionistas hubieran hipotéticamente convenido de haber previsto el estado de cosas en que se adoptó la decisión de la junta.

Una situación como esta, más que a un incumplimiento, es similar a la del art. 2087 CC, respecto de la sociedad colectiva: “si por una mutación de circunstancias no pudiere obtenerse el objeto de la sociedad sin aumentar los aportes, el socio que no consienta en ello podrá retirarse”. La diferencia entre esta situación y la de la sociedad anónima que adopta acuerdos que puedan lesionar el interés de algún accionista, es solo de grado, pero no esencial: no hay incumplimiento si la mayoría de los socios colectivos exigen un aporte complementario, ni si la mayoría de los accionistas de la anónima aprueba una fusión o una transformación de la sociedad, o adopta cualquier otra decisión que se encuentre dentro de la esfera de sus facultades, aunque afecte la situación de algunos accionistas; pero siempre dentro de lo que hubieran permitido si, hipotéticamente, hubieran previsto las circunstancias en que se adoptó la decisión. Se trata, como dice Quesada a propósito de la justa causa de renuncia a la sociedad civil, de una “alteración o modificación sobrevenida de la base negocial”<sup>23</sup>, aunque en este caso no justifica la renuncia de un socio, sino que legitima la decisión de la mayoría.

Por eso, las causales estatutarias que constituyen un acuerdo de la junta pueden cumplir, indistintamente, la función de la resolución por incumplimiento o la de salida por un legítimo aumento en el gravamen impuesto por una de las partes.

#### b) SEGUNDO GRUPO. LA CAUSAL CONSTITUYE UN HECHO PROPIO DEL CONTROLADOR

Un segundo grupo de causales estatutarias de retiro es el formado por hechos propios del controlador (distintos de su voto que concurre a formar la mayoría en junta). Existen varias causales legales cuyo supuesto de hecho es un acto del accionista controlador, tales como la adquisición por el controlador de acciones por un 95% del capital o más (art. 71 bis inc. 1° LSA), la omisión de la oferta pública de adquisición del residuo de acciones cuando el controlador queda obligado a formularla (art. 199 bis inc. 3° LMV), y los diversos hechos del Estado cuando controla una sociedad anónima (art. 69 bis LSA y, cuando en esa sociedad se invierten fondos de pensiones, también el análogo art. 45 bis DL 3500). Así como la ley admite estas hipótesis, también los accionistas pueden incorporar otras semejantes en el instrumento estatutario, como, por ejemplo, la adquisición por el controlador de acciones por sobre un umbral, que sea inferior al del art. 71 bis LSA, o la aplicación de una sanción penal o administrativa al controlador que usa información privilegiada, o la

<sup>21</sup> ALFARO (1998) pp. 92-93.

<sup>22</sup> Recientemente la idea ha sido defendida entre nosotros por LAGOS (2018) pp. 8-9.

<sup>23</sup> QUESADA (1991) p. 151; véanse también KLEIN (1997) pp. 54-58; y CIMMINO (2000) pp. 34-35.

suscripción de un acuerdo de actuación conjunta que permita a algunos accionistas la adquisición del control (art. 98 LMV).

Para identificar en estos casos al accionista titular del derecho, deja de resultar útil la definición de accionista disidente del art. 69 inc. 2º LSA, pues no hay aquí acuerdo del que disentir. En casos como estos, el titular del retiro no será otro que el accionista minoritario, que deja la sociedad porque ha disminuido el valor de sus acciones merced a una pérdida de liquidez o a la captura por el controlador de ventajas económicas o de otra índole, en perjuicio de la sociedad. Puesto que tales accionistas no han consentido en estos hechos (y en la medida en que no hayan consentido), entonces ser titular del retiro equivale a ser accionista minoritario, aunque no a ser disidente<sup>24</sup>.

Al igual que en el primer grupo de causales, se observa una ambigüedad en la función de la cláusula que establece un derecho de retiro por una actuación del controlador. En efecto, estas causales pueden constituir un incumplimiento del contrato social, sea por infracción de las leyes que ordenan la conducta societaria, como en el caso del uso de información privilegiada, sea por una conducta extrasocietaria pero al margen de lo hipotéticamente convenido con los demás accionistas, como la modificación de las normas, precios o tarifas en el caso del Estado controlador. Pero también puede ocurrir que no haya incumplimiento, como cuando el mayoritario adquiere participaciones que superan cierto umbral, o cuando un grupo de accionista se transforma en pacto controlador en virtud de la suscripción de un acuerdo de actuación conjunta, operaciones en sí lícitas y que, en principio, se encuentran dentro del margen de actuación que el contrato social tolera: forma parte de las reglas del juego la libre cesión de las acciones o las distintas formas de coordinación entre accionistas.

Por eso, al igual que en el primer grupo de causales de retiro estatutario, las causales que constituyen un hecho del controlador pueden cumplir tanto la función de la resolución por incumplimiento, como la de una cláusula de salida por el legítimo aumento en el gravamen impuesto a las partes (gravamen que podría consistir en la pérdida de liquidez de las acciones, en la aplicación de un descuento por minoría cuando adviene un pacto controlador, u otro similar).

---

<sup>24</sup> Con esto no se quiere decir que el retiro quede formalmente restringido a algunos accionistas individualmente considerados en el instrumento estatutario. Bonardell admite esta posibilidad para la sociedad limitada española, pues la causal de separación bien puede constituir el motivo determinante para formar la sociedad en algunos socios, y no en todos (punto que tiene relevancia dada la personalización de los vínculos sociales en el tipo de la limitada española). Agrega que este derecho no es inherente a las participaciones sociales sino a la condición de socio (y por eso su ejercicio es indivisible), lo que permite obviar la identidad de derechos que otorgan las participaciones: BONARDELL (1996) p. 193. Respecto de la sociedad anónima chilena, el fundamento tipológico del argumento se debilita; pero, además, un derecho de retiro atribuido a algunos socios y no a todos sería difícil de conjugar, por un lado, con la libre cesibilidad de las acciones (con la excepción del art. 14 LSA para las sociedades cerradas), y, por otro, con la implícita aceptación de los estatutos por la adquisición de acciones (art. 22). Con la titularidad del derecho de retiro, me refiero a la que surge en una situación concreta, y que queda determinada por la estructura objetiva de la causal estatutaria. Un derecho de retiro no universal solo puede asociarse a una clase de acciones de acuerdo a las reglas de preferencias (arts. 20 y 21 LSA), o bien consagrarse en un pacto de accionistas, al que no alcanza el efecto del art. 22 (pero que encuentra algunas dificultades en cuanto a su eficacia).

c) TERCER GRUPO. LA CAUSAL CONSTITUYE UNA DECISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL

Constituyen este tercer grupo las causales estatutarias cuyo supuesto de hecho se configura como una decisión de la administración de la sociedad (de su directorio o de sus gerentes), o incluso como un conjunto de decisiones o políticas. Es posible encontrar causales semejantes en algunos literales de los arts. 69 bis LSA y 45 bis DL 3500, referidos ambos a sociedades abiertas controladas por el Estado<sup>25</sup>, y que conviene revisar sumariamente.

El supuesto de hecho del retiro en sociedades controladas por el Estado está integrado por varios elementos. El primero es el descenso en la clasificación de riesgo de la sociedad en cuestión (art. 69 bis inc. 1° LSA, equivalente al art. 45 bis inc. 4° DL 3500). Este elemento es evidentemente ajeno al control, pues corresponde a una decisión adoptada por las clasificadoras de riesgo. El segundo elemento es el nexo de causalidad entre el descenso en la clasificación de riesgo y alguno de los hechos del controlador o de la administración, previsto en los literales de ambas normas<sup>26</sup>. El tercer elemento es precisamente la concurrencia de alguna de estas circunstancias, que pueden constituir hechos del Estado controlador (literales a) y b) del art. 69 bis LSA) y hechos de los administradores (literales c), d), e) y f) de la misma norma). Estos últimos son decisiones relativas al precio en que la sociedad vende bienes o servicios, a la adquisición de insumos en condiciones más onerosas que las de mercado, a inversiones imprudentes y a la implementación de políticas de fomento o subvención, sin haber recibido fondos del Estado con este objeto.

Nótese que los literales referidos a hechos de la administración se enuncian en términos amplios, e incluso la letra e) del art. 45 bis DL 3500 se refiere a “la realización de cualquiera otra acción similar, dispuesta por la administración de la sociedad [...], que afecte negativamente la rentabilidad actual o futura de la sociedad”. Esta amplitud con que la ley define el supuesto de hecho del retiro, incluso en sociedades abiertas en que están comprometidos los fondos de pensión, hace fácil admitir que los estatutos puedan añadir hechos semejantes en los estatutos de sociedades cerradas, en las cuales comúnmente se admite mayor margen a la libre contratación<sup>27</sup>.

Cabe dudar de si pueden establecerse como causales de retiro decisiones de la administración que no sean lesivas para con la sociedad. Ello quebraría la analogía con las causales legales, porque los arts. 69 bis LSA y 45 bis DL 3500 suponen, ambos, una relación de causalidad entre el actuar de la administración y un descenso en la clasificación de riesgo de las acciones, perjuicio para la sociedad que también se supone en el amplio literal e) de la segunda disposición. Sin embargo, si circunstancias externas a la sociedad pueden integrar el supuesto de hecho de una cláusula estatutaria de retiro —como se verá en breve—,

<sup>25</sup> La segunda norma se refiere también a sociedades controladas por el Estado, aunque se agrega la circunstancia de que en ella se invierten fondos de pensiones. Salvo algunas diferencias de que puede prescindirse en este trabajo, su contenido es bastante similar.

<sup>26</sup> Pues aquel descenso en la calificación debió basarse “en razones que afectaren negativa y substancialmente su rentabilidad [de las acciones] y derivadas de alguna de las siguientes causales” previstas en cada literal.

<sup>27</sup> Respecto del retiro estatutario, SIEGEL (1995) pp. 120-121. Como ya se advirtió, lo frecuente en Estados Unidos es que el retiro se ofrezca precisamente por actuaciones de la administración, no del controlador: KANDA y LEVMORE (1985) pp. 445-446.

entonces tampoco debiera excluirse de este grupo de causales las actuaciones no lesivas de la administración social.

Respecto del titular del derecho, no cabe duda de que debe concederse a los accionistas externos, pero no es igualmente claro si debe concederse también al controlador. Si se define como controlador aquel accionista que tiene poder para asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores, o bien influir decisivamente en la administración de la sociedad (art. 97 LMV), entonces debería estar a los actos de la administración sobre la que ejerce aquella influencia decisiva. Pero si, por otra parte, los directores han de actuar con independencia y lealtad a los accionistas en conjunto (art. 39 inc. 3° LSA), entonces ¿pueden ser actos propios del controlador los actos de la administración? Parece que la respuesta ha de ser afirmativa: independiente de si los actos de la administración son efectivamente actos propios del controlador, la ley los considera como si lo fueran, y por eso detenta el control quien puede asegurar una mayoría no solo en la junta, sino también en el directorio. Titulares del derecho serán, pues, aquellos accionistas que no tienen esa influencia decisiva: eventualmente todos ellos, en el supuesto –no tan frecuente en el medio chileno– de que la sociedad no tenga controlador.

La función de la cláusula, una vez más, dependerá de las características que rodean el supuesto de hecho. Si la sociedad tiene un controlador con influencia decisiva en la administración, y el supuesto de hecho considera una lesión del interés social, entonces el retiro estatutario cumplirá la función de la resolución por incumplimiento, puesto que –como se ha indicado– la actuación de la administración controlada en estos casos es, de algún modo, una actuación del controlador. Si la sociedad tiene un controlador, y el supuesto de hecho no considera necesariamente una lesión de los intereses sociales, entonces el retiro estatutario cumplirá la función de una condición resolutoria ordinaria, que garantice la indemnidad de los accionistas frente a modificaciones en el estado de cosas considerado al contratar. La misma calificación debiera recibir la cláusula de retiro estatutario, sea que la administración actúe lesivamente o no, cuando la sociedad carece de controlador, porque entonces el hecho será siempre ajeno.

d) CUARTO GRUPO. LA CAUSAL CONSTITUYE UNA CIRCUNSTANCIA EXTERNA QUE AFECTA A LA EMPRESA SOCIETARIA

Es posible que se configure una cláusula de retiro estatutario cuyo supuesto de hecho constituya una circunstancia completamente externa a la vida de la sociedad, independiente de la voluntad de los órganos sociales. Salvo inadvertencia, únicamente hay una causal legal con la que tender una analogía con este grupo de causales estatutarias: la del art. 66 inc. 1° DFL 382, que hace aplicable el art. 69 bis LSA a las sociedades concesionarias de servicios sanitarios. En estos casos, la actuación del Estado (literales a) y b) del art. 69 bis) es un hecho externo, porque estas sociedades no son necesariamente controladas por aquel, e incluso puede calificarse como caso fortuito *ex* art. 45 CC: es, en efecto, el acto de autoridad ejercido por un funcionario público. Así como tal hecho, perfectamente legítimo por

cierto, puede constituir una causal de retiro, el acuerdo expreso de los accionistas puede agregar al catálogo legal otros hechos externos similares, en el instrumento estatutario<sup>28</sup>.

Como se comprenderá fácilmente, tanto la noción de accionista disidente como la de minoritario son inaplicables en estos casos: de nada disiente aquel que observa cómo la autoridad dicta una norma, o cómo varían el tipo de cambio o el precio de ciertos insumos, o cualquier otra circunstancia externa. De nada disiente, porque solo se puede disentir cuando se pide *asentir*, y los datos de la realidad no piden asentimiento alguno: simplemente ocurren. En estos casos, podría ejercer el derecho cualquier accionista, incluso el controlador, pues la circunstancia externa es tan independiente de su voluntad como de la voluntad de los minoritarios.

Esta cláusula, en la medida en que no depende de un incumplimiento ni de un hecho que se encuentre dentro del ámbito de poder de ninguno de los partícipes del contrato social, cumpliría la función de una condición resolutoria ordinaria, es decir, garantiza, en favor de todos los accionistas, un estado de cosas tenido a la vista al concurrir al contrato<sup>29</sup>.

#### e) CAUSALES ESTATUTARIAS QUE NO ENCUENTRAN ANALOGÍA CON CAUSALES LEGALES

Al abandonar el amparo de causales legales desde las cuales tender una analogía, surgen dudas sobre la admisibilidad de otras causales estatutarias. Se ofrecen a continuación algunas indicaciones breves sobre el retiro por “justa causa” y el retiro sin expresión de causa o *ad nutum*.

La posibilidad de indicar una causal amplia de retiro —una “justa causa”—, puede cubrir dos situaciones diversas: un incumplimiento societario descrito en términos genéricos, y otra “justa causa” no necesariamente constitutiva de infracción al contrato social<sup>30</sup>. La determinación en caso de conflicto se confía al árbitro, lo que puede ser llamativo en el contexto de la legislación chilena pero que no es extraña en otros ordenamientos. En Estados Unidos, el *appraisal remedy* comprende un proceso y una decisión judicial, también

<sup>28</sup> La disposición fue agregada por la Ley N° 19.549, en cuyo mensaje no figuraba, sino que fue introducida íntegramente por indicación del senador señor Prat, en la Comisión Unida de Economía y Obras Públicas del Senado (*Historia de la Ley N° 19.549*, p. 92). No se recogen los argumentos que pudieron justificar esta indicación.

<sup>29</sup> Esta es la función que asigna Bonardell al derecho de separación estatutario previsto para la sociedad limitada española: la “índole resolutoria” del derecho, como “instrumento adecuado para atribuir expresa relevancia causal a los motivos determinantes de la vinculación de los socios”: BONARDELL (1996) p. 191. Ahora bien, tanto este autor como Farrando exigen que la condición esté revestida de “justificación causal” o posea un “nexo de conexión con la actividad societaria”: BONARDELL (1996) p. 192; véase también FARRANDO (1999) p. 81. Sin embargo, no se divisa razón para que no sean los propios accionistas quienes decidan —mediante la facultad que aquí se estudia— si cierta circunstancia justifica el ejercicio de un derecho de retiro.

<sup>30</sup> Un ejemplo sería la paralización de los órganos societarios en sociedades de control paritario, a que se refiere FERNÁNDEZ DEL POZO (2018) pp. 101-105. Sobre la “polivalencia funcional” de la denuncia de la relación contractual por justa causa, véase PAZ-ARES (1991b) pp. 1512-1516. La doctrina española ha discutido sobre la posibilidad de admitir, mediante un ejercicio de integración legal, un derecho de separación por “justa causa” en favor de los socios de una sociedad de capital: MARTÍNEZ (2019) pp. 233-237. Véase también FERNÁNDEZ DEL POZO (2018) pp. 100-101; y, en nuestro medio, PUELMA (2006) Tomo II, pp. 590-591. Lo que aquí se examina es una situación distinta: se trata de establecer si los estatutos —no el intérprete— pueden incorporar un derecho de retiro por justa causa, constitutiva o no de incumplimiento contractual. En contra se manifiestan Bonardell y Cabanas, pues esta técnica solo debe admitirse —en opinión de los autores— en las sociedades de personas, dada la primacía de elementos institucionalistas en las sociedades de capital: BONARDELL y CABANAS (1998) pp. 88-89.

cuando las causales legales se encuentran tasadas explícitamente en la norma<sup>31</sup>. Por su parte, la s. 996 (2)(e) de la CA de Reino Unido confía a la discreción del tribunal la facultad de ordenar a la sociedad que compre las acciones de un accionista y reduzca su capital, frente a las actuaciones desleales de la sociedad o de otros accionistas (*unfair prejudice remedy*), que la s. 994 define en amplios términos.

El retiro por “justa causa”, constitutiva o no de incumplimiento, presenta varios atractivos, pero exige compatibilizar su supuesto de hecho con el de la disolución por causa grave prevista en el art. 105 N° 5 LSA. Esta forma de retiro no podría excluir el derecho de un 20% de las acciones a exigir la disolución de la sociedad por causa grave (porque las disposiciones de la ley prevalecen sobre las del estatuto: art. 137); el retiro estatutario podría contemplarse solo como una alternativa adicional<sup>32</sup>.

De admitirse el retiro por “justa causa”, su función dependerá del supuesto de hecho que la configure. Si se trata de un incumplimiento contractual descrito en términos genéricos, la cláusula cumple la función de habilitar la pretensión resolutoria frente a una infracción del contrato social, como en los casos ya vistos en el primer, segundo y tercer grupo de causales; la única diferencia es que, en este caso, sería difícil describir *ex ante* el incumplimiento. El retiro se presenta entonces como una ampliación convencional de los remedios de que dispone el árbitro ante los conflictos societarios, añadiéndose el retiro a la disolución por motivo grave, a la indemnización de perjuicios o a otras pretensiones en naturaleza<sup>33</sup>. Si, en cambio, la justa causa consiste en un hecho no constitutivo de incumplimiento, la función será la de habilitar una salida ante una alteración sobrevenida de las circunstancias, como en el caso de las causales del cuarto grupo; con la diferencia, una vez más, de que esa circunstancia externa ha sido descrita en términos amplios.

Tanto la doctrina española como —aunque en menor medida— la estadounidense, se han planteado si puede admitirse en la sociedad de capital el retiro *ad nutum*, esto es, sin expresión de causa<sup>34</sup>. La pregunta, igualmente válida para la legislación chilena, puede ser convenientemente planteada en continuidad con las sociedades de personas<sup>35</sup>. La sociedad

<sup>31</sup> Esta intervención judicial se explica porque, en caso de controversia, el precio del retiro se determina judicialmente, ya que la ley solo fija un estándar general: el precio justo (*fair value*: § 13.02 en relación con el § 13.01 (4) MBCA y § 262 (a) del DGCL).

<sup>32</sup> En contra, desde la legislación española, FERNÁNDEZ DEL POZO (2018) p. 103.

<sup>33</sup> En una situación sobre la que fue consultada la antigua Superintendencia de Valores y Seguros, el controlador proponía un aumento de capital con cargo a la capitalización de deudas de las que era acreedor. Un minoritario, considerando abusivo el acuerdo, solicitaba se le conceda derecho de retiro a valor libros, y el fiscalizador, con acierto, estimó que no tenía atribuciones para establecer la existencia de derecho de retiro para el que no existe cobertura legal: Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 15101, de 22 de junio de 2016. Asumiendo que una situación como esta puede ser abusiva (aunque no tiene por qué serla), en que el minoritario encontrará pocos remedios a su disposición, un retiro por “justa causa” podría presentar atractivos.

<sup>34</sup> En Estados Unidos, véanse HETHERINGTON y DOOLEY (1977) pp. 50-52; y, críticamente, SIEGEL (1995) pp. 117-124. En España, donde el asunto se ha discutido con mayor latitud, la opinión favorable parece haber prevalecido en la doctrina y en la jurisprudencia judicial y administrativa españolas: por todos, FERNÁNDEZ DEL POZO (2018) pp. 104-105.

<sup>35</sup> Esta perspectiva se justifica en nuestro ordenamiento, porque la ley concibe los tipos societarios como “especies” dentro del género del contrato de sociedad (art. 2061 CC). Sobre esta cuestión, véase PAZ-ARES (1991a) pp. 1299-1301.

colectiva recoge, en forma de reglas sustantivas, tanto la denuncia ordinaria (sin expresión de causa, pero de buena fe y en tiempo oportuno) como la denuncia extraordinaria (por causa justificada). En cambio, para la sociedad anónima (arquetipo de las sociedades de capital y regulación supletoria de algunas de ellas) el legislador no recoge reglas sustantivas sino procedimientos autoejecutables y reglas de trazado nítido (*self-enforcing model*, *bright-line rules*<sup>36</sup>), que permiten alcanzar resultados análogos pero solo respecto del accionista que se considere afectado, sin disolver la persona jurídica societaria. Como equivalente a la denuncia extraordinaria se prevé el derecho de retiro, por aquellas causales en que presumiblemente las partes hubieran aceptado la posibilidad de la separación; en cambio, la necesidad de un equivalente a la denuncia ordinaria parece menos apremiante, pues la sociedad de capital no exige la ejecución de prestaciones continuadas que justifiquen poner fin a vinculaciones opresivas<sup>37</sup>, y, al menos en una parte de los casos, queda abierta la posibilidad de vender las acciones.

Esto explica por qué no se prevé un retiro *ad nutum* de fuente legal, pero ¿es suficiente para excluir un retiro *ad nutum* de fuente estatutaria, es decir, negocial? Las propias partes podrían suplir el silencio del legislador mediante una disposición privada: si la han incluido es que la consideran necesaria, y ante la previsión de las partes decae la necesidad de reglas de trazado nítido. No puede decirse que esta cláusula tenga un contenido ilícito o abusivo, pues el propio legislador la admite en las sociedades de personas. Tampoco puede afirmarse que tal retiro sin expresión de causa demostraría la falta de *affectio societatis* o de voluntad seria de integrarse a la sociedad, confiada al arbitrio de cada accionista<sup>38</sup>, por la sencilla razón de que, con o sin retiro estatutario, ningún accionista se compromete a permanecer para siempre en la sociedad. Si los accionistas siempre pueden vender sus títulos a un tercero (salvo los casos del art. 14 LSA, que, por otra parte, suponen también una previsión estatutaria), no se divisa razón para vedarles una salida de la sociedad que no exija incorporar a ella a un tercero, mediante estipulación en el instrumento corporativo<sup>39</sup>. En cualquier caso, este es un problema que requeriría un estudio particular que aquí basta con dejar apuntado.

#### IV. LOS TIPOS DE CLÁUSULAS Y SU INFLUENCIA EN EL PRECIO DEL RETIRO

Farrando, en una nota de su monografía sobre el derecho de separación español, indica que, ante la variedad de causales estatutarias, el retiro no debe sujetarse "necesariamente a las mismas reglas procedimentales que las causas legales de separación"<sup>40</sup>. La tipología

<sup>36</sup> BLACK y KRAAKMAN (1996) p. 1916.

<sup>37</sup> Es el argumento de PERDICES (2013) pp. 11643-11645.

<sup>38</sup> Argumento que a veces se ha edificado sobre la interdicción de las condiciones meramente potestativas: por todos, BONARDELL y CABANAS (1998) p. 88.

<sup>39</sup> Con la salvedad de que, si el retiro *ad nutum* puede justificarse en continuidad con la denuncia ordinaria prevista para las sociedades de personas, entonces debe admitirse en las mismas condiciones de buena fe y tiempo oportuno, pues no parece que en la sociedad de capital pueda permitirse una flexibilidad que no se toleraría en la sociedad de personas.

<sup>40</sup> FARRANDO (1999) p. 58. Como se ha indicado anteriormente, para este autor es de la esencia del derecho de retiro (o de separación) el que su supuesto de hecho lo constituya un acuerdo de la junta.

anterior ha mostrado que modificaciones en el supuesto de hecho de la causal suponen una modificación en la función de la cláusula, y, en lo inmediato, una diversa definición del titular del derecho. Naturalmente, tendrá también incidencia en la forma en que se ejerce el retiro: cómo se verifica la existencia a la causal, el modo en que esta se informa a los accionistas y el cómputo del plazo para el ejercicio del derecho<sup>41</sup>. En este apartado se estudia cómo esa heterogeneidad de las causales estatutarias afecta el precio de compra de las acciones por la sociedad, punto crucial de este instrumento societario.

a) LA FÓRMULA DE LOS TEXTOS NORMATIVOS COMO GARANTÍA DEL INTERÉS NEGATIVO

El precio de las acciones es uno de los puntos más discutidos del derecho de retiro, tanto en Chile como en el extranjero. En el caso de nuestro país, la fórmula para establecer el precio de compra, establecido en la LSA y reinterpretado por el RSA, da lugar a cierta insatisfacción, puesto que el accionista que se retira solo puede recuperar el valor libros, en el caso de las sociedades cerradas y de las abiertas sin presencia bursátil, y al precio promedio bursátil, en el caso de sociedades abiertas con presencia bursátil (arts. 69 inc. 3° LSA y 130 y 132 RSA). Ni la ley ni su reglamento garantizan la recuperación del valor real o justo de las acciones (el *fair value* a que se refiere el derecho norteamericano o el valor razonable de la ley española: § 13.02 en relación con el § 13.01 (4) MBCA, y art. 353.1 LSC respectivamente).

Si el asunto se mira desde la perspectiva de la tutela del accionista minoritario, la fórmula de los textos normativos aparece como claramente insuficiente<sup>42</sup>. Sin embargo, anteriormente se ha advertido la necesidad de comprender el retiro desde la perspectiva de la composición de intereses entre los accionistas, y entonces se demuestra simplemente como una cláusula, expresada en el contrato o bien incorporada por previsión legal, que permite a los accionistas desvincularse de la sociedad en ciertos casos, obteniendo un reembolso de su participación. Desde esta perspectiva contractualista, el precio de reembolso de las acciones adquiere los contornos de una pretensión resarcitoria (en sentido amplio<sup>43</sup>), que puede evaluarse útilmente con las categorías de interés contractual negativo y positivo<sup>44</sup>. Si esta comparación es válida, ¿qué interés puede cubrir la fórmula del precio de las acciones prevista en la LSA y en el RSA?

<sup>41</sup> Pese a lo restrictiva que ha sido la jurisprudencia administrativa al interpretar márgenes de libertad en la mecánica del retiro, ha debido reconocer que su admisión por acuerdos sometidos a condiciones exige un diverso cómputo del plazo en que deben pagarse las acciones, que puede ser definido por el directorio: Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 32435 de 6 de diciembre de 2017.

<sup>42</sup> El punto ha sido convincentemente demostrado, con evidencia empírica, por CABALLERO y LAVÍN (2018) pp. 220-228.

<sup>43</sup> Es decir, como una indemnización comprensiva no solo de los perjuicios por incumplimiento, sino también por afectación lícita de derechos o por restituciones de otra índole. En materia extracontractual esta concepción amplia del daño ya ha sido descrita: véase, por todos, DIEZ-PICAZO (1999) pp. 56-57.

<sup>44</sup> Se trata de la distinción, usual en materia de incumplimiento de contratos, entre el interés del acreedor en ser restituido a una posición económicamente equivalente a aquella en que se encontraría de no haber contratado (interés negativo), y el interés en ser promovido a una posición económicamente equivalente al cumplimiento del contrato (interés positivo). Estas categorías han sido recibidas en la literatura nacional más reciente, para describir la extensión de instrumentos resarcitorios: CONTARDO (2015) pp. 317-334, MOMBERG y PIZARRO (2018) pp. 349-352. Naturalmente, no es este el lugar para defender su admisibilidad en derecho de los contratos, sino simplemente indicar la utilidad que prestan en el problema que ahora nos ocupa.

El interés negativo parece corresponderse con el valor libros o con el precio promedio bursátil, pues su restitución sería razonablemente equivalente a dejar al accionista en aquella situación en que se encontraría de no haberse celebrado el contrato. En el caso del valor libros, se devuelve al accionista su aporte y las utilidades que no hubieren sido repartidas, con reajustes. La interpretación del precio promedio bursátil es algo más compleja, pero en cualquier caso, su restitución garantiza un piso mínimo al accionista, fácil de determinar –no requiere más que algunas operaciones aritméticas– y que razonablemente puede representar aquello que el accionista dio por la acción adquirida en bolsa.

En cambio, el interés positivo –el interés en ser restituido a aquella situación en que el accionista se hallaría de no haberse producido el incumplimiento del contrato social– no queda reflejado en la fórmula de los textos normativos, y de ahí que esta parezca insatisfactoria frente a eventuales abusos de la mayoría sobre la minoría. Ahora bien, admitido que esta no es la única función del retiro –como ya se argumentó–, entonces no debe extrañar que la pretensión de restitución del interés positivo no se encuentre (en principio) contemplada en los textos normativos.

En palabras sencillas, la pregunta por el precio de las acciones en caso de retiro no debe referirse al valor real de las acciones en sí (en cuyo caso habría que acudir a la *lex artis* de la valoración de empresas<sup>45</sup>), sino a cuánto debiera reembolsarse a aquel accionista que ejerce el derecho de retiro<sup>46</sup>. Y la respuesta, a la luz de la variedad de funciones que puede cumplir el retiro de origen estatutario, debiera ser: “depende”.

#### b) FUNCIONES DEL RETIRO ESTATUTARIO Y REEMBOLSO DE LAS ACCIONES

Cuando el retiro se ejerce ante la actuación abusiva de la mayoría respecto de la minoría, cumple la función de la resolución por incumplimiento del contrato social, sea que ese incumplimiento adopte la forma de un acuerdo de la junta, de un hecho propio del controlador o de una decisión de la administración influida por un accionista o pacto controlador. Atendida la orientación del moderno derecho de los contratos, parecería adecuada una restitución del interés negativo o del positivo, a elección del acreedor<sup>47</sup>. El interés negativo se encuentra garantizado por la norma legal y reglamentaria; sin embargo, el interés positivo –y, consiguientemente, la satisfacción íntegra de los accionistas minoritarios–, exigiría una indemnización complementaria, lo que conduce al examen de la compatibilidad del derecho de retiro con otros remedios al incumplimiento, tarea que se emprende brevemente en el siguiente literal.

<sup>45</sup> Como fundadamente han afirmado CABALLERO y LAVÍN (2018) pp. 234-235.

<sup>46</sup> La idea –distinguir entre el valor de las acciones en sí y el valor que debe pagarse en el contexto del retiro– ha sido presentada por Paz-Ares y Perdices a propósito de los descuentos de minoría o iliquidez al precio de las acciones cuando se ejerce el derecho de separación. En una transacción externa, que es fruto de una negociación privada entre partes independientes, el valor se determina “empíricamente: observando lo que de manera usual y recurrente sucede en los mercados”; sin embargo, cuando una transacción se realiza de forma unilateral y por previsión legal, el valor debe determinarse “normativamente: aplicando los principios y criterios que se desprenden de la ley societaria y de los estatutos”: PAZ-ARES y PERDICES (2010) p. 7.

<sup>47</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO (2008) Tomo II, pp. 787-788.

Si el retiro, en cambio, opera como un mecanismo de salida frente a actos o decisiones lícitas de la mayoría, no es claro que deba concederse una restitución íntegra de los intereses lesionados. A esta idea apunta Puga, cuando sugiere que no se hace agravio a quien se separa de la sociedad si se le restituye lo que aportó<sup>48</sup>, y aquí no es difícil identificar el interés negativo, representado por aquella restitución mínima que asegura la fórmula de la LSA y del RSA. A la inversa, si corresponde a la mayoría las decisiones sobre la empresa social, por un acuerdo tácito entre todos los socios, y siempre que sus decisiones no sean abusivas, no parece razonable que los demás accionistas puedan optar por desvincularse del contrato y al mismo tiempo obtener el valor de mercado de sus acciones, procurándose a costa de la sociedad una satisfacción equivalente a la situación en que se hallarían si la mayoría no hubiera adoptado las decisiones que —lícitamente y actuando en su derecho— adoptó.

La improcedencia de satisfacer el interés positivo es más patente cuando el retiro cumple la función de una condición resolutoria ordinaria, es decir, cuando opera como garantía de las circunstancias en que se celebra el contrato social. Nótese lo que dispone el art. 1486 inc. 2° “CC” respecto de las restituciones a que da lugar el cumplimiento de la condición: “si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio”; la indemnización de perjuicios solo procede cuando la cosa cuya entrega se sujetaba a condición sufre un deterioro culpable. Aunque el CC suele discurrir sobre la base de obligaciones de dar cierta cosa corporal, el razonamiento puede extenderse a aquello que debe restituirse por haberse ejercido el retiro por una causal estatutaria ajena a la voluntad del controlador o de la administración controlada: se debe el precio de las acciones en el estado en que se encuentren, tal y como lo muestren el balance o el promedio ponderado bursátil, sin derecho a indemnización complementaria que refleje el valor que habrían adquirido esas acciones en el futuro (salvo que medie abuso del controlador).

De admitirse la posibilidad de incorporar un retiro estatutario por justa causa, la suficiencia de la fórmula establecida legal y reglamentariamente depende de si esa justa causa puede reconducirse a un incumplimiento contractual formulado en términos genéricos, o si constituye la modificación de alguna circunstancia considerada fundamental para contratar, en cuyo caso ha de estarse a lo razonado a propósito de la condición. En fin, si se acepta la admisibilidad de un retiro *ad nutum* establecido estatutariamente, no es difícil comprender que la satisfacción del interés negativo debiera considerarse un reembolso suficiente, y que, por ende, la fórmula de los textos normativos parece adecuada.

### c) VENTAJAS DE LA FÓRMULA EMPLEADA EN LOS TEXTOS NORMATIVOS

Frente a esta heterogeneidad de situaciones, la solución de la LSA y del RSA se presenta bajo otra luz. Adoptando una regla de trazado nítido, establecen una fórmula que, si

---

<sup>48</sup> PUGA (2013) Tomo I, p. 369. Desde un ángulo distinto —aunque apuntando a la misma idea— indican Alfaro y Campins que “dado que la exclusión o separación no constituyen una actuación dañosa ni un incumplimiento contractual, la cuota de liquidación no tiene naturaleza indemnizatoria”, en apoyo de lo cual se refieren a doctrina alemana: ALFARO y CAMPINS (2002) p. 3155.

no siempre sencilla, es de aplicación mecánica, pues no exige ponderar circunstancias ni interpretar los textos legales y estatutarios, sino solo efectuar cálculos aritméticos que permitan determinar el valor libros o el valor de mercado (que, en el art. 132 N° 3 y N° 4 RSA, es también un cálculo aritmético: el promedio ponderado bursátil o el valor libros)<sup>49</sup>. Es precisamente esta regla de trazado nítido lo que permite que la institución del retiro pueda prescindir del juez, al menos en la mayor parte de los casos, y así se presenta como una herramienta, quizás no absolutamente eficaz, pero al menos de aplicación frecuente.

Además de esta ventaja práctica, la fórmula del valor libros o promedio ponderado bursátil tiene una ventaja estructural. Puesto que el retiro establecido estatutariamente puede cumplir más de una función, ¿cómo podría la ley hacer algo más que ofrecer un piso mínimo, que, como advierte Puga, en muchos casos parece suficientemente adecuado<sup>50</sup>? Y si en otros casos es insuficiente, entonces la solución no es elaborar una nueva fórmula para determinar el precio, sino complementarlo mediante una indemnización de perjuicios.

La exclusividad del retiro o su complementariedad con otros remedios ha sido planteada en los Estados Unidos, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. De hecho, el *appraisal remedy* nace en ese país no como una forma de disolución parcial, sino como una indemnización de perjuicios sustitutiva de la *injunction* (que impediría la adopción de decisiones empresariales por mayoría)<sup>51</sup>. Independiente de sus orígenes históricos, Easterbrook y Fischel consideran la acumulabilidad de remedios, particularmente la indemnización junto con el retiro, como el correctivo natural de los defectos en la valoración de las acciones de acuerdo a los métodos que utiliza la práctica americana<sup>52</sup>.

En Chile, la admisibilidad de una indemnización complementaria puede fundarse en el art. 133 inc. 1° LSA, aunque las condiciones de operación de este remedio en el contexto

<sup>49</sup> Ventaja práctica que elude los costos de la determinación del *fair value*, que ha sido advertida por PUGA (2013) Tomo I, p. 369. En el contexto de un modelo de derecho societario autoejecutable (*self-enforcing model*), Black y Kraakman presentan el retiro de forma muy similar a como lo recoge la LSA: véase BLACK y KRAAKMAN (1996) pp. 1933-1934. Un ejemplo de esta semejanza se halla, precisamente, en que el precio del retiro sea el valor libros salvo en sociedades cotizadas, que ofrece las ventajas de una regla de trazado nítido, aunque pueda no considerarse ideal para todos los casos. Los autores se refieren también al valor libros a propósito del establecimiento del valor por encima del cual la enajenación de activos exige aprobación de quórum especial: BLACK y KRAAKMAN (1996) p. 1935. El razonamiento puede extenderse sin dificultad al ejercicio del retiro, lo que quizás permitiría evitar algunos defectos en el diseño norteamericano. Sobre estos últimos, véase THOMPSON (1995) pp. 40-42.

<sup>50</sup> PUGA (2013) Tomo I, p. 369.

<sup>51</sup> WERTHEIMER (1998) p. 666. Una *injunction* consiste en “una orden del tribunal que dispone o prohíbe efectuar una acción”: *Black’s Law Dictionary* (2014) p. 904 (la traducción es mía).

<sup>52</sup> EASTERBROOK y FISCHEL (1998) p. 160; la idea ya había sido planteada por VORENBERG (1964) pp. 1201-1206. Easterbrook y Fischel defienden asimismo la conveniencia de una satisfacción de la diferencia en dinero como indemnización de perjuicios, en lugar de la satisfacción en naturaleza provista por la *injunction*, idea que encuentra apoyo en la jurisprudencia de Delaware que tiende a considerar este último remedio como excepcional (lo que, por lo demás, es el criterio general en el *common law*): EASTERBROOK y FISCHEL (1998) pp. 158-159. Aunque no con esta terminología, que será acuñada más tarde, Manning ya había presentado la aparición del retiro como signo del paso de un derecho fundado en reglas de propiedad a un derecho fundado en reglas de responsabilidad, lo que en sí ya es un argumento para descartar la disponibilidad de la *injunction* y de otros remedios en naturaleza: MANNING (1962) p. 229. Véanse también FISCHEL (1983) pp. 899-900; y VORENBERG (1964) pp. 1204-1205. Sobre la distinción entre reglas de propiedad y reglas de responsabilidad, CALABRESI y MELAMED (1972) p. 1092.

de actos que dan lugar al derecho de retiro ameritan una atención que en este trabajo no se puede dispensar. En el derecho español y respecto de la sociedad de personas, Paz-Ares ha argumentado la compatibilidad entre la denuncia extraordinaria y una indemnización de perjuicios complementaria<sup>53</sup>. La aproximación de la continuidad de tipos sugiere que, también en Chile, deberá admitirse una indemnización complementaria al derecho de retiro en la sociedad anónima, al menos en casos como el de abuso de la mayoría sobre la minoría. Máxime si, como consideraba hace poco la antigua Superintendencia de Valores y Seguros, el precio del retiro calculado a valor libros en sociedades con patrimonio negativo es \$ 0, sin admitirse acuerdo en contrario de los interesados<sup>54</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Como conclusiones de este estudio pueden enumerarse las siguientes:

1. Si bien el derecho de retiro puede constituir una herramienta de protección del accionista minoritario, esta perspectiva resulta insuficiente para abordar el espectro de causales de retiro que pueden incorporarse en los estatutos sociales. En cambio, la facultad de agregar causales estatutarias se comprende a cabalidad cuando el retiro se enfoca como un mecanismo de composición de los intereses de los accionistas ante una variedad de eventos, comprensiva no solo de abusos de mayoría sino también de cambios en circunstancias previstas al contratar o alteración lícita de los términos del contrato.

2. El supuesto de hecho del retiro estatutario puede consistir en una amplia gama de sucesos: acuerdos de la junta, hechos del controlador, decisiones de la administración e incluso circunstancias externas a la empresa social. Tal amplitud puede fundarse en otras causales de retiro previstas en leyes especiales. A esta diversidad de causales corresponde no solo una diversidad del titular del derecho, que no siempre podrá calificarse como un accionista disidente, sino también una diversidad de las funciones que cumple el retiro el contrato social.

3. Atender a las diversas funciones que puede cumplir una cláusula estatutaria de retiro permite comprender la fórmula que emplean la LSA y el RSA para determinar el precio que la sociedad debe pagar por las acciones. La fórmula es sin duda insuficiente cuando el retiro cumple una función de remedio al abuso de la mayoría, pero en cambio resulta adecuada cuando cumple otras funciones, que es precisamente el atractivo que presenta la posibilidad de incorporar causales estatutarias de retiro. En esos casos se justifica garantizar al accionista únicamente el interés que tiene en ser restituido a una situación equivalente a aquella en que se encontraría de no haber invertido en la sociedad.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALFARO, Jesús (1995): *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica* (Madrid, Civitas).

<sup>53</sup> PAZ-ARES (1991b) p. 1513.

<sup>54</sup> Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 6014, de 9 de marzo de 2016.

- ALFARO, Jesús (1998): “Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)”, en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque*, Tomo I (Valladolid, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico/Caja Duero) pp. 89-112.
- ALFARO, Jesús y CAMPINS, Aurora (2002): “La liquidación del socio que causa baja como consecuencia de su separación o exclusión”, en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Tomo III (Madrid, McGraw Hill) pp. 3151-3188.
- BLACK, Bernard y KRAAKMAN, Reinier (1996): “A Self-Enforcing Model of Corporate Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 109, N° 8: pp. 1911-1982.
- BLACK’S LAW DICTIONARY (2014), GARNER, Bryan (edit.) (St. Paul, Thomson Reuters, décima edición).
- BONARDELL, Rafael (1996): “Causas estatutarias de separación en la sociedad de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho de Sociedades*, vol. 6: pp. 189-197.
- BONARDELL, Rafael y CABANAS, Ricardo (1998): *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada* (Pamplona, Aranzadi).
- CABALLERO, Guillermo y LAVÍN, Jaime (2018): “El derecho de retiro como herramienta de gobierno corporativo: Análisis empírico del caso chileno”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 35: pp. 205-242.
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas (1972): “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, Vol. 85, N° 6: pp. 1089-1128.
- CIMMINO, Nelson Alberto (2000): *Il recesso unilaterale dal contratto* (Padova, CEDAM).
- CONTARDO, Juan Ignacio (2015): *Indemnización y resolución por incumplimiento* (Santiago, Thomson Reuters/La Ley).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños* (Madrid, Civitas).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008): *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tomo II (Cizur Menor, Thomson-Civitas, sexta edición).
- EASTERBROOK, Frank y FISCHER, Daniel (1998): *The Economic Structure of Corporate Law* (Cambridge / London, Harvard University Press, reimpresión).
- FARRANDO, Ignacio (1999): *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (Madrid, Civitas).
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (2018): *La paralización de los órganos en las sociedades de capital. Estudio de sus remedios societarios y una propuesta de reforma*. (Madrid / Barcelona / Buenos Aires / São Paulo, Marcial Pons).
- FISCHER, Daniel (1983): “The Appraisal Remedy in Corporate Law”, *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 4: pp. 875-904.
- HERRERA, Cristóbal (2005): *El conflicto entre los acreedores y el derecho a retiro de las sociedades anónimas* (Santiago, LexisNexis).
- HETHERINGTON, J. A. C. y DOOLEY, Michael (1977): “Illiquidity and Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem”, *Virginia Law Review*, Vol. 1: pp. 1-76.
- HISTORIA DE LA LEY N° 19.549 (1998): Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7014/>. Fecha de consulta: 2 de agosto de 2019.

- JEQUIER, Eduardo (2016): *Curso de Derecho Comercial*, Tomo II, Volumen 2 (Santiago, Thomson Reuters).
- KANDA, Hideki y LEVMORE, Saul (1985): “The Appraisal Remedy and the Goals of Corporate Law”, *UCLA Law Review*, Vol. 32: pp. 429-473.
- KLEIN, Michele (1997): *El desistimiento unilateral del contrato* (Madrid, Civitas).
- LAGOS, Osvaldo (2014): “El mundo al revés: pactos de accionistas, restricciones a la libre cesibilidad de las acciones y la reforma al artículo 14 de la ley de sociedades anónimas”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 2: pp. 51-106.
- LAGOS, Osvaldo (2018): *Una mirada contractualista a las objeciones a la validez de ciertos pactos de accionistas en el derecho chileno*. Ponencia presentada en las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, Coquimbo, septiembre de 2018.
- MANNING, Bayless (1962): “The Shareholders’s Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker”, *Yale Law Journal*, vol. 72: pp. 223-265.
- MARTÍNEZ, Miguel (2019): “Entre el abuso de mayoría y el de minoría en la política de distribución de dividendos: A propósito del «nuevo» artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Vol. 55: pp. 203-242.
- MOMBERG, Rodrigo y PIZARRO, Carlos (2018): “Las restituciones consecutivas a la nulidad o resolución en los contratos de bienes muebles”, *Ius et Praxis*, Vol. 24, N° 1: pp. 329-360.
- PAZ-ARES, Cándido (1991a): “Comentario al artículo 1665”, en PAZ-ARES, Cándido, BERCOVITZ, Rodrigo, DÍEZ-PICAZO, Luis y SALVADOR, Pablo (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II (Madrid, Ministerio de Justicia) pp. 1299-1333.
- PAZ-ARES, Cándido (1991b): “Comentario al artículo 1707”, en PAZ-ARES, Cándido, BERCOVITZ, Rodrigo, DÍEZ-PICAZO, Luis y SALVADOR, Pablo (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo II (Madrid, Ministerio de Justicia) pp. 1512-1516.
- PAZ-ARES, Cándido y PERDICES, Antonio (2010): “Lógica y límites de los descuentos por iliquidez y minoría en la valoración de participaciones sociales”, *Revista Española de Capital Riesgo*, Vol. 2/2010: pp. 3-19.
- PERDICES, Antonio (2013): “Comentario a los artículos 1705 a 1707 del Código Civil”, en BERCOVITZ, Rodrigo (dir.), *Comentarios del Código Civil*, Tomo VIII (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 11.639-11.657.
- PUELMA, Álvaro (2006): *Sociedades*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- PUGA, Juan Esteban (2013): *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada y aumentada).
- QUESADA, María Corona (1991): *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio* (Barcelona, Bosch).
- SIEGEL, Mary (1995): “Back to the Future: Appraisal Rights in the Twenty-First Century”, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 32: pp. 79-144.
- THOMPSON, Robert (1995): “Exit, Liquidity, and Majority Rule: Appraisal’s Role in Corporate Law”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 1: pp. 1-60.

- VÁSQUEZ, Fernanda (2016): "Sobre la necesidad de modernizar el derecho societario chileno a partir del fortalecimiento de la autonomía de la voluntad", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2: pp. 485-521.
- VORENBERG, James (1964): "Exclusiveness of the Dissenting Stockholder's Appraisal Right", *Harvard Law Review*, Vol. 77, N° 7: pp. 1189-1217.
- WERTHEIMER, Barry (1998): "The Purpose of the Shareholders' Appraisal Remedy", *Tennessee Law Review*, Vol. 65: pp. 661-690.

## NORMAS CITADAS

### CÓDIGO CIVIL DE CHILE

DECRETO LEY N° 3500 (13/11/1980), Establece nuevo sistema de pensiones.

LEY N° 18.045 (22/10/1981), Ley de mercado de valores.

LEY N° 18.046 (22/10/1981), Ley de sociedades anónimas.

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 382 (21/6/1989), Ley general de servicios sanitarios.

LEY N° 19.499 (11/4/1997), Establece normas sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades.

LEY N° 19.549 (4/2/1998), Modifica el régimen jurídico aplicable al sector de los servicios sanitarios.

DECRETO N° 702 (6/7/2012), Ministerio de Hacienda, Aprueba nuevo reglamento de sociedades anónimas.

LEY N° 20.720 (9/1/2014), Ley de reorganización y liquidación de empresas y personas.

COMPANIES ACT, Reino Unido. Noviembre de 2006.

MODEL BUSINESS CORPORATION ACT, American Bar Association, Estados Unidos. Diciembre de 2010.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2010, texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, España. 2 de julio de 2010.

DELAWARE GENERAL CORPORATION LAW, Título 8, Capítulo 1 del Código de Delaware, Estados Unidos. Disponible en <https://delcode.delaware.gov/title8/c001/>. Fecha de consulta: 2 de agosto de 2019.

## JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADA

Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 6014, de 9 de marzo de 2016.

Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 15101, de 22 de junio de 2016.

Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 2731 de 2 de noviembre de 2016.

Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 16469 de 21 de junio de 2017.

Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 27159 de 11 de octubre de 2017.

Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio N° 32435 de 6 de diciembre de 2017.



# LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN: LA IMPLEMENTACIÓN DEL PERÚ

## *TECHNOLOGICAL PROTECTION MEASURES: PERU'S IMPLEMENTATION*

MARCELA PALACIO\*

JUAN ANTONIO GAVIRIA\*\*

**RESUMEN:** Estados Unidos ha desarrollado una política internacional en propiedad intelectual que busca elevar los niveles de protección en temas como las medidas anti-elusión. De esta manera, los EE.UU. a través de Tratados de Libre Comercio exportan su legislación doméstica en el tema: la Digital Millennium Copyright Act (DMCA), quedando los socios, la mayoría países en desarrollo, en la obligación de incorporar disposiciones similares a dicha ley en sus leyes nacionales. Sin embargo, las disposiciones de DMCA han sido ampliamente criticadas debido a sus efectos colaterales. Este documento, utilizando a Perú como ejemplo, analiza si los socios comerciales de Estados Unidos toman en cuenta la experiencia de éste con la legislación de la DMCA al momento de implementar las obligaciones del TLC.

**Palabras clave:** Medidas tecnológicas de protección, Tratados de Libre Comercio, Implementación, Perú, derecho de autor.

**ABSTRACT:** During the last couple of years the United States has enacted an international policy in intellectual property that seeks to raise levels of protection in subjects such as anti-circumvention measures. Therefore, through Free Trade Agreements, the US exports provisions on the matter based on its domestic legislation: The Digital Millennium Copyright Act (DMCA). Consequently, US's trade parties –most of them developing countries– are currently in the obligation to incorporate alike provisions in their national law. However, DMCA's provisions have been widely criticized due their its collateral effects. This paper, using Peru as an example, analyzes whether US' trade partners take into account the former's experience with DMCA legislation at the moment of implementing FTA's obligations.

**Keywords:** technological protection measure, Free Trade Agreements, Implementation, Peru, Copyright.

\* Doctora en Derecho de la American University Washington College of Law. Docente investigadora de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja (Colombia). Código Orcid 0000-0002-6338-0093. Dirección postal: Calle 19 N° 11 - 64 Tunja - Boyacá (Colombia). Dirección electrónica: marcela.palacio@usantoto.edu.co.

\*\* Doctor en Derecho de la American University Washington College of Law. Profesor Titular e investigador del grupo de investigaciones en Derecho GRID de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB), Medellín (Colombia). Código Orcid 0000-0002-9221-8642. Dirección postal: Circular 1ª 70-01, Medellín, Colombia. Dirección electrónica: juan.gaviriag@upb.edu.co

Agradecemos a Miguel Morachimo y Oscar Montezuma por su valioso aporte acerca de la legislación peruana.

## INTRODUCCIÓN

Las medidas tecnológicas de protección (MTP) son herramientas de autogestión de derechos utilizadas por los titulares de derecho de autor, los cuales, muchas veces debido a desarrollos tecnológicos –como el Internet– pueden ver amenazados sus derechos en razón de las facilidades que este brinda para reproducir, distribuir y transformar las diferentes creaciones a muy bajo costo y con gran calidad. Dichas medidas, como su nombre lo indica, hacen referencia al uso de la tecnología, un software o dispositivo o ambos, por los titulares de derecho de autor para proteger sus intereses. No obstante, la protección tecnológica dada por las MTP no fue suficiente para que los titulares de derechos pudieran impedir la explotación no autorizada de sus obras, ya que éstas eran susceptibles de ser eludidas por personas con conocimientos en tecnología. Es por esta razón que los titulares de derecho de autor empiezan a buscar una capa externa de protección: la legal. De esta manera, aparecen a nivel internacional ciertas obligaciones de brindar protección legal contra la elusión de las MTP.

La protección legal que inicialmente se otorgó a dichas MTP a través de tratados y normas internacionales, como en las de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ha ido incrementándose debido a políticas agresivas de países como Estados Unidos, el cual, a partir del año 2000 empieza a incorporar en el texto de sus Tratados de Libre Comercio (TLC) disposiciones similares a las establecidas en su legislación interna, denominada *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). No obstante, dichas disposiciones han sido muy controvertidas tanto a nivel nacional como internacional por sus efectos colaterales en la innovación, la educación, los derechos del consumidor, y la libertad de expresión, entre otros.

Perú, como socio comercial de Estados Unidos, debido a las obligaciones contraídas en el TLC entre estos dos países, ha comenzado a implementar las normas anti-elusión inspiradas bajo la DMCA. Esta implementación ha seguido de cerca el texto del tratado y, por ende, el modelo norteamericano, que como se mencionó anteriormente ha sido ampliamente criticado. Con base en lo anterior, este artículo pretende, a través de un estudio jurídico dogmático, y a través de una metodológica sistemática y comparada, analizar si los efectos negativos que han presentado las medidas tecnológicas de protección de la DMCA en la sociedad estadounidense han sido tenidas en cuenta por Perú para balancear el modelo al cumplir con la obligación de implementar dichas medidas contenidas en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

Para desarrollar esta discusión, se abordará primero una explicación sobre medidas tecnológicas de protección; segundo, Medidas Tecnológicas de Protección y su Regulación en Estados Unidos; quinto, controversias nacionales de la DMCA; sexto, Perú y las medidas anti-elusión; para finalmente concluir que el tema de medidas tecnológicas de protección ha sido legislado sin tener en cuenta la verdadera importancia que tiene la materia y los efectos que estas pueden causar al interior de la sociedad, básicamente, el tema ha sido legislado con la finalidad de cumplir con el Tratado de libre Comercio.

## I. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

Las MTP son herramientas utilizadas por los titulares de los derechos de autor para proteger sus intereses sobre sus creaciones de las nuevas tecnologías, como el Internet, que suele permitir a los usuarios reproducir, distribuir, comunicar y transformar las obras con excelente calidad, a un pequeño costo y rápidamente<sup>1</sup>. De esta forma, las medidas tecnológicas de protección se convierten en una respuesta tecnológica de los titulares de los derechos de autor a un ataque de las mismas tecnologías a sus intereses.

Las MTP se pueden entender como todo software o dispositivo o la combinación de los dos encaminado a proteger la obra protegida contra accesos o usos no autorizados por el titular de los derechos o por la ley<sup>2</sup>. De ahí que se le denominen “candados digitales o *digital locks*”. Dichas medidas pueden clasificarse en tres tipos: a) medidas de control de acceso, b) medidas de control de copia o de usos no autorizados, y c) medidas de identificación de la obra y el usuario<sup>3</sup>.

Las primeras, como su nombre lo indica, controlan el acceso a la obra. Dicho control se puede realizar a través de diversas MTP, por ejemplo, a través de la solicitud de una clave de esta manera, las MTP solo permitirán acceder al contenido de la obra al usuario que proporcione el código o contraseña adecuada, la cual es otorgada generalmente luego de que el usuario acuerda el pago de un precio o se somete a ciertos términos de uso<sup>4</sup>. Este es el caso de *Netflix*, donde solo se puede ingresar al sitio web luego de ingresar la clave. Otros ejemplos son aquellas que limitan el tiempo de acceso como en el caso de rentas de películas a través del *pay-per-view*; o aquellas que limitan el número de usuarios simultáneos como el caso de los *e-books* donde solo un determinado número de personas puede acceder al mismo tiempo al libro. También están aquellas que crean incompatibilidad selectiva, como en el caso de consolas de video juego que no reproducen copias piratas de juegos o aquellas que cifran la información o que solo permiten su acceso dependiendo de la ubicación del usuario mediante el bloqueo de ciertas direcciones IP que dependen de la ubicación geográfica, entre otras<sup>5</sup>.

Las segundas permiten al titular de la obra predeterminar los términos y condiciones en los cuales la obra puede ser utilizada. De esta forma, el titular podría cobrar por cada uso que se haga de su obra. Por ejemplo, algunas de las TPM de copia son: (i) solo lectura, bajo esta TPM el titular puede predeterminar que el usuario por el pago de un precio solo tendrá derecho a la lectura de la obra, como en el caso de los *ebooks*, o (ii) bloqueo de impresión, bajo esta MTP el titular puede limitar el número de copias que se podrá realizar de la obra. De igual manera, el titular podría utilizar MTP para determinar que el uso de su

<sup>1</sup> TIAN (2009) p. 214 (“Many copyrights owners fear that the application of these new technologies may cause ‘a loss of control’ over their copyrighted works. They believe that traditional copyright law is not strong enough to protect their rights on the Internet, so they have tried to apply technical measures to defend themselves”). También, SERENO (2009) pp. 152-153.

<sup>2</sup> CORRIPIO (2009) pp. 194-206 (refiriéndose a la definición de las medidas tecnológicas de protección).

<sup>3</sup> CORRIPIO (2009) pp. 195-206 (refiriéndose a la clasificación de las medidas tecnológicas de protección).

<sup>4</sup> BURK (2002) p. 7 (refiriéndose a las medidas tecnológicas de acceso).

<sup>5</sup> SIMON FRASER UNIVERSITY (2015).

obra se realice solamente en conexión con un determinado software o dispositivo electrónico; o adicionalmente, podría monitorear el grado de uso de la obra para cobrar por las diferentes modalidades de uso utilizando diversas maneras de medición, ya sea por tiempo, por porción de la obra utilizada, entre otras<sup>6</sup>. También se encuentran las MTP que bloquean la descarga, como es el caso del *streaming* en plataformas como YouTube, o aquellas que bloquean la reproducción como sucede para cierta música digital o películas<sup>7</sup>.

La aplicación de una medida tecnológica de protección a una obra protegida le otorga a su titular la habilidad de gestionar sus derechos, convirtiéndose en una herramienta de auto-ejecución de derechos. A través de la imposición de MTP, los titulares evitan tener que acudir a un proceso judicial para lograr el objetivo de proteger sus derechos. Esta posibilidad es de especial importancia en el ambiente digital, donde dada su naturaleza se dificulta el seguimiento de las obras, permitiendo que muchas infracciones queden impunes<sup>8</sup>.

No obstante, y en los inicios de la década de los 90 la utilización por sí sola de medidas tecnológicas para la protección de las obras en el ambiente digital no fue tan eficaz como esperaban los titulares de derechos. Ello se debió a que, al tratarse de una programación tecnológica, las MTP podían ser eludidas por otra programación tecnológica<sup>9</sup>. De esta forma, cada vez que los titulares establecían un candado digital para proteger una obra, los *hackers* encontraban la forma de traspasarlo, convirtiéndose en una batalla tecnológica entre titulares de derechos y *hackers*, con mayor éxito para estos últimos. Este escenario llevó a que los titulares de los derechos buscaran una protección adicional a la tecnológica para la protección de sus obras en el ambiente digital, encontrando en la vía legal la solución buscada<sup>10</sup>. Así, entonces, se reguló la prohibición de la elusión de las medidas tecnológicas de protección, mediante normas conocidas como disposiciones anti-elusión.

## II. MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y SU REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

La primera regulación a nivel internacional relativa a la prohibición de eludir medidas tecnológicas de protección fue el resultado de la Conferencia Diplomática de la OMPI sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, celebrada en Ginebra (Suiza) el 20 de diciembre de 1996, donde se firman el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA)<sup>11</sup> y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación, o Ejecución y Fonogramas

<sup>6</sup> BURK (2002) p. 8 (refiriéndose a las medidas de control de copia o de control de usos y las diferentes circunstancias en que son utilizadas).

<sup>7</sup> SIMON FRASER UNIVERSITY (2015).

<sup>8</sup> Burk (2002) pp. 7-9 (refiriéndose a las medidas tecnológicas de protección como una herramienta que permite la auto-ejecución de los derechos por parte de sus titulares).

<sup>9</sup> TIAN (2009) pp. 214-215.

<sup>10</sup> TIAN (2009) pp. 214-215.

<sup>11</sup> WIPO COPYRIGHT TREATY (1996).

(TOIEF)<sup>12</sup>, conocidos como los Tratados de Internet de la OMPI<sup>13</sup>. No obstante dicha regulación se realizó en términos ambiguos y generales, dejando un ámbito de implementación amplio a nivel doméstico<sup>14</sup>.

Luego de la ratificación de Estados Unidos de los Tratados de Internet de la OMPI, la administración Clinton decidió llevar a cabo la implementación nacional de dichas obligaciones. La legislación nacional producto de la implementación de los Tratados de la OMPI fue la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, la cual incorporó el capítulo 12 a la *Copyright Act* de 1976. Esta ley se describe como una implementación maximalista de las obligaciones adquiridas en los tratados por superar los niveles de protección requeridos en estos<sup>15</sup>, la cual fue exaltada y promovida por la industria del software y el entretenimiento y criticada por la comunidad científica, bibliotecarios y académicos<sup>16</sup>.

En la Sección 1201, la DMCA regula la materia de medidas tecnológicas de protección, prohibiendo esencialmente tres tipos de conductas respecto de las medidas tecnológicas de protección efectivas<sup>17</sup>: a) la elusión de medidas tecnológicas de control de acceso<sup>18</sup>; 2) el tráfico de dispositivos cuya principal función sea la elusión de medidas tecnológicas de control de acceso; 3) el tráfico de dispositivos cuya principal función sea la elusión de medidas tecnológicas de control de copia<sup>19</sup>.

De esta forma, la protección brindada por la DMCA respecto de las medidas tecnológicas de protección difiere si se trata de una MTP de control de acceso o de control de copia o uso. Respecto de las primeras la DMCA, prohíbe tanto el acto en sí de la elusión<sup>20</sup> como los actos preparatorios a la elusión, es decir, el tráfico de los dispositivos y servicios elusivos, castigando las conductas que pueden desembocar eventualmente en la elusión de una medida<sup>21</sup>. Por otro lado, y respecto de las medidas de control de copia o control de usos, la DMCA solo prohíbe los actos preparatorios de la conducta, más no la elusión de la medida tecnológica efectiva de control de copia en sí<sup>22</sup>. Esta última posición se toma con el fin de no sacrificar una potencial utilización del *fair use* en determinados casos, ya que la copia es permitida en ciertas circunstancias por el *fair use*, pero no así el acceso no autorizado<sup>23</sup>.

<sup>12</sup> WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY (1996).

<sup>13</sup> Anterior a esta regulación internacional se encuentran unos antecedentes normativos a nivel nacional en el Reino Unido (Sección 296 del Copyright, *Designs and Patents Act* de 1988, la Directiva europea del 14 de mayo de 1991) y en Estados Unidos (*US Audio Home Recording Act* 1992). SERENO (2009) pp. 151-154-55.

<sup>14</sup> RAMOS GIL DE LA HAZA (2009) p. 76.

<sup>15</sup> SAMUELSON (1999) pp. 520-528 (refiriéndose a la agenda maximalista que implemento las obligaciones de los Tratados de la OMPI).

<sup>16</sup> CALANDRILLO y DAVISON (2008) p. 354.

<sup>17</sup> GINSBURG (2007) pp. 2-3.

<sup>18</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (1).

<sup>19</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (2); Section 1201 (b); ROTHCHILD (2005) pp. 489 (hacienda referencia a que esta legislación hizo ilegal traficar dispositivos que puedan eludir una MTP).

<sup>20</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (2);

<sup>21</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (2);

<sup>22</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (b) (1);

<sup>23</sup> No obstante, el DMCA no establece una excepción específica a la elusión de medidas tecnológicas de protección que permita la elusión en razón de un *Fair Use*. FERNÁNDEZ (2003) p. 54, 58 (refiriéndose a la no prohibición de la elusión de medidas de control de copia como una posición de protección del *Fair use*).

La DMCA contiene una lista taxativa de siete excepciones al acto de elusión de la medida tecnológica de acceso<sup>24</sup>. Empero, pocas de estas aplican a la prohibición de actos preparatorios<sup>25</sup>. Dichas excepciones se incluyeron en el texto de la ley gracias a una campaña de lobby ejercida, entre otros por el grupo de bibliotecarios. Sin embargo, esta lista no incluye una excepción que permita la elusión de las MTP en caso de *fair use*<sup>26</sup>. Las excepciones al acto de elusión de una MTP de acceso son: 1) excepción para las bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin ánimo de lucro<sup>27</sup>; 2) excepción de ingeniería inversa<sup>28</sup>; 3) excepción de investigación de cifrado<sup>29</sup>; 4) excepción de protección de menores<sup>30</sup>; 5) excepción para la protección de información de identificación personal<sup>31</sup>; 6) excepción de pruebas de seguridad<sup>32</sup>; y 7) excepción de actividades gubernamentales<sup>33</sup>. De las excepciones anteriormente mencionadas, la excepción de pruebas de seguridad y de investigación de cifrado aplican al tráfico de dispositivos y servicios elusivos de una MTP de acceso<sup>34</sup>, mientras que la excepción ingeniería inversa es la única excepción que aplica a los tres actos prohibidos.

De igual manera, la DMCA establece un proceso administrativo a cargo de la Oficina de Derecho de Autor [*Copyright Office*] para la creación de excepciones temporales a la elusión de medidas tecnológicas de protección y que operan en favor de usuarios de una obra de derechos de autor que se encuentren o puedan llegar a verse adversamente afectados por la medida tecnológica de protección en su capacidad para realizar usos no infractores<sup>35</sup>. Dicho procedimiento se estableció como reconocimiento a que la fuerte legislación en materia de MTP podría llegar afectar el acceso futuro a materiales para fines lícitos<sup>36</sup>. Se dice que son excepciones temporales, ya que su duración máxima es de tres años, sin renovación automática. No obstante, se pueden solicitar un número ilimitado de veces siempre que se demuestre el impacto negativo real o probable durante un lapso de tres años para que se otorgue la excepción<sup>37</sup>. Sin embargo, las excepciones creadas a partir del procedimiento administrativo de protección de normas no tienen aplicación a las disposiciones antitráfico<sup>38</sup>.

<sup>24</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998, Section 1201 (a) (1)(B); Section 1201 (d)-(j).

<sup>25</sup> WANG (2006) pp. 8-9 (estableciendo que muy pocas excepciones se crearon para los actos preparatorios).

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ (2003) p. 54, 58 (refiriéndose al rechazo del establecimiento de una excepción a la elusión de las medidas tecnológicas de protección en casos de *Fair use*). CALANDRILLO y DAVISON (2008) p. 358.

<sup>27</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (1).

<sup>28</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (f).

<sup>29</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (g).

<sup>30</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (h).

<sup>31</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (i).

<sup>32</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (j).

<sup>33</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (e).

<sup>34</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (g)(4); Section 1201 (j)(4).

<sup>35</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (1) (B)-(E); WARREN (2017) p. 14.

<sup>36</sup> CASA DE REPRESENTANTES (1998) p. 36.

<sup>37</sup> EXEMPTION TO PROHIBITION ON CIRCUMVENTION OF COPYRIGHT PROTECTION SYSTEM FOR ACCESS CONTROL TECHNOLOGIES. (2012) p. 65621.

<sup>38</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 Section 1201 (a) (1)(B).

Otras características importantes de la regulación del DMCA acerca de la prohibición de elusión de las medidas tecnológicas de protección son: su tratamiento como una causa de acción civil y criminal independiente de la infracción de derecho de autor, en otras palabras, el titular puede acudir ante un tribunal civil<sup>39</sup> o penal<sup>40</sup> a pedir el resarcimiento del perjuicio por haberse eludido la medida tecnológica a pesar de no haber existido infracción a los derechos de autor<sup>41</sup>; la no obligación de un dispositivo a responder a determinada medida tecnológica<sup>42</sup>; y la ausencia de exigencia de un elemento cognoscitivo al momento de la elusión para ser sancionada, lo que ocasiona que se sancionen incluso las elusiones accidentales<sup>43</sup>.

De esta forma, se puede observar como la legislación establecida en la DMCA respecto de MTP fue más allá de lo pedido por los tratados de la OMPI. Por ejemplo, castigar tanto el acto de elusión de una MTP como los actos preparatorios es una implementación maximalista del deber de proporcionar “protección jurídica adecuada” establecida en los tratados. Esta misma situación se presenta al considerar la elusión de una medida tecnológica de protección como una causa de acción independiente y escoger una protección legal tanto civil como penal, ya que los tratados no mandan a prohibir todos los actos relacionados con la elusión de una MTP sino solo aquellos que “no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la ley” y, de igual manera, solo exigen el requisito de brindar “recursos jurídicos efectivos”. Estas situaciones, consecuentemente, dejan en evidencia la implementación maximalista de las obligaciones de los tratados de la OMPI por parte de Estados Unidos, que si bien va más allá de los mandatos de los tratados, no se encontraba prohibida por estos.

Posteriormente, este modelo de protección a las Medidas Tecnológicas de Protección empezó a ser exportado por EE.UU. a otros países, en especial, en vía de desarrollo, para asegurarse que los países receptores tuvieran un nivel de protección similar al suyo. Son diversos los países que han aceptado la inclusión de dichas disposiciones en los textos de los TLC, entre ellos, Australia, Bahrein, Chile, Colombia, Costa Rica, Corea, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Marruecos, Nicaragua, Omán, Perú y Singapur.

Sin embargo, la DMCA, ha sido al altamente controvertida por la academia y por grupos de sociedad civil. Para efectos de esta discusión se presentarán sus características más significativas y algunos de los motivos de controversia a continuación.

<sup>39</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 *Section* 1201 (a) (2); *Section* 1201 (b) *Section* 1203.

<sup>40</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 *Section* 1201 (a) (2); *Section* 1201 (b) *Section* 1204.

<sup>41</sup> GINSBURG (2007) pp. 3 (refiriéndose a que la violación a una MTP es independiente a que exista una infracción al derecho de autor).

<sup>42</sup> DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT., 1998 *Section* 1201 (c)(3).

<sup>43</sup> SERENO (2009) p. 184 (refiriéndose a la ausencia de requisito de un elemento cognoscitivo al momento de eludir la medida tecnológica de protección).

### III. CONTROVERSIAS DE LA *DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT* EN LOS ESTADOS UNIDOS

La DMCA, antes de empezar a ser exportada a otras jurisdicciones ya llevaba al menos ocho años de vigencia en el país de origen, tiempo durante el cual se pudo evidenciar que se trataba de una legislación controversial en su país de origen, en la medida que en aras de proteger el acceso a una obra protegida se afectaban otros intereses importantes y en especial de grupos en situación de vulnerabilidad. De igual manera, sirven como mecanismo para evadir reglas como la duración de la protección e incluso la aplicación de las excepciones y limitaciones<sup>44</sup>.

Algunos de tales efectos hoy afectan a la sociedad estadounidense en formas que se creían irreales en el pasado. Por ejemplo, en el reporte de la OMPI de 1999 acerca de la implementación de las obligaciones de los tratados de Internet se afirmaba que no había prueba de que las medidas tecnológicas de protección afectarían el uso del *fair use* y que no se había demostrado que podrían tener dicho efecto a futuro<sup>45</sup>. No obstante, hoy en día tales efectos negativos, entre otros, saltan a la vista. Por ejemplo, se ve afectada la libertad de expresión cuando compañías como Apple impiden que se discutan en blogs como *WIKIBLUE* temas como la ingeniería inversa de un iPhone o iPod para permitir su sincronización con un software diferente al iTunes, sin haberse proporcionado ningún código de elusión<sup>46</sup>. O cuando los científicos se ven atemorizados de publicar sus investigaciones por posibles amenazas bajo el DMCA. Este es el caso del profesor J. Alex Harderman, quien tuvo que retrasar la publicación de sus hallazgos investigativos sobre las vulnerabilidades que presentaban los controles de copia de varios títulos musicales de Sony-BMG, dejando a los usuarios desinformados por mayor tiempo<sup>47</sup>. Igualmente se afecta la libre competencia cuando empresas como Microsoft aplican las medidas anti-elusión con el fin de evitar que los usuarios de las consolas de Xbox-360 utilicen tarjetas de memorias de un tercero<sup>48</sup>, o cuando los operadores de celulares impiden abrir las bandas de sus equipos de tal manera que no puedan ser utilizados con otros operadores, o igualmente cuando se impide hacer un cambio del sistema operativo de las tabletas o en una consola de juego<sup>49</sup>. Adicionalmente, muchas veces se ha utilizado la medida tecnológica de protección para limitar la competencia o crear monopolios, como en el caso de los productos de puestas de garaje que utilizó las MTP para prevenir que se usaran repuestos de otros competidores<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> CANALAES LOEBEL (2012) p. 109; ARMSTRONG (2006) p. 50-51.

<sup>45</sup> MARKS y TURNBULL (1999) n. 6, p.9 (“To date technical protection measures have not prevented fair use or fair practice with respect to works and there has been no demonstration that such measures will have this effect in future”).

<sup>46</sup> Para éstos y más ejemplos LOHMAN (2010). Para una versión más actualizada: Electronic Frontier Foundation (2013).

<sup>47</sup> Electronic Frontier Foundation (2013); MULLIGANT y PERZANOWSKI (2007) pp. 1198.

<sup>48</sup> DELAHUNTY (2011).

<sup>49</sup> ROBERTSON (2012).

<sup>50</sup> IWAHASHI (2011), p. 494.

Una de las poblaciones más afectadas por las medidas anti-elusión son los invidentes o personas con discapacidades visuales toda vez que las MTP pueden ser utilizadas para impedir que un lector de libros electrónicos o *e-reader* utilice la función de habla o de transmisión a un sistema de Braille digital. O de permitirla, muchas veces esta autorización de interacción con la obra es limitada, impidiendo realizar un uso completo de estos sistemas de “*read aloud*”<sup>51</sup>. Dicha situación se debe a que, por ejemplo, la excepción de ingeniería inversa no cubre la interoperabilidad de datos-programas<sup>52</sup>. A nivel internacional se ha reconocido que las MTP pueden convertirse en una barrera para las personas con discapacidad visual. En tal sentido y en el 2013, el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, estableció en su artículo 7 que los Estados contratantes deberán adoptar las medidas necesarias para que la utilización de MTP no impida a los beneficiarios del tratado que goce de las limitaciones y excepciones que éste establece dirigidas a permitir el acceso a las obras en formatos accesibles. Con todo, y con corte a junio de 2018, Estados Unidos no ha ratificado dicho tratado.

El proceso administrativo de creación de excepciones temporales no ha sido suficiente para resolver los abusos cometidos. El alto nivel de evidencia requerida por la Copyright Office al momento de considerar la creación de una excepción, ocasiona que las excepciones finalmente creadas sean muy pocas y con un ámbito de aplicación limitado. De igual manera, al tratarse de excepciones de carácter temporal, con una duración de tres años, este proceso pone en una posición difícil a los grupos o personas que requieren de dichas excepciones.

Por ejemplo, desde 2003 y hasta 2015, a través del procedimiento administrativo, las personas invidentes o con discapacidades visuales han conseguido la promulgación de una excepción que les permita eludir una TPM de acceso para lograr utilizar los dispositivos o software de asistencia. No obstante, al ser una excepción temporal sin renovación automática, dichas personas han tenido que incurrir en gastos de cabildeo, traslados, entre otros, para intentar cada tres años la renovación de tal excepción pero sin que exista seguridad de que ello se logre<sup>53</sup>. Dicha situación se puede ver evidenciada en el caso de los teléfonos móviles donde la Copyright Office otorgó una excepción en el proceso de revisión de 2010, permitiendo eludir una MTP para abrir las bandas de un teléfono móvil con el propósito de cambiar de operador móvil<sup>54</sup>. No obstante, durante el proceso de revisión de 2012 la Copyright Office decidió eliminar la excepción argumentando, entre otras cosas, la disponibilidad en el mercado de diversos dispositivos con bandas abiertas<sup>55</sup>.

El caso de los teléfonos móviles permite ilustrar que los descontentos con el proceso administrativo de creación de excepciones temporales han llegado también al nivel institucional en Estados Unidos. Dado el cambio de posición de la Copyright Office, se presentó

---

<sup>51</sup> FRUCHTERMAN (2013).

<sup>52</sup> Section 1201 (f).

<sup>53</sup> REID (2013); ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION (2013).

<sup>54</sup> EXEMPTION TO PROHIBITION ON CIRCUMVENTION OF COPYRIGHT PROTECTION SYSTEM FOR ACCESS CONTROL TECHNOLOGIES (2010).

<sup>55</sup> EXEMPTION TO PROHIBITION ON CIRCUMVENTION OF COPYRIGHT PROTECTION SYSTEM FOR ACCESS CONTROL TECHNOLOGIES (2012).

el proyecto de ley “*Unlocking Technology Act 2013*”<sup>56</sup> ante el Congreso de los Estados Unidos para convertir la posibilidad de abrir las bandas de un teléfono móvil en una excepción permanente. De hecho, este proyecto de ley iba un poco más allá del caso de los celulares, ya que buscaba enmendar la Sección 1201 de la *Copyright Act* de 1976, eliminando la prohibición de la elusión como una causa independiente a la infracción a los derechos de autor. Aunque dicho proyecto fue archivado, el presidente Barack Obama sancionó en el 2014 el “*Unlocking Consumer Choice and Wireless Competition Act*”, que derogó la revisión de 2012 que negaba la excepción y devolvía vigencia a la revisión de 2010, además de sugerir a la *Copyright Office* ampliar la excepción a otros dispositivos<sup>57</sup>.

Otros proyectos de ley se han presentado intentando solventar algunos de los problemas de la legislación anti-elusión y que cambiarían la forma de protección de las TPM. En 2015 se reintrodujo el proyecto denominado “*Unlocking Technology Act of 2015*”<sup>58</sup>, que buscaba eliminar la prohibición de la prohibición de elusión de una TPM como una causa independiente, aunque hasta la fecha su progreso legislativo ha sido nulo<sup>59</sup>. Como otra ilustración, en 2015 se presentó al Congreso el “*Breaking Down Barriers to innovation Act*”<sup>60</sup> buscando facilitar la concesión de excepciones a través del proceso administrativo y ampliar el ámbito de aplicación de algunas de las excepciones existentes<sup>61</sup>.

De igual manera, las críticas y descontentos con la legislación anti-elusión han sido manifestadas a nivel oficial. En marzo de 2013 María Pallante, directora para ese entonces de la Copyright Office, testificó ante el Congreso de los Estados Unidos pidiendo la reforma de las normas de derecho de autor, dada su necesidad de ser ajustada con base en las nuevas tecnologías. Para Pallante, y debido a que la DMCA era una norma de hace 15 años que se había vuelto anacrónica con motivo de la rapidez con que evoluciona la Internet, se hacía necesario revisar dicha norma y, en especial, el proceso administrativo de creación de excepciones a las prohibiciones de anti-elusión, el cual se beneficiaría de la intervención del Congreso<sup>62</sup>. Más recientemente, en 2016, la Copyright Office abrió una convocatoria pública para presentar comentarios sobre un estudio acerca de la efectividad de las medidas anti-elusión y la posibilidad de realizar cambios a la legislación, como por ejemplo, establecer excepciones permanentes con posibilidad de ser revocadas<sup>63</sup>. En 2017, la Copyright Office publicó un reporte con los resultados de la convocatoria pública, donde establece que aunque la oficina no recomienda cambios significativos al ámbito de protección de las regulaciones de MTP, sugiere calibrar ciertos aspectos de la regulación para reflejar cambios en la tecnología, tales como: permitir la asistencia de terceras personas a los beneficiarios de las excepciones, ampliar el ámbito de cobertura de la excepción de investigación de cifrado y de seguridad, establecer excepciones permanentes para permitir tecnología de asistencia

<sup>56</sup> UNLOCKING TECHNOLOGY ACT OF 2013 (2013).

<sup>57</sup> UNLOCKING CONSUMER CHOICE AND WIRELESS COMPETITION ACT (2014); STOUT (2015) pp. 185-186.

<sup>58</sup> UNLOCKING TECHNOLOGY ACT (2015).

<sup>59</sup> UNLOCKING TECHNOLOGY ACT (2015a).

<sup>60</sup> BREAKING DOWN BARRIERS TO INNOVATION ACT (2015).

<sup>61</sup> STOLTZ (2015).

<sup>62</sup> PALLANTE (2013).

<sup>63</sup> COPYRIGHT OFFICE (2015).

para *e-books* y algunas reparaciones, diagnósticos, actividades de mantenimiento y desbloqueo de teléfonos móviles<sup>64</sup>.

De esta manera, se puede ver como la DMCA ha causado diversos problemas a la sociedad estadounidense y los descontentos con esta legislación sobrepasan las simples preocupaciones académicas, pasando a ser objeto de preocupación de las propias instituciones estadounidenses y de grupos de sociedad civil. Sin embargo, y a pesar de haberse manifestado varias veces la necesidad de enmendar esta legislación, Estados Unidos la impuso a sus socios comerciales, como se describirá a continuación.

La inquietud que surge es: ¿cómo han asumido la implementación de las disposiciones de medidas tecnológicas de protección los socios comerciales de los Estados Unidos, teniendo en cuenta los efectos negativos causados en su país de origen? En específico, ¿están los socios comerciales dando a la implementación de las medidas anti-elusivas la discusión e importancia que merece, dada su historia de abusos e incidencias negativas en aspectos fundamentales de la sociedad estadounidense? Para responder esta pregunta, se estudiará en la siguiente sección el caso de Perú y la implementación de las obligaciones del TLC en materia de MTP.

## VI. PERÚ Y LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

Perú fue uno de los países que entró en negociaciones comerciales con Estados Unidos. De esta manera, en el 2005 firmó un Tratado de Libre Comercio con este país, quedando obligado, entre otras cosas, a brindar protección legal a las Medidas Tecnológicas de Protección. En 2008 se empezó con el proceso de implementación de las obligaciones exigidas por el TLC en el tema. No obstante, la historia legislativa parece indicar que las experiencias negativas que se han presentado en EE.UU. frente a la regulación, no jugaron un papel importante al momento de implementar las normas en aras de buscar una regulación más balanceada, quedando en un escenario donde existe la potencialidad de que dichos efectos se puedan repetir en la sociedad peruana.

Concerniente a la regulación de la prohibición de eludir medidas tecnológicas de protección, Perú cuenta con dos obligaciones internacionales. Primero, Perú se adhirió en julio 30 de 2001 al TODA, el cual entró en vigor el 6 de marzo de 2002, y el 18 de abril de 2002 al TOIEF, el cual entró en vigor el 18 de julio de 2002. Posteriormente, en 2006, Perú negoció y ratificó un TLC con los Estados Unidos el cual entró en vigencia en 2009.

La legislación peruana ya había incluido algunas prohibiciones anti-elusión en su norma de propiedad intelectual, inclusive antes de concluirse los tratados de la OMPI<sup>65</sup>. El Decreto Legislativo 822 de 1996 incluyó en sus artículos 38 y 187 la regulación de lo que se denominó “mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela” referidos a MTP. No obstante, el Decreto Legislativo obvió definir lo que debía entenderse por mecanismos de autotutela, siendo este vacío interpretado por la doctrina en el sentido de que dichos meca-

<sup>64</sup> COPYRIGHT OFFICE (2017).

<sup>65</sup> LIPSZYC (2006) p. 75-77.

nismos incluían las MTP de acceso y copia<sup>66</sup>. Por otro lado, la protección ofrecida a dichos mecanismos era característica, ya que la regulación no brindó protección contra la elusión de la MTP sino que otorgó al titular de derecho de autor la facultad de implementar o de exigir la incorporación de mecanismos, sistemas y dispositivos de autotutela<sup>67</sup> y estableció disposiciones antitráfico de dispositivos y servicios elusivos<sup>68</sup>.

No obstante, la mayor regulación de la materia se promulga con el Decreto Legislativo 1076<sup>69</sup> del 27 de junio del 2008, que implementó las obligaciones de protección civil en materia de MTP y la Ley N° 29.263 de 23 de septiembre de 2008, que implementó la protección penal establecida en el TLC entre Perú y Estados Unidos en relación a los delitos contra la propiedad intelectual<sup>70</sup>, siendo ambas posteriormente enmendadas por la Ley N° 29.316 de 2009.

El Decreto Legislativo 1076, a diferencia del Decreto Legislativo 822, introduce en la legislación peruana la definición de medida tecnológica efectiva, señalar, en su artículo 1 que esta “Es cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controla el acceso legal a una obra, interpretación o ejecución o fonograma, o que protege cualquier derecho de autor o conexo”. Tal definición, se observa, es idéntica a la del TLC entre Perú y Estados Unidos<sup>71</sup>. Respecto de la protección de las MTP, el Decreto legislativo 1076 no modificó la regulación existente, sino que incorporó nuevos artículos. De esta manera, el artículo 4 incorporó el artículo 196 A estableciendo la prohibición de tres actos: i) la elusión de la medida tecnológica efectiva que controla el acceso a una obra, ii) el tráfico de dispositivos y servicios elusivos de una MTP de acceso, y iii) el tráfico de dispositivos y servicios elusivos de una MTP de copia.

Respecto de las limitaciones y excepciones, el artículo 196B incorporado estableció un modelo similar al estadounidense al implementar el TLC e incorporó una lista cerrada de seis excepciones y un proceso administrativo: 1) excepción de ingeniería inversa, 2) excepción de protección de menores, 3) excepción de pruebas de seguridad, 4) excepción para las bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin ánimo de lucro, 5) excepción para la protección de información de identificación personal, 6) actividades gubernamentales (establecida en el artículo 196D) y 7) un proceso administrativo de creación de excepciones temporales a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). A pesar de lo anterior, el Decreto no incluyó la excepción de cifrado ordenada por el TLC. Lo que sí hizo el Decreto fue determinar la forma de aplicación de las excepciones, de tal manera que las siete excepciones aplican a la prohibición de eludir la medida tecnológica de acceso, las excepciones 1, 2, 3 y 4 aplican al tráfico de dispositivos y servicios de una MTP de acceso y, finalmente, la excepción 1 aplica al

<sup>66</sup> LIPSZYC (2006) p. 75-77 (refiriéndose a que en Perú bajo el Decreto Legislativo 822 se incluyó la protección de MTP de acceso y copia).

<sup>67</sup> DECRETO LEGISLATIVO 822 DE 1996 art. 38.

<sup>68</sup> DECRETO LEGISLATIVO 822 DE 1996 art. 38 párrafo segundo y art. 187; CORDOVA (2013), p. 36.

<sup>69</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1076 de 2008. La Ley 29 157 autoriza al ejecutivo para que legisle ciertas materias necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones con el TLC de Estados Unidos.

<sup>70</sup> OSSA ROJAS (2011) p. 76.

<sup>71</sup> ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL ENTRE PERÚ Y ESTADOS UNIDOS (2006) art. 16.7.4 (b).

tráfico de dispositivos y servicios de una MTP de copia. La excepción de actividades gubernamentales aplica a los tres actos prohibitivos. No obstante, dicha implementación varió un poco lo dispuesto por el TLC, que buscaba que la excepción en favor de bibliotecas, archivos e instituciones educativas, solo aplicara a la elusión de una MTP de acceso. Posteriormente, en el 2009, el Congreso promulgó la Ley N° 29.316, la cual modificó el Decreto Legislativo 1076, aunque sus modificaciones no fueron sustantivas ya que los cambios hechos al artículo 196A simplemente lo acercan un poco más a la redacción del texto del TLC<sup>72</sup>.

De otro lado, la Ley 29.263<sup>73</sup>, que modificó varios artículos del Código Penal para introducir las sanciones respecto a la elusión de medidas tecnológicas de protección, parece haber sido más restrictiva que la ley estadounidense o el TLC. Dicha ley establece tres tipos penales relacionados con la elusión de medidas tecnológicas de protección. El artículo 220A sanciona la acción de elusión en sí misma con una pena privativa de la libertad máxima de dos años y de diez a sesenta días de multa. Dicho artículo tiene una aplicación muy amplia, ya que prohíbe la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, sea de control de acceso o de control de copia. Esta situación muestra que la regulación peruana sobre MTP fue más exigente de lo que mandaba el TLC con Estados Unidos e incluso más restrictiva que la legislación estadounidense, donde la MTP de copia es libre de eludirse para permitir la realización del *fair use*. Los artículos 220B y 220C castigan respectivamente el tráfico de dispositivos o parte de estos y la prestación de servicios destinados principalmente a la elusión de una medida tecnológica.

Inicialmente, los artículos 220A y 220B no requerían que la medida objeto de la elusión fuera “efectiva” significando que se castigaba la elusión y el tráfico de dispositivos destinados principalmente a la elusión de cualquier medida tecnológica sin importar si realmente cumplía su cometido de impedir el acceso o usos no autorizados, si funcionaba, o si era fácilmente eludible (inclusive sin saberlo). No obstante, el artículo 220A, que hace referencia a la prohibición de elusión se modificó con la Ley 29.316, al incluirse la palabra “efectiva”, no sucediendo lo propio con el artículo 220B<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Su modificación está dirigida al literal a) del artículo 196A el cual regula la prohibición de eludir una medida tecnológica efectiva que controla el acceso a una obra. El literal original establecía: a. “Quienes eludan sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva que los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas utilicen en relación con el ejercicio de sus derechos para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegido” La ley modificatoria elimina la expresión referida al sujeto calificado de quien impone la medida tecnológica. Solo esta modificación pudo haber ampliado el ámbito de cobertura de la medida tecnológica de control permitiendo que cualquier persona sea la autorizada para hacer uso de esta medida. La legislación también agrega al comienzo del artículo 196 un párrafo que reza: “Artículo 196A.- Con el fin de proporcionar protección legal adecuada y recursos legales efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas que los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas utilizan en relación con el ejercicio de sus derechos y para restringir actos no autorizados con respecto a sus obras, interpretaciones o ejecuciones y fonogramas, las acciones señaladas en el artículo anterior podrán estar dirigidas contra(...)”. De esta forma, le devuelve al literal a la obligación de ser un sujeto calificado el cual imponga la medida tecnológica efectiva en la obra, esto es sea el autor, interprete ejecutor o productor. Por lo tanto, lo que hace esta modificación es acercar un poco más la redacción de la ley a aquella contenida en el texto del TLC.

<sup>73</sup> LEY 29.263 de 2008.

<sup>74</sup> En el caso de la prohibición de elusión de la medida tecnológica en sí (art. 220A modificado por la ley 29316) y la prestación de servicios destinados a la elusión (art. 220C) si se exige que dicha medida tecnológica sea efectiva.

Finalmente, la elusión de la medida tecnológica se castiga como un delito ajeno a la infracción de los derechos de autor, ya que basta haber eludido la medida tecnológica o haber traficado con dispositivos elusivos u ofrecer servicios elusivos para incurrir en el delito. Esta infracción penal no tiene ninguna excepción, ni siquiera aquella que establece el texto del TLC a favor de una biblioteca, archivo, institución educativa u organismo público de radiodifusión no comercial sin fines de lucro<sup>75</sup>.

Esta descripción de la legislación peruana evidencia que la implementación del Tratado de Libre Comercio en materia de MTP por parte de Perú, se realizó a través de una transcripción del texto del TLC y en varias ocasiones con un resultado más restrictivo. Al analizar la motivación de la ley e historia legislativa de las regulaciones de las MTP en busca del análisis en torno de la implementación para determinar si temas como la afectación a la educación, innovación, derechos de los consumidores, entre otros, estuvieron en el centro de la discusión, no hay información que permita saber a profundidad los puntos sobre los que giró el debate de la ley. Lo anterior, debido a que la implementación de las obligaciones civiles se hizo a través de un Decreto Legislativo y por su propia naturaleza –de acto legislativo realizado por el Poder Ejecutivo, previa delegación por el Congreso– no fue sometido a discusión pública. Respecto de las obligaciones penales, la historia legislativa de la Ley 29.263 no brinda mayores luces acerca de la discusión surtida.

No obstante, de diversos elementos se puede inferir que la implementación de la protección de las MTP no recibió la discusión y atención requerida por la materia por razones como las siguientes: una redacción de la ley muy ceñida al texto del TLC; la premura con la que se expidió el Decreto Legislativo 1076 (el cual se expidió incluso antes de que entrara en vigor el TLC); y la rapidez con la que se surtió el trámite legislativo en el caso de la Ley 29.263, unido a haberse omitido una segunda votación en el caso de las sanciones penales a la elusión, al igual que haber ignorado algunas de las pocas flexibilidades que otorga el TLC tanto en materia civil como penal.

De esta forma, se podría inferir que la historia de abusos que se han presentado en los Estados Unidos, las campañas llevadas por las sociedades civiles en contra de estas disposiciones, las diferencias en el contexto estadounidense *vis a vis* el peruano y las preocupaciones proclamadas por la academia, no fueron tomadas en cuenta para reducir el alcance y rigidez de la protección de las MTP al momento de implementar la materia en la legislación peruana como guía para incorporar herramientas de balance en la regulación tal como lo hizo Australia y, hasta cierto punto, Colombia y, como consecuencia, los problemas podrían replicarse. Aunque la literatura existente respecto de la regulación de MTP en el Perú es poca o incluso inexistente con relación con las afectaciones a usuarios por parte de las MTP, lo cierto es que el escenario legal propenso a permitir dichos abusos por parte de los titulares se encuentra presente.

Por ejemplo, uno de los problemas del modelo de protección de las MTP norteamericano, es que altera el equilibrio que debe existir entre titulares de derecho de autor y los usuarios, como se mencionó en el capítulo anterior. En Estados Unidos, el copyright presenta derechos específicos y una limitación abierta llamada *fair use*. Dicha limitación brin-

<sup>75</sup> TRATADO DE LIBRE COMERCIO, Artículo 16.7 (5)(a) inciso 2.

da un mayor balance a la regulación al adaptarse a nuevas situaciones como la utilización de las nuevas tecnologías. No obstante, y a pesar del gran alcance del *fair use*, la protección a las MTP ha logrado impedir la utilización de esta importante herramienta de balance.

En la implementación peruana, se trae el mismo modelo de MTP haciéndolo en algunos aspectos más restrictivos, pero a un sistema donde el balance pre-existente no era tan flexible, sin intentar equilibrar de nuevo el sistema. En Perú, las excepciones y limitaciones hacen parte de un sistema de lista cerrada con interpretación restrictiva, por lo tanto, existe menos adaptación de éstas a los cambios. De esta manera, el modelo de MTP entra a desbalancear un poco más el panorama al impedir el uso de las reducidas limitaciones y excepciones. Un ejemplo de esta situación, lo menciona Jorge Alberto Córdova referente a la utilización de la excepción de copia privada con remuneración compensatoria establecida en el artículo 20 de la Ley 18.131. Dicha excepción establece el pago de una compensación al momento de adquirir soportes susceptibles de realizar copias de obras, interpretaciones y ejecuciones protegidas en forma de videogramas o fonogramas. De esta manera y bajo dicha excepción, los usuarios están autorizados a realizar una copia privada de las obras protegidas e, incluso, ya pagaron por tal derecho; con todo, si la obra se encuentra protegida por una MTP de copia no pueden realizarlo en la medida que no existen dispositivos ni servicios elusivos disponibles para este propósito. La normativa peruana, infortunadamente, no buscó otorgarle una solución a dicho problema<sup>76</sup>.

Otro ejemplo en el que se puede observar que Perú no utiliza herramientas de balance ni intenta equilibrar el sistema de protección de MTP es el caso de la investigación de cifrado tema con respecto al cual no sería descabellado afirmar que las consecuencias adversas presentes en Estados Unidos podrían repetirse. Tal como se mencionó anteriormente, en Estados Unidos los científicos, a pesar de la existencia de la excepción de cifrado, pero debido a que esta es muy limitada, temen publicar sus investigaciones en el tema debido a amenazas de la industria basado en la regulación de MTP. Para el caso peruano, la regulación obvió incorporar una excepción en favor de la investigación de cifrado o herramientas de balance para poder mitigar dicho efecto. Por ejemplo, en la implementación del TLC entre Australia y Estados Unidos, aquel país se preocupó por obtener un balance en el modelo de protección del MTP estadounidense, para evitar así repetir las consecuencias adversas que ya se habían observado en dicho país. Respecto de la investigación del cifrado, Australia, tomando como base las situaciones que tenían que vivir los investigadores norteamericanos, incorporó en su legislación una acción en favor de una persona que ha sido amenazada con un procedimiento de TPM sin fundamento. Dicha acción puede ser interpuesta contra una amenaza, ya sea en relación con el acto de elusión o la prohibición de dispositivos (Copyright Act. 1968, 202A, 1). Como resultado, un tribunal podría ordenar que se declare que la amenaza es injustificable, o emitir una orden judicial para detener la amenaza o una orden concediendo una indemnización por las pérdidas que la persona sufrió como consecuencia de dicha amenaza. En síntesis, Australia buscó que no se repitieran las persecuciones a los investigadores en su país, situación que no fue preocupación del Perú.

<sup>76</sup> CÓRDOVA (2013) p. 99-105.

De igual manera, las leyes se promulgan según las realidades del sistema legal y las características sociales, culturales y económicas de cada país<sup>77</sup>. La DMCA fue desarrollada para el funcionamiento del aparato estatal estadounidense. Por lo tanto, un sistema de creación de nuevas excepciones por parte de una entidad administrativa como lo es el Copyright Office funciona en este país pero no tanto en la realidad peruana. Una muestra de esto es que a junio de 2018 no se ha iniciado proceso alguno por el INDECOPI para la creación de nuevas excepciones y limitaciones a las MTP de acceso lo que conlleva que los pocos elementos de balance que incluye el modelo de MTP no sean utilizados.

Se puede observar como Perú, al no tener en cuenta los efectos adversos que tuvo la regulación del DMCA, no incluyó herramientas de balances ya sean dadas por el TLC o incorporadas de manera autónoma, dejando en pie una regulación con vocación de crear efectos adversos como la estadounidense. De esta manera, se puede observar que el tema de medidas tecnológicas de protección ha sido legislado en el Perú sin tener en cuenta la verdadera importancia que tiene la materia y los efectos que estas pueden causar al interior de la sociedad, básicamente, el tema ha sido legislado con la finalidad de cumplir con el Tratado de libre Comercio

## CONCLUSIÓN

Las medidas tecnológicas efectivas fueron una herramienta para los titulares de derechos de autor, quienes veían amenazados cada vez más sus derechos debido al desarrollo y auge de las tecnologías. Empero, y al no ser suficiente la protección técnica que brindaban las medidas tecnológicas de protección, estos titulares de derechos buscaron una capa adicional de protección, acudiendo a la protección legal. Aunque en un principio eran entendibles los motivos por los cuales se buscaba otorgar dicha protección, su sobrerregulación, como en el caso de la DMCA, ha llevado a diferentes problemas en los ámbitos de educación, innovación, libertad de expresión, derechos de los consumidores, entre otros. Dichos problemas, que en un principio solo se presentaron en la patria creadora del DMCA, hoy se deben tener cada vez más en la mira, ya que dichas disposiciones están siendo exportadas a diferentes partes del mundo a través de Tratados de Libre Comercio. No obstante, muchas veces los socios comerciales de los Estados Unidos no tienen en cuenta dichos efectos al momento de legislar, como es el caso de Perú. Por lo cual, podría suceder que los mismos efectos, o incluso peores que los surgidos en Estados Unidos sean replicados en las sociedades de los países socios comerciales.

Con base en lo expuesto en las secciones previas, este artículo pretende hacer un llamado de atención a diversos países que no se han dado cuenta de la importancia que tiene una regulación equilibrada de las MTP en áreas tan importantes para una sociedad como lo son la educación, la cultura, la investigación, la innovación, la competencia justa al interior de los mercados y los derechos de los consumidores, entre otros; y recordar que, por lo tanto, su legislación no debe promulgarse con premura, sin hacer las averiguaciones correspondientes necesarias para una discusión informada de forma previa a la toma de decisiones legislativas.

---

<sup>77</sup> BLANCO (2016) p. 175.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARMSTRONG, Timothy (2006): “Digital Rights Management and the Process of Fair Use”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 20: pp. 50-121.
- BLANCO, Sara (2016): “Los trasplantes institucionales en el campo del derecho, Una perspectiva para la nueva economía institucional”, *Iberian Journal of the History of Economic Thought*, Vol. 3 N° 2: pp. 170-187.
- BREAKING DOWN BARRIERS TO INNOVATION ACT (2015). Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/990?q=S.+990>. Fecha de consulta: 30 de febrero de 2018.
- BURK, Dan L (2002): “Anti-Circumvention Misuse”, *University of Minnesota Law School. Research Paper N° 02-10*.
- CALANDRILLO, Steve P & DAVISON, Ewa M. (2008): “The Danger of the Digital Millennium Copyright Act: Much ado about nothing?”, *William and Mary Law Review*, Vol. 50: pp. 349-415.
- CANALES LOEBEL, María Paz (2012): “Impacto de las medidas tecnológicas de protección en el acceso al dominio público”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 1 N° 1: pp. 103-123. Disponible en: <https://semanariorepublicano.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/24026/25354>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- CASA DE REPRESENTANTES (1998): *Digital Millennium Copyright Act of 1998* (Reporte 105-551. Parte. 2). Disponible en: <https://www.congress.gov/105/crpt/hrpt551/CRPT-105hrpt551-pt2.pdf>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- COPYRIGHT OFFICE (2015): “Section 1501 Study: Notice and Request for Public Comment” Disponible en: <https://www.federalregister.gov/documents/2015/12/29/2015-32678/section-1201-study-notice-and-request-for-public-comment#footnote-32-p81371>. Fecha de consulta: 26 de febrero de 2018.
- COPYRIGHT OFFICE (2017): “Section 1201 of title 17. A Report of the Register of Copyrights” Disponible en: <https://www.copyright.gov/policy/1201/section-1201-full-report.pdf>. Fecha de consulta: 25 de junio de 2018.
- CORDOVA, Jorge Alberto (2013): “La excepción de copia privada en el derecho de autor frente a las medidas tecnológicas de protección: ¿una limitación a la excepción?” Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis de Maestría. Disponible en: [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5118/CORDOVA\\_MEZARINA\\_JORGE\\_EXCEPCION\\_PROTECCION.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5118/CORDOVA_MEZARINA_JORGE_EXCEPCION_PROTECCION.pdf?sequence=1). Fecha de Consulta: 11 de julio de 2018.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, María Reyes (2009): “La Protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de los derechos”, *ICADE*, N° 78: pp. 191-206. Disponible en: <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/238/178>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- DELAHUNTY, James (2011): “Microsoft misusing DMCA in Xbox 360 case: EFF” Disponible en: <https://www.eff.org/my/press/mentions/2011/6/20>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.
- DIRECON (S.F) “Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP)”. Disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/tpp/capitulos-del-acuerdo/> Fecha de consulta: 25 de junio de 2018.

- ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION (EFF) (2013): “Unintended Consequences: Fifteen Years Under the DMCA”. Disponible en: <https://www.eff.org/pages/unintended-consequences-fifteen-years-under-dmca>. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.
- EXEMPTION TO PROHIBITION ON CIRCUMVENTION OF COPYRIGHT PROTECTION SYSTEM FOR ACCESS CONTROL TECHNOLOGIES (2010): *Federal Register*, Vol. 75, N° 143: pp. 43825-43839. Disponible en: <https://www.copyright.gov/fedreg/2010/75fr43825.pdf>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- EXEMPTION TO PROHIBITION ON CIRCUMVENTION OF COPYRIGHT PROTECTION SYSTEM FOR ACCESS CONTROL TECHNOLOGIES (2012): *Federal Register*, Vol. 77, N° 208: pp. 65260-65279. Disponible en: <http://copyright.gov/fedreg/2012/77fr65260.pdf>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- FERNÁNDEZ, J. Carlos (2003): “Protección Tecnológica y Contractual De Las Obras Con Derecho De Autor: Hacia Una Privatización Del Acceso A La Información?” *Ci. Inf., Brasilia*, vol. 32, N° 2: pp. 54-63.
- FRUCHTERMAN, Jim (2013): “Technological Protection Measures and the Blind. Why Circumvention for the purposes of Access is Crucial”. Disponible en: <http://benetech.blogspot.com/2013/06/technological-protection-measures-and.html>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.
- GINSBURG, Jane (2007): “The Pros and Cons of Strengthening Intellectual Property Protection: Technological Protection Measures and Section 1201 of the US Copyright Act”. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=960724](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=960724). Fecha de consulta: 22 de octubre de 2020.
- IWAHASHI, Ryan (2011): “How to Circumvent Technological Protection Measures Without Violating the DMCA: an Examination of Technological Protection measures under Current Legal Standards,” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 26: pp. 491-526.
- LIPSZYC, Delia (2006): “La Protección Jurídica de las Medidas Tecnológicas –O De Autotutela– en las Legislaciones de los Países Latinoamericanos y de los Estados Unidos De América”. *Revista Jurídica, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Tomo 1: pp. 73-103.
- LOHMAN, Fred Von (2010): “Unintended Consequences: 12 years under the DMCA”. Disponible en: [https://www.eff.org/files/eff-unintended-consequences-12-years\\_0.pdf](https://www.eff.org/files/eff-unintended-consequences-12-years_0.pdf). Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.
- MARKS, Dean S. & TURNBULL Bruce H. (1999): “Workshop On Implementation Issues Of The WIPO Copyright Treaty (WCT) And The WIPO Performance And Phonograms Treaty (TOIEF)”. Disponible en: <https://cryptome.org/wipo-imp99-3.htm>. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.
- MULLIGANT, Deirdre K. & PERZANOWSKI (2007): “The Magnificence of the Disaster: Reconstructing the Sony BMG Rootkit”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 22: pp. 1157-1232.
- OSSA ROJAS, Claudio Patricio (2011): “Desafíos Jurídicos que plantea la Regulación de las Medidas Técnicas de Protección de los derechos de Autor y los Derechos Conexos”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. N° 17: pp. 59-87.
- RAMOS GIL DE LA HAZA, Andy (2009): “Medidas tecnológicas de protección e información para la gestión de derechos” *Pe. i Revista de Propiedad Intelectual*, N° 31: pp. 53-138.

- REID, Blake E. (2013): “The Digital Millennium Copyright Act is Even Worse you’re your think”. Disponible en: [http://www.slate.com/articles/technology/future\\_tense/2013/03/dmca\\_copyright\\_reform\\_u\\_s\\_law\\_makes\\_digital\\_media\\_inaccessible.html](http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2013/03/dmca_copyright_reform_u_s_law_makes_digital_media_inaccessible.html). Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.
- ROBERTSON, Donald (2012): “Copyright office fails to protect users from DMCA”. Disponible en: <http://www.fsf.org/blogs/licensing/copyright-office-fails-to-protect-users-from-dmca>. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2018.
- ROTHCHILD, Jhon (2005): “Economic Analysis of Technological Protection Measures”, *Or. L. Rev.*, N° 84: pp. 489-562.
- SAMUELSON, Pamela (1999): “Intellectual Property and the Digital Economy: Why Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised”, *Berkeley Technology Law Journal* Vol. 14, N° 1: pp. 1-47.
- SERENO, Juan Sebastián (2009): “Regulación de las medidas tecnológicas en el derecho comparado. Especial referencia al caso de Estados Unidos, Reino Unido y Australia”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, N° 13: pp. 151-198.
- SIMON FRASER UNIVERSITY (2015): “Copyright at SFU: Technological Protection Measures (TPM)- Fact Sheet” Disponible en: <https://www.lib.sfu.ca/help/academic-integrity/copyright/technological-protection-measures>. Fecha de Consulta: 9 de julio de 2018.
- STOLTZ, Mitch (2015): “New ‘Breaking Down Barriers to Innovation Act’ Targets Many of DMCA Section 1201’s Problems”. Disponible en: <https://www.eff.org/es/deeplinks/2015/04/new-breaking-down-barriers-innovation-act-targets-many-dmca-section-1201s-problems>. Fecha de consulta: 28 de febrero de 2018.
- STOUT, Kristian D. (2015): “The Undefeatable Right of Access Control Under §1201 (A) of the Digital Millennium Copyright Act”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 19, N° 2: pp. 181-219.
- TIAN, YiJun (2005): *Re-thinking Intellectual Property: The Political Economy of Copyright Protection in the Digital Era* (London, Editorial Routledge-Cavendish Research in Intellectual Property).
- UNLOCKING CONSUMER CHOICE AND WIRELESS COMPETITION ACT (2014): Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=345627](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=345627). Fecha de consulta: 5 de agosto de 2020.
- UNLOCKING TECHNOLOGY ACT (2015a); Disponible en: <https://www.govtrack.us/congress/bills/114/hr1587>. Fecha de consulta: 30 de febrero de 2018.
- UNLOCKING TECHNOLOGY ACT (2013). Disponible en: <http://beta.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/1892/text?q=H.R.%201892>. Fecha de consulta: 5 de agosto de 2020.
- WANG, Richard Li-dar (2006): “DMCA Anti-Circumvention Provisions in a Different Light: Perspectives from Transnational Observation of Five Jurisdiction”, *AIPLA Quarterly Journal*, Vol. 34: pp. 1-32.
- WARREN, Matthew (2017): “Server Authentication and its Role in Controlling Access to Copyrighted Works in Software and Video Games”, Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3014660](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3014660).
- WIPO COPYRIGHT TREATY, Ginebra, 20 de Dic. 1996.
- WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY, Ginebra, Dic. 20, 1996.

## NORMAS CITADAS

DECRETO LEGISLATIVO 1076 (27/6/ 2008), Que aprueba la modificación del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor (Perú).

DECRETO LEGISLATIVO 822 (23/4/ 1996), Ley sobre derecho de autor (Perú).

DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT (12/10/1998). (Estados Unidos).

LEY 29.263 (23/9/ 2008), Modifica el Código Penal y la Ley General del Ambiente (Perú).

LEY 29.157 (28/6/ 2008), Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos (Perú).

# ESTUDIO COMPARADO SOBRE LOS SUJETOS Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS EN LA NORMATIVA CEMENTERIAL MEXICANA, ARGENTINA Y CHILENA. CONTRASTES DESDE SU REGLAMENTACIÓN EN CUBA

## *COMPARED STUDY ABOUT THE SUBJECTS AND THE CONTENT OF THE RIGHTS IN THE NORMATIVE OF MEXICAN, ARGENTINEAN AND CHILEAN CEMETERIES. CONTRAST FROM THEIR REGULATION IN CUBA*

ERICK ORTEGA GARCÍA \*

GRETHEL ARIAS GAYOSO \*\*

**RESUMEN:** El uso privativo de los bienes que integran a los cementerios públicos, entraña una relación jurídica especial entre particular y Administración. Ello implica una bilateralidad entre ambos sujetos, desde el punto de vista sustancial y formal, cuya causalidad resulta un derecho nacido a la vida jurídica bajo las reglas del Derecho Público. En el estudio de los ordenamientos correspondientes a los sistemas mexicano, argentino y chileno, ha sido el último donde se implementa una ordenación coherente para todas sus municipalidades. En contraste, para Cuba, el órgano administrativo no posee una intervención directa sobre las normas que enuncia. Los usos privativos constituidos carecen de una configuración legal que permita determinar los lindes entre sus basamentos público y privado.

**Palabras claves:** sujetos, cementerio, sepultura, relación cementerial, usos privativos.

**ABSTRACT:** The exclusive use of the goods that they integrate to the public cemeteries, involves a special artificial relationship between matter and Administration. It implies it between both a duality fellow, from the substantial and formal point of view whose causation is a born right to the artificial life under the rules of the Public Right. In the study of the classifications corresponding to the Mexican, Argentinean and Chilean systems, it has been the last one where a coherent ordination is implemented for all its municipalities. In contrast, for Cuba, the administrative organ does not possess a direct intervention on the norms that it enunciates. The constituted exclusive uses lack a legal configuration that allows determining about among their basements public and private.

**Keywords:** subjects, cemetery, sepulcher, relationship of the cemeteries, private uses.

\* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Oriente. Dirección postal: Calle 13 No. 7008 bajos entre 70 y 72, municipio Playa, provincia La Habana, Cuba. Dirección electrónica: erick@oc.dpvhab.cu.

\*\* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de la Universidad de Oriente, Cuba. Dirección postal: Calle San Félix N° 313 entre Trinidad y Habana, municipio y provincia de Santiago de Cuba. Dirección electrónica: garias@uo.edu.cu. Número Orcid: 0000-0003-0088-5892

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA RELACIÓN JURÍDICA EN SEDE CEMENTERIAL. EL PROBLEMA ACTUAL DE SUS SUJETOS Y CONTENIDO

En el desarrollo de su actividad, la Administración Pública cuenta con bienes integrados a su dominio, que conforman el patrimonio administrativo, compuesto tanto por bienes de dominio público<sup>1</sup>, como patrimoniales<sup>2</sup>. En este aspecto, existe consenso en la doctrina internacional<sup>3</sup> al integrar a la necrópolis dentro del marco jurídico que conforman los bienes del patrimonio público. Sin embargo, el hecho de que los camposantos pertenezcan al dominio público municipal enfrenta a las relaciones que tienen lugar en los diferentes ámbitos del Derecho. Así, se evidencian dos grupos fundamentales, las que se propician entre el municipio y el particular (derecho público) y entre el particular y la sepultura (relación de derecho administrativo)<sup>4</sup>.

Sobre todo cementerio, tanto los públicos como los privados, concurren potestades públicas, potestades de las confesiones religiosas y potestades o derechos de los sujetos particulares que son usuarios del servicio de cementerio. Todo ello, con independencia de las potestades que correspondan a las entidades privadas que tengan la condición de gestoras del servicio público de cementerio, cuyos límites y contenido dependerá en cada caso concreto de los pliegos de concesión y permiso, de los estatutos de las sociedades encargadas de la prestación del servicio público y, en general, de los acuerdos municipales en los que se opte por uno o por otro sistema de gestión<sup>5</sup>.

El uso privativo de los bienes que integran a los cementerios públicos, entraña una relación jurídica especial entre el particular y la Administración, que conlleva una serie de garantías fundadas en la preeminencia del interés general sobre el particular. Bien sea constituida mediante el permiso o la concesión de uso, esta relación implica una bilateralidad entre ambos sujetos, desde el punto de vista sustancial y formal. Ello se debe a que en su contenido deben concurrir las voluntades de las partes intervinientes en la relación. Aunque, evidentemente por el ámbito objetivo y las consecuencias de la relación, se trata

<sup>1</sup> El criterio determinante de los bienes demaniales es su afectación a un uso general o servicio público. Debe existir una relación de inmediatez entre el bien afectado y el uso o servicio público, y encontrarse protegidos por un régimen regulatorio exorbitante. HAURIU (1929) pp. 162-188; MAYER (1950) p. 121; BALLESTEROS (1990) pp. 23-26.

<sup>2</sup> La definición de los bienes patrimoniales es negativa y residual, al incluir a todos los que, siendo de titularidad de la Administración Pública, no tienen el carácter de demaniales. Susceptibles de resultar fuente de recursos, también son objeto de una afectación indirecta o mediata, al cumplimiento de fines de interés general. Por ello se rigen por las normas de Derecho privado, en defecto de legislación específica. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1997) pp. 93-112; PARADA (1988) p. 164; BALLESTEROS (1990) pp. 28-29.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ (1997) p. 37; HERNÁNDEZ (2008).

<sup>4</sup> Desde una perspectiva jurídica en los cementerios concurre una doble condición: tienen una significación religiosa consustancial y, al propio tiempo, poseen una relevancia jurídica-pública, atribuida a partir de finales del siglo XVIII y consolidada a lo largo del siglo XIX. Ambos aspectos producen consecuencias en la esfera del Derecho y son determinantes en la configuración de su régimen jurídico. RODRÍGUEZ (2015) p. 49. Al efecto FERNÁNDEZ DE VELASCO aduce que las cosas espirituales, como lo son las cosas destinadas al culto y los cementerios, no obstante a la profanación de la que hayan podido ser objeto, no pueden ser apropiables, por no estar en el comercio de los hombres. FERNÁNDEZ DE VELASCO (1935) p. 178.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ (2015) p. 72.

de una participación desigual. A la Administración Pública le corresponderá entonces un mayor poder de decisión. Sus consecuencias trascienden a las partes, al afectar el uso y transmisión de estos bienes a terceros<sup>6</sup>.

De esta forma, puede identificarse como sujeto activo de la relación al Estado<sup>7</sup>, quien ejerce su función directa a través de las empresas y entidades que a tales efectos crea, resultando así un sujeto determinado. Precisamente, al no existir la *res nullius*, se impide que cualquier persona pueda apropiarse de ellos al permanecer integrados al dominio público, en cuyo caso no habría razón alguna para su existencia<sup>8</sup>. El sujeto pasivo o usuario en esta relación, a diferencia de los usos comunes, no será indeterminado o genérico, constituido por la colectividad. En todo caso es específico, representado y compuesto exclusivamente por los titulares de los correspondientes derechos otorgados por el Estado sobre las unidades físicas que componen el cementerio. Cuestión esta que permite individualizar al usuario<sup>9</sup>. En este desigual ámbito, y en virtud de su titularidad originaria, la Administración Pública mantiene las facultades precisas para asegurar el cumplimiento del fin contemplado por el ordenamiento. Así, ejerce la función administrativa, a partir del conjunto de potestades que, inherentes a su actuar, coadyuvan a la defensa del patrimonio demanial. Estas devienen en mecanismos de autotutela, ante violaciones en el uso de los derechos subjetivos otorgados; dentro de las que figura la potestad de investigación, de deslinde, de recuperación de oficio, de desahucio, sancionadora y la publicidad posesoria del demanio que dispensa el Registro de la Propiedad. Las limitaciones administrativas impuestas sobre los derechos privados reconocidos en cementerios públicos, llegan a ser de diversos tipos: las denominadas meras restricciones, ocupación temporánea, requisiciones, expropiación y servidumbres. Su postulación generalizada y expresa en el ordenamiento jurídico, permiten su existencia independiente a la voluntad de las partes. De esta forma, el acto mediante el cual se reconoce derechos sobre sepulturas y panteones, solo vendría a concretar, sobre un supuesto determinado, el contenido y ejercicio de la potestad involucrada por medio de la cual la Administración garantiza el cumplimiento del fin por el cual fue reconocido ese derecho<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Es criterio de esta investigación, la coincidencia en el régimen jurídico de los cementerios públicos, del tratamiento de concesiones y permisos de uso de sepulturas. Aunque resultan medios independientes en su contenido y alcance, encuentran en este régimen un similar tratamiento constitutivo. Es por ello que resulta apropiable el diseño de la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas observado por el profesor Andry Matilla Correa. MATILLA (2005) p. 52.

<sup>7</sup> Existen dos corrientes doctrinales en cuanto a la titularidad del dominio público, que se atribuye por un sector al pueblo, y por otro al Estado. Coincide esta investigación con el profesor VILLEGAS BASAVILBASO al exponer que los autores que tienen al pueblo como sujeto del dominio público, consideran bienes públicos únicamente los afectados al uso directo de la colectividad, no a los bienes patrimoniales del Estado afectados al uso indirecto (al servicio público), sobre los cuales el Estado tiene un verdadero derecho subjetivo. VILLEGAS (1952) p. 170.

<sup>8</sup> RANELLETTI (1897) p. 374; GUICCIARDI (1934) p. 28; BALLBÉ (1948) p. 9; LAUBADÈRE (1958) p. 738; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (1997) p. 48; GARRIDO (1986) p. 478.

<sup>9</sup> MARIENHOFF (1960) p. 153

<sup>10</sup> MATILLA (2005) pp. 62-63.

Por su parte, el usuario, tiene un carácter *intuitu personae*<sup>11</sup>. A pesar de la poca trascendencia que para esta relación jurídica posee, esta condición origina derechos para el concesionario. Estos derechos permiten un uso directo y efectivo sobre la parte de la cosa pública (sepultura) que le ha sido entregada<sup>12</sup>. Como especificidad en esta relación destaca la necesaria existencia del interés directo e inmediato del usuario para que pueda tener lugar, por lo que predomina su interés privado sobre el público<sup>13</sup>. Entonces, la contraprestación a cargo del usuario, consiste en aumentar el bienestar público, mediante el buen uso del bien demanial. Este bienestar social se logra como consecuencia del beneficio particular que recibe la Administración a partir del uso del bien (sepultura) acorde al destino de la cosa demanial<sup>14</sup>.

En este contexto se inserta como elemento causal de la relación jurídica en sede cementerial, un derecho nacido a la vida jurídica, bajo los principios y reglas del Derecho Público. Así, se trata de un acto plenamente administrativo que aprueba un uso privativo estatal. Esto conlleva a que las relaciones del usuario con otros particulares se rigen por el derecho privado, siempre que no exceda los límites trazados por el Derecho Administrativo. De esta forma, es la Administración, quien, a partir de su reglamentación general, y específica para cada recinto cementerial<sup>15</sup>, establece el cuidado y acondicionamiento del cementerio. Los reglamentos de régimen interior de los cementerios son aprobados por la corporación municipal de la que depende la necrópolis y su contenido versa sobre la identificación de los servicios del cementerio; las condiciones para el otorgamiento de concesiones y permisos de sepulturas; las tasas por la ocupación de terrenos y licencias de obras; el nombramiento y remoción de empleados; y el Registro de sepulturas, entre otras.

El derecho privado en el uso del bien cementerial, queda limitado a la conservación de cadáveres y restos humanos, de acuerdo con las condiciones y duración de su otorgamiento. También y tratándose de concesiones, dispone la ordenación de inhumaciones, exhumaciones, reducción de restos y otras prestaciones reconocidas. Determina a su vez los epitafios, recordatorios, emblemas y símbolos de la unidad de enterramiento, previa autorización de la Administración, y de acuerdo con las normas que rijan la materia. Alcanza a la realización de obras y construcciones particulares, siempre que el derecho funerario adquirido faculte para ello, y de acuerdo con las exigencias prescritas por la normativa cementerial. El usuario tiene la obligación de solicitar licencia para la realización de obras sobre una sepultura que incluye la colocación de estatuas, floreros y jardineras que sobresalgan de la edificación, y de legalizar las actuaciones realizadas por vía de hecho. Sobre estas obras y construcciones el usuario posee un derecho real con las atribuciones propias del propietario, sin perjuicio de que tengan que ser demolidas a cargo del usuario o reviertan

<sup>11</sup> El carácter personal *intuitu personae* no significa que los derechos derivados de la relación jurídica no sean transmisibles, sino que su cesión no puede hacerse libremente, sino con autorización administrativa. LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ (1976) p. 147.

<sup>12</sup> MAYER (1950) p. 248.

<sup>13</sup> CAMMEO (1926) p. 905.

<sup>14</sup> MARIENHOFF (1960) p. 180.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ (2015) pp. 99-101.

a la Administración una vez extinguidos a la concesión. También puede exigir la adecuada conservación, limpieza general del recinto y cuidado de las zonas comunes.

Así mismo, inscribe el derecho cementerial en el Registro de la Propiedad<sup>16</sup>, y lo transmite, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, de acuerdo con los requisitos establecidos en las normas administrativas específicas. Para ello, la designación de beneficiario de la transmisión, corresponde al titular del derecho cementerial. En atención a la concurrencia de derechos privados y de disposiciones de Derecho Público, deben respetarse las normas civiles sobre transmisión de bienes inmuebles. En las transmisiones *mortis causa*, en ausencia de designación expresa de un beneficiario, habrá que regirse por lo que establezcan las normas civiles respecto a la sucesión, que operan como dato previo que ha de tener en cuenta la Administración en el ejercicio de sus potestades, aunque la ausencia de concreción del heredero de la concesión demanial concernida, no obliga a la jurisdicción contencioso-administrativa a suspender el proceso, o a remitir a las partes a la autoridad civil. Por último, la Administración no puede interpretar disposiciones testamentarias en términos que restrinjan los derechos de los herederos a la titularidad de la concesión demanial. En general, el usuario posee el derecho a exigir la prestación de todos los servicios que incluye la actividad de cementerio, de acuerdo con la reglamentación del servicio.

En correlación, el usuario posee medidas de obligado cumplimiento por el uso privativo de la porción de dominio público sobre la que se extiende la autorización. Ello implica, la conservación del título de derecho cementerial expedido, cuya acreditación será preceptiva para atender la solicitud de demanda de prestación de servicios o autorización de obras. En caso de extravío, deberá notificarse a la Administración para la expedición de un nuevo título acreditativo. Para la realización de obras, abonará las cantidades que correspondan por tal concepto, y dispondrá de las medias necesarias para asegurar el cuidado, conservación y limpieza de las obras de construcción particular realizadas.

De igual forma, en el aspecto exterior de la unidad de enterramiento, se limita al usuario en la colocación de elementos ornamentales al espacio físico asignado. Debe abonar las tasas correspondientes a las prestaciones o licencias solicitadas, de acuerdo con la norma fiscal vigente. La falta de abono de las tasas, dará lugar a la extinción del derecho cementerial. En todo momento, se le exige un comportamiento adecuado en el recinto del cementerio, en consonancia con la finalidad del lugar. Las obras e inscripciones deberán respetar la función del recinto, concediéndose las autorizaciones y licencias de obras, sin perjuicio de terceros.

La falta de diligencia de la Administración, en su obligación de garantizar los derechos del usuario o su incumplimiento, lo faculta para exigir responsabilidad patrimonial, y

<sup>16</sup> La doctrina argentina, siguiendo las ideas de autores franceses, sostiene que no son inscribibles los documentos en los que conste la transmisión de derechos sobre sepulcros, en cualquiera de sus variantes o características. CORNEJO (1994) p. 73; DUCROCQ (1900) pp. 316, 356. Sin embargo, la doctrina española, a la que se afilia esta investigación, se apoya en otros autores, para dar por sentado que los derechos funerarios que adquiere un particular sobre las sepulturas de un cementerio público, son concesiones demaniales de uso privativo de un bien de dominio público, las que se deben formalizar en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad. RODRÍGUEZ (2015) p. 104. En este sentido, HAURIUO (1929) p. 271, además de la mayoría de la doctrina posterior que defiende la figura, así como aquellos que no se plantean el problema del derecho real administrativo, como BIELSA (1956) pp. 403-407.

obtener la consiguiente indemnización<sup>17</sup>. De igual manera, la inobservancia de las normas cementeriales y la infracción de las obligaciones del usuario, legitima a la Administración para imponer sanciones, e incluso, cesar el derecho concedido. Para estas y otras cuestiones que involucra la solución de conflictos originados en torno a los bienes cementeriales, ha sido la Administración Pública, en su función de sujeto activo representante del poder estatal, quien ha desempeñado una encomiable labor, como máxima juzgadora en observancia de las disposiciones vigentes al respecto.

El régimen expuesto, en cuanto a los sujetos y contenido del tratamiento jurídico de los cementerios públicos, si bien se encuentra muy desarrollado en la doctrina, la práctica latinoamericana dista mucho de su aplicación y coherencia. En ello influye, además del sustrato normativo heredado desde la colonización, los arraigos autóctonos en cuanto a la concepción de la muerte y su trascendencia social y jurídica. De esta forma, muchas son las características y distinciones que pueden encontrarse en esta área geográfica, que van desde un abierto y discordante sistema regulatorio que incluyen tanto el reconocimiento de propiedades civiles como el arrendamiento, hasta un cerrado régimen concesional que impide la trasmisión mediante actos inter vivos.

Desde estas premisas doctrinales, en el presente artículo se ofrece un estudio comparado del tratamiento de los sujetos y contenido de la relación jurídica cementerial, que posibilitará contrastar y determinar las principales tendencias seguidas por ordenamientos pertenecientes al sistema de derecho latino o romano francés, dentro de ellos, México y Argentina, a partir de sus arraigadas concepciones en la regulación de los cementerios públicos, que ilustran las perspectivas normativas asentadas en América Latina; y Chile, cuyas regulaciones de última generación en torno a la conformación jurídica del régimen aplicable a los cementerios públicos, marcan pautas en el ámbito latinoamericano. En contraposición, se analizan las incidencias cubanas en el tema, con el fin de lograr una caracterización de la regulación cementerial desde el entorno patrio, que delimite los aspectos que trascienden a este derecho.

La metodología de la investigación se enfoca en cuanto a los sujetos que intervienen en la relación jurídica cementerial y derechos reconocidos sobre bienes cementeriales. En correspondencia, se utilizaron los métodos: histórico-lógico que posibilitó enfocar el objeto de estudio, la relación jurídica cementerial, destacando los contextos históricos y las etapas de su desenvolvimiento en cada ordenamiento estudiado; el inductivo-deductivo, que propició su sistematización como institución jurídica y el diagnóstico de las principales insuficiencias que existen en Cuba, a partir de las posturas seguidas por los sistemas normativos en análisis; y el análisis-síntesis, permitió distinguir las particularidades del régimen jurídico de los cementerios públicos y su regulación en las regulaciones investigadas.

En correspondencia a los métodos descritos, se utilizaron las técnicas de análisis documental, que posibilitó acopiar la información necesaria sobre el tema, de análisis de reglamentos, ordenanzas y otras normas relacionadas con la regulación de los cementerios públicos en diferentes contextos geográficos y socioculturales, con el fin de desarrollar los

<sup>17</sup> Al respecto, MARTÍN-RETORTILLO (1963) pp. 453-489; NAVARRO (1988) pp. 603-678; BELADIEZ (1997) p. 132.

objetivos propuestos, así como el procesamiento de información. Todo ello permitió identificar sus correspondencias y diferencias, para brindar veracidad a los resultados obtenidos.

## 2. LA REGULACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS CEMENTERIOS PÚBLICOS DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA.

En el ámbito internacional, la protección más significativa de cementerios y sepulturas es la que se ofrece en el marco de los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949<sup>18</sup>. Su contenido versa sobre la protección internacional del derecho de la persona a recibir sepultura digna. Tutela que exige la protección de los lugares de enterramiento<sup>19</sup>. Desde este paradigma, se instrumentan regulaciones nacionales, con el fin de brindar respaldo legal a su constitución y funcionamiento. En este sentido, debe señalarse el entramado penal, civil y administrativo que debe contener las disposiciones en torno a la regulación del uso de los bienes cementeriales. Los cementerios, en todas las épocas han estado urgidos de una protección integral, como parte de una acción integradora de todo el ordenamiento jurídico. Tanto las normas constitucionales, como penales, civiles y administrativas, juegan un papel preponderante en su régimen regulatorio<sup>20</sup>.

Requiere entonces, de un precepto constitucional que, a partir de la consagración de derecho a recibir sepultura digna, responsabilice a la Administración Pública y sus entes, con la protección de cementerios cementeriales públicos. La norma penal complementa las sanciones contra hechos constitutivos de delitos, que atente contra la seguridad, integridad y decoro en el tratamiento de cadáveres, cementerios y sus bienes<sup>21</sup>. Se conjuga la regulación civil en el ámbito de reconocimiento de derechos entre usuarios del servicio del cementerio<sup>22</sup>, y finalmente, será la regulación administrativa, quien organice su funcionamiento, otorgue permisos y concesiones, y vele por el cumplimiento de los requerimientos administrativos en el uso de los bienes cementeriales.

En el contexto latinoamericano, México define a los panteones y cementerios como parte del servicio público a cargo de los municipios. Así lo refiere en el inciso e) fracción III del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>23</sup>. La actividad administrativa del municipio en México se encuentra enmarcada en la Constitución fe-

<sup>18</sup> Los Convenios de Ginebra los integran: I. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. II Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. III Convenio relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. IV Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra y Protocolos adicionales. CONVENIOS DE GINEBRA Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES de 1949.

<sup>19</sup> El artículo 130 del IV Convenio establece que las autoridades en cuyo poder estuvieron los internados se ocuparán de que los fallecidos en cautiverio sean enterrados dignamente, si es posible con arreglo a los ritos de la religión a que pertenezcan, y de que sus sepulturas sean respetadas, convenientemente conservadas y marcadas de modo que se las pueda localizar en cualquier momento. RODRÍGUEZ (2015) pp. 195-197.

<sup>20</sup> GARCÍA (2006) p. 6.

<sup>21</sup> TERRADILLOS (2010) pp. 424-461; GARCÍA (2006) p. 62.

<sup>22</sup> PAREJO (2009) pp. 228-229.

<sup>23</sup> CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos (26/2/2013).

deral, la Constitución de los Estados y leyes estatales expresas, que regulan la estructura y funcionamiento de la Administración municipal. Por lo que, a partir de estas disposiciones, se instrumenta la gestión del servicio de cementerios, de forma prioritaria e ineludible por los Gobiernos Municipales. En tal sentido, cada municipalidad orienta su propio Reglamento de Cementerios para la organización, administración y conservación de los cementerios ubicados en su localidad<sup>24</sup>.

Sin embargo, si bien el servicio de cementerio posee una esencia pública, este ordenamiento se restringe a la tendencia española<sup>25</sup>, liberalizando la gestión privada de cementerios. De esta forma, concede los servicios funerarios que comprenden desde el fallecimiento, hasta el acto del sepelio, incluyendo los rituales funerarios y velatorios. Para ello, estas empresas privadas cuentan con locales habilitados al efecto. Sus reglamentos municipales instrumentan la naturaleza y extensión del derecho funerario de estos entes privados<sup>26</sup>. Se aprecia como la Administración pública mexicana va desentendiéndose de un servicio que, por sus implicaciones sociales requiere desempeñar un continuo trabajo de supervisión y control. En materia de cementerios, serán aplicables la Ley Orgánica Municipal, la Ley de Hacienda Municipal, las Leyes de Salud tanto Federal como Estatal, el Reglamento Interior del Ayuntamiento, el Reglamento municipal de cementerios y las demás que puedan ser aplicables al caso concreto. A ello se suma que la legislación municipal es casi desconocida por los que habitan el municipio, adquiriendo mayor interés y demanda las que emanan del poder federal.

En otro contexto, la realidad argentina, con mayor incidencia que en la administración mexicana, muestra la privatización de casi la totalidad de los servicios públicos. Esta operación privatizadora comprende todas aquellas empresas que no cumplían funciones esenciales o indelegables del Estado. Desde empresas que tenían por objeto meras actividades comerciales o industriales, las reguladas por el Derecho administrativo en virtud del interés público, hasta los servicios públicos tradicionales. Así, todo un variado universo de empresas fue declarado por ley, sujeto a privatización<sup>27</sup>. En tal situación también fueron incluidos los servicios del cementerio<sup>28</sup>.

En materia de regulación de cementerios, el territorio argentino al igual que el mexicano, carece de una norma nacional. Son los municipios quienes por mandato constitucional<sup>29</sup>, y a través de sus disposiciones (Ordenanzas), establecen el marco regulador para cada

<sup>24</sup> Así se expresa en la Exposición de los Motivos del REGLAMENTO de El Oro de 2014.

<sup>25</sup> En España, país con un complicado sistema jurídico de normas nacionales, provinciales y municipales engarzadas sobre una misma materia, el cementerio es un servicio municipal de obligación mínima, que las entidades locales tienen la responsabilidad de prestar por sí o asociadas con otras. Se exceptúan las que sean expresamente dispensadas por la autoridad autonómica por resultar imposible o muy difícil su cumplimiento. De este modo, los cementerios municipales pueden ser gestionados directamente por corporaciones locales o sociedades que adopten el sistema de empresa mixta o de capital privado.

<sup>26</sup> Así lo reconoce el artículo 84 de la LEY N° 7 de 1985, en relación al artículo 22 del REAL Decreto Ley N° 7 de 1996. Tal como referencia los artículos 1 y 2 inciso de la ORDENANZA de Guadalajara de 1998.

<sup>27</sup> CASSAGNE (2001) pp. 441-461.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ, *et al.* (2016) pp. 273-282.

<sup>29</sup> Conforme al artículo 5 en relación con el 123 de la Carta Magna argentina, cada provincia dicta su propia constitución, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional,

localidad en específico. En efecto, las provincias, a través de sus constituciones y leyes orgánicas municipales, delegan parte de sus atribuciones en los municipios que las conforman. En las ordenanzas estudiadas, las municipalidades imponen su jurisdicción en la instalación y administración de cementerios, fundadas en razones higiénicas y de orden público<sup>30</sup>.

Por su parte, la ordenación de cementerios chilenos, con mayor acierto que los regímenes anteriormente referidos, reconoce la autoridad gubernamental para regular los públicos; en tanto consiente la creación de privados<sup>31</sup>. De este modo, las normas vigentes en materia de cementerios e inhumaciones, se enmarcan en el Código Sanitario<sup>32</sup>, el Código Civil<sup>33</sup> y el Reglamento General de Cementerios<sup>34</sup>. Estas disposiciones generales permiten homogeneizar las regulaciones municipales en torno a los cementerios públicos. Además, el Estado garantiza y mantiene el exclusivo control sobre aquellos cementerios que garantizan este servicio público, sin impedir que pueda generarse otras prestaciones de este propio servicio a través de entes privados. No obstante, a pesar del claro destino de servicio público que desarrollan tanto los cementerios sujetos a instituciones del Estado, como los de propiedad del Servicio Nacional de Salud y de las municipalidades, no existe un reconocimiento normativo expreso de esta condición. Solo algunos Reglamentos de cementerios municipales poseen referencias al respecto<sup>35</sup>. Los textos locales consultados en la regulación mexicana<sup>36</sup> reconocen a los cementerios como bienes de servicio público pertenecientes al Ayuntamiento, sometidos a su administración, cuidado y dirección. Sin embargo, se aprecia una indefinición de regímenes público y privado de cementerios. Esta situación se suscita ante la posibilidad de concesionar la operación del servicio público de cementerios, tanto en establecimientos públicos<sup>37</sup>, como privados<sup>38</sup>, implementando los requisitos de los

---

político, administrativo, económico y financiero. CONSTITUCIÓN Nacional de la República Argentina (22/8/1994).

<sup>30</sup> Artículo 1 de la ORDENANZA N° 838 de Santiago del Estero de 1983; Artículo 1 de la ORDENANZA N° 3306 de San Miguel de Tucumán de 2003; Artículo 1 de la ORDENANZA N° 545 de Lomas de Zamora de 1915.

<sup>31</sup> SERRANO (2009) p. 222; IRARRÁZAVAL (2018) pp. 33-56.

<sup>32</sup> Libro VIII “De las inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres”, artículos del 135 al 144 del DECRETO con Fuerza de Ley N° 725 de 1967.

<sup>33</sup> El Código Civil chileno, en su artículo 587 dispone que el uso y goce de las capillas y cementerios, situados en posesiones de particulares y accesorios a ellas, pasarán a las personas que sucesivamente adquieran las posesiones en que están situados, a menos de disponerse otra cosa por testamento o por acto entre vivos. Código Civil de Chile de 2000.

<sup>34</sup> DECRETO N° 357 de 1970.

<sup>35</sup> RESOLUCIÓN N° 61-G. G de Valparaíso de 2017 en su artículo 2 dispone que por la característica de servicio de utilidad pública que el Cementerio presta a la comunidad, este reglamento contiene las normas a las cuales deben ceñirse los Titulares de sepulturas, sus herederos y cesionarios, o propietarios a cualquier título y en general todas las personas que ingresen al recinto.

<sup>36</sup> REGLAMENTO de Bolaños; REGLAMENTO de El Oro de 2014; REGLAMENTO de Fresnillo; REGLAMENTO de Güeñes; REGLAMENTO del Distrito Federal de 1984.

<sup>37</sup> Primer párrafo de la Exposición de los Motivos del REGLAMENTO de Bolaños; artículo 3 del REGLAMENTO de El Oro de 2014; artículo 1 del REGLAMENTO de Fresnillo; artículo 1 del REGLAMENTO de Güeñes; artículo 1 del REGLAMENTO de Distrito Federal de 1984.

<sup>38</sup> Para los municipios, tal como refieren sus respectivos Reglamentos, los cementerios particulares o privados son considerados concesiones municipales otorgadas mediante acuerdo de Cabildo. Gestionados por personas naturales o jurídicas (morales), se les autoriza la venta de lotes y el mantenimiento de sus instalaciones.

sujetos del derecho funerario. El uso de estas dependencias cementeriales se revierte a la municipalidad una vez vencido el plazo de la concesión otorgada (15-30 años).

Destaca la regulación del Reglamento Municipal de Cementerios de la localidad de Güeñes. A contracorriente, su normativa reconoce el estricto y exclusivo sometimiento de todos sus cementerios a la administración, cuidado y dirección de la Corporación municipal, sin perjuicio de las facultades que correspondan a la Autoridad Judicial y Sanitaria<sup>39</sup>. Así se reserva, entre otras funciones, el acondicionamiento de los cementerios, las construcciones funerarias, los servicios e instalaciones. El otorgamiento de las concesiones sepulcrales y reconocimiento de los derechos funerarios de cualquier clase. La percepción de los derechos y tasas que se establezcan legalmente por la ocupación de terrenos, licencias de obras y concesiones de derechos funerarios<sup>40</sup>.

Las ordenanzas cementeriales argentinas reconocen a su vez, los deberes y atribuciones de las direcciones de cementerios municipales. Así, se responsabilizan con el cumplimiento de sus obligaciones administrativas, limpieza, control de trabajos, inspección de obras<sup>41</sup>. Además, inspeccionan los monumentos, a efectos de verificar el cumplimiento de las normas vigentes o cuando las necesidades del servicio así lo requieran<sup>42</sup>. Asimismo, poseen a su cargo el Registro de Concesiones y Transferencias de la Administración, conformado por el Registro Gráfico, con la planimetría de las manzanas y lotes; y el Registro Escrito sobre concesiones y/o transferencias de terrenos<sup>43</sup>.

Tal como sucede en el régimen mexicano, la regulación propia de cada municipalidad, hace que varíe entre una y otra la amplitud de los derechos concedidos sobre sepulturas. De este modo, para la municipalidad de Santiago del Estero, la concesión de terrenos se efectúa por el término de 40 años, contados a partir de la fecha del decreto de adjudicación<sup>44</sup>. Además, los derechos sobre las concesiones son intransferibles, ya sea a título oneroso o gratuito. Se exceptúan las transferencias por fallecimiento del titular, o las que de sus partes indivisas hagan los coadjudicatarios entre sí<sup>45</sup>. Subsiste así, un régimen concesional a

Aún así son incompetentes para efectuar actos que atañen exclusivamente a las autoridades municipales, tales como las inscripciones en Registros Públicos. Por lo tanto, devienen en simples fraccionamientos del cementerio municipal, aptos para efectuar actos de inhumación y exhumación de cadáveres. Artículos 20 y 21 del REGLAMENTO de Bolaños. Artículos 7.II y 9 del REGLAMENTO de El Oro de 2014. Artículos 16 y 17 del REGLAMENTO de Fresnillo. Artículos 7.II y 16 del REGLAMENTO del Distrito Federal de 1984.

<sup>39</sup> Artículo 1 del REGLAMENTO de Güeñes.

<sup>40</sup> Artículo 2, del REGLAMENTO de Güeñes.

<sup>41</sup> Artículo 56 inciso c) de la ORDENANZA N° 838 de Santiago del Estero de 1983; Artículos 56 y 85 de la ORDENANZA N° 3306 de San Miguel de Tucumán de 2003; Artículos 3; 23 y 55 de la ORDENANZA N° 545 de Lomas de Zamora de 1915.

<sup>42</sup> Artículo 56 inciso g) de la ORDENANZA N° 838 de Santiago del Estero de 1983; Artículo 36 de la ORDENANZA N° 3306 de San Miguel de Tucumán de 2003; Artículos 3 y 4 de la ORDENANZA N° 4200 de Lomas de Zamora de 1984.

<sup>43</sup> Artículos 13; 50-54 de la ORDENANZA N° 838 de Santiago del Estero de 1983; Artículo 34 inciso b) de la ORDENANZA N° 3306 de San Miguel de Tucumán de 2003; Artículo 59 de la ORDENANZA N° 545 de Lomas de Zamora de 1915.

<sup>44</sup> Artículo 9 de la ORDENANZA N° 838 de Santiago del Estero de 1983.

<sup>45</sup> Artículo 15 de la ORDENANZA N° 838 de Santiago del Estero de 1983.

perpetuidad no declarado, pues otorga una nueva concesión, dentro del transcurso del año de su vencimiento, por otros 40 años, sucesivamente<sup>46</sup>.

De este modo, el enramado cementerial chileno supera a las regulaciones mexicana y argentina, al configurar un sistema uniforme con alcance nacional. En este sentido, el Código Sanitario reconoce al Servicio Nacional de Salud, como el único ente estatal que autoriza la instalación y funcionamiento de cementerios<sup>47</sup>. Estipula la obligación de las municipalidades de establecer cementerios en los lugares en que no los hubiere o fueren insuficientes<sup>48</sup>. Además, dispone la implementación de un Reglamento que regirá para la instalación y funcionamiento de todos los cementerios<sup>49</sup>. En consecuencia, se promulga el Reglamento General de Cementerios.

En este sentido, el Reglamento General de Cementerios regula dos clases de cementerios. De un lado, los generales o públicos, que pertenecen a alguna institución del Estado, ya sean propiedad del Servicio Nacional de Salud o de las municipalidades. Del otro, los particulares de determinados cultos religiosos; los de colonias extranjeras; los de indígenas, entre otros<sup>50</sup>. Con independencia a su clase todo cementerio estará a cargo de un Director o Administrador, que responderá ante la autoridad sanitaria. Sus obligaciones se establecen en los Reglamentos internos de los cementerios<sup>51</sup>. Este Reglamento ordena, además, de modo general, las clases de sepulturas constituidas en todo cementerio. De acuerdo con su extensión en el tiempo, estas pueden ser perpetuas, o temporales a largo o corto plazo<sup>52</sup>. No obstante, cobija derechos civiles y administrativos bajo una misma sombra legislativa. Así, como perpetuos nacen los derechos de los propietarios fundadores de una sepultura de familia y de sus parientes, a ser sepultados en ella<sup>53</sup>. Las sepulturas temporales a largo plazo se otorgan por 20 años<sup>54</sup>, pudiendo renovarse por una sola vez por igual período. Por su parte, las temporales a corto plazo se otorgan por 5 años, renovables por períodos iguales y sucesivos hasta 20 años<sup>55</sup>.

La confusión existente en el régimen mexicano de los cementerios públicos y privados, conlleva a un amplio marco regulatorio de las sepulturas. Se aprecia así, dentro del propio contexto nacional, una distancia entre aquellos sistemas normativos que reconocen un derecho exclusivamente concesional, de otras que instrumentan un derecho de propiedad sobre las concesiones a perpetuidad. En ningún caso se reconoce la posibilidad de inscripción registral de los derechos otorgados, cuya ausencia sugiere su nulo tratamiento en este sistema jurídico. Tal es así, que, por un lado, el Reglamento de Cementerios de Bolaños, reconoce el derecho de toda familia a adquirir a perpetuidad, un terreno o cripta de los panteones

<sup>46</sup> Artículo 17 de La ORDENANZA N° 838 de Santiago del Estero de 1983.

<sup>47</sup> Artículo 136 del DECRETO con Fuerza de Ley N° 725 de 1967.

<sup>48</sup> Artículo 138 del DECRETO con Fuerza de Ley N° 725 de 1967.

<sup>49</sup> Artículo 136 del DECRETO con Fuerza de Ley N° 725 de 1967.

<sup>50</sup> Artículo 15 del DECRETO N° 357 de 1970.

<sup>51</sup> Artículo 14 del DECRETO N° 357 de 1970.

<sup>52</sup> Artículo 29 del DECRETO N° 357 de 1970.

<sup>53</sup> Artículo 41 del DECRETO N° 357 de 1970.

<sup>54</sup> Artículo 32 del DECRETO N° 357 de 1970.

<sup>55</sup> Artículo 33 del DECRETO N° 357 de 1970.

municipales en servicio. Reconocido a través de un título de propiedad, otorga un derecho intransferible, inembargable, e imprescriptible. Solo podrá ser transmitido al fallecimiento del titular, a favor de familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad<sup>56</sup>. Por otro, el Reglamento de Cementerios de El Oro, si bien considera al derecho sobre sepulturas como intransferible, inembargable e imprescriptible, no acepta la perpetuidad en las concesiones, concediéndola por 7 años prorrogables por única vez por término idéntico<sup>57</sup>.

Desde otra práctica, la municipalidad argentina de San Miguel de Tucumán instrumenta concesiones de terrenos por el término de 5 años. Además, pueden renovarse y transferirse, autorizando las cesiones gratuitas y onerosas, ya sean inter-visos o mortis causa, de la totalidad o parte de la concesión del terreno, mausoleo, capilla, sotano o panteón<sup>58</sup>. Empero, permanece la posición pública sobre los nichos en los cementerios. Estos se constituyen intransferibles, y cuando se desocupen, haya o no terminado el periodo concedido, pasará automáticamente al poder de la municipalidad. Todo ello sin derecho a reclamo o indemnización por ningún concepto<sup>59</sup>.

El estudio de Reglamentos internos de cementerios chilenos<sup>60</sup> demuestra la forma en que el régimen general de cementerios, repercute en la falta de concreción de un sistema definido para las sepulturas. Tal confusión parte de reconocer, por un lado, el carácter general o público del cementerio, obligándose a resguardar áreas para inhumación de indigentes<sup>61</sup>. Por otro, admite la concertación de contratos de arrendamiento (para las sepulturas temporales) y compraventas (para las perpetuas), brindándole a su vez el régimen arancelario de las concesiones municipales<sup>62</sup>. En su configuración, ratifican los plazos que brinda el Reglamento General de Cementerios, sin límites de tiempo a las consideradas perpetuas<sup>63</sup>.

Otro tanto resulta del Reglamento de Cementerios de la localidad mexicana de Fresnillo, donde las concesiones a perpetuidad se denominan “concesiones por tiempo indefinido”, renovables al término de 7 años<sup>64</sup>. Por su parte, el Reglamento de Cementerios de Güeñes, extingue las concesiones a perpetuidad en los casos que no puedan acreditarse, y se reconocen por un único término de 75 años. Además, concede el derecho funerario

<sup>56</sup> Artículos 59 y 60 del REGLAMENTO de Bolaños.

<sup>57</sup> Artículos del 36 al 44 del REGLAMENTO de El Oro de 2014.

<sup>58</sup> Artículo 4 de la ORDENANZA N° 3306 de San Miguel de Tucumán de 2003.

<sup>59</sup> Artículo 25 de la ORDENANZA N° 3306 de San Miguel de Tucumán de 2003.

<sup>60</sup> Se seleccionaron entre los de más reciente promulgación: ORDENANZA N°. 003 de Temuco de 2010; DECRETO Exento N° 61 de Nueva Imperial de 2012; RESOLUCIÓN N° 61-G.G de Valparaíso de 2017.

<sup>61</sup> Artículo 4 de la ORDENANZA N° 003 de Temuco de 2010; Artículo 5 de DECRETO Exento N° 61 de Nueva Imperial de 2012; Artículos 3 y 4 de RESOLUCIÓN N° 61-G.G de Valparaíso de 2017. La doctrina reconoce además, la nulidad del acto administrativo que origina la concesión, si en su fondo o en su forma contiene una violación de los pertinentes preceptos legales, a través de la función jurisdiccional.

<sup>62</sup> Artículos 17 y 20 de la ORDENANZA N° 003 de Temuco de 2010, brindan un régimen de propiedad, reconociendo la venta y arrendamiento de la sepultura; sin embargo, el artículo 34 de la propia norma, remite las formas de pago de los servicios y actuaciones administrativas del cementerio, a la ORDENANZA Local N° 002 de 1993, que en los artículos del 26 al 35, les aplica un régimen concesional; Artículo 67 de DECRETO Exento N° 61 de Nueva Imperial de 2012; Artículos 9 y 10 de RESOLUCIÓN N° 61-G.G de Valparaíso de 2017.

<sup>63</sup> Artículo 16 de la ORDENANZA N° 003 de Temuco de 2010; Artículos 10 y 13 de DECRETO Exento N° 61 de Nueva Imperial de 2012; Artículo 27 de RESOLUCIÓN N° 61-G.G de Valparaíso de 2017.

<sup>64</sup> Artículos del 53 al 55 del REGLAMENTO de Fresnillo.

para el inmediato depósito de un cadáver por un plazo de 10 a 30 años, transmisible por donación o actos sucesorios, entre familiares y dentro del cuarto grado de consanguinidad, previo abono de la tasa correspondiente<sup>65</sup>. Por último, el Reglamento del Distrito Federal de México utiliza el término cementerios oficiales, muy abarcador en cuanto al derecho de uso, destinando su Capítulo VIII al derecho de uso sobre fosas, gavetas, criptas y nichos. Dispone para cada uno de estos bienes cementeriales el término en que se podrá ser titular del derecho de uso. Así el derecho de uso sobre las fosas se proporcionará mediante los sistemas de temporalidades mínima y máxima, entendiéndose por mínima el ejercicio de este derecho por 7 años y transcurridos estos, la fosa vuelve al dominio pleno del Departamento del Distrito Federal<sup>66</sup>.

Se suma a su vez las posturas adoptadas por la municipalidad argentina de Lomas de Zamora, para la que, paradójicamente, aunque posibilita la enajenación de sepulturas de 5 en 5 años cíclicamente, dispone la abolición de la venta a perpetuidad de dichas sepulturas. Sin embargo, reconoce el régimen de perpetuidad a los terrenos de las secciones destinadas exclusivamente para panteones o monumentos, y los nichos construidos alrededor de las paredes del Cementerio. Para ello regula que las concesiones serán renovables, caducando por el nuevo transcurso del término y volviendo a ser propiedad de la Municipalidad que no se reclamen en los 60 días siguientes a su expiración.

De acuerdo con los postulados contenidos en el Reglamento General de Cementerios chileno, mientras que los derechos sobre sepulturas perpetuas incluyen la posibilidad de inhumar a los cónyuges y parientes legítimos hasta la tercera generación<sup>67</sup>; las temporales se adquieren para el uso individual<sup>68</sup>. La transferencia del derecho de sepultura se efectúa mediante escritura pública, previa autorización del Administrador, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad y en el de Transferencias del Cementerio<sup>69</sup>. A partir de la suscripción de los contratos domínicos, los Reglamentos internos se consideran parte integrante de ellos. Así, los contratantes se obligan a cumplir con cada una de sus disposiciones, del mismo modo que se transfieren a quienes los sucedan en sus derechos a cualquier título<sup>70</sup>.

### 3. LA REGULACIÓN CEMENTERIAL CUBANA. SUS SUJETOS Y CONTENIDO

Como se ha venido sosteniendo, los cementerios constituyen bienes públicos por naturaleza, ameritando un régimen protector por parte de la Administración, quien ejercerá

<sup>65</sup> Artículos 22, 31 y Disposición Transitoria del REGLAMENTO de Güeñes.

<sup>66</sup> Artículos 59, 61 y 62 del REGLAMENTO de Distrito Federal de 1984.

<sup>67</sup> Artículo 11 de la ORDENANZA N° 003 de Temuco de 2010; Artículo 10 a) de DECRETO Exento N° 61 de Nueva Imperial de 2012; Artículo 10 de RESOLUCIÓN N° 61-G.G de Valparaíso de 2017.

<sup>68</sup> Artículo 12 de la ORDENANZA N° 003 de Temuco de 2010; Artículo 13 de DECRETO Exento N° 61 de Nueva Imperial de 2012; Artículo 28 de RESOLUCIÓN N° 61-G.G de Valparaíso de 2017.

<sup>69</sup> Artículo 38.3.4 de la ORDENANZA N° 003 de Temuco de 2010; Artículo 14.3.4 de DECRETO Exento N° 61 de Nueva Imperial de 2012; Artículo 25.3.4 de RESOLUCIÓN N° 61-G.G de Valparaíso de 2017.

<sup>70</sup> Artículo 3 de la ORDENANZA N° 003 de Temuco de 2010; Artículo 58.7 de DECRETO Exento N° 61 de Nueva Imperial de 2012; Artículo 58 de RESOLUCIÓN N° 61-G.G de Valparaíso de 2017.

su control y supervisión. De acuerdo con el Decreto-Ley 147 de 21 de abril de 1994<sup>71</sup>, con la reestructuración de los organismos de la Administración Central del Estado, trasciende al sector cementerial la fusión de la Junta Central de Planificación al Ministerio de Economía y Planificación. Este a su vez, y mediante su Departamento Independiente de Servicios Comunales, asume la rectoría metodológica de las Direcciones Provinciales de Servicios Comunales, adquiriendo la actividad cementerial nivel institucional y perspectivas para su ulterior desarrollo.

En este plano, se crean las Direcciones Municipales de Servicios Comunales, que, entre sus encargos públicos, ejercen la dirección y gobierno de los cementerios, cuyas reglas de funcionamiento se implementan en las Normativas<sup>72</sup>. Poseen una doble subordinación, dependiendo de las orientaciones metodológicas que les brindan sus instancias superiores descritas, quienes emiten las normas de su funcionamiento. Asimismo, se supeditan al Órgano Municipal del Poder Popular, quien establece sus directrices administrativas y funcionales, constituyendo los cementerios, entes públicos sujetos a la municipalidad.

Aunque bien definido el sujeto actuante, su labor se enfoca mutilada al adolecer de un régimen sancionador en caso de incumplimientos. Tampoco le concede facultades decisorias ante conflictos suscitados en el marco cementerial, los que se resuelven en el ámbito judicial. Se sesga así la intervención administrativa, a pesar de reconocerse al Estado como el órgano concedente de derechos. La Administración resulta un mero ente comunicativo, sin intervención activa en las normas que enuncia, perdiendo su papel de enlace entre el sujeto pasivo y el poder que representa. La función administrativa se disuelve sin lograr la satisfacción directa de los intereses públicos, ni al indirecto ejercicio de los poderes legislativo y judicial, características inherentes a su constitución, según sus postulados teóricos.

#### EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA REGULACIÓN CEMENTERIAL CUBANA ACTUAL.

Si bien el cementerio constituye un servicio público que condiciona en ese carácter a su integridad física; sobre los bienes que lo conforma se constituye un uso privado por parte de los usuarios de ese servicio, que puede resultar temporal o a perpetuidad. En el uso temporal la práctica nacional se enmarca en el permiso de uso constituido sobre bóvedas estatales, cuyo ámbito precario se reduce al exclusivo depósito de restos humanos por un término de dos años, tal como expresa el artículo 18 de las Normativas. Este postulado literalmente expone que a los familiares de los inhumados en inmuebles estatales se les comunicará que la exhumación del cadáver se realizará a los dos años y un día de inhumado<sup>73</sup>.

Respecto a su conformación, deviene en un acto administrativo bilateral, en el que la voluntad del administrado resulta esencial para su existencia. Tal condición impide que puedan otorgarse de oficio, requiriendo de una parte interesada en su otorgamiento para que se constituya. Sin embargo, ello no implica que pueda instrumentarse mediante un

<sup>71</sup> DECRETO-LEY N° 147 de 1994.

<sup>72</sup> Se exceptúan a los camposantos de Colón, Chino y Bautista en La Habana y los del municipio de Santiago de Cuba (Artículo 2 de las INDICACIÓN de 2007).

<sup>73</sup> Si bien el término “precario” tuvo vigencia originaria en el Derecho privado, en la actualidad adquiere aplicabilidad también en el Derecho público, en el que alcanza características similares en cuanto a su conformación efectos o consecuencias, salvo norma en contrario. MARIENHOFF (1960) p. 160.

contrato, al traducirse su precariedad en una mera tolerancia de la Administración. Por tanto, nada obsta que pueda extinguirlo en cualquier momento<sup>74</sup>, en contraposición con las garantías propias del contrato. En efecto, y amparados en estas ideas, autores como DUGUIT<sup>75</sup>, sostienen que el permiso de uso no posee elemento contractual; posición que sostiene la presente obra.

En cuanto a sus efectos, el permiso de uso resulta, generalmente, un acto unilateral, pues su cumplimiento recae en el Estado concedente. Sin embargo, puede pactarse la obligación del permisionario de abonar un canon por el uso otorgado, en cuyo caso también sería bilateral, al generar en favor del Estado un derecho a su cobro. La bilateralidad se concreta entonces en la reciprocidad de obligaciones del Estado hacia el administrado, permitiéndole realizar el uso pertinente. A su vez, del permisionario hacia el Estado abonándole el respectivo canon. Este supuesto no altera la naturaleza del permiso atribuyéndole carácter contractual, pues subsisten las características del permiso ya estudiadas que impiden esta forma de constitución<sup>76</sup>.

De acuerdo a su instrumentación en las actuales Normativas, el uso de las gavetas estatales se realiza a través de un contrato escrito (artículo 6). En este aspecto, si bien se advierte la necesidad de la configuración expresa del permiso otorgado como garantía de su existencia, al tratarse de una mera autorización para el depósito de cadáveres por un tiempo determinado, la forma contractual no se adapta a sus características. En estos elementos se encuentran quizás las causas de su inutilización por un grupo importante de cementerios públicos cubanos, en los que se sigue como práctica advertir a los deudos de la exhumación, a través de la Certificación o Tarjeta de Inhumación, mientras que otros implementan una proforma de contrato.

El alcance del permiso otorgado puede vislumbrarse entre una serie de preceptos contenidos en las Normativas que requieren su sistematización. Así, durante el término de vigencia, no puede ocurrir otro enterramiento, salvo que tenga la capacidad para dos ataúdes y se trate de un familiar (artículos 127 y 140). Conlleva la abstención de realizar cualquier construcción sobre el bien (artículo 73). Impide que pueda hacerse uso del cadáver antes del tiempo estipulado para la exhumación (artículo 18). Se prohíbe la realización de actos, ya sea por parte de la Administración o un particular, que afecten el uso autorizado (artículo 140). Por último, dispone la gratuidad de la prestación estatal y el servicio público al que va dirigido.

Más controversial resultan los usos privativos que perpetuamente se han constituido sobre los bienes cementeriales cubanos, cuya indeterminación data del propio surgimiento de los primeros cementerios públicos. Precisamente durante los años 50 del pasado siglo, las titularidades de bóvedas, panteones y sepulturas se establecían como contratos de compraventa privados, mediante los que el Alcalde Municipal o el Arzobispado de La Habana,

<sup>74</sup> A pesar de su precariedad y la discrecionalidad para su otorgamiento, la extinción del permiso de uso requiere ser motivada. De ahí que el acto que dispone su extinción debe expresar los motivos en cuyo mérito se extingue. Así se excluye lo arbitrario o lo potestativo, poniendo de manifiesto la razonabilidad o la juridicidad del acto de extinción. MARIENHOFF (1960) p. 169.

<sup>75</sup> DUGUIT (1930) p. 376. Además, JANSSE (1938) p. 295; MARIENHOFF (1960) p. 161.

<sup>76</sup> MARIENHOFF (1960) pp. 160-163.

en su caso, cedía a perpetuidad el uso de una porción del terreno cementerial por una suma de dinero. Este documento debía elevarse a escritura pública, tan pronto como el municipio lo tuviese inscripto en el Registro de la Propiedad.

Al triunfo revolucionario de 1959, en las titularidades cementeriales se continuó pactando por compraventa privada la cesión a perpetuidad de lotes de terrenos cementeriales. Igualmente se mantuvo la referencia explícita a la figura del alcalde municipal, a pesar de que este término había sido sustituido por el de Comisionados. Tales conceptos de propiedad y cesión a perpetuidad, aunque no excluyentes entre sí, pugnan en primacía al no exponerse en el documento suscrito la condición de propietario del adquirente. No obstante, estas indeterminaciones no resultaron óbice para impedir el tráfico jurídico de sus bienes, ya sea en la vía administrativa, como en la vía civil y notarial.

En el ámbito cementerial cubano, el uso privativo sobre bóvedas, panteones y mausoleos, se reconoce como propiedades particulares. En razón de la titularidad, la Administración garantiza una serie de prerrogativas en el uso y disfrute del bien. En su configuración se intenta evitar la contradicción que genera el reconocimiento de una propiedad personal bajo las reglas y condiciones del Derecho Civil al prohibir su venta (artículo 147 Normativas). De ello se entiende que el terreno sobre el que se asienta un cementerio público, adopta la misma condición jurídica de aquél, e impide que puedan fragmentarse sus áreas para entrar a un régimen privado. Por lo que al devenir en cosa fuera del comercio, los actos jurídicos efectuados deben atenerse a su naturaleza<sup>77</sup>.

Otro análisis amerita la construcción de bienes cementeriales, tales como bóvedas, panteones, y las instalaciones de estatuas, jardineras y otros elementos. Ello resulta la materialización del derecho de uso nacido de la concesión. Estas construcciones e instalaciones, aunque pertenecen al concesionario, no son bienes de naturaleza civil; sino que, en virtud de generarse a partir de un acto concesional, se manifiestan como derechos subjetivos públicos, cuyas características y consecuencias se derivan de la concesión. Entonces, su edificación constituye el medio por el que el concesionario ejercita el derecho de sepultura concedido<sup>78</sup>.

Todo lo anterior patentiza el criterio de que los bienes cementeriales edificados, si bien resultan propiedad del concesionario, se rigen por el Derecho público. Su contenido se configura bajo las normas y principios del Derecho administrativo, y especialmente, por las que sustentan a la concesión. Es por ello que la solución de los conflictos generados, deberá encausarse en esta rama jurídica. La extensión de los derechos y facultades de enajenación, también son materia administrativa. Aún más, las relaciones de derecho privado constituidas entre el concesionario y terceros, han de seguir igual suerte<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> En este sentido, los importes abonados no deben considerarse en calidad de precio, sino de canon. En todo caso, a esos importes corresponde el carácter de canon por el uso de un bien público, amortizado en un solo acto. MARIENHOFF (1960) pp. 259-263; FERNÁNDEZ DE VELASCO (1935) p. 205; SARRÍA (1957) pp. 287-288; CAETANO (1970) p. 587; VILLEGAS (1952) pp. 423, 426 y 427; LE BALLE (1924) p. 108.

<sup>78</sup> Al decir de ZANOBINI, en materia de uso del dominio público, el sepulcro posee la misma naturaleza legal que las obras que cualquier otro concesionario de uso realiza para ejercitar el derecho concedido. Su naturaleza no difiere de la de los otros derechos reales administrativos que, basados en una concesión de uso, pueden constituirse sobre bienes demaniales. ZANOBINI (1954) p. 99.

<sup>79</sup> MARIENHOFF (1960) pp. 261.

En cuanto al otorgamiento de la concesión de uso, se sostiene por un grupo de autores que constituye un deber de la Administración Pública<sup>80</sup>. Para otros, se trata de una facultad discrecional y por ende, la autorización de la concesión no es obligatoria<sup>81</sup>. De estas ideas, se acoge el criterio seguido por MAYER, y que expresa que tal potestad se enmarca en la discrecionalidad de la Administración Pública para decidir si conferirla o no. Para que exista obligación de otorgarla, se requiere que esté reglada, y se cumplan las condiciones requeridas por la ley. En el ámbito cementerial, la concesión debe establecerse en norma, siendo un acto obligatorio de la Administración, en razón del servicio público al que responde<sup>82</sup>.

Respecto a su conformación, se le reconoce en la doctrina la bilateralidad existente entre ambos sujetos desde el punto de vista sustancial y formal. Así, requiere la concurrencia de la voluntad del Estado y la del administrado, creando recíprocos derechos y obligaciones entre ellos, lo que fija el *status* de las partes<sup>83</sup>. En tal situación, si bien el Estado no puede alterar los términos de la concesión, imponiéndole otras cargas distintas a las asumidas *ab-initio*, le permite declarar caduca la concesión, si el concesionario no cumple las obligaciones pactadas. Ello implica que pueda formalizarse por la vía de un acto o contrato administrativo<sup>84</sup>.

Las obligaciones recíprocas generadas conminan al Estado a permitir que el concesionario utilice la respectiva porción del bien demanial. A su vez, comprometen al concesionario a contribuir al aumento del bienestar públicos, mediante la adecuada utilización del bien cuyo buen uso es de interés público. Además, pueden establecerse otras obligaciones accesorias, como el pago de un canon. Al decir del profesor MATILLA CORREA, más que contrato o acto administrativo, la concesión se enfoca como derecho, procedimiento y título jurídico-administrativo. De esta forma, se puede considerar como documento formal que contiene el acto en cuestión; y como forma de gestionar un servicio público<sup>85</sup>.

De otra parte, cabe valorar que, en el caso específico de las concesiones de uso cementeriales, la mayor o menor duración no afecta su naturaleza. Del mismo modo, tampoco influye en dicha naturaleza la gratuidad u onerosidad de la concesión. Esto significa que la relación jurídica administrativa constituida entre los particulares y el Estado, cuyo objeto se encamina al uso de los osarios estatales, una vez efectuada la exhumación y reducción de cadáveres, también se enmarcan en el régimen concesional. Tal uso, perpetuo por su trascendencia social, requiere asentarse sobre una sólida base legal, que genere un derecho

<sup>80</sup> HOLTZ *et al.* (1929) p. 48; CASTELLO (1921) pp. 249-250.

<sup>81</sup> GAY DE MONTELLÁ (1927) pp. 247 y 252; SARRÍA (1943) pp. 74-79.

<sup>82</sup> MAYER (1950) pp. 252-253.

<sup>83</sup> En este sector destacan: PACELLI (1918) p. 240; DUGUIT (1930) p. 376; LAFAILLE (1944) p. 101; WALINE (1936) p. 453; TROTABAS ET ISOART (1978) p. 142; VILLEGAS (1952) pp. 225 y 237-246; DE LAUBADÈRE (1956) pp. 46-50; BERÇAITZ (1952) pp. 5-7; ARGANARÁS (1955) p. 114.

<sup>84</sup> Sobre la concesión administrativa como acto o contrato administrativo y su relevancia para la normativa cubana vigente en la materia, ver MATILLA (2009) pp. 126-140.

<sup>85</sup> El acto administrativo y el contrato administrativo son las formas básicas de instrumentación de las relaciones jurídicas concretas de carácter bilateral que se establecen al amparo del Derecho Administrativo. MATILLA (2005) pp. 44-45.

público subjetivo, y ofrezca garantía y seguridad; lo que se logra mediante la figura *iuris* de la concesión.

En otro orden, las Normativas en estudio instrumentan en su artículo 96, la figura del usufructo de una instalación o parcela. Evidentemente, su clara referencia ampara los derechos que en este concepto pudieron haberse constituido en cementerios públicos cubanos. No obstante, no ha podido constatarse su otorgamiento, por lo que se desconoce el modo en que se ha constituido. Al respecto, existe consenso en la doctrina, al afirmar la incompatibilidad de esta institución con los principios que regulan el uso de los bienes demaniales. En todo caso, la posibilidad que reconoce los artículos del 211 al 213 del Código Civil<sup>86</sup>, de que se otorguen en este concepto bienes estatales, se refiere a los bienes patrimoniales del Estado<sup>87</sup>.

Precisamente, tal concepto resulta inaplicable a los bienes integrantes del dominio público, pues mientras que el usufructo se otorga siempre *intuitu personae*, en el uso privativo de bien demanial puede ser otorgado *intuitu rei*, al considerarse la cosa antes que a la persona. Posee siempre un carácter temporario, teniendo como duración máxima la vida del usufructuario; en cambio el uso privativo puede ser perpetuo. Los derechos del usufructuario no se transmiten a sus herederos, en tanto que en los segundos generalmente pueden transmitirse<sup>88</sup>.

De manera general, las Normativas instrumentan derechos y responsabilidades de los titulares de bienes cementeriales. Entre ellos destaca la autorización de los representantes, para las inhumaciones en panteones de veteranos, combatientes, logias, etcétera (artículo 12 y 31). De igual forma, se requiere presentar el documento de propiedad del bien cementerial y la autorización del propietario para realizar inhumaciones en él (artículo 15 y 36). Se prohíbe al propietario efectuar la exhumación de cadáver en su propiedad sin la presencia de familiar o allegado (artículo 47). Se reconoce la posibilidad de conservar en el bien cementerial particular los restos humanos, mientras tenga capacidad (artículo 49).

Se establece a su vez en su Capítulo IV, un procedimiento para la construcción de bienes cementeriales en el que se significan las condiciones a cumplir, por razones de salubridad, arquitectónicas o distributivas (artículos del 57 al 75). Impone la obligación de respetar los restos óseos existentes, tanto en bienes particulares que pasan al régimen estatal, como a los adquirentes por herencia (artículos 76 y 77). Reconoce la posibilidad de efectuar permutas entre particulares (artículo 95). Por último, dispone la obligación del titular de mantener el bien cementerial en óptimas condiciones (artículos 96 y 113).

#### 4. CONCLUSIONES

Como ya se ha abordado, los sujetos y contenido de la relación jurídica cementerial han sido ampliamente debatidos en la doctrina. Sin embargo, aunque se evidencian nota-

<sup>86</sup> LEY N° 59 de 1987.

<sup>87</sup> DUCROCQ (1900) p. 356; LAZO (1930) pp. 162-163; VILLEGAS (1952) p. 140; DE LAUBADÈRE (1956) p. 766.

<sup>88</sup> Para constituir un derecho de usufructo sobre bienes del dominio público, deben desafectarse; de lo contrario el acto carecería de valor por la inidoneidad de su objeto. MARIENHOFF (1960) p. 113.

bles pasos de avances entre una regulación y otra, no ha alcanzado un desarrollo sostenido y general en los ordenamientos estudiados. En ellos logra identificarse al Estado como sujeto activo de la relación jurídica cementerial, y como pasivo a los administrados que resulten usuarios del servicio de cementerio. Entre ambos sujetos se genera una relación desigual, con fuerte predominio de la Administración, cuya función coadyuva a la defensa del patrimonio demanial. Esta supremacía del ente administrativo se encuentra entonces supeditada a las potestades que al efecto se le reconoce en el ámbito municipal. Como órgano ejecutor, cada municipalidad tiene a su cargo los cometidos del servicio público, que incluye a cementerios y panteones, en razón de sus condiciones territoriales y socioeconómicas y de su capacidad administrativa y financiera.

Evidentemente, la esencia demanial de los cementerios públicos, atribuye igual naturaleza jurídica a las sepulturas incorporadas a ellos. En este aspecto, es importante poner atención a la naturaleza jurídica del bien: cementerio, para determinar que en el caso de los derechos constituidos sobre sepulturas y panteones se trata de un permiso de uso privativo de bien público, y no de una venta o compra de bienes ni de un contrato traslativo de dominio, mucho menos de arrendamientos. Son bienes de dominio público. Tal situación pondera un servicio público, en virtud de lo cual se encuentran sujetos al poder de policía mortuoria<sup>89</sup> destinado a su uso privativo, que deviene en el acto jurídico en cuyo mérito los particulares pueden adquirir derechos. Así, se garantiza que la sepultura sea únicamente utilizada de acuerdo con su fin, por personas que hayan adquirido facultad para ello. Su materialización se lleva a cabo a través de los medios que al efecto establezca o reconozca la normativa vigente en el lugar<sup>90</sup>. En tal sentido pueden ser, el permiso de uso<sup>91</sup> aplicado por la Administración para que los usuarios aprovechen y usen los cementerios; y la concesión de uso<sup>92</sup> para actividades de importancia jurídica-económica-social<sup>93</sup>.

Como rasgo esencial, en las normativas cementeriales sobresale la ausencia de una cohesión en los entes administrativos nacionales que sistematicen un tratamiento homogéneo para todos los municipios. De esta forma, no queda claro el acto administrativo por el cual se genera la relación Administración-usuario, pues subyace una fuerte sujeción al tratamiento civil de panteones y sepulturas sustraídos de su esencia demanial. Además, y ante los procesos de liberalización de servicios públicos experimentado en el contexto lati-

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ DE VELASCO (1935) p. 162.

<sup>90</sup> MARIENHOFF (1960) pp. 259-260.

<sup>91</sup> El permiso, como indica GARRIDO FALLA, está sometido expresa o tácitamente a la posibilidad de que la Administración en cualquier momento pueda revocarlo por razones de interés público, sin derecho alguno del particular a indemnización, es decir, se otorgan expresa o tácitamente a título de precario. GARRIDO FALLA (1986) p. 471.

<sup>92</sup> Desde una perspectiva amplia, puede decirse que la concesión genera el nacimiento de un derecho para determinada persona, ya porque se lo otorga la Administración Pública, ya porque estaba establecido en las normas positivas, pero requiere de un acto administrativo para hacerse efectivo. MATILLA (2009) p. 36.

<sup>93</sup> Al respecto, FERNÁNDEZ DE VELASCO afirma que a partir de la apertura de un cementerio público y hasta su clausura, todas las actividades que componen el servicio público, las clases y distribución de sepulturas, los servicios fúnebres, el orden y régimen interior del cementerio, la conducción de cadáveres, forman parte de la función de policía que corresponde al Ayuntamiento, entendido como la Administración. FERNÁNDEZ DE VELASCO (1935) p. 162.

noamericano, la gestión privada de cementerios permite a los Ayuntamientos concesionar los servicios funerarios que comprenden desde el fallecimiento, hasta el acto del sepelio, incluyendo los rituales funerarios y velatorios. En todo caso, la incidencia del interés público sobre las situaciones jurídicas privadas, debe ceñirse a una coexistencia pacífica y a una delimitación del contenido esencial del dominio derivada de la subordinación al bien común. Situación que no puede conducir a una negación de los derechos subjetivos. La imposición de situaciones de sacrificio del interés particular exige que de ello se derive una auténtica y proporcionada ventaja para la colectividad y para el interés general<sup>94</sup>.

El reconocimiento de titularidades privadas insertadas en bienes de dominio público, como resulta el caso de los cementerios, entraña la imposibilidad del particular de ejercitar el señorío pleno sobre el bien. Ello se debe a que la vinculación del bien al fin o destino público, como elemento condicionante de su demanialidad, se materializa en un *ius in re aliena* en poder de la Administración. Posibilita a su vez la potestad administrativa de la transmisión de la propiedad a través de las vías oportunas negociadas o coactivas, si ello se requiere para la plena efectividad de los fines públicos inmanentes al demanio. Esta concepción, de acuerdo con el criterio de PAREJO ALFONSO<sup>95</sup>, ofrece respuesta idónea a los fenómenos de disociación entre titularidad y afectación, así como a la incidencia del interés público sobre bienes de propiedad privada.

Resulta así evidenciado que el régimen de los cementerios públicos requiere una regulación administrativa que organice su funcionamiento, y vele por el cumplimiento de los requerimientos administrativos en el uso de los bienes cementeriales. En los sistemas jurídicos latinoamericanos estudiados, sucede que, al resultar tan intensa la incidencia del interés público en los cementerios sobre los derechos privados constituidos en los sepulcros, se yuxtapone al régimen ordinario de propiedad privada, un régimen público. Régimen este que afecta el normal desenvolvimiento y ejercicio de las facultades demaniales integrantes de la propiedad. Actúan sobre ellas limitaciones administrativas, en el orden de su transmisibilidad, y en cuanto a poderes de suspensión, vigilancia o limitaciones de su aprovechamiento o disponibilidad. En este sentido, ha sido en la regulación chilena donde se implementa una ordenación coherente para todas sus municipalidades. En contraste con las regulaciones estudiadas, el ordenamiento cementerial cubano a penas sistematiza las cuestiones más elementales del régimen jurídico de los cementerios públicos. De acuerdo con los postulados de las Normativas Técnicas para el Trabajo en los Cementerios, emitidas en diciembre de 2007 por el Ministerio de Economía y Planificación, resultan las Direcciones Municipales de Servicios Comunales, quienes ejercen la dirección y gobierno de los cementerios municipales. El órgano administrativo se aprecia mutilado en su actuación, sin intervención activa y directa sobre la aplicabilidad de las normas que enuncia.

A su vez, exponen un régimen sobre bóvedas estatales, encaminado al exclusivo uso para el depósito de cadáveres por un término de dos años. Además, reconoce propiedades particulares sobre bóvedas, panteones y mausoleos, garantizados por una serie de prerro-

<sup>94</sup> PÉREZ GÁLVEZ (1999) pp. 247-260.

<sup>95</sup> PAREJO ALFONSO (1983) pp. 2379-2422.

gativas en el uso y disfrute del bien cementerial. En tales casos se trata de usos privativos constituidos sobre el demanio cementerial otorgados en razón del permiso de uso o de la concesión de uso. Ello implica que el cementerio como unidad física estatal se encuentre sujeto a la inscripción registral. También permite que la concesión constituida como derecho real alcance su protección registral, de conjunto al derecho de propiedad constituido sobre el bien cementerial edificado.

La demanialidad de los cementerios públicos es un hecho indubitado, a la luz de su surgimiento y evolución. No obstante esa demanialidad, que provoca un régimen jurídico exorbitante al Derecho privado, en modo alguno obsta el reconocimiento de derechos privados. Es por ello por lo que, aunque el reconocimiento de situaciones jurídicas privadas en el seno del demanio pueda resultar generalmente un fenómeno excepcional, resulta jurídicamente admisible en el marco del Derecho público. La armónica coexistencia entre derechos públicos de la Administración y privados de los particulares, es muy frecuente en algunos sectores del demanio como el marítimo-terrestre, el hidráulico, el viario y el excepcional régimen de los cementerios públicos.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA.

- ARGAÑARÁS, Manuel. J. (1955): *Tratado de lo contencioso administrativo* (Buenos Aires, Editorial Tipográfica Editora Argentina).
- BALLBÉ MALLOL, Manuel (1948): *Concepto del Dominio Público* (Barcelona, Editorial Bosch).
- BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel (1990): *Manual de Bienes de las Entidades Locales* (Madrid, Editorial del Ministerio para las Administraciones Públicas).
- BELADIEZ ROJO, Margarita (1997): *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces).
- BERÇAITZ, Miguel Ángel (1952): *Teoría General de los Contratos Administrativos* (Buenos Aires, Editorial Depalma).
- BIELSA, Rafael (1956) : *Derecho administrativo*, Tomo III (Buenos Aires, Editorial Depalma, quinta edición).
- CAETANO, Marcello (1970): *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I (Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, primeira edição brasileira).
- CAMMEO, Federico (1926): “Demanio”, en CAMMEO *et al.*, *Il Digesto Italiano*, Volume IX (Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese) pp. 896-925.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2001): “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina”, *Revista de Administración Pública*, N° 154: pp. 441-461.
- CASTELLO, Manuel F. (1921): *Legislación de aguas: tesis presentada para optar al título de doctor en jurisprudencia y recomendada al premio Facultad* (Buenos Aires, Editorial Tixi y Schaffner).
- CONVENIOS DE GINEBRA Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES, Ginebra (12 de agosto de 1949).
- CORNEJO, Américo Atilio (1994) : *Derecho Registral* (Buenos Aires, Editorial Astrea).

- DE LAUBADÈRE, André (1956) : *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tome I (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).
- DE LAUBADÈRE, André (1958) : *Droit Administratif Spécial* (Paris, Presses Universitaires de France).
- DUCROCQ, Theodore (1900) : *Cours de Droit Administratif*, Tome VI (Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils. A. Fontemoings Éditeurs).
- DUGUIT, León (1930) : *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome III (Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & C<sup>ie</sup>, Éditeurs).
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo (1935): *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos* (Madrid, Editorial Revista de derecho privado).
- FERNÁNDEZ, María Lucía *et al.* (2016): “Los cementerios territorios de memoria urbana e identidad”. Disponible en: <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/5753/3.1.%20Los%20cementerios%20territorios%20de%20memoria.pdf?sequence=32&isAllowed=y>. Fecha de consulta: 22 de enero de 2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ, T. R. (1997): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Madrid, Editorial Civitas, octava edición).
- GARCÍA RONDÓN, Caridad (2006): *Las normas de protección jurídico-penal a los cementerios y otros importantes sitios de enterramiento en Cuba*, Tesis en opción al grado académico de Máster en Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1986): *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II. Parte General: Conclusión (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, séptima edición).
- GAY DE MONTELLÁ, R. (1927): *Teoría y práctica de la legislación de aguas* (Barcelona, Editorial Bosch).
- GUICCIARDI, Enrico (1934): *Il Demanio* (Milano, Editorial CEDAM).
- HAURIOU, Maurice (1929): *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929*, Tome I (Paris, Librairie du Recueil Sirey).
- HERNÁNDEZ, Ronaldo (2008): “Situación Jurídica de los Cementerios Públicos”. Disponible en: <http://sitios.poderjudicial.go.cr>. Fecha de consulta: 29 de enero de 2018.
- HOLTZ, KREUTZ Y SCHLEGELBERGER (1929) *Das Preussische Wassergesetz* (Berlin, Heymann).
- IRARRÁZAVAL GOMIEN, Andrés (2018): “Hacia un nuevo consenso en la regulación de los cementerios: la evolución de las normas civiles y canónicas a lo largo del S. XX”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 1: pp. 33-56.
- JANSSE, Lucien (1938): *Les traits principaux du régime des biens du domaine public* (Paris, Editorial Dalloz).
- LAFAILLE (1944): *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo II (Buenos Aires, Editorial Tipográfica Editora Argentina).
- LAZO PREUSS, Santiago (1930): *Régimen legal de las aguas corrientes* (Santiago, Editorial La Ilustración).
- LE BALLE, Robert (1924): *De la nature du droit du concessionnaire de sépulture* (Paris, Librairie Dalloz).
- LÓPEZ PELLICER José A., y SÁNCHEZ Díaz, José L. (1976): *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público* (Madrid, Editorial del Instituto de Estudios de Administración Local).

- MARIENHOFF, Miguel S. (1960): *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V (Buenos Aires, Editorial Depalma).
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1963): “Responsabilidad de la Administración pública por lesión de intereses legítimos”, *Revista de Administración Pública*, N° 42: pp. 453-489.
- MATILLA CORREA, Andry (2005): *Fundamentos del régimen jurídico de las concesiones administrativas. Una visión cubana*, Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
- MATILLA CORREA, Andry (2009): *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba* (La Habana, Editorial Universitaria).
- MAYER, Otto (1950): *El derecho administrativo alemán*, Tomo III (Buenos Aires, Editorial Depalma).
- NAVARRO, A. (1988): “La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la Administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público”, *Revista REDA*, N° 60: pp. 603-678.
- PACELLI, Francesco (1918): *Le acque pubbliche* (Torino, Editorial Giappichelli).
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (1988): *Derecho Administrativo (Bienes públicos y urbanismo)* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1983): “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 100-102: pp. 2379-2422.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2009): “*El régimen jurídico legal general de los bienes públicos*”, en PAREJO ALFONSO, Luciano y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Derecho de los bienes públicos*, Tomo I (Cizur Menor, Editorial Aranzadi).
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco (1999): “Responsabilidad patrimonial de la Administración municipal por traslado de restos de un nicho a otro. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Antonio MATEOS GARCÍA)”, *Revista Jurídica de Navarra*, Núm. 27: pp. 247-260.
- RANELLETTI, Oreste (1897): *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico* (Torino, Rivista Giurisprudenza Italiana, Unione Tipografico-Editrice Torinese).
- RANELLETTI, Oreste (1945): *Teoria degli atti amministrativi speciali* (Milano, Dott. A. Giuffrè - Editore, settima edizione riveduta e integrata).
- RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (2015): *Régimen Jurídico de cementerios y sepulturas* (Granada, Editorial Comares S. L.).
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1997): *Los Bienes Públicos* (Madrid: Editorial Tecnos S.A.).
- SARRÍA, E. (1957) *Derecho Administrativo* (Bogotá, Editorial Temis).
- SARRÍA, Félix (1943) *Teoría del Recurso Contencioso-Administrativo* (Córdoba, Editorial Asandri).
- SERRANO, S. (2009): *¿Qué hacer con Dios en la República? Política y secularización en Chile (1845-1885)* (Santiago, Editorial Fondo de Cultura Económica).
- TERRADILLOS, Juan Manuel (2010): “Ideología y valores religiosos en el Código Penal. La reforma (siempre) pendiente”, en *Revista Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, N° 10: pp. 424-461.
- TROTABAS, Louis ET ISOART, Paul (1978) *Manuel de Droit Public et Administratif* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, dix-neuvième éditions).

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (1952): *Derecho Administrativo*, Tomo IV (Buenos Aires, Editorial Tipográfica Editora Argentina).

WALINE, Marcel (1936) : *Manuel Élémentaire de Droit Administratif* (Paris : Librairie du Recueil Sirey).

ZANOBINI, Guido (1954): *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I Parte General (Buenos Aires, Editorial Ayadú).

## NORMAS CITADAS

### ARGENTINA

CONSTITUCIÓN Nacional de la República Argentina (22/8/1994).

ORDENANZA N° 838 (23/6/1983) Municipalidad de la ciudad de Santiago del Estero, Código de Cementerios.

ORDENANZA N° 3306/03 (12/3/2003) Municipalidad de la ciudad de San Miguel de Tucumán.

ORDENANZA N° 545 (27/6/1915) Municipalidad de la ciudad Lomas de Zamora, modificada por las Ordenanzas N° 1419 (7/1/1949), N° 1546 (19/9/1952), N° 4200 (14/9/1984), N° 7045 (14/12/1993), N° 9896 (28/6/2001) y N° 11.380 (6/6/2006).

### CHILE

CÓDIGO Civil de Chile (1/1/1857) actualizado al año 2000.

DECRETO con Fuerza de Ley N° 725 (11/9/1967), modificado mediante LEY N° 20.533 (13/9/2011), Código Sanitario.

DECRETO N° 357 (15/5/1970), modificado Decreto N° 4 (8/2/2006), Reglamento General de Cementerios.

DECRETO Exento N° 61 (18/12/2012), Reglamento N° 12 de Cementerio de la I. Municipalidad de Nueva Imperial.

RESOLUCIÓN N° 61-G.G./2017 (25/4/2017) Reglamento de los Cementerios N°s 1, 2 y 3 de Valparaíso administrados por la Corporación Municipal de Valparaíso para el Desarrollo Social.

ORDENANZA Local N° 002 (24/12/1993) sobre Derechos Municipales por Concesiones, Permisos, Ocupación de Bienes Nacionales de Uso Público, Propaganda y otros Servicios.

ORDENANZA N° 003 (28/7/2010) Funcionamiento del Parque Cementerio General de Temuco.

### CUBA

LEY N° 59 (16/7/1987), Código Civil de la República de Cuba.

DECRETO-LEY N° 147 (21/4/1994) De la restructuración de los órganos de la Administración Central del Estado.

INDICACIÓN del Ministerio de Economía y Planificación (diciembre/2007), Normativas técnicas para el trabajo de los cementerios.

### MÉXICO

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos (26/2/2013).

LEY N° 7 (2/4/1985), Bases del Régimen Local.

REAL Decreto Ley N° 7 (7/7/1996), Norma que liberaliza los servicios funerarios.

ORDENANZA (17/1/1998) Reguladora de los Requisitos para la Prestación de Servicios Públicos Funerarios en el municipio de Guadalajara.

REGLAMENTO (28/12/1984) de los Cementerios del Distrito Federal.

REGLAMENTO de Cementerios Municipales para el Municipio de Bolaños, Jalisco.

REGLAMENTO (22/5/2014) de los Cementerios del Ayuntamiento Constitucional de El Oro.

REGLAMENTO Municipal de Panteones de Fresnillo.

REGLAMENTO de régimen interior de los Cementerios Municipales de Güeñes.



# UNIDAD DE ACCIÓN, UNIDAD DE HECHO Y UNIDAD DE DELITO EN EL CONCURSO DE DELITOS

## *UNIT OF ACTION, UNIT OF FACT AND UNIT OF CRIME IN THE CONCURRENT OFFENSES*

FRANCISCO MALDONADO FUENTES\*

**RESUMEN:** La doctrina tradicional sistematiza los concursos de delitos a partir de la distinción entre unidad y pluralidad de hechos, asumida como una diferencia fundamental. Tras ella se sobrevalora la relación entre los casos unitarios y la ejecución de un único delito. El texto explica por qué ese planteamiento es erróneo y genera efectos negativos que confunden y dificultan una adecuada conceptualización. Sobre esa base, la distinción se valora en torno a un campo de casos más acotado, relativo a los problemas que asisten a la identificación de una unidad de delito de carácter homogéneo, una parte de los casos tratados en el concurso aparente de leyes penales y en el supuesto propio del concurso ideal de delitos, materias en las que la noción de unidad de hecho no se propone con un contenido uniforme.

**Palabras clave:** Unidad de hecho, concurso de delitos, concurso ideal, concurso homogéneo.

**ABSTRACT:** The traditional legal theory systematizes concurrent offenses distinguishing between unity and plurality of facts. This distinction was predominant in the twentieth century, highlighting the possibilities to identify connections between unitary cases and the construction of the perpetration of one single crime. This article criticizes the focus of this traditional approach, describing its negative impact at the moment to propose accurate definitions of the categories involved. On that basis, the distinction is valued around a narrower field of cases, related to the problems that assist in the identification of a homogenous crime unit, a part of the cases dealt with in the apparent competition of criminal laws and in the case of the ideal crime concurrence, matters in which the notion of de facto unity is not proposed with a uniform content.

**Keywords:** Unidad de hecho, concurrent offenses, ideal crime concurrence, homogenous crime concurrence.

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la teoría del concurso de delitos se suele asignar un papel importante, e incluso estructural, a la tarea consistente en identificar si en un determinado supuesto de hecho concurre una única acción o varias<sup>1</sup>. Dicha comprensión se asocia a la creencia de que una

\* Abogado. Doctor en Derecho, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Dirección postal: Santa Elena 2222, San Joaquín. Dirección electrónica: frmaldonado@utalca.cl. Número Orcid: 0000-0003-2361-3750. El texto forma parte del proyecto FONDECYT Regular N° 1170276, financiado por Conicyt, del cual el autor es investigador responsable.

<sup>1</sup> Categórico MEZGER (1958) p. 333; ESCUCHURI (2004) p. 95; JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1059; ROXIN (1997) p. 943; ZAFFARONI et. Al (2002) pp. 853-854.

unidad de acción refleja una unidad de delito<sup>2</sup>, de forma que la pluralidad de acciones necesariamente dará cuenta de un concurso de infracciones<sup>3</sup>. Se asume por ello, apresuradamente, que una pluralidad de acciones lleva a una pluralidad de sanciones, pues se tratará de varios delitos. Y por lo mismo, se asume que una sola acción debiese llevar a la imposición de una única sanción y a la identificación de un único delito<sup>4</sup>.

Lo dicho, más allá del entendimiento generalizado, resulta profundamente desacertado, pues se parte de una premisa errada. Delito solo es acción en cuanto la presupone, lo que en modo alguno implica que ambos conceptos se identifiquen<sup>5</sup>. Hay que tener en cuenta que si aquello que cuenta como definición de la acción se identifica con las propiedades de un determinado delito, resultará correcto afirmar que habrá tantos delitos como acciones llevadas a cabo<sup>6</sup>. No obstante, eso será así pues, a fin de cuentas, la relación de ambos conceptos será íntegramente circular<sup>7</sup>. Con ello, parece claro que una conceptualización de este tipo resulta inútil, pues bajo dichos caracteres no es posible que la expresión “acción” pueda llegar a cumplir función alguna, en especial, si se pretende que ayude a precisar si se aprecia un único delito o varios, por cuanto acción y delito pasan a ser sinónimos<sup>8</sup>. Por esta razón, el uso de la expresión acción debe ofrecer un contenido diverso si se desea que cumpla una función en la teoría concursal.

El término delito da cuenta de una calificación de comportamiento<sup>9</sup>, que se refleja en torno a un sustrato empírico<sup>10</sup>. Y solo desde esta perspectiva se puede admitir que todo delito es acción en relación al suceder externo, material o empírico, lo que no significa que sea igual o equivalente a *una acción* o sustrato. Así, la cantidad de delitos a identificar

<sup>2</sup> Se trata de la percepción imperante en la primera mitad del siglo XX asociada a la llamada “teoría de la unidad”. Sobre su desarrollo véase ARCE (1996) pp. 100 y ss.; SANZ (1986) pp. 144 y ss.; y ROIG (2011) p. 34. En extremos se sostiene que el delito “es la acción material” ejecutada (BUSTOS (1962) pp. 32 y ss.; CARAMUTI (2018) p. 33, 35 y 209; CÁRDENAS (1973) pp. 37 y ss.; ETCHEBERRY (1964) pp. 11-12; ZAFFARONI Et. Al (2002) p. 865, y, en Alemania, FRISTER (2016) p. 666; JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1073.

<sup>3</sup> Por todos, CURY (2007) p. 649; Así se explica la propia denominación del concurso “ideal” concebida como una “abstracción irreal” (ROXIN (1997) p. 941; LURATI (2018) p. 118) instituto que cumple la función de “clarificar” en la sentencia la concurrencia de más de un delito, no obstante, se trata de una única acción. Sobre dicha función JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1073; STRATENWERTH (2005) p. 552.

<sup>4</sup> La idea se refleja en la noción “*qua delicta tot poenae*”. BUSTOS (1962) p. 102-105; CÁRDENAS (1973); FONTECILLA (1956) pp. 78-79; ORTIZ y ARÉVALO (2013) pp. 317 y 346 (actualmente) y SANZ (1986) pp. 44 y 46-51.

<sup>5</sup> Lo relevante a dicho respecto es que solo una acción o conducta ofrece una dimensión de sentido, que habilita a un juicio o atribución. FLETCHER (2008) p. 363; SILVA (2003) p. 52.

<sup>6</sup> CUERDA (1997) pp. 341-354; JAKOBS (1997) p. 1079; JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1060; MAÑALICH (2005) p. 1150; MIR (2005) pp. 626-627; NINO (1972) p. 43; ROIG (2011) pp. 136-137 (con cita de otros autores de referencia); SANZ (1986) p. 213; VIVES (1981) p. 10; ZAFFARONI Et. Al (2002) p. 857.

<sup>7</sup> MAÑALICH (2018a) pp. 83-84; SANZ (1986) p. 148.

<sup>8</sup> Veremos que tampoco es útil en el campo del concurso ideal, pues se hace imposible sostener una pluralidad de delitos en unidad de acción (o hecho). SANZ (1986) p. 213; JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1060; VAN WEEZEL (2020) p. 7; VIVES (1981) p. 10.

<sup>9</sup> CID (1994) p. 49; ESCUCHURI (2004) p. 26; NOVOA (2005) p. 221; PESSOA (2018) p. 34; PEÑARANDA (1991) pp. 31-32; VIVES (1981) p. 16.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ (2013) pp. 36 y 37; MAÑALICH (2018b) pp. 172-174, respecto de lo que cuenta como “*una única instancia de realización*”; MIR (2005) pp. 625-626; POLITOFF *et al.* (2003) p. 445; SANZ (1986) p. 152 (relativo a “las actividades mediante las cuales se realiza el tipo”); WELZEL (1993) p. 265.

en un supuesto de hecho estará condicionada por la cantidad de calificaciones aplicables, con independencia de la cantidad o clase de movimientos, acontecimientos o efectos materiales posibles de afirmar o reconocer en el mundo<sup>11</sup>. De esta forma, se pueden advertir delitos (únicos) configurados a partir de varios movimientos o efectos –acciones “en sentido natural”<sup>12</sup>– y varios delitos en torno a un único acontecer natural<sup>13</sup>, lo que dependerá a fin de cuentas de las propiedades que los describan<sup>14</sup>.

De lo dicho se extraen dos conclusiones relevantes de tener en cuenta. Primero, que el rendimiento de la noción “acción”, a efectos de la identificación de un delito o de su cuantificación, depende de que exprese un contenido diverso al que ofrecen las respectivas descripciones de delito; y segundo, que la definición de acción juega un papel mucho más modesto del que se suele atribuir en la teoría concursal<sup>15</sup>, como tarea trascendental<sup>16</sup>. En concreto la noción de “acción” solo podría resultar relevante en este ámbito en torno a tres problemáticas en particular: primero, para determinar si estamos frente a un caso de unidad delictiva (una “única acción”) en atención a la relación que ofrecen diversas clases de tipos penales concurrentes en el campo del “concurso aparente de leyes penales”; segundo, para determinar si un delito es ejecutado una única vez o varias en torno a ejecuciones delictivas de la misma clase (unidad jurídica en delitos homogéneos); y, tercero, para identificar el presupuesto de un concurso ideal de delitos<sup>17</sup>.

Desde esta perspectiva, y solo desde esta, es posible entender que es correcta la afirmación que sostiene que la noción de acción que se utiliza (o debe utilizar) en el concurso de delitos no es la misma de la teoría del delito<sup>18</sup>. No obstante, el uso o contenido de lo que se entienda por unidad de acción podría perfectamente ser diverso en cada una de las cuestiones planteadas, en tanto su precisión está condicionada por la función que dicha

<sup>11</sup> Además, la dimensión naturalística no ofrece parámetros idóneos para “recortar” el mundo en fragmentos que cuenten como una acción, pues ello siempre dependerá de un concepto y, con ello, de una interpretación. ARCE (1996) p. 60; CARAMUTI (2018) p. 37; CARUSO (2018) pp. 25 y 26; CUERDA (1997) pp. 346-347; MAÑALICH (2018a) p. 84; STRATENWERTH (2005) p. 550. Así, criterios como la dimensión espacio temporal, el contexto o el carácter ininterrumpido de una ejecución, no son idóneos pues aluden a nociones tan amplias y variadas que carece de toda utilidad. ARCE (1996) pp. 59-60; ESCUCHURI (2004) pp. 368-374; FRISTER (2016) p. 674; SUÁREZ (2001) p. 74; VAN WEEZEL (2020) p. 10.

<sup>12</sup> Estos casos se identifican como “unidad jurídica de acción”, en cuanto reunión de varias acciones “en sentido natural”. ETCHEBERRY (1964) pp. 5-6; FONTECILLA (1956) p. 60.

<sup>13</sup> GARRIDO (2007) p. 335; MAÑALICH (2018a), pp. 82 y 83; MATUS (2002) p. 27. Lo que cuenta como acción natural suele estar asociado a una definición amplia o general, aplicable a cualquier clase o forma de acción. Por ello se los interpreta como parte de la realidad (NOVOA (2005) p. 222) a pesar de que también dependen de una descripción. CARUSO (2018) p. 25; GARCÍA (1995) p. 12; STRATENWERTH (2005) p. 536.

<sup>14</sup> CID (1994) p. 49; MAÑALICH (2018b) p. 173.

<sup>15</sup> CARAMUTI (2018) p. 40; GARCÍA (1995) p. 121 y CARUSO (2018) p. 23-24; ESCUCHURI (2004) pp. 354-355.

<sup>16</sup> GARRIDO (2007) p. 336; CUERDA (1997) pp. 344-345; JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1059; MEZGER (1958) p. 333; ROXIN (1997) p. 943; ZAFFARONI Et. Al (2002) pp. 853 y 854. Sobre lo extendido de dicha asunción CUELLO (1979) p. 50; ESCUCHURI (2004) p. 95.

<sup>17</sup> Con matices, CARUSO (2018) pp. 23-24; GARCÍA (1995) p. 121; MIR (2005) p. 624; ZAFFARONI Et. Al (2002) p. 857. Implícito en MAÑALICH (2018a) pp. 83-84; MAURACH *et al.* (1995) p. 525.

<sup>18</sup> En este sentido, por todos, JAKOBS (1997) p. 1074; SANZ (2012) p. 40; PALMA (2004) p. 110; ROXIN (1997) p. 944.

noción está llamada a desempeñar en cada caso<sup>19</sup>, hipótesis que sostenemos y que procuraremos justificar en las líneas que siguen<sup>20</sup>. Así, analizaremos la posibilidad de establecer una relación de identidad en las normas extraídas de los respectivos enunciados concurrentes en algunas hipótesis de concurso aparente de leyes penales (en aquellas en que lo dicho resulta particularmente discutible); sostendremos una noción más cercana a la idea de “realización” en torno a los casos de unidad de delito; y, finalmente, recurriremos al contexto en que se expresa o ejemplifica dicha realización para tratar el supuesto que define el concurso ideal.

## 2. UNIDAD DE ACCIÓN EN EL LLAMADO CONCURSO APARENTE DE LEYES

Lo primero a tener en cuenta es que la tradicional creencia de que los problemas del concurso aparente de leyes penales se refieren a casos de unidad de delito<sup>21</sup> es altamente discutible<sup>22</sup>. Basa advertir que desde siempre se han incluido en dicho ámbito supuestos problemáticos relativos a una pluralidad de acciones o hechos, particularmente en el tratamiento de los actos anteriores y posteriores copenados<sup>23</sup>, denominados históricamente por ello como hipótesis de “concurso real impropio”<sup>24</sup>. Por otro lado, la doctrina tradicional y dominante en nuestro medio caracteriza el problema que proponen estos casos en torno a relaciones que ofrecen las normas incriminatorias entre sí<sup>25</sup>, lo que sitúa las cuestiones a resolver en un ámbito lejano a la necesidad de distinguir si se trata de una unidad o pluralidad de acciones (o hechos). Así, tras el infanticidio solo se podría reconocer un delito, pues la relación de especialidad (entre las normas) lleva descartar la aplicación del homicidio y del parricidio, en tanto estas prohibiciones no habrían sido establecidas para esos casos. A lo sumo, la consideración de una única realización o acción punible aportaría un indicio que favorece la conclusión de que, en dichos casos, los principios de solución ayudan (vía hermenéutica<sup>26</sup>)

<sup>19</sup> ESCUCHURI (2004) p. 376; GARCÍA (1995) p. 121; MAÑALICH (2018a) pp. 83-84; ZAFFARONI Et. Al (2002) p. 857; CARUSO (2018) pp. 16 y 17. Con menor precisión CUERDA (1997) pp. 353-354. Sobre la relevancia del aspecto funcional (a este respecto) véase GONZÁLEZ (2015) p. 73.

<sup>20</sup> La aclaración es relevante pues se suele proponer una única noción que es utilizada en forma indistinta en torno a todas las cuestiones planteadas. Se constata por ESCUCHURI (2004) p. 354 y 355; FRISTER (2016) pp. 669 y 673; MAURACH *et al.* (1995) p. 525. CUERDA (1997) pp. 353-354 explica la confusión como efectos de la primacía histórica de la “teoría de la unidad” (el concurso ideal hay un solo delito).

<sup>21</sup> La visión tradicional durante el Siglo XX favoreció la idea de que este instituto es relativo a “casos de unidad de acción” (CURY (2007) p. 667; MUÑOZ (1986) pp. 369-371; NOVOA (2005) pp. 233, 248-249), por lo cual los problematiza por oposición al concurso ideal (BUSTOS (1962) p. 71; ETCHEBERRY (1964) pp. 12-14; GARRIDO (2007) p. 351; FONTECILLA (1956) p. 61. Se llega incluso a sostener la máxima “in dubio pro concurso ideal” (MAÑALICH (2018b) pp. 195 y 206).

<sup>22</sup> CURY (2007) p. 667; ETCHEBERRY (1997) p. 122.

<sup>23</sup> JAKOBS (1997) p. 1049; MAURACH *et al.* (1995) pp. 583 y ss.; PALMA (2004) pp. 123 y ss.

<sup>24</sup> MAÑALICH (2018b) pp. 195 y ss.; MAÑALICH (2005) pp. 1044-1050. La idea de los “actos copenados” también son casos de unidad de acción, en cuanto forman parte de la misma ejecución, es altamente discutible. Sobre ello FRISTER (2016) pp. 687-688.

<sup>25</sup> FONTECILLA (1956) p. 61; MAURACH *et al.* (1995) pp. 553 y 561.

<sup>26</sup> La idea es usualmente referida como “interpretación sistemática”. FONTECILLA (1956) p. 91; RUIZ (2015) p. 196; LABATUT (1993) p. 47; ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 362; RETTIG (2017) p. 271. La interpretación re-

a identificar una única infracción (o delito)<sup>27</sup>. Por ello, se advierte tras dichas situaciones un concurso de leyes (esto es, de enunciados), pero no de normas, ni de delitos<sup>28</sup>.

No obstante, el tratamiento de la unidad de acción pareciera más relevante y complejo para la tendencia que objeta esta forma de concebir y resolver los problemas del concurso aparente, bajo la comprensión de que se trata de un problema que afecta a la determinación de la pena<sup>29</sup>, referido a la aplicación de las normas de sanción (y no de un problema referido a las conductas incriminadas y su interpretación o regulación<sup>30</sup>), tesis que en la actualidad cuenta paulatinamente con el parecer dominante de la doctrina y que ya goza de reconocimiento en nuestro medio<sup>31</sup>. Dicha comprensión sostiene que en estos casos los imperativos comprometidos concurren (esto es, que se trata de un auténtico concurso de delitos<sup>32</sup>) y resultan coincidentes en su sentido e inspiración<sup>33</sup>, lo que sin embargo no tiene por qué llevar necesariamente al uso de todas y cada una de las reglas de sanción previstas

---

solvería preventivamente cualquier potencial conflicto entre las normas. Lo constata en esos términos GUASTINI (2016) pp. 258 y 259; GUASTINI (2011) pp. 111 y 112; ITURRALDE (1987) p. 346 (otros lo califican como una “reinterpretación” conforme se detalla en HUERTA (2003) p. 201; MORESO (2010) p. 119; PÉREZ (2009) pp. 14-15 y 41 y ss.). ello ocurriría durante el proceso de identificación de las normas a partir de los enunciados (HUERTA (2003) p. 176; LIFANTE (2015) p. 191; NAVARRO y MORESO (1996) p. 136) y permitiría sostener que cada norma cuenta con su propio ámbito de casos regulados. Su interacción se define por ello bajo relaciones de heterogeneidad (ESCUCHURI (2004) pp. 43 y ss.; GARCÍA (1995) p. 215.). Se considera en ello que los enunciados son el continente de las normas, de una o varias de ellas, de forma unitaria o en conjunto (CASTELLÓ (2000) p. 8; ESCUCHURI (2004) p. 21; HUERTA (2003) p. 21) lo que supone aceptar (correctamente) que norma y enunciado son algo diverso. BUSTAMANTE (2010) p. 85; RÓDENAS (2015), p. 15; RATTI (2013) p. 129.

<sup>27</sup> Constituye la forma de comprensión dominante en Chile como bien destaca OSSANDÓN (2018) p. 970, nota 71 (con referencias bibliográficas) y MUÑOZ (1986) p. 367. En esa línea CURY (2007) pp. 206 y 668; ETCHEBERRY (1997) p. 122; GARRIDO (2007) p. 335-336; LABATUT (1993) p. 174; NOVOA (2005) p. 249; ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 354. En su tiempo, BUSTOS (1962) p. 72 y FONTECILLA (1956) pp. 52 y 91.

<sup>28</sup> CURY (2007) p. 667; FERNÁNDEZ (2013) p. 27; ETCHEBERRY (1997) p. 122. Lo dicho explica el uso en otros contextos (como el alemán) del término “unidad de ley” y antes de “concurso impropio” (STRATENWERTH (2005) p. 540), en tanto enfatiza que las leyes desplazadas no concurren (FRISTER (2016) p. 679; JESCHECK y WEIGEND (2014) pp. 1092 y 1093). Lo mismo ocurre en el uso del “concurso de leyes” como opuesto a “concurso de delitos” (FERNÁNDEZ (2013) p. 27), y con el propio calificativo de “aparente” que suele acompañar (ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 354). Sobre la terminología MAÑALICH (2005) p. 1039.

<sup>29</sup> MAÑALICH (2018b), pp. 175 y ss.; Antes, MAÑALICH (2005) pp. 1040, 1173-1174. En España GARCÍA (1995) p. 209; MIR (2005) p. 638; En Alemania, MAURACH *et al.* (1995) p. 557 y 561; Implícito en FRISTER (2016) p. 680. Como problema de “punibilidad” PALMA (2004) p. 36. Sobre el nexo entre norma de sanción o secundaria y reglas de aplicación (adjudicación) Rodríguez, p. 192 y 193.

<sup>30</sup> MAÑALICH (2005) p. 1023; OSSANDÓN (2018) p. 969; PRAMS (2010) p. 461. Asimismo, tempranamente, ETCHEBERRY (1964) pp. 24-25 (como parte de “la aplicación de la ley”).

<sup>31</sup> En España la doctrina clásica fue influyente hasta hace poco (MATUS (2002) pp. 48 y 49; SANZ (2012) p. 16; Asimismo, SUÁREZ (2001) p. 64 (con cita de autores) pero se reconoce que tiende al abandono (MIR (2005) p. 638). Se constata lo dicho en CASTELLÓ (2000) p. 7 y 14; ESCUCHURI (2004) pp. 13-15; PEÑARANDA (1991). En Alemania, lo mismo (MATUS (2001) pp. 45 y ss.), favoreciéndose en la actualidad el reconocimiento del concurso efectivo (GARCÍA (1995) p. 135; STRATENWERTH (2005) p. 540). En Chile, MAÑALICH (2005) pp. 1023, 1039, 1040 y 1193; antes, MAÑALICH (2004) p. 499; y tempranamente MATUS (2005) p. 466. En Argentina, NINO (1972) p. 48 y 66; PESSOA (2018) p. 83.

<sup>32</sup> CASTELLÓ (2000) p. 7; ESCUCHURI (2004) pp. 13-15; GARCÍA (1995) p. 135; MATUS (2000) pp. 74-75. MATUS (1999) p. 79; MAÑALICH (2005) p. 1023, 1039, 1040 y 1193; MAURACH *et al.* (1995) pp. 557 y 561; PESSOA (2018) p. 83.

<sup>33</sup> ZORZETTO (2013) p. 395.

para su ejecución individual. Ello es así pues dicha aplicación conjunta (por definición imprevista) podría resultar objetable (en su interacción contingente) bajo la forma de un conflicto de normas (de sanción)<sup>34</sup>. Frente a ello se acude al recurso que ofrecen las reglas de preferencia, a fin de hacer uso solo de algunas de estas normas por sobre las otras, que resultan por ello excluidas de consideración, aplicable cuando de esa forma se da cuenta de la totalidad de los aspectos (o propiedades) del hecho que resultan relevantes de considerar, sin duplicar ninguno<sup>35</sup>.

Las ventajas de esta tesis son considerables, especialmente si se tiene en cuenta los déficits estructurales que se plantean (como objeción) respecto de la construcción tradicional<sup>36</sup>. No obstante, plantea efectos que no siempre resultan sencillos de asumir, en tanto suelen resultar contraintuitivos, especialmente en casos en que pareciera altamente complejo afirmar un auténtico concurso de delitos, y en los que resulta fundamental la consideración de que se trata de supuestos configurados en torno a una misma y única acción. Como ejemplo reiteramos el caso del infanticidio, pues no resulta sencillo convencer que quien da muerte a un hijo antes de las 48 horas de vida ha cometido realmente tres delitos (homicidio simple, calificado e infanticidio) precisamente teniendo en consideración el que ha ejecutado una sola acción. Y lo propio sucede en la apropiación ejecutada en un domicilio con fractura y en forma violenta (contra las personas), pues todo indica que se trata solo de la ejecución de un único delito de robo.

Lo dicho se extiende a buena parte de los casos referidos a especialidad (más precisamente a los que se configuran por especificación<sup>37</sup>) y, particularmente, en todos los supues-

<sup>34</sup> Es fundamental tener en cuenta que todo enunciado que contiene una norma condicional (como las normas penales primarias) admite un doble proceso de identificación, referido, por un lado, a una norma de conducta (dirigida al ciudadano) y, por otro, a una “norma de sanción” (dirigida al adjudicador). MAÑALICH (2005) p. 1192 y, algo más general, en ALONSO (2018) p. 110. La misma distinción se propone bajo la denominación de norma primaria y secundaria (RETTIG (2017) pp. 37-41)

<sup>35</sup> CID (1994) p. 40; GARCÍA (1995) pp. 48 a 53, 178, 181 y 183,

<sup>36</sup> Se critica, en lo fundamental, que se confunde la tarea consistente en la interpretación de las normas con la operación relativa a su sistematización (ALONSO (2018) pp. 74, 75, 94 y 97; GUASTINI (2011) pp. 111 y 112; ITURRALDE (1987) pp. 32 y 35; RATTI (2013) p. 121. BULYGIN (1991) p. 483; y que resulta inconsistente con los criterios que dominan la resolución de los problemas de comunicabilidad, error y participación en el delito, pues dichas dinámicas presuponen la concurrencia de tipos básicos y figuras agravadas, calificadas o privilegiadas (PEÑARANDA (1991) pp. 136-179 –fundamental–; OSSANDÓN (2018) pp. 971-972; ESCUCHURI (2004) pp. 48-56; PESSOA (2018) pp. 100 y ss. Asimismo, con respecto al error, MATUS (1999) pp. 82-105; MAÑALICH (2015), pp. 193-194; impide el “resurgimiento de la norma preterida” cuando la norma preferente no se aplica por causas extra sistemáticas (MATUS (2002) pp. 41 y ss.; MAURACH *et al.* (1995) p. 557; PALMA (2004) p. 21 y 233; PEÑARANDA (1991) p. 67; ROXIN (1997) p. 1021 y, con matices NINO (1972) p. 52.), como en la tentativa calificada (MATUS (2002) pp. 43, 44 y 61; ROXIN (1997) p. 1018; PESSOA (2018) pp. 105 y ss.); y, finalmente, obliga a una reinterpretación en base a relaciones genéricas construidas en abstracto en sentido extensional (RATTI (2013) p. 244; CASTELLÓ (2000) p. 119) y anticipadas, con resultados incompatibles con el mandato de exhaustividad. Por otro lado, la tesis de la aplicabilidad tiene la ventaja de resultar compatible con la conceptualización de instituciones fundamentales de los sistemas jurídicos (como la validez, eficacia, aplicabilidad y derrotabilidad de las normas) que resultan difíciles de sostener desde la perspectiva tradicional y que no son sencillas de obviar en la actualidad (Por todos, NAVARRO y MORESO (1996) p. 138.)

<sup>37</sup> Una parte de la doctrina distingue los casos señalados (especificación) de los de especialidad “por adición”. Los primeros se forman por la precisión de algún elemento del tipo general; los segundos, agregando un elemento no considerado. Al respecto véase GARCÍA (1995) p. 322-323.

tos en que concurren dos o más tipos penales que constituyen especificaciones alternativas y diversas de una figura básica común<sup>38</sup>, en los que nadie discute la solución del concurso aparente (esto es, la aplicación de una preferencia y la correlativa exclusión). En concreto, no se trata de negar, rechazar o controvertir el que un mismo supuesto pueda admitir una pluralidad de calificaciones jurídico-penales<sup>39</sup>, de forma que puede perfectamente servir de recipiente a una pluralidad de delitos. Se trata más bien de constatar que en estos casos dicha pluralidad resulta cuestionable, pues el sentido que ofrece la regulación pareciera indicar sin lugar a dudas que se trata de casos unitarios, con base en el indicativo que aporta el que indiscutiblemente se trata de una sola acción a valorar. De ahí la relevancia que tienen a los efectos que nos convocan en este desarrollo en particular.

El que todos estos casos hayan podido ser regulados en forma conjunta o separada o a través del uso de circunstancias modificatorias reafirma la idea de que su expresión formal no es más que “una opción regulativa del legislador” que no puede ser interpretada como una decisión relativa a “crear un nuevo o nuevos delitos”. La pluralidad por ello no sería más que aparente, tal cómo sugieren los términos de la doctrina clásica. Lo dicho se confirmaría además si se tiene en cuenta que los fallos que recaen en este tipo de casos no suelen dejar constancia de la pluralidad descrita a la hora de condenar, constituyendo una práctica casi unánime en los casos de especialidad, y que contrasta con la forma más usual bajo la cual los jueces actúan en los demás casos en que se reconoce un concurso aparente (pues sueñen dejar constancia del problema y de la solución)<sup>40</sup>. Esta misma lectura se apoya en el hecho de que en estos casos se puede anticipar el potencial conflicto<sup>41</sup>, de forma que no se presenta como una eventualidad o en términos contingentes, que debiese ser lo propio de las hipótesis de concurso aparente. Así, todo parricidio será, a su vez, un homicidio; y todo robo, un hurto, de forma que siempre sería posible evitar una potencial redundancia con base en las técnicas que ofrece la interpretación (que en particular buscaría además plasmar lo que se entiende es la pretensión del propio legislador)<sup>42</sup>.

Lo dicho hasta el momento obligaría a profundizar el debate entre ambos planteamientos pues resultaría indispensable ofrecer criterios que permitan distinguir (y en su caso exceptuar) este tipo de casos del tratamiento general, en la medida que se desee mantener la orientación propuesta bajo la tesis de la aplicabilidad. Y –lo relevante– es que en dicha tarea sería fundamental tomar postura acerca de cuándo es posible sostener una unidad en la acción ejecutada que “obligue” a identificar una unidad de delito, a pesar de la múltiple tipicidad formal. No obstante, creemos que nada de eso resulta necesario, según pasamos

<sup>38</sup> Este caso es considerado uno de los más discutidos en doctrina del concurso (GARCÍA (1995) p. 372; ESCUCHURI (2004) pp. 270-282. Cabe destacar que en Alemania se los califica de preferencia como un concurso ideal, si bien dicho modelo prevé una solución penológica idéntica a la que se concede al concurso aparente (la absorción simple y no agravada. Sobre esto último GARCÍA (1995) p. 373; STRATENWERTH (2005) p. 541.

<sup>39</sup> Por todos, OSSANDÓN (2018) p. 965.

<sup>40</sup> FRISTER (2016) p. 682.

<sup>41</sup> Al respecto NOVOA (2005) p. 254; PESSOA (2018) p. 121; SANZ (1986) p. 122.

<sup>42</sup> En este sentido se trataría de casos asimilables a los de “subsidiariedad expresa” y a aquellos que se pueden interpretar como hipótesis concursales especialmente reguladas (como sucede en los delitos complejos). MAÑALICH (2005) p. 1026; GARRIDO (2007) p. 336; ROXIN (1997) p. 1002; STRATENWERTH (2005) p. 542.

a desarrollar en las líneas que siguen. En lo fundamental basta con advertir que la propia identificación de una pretensión tras la forma que adopta la consagración de la decisión del legislador permite advertir que no hay nada en estos casos que incida concretamente en el campo de la determinación de los imperativos de conducta que se regulan, sino que solo expresa una decisión relativa a la manera como el legislador pretende que estos casos sean sancionados<sup>43</sup>. La forma del respectivo enunciado (o de los enunciados) no constituye en estos casos un elemento de juicio que sirva para sostener una interpretación sobre lo que cuenta como delito, ni sobre cuántos de ellos se pueden considerar concurrentes, sino que solo refleja lo que el legislador dispone para su penalización o, lo que es igual, lo que decide aplicar como regla de sanción para los eventos en que se constate su comisión<sup>44</sup>.

A este respecto conviene tener en cuenta que los casos referidos a “tipos *mixtos alternativos*”<sup>45</sup> o con pluralidad de hipótesis de comisión se presentan con una estructura similar, construida en términos inversos. En ellos, se trata de una pluralidad de conductas (y en su caso, de acciones) que solo darán lugar a una misma y única regla de sanción por expresa disposición del legislador, quien pareciera reunirlos en un solo precepto o enunciado precisamente a dichos efectos<sup>46</sup>. La constatación es altamente relevante pues respalda contundentemente lo dicho, toda vez que demuestra que en estos casos la forma que asume el enunciado no se vincula en modo alguno a la constatación de una unidad o pluralidad de acciones o conductas (que acá no se discute), sino que encuentra su sentido preciso en una definición sobre pena (es decir, sobre la regla de sanción aplicable). El ejemplo sirve además para resaltar que la noción de delito solo expresa una calificación de comportamiento que se identifica con la descripción de un “tipo” o clase de conducta<sup>47</sup>, de forma que la concurrencia, esto es, el “concurso”, no es más que la constatación de una pluralidad de “casos-tipo” que se constatan en torno a un sustrato. De esta forma, nada hay que objetar

<sup>43</sup> Así, ETCHEBERRY (1964) p. 71. Lo propio sucede con las cláusulas de subsidiariedad expresa y en los delitos complejos (GARCÍA (1995) p. 119; MAÑALICH (2005) p. 1026), en los que solo se advierte una definición sobre pena. Por ello, las cláusulas señaladas no se interpretan como “elementos negativos del tipo”, sino como reglas de aplicabilidad (de pena). En este sentido, MAÑALICH (2018b) pp. 193. OSSANDÓN (2018) p. 972. Así, en Chile, el sentido de la cláusula prevista en el art. 391 del CP no es excluir los casos de parricidio de la prohibición contenida en el homicidio simple o calificado, sino solo exigir que esos “homicidios” –que lo son– se penalicen con una regla de sanción diversa (en particular, con la prevista para el parricidio).

<sup>44</sup> La operatoria propuesta coincide con uno de los usos que se atribuyen al denominado “elemento sistemático” como criterio de interpretación (GUASTINI (2015) p. 44; NOVOA (2005) p. 136; RETTIG (2017) pp. 269-270). Se trata de una práctica que suele ser objetada como ejercicio hermenéutico, teniendo en cuenta lo que debiese ser objeto de interpretación es el contenido de un enunciado, y no su forma, ubicación u otros elementos semejantes. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la interpretación no puede servir de base para concluir la derogación total o parcial de otra (GUASTINI (2011) pp. 111 y 112) o su invalidación (MARTÍNEZ (1993) pp. 81), que es lo que sucede cuando se procura modificar su ámbito de cobertura. Lo dicho es posible, pero no a partir de la hermenéutica DIEZ (1994) p. 399; FERRER y RODRÍGUEZ (2011) p. 164; GUASTINI (2011); HUERTA (2003) pp. 160 y ss.; ZORZETTO (2013) p. 396. Sobre la relación entre cobertura de una regla y su validez, véase, por todos, PÉREZ (2009) p. 17. En cualquier caso, constituiría una “invalidez parcial” (en tanto “recorta” una parte de los supuestos) como detalla ESCUCHURI (2004) pp. 15 y ss.

<sup>45</sup> ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 319.

<sup>46</sup> CURY (2007) p. 653; GARCÍA (1995) p. 115-117 y 141.

<sup>47</sup> MATUS (1999) p. 99 y 100; NOVOA (2005) p. 221. Implícito en ESCUCHURI (2004) p. 26; PESSOA (2018) p. 34; PEÑARANDA (1991) pp. 31-32; POLITOFF *et al.* (2003), p. 445; VIVES (1981) p. 16;

a la afirmación de tantas calificaciones y delitos como unidades o tipos de conducta sean satisfechos en un mismo supuesto. El que resulte contraintuitivo es algo que se explica por la errónea y arraigada tradición, desarrollada en el transcurso del siglo XX, que identifica el delito con una expresión material centrada en la acción (entendida como “natural”) y que, en buena medida, se encuentra hoy en día ampliamente superada<sup>48</sup>.

Por su parte, el que la práctica judicial no suela dar cuenta formal de la pluralidad delictiva admite también una reflexión, considerando que se trata de un uso que solo es propio de los casos de especialidad y no de todos aquellos que se resuelven como concursos de leyes (o “concursos aparentes”) de manera uniforme. Esta práctica no parece encontrar sus razones en una distinción o característica de carácter material o sustantiva, sino que se explica por cuanto se trata de situaciones (relativamente escasas) que ofrecen la particularidad de que la redundancia y la preferencia pueden preverse por anticipado<sup>49</sup>, con base en la especial forma que presenta la decisión legislativa que los regula<sup>50</sup>. No obstante, y a pesar de ello, no se puede negar que conservan plenamente la característica de constituir una conjunción (conurrencia o “concurso”) de carácter contingente o eventual, más allá de lo que parece<sup>51</sup>. Si bien lo señalado debilita el reconocimiento de dicho carácter cuando se satisfacen los presupuestos de la figura especial (pues por definición son hipótesis en las que siempre se cumplirá con el contenido de la norma general<sup>52</sup>) no es posible obviar que constituye una condición o cualidad que se mantiene intacta en los demás casos, por el simple hecho de que no es posible anticipar aquellos en los que puede concurrir el tipo general de forma aislada (sin que se satisfaga al mismo tiempo el tipo “especial”). Así, la posibilidad de una concurrencia sigue siendo una eventualidad (una contingencia), pues depende de que el supuesto de que se trate incluya las propiedades que lo especifican o califican (previstas en las reglas “especiales”)<sup>53</sup>, lo que no se puede advertir, intuir y menos afirmar por anticipado<sup>54</sup>. Constituye por ello un tipo de conflicto de normas que mantiene todos sus elementos definitorios en cuanto tal (incluyendo el carácter contingente), y que, en tal virtud, se identifica en doctrina como un conflicto de carácter “total/parcial”<sup>55</sup>. De esta forma, todo indica que es esta peculiaridad lo que explica la mencionada práctica judicial, pues, tratán-

<sup>48</sup> BUSTOS (1962) pp. 32 y ss.; CARAMUTI (2018) pp. 33, 35 y 209; ETCHEBERRY (1964) pp. 11-12; ZAFFARONI Et. Al (2002) p. 865, y, en el contexto alemán, FRISTER (2016) p. 666; JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1073. Sobre la “superación” aludida HILGENDORF y VALERIUS (2017) p. 320; VIVES (1981) p. 16.

<sup>49</sup> En ese sentido se sostiene –de forma apresurada– que en ellos la especialidad se advierte a partir del contraste abstracto de las normas. Al respecto NOVOA (2005) p. 254; PESSOA (2018) p. 121; SANZ (1986) p. 122.

<sup>50</sup> Cabe destacar que lo dicho también sucede en los delitos complejos y, por definición, cuando se hace uso de una cláusula de subsidiariedad expresa. Por ello, como destaca JAKOBS (1997) p. 1056, “resultan más sencillos de resolver”.

<sup>51</sup> MAÑALICH (2018b) pp. 197-198, quien por ello los define como casos de “redundancia circunstancial intrínseca”.

<sup>52</sup> PEÑARANDA (1991) p. 36.

<sup>53</sup> Lo destacan, a los mismos efectos, JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1095.

<sup>54</sup> Al respecto véase la forma como ZORZETTO (2013) p. 392 define este tipo de relaciones.

<sup>55</sup> Así, DIEZ (1994) p. 396. Los conflictos entre normas pueden ser caracterizados a este respecto según el tipo de concurrencia que se proponga desde los enunciados respectivos. En estos casos la relación “total / parcial” implica que en una dirección siempre habrá conflicto, lo que resulta aleatorio en la otra. Asimismo, la relación “parcial / parcial”, supone que el carácter problemático es contingente respecto de ambas (de forma que, en relación a ambas reglas puede existir conflicto, según las circunstancias). Sobre la categorización véase RUIZ

dose de la concurrencia de las figuras especiales el concurso se presentará como algo “necesario” o predecible, permitiendo anticipar el conflicto y la preferencia que lo resuelve. Así se explica también por qué dicha práctica no se refleja en modo alguno en la amplia mayoría de supuestos diversos en que se afirma el “concurso aparente” en forma indiscutida, y en los que en la sentencia se suele dejar constancia de la concurrencia y de la institución.

De esta forma, nos parece que nada hay tras estos casos que lleve a alterar los elementos bajo los cuales cabría caracterizar a esta institución (concurso aparente de delitos) o definir la naturaleza del problema que ofrece, ni de su solución, confirmando con ello que en este campo carece por completo de relevancia el tratamiento de lo que cabe considerar como una unidad de acción (o como varias).

### 3. CASOS DE UNIDAD NATURAL O JURÍDICA DE ACCIÓN

Por otro lado, hemos ya anticipado que los casos en que se compromete la concurrencia de un mismo y único tipo de hecho punible también resultan problemáticos, por la sencilla razón de que no siempre es sencillo determinar cuándo se puede afirmar que ha sido realizado en una única vez o en más de una oportunidad, configurando en este último caso un concurso real homogéneo. La entidad de la dificultad se advierte si tenemos en cuenta que los casos que se tematizan en la doctrina en torno a la llamada unidad de acción homogénea<sup>56</sup> (y extremos como casos de “delito continuado”<sup>57</sup>) son los que hasta el momento ofrecen más soluciones parciales y resultan más discutibles<sup>58</sup>. Destacan en particular las situaciones denominadas de ejecución progresiva, sucesiva o iterativa del tipo<sup>59</sup>,

---

(2015) p. 59 y ss.; HUERTA (2003) pp. 74 y ss. Los desarrollos se suelen exponer en torno a antinomias, pero se replican en los mismos términos respecto a las redundancias (NINO (1995) pp. 274-275).

<sup>56</sup> Por todos, GARRIDO (2007) p. 338.

<sup>57</sup> En el mismo sentido MAÑALICH (2018b) p. 174. Sobre el fondo véase MALDONADO (2015) pp. 216 y ss. El tratamiento de la “unidad de acción homogénea” está estrechamente vinculado al que se asigna al delito continuado, pues lo que se sostenga sobre uno impacta en la extensión de los casos que se reconocen en el ámbito del otro. Con detalle, CARUSO (2018) p. 49 y ss. (quien además destaca la consideración de criterios comunes).

<sup>58</sup> Por todos, CARUSO (2018) p. 15

<sup>59</sup> Los casos de ejecución iterativa, aluden a situaciones de “ejecución homogénea equivalente reiterada en tiempo próximo” (JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1063; MAÑALICH (2005) p. 1031), mencionándose como ejemplos de estilo una paliza o un conjunto de insultos (ROXIN (1997) p. 950). Por su parte, los casos de *ejecución sucesiva* se refieren a una “continuidad de actos que admite ser dividida en etapas” (MAÑALICH (2005) p. 1031; ROXIN (1997) p. 953). En dicha denominación se incluyen los casos referidos a acciones prolongadas o plurales también denominados “delitos de acción múltiple homogénea”, como la “pertenencia a una organización”, la “falsificación de moneda” o el “suministro de información”. ROXIN (1997) pp. 947-948; ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 320. Finalmente, están los casos de ejecución progresiva que son aquellos en los que una sucesión continua de actos “incrementa la gravedad objetiva del hecho” materializando una lesión que “va de menos a más”. MIR (2005) p. 627; CARUSO (2018) pp. 27 y 28). Estos últimos admiten incluso que la “progresión” incluya ilícitos de diversa naturaleza (desde la injuria, a la amenaza, los golpes, la lesión física e inclusive la muerte) cuyo tratamiento debiese por ello corresponder a las esferas del concurso aparente de leyes penales (ETCHEBERRY (1964) p. 20; ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 359). En esta misma línea también cabe destacar que la jurisprudencia alemana reconoce una ejecución iterativa tratándose de casos en que se incurre en numerosas infracciones de tránsito en una misma persecución (FRISTER (2016) p. 674; ROXIN (1997) pp. 956-957). Para una visión crítica véase el propio ROXIN (1997) en pp. 958-959; y HILGENDORF y VALERIUS (2017) p. 320.

casos (todos) en los que resulta insuficiente constatar que un determinado supuesto de hecho satisface las correspondientes propiedades típicas para poder precisar si la ejecución es unitaria o plural, de forma que siempre se termina recurriendo a un criterio diverso o complementario, necesariamente externo o ajeno a dicha definición, a los efectos de “cuantificar”. En dicha tarea lo más usual es el recurso a factores naturalísticos (como la unidad del contexto fáctico, una cierta progresión en la lesión o la inmediatez o proximidad espacio-temporal, etc.)<sup>60</sup>, propuesto incluso por autores que acertadamente los han descartado a nivel general<sup>61</sup>. Por sobre ellos, se recurre a la identificación de una intensión o vinculación subjetiva global<sup>62</sup>; a la constatación de uno o varios resultados típicos<sup>63</sup>, o a la lesividad concreta para un bien jurídico en particular<sup>64</sup>; en especial cuando se trata de un bien de carácter personalísimo<sup>65</sup>, con resultados que siempre se muestran insatisfactorios a nivel general. Lo único en que todas las propuestas coinciden es en la necesidad de contar con un criterio adicional que se identifica, en todos los casos, con la posibilidad de sostener una única acción (y, en ese sentido, una única ejecución o realización) que cuente como (única) ejemplificación de una determinada clase de acción<sup>66</sup>.

Al respecto creemos que las dificultades que ha enfrentado dicha tarea están estrechamente vinculadas a la pretensión de alcanzar criterios de carácter general para enfrentar estas problemáticas, pues se trata de una dinámica infructuosa a dichos efectos. La pretensión de alcanzar criterios comunes que tengan validez general pasa por alto que la determinación de una unidad (o pluralidad) depende inicialmente del tipo de objeto de que se trate, lo que demanda la consideración precisa de sus particularidades y de todas ellas<sup>67</sup>. Así, parece claro que no es lo mismo saber cuándo se ejecuta una lesión corporal o varias que cuando se lleva a cabo un hurto o una estafa o varias de ellas, pues en cada caso el análisis se debe fundar en elementos o particularidades diversas. De esta forma, lo primero a

<sup>60</sup> CURY (2007) pp. 650, 651 y 663 y ss.; CUERDA (1997) pp. 348 y ss.; NOVOA (2005) p. 222; ROXIN (1997) p. 947 (con matices). Véase también CUELLO (1979) p. 56, quien califica este tipo de procedimientos como algo usual.

<sup>61</sup> Se suelen rechazar en Alemania y en España, ESCUCHURI (2004) p. 374. Crítico, con matices NINO (1972) p. 37; ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 317;

<sup>62</sup> ARCE (1996) p. 45; ETCHEBERRY (1964) p. 100; JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1060; WELZEL (1993) pp. 266 y 267; VÁSQUEZ (1996) pp. 218-219 (destacando que es dominante en USA y Puerto Rico)

<sup>63</sup> Crítico ARCE (1996) pp. 38-41; CARUSO (2018) p. 19; MAURACH *et al.* (1995) pp. 529-530; ZAFFARONI *Et. Al.* (2002) p. 855-857, en general, bajo el sencillo argumento de que una acción puede perfectamente provocar varios resultados.

<sup>64</sup> CASTELLÓ (2000) pp. 47 y ss. Crítico, CID (1994) p. 46; NINO (1972) p. 51

<sup>65</sup> CÁRDENAS (1973) p. 36; con matices (reconociendo algún grado de utilidad); CURY (2007) p. 651; GARRIDO (2007) p. 337; POLITOFF *et al.* (2003) p. 449; ESCUCHURI (2004) pp. 390-391; FRISTER (2016) p. 690; GARCÍA (1995) p. 124 (en tanto no admiten graduación de la lesión). En el mismo sentido JAKOBS (1997) pp. 1081-1083).

<sup>66</sup> ARCE (1996) p. 109; CARUSO (2018) p. 15. A este respecto se debe tener en cuenta que la posibilidad de afirmar una “unidad de delito” se basa en una doble relación de identidad como acertadamente ha destacado Mañalich en nuestro medio (MAÑALICH (2018 c) pp. 172-173; implícito POLITOFF *et al.* (2003) p. 441). En primer lugar, supone constatar la satisfacción de las propiedades de un único tipo de hecho punible y, en dicho caso, supone además verificar que sus exigencias solo se han satisfecho (en los hechos) en una única oportunidad, confirmando lo señalado. Sobre propuestas alternativas referidas a esta misma cuestión véase CARAMUTI (2018) pp. 45-47.

<sup>67</sup> NINO (1972) p. 36.

tener en cuenta es que la operación a realizar debe tomar como base el contenido completo de cada tipo de delito en particular (de todas sus propiedades constitutivas) pues constituye una base (mínima) que en modo alguno se puede obviar, más allá de que en algunos casos se pueda requerir un ejercicio o complemento adicional y posterior<sup>68</sup>. Así se explica que las referencias propuestas en doctrina en torno a la lesividad del comportamiento (riesgo o lesión progresiva del bien jurídico), a las propiedades más significativas de la acción (en tanto modos de comisión específicos o alternativos) o a otros caracteres relativos a contenidos esenciales de la correspondiente infracción (como el resultado, el bien jurídico, su carácter personalísimo, y otras semejantes), parezcan del todo razonables de considerar, pues el problema que ofrece su consideración no dice relación en modo alguno con su pertinencia. En efecto, constituyen elementos de juicio tan correctos como insuficientes si se acude a ellos como criterios exclusivos, autónomos o individuales, pues de lo que se trata es de verificar la concurrencia de todas y cada una de ellas. Además, y por lo mismo, se trata de criterios o referentes que no ofrecen una utilidad general o común, pues no parece posible arribar a criterios únicos, uniformes o generales, teniendo en cuenta que cada delito ofrece elementos y propiedades definitorias que no tienen por qué ser coincidentes, ni comunes<sup>69</sup>.

Por sobre ello no hay que perder de vista que la operación a realizar con base en dicho contenido consiste en precisar cuándo un determinado ámbito del mundo (de la realidad) cuenta o puede contar como un caso o una concreta ejemplificación de las propiedades específicas que describen al correspondiente tipo de hecho punible de que se trate. Y cuando, a la inversa, dicho contexto refleja o da cuenta de una satisfacción plural de la totalidad de las propiedades correspondientes. De ahí que la naturaleza del problema a tratar diga relación con el campo de la subsunción y no —como suele proponerse— con una operación referida a la interpretación<sup>70</sup>, cuyo objetivo apunta a precisar una determinada instancia de realización o varias. Se trata por ello de un ejercicio eminentemente valorativo relativo a la dimensión intensional del respectivo delito<sup>71</sup>.

Con ello, se podrá también advertir que la operación que se demanda materializa un ejercicio que es propio de la llamada parte especial del derecho penal<sup>72</sup>, en cuanto responde al análisis propio de las particularidades que supone cada hipótesis punible en específico. Resulta por ello erróneo, y en buena medida “distractivo”, referirlo a cuestiones circunscritas a la parte general, a la propia “teoría del delito” o a la “teoría del tipo”, pues se trata de ámbitos relativos a cuestiones de carácter general y común. Tras ello resulta claro que la noción de

<sup>68</sup> ARCE AGGEO (1996) p. 109.

<sup>69</sup> Así CASTELLÓ (2000) p. 40; con ejemplos relativos a la regulación del homicidio y del hurto.

<sup>70</sup> Así, en el sentido objetado, LIFANTE (2015) p. 191, quien de una u otra forma identifica el problema como uno relativo a identificar cuál es la regulación jurídica aplicable a un determinado supuesto. Próximo CUELLO (1979) p. 48. Otra opinión en CARUSO (2018) p. 15.

<sup>71</sup> MAÑALICH (2014) p. 551. Por ello, no se trata solo de “clasificar”, sino de “calificar” el hecho, que es lo propio de un proceso que supone la consideración y aplicación de una definición (conceptual). Al respecto, CASERO (2016) pp. 30 y 230 y ss. Sobre la dimensión intensional y extensional de un delito, a nivel general, véase (en términos descriptivos) GARCÍA (1995) pp. 149 y 150; MAÑALICH (2018b) p. 185 y ss. Sobre la relación entre la noción de “realización de un supuesto” y su dimensión comunicativa véase FLETCHER (2008) p. 374.

<sup>72</sup> CUERDA (1997) pp. 353-354; ESCUCHURI (2004) p. 396; ROXIN (1997) pp. 948-949; Próximo ZAFFARONI Et. Al (2002) p. 861.

realización a la que hemos aludido da cuenta de un supuesto más amplio que las referencias alusivas a la idea de acción o hecho; siendo al mismo tiempo más específico<sup>73</sup>, tanto en lo referido a las propiedades o particularidades necesarias de advertir o constatar en los hechos, como en lo relativo a la multiplicidad de formas bajo las cuáles se pueden manifestar<sup>74</sup>.

Lo dicho resulta suficiente para dar cuenta del por qué creemos que en este plano tampoco cabe recurrir a una noción única o general de unidad de acción, en algo que sea diverso al contenido propio de lo que cuenta como delito en torno a cada figura punible<sup>75</sup>. Por sobre ello, creemos que resulta necesario compartir una única consideración general de carácter común a fin de dar cuenta más acabada de las referencias metodológicas necesarias de tener en cuenta en torno al caso-problema que nos ocupa en este apartado<sup>76</sup>. La tarea a realizar supone la concreción de un juicio valorativo de carácter específico, centrado en un supuesto de hecho particular y determinado (lo que realmente ocurrió). De esta forma, se deben descartar todo tipo de aproximaciones que supongan un fraccionamiento artificial de los mismos o razonamientos basados en lo que “pudiese haber ocurrido”, lo que es usual. Así, no es relevante advertir que satisface las exigencias típicas el hecho de que el infractor introdujo su mano en la caja sustrayendo un fajo de billetes, si el caso plantea que lo hizo alrededor de treinta veces, pues con ello se pierde de vista que el problema radica en determinar concretamente si esta última descripción (completa) satisface una o varias veces, al supuesto en cuestión. Y lo propio sucede con quien propina una pluralidad de golpes en el rostro de la víctima, cuyo efecto acumulativo provoca una determinada lesión (caracterizada por una determinada gravedad o entidad). Fraccionar el hecho implica desconocer que las fases posibles de identificar en torno a un delito suelen carecer de relevancia autónoma en cuanto tales si forman parte de una ejecución más completa o acabada, pues en dichos supuestos no son “algo que ha sucedido”, sino una mera suposición. De ahí que su conside-

<sup>73</sup> La idea de “realización” no es extraña en el derecho penal. Se la utiliza acá, en torno a casos de unidad de acción homogénea (MAÑALICH (2018a) pp. 82, 94 y 95); para la identificación del sustrato de un delito (FERNÁNDEZ (2013) pp. 36, 37 y 44); en los actos anteriores y posteriores copenados (muy claro en NINO (1972) p. 61) y, con un sentido aún más amplio, en torno al concurso ideal (FRISTER (2016) pp. 671-672; ROXIN (1997) pp. 969-970).

<sup>74</sup> La concreción que se demanda es doble pues, por un lado, se vincula al tipo de hecho punible de que se trate en específico y, por otro, alude a los caracteres concretos del supuesto de hecho en particular. Sobre esto último, CÁRDENAS (1973) p. 85; FONTECILLA (1956) p. 73.

<sup>75</sup> Cobra sentido por ello (si bien resultan igualmente insuficientes y por la misma razón ya señalada) el recurso a planteamientos mixtos basados en una sumatoria de criterios complementarios, como en GARRIDO (2007) p. 337; FRISTER (2016) p. 672. Se refiere a ellos, con detalle, ESCUCHURI (2004) p. 389; CUERDA (1997) p. 346; SANZ (1986) pp. 130-131 y GARCÍA (1995) p. 121. En este sentido también caben referencias a la noción alemana de “*unidad natural de acción*”, relativa a casos integrados por varias acciones que son reunidas por una apreciación interpretativa (“natural”) fundada en la “*normal concepción de la vida*”. Al respecto, ROXIN (1997) p. 945 y ss. y, especialmente, p. 950; FRISTER (2016) p. 669. No se puede sin embargo obviar que su uso se critica profusamente por su indeterminación, arbitrariedad o vaguedad, como destaca JESCHECK y WEIGEND (2014) p. 1061; JAKOBS (1997) pp. 1090-1091; STRATENWERTH (2005) p. 537 y ZAFFARONI Et. Al (2002) pp. 857-858.

<sup>76</sup> Por razones de espacio, y en atención a que lo dicho da cuenta de lo necesario en torno al objeto de análisis específico que nos hemos propuesto para ser desarrollado en el presente trabajo, es que no nos resulta posible extendernos en mayor medida en relación a la forma como se resuelven o pueden resolver los diversos casos problemáticos que se produzcan en particular.

ración y descripción suela estar condicionada a una efectiva ejecución imperfecta<sup>77</sup>. Por esta razón el ejercicio adopta la estructura de un concurso aparente de leyes penales, donde las opciones consisten en el reconocimiento de un concurso real, por un lado, o la afirmación de una única ejecución, por el otro<sup>78</sup>, a resolver con miras a determinar cuál modalidad capta en mejor manera, y de forma íntegra, el desvalor del hecho<sup>79</sup>.

#### 4. UNIDAD DE HECHO EN EL CONCURSO IDEAL

Finalmente, corresponde hacernos cargo de la noción de unidad de acción o de hecho en la distinción entre concurso real e ideal, ámbito en el que, por definición y a diferencia de los casos anteriormente analizados, la noción no juega un papel relevante para la cuantificación de hechos punibles<sup>80</sup>. Ello es así, pues todo concurso de delitos se define por la concurrencia plural de normas incriminatorias en un mismo contexto de juzgamiento, de forma que resulta irrelevante el modo, contexto o relación bajo la cual hayan sido llevadas a cabo. El concurso ideal es un concurso de delitos y supone por ello, por definición, dicha pluralidad. Por ello, se debe afirmar un concurso equivalente en unidad de acción o de hecho (concurso ideal) o en caso de pluralidad (concurso real), perspectiva que demuestra su sentido tras afirmaciones como la siguiente: matar a muchos mediante una metralla

<sup>77</sup> ESCUCHURI (2004) pp. 302-303; GARCÍA (1995) p. 131; JAKOBS (1997) p. 1059; MAÑALICH (2005) p. 1046; MAURACH *et al.* (1995) p. 584; ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 358. Por ello carece de sentido tratar estos casos como “actos anteriores copenados” como destaca, por todos, ROXIN (1997) p. 955, a menos que se trate de tentativas “fallidas” (MATUS (2002) p. 34. MATUS (2005) p. 487). Este ejemplo permite ratificar la relevancia de la aproximación interpretativa “de parte especial”, mecánica a la que varios autores recurren, especialmente, para el análisis de los actos anteriores y posteriores copenados. Al respecto véase ETCHEBERRY (1964) pp. 38 y 39; NINO (1972) p. 62.

<sup>78</sup> En el mismo sentido FRISTER (2016) p. 690 (quien alude al concurso ideal aparente homogéneo). Asimismo, véase MALDONADO (2015) pp. 216-221, en relación a lo que califica como el reconocimiento auténtico de un delito continuado.

<sup>79</sup> Al respecto, ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 334. Lo dicho coincide con el objetivo general que se asigna a toda la teoría concursal, asociado el principio *ne bis in idem* y del mandato de exhaustividad (mal reflejado en la alusión al principio “*qua delicta tot poenae*”). Al respecto ARCE (1996) pp. 22 y ss.; CID (1994) p. 53; ETCHEBERRY (1997) p. 109; ESCUCHURI (2004) pp. 26, 65 y, especialmente, 433 y ss.; MUÑOZ (1986) p. 343; MAÑALICH (2005) p. 1025; NOVOA (2005) p. 220. El punto no alude necesariamente a la identificación de una mayor o menor pena, sino a una que se ajuste en términos proporcionales a las valoraciones que el propio legislador sugiere en las definiciones generales sobre pena y en la precisa asignación de los correspondientes marcos penales. Sobre ello véase MALDONADO (2016b) pp. 583 y ss. Sobre lo impropio de recurrir a la “mayor pena”, en general, FRISTER (2016) p. 681; MATUS (2005) p. 476; PESSOA (2018) p. 85; ZAFFARONI *Et. Al.* (2002) p. 867; ETCHEBERRY (1964) pp. 50 y 93, quien además cita a dichos efectos al art. 23 del Código Civil chileno). Véase también ALONSO (2018) p. 184 en relación a cualquier conflicto de normas. Sobre el criterio opuesto -la menor pena o recurso “pro reo”- véase asimismo ALONSO (2018) pp. 144-145. Lo dicho se ratifica tras el reconocimiento de que es posible atribuir preferencia a una regla con menos pena, como en el caso de delitos privilegiados (DIAS (2013), p. 65; ETCHEBERRY (1997) p. 124; FONTECILLA (1956) p. 99; MAÑALICH (2005) pp. 1045, 1172-1173; NOVOA (2005) p. 254; ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 357).

<sup>80</sup> MAÑALICH (2005) pp. 1027 y 1034.

o hacerlo mediante disparos individuales es, a fin de cuentas, lo mismo, aun y cuando se realice en contextos próximos o espaciados<sup>81</sup>.

Si esto es así, la distinción se justificaría si ofrece una relevancia diversa, descartada de plano la opción de definir la unidad de acción o hecho con base en el contenido del delito (pues, como ya dijimos, habrá tantos como delitos concurrentes)<sup>82</sup>. Bajo este supuesto hay que tener en cuenta que la mayoría de los regímenes establecen una regla comparativamente atenuada para el tratamiento del concurso ideal<sup>83</sup> de forma que la tarea del interprete consiste en identificar el criterio que explique dicha determinación (con independencia de su suficiencia o valoración político criminal)<sup>84</sup>. Desde esta perspectiva la tarea a desarrollar se vincula a interpretar dicha decisión regulativa, pues, como cualquiera, demanda un ejercicio hermenéutico<sup>85</sup>. Resulta por ello idóneo recurrir primariamente al sentido natural (genérico) de la expresión (acción o hecho) que es donde se ha situado en general las propuestas de solución (por sobre la errónea utilización, más o menos precisa, de la misma noción de acción que es propia de la definición de lo ilícito). A este respecto los criterios conocidos recurren a tres órdenes de consideraciones: por un lado, una pluralidad de variantes asociadas al contexto y a razones naturalísticas tributarias de la perspectiva espacio-temporal (como el contexto, la unidad de situación o el carácter ininterrumpido de la ejecución)<sup>86</sup>; por otro las referidas a un criterio externo o construido, como sucede con la identificación de una unidad tras un efecto tangible (aproximación objetiva<sup>87</sup>) o una determinada dirección de la voluntad (aproximación subjetiva<sup>88</sup>); otros, finalmente, procuran delimitar la ejecución unitaria bajo la idea de que no ha sido para el autor resolver la ejecución de los delitos en forma separada (evitabilidad conjunta<sup>89</sup> y concurrencia necesaria

<sup>81</sup> Véase CARUSO (2018) p. 18; ROIG (2011) pp. 120 y ss., en el sentido del ejemplo. Sobre esta base la consideración de los delitos concurrentes no plantea un supuesto que habilite a considerar una regla penológica diferenciada. Por ello, parte de la doctrina sostiene que ni la distinción ni el tratamiento diferenciado se justifican. GARRIDO (2007) p. 350; MATUS (2002), p. 27; MATUS (2005) pp. 469; SUÁREZ (2001) pp. 51 y ss. y p. 147 y ESCUCHURI (2004) pp. 90 y 91 (con especial de referencia al medio español). En Alemania, FRISTER (2016) p. 667 (quien lo califica como “un privilegio injustificado”).

<sup>82</sup> Ver nota N° 6.

<sup>83</sup> Como excepción se menciona Estados Unidos y el abandono de la distinción en Francia, Portugal, Austria y Suiza. MAÑALICH (2005) p. 1150; SUÁREZ (2001) p. 53; STRATENWERTH (2005) p. 549; SANZ (1986) pp. 57 y ss.

<sup>84</sup> No basta con identificar una forma de sostener la unidad de acción o de hecho pues se requiere además de una conceptualización idónea. Constituyen por ello dos cuestiones diversas pero íntimamente relacionadas pues una determinada forma de entender la unidad de hecho no presupone necesariamente una razón que justifique un trato penológico diferente. Otra cosa es que se pueda afirmar que se trata de una razón suficiente o de peso para justificarlo o de valorar la conveniencia de la decisión legislativa. Sobre el habitual uso de esto último como distorsión en la actividad hermenéutica (especialmente en este ámbito) véase MALDONADO (2016b) pp. 557 a 561.

<sup>85</sup> MAÑALICH (2005) p. 1192.

<sup>86</sup> NOVOA (2005) pp. 222-223; POLITOFF *et al.* (2003) p. 445.

<sup>87</sup> Al respecto, a nivel general, véase VAN WEEZEL (2020) pp. 9, 10 y, especialmente, 11 y 12.

<sup>88</sup> ARCE (1996) p. 45; ESCUCHURI (2004); STRATENWERTH (2005) p. 537 y, en nuestro medio, ETCHEBERRY (1964) p. 100; GARRIDO (2007) p. 337. Cita de otros autores de referencia en SUÁREZ (2001) p. 76. Constituye el criterio dominante en el siglo XIX y hasta la mitad del XX como destaca ALVAREZ (2008) p. 66.

<sup>89</sup> MAÑALICH (2018b) pp. 188; MAÑALICH (2018a) p. 85. Crítica en MAURACH *et al.* (1995) p. 528.

o indivisible<sup>90</sup>). En los primeros casos, se suelen expresar razones asociadas a la constatación de una vulneración al *ne bis in idem*, mientras que en el segundo, el criterio se asocia preferentemente al reproche de culpabilidad, en atención a que lo inevitable de la ejecución conjunta o necesaria supondría un déficit en la voluntariedad del acto<sup>91</sup>.

Cada una de estos planteamientos ha sido objeto de observaciones y críticas –algunas bastante profusas– ofreciendo un panorama de conjunto poco alentador<sup>92</sup>. En cuando a la unidad de contexto lo primero es reiterar que se trata de un criterio de aproximación que, por definición, no resulta idóneo para ofrecer criterios o contenidos útiles para identificar una unidad (de cualquier clase)<sup>93</sup>. Por sobre ello, también se debe descartar la posibilidad de que ofrezca sustento para sostener un *bis in idem*, bajo la idea de que nadie podría ser sancionado dos veces por el mismo “hecho”<sup>94</sup>. Lo relevante es que dicha afirmación no se sostiene, por la sencilla razón de que no es posible advertir una doble valoración con base en la consideración exclusiva del contexto material, naturalístico o extensional que ofrece la ejecución de un delito pues, por definición, se trata de una restricción que toma como objeto de referencia al ámbito valorativo<sup>95</sup>. Por esta misma razón se debe también descartar toda otra noción que carezca de una dimensión de sentido como sucede paradigmáticamente con la alusión a la provocación de un “efecto” o resultado, si se la pretende ocupar en forma idónea (lo que supone un contenido diverso al uso que ofrece dicho término en la teoría del delito)<sup>96</sup>. También se suele criticar el recurso a una finalidad común, en tanto no hace más que replicar el caso de que trata el llamado concurso medial, resultando absurdo

<sup>90</sup> LABATUT (1983) Tomo I, p. 173; MUÑOZ (1986) p. 359 y 362; ORTIZ y ARÉVALO (2013) pp. 349, 350 y 352. Asimismo, véase CÁRDENAS (1973) pp. 79 y 80 (en cita a la opinión propuesta sobre esta cuestión en particular por parte de la comisión chilena que intervino en la preparación del Código Penal tipo para Latinoamérica). Constituye en nuestro medio la opinión dominante por una consideración histórica, vinculada a la interpretación propuesta por Pacheco sobre el Código Penal español de 1848, PACHECO (1888) pp. 421 a 423. Lo constata ETCHEBERRY (1997) p. 120; GARRIDO (2007) p. 350; LABATUT (1983) p. 173.

<sup>91</sup> Por todos, ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 343.

<sup>92</sup> Con detalle véase MALDONADO (2020).

<sup>93</sup> Ver nota N° 11.

<sup>94</sup> En este sentido DÍAS (2013) p. 65, con amplia cita de autores de referencia (sin compartir el criterio). Asimismo, a los mismos efectos, véase SANZ (2012) p. 44 y MATUS (2005) p. 467. Entre los autores aludidos se cuenta reiteradamente a Mir, Cuerda y Puppe. Véase también OSSANDÓN (2018) p. 965, reconoce un “cierto efecto parcial del principio” fundado en la “cierta identidad” que ofrece el hecho. En un sentido similar, sostuve un criterio equivalente en MALDONADO (2014) pp. 96, que hoy he abandonado.

<sup>95</sup> Lo dicho es fundamental pues la prohibición no proscribiera la doble valoración, ni la sanción múltiple, sino la repetición de la misma valoración. Nada obsta a que un hecho sea regulado y sancionado con un conjunto de reacciones, sea que se impongan en una misma disposición (como en las penas copulativas) o en varias. Al respecto HERNÁNDEZ (2014) p. 571; MALDONADO (2016b), pp. 579 a 581; MAÑALICH (2014) p. 559; OSSANDÓN (2018) pp. 963, 964 y 986). Por ello sí lo relevante es la dimensión de sentido habrá que comparar las propiedades que definen las respectivas infracciones (MAÑALICH (2018b) pp. 198 y ss.; MATUS (2005) p. 468), a fin de sostener que se repite la misma valoración (GARCÍA (1995) pp. 101 y 102; MAÑALICH (2005) p. 1026), lo que supone operar en torno a la dimensión intensional del supuesto (CASERO (2016) pp. 30 y 230 y ss.; GARCÍA (1995) pp. 234 a 239; MAÑALICH (2018b) pp. 204 a 206; MAÑALICH (2014) p. 551; OSSANDÓN (2018) pp. 966 y 967; RATTI (2013) p. 243).

<sup>96</sup> En el sentido objetado, parcialmente, MAÑALICH (2018 a), pp. 83 y 84 (en cuando lo refiere a una definición “débilmente extensional”). Asimismo, sobre el fondo, véase VAN WEEZEL (2020), pp. 11 y 12.

que el legislador se haya ocupado de regular el mismo instituto en dos ocasiones diversas, y en forma tan próxima, y con el mismo efecto.

Por su parte, el recurso a la imposibilidad de ejecución separada no parece realmente orientado a favorecer la identificación de una sola acción o hecho, a pesar de que resulta indiscutiblemente idóneo para ello. Lo relevante radica en que pone sobre la mesa la posibilidad de considerar que el carácter involuntario de dicha ejecución conjunta puede ofrecer un criterio idóneo para justificar la categoría y –en especial– el tratamiento penológico (privilegiado) que se le asigna<sup>97</sup>. No obstante, no parece que realmente aporte en esa dirección<sup>98</sup>. Quien se enfrenta a la ejecución conjunta de dos delitos ejecuta ambos, resuelve ambos y decide ambos, sin que dichos contenidos se presenten en forma diversa en relación a los casos de ejecución separada. Y el que no haya podido evitar su realización conjunta no es algo que modifique dicha argumentación<sup>99</sup>.

En mi caso creo que la aproximación natural a la lingüística siempre ofrecerá resultados parciales conclusión que habilita a recurrir al ámbito de la teleología y a los fundamentos asociados a la génesis del precepto. En dicho plano creo que se puede identificar como razón el que los casos de ejecución “diferenciada” o “independiente” (esto es, los que pueden ser calificados como concurso real) se dejan interpretar como casos de reiteración<sup>100</sup>, de forma que admiten el reconocimiento de los significados y efectos asignados a este tipo de supuestos (ej. rebeldía)<sup>101</sup>, en los regímenes que lo reconocen<sup>102</sup>. La unidad de hecho, a este respecto, se puede configurar por ello en torno al fragmento de la realidad que pueda ser indicado como continente de una ejecución delictiva, en tanto dicha extensión da cuenta de una única instancia de realización que puede ser interpretada o leída como infidelidad o afrenta al derecho<sup>103</sup>. Así se explica también la necesidad de extender dicho supuesto al concurso medial, en tanto dicha conexión funcional permite interpretarlo como parte de

<sup>97</sup> En ese sentido, concretamente, MAURACH *et al.* (1995) p. 582.

<sup>98</sup> Así se reconoce por MAÑALICH (2018a) p. 85.

<sup>99</sup> El mismo razonamiento se replica en torno a los casos que se tratan bajo el rótulo del llamado dolo de las consecuencias necesarias o seguras, a cuyo respecto la doctrina uniformemente acepta la atribución completa (a título de dolo). Sobre ello, por todos, CURY (2007) pp. 316 y 317.

<sup>100</sup> FERRINI (2017) p. 134. MALDONADO (2016b) pp. 115 y ss.

<sup>101</sup> Véase FEUERBACH (1989) p. 123, en alusión específica a los “crímenes reiterados”.

<sup>102</sup> La verdad es que los diversos sistemas penales reconocen y han reconocido siempre efectos asociados al dato que aporta la recaída o reiteración, en una constelación de supuestos que excede con mucho a la agravante de reincidencia. Con detalle, MALDONADO FUENTES (2016a) pp. 90-91 y 109. Asimismo, debe tenerse en cuenta la amplia aceptación de reglas especiales aplicables al “primerizo”, lo que, de suyo, supone la legitimación de un tratamiento diferencial con el reiterante. MALDONADO FUENTES (2016a) pp. 104 y ss.

<sup>103</sup> ARCE (1996) pp. 55 a 57, en referencia a Carrara. En un sentido equivalente BUSTOS (1962) pp. 64 y 66; FRISTER (2016) p. 668; LURATI (2018) p. 118 (se trata de “una única culpabilidad”). A nivel general ROIG (2011) pp. 353 a 355 (con cita de autores de referencia). En un sentido equivalente Groizard (citado en SANZ (1986) p. 180) y FONTECILLA (1956) pp. 78 y 79). Lo dicho constituye el precedente directo de la llamada “teoría de la unidad”, dominante en Alemania en el Siglo XIX, y que describe el concurso ideal como un caso de “unidad de delito” que, a pesar de la unidad de acción, amerita una pluralidad de calificaciones jurídicas. MAURACH *et al.* (1995) p. 520.

la (misma) ejecución<sup>104</sup>. De esta forma, la identificación del concurso ideal (esto es, de un concurso llevado a cabo en unidad de hecho) solo busca reconocer que el legislador pretende ser menos severo con quien no ha reiterado en la comisión del delito, pretensión que subyace a la generalización de la regla de acumulación material de infracciones. Lo dicho se respalda concretamente en el contexto histórico bajo el cual se origina “la moderna teoría concursal”, y que remite a “los prácticos”, Koch, Becker y –fundamental– Feuerbach, en quien se advierte aun de forma más nítida<sup>105</sup>.

Por ello, en términos sencillos, lo que vale como unidad de hecho a este respecto corresponde al sustrato empírico que se extiende desde la ejecución de los actos que den inicio a la correspondiente y específica tentativa hasta, al menos, la satisfacción del último de aquellos que valen como actos de ejecución (propia)<sup>106</sup>.

## 5. COROLARIO FINAL

Finalmente conviene expresar un breve comentario sobre el rol de la unidad de acción o hecho como presupuesto de la teoría concursal en general. La idea de concurrencia encuentra su referente propio en el proceso, no en el delito o en una determinada acción o hecho en particular, diverso del que sugiera el contexto procesal<sup>107</sup>. Es a dicho respecto que concurren los delitos. Con ello, el caso que le da sentido a la categoría no se refiere a toda situación en la que una misma persona ha cometido varios delitos (a pesar de que “concurrer”, a su respecto) o que deba ser sancionada por varios de ellos (en cuyo caso hay más bien concurrencia de penas, a su respecto), sino solo a aquellas situaciones en las que dichas definiciones deben tener lugar en el contenido de un mismo acto de adjudicación (una misma sentencia). Así se explica por qué las reglas concursales previstas en el derecho positivo (en general escasas o parcas) suelen ubicarse en torno a la sistemática de la determinación de la pena pues, a fin de cuentas, en todos estos casos, se trata de determinar cómo se le debe sancionar al infractor de varios delitos<sup>108</sup>. Lo dicho se vincula estrechamente a

<sup>104</sup> De ahí que sea correcta la postura dominante que los identifica como casos de concurso real. Por todos, ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 334; POLITOFF *et al.* (2003) p. 444.

<sup>105</sup> CÁRDENAS (1973) pp. 11 y 12; ARCE (1996) p. 35; ESCUCHURI (2004) p. 207; SANZ (1986) pp. 39 y ss., MEZGER (1958) p. 331. Con mucho mayor detalle MALDONADO, 2020.

<sup>106</sup> STRATENWERTH (2005) p. 550; SANZ (1986) p. 152. Con ello se deben rechazar aquellas posturas que llegan a situar el límite en torno a las manifestaciones de lo que cuenta como agotamiento del delito, como en FRISTER (2016) pp. 671 y 672 o en ROXIN (1997) pp. 969 y 970. Asimismo, en torno a aquellos casos en que uno de los delitos supone la constatación de una tendencia interna trascendente que luego se realiza en el otro delito (ROXIN (1997) p. 970). Asimismo, tampoco parece acertada la doctrina –dominante en Alemania– que rechaza unidad de hecho o acción en casos de superposición parcial en tentativa (ROXIN (1997) pp. 970 y 971) y que también encuentra adherentes en España (como VIVES (1981) p. 17).

<sup>107</sup> MAURACH *et al.* (1995) p. 580; SANZ (2012) p. 7. SUÁREZ (2001) pp. 85 y ss.; VIVES (1981) p. 15, Próximo, MAÑALICH (2005) p. 1104. Lo relevante es la posibilidad de juzgamiento conjunto, en términos que lleven a sancionarlos en una misma sentencia (CARAMUTI (2018) p. 210; ESCUCHURI (2004) pp. 57-58; ROXIN (1997) pp. 941 y 981; STRATENWERTH (2005) p. 534). De ahí el nexo con la determinación de la pena (DIAS (2013) p. 62; FONTECILLA (1956) p. 94; FRISTER (2016) p. 663; MAÑALICH (2004) p. 484). El punto se destaca en términos históricos, ya en Roma. Al respecto, FERRINI (2017) pp. 136-137.

<sup>108</sup> FONTECILLA (1956) p. 94; DIAS (2013) p. 62; MAÑALICH (2004) p. 484; VIVES (1981) p. 41.

la atribución de un sentido valorativo al acto de adjudicación. La sentencia no es un acto neutro que simplemente replique el mandato de normas de sanción individuales. La condena constituye un acto significativo que se expresa en un régimen de padecimiento que se estructura a partir del contenido de las reglas de sanción, pero que no se identifica de forma necesaria con estas.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio (2006): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Edit. Astrea).
- ALONSO, Juan Pablo (2018): *Principios jurídicos implícitos* (Barcelona, Edit. Marcial Pons).
- ALVAREZ POZO, María de la Palma (2008): “La génesis de la teoría del Concurso de delitos en el ordenamiento jurídico español”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 94: pp. 33-70.
- ARCE AGGEO, Miguel Ángel (1996). *Concurso de delitos en materia penal* (Buenos Aires: Editorial Universidad).
- BULYGIN, Eugenio (1991): “Dogmática jurídica y sistematización del derecho” en ALCHOURRON y BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho* (Madrid, Edit. Centro de Estudios Constitucionales), pp. 465-484.
- BUSTAMANTE, Thomas (2010): “Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 33: pp. 79-108.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1962): *Concurso ideal de delitos* (Santiago de Chile: Editorial Universitaria, Universidad de Chile).
- CARAMUTI, Carlos (2018): *Concurso de delitos*, 3ª ed. (Buenos Aires: Edit. Hammurabi).
- CÁRDENAS, Raúl (1973): *El concurso ideal para el Código Penal tipo para la América Latina* (México, Ediciones Botas).
- CARUSO FONTAN, María Viviana (2018): *Unidad de acción y delito continuado* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CASERO BARRÓN, Ramón (2016): *Interpretación de la norma jurídica: Lógica, teleológica y analógica* (Madrid, Edit. Thomson Reuters Aranzadi).
- CASTELLÓ NICAS, Nuria (2000): *El concurso de normas penales* (Granada, Comares).
- CID MOLINÉ, José (1994): “Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° 47: pp. 29-64.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín (1979): “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, vol. 32, N° 1: pp. 45-92.
- CUERDA RIEZU, Antonio (1997): “La unidad de delito en la jurisprudencia del TS”, en SILVA SÁNCHEZ (edit.), *Política criminal y nuevo derecho penal, Libro homenaje a Roxin* (Barcelona, Bosch), pp. 341-354.
- CURY URZÚA, Enrique (2007): *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Universidad Católica de Chile).
- DÍAS, Horacio (2013): “De cómo contar los delitos”, en VV.AA, *Anuario de Derecho Penal 2012* (Buenos Aires, AD-HOC), pp. 61-69.

- DIEZ AUSIN, Francisco (1994): “Conflictos normativos y análisis lógico del derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. IX: pp. 393-406.
- ESCUCHURI, Estrella (2004): *Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica* (Granada, Comares).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): *Derecho Penal*, 3° edición revisada y actualizada, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1964): *El concurso aparente de leyes penales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FERNANDEZ, Gonzalo (2013): “Criterio de determinación de la unidad de hecho en el concurso de delitos”, en VV.AA., *Anuario de Derecho Penal 2012* (Buenos Aires, AD-HOC), pp. 25 a 46.
- FERRER, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis (2011): *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas Jurídicos* (Barcelona, Marcial Pons).
- FERRINI, Contardo (2017). *Derecho penal romano* (Barcelona, Marcial Pons).
- FEUERBACH, Paul Anselm (1989): *Tratado de Derecho Penal, común vigente en Alemania*, trad. de la 14ª ed. Alemana (Buenos Aires, Hammurabi).
- FLETCHER, George (2008): *Gramática del Derecho Penal* (Buenos Aires, Hammurabi).
- FONTECILLA RIQUELME, Rafael (1956): *Concursos de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- FRISTER, Helmut (2016): *Derecho Penal. Parte General*, trad. 4ª ed. Alemana (Buenos Aires, Hammurabi).
- GARCÍA ALBERÓ, Ramón (1995): *Non bis in ídem material y concurso de leyes penales* (Barcelona, Cedecs).
- GARRIDO MONTT, Mario (2007): *Derecho Penal. Parte General*, 4° ed. (Santiago, Edit. Jurídica de Chile).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2015): *Conceptos básicos del derecho* (Barcelona, Marcial Pons).
- GUASTINI, Ricardo (2016): *La sintaxis del derecho* (Barcelona, Edit. Marcial Pons).
- GUASTINI, Ricardo (2015): “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, N° 43: pp. 11-48.
- GUASTINI, Ricardo (2011): “Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico”, en FERRER, *et al.* (coords.), *Realismo jurídico genovés* (Madrid, Marcial Pons), pp. 81-116.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2014): “Actividad administrativa, procedimiento sancionatorio-administrativo y proceso penal: algunas necesidades de coordinación legal”, en ARANCIBIA MATTAR, Et. Al (coords.), *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 567-586.
- HILGENDORF y VALERIUS (2017): *Derecho Penal. Parte general*, trad. 2ª ed. Alemana (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- HUERTA OCHOA, Carla (2003): *Conflictos Normativos* (México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México).
- ITURRALDE SESMA, Victoria (1987): “Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 4: pp. 331-354.

- JAKOBS, Günther (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2a Edición corregida (Madrid, Marcial Pons).
- JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas (2014): *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, trad. 5ª ed. (Lima, Edit. Instituto Pacífico).
- LABATUT GLENA, Gustavo (1983): *Derecho Penal*, Tomo II, 7ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2015): “Interpretación y aplicación del derecho”, en GONZÁLEZ LAGIER (coord.), *Conceptos básicos del derecho* (Barcelona, Marcial Pons), pp. 185-201.
- LURATI, Carina (2018): *El sistema de pena única en el Código Penal Argentino*, 2ª ed. (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).
- MALDONADO FUENTES, Francisco (2020): *Unidad de hecho en el concurso ideal* (inédito, aprobado para publicación en Revista Ius et Praxis).
- MALDONADO FUENTES, Francisco (2016a): “Reiteración y reincidencia: conceptos y fundamento”, en del mismo (coord.), *Reincidencia y concurso de delitos* (Montevideo / Buenos Aires, BdeF), pp. 89-145.
- MALDONADO FUENTES, Francisco (2016b): “Reiteración y concurso de delitos. Consideraciones sobre el artículo 351 del Código Procesal Penal a partir de la teoría general del concurso de delitos en el derecho chileno”, en CÁRDENAS, *et al.* (Coords.), *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro Homenaje al Prof. Alfredo Etcheberry* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 549-607.
- MALDONADO FUENTES, Francisco (2015): “Delito continuado y concurso de delitos”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, Vol. XXVIII, N° 2: pp. 193-226.
- MALDONADO FUENTES, Francisco (2014): “Consideraciones sobre la producción de resultados de riesgo general o de una multiplicidad de resultados lesivos a partir de la ejecución de una sola conducta delictiva en el derecho chileno. A propósito del desempeño en el tráfico rodado”, *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 77-100.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2018a) “El principio *ne bis in ídem* como estándar de derecho sancionatorio, en el derecho penal chileno”, en, del mismo, *Estudios sobre la fundamentación y determinación de la pena*, Santiago de Chile: Edit. Thomson Reuters, pp. 67-103.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2018b), “El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles”, en, del mismo, *Estudios sobre la fundamentación y determinación de la pena*, Santiago de Chile: Edit. Thomson Reuters, pp. 171-211.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014): “El principio *ne bis in ídem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, *Revista Política criminal*, Vol. 9, N° 18: pp. 543-563.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2005): “El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, N° 74, pp. 1021-1211.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2004). “Asperación de la pena bajo el régimen del concurso real”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1: pp. 246-248.

- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (1993): “La determinación judicial de la pena en el código penal español”, en V.V.A.A: *Política criminal y Reforma penal: Homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal* (Madrid, Edit. Edersa), pp. 811-831.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2005): “Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el Código Penal español de 1995”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 58, N° 2: pp. 463-494.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2002): “La teoría del concurso aparente de leyes penales el resurgimiento de ley en principio desplazada”, *Revista de la Universidad Católica del Norte*, N° 9: pp. 27-68.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2000): “La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (primera parte)”, *Revista Ius et Praxis*, Vol 6, N° 2: pp. 195-371.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (1999): “Aportando a la reforma penal chilena. Algunos problemas derivados de la técnica legislativa en la construcción de delitos impropios: el error y el concurso”, *Ius et Praxis*, Vol. 5, N° 2: pp. 63-113.
- MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl Heinz, ZIPF, Heinz (1995): *Derecho Penal. Parte General* (trad. Bofill Genzsch), Tomo II (Buenos Aires, Astrea).
- MEZGER, Edmundo (1958): *Derecho Penal. Libro de Estudio*, Parte general (Buenos Aires, Editorial Bibliografía Argentina).
- MIR PUIG, Santiago (2005): *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona, Edit. Reppertor).
- MORESO, José Juan (2010): “Condicionalidad, derrotabilidad y conflicto entre normas”, en ORTEGA GOMERO (Edit.): *Interpretación y razonamiento jurídico*, Volumen II (Lima, Ara Editores), pp. 109-132.
- MUÑOZ HORMENT, Humberto (1986): “Contribución al estudio de la teoría de los concursos de delitos”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13: pp. 335-381.
- NAVARRO, Pablo / MORESO, José Juan (1996): “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía*, N° 5: pp. 125-139.
- NINO, Carlos Santiago (1995): *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª edición (Buenos Aires, Edit. Astrea).
- NINO, Carlos Santiago (1972): *El concurso en el derecho penal: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta* (Buenos Aires, Astrea).
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal chileno*, 3ª Edición (Santiago, Edit. Jurídica de Chile).
- ORTIZ QUIROGA, Luis y ARÉVALO, Javier (2013): *Las Consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- OSSANDON W., Magdalena (2018): “El legislador y el Principio ne bis in ídem”, *Revista Política criminal*, Vol. 13, N° 26: pp. 952-1002.
- PACHECO, Joaquín Francisco (1888): *El Código penal concordado y comentado*, 6ª edición (Madrid, Edit. Imprenta y Fundición de Manuel Tello).
- PALMA HERRERA, José Manuel (2004). *Los actos copenados* (Madrid, Dykinson).
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (1991): *Concurso de leyes, error y participación en el delito* (Madrid, Civitas).

- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel (2009): “Normas jurídicas, conflictos y derrotas: entre normas ad-hoc y sub specie aeternitatis”, *Revista Análisis e Derecho*: pp. 11-60.
- PESSOA, Nelson (2018): *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. Estudio del múltiple encuadre típico* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).
- POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PRAMBS, Claudio (2010): “¿Es posible sancionar las lesiones y el homicidio en concurso ideal?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIV, 1 sem.: pp. 459-474.
- RATTI, Giovanni (2013): *El gobierno de las normas* (Barcelona, Editorial Marcial Pons).
- RETTIG, Mauricio (2017): *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*. Tomo I (Santiago, Edit. Der).
- RÓDENAS, Angeles (2015): “Normas regulativas: principios y reglas”, en GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho* (Barcelona, Edit. Marcial Pons), pp. 15-25.
- ROIG TORRES, Margarita (2011): *El concurso ideal de delitos* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch).
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito* (Madrid, Civitas).
- RUIZ MANERO, Juan (2015): “Sistema jurídico: lagunas y antinomias”, en GONZÁLEZ LAGIER (Coord.), *Conceptos básicos del Derecho* (Barcelona, Edit. Marcial Pons), pp. 47-64.
- SANZ MORAN, Angel (2012): *Unidad y pluralidad de delitos: La teoría del concurso en Derecho Penal* (México, Edit. Ubijus).
- SANZ MORAN, Angel (1989): “Alternatividad de leyes penales” en: V.V.A.A., *Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor* (Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones), pp. 663-676.
- SANZ MORAN, Ángel José (1986): *El concurso de delitos: aspectos de política legislativa* (Valladolid, Universidad de Valladolid).
- SILVA SANCHEZ, Jesús María (2003): “¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?. en, del mismo, *Normas y acciones en Derecho Penal* (Buenos Aires, Hammurabi), pp. 41-66.
- SUÁREZ LÓPEZ, José María (2001): *El concurso real de delitos* (Madrid, Edersa).
- STRATENWERTH, Günter (2005): *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (Buenos Aires, Hammurabi).
- VÁSQUEZ MATOS, José (1996): “Doble exposición o concurso de delitos”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*, N° 65: pp. 205-223.
- VIVES ANTÓN, Tomas Salvador (1981): *La estructura de la teoría del concurso de infracciones* (Valencia, Universitat de Valencia).
- WELZEL, Hans (1993): *Derecho Penal Alemán* (Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile).
- VAN WEEZEL, Alex (2020): “Unidad de hecho concursal”, en MALDONADO FUENTES (Coord.) *Concurso de delitos. Problemas fundamentales*, en prensa (texto facilitado por el autor).
- ZAFFARONI y ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2002): *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. (Buenos Aires, Edit. Ediar).
- ZORZETTO, Silvia (2013): “La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio Lex specialis”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 36: pp. 387-415.



# ATRIBUIBILIDAD AL ESTADO DE CHILE DE ACTOS Y OMISIONES DE SUS EMPRESAS PÚBLICAS DEL SECTOR EXTRACTIVO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

## *ATTRIBUTABILITY TO THE CHILEAN STATE OF ACTS AND OMISSIONS OF ITS STATE-OWNED ENTERPRISES OF THE EXTRACTIVE SECTOR IN THE LIGHT OF THE CASE-LAW OF REGIONAL HUMAN RIGHTS COURTS*

JUDITH SCHÖNSTEINER<sup>\*</sup>

VICENTE MARTÍNEZ<sup>\*\*</sup>

CARLOS MIRANDA<sup>\*\*\*</sup>

**RESUMEN:** Este artículo mostrará cómo las dos grandes empresas públicas chilenas que están activas en el rubro extractivo, CODELCO y ENAP, pueden generar responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, particularmente, en materia ambiental o de derechos humanos. Para ello, se derivan criterios sobre atribuibilidad de actos y omisiones de CODELCO y ENAP al Estado, a partir del derecho internacional general y la jurisprudencia de tribunales de derechos humanos; estos criterios se aplican a la normativa y práctica administrativa de nuestro país para finalmente concluir que actos y omisiones de las empresas estudiadas efectivamente, son atribuibles al Estado de Chile.

**Palabras clave:** responsabilidad internacional del Estado; atribuibilidad; empresas de propiedad del Estado; empresas públicas; derechos humanos.

**ABSTRACT:** This article shows how the two large Chilean state-owned enterprises of the extractive sector, ENAP and CODELCO, may cause international state responsibility for internationally wrongful acts, for example, in human rights or environmental matters. To do so, we revise general international law and case-law from human rights courts to derive criteria of attribution of acts and omissions of state-owned enterprises to the State. Finally, we apply these criteria to the administrative legislation and practice regarding state-owned enterprises,

<sup>\*</sup> Doctora en derecho por la Universidad de Essex, Reino Unido, profesora asociada de la Facultad de Derecho e investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: República 112, Santiago. Código ORCID 0000-0002-8744-4258 Dirección electrónica: judith.schonsteiner@udp.cl. Esta investigación fue posible gracias al apoyo de ANID/Conicyt, Fondecyt de Iniciación N° 11150853, "Responsabilidad internacional del Estado por acciones y omisiones de empresas estatales en materia de derechos humanos". Agradecemos comentarios de los y las asistentes de las XIV Jornadas de Derecho Administrativo en Punta Arenas (2017) y de los pares evaluadores, y el apoyo valioso de Marco Silva Soto, abogado.

<sup>\*\*</sup> Abogado, Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional por la Universidad Diego Portales. Dirección postal Padre Restrepo 2636, Providencia. Código ORCID 0000-0003-1136-0979. Dirección electrónica: vicente.martinez@mail.udp.cl.

<sup>\*\*\*</sup> Abogado, Máster en Derecho por la Universidad de Wisconsin-Madison. Dirección postal: Avenida Andrés Bello 2711, piso 24, Las Condes. Código ORCID 0000-0002-0020-0702 Dirección electrónica: carlos.miranda@mail.udp.cl.

to conclude that the acts and omissions of the enterprises studied in this article are actually attributable to the State of Chile.

**Keywords:** international state responsibility; attribution; state-owned enterprises; human rights.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las empresas de propiedad del Estado (“EPE”) tienen un involucramiento importante en la explotación de recursos naturales en muchos países, por su rol estratégico, y Chile no es una excepción. Al mismo tiempo, las industrias extractivas suelen tener un alto impacto ambiental, social y de derechos humanos, tal como podemos ver, por ejemplo, en la bahía Quintero-Puchuncaví<sup>1</sup>. El Instituto Nacional de Derechos Humanos (“INDH”) identifica 33 conflictos socio-ambientales relacionados con la minería<sup>2</sup>. 4 de estos conflictos están relacionados con proyectos de CODELCO y ENAP<sup>3</sup>.

En el derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen tres obligaciones: respetar (abstenerse de violar los derechos)<sup>4</sup>, proteger (propender a que terceros no violen derechos)<sup>5</sup> y garantizar (tomar medidas para asegurar el pleno ejercicio de los derechos)<sup>6</sup>. Siendo claro que se podría demandar al Estado de Chile por falta de protección y garantía en relación con la actividad de las EPE, la pregunta que ha ido surgiendo con cada vez mayor fuerza en el debate internacional es si se podría demandar al Estado *directamente* por las acciones y omisiones de sus EPE, y cuáles serían los requisitos para ello. En relación con las EPE, surge así la pregunta de si tienen obligaciones de respetar los derechos humanos en el mismo sentido y con el mismo alcance que los órganos del Estado<sup>7</sup>. Mientras el análisis sustantivo de las obligaciones internacionales queda para otra investigación<sup>8</sup>, este artículo busca analizar solamente si son las acciones u omisiones de CODELCO y ENAP –incluyendo en materias ambientales y de derechos humanos– atribuibles al Estado de Chile.

En base a un test derivado del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos (“Proyecto”), en las interpretaciones diferentes que le han dado los tribunales arbitrales, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (“SIA”) y, en analogía, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”), el análisis pormenorizado de la normativa y práctica administrativa chilena mostrará que las dos grandes EPE chilenas que están activas en el rubro extractivo, CODELCO y ENAP, podrían generar esta responsabilidad. Esto se debe principalmente a que decisiones estratégicas y

<sup>1</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2018); HERVÉ y SCHÖNSTEINER (2012).

<sup>2</sup> Véase INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2018).

<sup>3</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2018).

<sup>4</sup> MEDINA (2018) p. 73.

<sup>5</sup> MEDINA (2018) p. 79.

<sup>6</sup> MEDINA (2018) p. 74.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, BACKER (2017).

<sup>8</sup> Artículos 1º al 3º del *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con Comentarios*, 2001, A/56/10.

presupuestarias importantes están directamente controladas por el ejecutivo, y a la aplicación de derecho público o especial a estas empresas. Si bien el SIA, que tiene jurisdicción sobre Chile, pareciera inclinarse por la atribuibilidad a causa del mero rol de propietario del Estado, mostraremos que incluso bajo la teoría más estricta del derecho general internacional<sup>9</sup>, replicada por el TEDH, los actos y omisiones de CODELCO y ENAP son atribuibles directamente al Estado de Chile. En este sentido, la antigua teoría de los "actos de administración" (actos *iure gestionis*) debe ser, por lo menos, replanteada.

Ciertamente, la gobernanza de las EPE debiera ser lo más parecido posible a las empresas privadas<sup>10</sup>, para competir en igualdad de condiciones. Sin embargo, por lo menos en Chile, su estructura responde a una lógica de derecho público, y eso significa, como demostrará este artículo, que es el mismo Estado el que tiene que asumir, directamente, la responsabilidad por actos u omisiones contrarias al derecho internacional, incluyendo las que se impliquen violaciones de derechos humanos y ambientales.

La diferencia es relevante primero, porque el Estado tendrá que responder por daños en materia de derechos humanos, eventualmente más allá del patrimonio de un proyecto. Y segundo, porque las obligaciones del Estado de respetar, en virtud de la responsabilidad internacional directa, son de resultado, mientras que las obligaciones en relación con empresas privadas siempre son de medios, en virtud del estándar de debida diligencia en el deber de proteger<sup>11</sup>. Así, el umbral para evidenciar la responsabilidad por no respetar los derechos humanos será menos exigente en los casos en los que proceda la atribución directa. Estas diferencias se extienden también a la debatida responsabilidad por actividades extraterritoriales de estas empresas<sup>12</sup>. Es por estas diferencias que el análisis desarrollado aquí no solamente es de interés dogmático o teórico, sino eminentemente práctico.

Para demostrar la posibilidad de que CODELCO y ENAP hagan incurrir al Estado de Chile directamente en responsabilidad internacional, se procederá en dos pasos: primero, se presenta los criterios de un test sobre atribuibilidad derivado de la costumbre, doctrina y jurisprudencia internacionales. Segundo, se revisará en qué medida se cumplen los presupuestos de atribuibilidad para CODELCO y ENAP.

## 2. LOS CRITERIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE ATRIBUIBILIDAD

Encontramos una tendencia en el derecho internacional económico de tratar a las EPE como empresas privadas. Por ejemplo, los árbitros bajo ICSID suelen otorgar *ius standi* a las EPE extranjeras<sup>13</sup>. Los fallos de distintos foros en los últimos años han reconocido responsabilidad del Estado por hechos de las EPE en el derecho internacional bajo ciertas

<sup>9</sup> VANNESTE (2010) pp. 504-534.

<sup>10</sup> OCDE (2015).

<sup>11</sup> PISILLO MAZZESCHI (2008) p. 491.

<sup>12</sup> Véase, principalmente, Comité DESC, Observación General N° 24. Debemos dejar un análisis detallado de tales obligaciones para otra oportunidad. Véase también CUERVO-VAZURRA (2018).

<sup>13</sup> BARNES (2019), crítica. Véase también BLYSCHAK (2011) y FELDMAN (2016).

hipótesis<sup>14</sup>. En cuanto a la materia que nos ocupa en este análisis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) comenzó a explicitar una teoría sobre la responsabilidad por acciones y omisiones de EPE en 2019, al igual que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”), mientras que el (TEDH) ha definido detallados criterios de atribuibilidad en varias décadas de jurisprudencia sobre cuestiones, principalmente, jurisdiccionales. Esta jurisprudencia es de especial interés, porque nos permitirá definir un modelo de atribuibilidad de responsabilidad por posibles violaciones de derechos humanos y ambientales por parte de las EPE.

a. DERECHO INTERNACIONAL GENERAL, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y ARBITRAJE ECONÓMICO

El derecho internacional general sobre responsabilidad internacional del Estado está codificado en el Proyecto, adoptado en 2001 por la Comisión de Derecho Internacional. Si bien el Proyecto mismo no menciona directamente a las EPE, el comentario a su artículo 5° explica que puede haber atribuibilidad en caso de “entidades paraestatales, que ejercen atribuciones del poder público en lugar de los órganos del Estado, y en caso de antiguas empresas estatales que han sido privatizadas, pero conservan ciertas funciones públicas o normativas”<sup>15</sup>. El solo hecho de crear una EPE no hace atribuible su comportamiento posterior<sup>16</sup>. Sin embargo, se ha argumentado que un mecanismo de control establecido en el momento de la creación sí podría justificar la atribución de acciones u omisiones de la EPE al Estado<sup>17</sup>.

En la doctrina se ha considerado que los planteamientos del Proyecto no son del todo consistentes<sup>18</sup>. Más bien, se ha propuesto en base a la jurisprudencia arbitral y de la Corte Internacional de Justicia –y creemos que correctamente<sup>19</sup>– que la atribución debe realizarse en base al artículo 8 del Proyecto, cuando el ejercicio de funciones gubernamentales o públicas es fáctico –y no a través del artículo 5 como sugiere, vagamente, el Proyecto<sup>20</sup>. En ambos casos, se podrán atribuir no solo acciones sino también omisiones de una EPE al Estado<sup>21</sup>. También hay quienes sostienen la posibilidad de atribución según artículo 4 del Proyecto bajo ciertas hipótesis relacionadas con la densidad de control que el Estado, particularmente el poder ejecutivo, ejercen sobre las EPE<sup>22</sup>. El silencio del comentario sobre el artículo 4 del Proyecto no es del todo convincente en este sentido<sup>23</sup>.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, LEE (2019), MA (2019), LEE (2015), PETROCHILOS (2015) y FEIT (2010). No siempre han sido consistentes, véase BADIA (2014), CORTESI (2017), BARNES (2019).

<sup>15</sup> Proyecto, Comentario, A/56/10 (2001), párr. 2, p. 43. No profundizaremos sobre empresas estatales hoy privatizadas ya que no es la situación de las dos empresas que analizamos.

<sup>16</sup> Proyecto, Comentario al artículo 8, párr. 6.

<sup>17</sup> SCHÖNSTEINER (2019).

<sup>18</sup> Véase, entre otros, DEREJE (2016) p. 435.

<sup>19</sup> SCHÖNSTEINER (2019), y DEREJE (2016) p. 436.

<sup>20</sup> Proyecto, Comentario al artículo 8, párr. 6.

<sup>21</sup> DEREJE (2016) pp. 421-424, y Proyecto comentario al artículo 8.

<sup>22</sup> DE STEFANO (2020) p. 166.

<sup>23</sup> DEREJE (2016) p. 401, y LEE (2015) p. 130. Véase también DING (2014). No consideramos necesario profundizar en el punto, ya que esta hipótesis claramente no es aplicable en los casos que aquí se analizan.

La jurisprudencia arbitral en distintos foros, comenta De Stefano, ha usado los criterios de "nombramiento gubernamental (...) de la gerencia de la empresa; ordenes, directivas, recomendaciones o instrucciones por parte de cualquier órgano gubernamental; y la expropiación de la empresa por parte del gobierno"<sup>24</sup>. En este sentido, la teoría de atribución es más amplia de lo sugerido en base a la teoría del levantamiento del velo corporativo<sup>25</sup>. Estos criterios parecen suficientemente similares en el arbitraje económico<sup>26</sup>.

Al mismo tiempo, la CIJ ha descartado que la sola creación de una entidad de derecho privado pueda privarle a una entidad de su carácter estatal. Así, en *República de Irán c. Estados Unidos*, confirmó que la "naturaleza de las actividades"<sup>27</sup> de una entidad determinará si goza de inmunidad soberana y, por lo tanto, debe asumir las correspondientes responsabilidades. De Stefano critica, en general, la utilización de la "función pública" como único criterio de atribuibilidad, y argumenta que debería reemplazarse por "prerrogativa gubernamental"<sup>28</sup>, basada en ciertos elementos que se han usado para demostrar el control estructural de los órganos del Estado sobre la empresa: creación por ley o decreto; mandato de proveer un servicio público, manejar propiedad estatal; capacidad de demandar y ser demandada; presupuesto autónomo; cuentas con el banco central del Estado propietario; subsidios gubernamentales; ejercicio de un monopolio delegado y la facultad de determinar precios; nombramiento del directorio por el gobierno o fuerzas políticas; ministros como miembros del directorio, aplicabilidad del estatuto de funcionarios públicos; auditorías por las contralorías públicas; aprobación obligatoria de operaciones o decisiones; jurisdicción de tribunales administrativos; aplicabilidad la regulación sobre compras públicas; inmunidad y otros<sup>29</sup>.

Contrastando estos criterios con las Directrices de la OCDE sobre gobernanza de las empresas de propiedad del Estado, se puede notar que, si bien estas tienden a exigir una diferenciación clara entre el Estado y su empresa, no se podría deducir que su cabal implementación ha de significar la imposibilidad de atribuir sus actos u omisiones al Estado: el equilibrio entre el ejercicio "informado y activo", y "transparente y responsable"<sup>30</sup> de las funciones estatales de propietario y las indebidas interferencias políticas en la gestión de una EPE<sup>31</sup> no excluye la posibilidad de que, según los criterios proporcionados arriba, estemos ante una hipótesis de control, incluyendo los incentivos apropiados para el respeto de los derechos humanos<sup>32</sup>.

## b. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En la jurisprudencia de la Corte IDH no se observaba discusión o argumentación sobre la atribución de las acciones u omisiones de las EPE al Estado hasta la sentencia *Mue-*

<sup>24</sup> DE STEFANO (2020) pp. 79-80.

<sup>25</sup> DE STEFANO (2020) p. 81.

<sup>26</sup> Por ejemplo, BARNES (2019) CORTESI (2017), WU (2017).

<sup>27</sup> CIJ, *Certain Iranian Assets* (2019) párr. 89.

<sup>28</sup> DE STEFANO (2020) pp. 156-157, 158ss.

<sup>29</sup> DE STEFANO (2020) pp. 154-157.

<sup>30</sup> OCDE (2015) p. 14 y para. II.F, 18.

<sup>31</sup> OCDE (2015) p. 15.

<sup>32</sup> OCDE (2015) p. 60.

lle Flores c. Perú, de 2019<sup>33</sup>. En ninguno de los casos anteriores que involucraban EPE, se proporcionaban argumentos sobre atribución, sino que simplemente se presumía, tanto en los votos de mayoría como en los de minoría. Al estudiar los casos en detalle, sin embargo, vemos que todos recaen en alguna de las hipótesis de atribución, sea por función o control.

Así, en el caso *Abrill Alosilla y otros c. Perú*, la Corte IDH no evaluó los actos de la empresa pública que supuestamente habría incidido en la adopción de una normativa dirigida como represalia a sus trabajadores, rebajando sus remuneraciones<sup>34</sup>, sino solo en base a los actos de los poderes ejecutivo y judicial<sup>35</sup>. De manera similar, en el caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros c. Perú*, solo se analizó un problema de acceso a la justicia en relación con los derechos de los trabajadores; la Corte IDH no se pronunció –ni fue requerida a hacerlo– sobre la posible responsabilidad directa de los ministerios y EPE que habían despedido a sus trabajadores y funcionarios<sup>36</sup>. En este sentido, el caso no fue planteado como un problema sobre la atribuibilidad de actos de las EPE al Estado.

En *Comunidad Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, en cambio, la Corte IDH sí determinó actos de la empresa Petroecuador como atribuibles al Estado, en cuanto esta actuó, en su rol de contraparte en los contratos de concesiones, como órgano estatal a cargo de las concesiones petroleras del país<sup>37</sup>. Ciertamente, al tener Petroecuador facultades de fiscalización, e incluso de cierre de proyectos, el caso recae bajo los supuestos previstos en el artículo 5° del Proyecto de Artículos, más específicamente, la función gubernamental, aunque el tribunal no haya hecho explícito este argumento. Es solo en *Muelle Flores c. Perú* que la Corte IDH aborda, por primera vez y solo puntualmente, la atribución en base a acciones de una EPE, analizando el proceso de su privatización. Determinó que una deuda de pensiones incurrida antes de la privatización era responsabilidad del Estado<sup>38</sup>.

En definitiva, al proporcionar tan pocos argumentos sobre atribución, el razonamiento de la Corte IDH parece insuficiente para nuestro análisis, aunque el resultado efectivamente sea el mismo que el que se produciría con un argumento basado en la costumbre internacional o los criterios desarrollados por su par europeo, como veremos en seguida.

Recientemente, la CIDH ha presentado un argumento basado en la presunción de atribuibilidad producto de que la propiedad del Estado sobre una EPE, según la CIDH, genera suficiente cercanía entre ambos, “a menos que se demuestre lo contrario”<sup>39</sup>, con la consecuente atribuibilidad, expresando en este sentido una presunción de atribución que la costumbre desconoce. Solo se ve reflejada la misma lógica –sin embargo, sin vínculo con el régimen de atribuibilidad– en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos del 2011<sup>40</sup>. Quedará por verse si la Corte IDH adopta este

<sup>33</sup> *MUELLE FLORES VS. PERÚ* (2019).

<sup>34</sup> *ABRILL ALOSILLA VS. PERÚ* (2011) párr. 71.

<sup>35</sup> *ABRILL ALOSILLA VS. PERÚ* (2011) párrs. 75-76 y 84-85.

<sup>36</sup> *TRABAJADORES CESADOS DE PETROPERÚ Y OTROS VS. PERÚ* (2017) párrs. 163-172; 252.6. Los términos de trabajadores y funcionarios se usan como genéricos.

<sup>37</sup> *SARAYAKU VS. ECUADOR* (2012) párr. 64.

<sup>38</sup> *MUELLE FLORES VS. PERÚ* (2019) párrs. 59-60.

<sup>39</sup> CIDH (2019) párr. 312.

<sup>40</sup> ONU (2011) Principio Rector 4.

criterio sugerido por la CIDH: mientras hasta 2018, parecía muy posible y compatible con sus sentencias, la sentencia de *Muelle Flores* sugiere más de alguna duda al respecto, ya que, en ella, la Corte IDH recurrió explícitamente al criterio de control.

### c. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Por otro lado, el TEDH ha discutido asuntos de atribución de manera explícita, en decisiones de admisibilidad (artículo 34 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos) y menos explícitamente, en decisiones sobre el fondo.

El Tribunal considera que la propiedad estatal y el ejercicio de alguna función pública o gubernamental son criterios suficientes para concluir sobre la inadmisibilidad de una demanda que una EPE haya dirigido al TEDH<sup>41</sup>. En este sentido, refleja los criterios identificados por De Stefano en el derecho internacional general.

A diferencia del Proyecto, el TEDH toma en cuenta, de manera importante, la "naturaleza" de las actividades de la empresa como indicio de atribuibilidad. Por ejemplo, en el caso *Islamic Republic of Iran Shipping Lines c. Turquía*, el TEDH evaluó el estatus jurídico de la empresa y la naturaleza de las actividades que lleva adelante, además del grado de independencia de las autoridades políticas<sup>42</sup>, en un test que proviene de la decisión de admisibilidad del caso *Radio France y otros c. Francia*, del 2003<sup>43</sup>. Con resultado opuesto, en base a los mismos criterios, la Corte suele declarar inadmisibles los casos referentes a la privatización de "empresas de propiedad social" de los países del antiguo Pacto de Varsovia<sup>44</sup>. Estos criterios fueron confirmados posteriormente, por ejemplo, en *Yershova c. Rusia*, un caso sobre la contaminación causada por una planta de acero antiguamente de propiedad del Estado<sup>45</sup>, enfatizando que el estatus jurídico de derecho interno no puede automáticamente eximir al Estado de responsabilidad<sup>46</sup>.

En cuanto al test de atribución por control, el TEDH suele revisar el régimen constitucional, tributario, laboral, ambiental, de quiebra, corporativo, y el derecho administrativo aplicable, incluyendo los recursos de derecho público disponibles contra las EPE y las obligaciones de transparencia o de reportar al Estado, para evaluar si se rigen por normas *distintas* a las empresas privadas en la medida que estas podrían darle "prerrogativas exorbitantes" en relación a las otras empresas<sup>47</sup>. En caso de ser así, la balanza se inclina hacia la atribuibilidad, como se decidió en los casos *Yershova c. Rusia*<sup>48</sup> y *Luganskvugillya c. Ucrania*<sup>49</sup>, donde la inaplicabilidad del derecho de quiebra y el control gubernamental

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, *JKP VODOVOD KRALJEVO VS. SERBIA* (2018) párr. 26.

<sup>42</sup> *ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN SHIPPING VS. TURQUÍA* (2007) párr. 79.

<sup>43</sup> *RADIO FRANCE Y OTROS VS. FRANCIA* (2003) párr. 26.

<sup>44</sup> Véase por ejemplo, *ZASTAVA IT TURS VS. SERBIA* (2013).

<sup>45</sup> *YERSHOVA VS. RUSIA* (2010) párr. 55.

<sup>46</sup> *YERSHOVA VS. RUSIA* (2010) párr. 56.

<sup>47</sup> *RADIO FRANCE Y OTROS VS. FRANCIA* (2003) párr. 26.

<sup>48</sup> *RADIO FRANCE Y OTROS VS. FRANCIA* (2003) párr. 62.

<sup>49</sup> *STATE HOLDING COMPANY LUGANSKVUGILLYA VS. UKRAINE* (2009). Igualmente, *MYKHAYLENKY VS. UCRANIA* (2004) párr. 45 y recientemente, *KRNDIJA VS. SERBIA* (2017) párr. 66 y *BURMYCH VS. UCRANIA* (2017) párr. 11 ss, así como *VORONKOV VS. RUSIA* (2015) párr. 47 y *SIMAITIENĖ VS. LITUANIA* (2017) párr. 53.

sobre la empresa, respectivamente, evidenciaron el control del Estado. En *Transpetrol c. Eslovaquia*, en cambio<sup>50</sup>, se decidió en base a una “unidad en los intereses” entre la empresa y el gobierno, sustentado en el hecho que el Estado se hizo parte de los procesos internos a favor de la empresa<sup>51</sup>.

Finalmente, el caso *Heinisch c. Alemania* nos proporciona un criterio útil para comprender otro aspecto: el tribunal consideró que información sobre la calidad del cuidado de personas mayores en una residencia era de interés público, siendo esto “aún más evidente” tratándose de una empresa de propiedad del Estado que estaba a cargo de estos cuidados<sup>52</sup>. El interés público de saber sobre eventuales delitos cometidos en el cuidado pesaba más que la reputación e interés comerciales de la empresa<sup>53</sup>. Sin embargo, este criterio no fue reiterado<sup>54</sup>. Otro raciocinio aislado se manifiesta en *Dimitar Yordanov c. Bulgaria*, que sugiere que la fuerte regulación en un ámbito estratégico para el Estado podría en sí sugerir atribuibilidad<sup>55</sup>; sin embargo, el criterio no ha sido confirmado en jurisprudencia posterior<sup>56</sup>.

En definitiva, la jurisprudencia del TEDH confirma los criterios del derecho consuetudinario sobre cuestión de la atribuibilidad. A pesar de no ser derecho aplicable en el sistema interamericano, aporta insumos para la interpretación analógica. Al desconocer, aún, los detalles de la teoría de atribuibilidad que ocupará la Corte IDH, parece razonable el ejercicio de evaluar CODELCO y ENAP con los criterios derivados en esta sección, ya que tienen su origen común en el Proyecto. Si encontramos atribuibilidad bajo estas hipótesis más estrictas, también la habría basada en el mero criterio de propiedad. Así, una mirada global a estos factores nos permite evaluar si las acciones u omisiones de CODELCO y ENAP, particularmente en materias de derechos humanos y ambientales, deben considerarse atribuibles directamente al Estado.

Los criterios relevantes que el análisis jurisprudencial nos ha permitido derivar son, entonces, el control de órganos del Estado sobre la EPE, evidenciado principalmente por la aplicación de regímenes de derecho público o especiales; la participación del poder ejecutivo en los directorios y, en menor medida, su injerencia en su constitución; el control sobre los presupuestos y las actividades diarias de las EPE; e indicios subsidiarios como la representación de la empresa en procesos judiciales a nivel nacional; la operación de la EPE en un monopolio<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> *TRANSPETROL VS. ESLOVAQUIA* 2004 (2011) párr. 60-66.

<sup>51</sup> *TRANSPETROL VS. ESLOVAQUIA* 2004 (2011) párr. 72-74.

<sup>52</sup> *HEINISCH VS. ALEMANIA* (2011) párrs. 71.

<sup>53</sup> *HEINISCH VS. ALEMANIA* (2011) párr. 90. véase también RAJAVUORI (2015).

<sup>54</sup> *LANGNER VS. ALEMANIA* (2016).

<sup>55</sup> Véase *DIMITAR YORDANOV VS. BULGARIA* (2018) párr. 60.

<sup>56</sup> *DIMITAR YORDANOV VS. BULGARIA* (2018) párr. 65.

<sup>57</sup> Véase también, en el mismo sentido que DE STEFANO (2020), SCHÖNSTEINER (2019) pp. 933-934.

### 3. RÉGIMEN DE EMPRESAS PÚBLICAS EN CHILE: DERECHO APLICABLE Y ATRIBUIBILIDAD

A continuación, explicaremos los regímenes que, siendo comunes a las empresas analizadas en este artículo, son especiales en relación con las empresas que no son de propiedad estatal. A partir de estos elementos, además de los que identificaremos en cuanto al control del ejecutivo sobre las EPE, determinaremos en qué medida se deben atribuir al Estado de Chile las acciones y omisiones de CODELCO y ENAP. Por lo pronto, la mera existencia de regímenes especiales para las empresas de propiedad estatal sería, en principio, un indicio de atribuibilidad. Para ello, utilizaremos los criterios identificados en la sección 2.

Este estudio solamente revisa con detalle la hipótesis de control estatal, ya que ninguna de las dos empresas cumple funciones públicas o gubernamentales: se dedican a la explotación y exploración de yacimientos de propiedad del Estado, y la comercialización de sus productos en el caso de CODELCO<sup>58</sup>, y la exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos, y "en general, comercializar petróleo o gas" en el caso de ENAP<sup>59</sup>.

#### a. DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Las Empresas del Estado están reguladas por el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República ("CPR"), cuyo inciso 2° establece una reserva legal de quórum calificado para la habilitación a que el Estado desarrolle actividades económicas, y determina como regla general para sus actividades la aplicación del derecho común, cuyas excepciones también están sometidas a dicha reserva. La doctrina tradicional interpreta esta reserva en función del principio de subsidiariedad<sup>60</sup> y la especialidad del giro<sup>61</sup>.

Según el artículo 1° inciso 2° de la Ley N° 18.575 de 1986 sobre Bases Generales de la Administración del Estado ("LOCBGAE"), las "empresas públicas creadas por ley" son parte de la Administración. Dicha ley se aplica íntegramente a las EPE, excepto los títulos sobre Normas Especiales, por un lado, y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, por el otro, según lo dispuesto en los artículos 21 inciso 2° y 75.

En general, a pesar de que sean regidas por el derecho común<sup>62</sup>, a las EPE se le aplican todas las normas de la Administración que no estén expresamente exceptuadas<sup>63</sup>. Así,

<sup>58</sup> Artículo 3 del DECRETO LEY N° 1.350 que crea CODELCO, de 1976.

<sup>59</sup> Artículo 2° del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 del Ministerio de Minería (1986), que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618, que crea la Empresa Nacional del Petróleo. La hipótesis del conflicto de interés por funciones de regulador en relación con la geotermia solo mantenía su vigencia mientras no se hubiera reformado el gobierno corporativo de la empresa, véase PARDOW y TORRES (2016), p. 316.

<sup>60</sup> Véase, por ejemplo, SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 51-52; LÓPEZ (2006) pp. 46-49; FERNANDOIS (2006) pp. 71-73; NAVARRO (2000) pp. 42-44; SOTO KLOSS (1999) p. 124. Recientemente, LOEBENSTEIN (2018). En sentido contrario, PARDOW y VALLEJO (2008) pp. 135-156.

<sup>61</sup> Véase, por ejemplo, FERNANDOIS (2006) p. 228, ARÓSTICA (2001) pp. 109 y 115; SOTO KLOSS (2000) pp. 239 y ss.; GARRIDO (1966) pp. 84 y ss.; NAVARRO (1995) pp. 263-275; COVARRUBIAS (2004) pp. 253 y ss.; y ARÓSTICA (2001) pp. 115 y 116.

<sup>62</sup> Véase también OCDE (2015) p. 13.

<sup>63</sup> Ley de Acceso a la Información Pública, LOCBGAE; Ley N° 18.918 LOC del Congreso Nacional (Artículo 9 y 10); Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada (Artículo 1); Ley N° 10.336 LOC de la CGR.

en el caso de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos que rigen a los Órganos de la Administración del Estado (LBPA), el artículo 2 señala una serie de instituciones que se someterán a la ley, pero no menciona a las EPE, a diferencia de lo que hace el artículo 1 de la LOCBGAE. Esto permitiría concluir que la LBPA no es aplicable a las empresas del estado<sup>64</sup>. Tampoco rige el Decreto Ley N° 1.263 sobre Administración Financiera del Estado, de conformidad con el artículo 11 inciso 5° de la Ley N° 18.196 que establece Normas Complementarias sobre Administración Financiera. Quedan exceptuados además los artículos 29 y 44 del Decreto Ley N° 1.263, que regulan el traspaso de utilidades de las empresas a las rentas generales de la Nación y obligan a que Hacienda autorice los actos que de algún modo puedan comprometer el crédito público, respectivamente.

Desde una perspectiva estructural, por tanto, se puede decir que las EPE se rigen según el funcionamiento del mercado en cuanto a sus operaciones, pero según el derecho administrativo en cuanto a su responsabilidad. Esta diferenciación, inexistente para las empresas privadas, sugiere que estamos ante un régimen especial para las empresas públicas que se caracteriza por un mayor control estatal sobre estas, en comparación con el sector privado. Por tanto, estaríamos ante un régimen que sugiere, en principio, atribuibilidad.

#### b. RECURSOS DE DERECHO PÚBLICO

Según los criterios de atribuibilidad enunciados en la sección 2, la aplicabilidad de recursos de derecho público es un fuerte indicio que una EPE debería considerarse “parte” del Estado. En Chile, la evidencia es mixta. La responsabilidad por falta de servicio, contenida en el artículo 42 de la LOCBGAE, no aplica a las EPE. Así lo ha reconocido la jurisprudencia<sup>65</sup>. En cambio, el régimen aplicable es el de la responsabilidad extracontractual de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil<sup>66</sup>, lo que constituye un indicio en contra de la atribuibilidad, ya que se trata a empresas privadas y de propiedad del Estado por igual.

En cambio, la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la aplicabilidad del amparo económico ha sido vacilante a lo largo de los años<sup>67</sup>, en el sentido de existir falta de claridad si la acción abarca ambos incisos del artículo 19 N° 21 de la CPR o solo el segundo<sup>68</sup>. Si abarcara ambos incisos, la acción podría ser dirigida tanto contra privados como contra EPE, puesto que el inciso primero no limita la prohibición solo a estas últimas; mientras que, si abarcara solo el inciso segundo, sí se restringiría la acción solo a las EPE. La jurisprudencia reciente se decanta por esta última opción<sup>69</sup>. Empresas públicas han sido condenadas en sede de amparo económico<sup>70</sup>. Se configura de este modo una diferencia impor-

<sup>64</sup> AHUMADA (2003) p. 117; JARA (2008) p. 293.

<sup>65</sup> MARDONES CEPEDA CON BANCO ESTADO (2008).

<sup>66</sup> MARDONES CEPEDA CON BANCO ESTADO (2008).

<sup>67</sup> Para análisis de dicha jurisprudencia, ver, PONCE DE LEÓN (2014), pp. 97-126; NOGUEIRA (2010) pp. 415-442; BASSA y VIERA (2012) pp. 661-683; HERNÁNDEZ (2010) pp. 443-466.

<sup>68</sup> PONCE DE LEÓN (2014) pp. 106-108.

<sup>69</sup> PONCE DE LEÓN (2014) p. 109.

<sup>70</sup> ASIMET A.G. con CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE (1993), ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA A.G. con EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO S.A. (2000), CHILEXPRESS S.A Y LÍNEA AÉREA NACIONAL S.A. con BANCO DEL ESTADO (1995), FARÍAS ZAPATA con EMPRESA PORTUARIA DE IQUIQUE (2003), INCOMIN S.A.

tante entre EPE y empresas privadas, por existir un recurso de derecho público solo contra las EPE. Esta diferencia es un indicio a favor de la hipótesis de atribuibilidad en el derecho internacional público.

En relación con la acción de nulidad de derecho público, la Corte Suprema ha conocido casos impetrados contra EPE sin cuestionar su legitimidad pasiva<sup>71</sup> y reconociendo, al menos implícitamente, que las mismas pueden dictar actos administrativos impugnables por esta vía<sup>72</sup>. Del tenor del artículo 7 de la CPR, empresas privadas no podrían ser sujetos pasivos de una acción de nulidad de derecho público. En consecuencia, en este ámbito también se configuraría una distinción entre EPE y empresas privadas. Ambas líneas de jurisprudencia constituyen indicios a favor de la atribuibilidad de responsabilidad según los criterios establecidos a partir de la jurisprudencia internacional, mientras la interpretación de la responsabilidad por falta de servicio matiza esta conclusión.

### c. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONGRESO

El ya referido artículo 11 inciso 5° de la Ley N° 18.196 determina que, en relación con las EPE, se aplican las potestades de la CGR que dispone la Ley N° 10.336 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (LOCCGR). Al respecto, los artículos 98 de la Constitución y 16 inciso 1° de la LOCCGR establecen que las EPE están sometidas a la fiscalización de la CGR<sup>73</sup>, con independencia de su forma de constitución.

El estándar de control, sin embargo, varía dependiendo del tipo de empresa. Tanto las sociedades estatales<sup>74</sup> como las empresas públicas como ENAP y CODELCO, están sometidas a la fiscalización de la CGR, pero solo las actuaciones de estas últimas deben pasar por el procedimiento de toma de razón<sup>75</sup>, o sea, un control previo de parte del órgano contralor. En particular, el artículo 11 de la Resolución N° 1600 del 2008 de la CGR establece que la toma de razón procederá (solamente) respecto de las "resoluciones relativas a la constitución, participación, modificación y retiro o extinción de personas jurídicas, y a la adquisición de acciones u otros títulos de participación en sociedades"<sup>76</sup>. La distinción es relevante, por cuanto las filiales de CODELCO y ENAP suelen adoptar la estructura de

---

con ENAMI (2000), MARDONES CEPEDA con BANCO DEL ESTADO (2008), PORTUARIA ANDEN SAN ANTONIO con EMPRESA PORTUARIA SAN ANTONIO (2009), SOCIEDAD VISAL LTDA. con EMPRESA PORTUARIA DE ARICA (2007), y SOCOLIBROS LTDA. con EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE. (1997). Los casos se obtuvieron de la base jurisprudencial de Microjuris. En el buscador, se ingresaron las voces "Empresas del Estado" y "Amparo económico". De la lista arrojada se seleccionaron los casos que acá se ilustran.

<sup>71</sup> Ver casos SOCIEDAD VISAL LTDA. CON EMPRESA PORTUARIA DE ARICA (2007) y PORTUARIA ANDEN SAN ANTONIO con EMPRESA PORTUARIA SAN ANTONIO (2009).

<sup>72</sup> SOCIEDAD VISAL LTDA. con EMPRESA PORTUARIA DE ARICA (2007) c.11. Véase también CORDERO (2015) p. 260.

<sup>73</sup> Dictamen N° 18.850, del 2017.

<sup>74</sup> Las sociedades del Estado "se caracterizan por constituirse, organizarse y funcionar de acuerdo a las disposiciones del derecho común, en tanto que el derecho público solo regirá a su respecto en materias específicas vinculadas principalmente al control de algunos de sus actos, en la mayoría de los casos relativos al manejo de sus recursos financieros". Ver LATORRE, Patricio (2008), p. 255. En otras palabras, son una sociedad de derecho privado, cuya propiedad pertenece al Estado, y no están reguladas por una ley en particular, ni sometidas al control de órganos en su actividad normal, salvo en cuanto a lo que tiene que ver con su patrimonio.

<sup>75</sup> Véase Dictamen 18.589, del 2017.

<sup>76</sup> Resolución N° 1.600 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (6 de noviembre de 2008).

sociedad anónima con participación de la empresa principal, y, por tanto, se eximen de la revisión previa de la CGR. Dependería de la estructura de control operativo si sus acciones u omisiones resultaran atribuibles al Estado de Chile según las hipótesis del derecho internacional general y especial<sup>77</sup>.

Con todo, el rol de la CGR en relación con las empresas públicas es preventivo. Así, sus acciones gozan del visto bueno del Estado, y este tiene que hacerse cargo de las decisiones que valida. Al mismo tiempo, habilita al Estado ejercer acciones de prevención requeridas por artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos ("CADH"), tal como ha sido establecido en la jurisprudencia constante de la Corte IDH en materia ambiental y de derechos humanos<sup>78</sup>. Las potestades de la CGR en esta materia permiten al Estado revisar una serie de elementos internos de las empresas públicas, como los acuerdos colectivos a que las empresas han llegado con sus trabajadores<sup>79</sup>. Esta facultad no existe sobre las empresas privadas por lo que sí constituye un importante indicio de atribuibilidad. Además, la CGR evaluó si el nombramiento de una autoridad empresarial se ajustó a derecho<sup>80</sup>; si los directores se consideran funcionarios públicos<sup>81</sup>, si un contrato o un proyecto son lícitos<sup>82</sup>, y si corresponde indemnizar por el despido de los directores de las empresas públicas<sup>83</sup>, argumentando que CODELCO no tiene libre disposición de sus recursos, por ser estos fondos públicos<sup>84</sup>.

En definitiva, el control realizado por la CGR sobre CODELCO y ENAP es suficientemente intenso como para apoyar fuertemente la hipótesis de atribuibilidad al Estado de los actos y omisiones de las EPE.

#### d. DERECHO LABORAL, QUIEBRA E INSOLVENCIA, TRIBUTARIO Y NORMAS SOBRE TRANSPARENCIA

Si bien los trabajadores de las empresas públicas ostentan el cargo de funcionarios públicos<sup>85</sup>, las leyes que crean CODELCO<sup>86</sup> y ENAP<sup>87</sup> disponen expresamente que las relaciones laborales en su interior se rigen por el Código del Trabajo. No obstante, existen algunas excepciones. Por ejemplo, las empresas que obtengan un 50% o más de su financiamiento por parte del Estado están excluidas de la facultad de negociar colectivamente,

<sup>77</sup> Al analizar el estándar que CGR aplica a las sociedades estatales, vemos que incluso en estos casos, en que la fiscalización es de menor intensidad que la que recae sobre las EPE, el control realizado permite al Estado conocer la "regularidad de sus operaciones" y "hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados". Por ejemplo, Dictamen N° 83.133 del 2016. Agradecemos a Marco Silva esta observación.

<sup>78</sup> OPINIÓN CONSULTIVA N° 23 (2017) párr. 118 y 127.

<sup>79</sup> Por ejemplo, Dictamen N° 18.850 de 2017.

<sup>80</sup> Dictámenes N° 16.449 de 2018 y N° 13.564 de 2018.

<sup>81</sup> Dictamen N° 23.608 de 2015, véase también BROWER (2016).

<sup>82</sup> Dictamen N° 45.162 de 2017.

<sup>83</sup> Dictámenes N° 15.759 de 2017 y N° 18.850 de 2017.

<sup>84</sup> Dictamen N° 15.759 de 2017.

<sup>85</sup> Véase Dictamen N° 16.164 del 1994.

<sup>86</sup> DECRETO LEY N° 1.350 de 1976, Artículo 25.

<sup>87</sup> DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 de 1986, Artículo 15.

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 304 inciso 3° del Código del Trabajo. En definitiva, los regímenes aplicables de derecho laboral, por sí solos, sugieren que no habría atribuibilidad.

La lectura del ya citado artículo 19 N° 21 de la CPR, podría insinuar que las empresas públicas, en ausencia de legislación especial, se deberían regir por las normas comunes de insolvencia, contenidas fundamentalmente en la Ley N° 20.720 sobre Insolvencia y Reemprendimiento. No obstante, la jurisprudencia ha establecido la imposibilidad de que una empresa pública sea declarada en insolvencia, sobre la base del principio de continuidad y permanencia en la provisión de necesidades públicas. Esto obliga mantener funcionando a la empresa hasta que la ley le ponga término<sup>88</sup>. La mencionada interpretación jurisprudencial confirma la aplicación de un régimen especial, desalentado por las Directrices de la OCDE<sup>89</sup>, y otro indicio de que sus acciones y omisiones son directamente atribuibles al Estado.

En cuanto al régimen tributario, CODELCO y ENAP se rigen por el sistema general, aunque no están sujetas a los impuestos Global Complementario ni a la Renta de Primera Categoría<sup>90</sup>. El artículo 2° del Decreto Ley N° 2.398 sobre Normas Complementarias sobre Administración Financiera<sup>91</sup> establece un impuesto especial, cuya tasa es 40%<sup>92</sup>. CODELCO y ENAP están sujetas a este impuesto<sup>93</sup>.

Como explica el Ordinario del Servicio de Impuestos Internos (SII), las EPE no están sujetas a los impuestos Global Complementario ni a la Renta de Primera Categoría<sup>94</sup>. En todo caso, el artículo 26 del Decreto Ley que crea CODELCO establece que la empresa se rige por el artículo 2 del Decreto Ley 2.398, que establece un impuesto a la renta especial, de 40%, para las EPE y las sociedades estatales. Estas normas pueden ser consideradas como un indicio de atribuibilidad, ya que muestran una relación especialmente intensa entre el Estado y las EPE, por otorgarles una carga tributaria superior y distinta a las que recae sobre las empresas privadas, afectando su competitividad. En el caso de CODELCO encontramos además una norma especial en la controvertida y, a partir de 2019, derogada Ley de Aporte Reservado del Cobre que nos da un indicio adicional de un trato distinto en materia tributaria, hasta 2032 cuando finalice el financiamiento directo de las fuerzas armadas por parte de CODELCO<sup>95</sup>.

Finalmente, según los artículos 2 y 7 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, a las EPE les es aplicable la "Transparencia Activa", en virtud de la cual tienen el deber de mantener publicada en su página web información relativa a sus elementos estructurales. En contraposición, no se le aplican los deberes de transparencia pasiva, que se

<sup>88</sup> Ver INCOMIN S.A. con ENAMI (2000) y FARIAS ZAPATA CON EMPRESA PORTUARIA DE IQUIQUE (2003).

<sup>89</sup> OCDE (2015) p. 13.

<sup>90</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2018) pp. 3 y 4.

<sup>91</sup> Ministerio de Hacienda, 29 de noviembre de 1978, sobre Normas Complementarias de Administración Financiera y de Incidencia Presupuestaria, Artículo 2.

<sup>92</sup> Decreto Ley 824 de 1974.

<sup>93</sup> Ver CODELCO (2018) p. 185 y ENAP (2018) p. 350 (p. 40 de las notas a los EEFF).

<sup>94</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2018) pp. 3 y 4.

<sup>95</sup> LEY N° 13.196 de 1958, que originalmente era de carácter reservado, pero cuyo contenido fue hecho público por la LEY 20.977 (2016). Derogado, con plazo de 12 años, por LEY N° 21.174 de 2019.

entienden como la obligación de entregar la información solicitada por las personas, según el procedimiento establecido en la misma ley. De esta forma, las EPE están en una posición intermedia en relación con la regulación de transparencia, al igual que la CGR y el Banco Central. Eso, sin perjuicio de compromisos voluntarios en materia de transparencia, o de alianzas como la que tiene ENAP con Chile Transparente, indica regulación diferenciada en comparación con la aplicable a empresas privadas.

e. REPRESENTACIÓN JUDICIAL

En Chile, el Fisco es representado por el Consejo de Defensa del Estado (“CDE”). En la ley que lo crea<sup>96</sup> no hay normas que le den la facultad de representar las EPE. A partir de la información recibida en virtud de la Ley de Acceso a la Información Pública<sup>97</sup>, se analizaron las últimas 100 causas en las que el CDE ha participado y que también una de las dos empresas aquí analizadas fuera parte del juicio. De estas 100 causas, 81 eran conflictos entre CODELCO o ENAP y el Fisco, este último representado por el CDE. Entre las 19 causas restantes, 12 fueron juicios penales contra particulares, por lo que no consideramos que sean relevantes para el análisis. Por último, en seis causas<sup>98</sup>, todas civiles, el Fisco y una de las EPE fueron demandados por separado, y responden de forma separada a estas demandas<sup>99</sup>. De esta forma, vemos que el eventual indicio de atribuibilidad, consistente en que el Estado represente judicialmente a la empresa<sup>100</sup>, no se cumple en la ley ni en la práctica y constituye un indicio en contra de la atribuibilidad en el derecho internacional.

Considerando estos elementos, podemos afirmar que las acciones y omisiones de CODELCO y ENAP son atribuibles al Estado de Chile en virtud del régimen regulatorio aplicable, que es distinto al estatuto jurídico de las empresas privadas en aspectos tan relevantes como la disponibilidad de algunos recursos de derecho público; el trato de los directores de la empresa como funcionarios públicos; la inaplicabilidad del derecho de quiebra; tributación diferenciada y transparencia. Sin embargo, la evidencia, presentada hasta ahora, no parece concluyente. Los indicios en contra de la hipótesis de atribuibilidad son importantes: la aplicación del derecho laboral, la clara excepcionalidad de los recursos públicos para que un tercero las demande, y la consistente separación de la representación jurídica de la empresa y del Estado. Aunque estos indicios no parecen tener suficiente peso para contrarrestar la lógica principal de la responsabilidad directa, será la normativa y práctica en relación con el control del poder ejecutivo sobre la EPE la que deberá mostrar por qué lado se inclina la balanza.

<sup>96</sup> DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 DEL MINISTERIO DE HACIENDA de 2016.

<sup>97</sup> Solicitud N° AX001T0000695 al Consejo de Defensa del Estado, de fecha 2 de enero de 2019.

<sup>98</sup> CLAUSSEN CALVO CON FISCO DE CHILE y CODELCO CHILE DIVISIÓN CHUQUICAMATA (2018), ALCAYAGA CON FISCO; CORP. NAC. DEL COBRE (2000), FONSECA CON CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE - FISCO (2001), BAUTISTA CON FISCO (2011), QUINZACARA TORO CON ENAP Y FISCO (2012), TORRES CON ENAP (2004) y BOZINOVIC Y OTRO CON EMPRESA NACIONAL DE PETRÓLEOS Y OTRO (2012).

<sup>99</sup> Hay una causa el Fisco no figura como parte en el sistema electrónico del Poder Judicial, a pesar de estar en la lista de resultados. Por tanto, no fue considerada CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE CON INVERSIONES ANGLAMERICAN SUR S.A. Y OTROS (2011).

<sup>100</sup> Véase *TRANSPETROL vs.. ESLOVAQUIA* (2011) párr. 74.

#### 4. CONTROL DEL PODER EJECUTIVO SOBRE LAS EPE

La evaluación del control del Estado sobre CODELCO y ENAP se realizará teniendo en consideración tres elementos. Primero, se analizarán las potestades de los órganos del Estado de modificar los estatutos y de nombrar, fiscalizar y remover a los miembros del directorio, y se evaluará cuán remoto es ese control. Segundo, veremos las facultades que tienen algunos órganos administrativos en relación con los presupuestos de la empresa y otros mecanismos que inciden sobre la economía. Finalmente, se estudiarán los procedimientos de aprobación de las actividades y proyectos que la requieren.

En cuanto a la ponderación de estos criterios, se considerará la suma de los elementos. Si hubiera participación significativa y directa del ejecutivo en los directorios, o control de las actividades diarias o decisiones estratégicas, se considerará como prueba de la hipótesis de atribución por control, por su impacto directo en las actividades y la supervisión.

El análisis presentado aquí se refiere, principalmente, al control tal como quedó establecido después de las reformas de gobierno corporativo de CODELCO y de ENAP, mediante las cuales se pretendió –para adecuar la legislación a las recomendaciones de la OCDE<sup>101</sup>– desvincular al gobierno de la “gestión cotidiana” de la empresa, “dándole [a esta] autonomía operativa para alcanzar sus objetivos”<sup>102</sup> y propender a que el directorio “ ejerza sus funciones bajo un estándar mínimo de independencia”<sup>103</sup>.

##### a. ACCIONISTAS, JUNTA DE ACCIONISTAS Y DIRECTORIO

Para ambas empresas, la junta de accionistas está conformada por el/la Presidente/a de la República en representación del pueblo chileno<sup>104</sup>. El o la presidente/a podrá delegar estas funciones total– o parcialmente en los ministerios de Hacienda y Minería, y Hacienda y Energía, respectivamente<sup>105</sup>. Además, el ejecutivo tiene la potestad de aprobar y modificar, por decreto supremo conjunto de estos, los Estatutos de la empresa<sup>106</sup>. Considerando que los estatutos de una empresa determinan su estructura y los límites a los que están sujetos sus órganos, estas facultades dan cuenta de una sujeción fuerte y sostenida (no solo inicial) de CODELCO y ENAP al Estado. Particularmente, la ausencia de una “entidad de coordinación”<sup>107</sup> en la estructura de gobernanza –tal como para otras EPE existe el Sistema de Empresas Públicas (SEP)– refuerza esta hipótesis de sujeción fuerte.

Al Presidente o Presidenta de la República le corresponde designar también a los nueve directores de CODELCO<sup>108</sup> y los siete de ENAP. De estos, tres –dos para ENAP–

<sup>101</sup> HISTORIA DE LA LEY 21.025 (2017) p. 4.

<sup>102</sup> HISTORIA DE LA LEY 21.025 (2017) p. 5.

<sup>103</sup> HISTORIA DE LA LEY 21.025 (2017) p. 5.

<sup>104</sup> Artículo 11 A del DECRETO LEY N° 1.350 de 1976 para CODELCO y artículo 14 del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 de 1987, para ENAP.

<sup>105</sup> Artículo 11 B del DECRETO LEY N° 1.350 de 1976 para CODELCO y artículo 3 del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 de 1987, para ENAP.

<sup>106</sup> Artículo 11 del DECRETO LEY N° 1.350, de 1976.

<sup>107</sup> OCDE (2015) p. 15.

<sup>108</sup> Artículo 8° del DECRETO LEY N° 1.350, de 1976.

son nombrados directamente por el/la Presidente, dos –uno para ENAP– representan a los trabajadores y son elegidos en base a quinas separadas propuestas por estos; y los otros cuatro los elige el/la Presidente/a, a partir de ternas propuestas por el Sistema de Alta Dirección Pública. Entre los directores de CODELCO y ENAP, respectivamente, el/la Presidente/a elige a quien preside el directorio. En el caso de ENAP, los directores solo pueden ser reelegidos una sola vez<sup>109</sup>.

Son incompatibles con la membresía en el directorio de CODELCO<sup>110</sup> y ENAP<sup>111</sup> ciertos cargos públicos. Estas reglas aumentan la distancia entre el directorio respectivo y el ejecutivo, por lo cual se debe considerar un indicio en contra de una hipótesis de atribución. Con anterioridad a las reformas a los Estatutos de las dos empresas públicas, los requisitos para la atribuibilidad se cumplían con la mera presencia de ministros en los directorios de las empresas<sup>112</sup>.

Por otra parte, los directorios no pueden ser revocados en su totalidad<sup>113</sup>, lo que limita la intensidad del control del poder ejecutivo. La ley dispone que los dos directores que son de libre elección del/la Presidente/a de la República, pueden ser, en el caso de ENAP, removidos sin expresión de causa por dicha autoridad<sup>114</sup>. Los otros, nombrados mediante alguno de los otros dos mecanismos, solo pueden ser removidos fundadamente por el/la Presidente de la República<sup>115</sup>. La remoción de directores de CODELCO, en cambio, no es una facultad discrecional de el/la Presidente, sino que está supeditada a las causales y el procedimiento establecidos en el Decreto Ley<sup>116</sup>, y debe ser confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

En conjunto con la selección de los y las directores mediante el Sistema de Alta Dirección Pública, la aprobación por parte de la Corte de Apelaciones aliviana la subordinación de la empresa a los órganos políticos, lo que no opera de la misma forma respecto de ENAP, puesto que no se requiere un proceso ante tribunales para la remoción de los directores. En este sentido, la injerencia de los órganos del poder ejecutivo es mayor en el caso de ENAP.

Finalmente, la remuneración del directorio es establecida por el Ministerio de Hacienda y debe ser revisada por la misma cartera con una periodicidad máxima de dos años<sup>117</sup>. Tal como la dependencia presupuestaria en general, que revisaremos en la siguiente sección, esto constituye un indicio a favor de la atribuibilidad.

<sup>109</sup> Artículo 3° del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 de 1987, en contraste con artículo 8°.

<sup>110</sup> Artículo 8° A y B del DECRETO LEY N° 1.350 de 1976.

<sup>111</sup> Ver Artículo 6 del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 del Ministerio de Minería (1986).

<sup>112</sup> Véase, por ejemplo, PARRA (2017), OCDE (2015) p. 16.

<sup>113</sup> Artículo 3° c) del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 del Ministerio de Minería (1986) para ENAP, y Artículo 8° c) del DECRETO LEY N° 1.350 de 1976 para CODELCO.

<sup>114</sup> Artículo 7° Inciso Penúltimo del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 del Ministerio de Minería (1986).

<sup>115</sup> Artículo 7° Inciso Final del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 del Ministerio de Minería (1986).

<sup>116</sup> Artículo 8° C del DECRETO LEY N° 1.350 de 1976.

<sup>117</sup> Artículo 3° inciso 8° del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 del Ministerio de Minería (1986).

En definitiva, el sistema de nombramientos solo es parcialmente "bien estructurado y transparente"<sup>118</sup>, y así, no solo contraría las recomendaciones de la OCDE, sino también constituye un indicio de atribuibilidad.

#### b. PRESUPUESTO Y APROBACIÓN DE PROYECTOS Y ACTIVIDADES DIARIAS

Son dos las formas en que se manifiesta el control estatal sobre los presupuestos. Deben formarse presupuestos de operación, de inversiones y de contratación, desembolso y amortización de créditos, los que son operados a través de un presupuesto anual de caja<sup>119</sup>. La ley exige que estos sean aprobados por los Ministerios de Hacienda y Minería en caso de CODELCO<sup>120</sup>; y de Hacienda y Energía en el caso de ENAP<sup>121</sup>. Los ministerios, entonces, realizan un control de carácter estructural a los presupuestos anuales.

Además, los ministerios controlan elementos cotidianos del funcionamiento de las empresas, al tener que aprobar los créditos que estas contraten –solo exigido para CODELCO–<sup>122</sup>, los contratos de arrendamiento a largo plazo no revocables<sup>123</sup>, cualquier aporte de capital a sociedades o empresas de cualquier naturaleza y los depósitos o adquisiciones de instrumentos en el mercado de capitales<sup>124</sup>. De tal forma, todo acto de las empresas estatales que pueda, de cualquier manera, comprometer el crédito público, debe contar con la autorización previa del Ministerio de Hacienda<sup>125</sup>.

En cuanto a los proyectos de inversión que no están considerados en los presupuestos anuales, estos deben ser aprobados por los directorios respectivos, luego son revisados por Cochilco en el caso de CODELCO y por el Ministerio de Energía en el caso de ENAP, y finalmente requieren el visto bueno del Ministerio de Desarrollo Social<sup>126</sup>. La aprobación o rechazo del plan ambiental y comunitario se expide mediante decreto conjunto de los Ministerios de Hacienda y de Minería o Energía, respectivamente<sup>127</sup>, un aspecto que es de suma relevancia para los derechos humanos y ambientales<sup>128</sup>. El directorio debe además presentar un plan de desarrollo y negocios<sup>129</sup> cuya aprobación o rechazo se realiza mediante decreto conjunto de los Ministerios de Hacienda y de Energía<sup>130</sup>. El plan debe considerar, a lo menos, los objetivos y metas de rentabilidad de la Empresa, los planes de inversión y desarrollo, y las directrices o propuestas de creación y disolución de

<sup>118</sup> OCDE (2015) p. 16.

<sup>119</sup> Artículo 11° Inciso 2° de la LEY 18.196 de 1982 para ENAP y Artículo 13 DECRETO LEY N° 1.350 de 1976 para CODELCO.

<sup>120</sup> Artículo 17° del DECRETO LEY N° 1.350 de 1976.

<sup>121</sup> Artículo 11° Inciso 3° de la LEY 18.196 de 1982 para ENAP.

<sup>122</sup> Artículo 9° i) del DECRETO LEY N° 1.350 de 1976.

<sup>123</sup> Artículo 24 Inciso 2° de la LEY 18.482 de 1985.

<sup>124</sup> Artículo 3 Inciso 2° del DECRETO LEY 1.056.

<sup>125</sup> Artículo 44 del DECRETO LEY 1.263.

<sup>126</sup> Artículo 24 Inciso 3° de la LEY 18.482 de 1985.

<sup>127</sup> Artículo 24 Inciso 3° de la LEY 18.482 de 1985.

<sup>128</sup> CODELCO (2008).

<sup>129</sup> Artículo 9° Inciso 1° del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 del Ministerio de Minería de 1986.

<sup>130</sup> Artículo 9° Inciso 1° del DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 del Ministerio de Minería de 1986.

filiales o sociedades con terceros y todas las decisiones económicas de endeudamiento o asociaciones con otras empresas<sup>131</sup>.

En el caso específico de ENAP, el control del poder ejecutivo sobre la empresa se evidencia además en la regulación de los Contratos Especiales de Operación Petrolera mediante decreto del Ministerio de Energía<sup>132</sup> que debe autorizar las enajenaciones de hidrocarburos y de derechos contractuales del contratista. Podrá también limitar las exportaciones de gas natural. Adicionalmente, todos los decretos estudiados establecen Comités de Coordinación para supervisar diversos aspectos del contrato. Los representantes del poder ejecutivo en los comités son designados por el Ministro de Energía. Si bien carecemos de información detallada sobre las atribuciones de los comités, puesto que estas se especifican en contratos que no están públicamente disponibles, el decreto debe establecer ciertas bases que injieren en la explotación misma, como acordar la producción máxima eficiente del yacimiento o pozo. Finalmente, los decretos establecen ocho causales de término anticipado del contrato, de las cuales seis son declaradas por el Ministerio de Energía. En consecuencia, ENAP no determina cuánto produce, encontrándose la aprobación de tales materias sometida al control del poder ejecutivo; todas las decisiones estratégicas importantes requieren su aprobación y, por tanto, constituye un fuerte indicio para la atribuibilidad.

Así, las decisiones más importantes para la empresa no se toman en el directorio, sino en su Junta de Accionistas, a saber, la Presidencia de la República o el ministerio a que delegue, tal como se resume en Tabla 1. Por tanto, a pesar del distanciamiento de los directorios del ejecutivo en cuanto a su composición y en parte, a su remoción, se confirma un involucramiento estatal significativo en el control de las empresas, por lo tanto, la hipótesis que las acciones y omisiones de CODELCO y de ENAP son atribuibles al Estado en el derecho internacional.

Las razones que podrían justificar una conclusión contraria a la atribuibilidad, como la política de no invocar inmunidad a favor de las EPE, o de aplicarles el derecho de sociedades, laboral o de libre competencia, no pueden desvirtuar la realidad del estrecho control, incluso en decisiones diarias, que ejerce el poder ejecutivo sobre las dos empresas. Eso es especialmente relevante en cuanto este control se extiende, explícitamente, sobre la evaluación de impacto regional, ambiental y de derechos humanos de los proyectos. Este elemento hace inclinar la balanza a favor de la responsabilidad internacional directa del Estado de Chile por eventuales violaciones causadas por sus acciones u omisiones.

<sup>131</sup> DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 del Ministerio de Minería de 1986.

<sup>132</sup> La muestra de los decretos utilizados se obtuvo de [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl). En el buscador, se ingresó la voz “contrato especial operación”. De los resultados obtenidos, se descartaron todos aquellos que no fueran decretos, o que siendo decretos se refieren a otras materias. Obtuvimos cinco decretos: números 11, 122, 123, 125 y 126, todos del 2012 y del Ministerio de Energía. Los cinco decretos son prácticamente idénticos. Lo dicho en el párrafo se obtiene de ellos.

TABLA 1  
Criterios de atribuibilidad en CODELCO y ENAP<sup>133</sup>

|                |                                       | CONTROL  |  |   |                                    |                                 |
|----------------|---------------------------------------|--|--|---|------------------------------------|---------------------------------|
|                |                                       | Control Presupuestario                             | Control diario / aprobación proyectos                    | Composición / selección / remoción directorio | Sujeto a CGR y Cámara de Diputados | Función pública                 |
| <b>CODELCO</b> | <b>SI, estrecho</b>                   | Menor desde 2009, pero <b>control de proyectos</b> | 4/7 ADP, remoción solo vía Corte Apelaciones             | <b>SI</b>                                     | NO                                 |                                 |
| <b>ENAP</b>    | <b>SI, estrecho</b>                   | Menor desde 2017, pero <b>control de proyectos</b> | 4/7 ADP, pero remoción discrecional                      | <b>SI</b>                                     | NO                                 |                                 |
|                |                                       | DERECHO APLICABLE                                  |  |   | OTROS INDICIOS                     |                                 |
|                |                                       | Recursos de derecho público                        | Sujeto a Derecho de Sociedades Libre competencia Laboral | Aplica derecho de quiebra                     | Inmunidad invocada                 | Representación judicial por CDE |
| <b>CODELCO</b> | <b>SI, pero solo amparo económico</b> | SI   | <b>NO</b>  | NO  | NO                                 |                                 |
| <b>ENAP</b>    | <b>SI, pero solo amparo económico</b> | SI   | <b>NO</b>  | NO  | NO                                 |                                 |

## 5. CONCLUSIONES

Este artículo examinó si las acciones y omisiones de CODELCO y ENAP, particularmente, en materia ambiental y de derechos humanos, son directamente atribuibles al Estado de Chile. Mientras las definiciones sobre la materia parten de teorías bastante distintas dependiendo del órgano al que consultamos –el SIA tiende a una atribución en base a la mera propiedad, a pesar de un caso reciente que permitiría una lectura más diferenciada; el Proyecto y el TEDH atribuyen solo en base a la función gubernamental y el control sobre la empresa–, la respuesta a la pregunta es afirmativa bajo todas las teorías, incluso las más restrictivas o exigentes.

Estas atribuyen, principalmente, dependiendo de la composición, nombramiento y remoción de los directorios, la aprobación de los presupuestos y otras decisiones estratégicas o diarias por parte del ejecutivo, la sujeción a controles que solamente aplican a órganos públicos, y en general, la pregunta si el régimen jurídico aplicable es el mismo que rige las empresas privadas, tal como en materia de quiebra, derecho laboral o tributario.

<sup>133</sup> Elaboración con datos propios. A mayor oscuridad del color, mayor ponderación del criterio. Criterio decisivo en negrita.

Revisando la normativa general que rige a las empresas públicas en Chile, además de las reglas específicas sobre ENAP y CODELCO, es especialmente la injerencia directa del poder ejecutivo –vía los ministerios de Hacienda, Minería, Energía y MIDESO– en la aprobación de los proyectos de las empresas la que nos lleva a concluir que los actos y las omisiones de las dos empresas en materia de derechos humanos serían atribuibles directamente al Estado de Chile. Constituye un control previo de las actividades empresariales y no solamente un control posterior como el que se realiza, a través de la regulación y fiscalización, a las empresas privadas.

Será objeto de otro artículo describir el alcance y contenido de estas obligaciones. Hay una fuerte hipótesis de que la exigencia es mayor si se comprueba un continuo flujo de información entre la EPE y los órganos del ejecutivo, tal como lo recomienda también el concepto del “propietario informado y activo” de las Directrices de la OCDE.

Ciertamente, la responsabilidad internacional directa de las EPE nunca exime de responsabilidad (internacional) a los órganos políticos, de fiscalización, y judiciales de un Estado, especialmente, a quienes tienen injerencia más directa en las decisiones sobre proyectos, la regulación en materia de empresas y DDHH, y la fiscalización. Lo que este artículo mostró es que las dos empresas de propiedad del Estado de Chile más grandes, ENAP y CODELCO, pueden generar directamente responsabilidad internacional del Estado, particularmente, si violaran normas internacionales en materia de derechos humanos y ambientales.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AHUMADA, Omar (2003): “Una nueva ley para el control ciudadano de la administración”, *Revista Enfoques*, vol. 2, N° 1: pp. 115-128.
- ARÓSTICA, Iván (2001): *Derecho administrativo económico* (Santiago, Universidad Santo Tomás).
- BACKER, Larry Catá (2017): “The Human Rights Obligations of State-Owned Enterprises (SOEs): Emerging Conceptual Structures and Principles in National and International Law and Policy”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 50, N° 4: pp. 827-888.
- BADIA, Albert (2014): *Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration* (Leiden, Kluwer Law International).
- BARNES, Mihaela (2019): “International Investment Law and State-Owned Entities: Recurrent Key Issues and Future Directions”, *Yearbook on International Investment Law & Policy* (Oxford, Oxford University Press) pp. 432-456.
- BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2012): “Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 38 N° 1: pp. 661-683.
- BROWER, Jorge (2016): *La responsabilidad de las empresas del estado en la afectación del medio ambiente*, Tesis para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- BLYSCHAK, Paul (2011): “State Owned Enterprises and International Investment Treaties”, *Journal of International Law and International Relations*, vol. 6: pp. 1-35.
- CORDERO, Luis (2015): *Lecciones de derecho administrativo* (Santiago, LegalPublishing).

- COVARRUBIAS, Ignacio (2004): "Subsidiariedad y Estado Empresario", *Revista de Derecho Público*, N° 66, pp. 251-273.
- CORTESI, Giulio (2017): "ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises - Moving Toward an Approach Based on General International Law", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* N° 16, pp. 108-138.
- CUERVO-VAZURRA, Álvaro (2018): *State-Owned Multinationals* (Palgrave Macmillan).
- DEREJE, Jonas (2016): *Staatsnahe Unternehmen. Die Zurechnungsproblematik im Internationalen Investitionsrecht und weiteren Bereichen des Völkerrechts* (Baden-Baden, Nomos).
- DE STEFANO, Carlo (2020): *Attribution in International Law and Arbitration* (Oxford, Oxford University Press).
- DING, Ru (2014): "'Public Body' or Not: Chinese State-Owned Enterprise", *Journal of World Trade*, vol. 48, N° 1: pp. 167-190.
- FEIT, Michael (2010): "Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity", *Berkeley Journal of International Law* Vol. 28 N° 1: pp. 142-177.
- FELDMAN, Mark (2016): "State Owned Enterprises as Claimant in International Investment Arbitration", *ICSID Review*, Vol. 31: pp. 27-28.
- FERMANDOIS, Arturo (2006): *Derecho constitucional económico* (Santiago, Universidad Católica).
- GARRIDO, Raúl (1966): *Las empresas estatales* (Santiago, Editorial Jurídica).
- HERNÁNDEZ, Domingo (2010): "El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista", *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1: pp. 443-466.
- HERVÉ, Dominique y SCHÖNSTEINER, Judith (2012): "Empresas, medio ambiente y derechos humanos: la zona industrial de Quintero-Puchuncaví", en *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2012* (Santiago, Universidad Diego Portales) pp. 131-162.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2018): "Recursos naturales, empresas y derechos humanos. Análisis del impacto de actividades productivas sobre los recursos naturales y el medio ambiente", en *Informe anual situación de los derechos humanos en Chile 2018* (Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos).
- JARA, Jaime (2008): "La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N° 19.880", *Revista de Derecho Público*, vol. 70: p. 293.
- LATORRE, Patricio (2008): "Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: naturaleza, límites y control de sus actividades", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXX: pp. 223-240.
- LEE, Jaemin (2015): "State Responsibility and Government Affiliated Entities in International Economic Law", *Journal of World Trade*, vol. 49, N° 1: pp. 117-151.
- LEE, Jaemin (2019): "Trade Agreements' New Frontier - Regulation of State-Owned Enterprises and Outstanding Systemic Challenges", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 14, N° 1: pp. 33-72.
- LOEBENSTEIN, Beatriz von (2018): *Empresas públicas. Sus características, naturaleza jurídica, marco normativo, régimen jurídico y su vinculación con la administración del Estado* (Santiago, Editorial Hammurabi).

- LÓPEZ, Sebastián (2006): Garantía constitucional de la no discriminación económica (Santiago, Editorial Jurídica).
- MEDINA, Cecilia (2018): *La Convención Americana de Derechos Humanos* (Ediciones UDP).
- MA, Xili (2019): “Advancing Direct Corporate Accountability in International Human Rights Law: The Role of State-Owned Enterprises”, *Frontiers of Law in China*, vol. 14, N° 2: pp. 231-273.
- NAVARRO, Enrique (1995): “El recurso de amparo económico en la jurisprudencia (1990-1995)”, *Revista de Derecho Público*, N° 57/58: pp. 263-275.
- NAVARRO, Enrique (2000): “El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público*, vol. 62: pp. 32-47.
- NOGUEIRA, Humberto (2010): “Análisis crítico sobre línea jurisprudencial de la sala constitucional de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre el recurso de amparo económico”, *Ius et Praxis*, Año 16, N° 2: pp. 415-442.
- PARDOW, Diego y TORRES, Pablo (2016): “Empresas del Estado y la relevancia del gobierno corporativo análisis a propósito de la ampliación del giro de ENAP”, en UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Anuario de Derecho Público*, N° 1, 2016: pp. 316-333.
- PARDOW, Diego y VALLEJO, Rodrigo (2008): “Derribando Mito Estado Empresario”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1: pp. 135-156.
- PARRA, Alejandra (2017): “La propiedad y la administración de la Corporación Nacional del Cobre de Chile en razón de las innovaciones introducidas desde la vigencia de la Ley N° 20.392 de 2009”, Universidad de Chile, Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, profesor guía: Max Spiess.
- PETROCHILOS, Georgios (2015): “Attribution of Conduct of Non-State Organ Entities: An Introduction”, en: LALANI, Shaheez y POLANCO, Rodrigo (eds.) *The Role of the State in Investor State Arbitration* (Leiden, Brill/Martinus Nijhoff Publishers) pp. 351-360.
- PISILLO MAZZESCHI, Riccardo (2008): *Responsabilité De L'etat Pour Violation Des Obligations Positives Relatives Aux Droits De L'homme* (VOLUME 333), COLLECTED COURSES OF THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW
- PONCE DE LEÓN, Sandra (2014): “La acción de amparo económico”, en SILVA, María Pía y HENRÍQUEZ, Miriam (coords.): *Acciones protectoras de derechos fundamentales* (Santiago, Legal Publishing) pp. 97-126.
- RAJAVUORI, Mikko (2015): “How Should States Own? Heinisch v Germany and the Emergence of Human Rights Sensitive State Ownership”, *The European Journal of International Law*, vol. 26, N° 3: pp. 727-746.
- SCHÖNSTEINER, Judith (2019): “Attribution of state responsibility for actions or omissions of State-owned enterprises in human rights matters”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 40, N° 4: pp. 895-936.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1999): “La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile”, *Revista Ius Publicum*, N° 2: pp. 119-129.

- SOTO KLOSS, Eduardo (2000): "Legitimidad de la distribución gratuita por un tercero de un periódico en la red de transporte de Metro S.A.", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 N° 2: pp. 251-265.
- VANNESTE, Frederic (2006): *General International Law Before Human Rights Courts* (Intersentia).
- WU, Yingying (2020): *Reforming WTO Rules on State-Owned Enterprises* (Singapore, Springer Verlag).

## NORMATIVA CITADA

- LEY N° 10.336 (29/3/1952) Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.
- LEY N° 13.196 (1/1/1958) Reservada del cobre.
- DECRETO LEY N° 824 (31/12/1974) Ley sobre impuesto a la renta.
- DECRETO LEY N° 1.056 (7/6/1975) Normas complementarias relativas a la reducción del gasto público y al mejor ordenamiento y control de personal.
- DECRETO LEY N° 1.263 (28/11/1975) Decreto Ley Orgánico de administración financiera del Estado.
- DECRETO LEY N° 1.350 (10/10/1976) Crea la Corporación Nacional del Cobre de Chile.
- DECRETO LEY N° 2.398 (1/12/1978) Normas complementarias de administración financiera y de incidencia presupuestaria.
- LEY N° 18.196 (29/12/1982) Normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria.
- LEY N° 18.482 (28/12/1985) Normas complementarias de administración financiera y de incidencia presupuestaria.
- LEY N° 18.575 (5/12/1986) Orgánica constitucional de bases de la administración del Estado.
- LEY N° 18.918 (5/2/1990) Ley orgánica constitucional del Congreso Nacional.
- LEY N° 19.628 (28/8/1999) Sobre protección de la vida privada.
- DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 DEL MINISTERIO DE MINERÍA (24/4/1987) Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618, que crea la Empresa Nacional del Petróleo.
- LEY N° 20.285 (20/8/2008) Sobre acceso a la información pública.
- LEY N° 21.174 (26/9/2019) Establece nuevo mecanismo de financiamiento de las capacidades estratégicas de la defensa nacional.
- LEY N° 20.977 (22/12/2016) Exige la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 13.196, Reservada del cobre.
- HISTORIA DE LA LEY N° 21.025 (7/8/2017): Establece un nuevo gobierno corporativo de la Empresa Nacional del Petróleo.
- DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 DEL MINISTERIO DE HACIENDA (22/11/2016) Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.
- DECRETO N° 2.421 DEL MINISTERIO DE HACIENDA (7/7/1964) Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 10.336 Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### NACIONAL

- ALCAYAGA CON FISCO y CODELCO (2000): 10° Juzgado Civil de Santiago, Rol 3245-2000.
- ASIMET A.G. con CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE (1993): Corte Suprema, 25 de mayo de 1993 (Amparo Económico) en MicroJuris, código de búsqueda MJJ2363 Fecha de consulta 21 de enero de 2019.
- ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA A.G. con EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO S.A. (2000): Corte Suprema, 31 de enero de 2000 (Amparo económico) en MicroJuris, código de búsqueda MJJ332, Fecha de consulta 21 de enero de 2019.
- BAUTISTA con FISCO (2011): 6° Juzgado Civil de Santiago, Rol C-47314-2011.
- BOZINOVIC Y OTRO con EMPRESA NACIONAL DE PETRÓLEOS Y OTRO (2012): 25° Juzgado Civil de Santiago, Rol C-20669-2012.
- CHILEXPRESS S.A. Y LÍNEA AÉREA NACIONAL S.A. con EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1999): Corte Suprema, 17 marzo de 1999 (Amparo económico), en MicroJuris, código de búsqueda MJJ1056, Fecha de consulta 21 de enero de 2019.
- CLAUSSEN CALVO con FISCO DE CHILE Y CODELCO CHILE DIVISIÓN CHUQUICAMATA (2018): 1° Juzgado de Letras en lo Civil de Antofagasta, Rol C-720-2018.
- CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE con INVERSIONES ANGLOAMERICAN SUR S.A. Y OTROS (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 21879-2011.
- FARIÁS ZAPATA con EMPRESA PORTUARIA DE IQUIQUE (2003): Corte de Apelaciones de Iquique Rol 93-2003. 15 de diciembre de 2009 (Despido injustificado - Recurso de nulidad), en MicroJuris, código de búsqueda MJJ22307, Fecha de consulta 21 de enero de 2019.
- FONSECA con CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE Y FISCO (2001): 15° Juzgado Civil de Santiago, Rol 3968-2001.
- INCOMIN S.A. con ENAMI (2000): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de octubre de 2000 (Recurso de Protección), en MicroJuris, código de búsqueda MJJ3623, Fecha de consulta 21 de enero de 2019.
- MARDONES CEPEDA con BANCO DEL ESTADO (2008): Corte Suprema, 29 de julio de 2008 (Indemnización de perjuicios - Recurso de casación en el fondo) MJJ17940, en MicroJuris, código de búsqueda MJJ17940, Fecha de consulta 21 de enero de 2019.
- PORTUARIA ANDEN SAN ANTONIO con EMPRESA PORTUARIA SAN ANTONIO (2009): CS Rol 6511-2009.
- QUINZACARA TORO con ENAP Y FISCO (2012): 3° juzgado de Letras de Punta Arenas, Rol 1043-2012.
- SOCIEDAD VISAL LTDA. con EMPRESA PORTUARIA DE ARICA (2007): Corte Suprema Rol 1428-2007.
- SOCOLIBROS LTDA. con EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE. (1997): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de marzo de 1997 (Amparo económico), en MicroJuris, código de búsqueda MJJ73, Fecha de consulta 21 de enero de 2019.
- TORRES con ENAP (2004): 1° Juzgado Civil de Santiago 9796-2004.

## DICTÁMENES Y OTRAS RESOLUCIONES

- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1994): N° 16.164, de 16 de agosto de 1994.
- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2015): N° 23.608 del 23 de marzo de 2015.
- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2016): N° 83.133, de 16 de noviembre de 2016.
- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2017): N° 18.850, de 24 de mayo de 2017.
- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2017): N° 15.759, de 02 de mayo de 2017.
- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2017): N° 18.589, de 23 de mayo de 2017.
- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2017) N° 45.162 del 29 de diciembre de 2017.
- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018): N° 13.564, de 25 de mayo de 2018.
- DICTAMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2018): N° 16.449, de 29 de junio de 2018.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, RESOLUCIÓN (2008): Resolución N° 1.600 *Fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.*
- MINISTERIO DE HACIENDA (1978): sobre Normas Complementarias de Administración Financiera y de Incidencia Presupuestaria.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2018): "Ordinario N° 470 Renta –actual ley sobre impuesto a la –art. 14, letras a) y b) y N° 3, art. 56, N° 3, art. 63 –decreto ley N° 2.398, de 1978, art. 2 –circular N° 49, de 2016", disponible en: [http://www.sii.cl/normativa\\_legislacion/jurisprudencia\\_administrativa/ley\\_impuesto\\_renta/2018/ja470.htm](http://www.sii.cl/normativa_legislacion/jurisprudencia_administrativa/ley_impuesto_renta/2018/ja470.htm). Fecha de consulta: 20 de enero de 2019.

## INTERNACIONAL

### CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

*CERTAIN IRANIAN ASSETS (REPUBLIC OF IRAN vs. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)*, Corte Internacional de Justicia, Excepciones preliminares, I.C.J. Reports 2019, p. 7.

### CORTE IDH

*ABRILL ALOSILLA vs. PERÚ*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 4 de marzo de 2011. Serie C N° 233.

*CANTOS vs. ARGENTINA*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Serie C N° 97.

*PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU vs. ECUADOR*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C N° 245.

*MEDIOAMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS, OPINIÓN CONSULTIVA SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión del 15 de noviembre de 2017. Serie A OC-23/17.

*MUELLE FLORES vs. PERÚ*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 6 de marzo de 2019. Serie C N° 375.

*TRABAJADORES CESADOS DE PETROPERÚ Y OTROS vs. PERÚ*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2017. Serie C N° 344.

#### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

*BURMYCH vs. UCRANIA* (2017): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 12 de octubre de 2017, App. 46852/13 y otras.

*COSMOS MARITIME TRADING AND SHIPPING AGENCY vs. UCRANIA* (2019). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 27 de junio de 2019, App. 53427/09.

*DIMITAR YORDANOV vs. BULGARIA* (2018): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 6 de septiembre de 2018, App. 3401/09.

*HEINISCH vs. ALEMANIA* (2011): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 21 de julio de 2011. App. 28274/08

*ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN SHIPPING vs. TURQUÍA* (2007): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 13 de diciembre de 2013, App. 40998/98.

*JKP VODOVOD KRALJEVO vs. SERBIA* (2018): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión sobre inadmisibilidad del 16 de octubre de 2019, Apps. 57691/09 y 19719/10.

*KHADIJA ISMAYLOVA vs. AZERBAIYÁN* (2019): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 2019, App. 65286/13 y 57270/14.

*KRNDIJA vs. SERBIA* (2017): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 27 de junio de 2017, App. 30723/09 y tres otras.

*KURŞUN vs. TURQUÍA* (2018): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 30 de octubre de 2018, App. 22677/10.

*LANGNER vs. ALEMANIA* (2015): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 17 de septiembre de 2015, App. No. 14464/11.

*MYKHAYLENKY vs. UCRANIA* (2004): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 30 de mayo de 2013, App. 49069/11.

*RADIO FRANCE Y OTROS vs. FRANCIA* (2003): TEDH, decisión sobre admisibilidad del 23 de septiembre de 2003, App. 53984/00.

*ŠIMAITIENĖ vs. LITUANIA* (2017): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 21 de mayo de 2017, App. 55056/10.

*STATE HOLDING COMPANY LUGANSKVUGILLYA vs. UKRAINE* (2009): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión sobre inadmisibilidad del 27 de enero de 2009, App. 23938/05.

*TRANSPETROL vs. ESLOVAQUIA* (2011): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 15 de noviembre de 2011, App. 28502/08.

*VORONKOV vs. RUSIA* (2015): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 30 de julio de 2015, App 39678/03.

*YERSHOVA vs. RUSIA* (2010): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 8 de abril de 2010, App. 1387/04.

*ZASTAVA IT TURS vs. SERBIA* (2013): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión sobre inadmisibilidad del 9 de abril de 2013, App. 24922/12.

## RESOLUCIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS: "Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con Comentarios", A/56/10, en NACIONES UNIDAS, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Al CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Nueva York y Ginebra, 2007).

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Empresas y Derechos Humanos. Estándares Interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (1 de noviembre de 2019).

NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observación General N° 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/GC/24 (10 de agosto de 2017).

NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, A/HRC/RES/17/4 (6 de julio de 2011).

OCDE (2015): Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015 (París, Éditions OCDE).

## SOLICITUDES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

SAI N° AX001T0000695 al CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO, presentada el 2 de enero de 2019, respondida por resolución N° 275, de fecha 18 de enero de 2019.

## OTROS

CODELCO (2018): *Estados Financieros Consolidados de CODELCO al 31 de diciembre de 2017* (Santiago).

ENAP (2018): *Memoria Anual 2017* (Santiago).

CODELCO (2008): *NCC 24 sobre Análisis de Riesgos en Materiales de Sustentabilidad para inversiones de Capital de la Corporación*, Revisión N° 2.



## SOBRE EL MODELO DE APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD EN LA LEY N° 19.496, CON ESPECIAL REFERENCIA A SU ARTÍCULO 16 LETRA G). BASES PARA UNA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL CONTROL DE CONTENIDO Y EL DE SORPRESIVIDAD

### *ABOUT THE MODEL OF UNFAIRNESS ASSESSMENT IN THE N° 19.496 LAW, WITH SPECIAL REFERENCE TO ITS ARTICLE 16 LETTER G). BASES FOR ESTABLISHING DIFFERENCES BETWEEN CONTENT CONTROL AND CONTROL OF SURPRISING TERMS*

SEBASTIÁN NICOLÁS CAMPOS MICIN\*

**RESUMEN:** A la luz de los modelos presentes en el derecho alemán y la Directiva 93/13/CEE, se analiza el modelo de apreciación de abusividad que establece el artículo 16 letra g) de la ley N° 19.496. Se explica cómo parte de nuestra doctrina y jurisprudencia acercan el control de contenido al de sorpresividad. Se aduce que esta aproximación entraña el riesgo de desvirtuar el control de contenido, justificando la validez de cláusulas que, pese a introducir desequilibrios normativos significativos al contrato, han sido adecuadamente informadas al adherente. Se propone que la apreciación de abusividad se mantenga en los límites abstractos contemplados en la mentada 16 letra g), fundando el control de sorpresividad en otras reglas de la ley N° 19.496 y del Código Civil.

**Palabras clave:** Control de contenido, control de sorpresividad, apreciación abstracta, circunstancias concurrentes.

**ABSTRACT:** In the light of the models found in German law and in the Directive 93/13 / EEC, is analysed the unfairness assessment model that is established in article 16 letter g) of Law No. 19,496. It is explained how part of our doctrine and jurisprudence approach the content control to the control of surprising terms. It is argued that this approach entails the risk of distorting the content control, justifying the validity of clauses that, despite introducing significant regulatory imbalances to the contract, have been adequately informed to the adherent. It is proposed that the unfairness assessment of abuse should be maintained within the abstract limits of the referred letter g), based on the surprising control in other rules of Law No. 19.496 and the Civil Code.

**Keywords:** content control, control of surprising terms, abstract appreciation, concurrent circumstances.

---

\* Magíster en Derecho mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Profesor instructor del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia. Dirección electrónica: scampos@derecho.uchile.cl. Número Orcid: 0000-0002-3236-8630

## I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, modificó el párrafo 4° del título II de la ley N° 19.496 –ley que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, de 7 de marzo de 1997 (en adelante LPDC)–, agregando, en lo que nos interesa, una letra g) al artículo 16, según la cual no producen efecto alguno las cláusulas o estipulaciones no negociadas individualmente que “en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato”<sup>1</sup>. Se perfecciona así el control de contenido, el cual antes de la modificación se acotaba a los casos en que alguna cláusula se subsumiera en las letras a) a f) del artículo 16<sup>2</sup>. El control tiene por objetivo resguardar cierta medida de equilibrio en el contenido normativo del contrato<sup>3</sup> y, por mor del artículo noveno N° 2 de la Ley N° 20.416 –de 3 de febrero de 2010–, resulta aplicable a todos los contratos cuyos adherentes tengan la calidad de consumidores o micro o pequeñas empresas<sup>4</sup>.

Según la mentada letra g), para la apreciación del desequilibrio importante “se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”. No obstante, doctrina autorizada postula que el juez está habilitado para considerar, entre otras circunstancias concurrentes a la celebración del contrato, la fuerza de las posiciones negociales, el hecho de que el adherente haya sido inducido por el proveedor a celebrar el contrato o que los bienes y servicios hayan sido provistos al adherente a pedido suyo, la naturaleza de los bienes y servicios y las demás cláusulas del contrato o de otros contratos entre las partes<sup>5</sup>. Esta aproximación, que sigue de cerca el modelo establecido en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13/CEE), ha encontrado cierto reflejo en la jurisprudencia, presentándose como una alternativa digna de consideración.

Con todo, si bien la consideración de las mentadas circunstancias puede reforzar la tutela del adherente, también entraña el riesgo de que el control sea confundido con uno de sorpresividad, trasladando el foco desde el resguardo de cierta medida de equilibrio normativo hacia la comprobación de que la información entregada al adherente de forma previa o simultánea a la celebración del contrato ha tornado razonablemente previsible la cláusula sometida a examen. Este último extremo, además de desvirtuar el control establecido por el legislador, merma la protección de los intereses del adherente, máxime si se con-

<sup>1</sup> La disposición no es novedosa en derecho comparado, siendo evidente su inspiración en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (MOMBERG y PIZARRO (2013) p. 342).

<sup>2</sup> Para un análisis de las letras a) a f), TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 92-126.

<sup>3</sup> Incluso antes de que entrara en vigor la ley N° 19.955, Tapia y Valdivia referían la conservación de un equilibrio razonable como la finalidad del control de contenido. TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 40-44.

<sup>4</sup> Sobre el impacto de la Ley N° 20.416 en el ámbito de aplicación de la LPDC, MOMBERG (2012) pp. 377-391.

<sup>5</sup> DE LA MAZA (2004) pp. 23 y 24, BARCIA (2016) p. 109.

sidera que, según autorizados estudios de economía conductual, los consumidores y micros y pequeñas empresas tienen una racionalidad limitada<sup>6</sup>.

Así las cosas, en este trabajo se expondrá la evolución que ha experimentado el control de contenido en la doctrina y jurisprudencia nacional, presentando las razones por las que debe preferirse una apreciación abstracta de abusividad o, a lo sumo, una apreciación concreta que, no obstante considerar las circunstancias concurrentes, no implique en ningún caso la justificación de cláusulas que introduzcan desequilibrios normativos importantes al contrato. Para estos efectos, haremos una revisión sintética del desarrollo y regulación de la materia en el derecho alemán y en la Directiva 93/13/CEE, analizando luego, a luz de las conclusiones obtenidas, la cuestión en el derecho nacional.

## II. EL MODELO DE APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD EN LA TRADICIÓN ALEMANA

Con base en desarrollos jurisprudenciales de la primera mitad del siglo XX, la *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, de 9 de diciembre de 1976, en adelante AGBG, estableció dos controles de diversa naturaleza y alcance: por un lado, el de incorporación, orientado a resguardar la cognoscibilidad, comprensibilidad y razonable previsibilidad de las condiciones generales; por el otro, el de contenido, orientado a resguardar cierta medida de equilibrio en su contenido normativo.

En cuanto al control de incorporación, el § 2 dispuso que las condiciones generales, para formar parte de un contrato, debían cumplir dos cargas: en primer lugar, que quien se sirviera de ellas, en el momento de la celebración del contrato, hubiese informado expresamente al adherente de su existencia o, siendo ello posible con una dificultad desproporcionada, al menos hubiese publicado de forma visible un anuncio referido a ellas en el lugar de celebración; en segundo lugar, que quien se sirviera de ellas hubiese otorgado al adherente una oportunidad para tomar nota de su existencia y aceptar su incorporación al contrato<sup>7</sup>. Por su parte, el § 3, positivizando el control de sorpresividad que el Tribunal Supremo federal venía practicando desde la década de los sesenta, dispuso que no forman parte de un contrato las condiciones que, con base en la apariencia externa del contrato y las circunstancias concurrentes a su celebración, no sean razonablemente previsibles<sup>8</sup>. Finalmente, el § 4 consagró la regla de la prevalencia, según la cual las cláusulas negociadas —y también las

<sup>6</sup> SIMON (1955) pp. 99-118, SUNSTEIN y THALER (2003) pp. 1159-1202 y LOEWENSTEIN y O'DONOGHUE (2006) pp. 183-206.

<sup>7</sup> Según Kötz y Schlosser, la carga de proporcionar al adherente la posibilidad de conocer el contenido de las condiciones generales presupone que estas hayan sido redactadas de forma clara y comprensible (GONZÁLEZ (2000a) p. 141, nota al pie N° 5). Empero, a partir de la década de los ochenta, la claridad y comprensibilidad comenzó a ser examinada por la jurisprudencia alemana con ocasión del control de contenido, dando lugar a la doctrina de la abusividad por falta de transparencia (GONZÁLEZ (2000b) p. 248, PERTÍÑEZ (2004) pp. 113-119, CÁMARA (2006) pp. 27 y 28. Respecto a los contratos entre empresarios, ALBIEZ (2009) pp. 46-49).

<sup>8</sup> Sobre el control de sorpresividad, ALFARO (1991) pp. 241-275, PAGADOR (1999) pp. 490-515, PAGADOR (2011) pp. 1363-1370, PERTÍÑEZ (2004) pp. 193-215.

impuestas específicamente para un contrato particular— desplazan a las condiciones generales incompatibles, desincorporándolas del contenido del contrato<sup>9</sup>.

En lo que respecta al control de contenido, la AGBG consagró una lista gris (§ 10) y una negra (§11) de condiciones generales abusivas<sup>10</sup>. Por su parte, recogiendo una línea jurisprudencial cuyas bases se remontan a 1906<sup>11</sup>, el § 9.1 estableció que “las cláusulas en condiciones generales de contratación son ineficaces si, en contra de las exigencias de la buena fe, perjudican injustificadamente a la contraparte contractual del predisponente”. En este orden, reconociendo los parámetros que antes perfilara el Tribunal Supremo Federal para la apreciación de abusividad, el § 9.2 dispuso que “en la duda, se presume un perjuicio injustificado: 1. cuando la cláusula no sea compatible con los principios fundamentales de la legislación de que se aparta; 2. cuando limite los derechos y deberes esenciales derivados de la naturaleza del contrato poniendo en peligro la realización de su propia finalidad”<sup>12</sup>.

A la luz del § 9.1, los elementos que configuran la abusividad de una cláusula son la contravención a las exigencias de la buena fe y el perjuicio injustificado al adherente.

La función atribuida a la buena fe se traduce en el control de cómo y en qué medida la estructura jurídica predispuesta satisface los intereses del adherente; tal control, conocido en la doctrina alemana como *Inhaltskontrolle*, es eminentemente abstracto y se realiza en torno a los intereses típicos del adherente, que no son sino aquellos tutelados mediante las reglas del derecho dispositivo<sup>13</sup>. En esta línea, la buena fe sirve de fundamento del control, permitiendo sustentar que una cláusula predispuesta que perjudica injustificadamente al adherente no produce efectos. De ahí entonces que el elemento determinante para la apreciación de abusividad sea el perjuicio injustificado<sup>14</sup>.

El perjuicio injustificado se configura cuando la cláusula no sea compatible con los principios fundamentales de la legislación de que se aparta o cuando limita los derechos y deberes esenciales derivados de la naturaleza del contrato poniendo en peligro la realización de su propia finalidad. Estas dos hipótesis de abusividad pueden reconducirse a una misma idea: que la desviación del derecho dispositivo sea de tal medida que ponga en riesgo la satisfacción de las expectativas típicas del adherente. A este respecto, el derecho dispositivo no se refiere únicamente a la regulación supletoria existente para el contrato que en concreto sea celebrado, sino también a aquellas reglas supletorias contempladas en la regulación general de los contratos<sup>15</sup>.

Distinto es el caso del control de sorpresividad, el que, si bien se realiza a la luz del estándar de un adherente de diligencia ordinaria, atiende a las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato, siendo un control eminentemente concreto. En principio, una

<sup>9</sup> ALFARO (1991) pp. 245 y 253, PATTI y PATTI (1993) p. 471, DÍAZ (2000) p. 202.

<sup>10</sup> EBERS (2016) p. 145.

<sup>11</sup> ZIMMERMANN (2008) pp. 201 y 202.

<sup>12</sup> ZIMMERMANN (2008) p. 202.

<sup>13</sup> ALBANESE (2013) p. 702.

<sup>14</sup> ALBANESE (2013) p. 701.

<sup>15</sup> Extrapolando el punto, Carrasco Perera ha sustentado que el marco de referencia no solo está compuesto por el derecho dispositivo, sino también por la eventual existencia de costumbres, usos mercantiles o, derechamente, consensos sociales racionales y lógicos (CARRASCO (2017) pp. 779-782).

cláusula es sorprendente cuando, de acuerdo con las circunstancias y la apariencia externa del contrato, el efecto que provoca es tan inusual que no resulta razonable para el adherente prever su existencia. Para superar este control quien se sirve de condiciones generales debe satisfacer una carga particular, a saber, informar, de manera previa o simultánea a la celebración del contrato, el contenido, sentido y alcance de las mentadas condiciones, de modo que su aplicación sea razonablemente previsible para un adherente de diligencia ordinaria<sup>16</sup>.

Ante el éxito del modelo instaurado, el legislador alemán, una vez que decidió la integración del derecho de las condiciones generales de contratación en el BGB, incorporó a este último el contenido íntegro de la AGBG mediante reforma de enero de 2002<sup>17</sup>. En la materia que nos interesa, los parágrafos 2, 3, 4, 9, 10 y 11 de la AGBG pasaron a ser los parágrafos 305(2), 305c, 305b, 307, 308 y 309 del BGB. Además, el legislador alemán aprovechó la ocasión para positivizar, en el mismo § 307, la doctrina jurisprudencial relativa a la posibilidad de que la abusividad de una cláusula provenga de la falta de una redacción clara y comprensible<sup>18</sup>.

### III. EL MODELO DE APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD EN LA DIRECTIVA 93/13/CEE

A diferencia de la AGBG, la Directiva N° 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, no establece un control de incorporación, pues los artículos 4.2 y 5 de la Directiva no vinculan la falta de claridad y comprensibilidad de las cláusulas a su no incorporación, sino a la posibilidad de que sean apreciadas como abusivas<sup>19</sup>. Por lo demás, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en el marco del desarrollo de su doctrina acerca de la incardinación del control de transparencia en el de contenido, ha sostenido expresamente que el deber de transparencia establecido en el artículo 5 tiene el mismo alcance que el establecido en el artículo 4.2<sup>20</sup>.

En cuanto al control de contenido, el artículo 3.1 de la Directiva establece que “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. En una línea cercana a la alemana, la norma contempla dos elementos para configurar la abusividad: la contravención a la buena fe y el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones. Respecto de la contravención de las exigencias de la buena fe, el

<sup>16</sup> ALFARO (1991) pp. 241-275, PAGADOR (2011) pp. 1363-1370 PERTÍÑEZ (2004) pp. 193-215.

<sup>17</sup> ALBIEZ (2002) pp. 1147-1151.

<sup>18</sup> El actual § 307 dispone que “también puede resultar un perjuicio injustificado del hecho que la cláusula no sea clara y comprensible”.

<sup>19</sup> CARBALLO (2010) p. 11, BLANDINO (2012) p. 589. Con relación a la extensión del control de contenido a las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato cuando estas no hayan sido redactadas de forma clara y comprensibles, PERTÍÑEZ (2004) pp. 112 y 113, PERTÍÑEZ (2013) p. 9, PERTÍÑEZ (2017) 98-101, FARNETI (2009) pp. 282-294, CÁMARA (2006) p. 17. Entre nosotros, refiriéndose al control de transparencia, DE LA MAZA Y MOMBORG (2018) pp. 87-98.

<sup>20</sup> *KÄSLER Y KÄSLERNÉ RABAI CONTRA OTP JELZÁLOGBANK ZRT* (2014), apartado 69; *BOGDAN MATEI Y IOANA OFELIA MATEI CONTRA SC VOLKSBANK ROMÂNIA SA* (2015), apartado 73.

TJUE, en sentencia de 14 de marzo de 2013, ha entendido que “en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe» (...) el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”<sup>21</sup>. Por su parte, en lo que se refiere al desequilibrio importante, el TJUE estima que “para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”<sup>22</sup>. Con todo, en el marco de la Directiva también se plantea la cuestión de si acaso la buena fe realmente desempeña un rol importante en la apreciación de la abusividad o si simplemente constituye su fundamento y criterio de justificación<sup>23</sup>.

Como sea, alejándose del modelo alemán, la Directiva establece en su artículo 4.1 tres parámetros que orientan la apreciación de abusividad: la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, todas las circunstancias que concurran en el momento de su celebración, y todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa. Sin perjuicio de los matices pertinentes –destacando, entre otros, la prescindencia de las circunstancias concurrentes en el marco del control general<sup>24</sup>–, los mentados parámetros, y en particular la consideración de las circunstancias concurrentes, sirven para concretizar la tutela al adherente, sustentándose en la premisa de que los contratos por adhesión, aunque se alejen del modelo clásico de contratación, siguen teniendo naturaleza contractual, debiendo ser consideradas las particularidades de cada concreta relación<sup>25</sup>. En esta línea, y según explicita el considerando decimosexto de la Directiva, entre otras circunstancias, deben considerarse la fuerza de las respectivas posiciones negociadoras de las partes, si acaso se ha inducido de algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula, o si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor.

En este marco, y habida cuenta de la inexistencia de un control de incorporación en la Directiva, doctrina autorizada sostiene que la consideración de las circunstancias concurrentes implica incardinar el control de sorpresividad en el de contenido, de forma tal de predicar la abusividad de las cláusulas que, por la apariencia externa del contrato y las de-

<sup>21</sup> MOHAMED AZIZ CONTRA CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA (CATALUNYACAIXA) (2013), apartado 69.

<sup>22</sup> MOHAMED AZIZ CONTRA CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA (CATALUNYACAIXA) (2013), apartado 68.

<sup>23</sup> GONZÁLEZ (2015) p. 1113. Algunos Estados, a la hora de transponer el artículo 3.1 de la Directiva, han consagrado cláusulas generales que, requiriendo expresamente el desequilibrio significativo, omiten toda remisión a la buena fe. Así ocurre, por ejemplo, en Bélgica, Dinamarca, Estonia y Grecia (EBERS (2016) p. 153). Así ocurre también en Francia. El artículo L 132-1 del *Code de la Consommation* dispone: “*sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*”.

<sup>24</sup> CAMPOS (2019) pp. 43 y 44.

<sup>25</sup> BALLESTEROS (1999) p. 210.

más circunstancias concurrentes, no sean previsible para un adherente de diligencia ordinaria<sup>26</sup>. En este orden, una circunstancia concurrente que cobra relevancia para la apreciación de abusividad es la deficiencia de la información entregada respecto a las cláusulas que desempeñen una función significativa en la determinación de la carga económica y jurídica que implica el contrato para el consumidor<sup>27</sup>.

Ahora bien, la exigencia de considerar las circunstancias concurrentes en el marco del control de contenido entraña una cuestión de suma relevancia, a saber, si acaso la apreciación de abusividad puede evitarse por el hecho de que quien se sirva de cláusulas no negociadas haya informado adecuadamente respecto al contenido de estas. Una respuesta afirmativa implicaría que la consideración de la información entregada y el análisis de su adecuación trasladarían el enfoque del control desde el resguardo de cierta medida de equilibrio normativo hacia el aseguramiento de una adecuada formación del consentimiento. En este orden, ya no habría una mera incardinación del control de sorpresividad en el de contenido, sino una completa identidad.

Evidentemente, incluso en la poco realista hipótesis de que el adherente entienda a cabalidad los alcances económicos y jurídicos del contenido predispuesto<sup>28</sup>, identificando groseros y significativos desequilibrios en su perjuicio, es posible que, por la urgencia de satisfacer necesidades personales o familiares, celebre igualmente el contrato. Por lo demás, dado que la predisposición de cláusulas abusivas constituye una falla de mercado, es probable que todos los competidores que participan en el mismo mercado ofrezcan el mismo contenido abusivo<sup>29</sup>.

Justificar el contenido de una cláusula en razón de la información entregada entraña el monumental riesgo de legitimar una práctica que el derecho busca prevenir, esto es, la utilización de cláusulas no negociadas que pongan en riesgo la satisfacción de las expectativas típicas del adherente<sup>30</sup>. Por ello, la consideración de las circunstancias concurrentes en el marco del control de contenido no debe impedir la apreciación de abusividad a la luz de parámetros abstractos, sino que debe servir como un complemento para apreciar la abusividad –*rectus*, sorpresividad– de aquellas cláusulas que, sin desviarse ostensiblemente del derecho dispositivo, provocan una defraudación de las expectativas que el adherente se ha forjado en función de las concretas y singulares circunstancias que han concurrido a la celebración del contrato<sup>31</sup>. Doctrina autorizada está conteste en que la entrega de la mejor y más completa información no justifica la eficacia de una cláusula que no haya superado una apreciación abstracta de abusividad, pues el control de contenido no se dirige a la comprobación de un consentimiento real o presuntivo por parte del adherente, sino a resguardar que exista cierta medida de equilibrio en el contenido normativo del contrato<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> PAGADOR (1998) pp. 55-58.

<sup>27</sup> ALFARO (1991) pp. 273 y 274.

<sup>28</sup> Sobre la improbabilidad de este escenario, BEN-SHAHAR (2008) p. 17

<sup>29</sup> BIANCA (2000) p. 370.

<sup>30</sup> PERTÍÑEZ (2004) pp. 40-42, GONZÁLEZ (2015) p. 1143.

<sup>31</sup> PAGADOR (1998) pp. 72-74.

<sup>32</sup> Entre otros, ALFARO (1991) p. 254, PERTÍÑEZ (2004) pp. 40-42, BLANDINO (2012) p. 678, GONZÁLEZ (2015) p. 1143, BIANCA (2000) pp. 369 y 370, RIZZO (2013) p. 56.

Antes de finalizar esta sección, hay que añadir que el modelo de la Directiva no solo predomina en los ordenamientos europeos –en que el deber de armonización mínima exigido por el artículo 8 ciertamente ha surtido efecto<sup>33</sup>–, sino también en los instrumentos de derecho uniforme y de armonización. Así ocurre, por lo demás, en los artículos II.-9:407 del DCFR, 6:301 de los ACQP y 4:110 de los PECL.

#### IV. EL MODELO DE APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD EN LA LPDC

En nuestro sistema, la LPDC establece un control de incorporación –diseñado por la letra f)<sup>34</sup> del artículo 16 y fundamentalmente por los artículos 17 y 12 A<sup>35</sup>– y un control de contenido –compuesto por las diversas letras del artículo 16, salvo la f)–.

En lo que atañe al control de incorporación, el artículo 17 establece que las cláusulas que no estén redactadas de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano –salvo aquellas palabras de otra lengua que el uso haya incorporado al léxico–, “no producirán efecto alguno respecto del consumidor”. Adicionalmente, el inciso segundo del mentado artículo 17 consagra la regla de la prevalencia, disponiendo que “en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí”. Por su parte, respecto de la contratación a distancia, el artículo 12 A consagra una carga de cognoscibilidad, consistente en resguardar la accesibilidad de las condiciones generales del contrato y la posibilidad de almacenarlas o imprimirlas.

Sin perjuicio de que la regla de la prevalencia pueda ser concebida como una concreción del control de sorpresividad<sup>36</sup>, no se consagra en nuestro sistema un control general de esta última clase.

En cuanto al control de contenido, este se estructura sobre la base de una lista negra –letras a) a e) del artículo 16<sup>37</sup>– y una cláusula abierta –letra g) del artículo 16–. Según la letra g), una cláusula es abusiva cuando en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, cause, en perjuicio del adherente, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Tal como ocurre a propósito del artículo 3.1 de la Directiva, si bien la letra g) refiere dos elementos para que se configure la abusividad –la contravención a las exigencias de la buena fe y el desequilibrio importante en los derechos y obligaciones–, doctrina au-

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, artículos L 212-1 del *Code de la Consommation*, 34.1 del *Codice del Consumo*, y 82.3 del TRLGDCU. En el mismo BGB, el actual § 310 apartado 3 número 3 establece que, en el caso de contratos celebrados entre empresarios y consumidores, la apreciación del perjuicio injustificado ha de tener en cuenta las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato.

<sup>34</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 75-77.

<sup>35</sup> DE LA MAZA (2004) p. 15, MORALES (2018) pp. 85-87. Para un examen más detallado, TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 59-78, PIZARRO y PÉREZ (2013) pp. 359-363, CONTARDO (2014) pp. 113-127, BARRIENTOS (2018) pp. 1001-1018.

<sup>36</sup> ALFARO (1991) pp. 245 y 253, PATTI y PATTI (1993) p. 471, PAGADOR (1998) pp. 103 y 104, DÍAZ (2000) p. 202.

<sup>37</sup> TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 90-91.

torizada sostiene que basta con la constatación de este último<sup>38</sup>. En rigor, las exigencias de la buena fe se concretan en la exigencia de que el profesional se sirva de un contenido pre-dispuesto equilibrado, que no entorpezca la satisfacción de las expectativas que alberga el adherente según la naturaleza del contrato, de modo que el desequilibrio importante revela por sí mismo una contravención a la buena fe<sup>39</sup>. Esta aproximación ha encontrado acogida implícita o explícita en la jurisprudencia de nuestros tribunales<sup>40</sup>, destacando en el último tiempo sentencias de 9 de abril de 2018, 15 de abril de 2019 y 27 de diciembre de 2019, todas de la Corte Suprema, que, sin hacer referencia a la buena fe, afirman “que el carácter abusivo de las estipulaciones contractuales está determinado por el desequilibrio notable e injustificado en las prestaciones que la estipulación impone, en perjuicio del adherente consumidor y en beneficio del predisponente proveedor”<sup>41</sup>.

En cuanto al modelo de apreciación de abusividad, la letra g) dispone que “se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”. Se consagra, en principio, el modelo de apreciación abstracta, pues la remisión a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen puede entenderse realizada a las expectativas típicas que puede albergar el adherente en función de la naturaleza del contrato y a las reglas de derecho dispositivo que lo regulan. En este sentido, el control resguarda la finalidad típica que subyace al contrato, esto es, la función socioeconómica que sirve como su causa<sup>42</sup>, plasmada en la regulación contemplada en el derecho dispositivo<sup>43</sup>.

Con todo, como veremos a continuación, existe doctrina autorizada y también jurisprudencia que ponen en cuestión este modelo.

## 1. EL ACERCAMIENTO DEL CONTROL DE CONTENIDO AL CONTROL DE SORPRESIVIDAD EN LA DOCTRINA

Uno de los autores que ha acercado el control de contenido al de sorpresividad es Barcia. Según el autor, “no cualquier modificación o exclusión de un elemento de la naturaleza o un elemento incorporado al contrato puede ser calificado como atentatorio contra la buena fe. El juez para poder llegar a esta conclusión debe integrar estos criterios, es

<sup>38</sup> De la Maza Gazmuri sostiene que la constatación de un desequilibrio importante podría servir de base de una presunción de mala fe (DE LA MAZA (2004) pp. 18 y 19). Por su parte, Momberg Uribe y Pizarro Wilson sugieren que todo desequilibrio importante implica en sí una contravención a la buena fe o es al menos indiciario de ella (MOMBERG y PIZARRO (2013) pp. 343-347). En el mismo sentido, MORALES y VELOSO (2019) p. 154.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ (2015) p. 1113.

<sup>40</sup> HUBNER y JUÁREZ CON UNIVERSIDAD MAYOR (2008), considerando cuarto, apartado cuatro; PARRA CON UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO (2008), considerando sexto; RAVINET CON UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO (2012), considerando segundo; SERNAC CON CENCOSUD ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A. (2013), considerandos octavo, noveno y décimo; SERNAC CON CRÉDITOS ORGANIZACIÓN Y FINANZAS S.A. (2014), considerando vigesimoséptimo; SERNAC CON TICKET FÁCIL S.A. (2018), sentencia de nulidad, considerandos décimo y undécimo. Para una revisión de estas sentencias, MOMBERG y PIZARRO (2013) pp. 348 y 349, CAMPOS (2019) pp. 242-244.

<sup>41</sup> SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A. (2018), sentencia de nulidad, considerando duodécimo; SERNAC CON CORPORACIÓN EDUCACIONAL UNIVERSIDAD DEL MAR (2019), sentencia de nulidad, considerando séptimo; SERNAC CON CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ S.A. (2019), sentencia de nulidad, considerando séptimo.

<sup>42</sup> CARVAJAL (2011) pp. 441-448.

<sup>43</sup> LORENZINI y POLIT (2013) pp. 468-472.

decir, sospechará de estas cláusulas, y las tendrá por abusivas solo en la medida que el pre-disponente no pueda probar que informó adecuadamente al consumidor de ellas, para lo cual no le bastará el mero contrato, y sobre todo, si ellas no tienen como contrapartida un beneficio<sup>44</sup>. Los criterios a que se refiere el autor son justamente los parámetros de la letra g) del artículo 16<sup>45</sup>, de modo que, bajo su esquema de razonamiento, la entrega oportuna de información veraz y suficiente respecto de las cláusulas no negociadas podría impedir la apreciación de abusividad o cuanto menos jugar un rol relevante al respecto.

Una postura más matizada es la de De la Maza<sup>46</sup>. Según este autor, debe presumirse la validez de las cláusulas que, sin subsumirse en la lista negra diseñada en las letras a) a f) del artículo 16 de la LPDC, tienen un contenido que resulta legible y comprensible para una persona promedio dentro del público al que se dirige la oferta; en estos casos cobra aplicación la carga de informarse que recae sobre los adherentes, de modo que la adhesión –que implica aceptación– excluye, en principio, la abusividad<sup>47</sup>. Por el contrario, si la cláusula, sin llegar al extremo de subsumirse en la lista negra, y pese a ser informada por el profesional, no resulta legible o comprensible para un adherente medio –sea por la utilización de vocablos técnicos, por la remisión a otras cláusulas o reglamentos, o por regular extremos de alcance complejo–, la carga de informarse no cobra aplicación –por desproporcionada–, debiendo apreciarse su validez o eventual abusividad a la luz de las expectativas razonables que pueda albergar dicho adherente<sup>48</sup>. En este orden, el autor propone que el control diseñado por la letra g) del artículo 16 sea realizado según las expectativas razonables que un adherente medio, sobre la base del tipo contractual y de la publicidad y los tratos preliminares, puede albergar en la ejecución del contrato<sup>49</sup>. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en los contratos de contenido legible y comprensible –en que el control de las cláusulas se acercaría sustantivamente a un mero control de sorpresividad–, tratándose de contratos por adhesión de contenido complejo, el control de contenido tutelaría tanto las expectativas resguardadas por el derecho dispositivo como aquellas que un adherente de diligencia ordinaria podría forjarse en función de las circunstancias concurrentes a la celebración.

En una línea afín, Pinochet, otro jurista de prestigio, ha sostenido recientemente que “el contrato de adhesión no alcanza fuerza obligatoria por el solo hecho de su suscripción formal, sino que lo hará a condición de que sea el producto de una manifestación de voluntad del adherente verdaderamente libre e informada, lo que trae como consecuencia que

<sup>44</sup> BARCIA (2016) pp. 108 y 109.

<sup>45</sup> BARCIA (2016) p. 108.

<sup>46</sup> De la Maza tempranamente afirmó que el juez, si bien no puede desatender la finalidad del contrato y las disposiciones que lo rigen, está habilitado para considerar, entre otras circunstancias, la fuerza de las posiciones negociales, el hecho de que el adherente haya sido inducido por el proveedor a celebrar el contrato o que los bienes y servicios hayan sido provistos al adherente a pedido suyo, la naturaleza de los bienes y servicios y las demás cláusulas del contrato o de otros contratos entre las partes. DE LA MAZA (2004) pp. 23 y 24. En el mismo sentido, BARCIA (2016) p. 109.

<sup>47</sup> DE LA MAZA (2014) pp. 339 y 340.

<sup>48</sup> DE LA MAZA (2014) p. 340.

<sup>49</sup> DE LA MAZA (2014) pp. 343-349.

en el caso de que las condiciones del contrato no coincidan con lo que él creyó contratar, las cláusulas escritas deberán ser desplazadas por sus legítimas expectativas, bajo condición de que estas sean razonables<sup>50</sup>. Según el autor, que también acerca el control de contenido al de sorpresividad<sup>51</sup>, la noción de expectativas razonables o legítimas expectativas se determina sobre la base de aquello que un adherente de diligencia ordinaria podría esperar de la ejecución del contrato<sup>52</sup>. Pese a ello, en la misma línea que De la Maza<sup>53</sup>, Pinochet refiere la importancia que ostentan las cosas de la naturaleza (ex artículo 1444 del Código Civil) como una concreción de lo que resulta razonable<sup>54</sup>, refrendando así que las reglas de derecho dispositivo reflejan una medida de justicia conmutativa de la que el predisponente difícilmente puede distanciarse sin defraudar las expectativas del adherente.

## 2. EL CONTROL DE CONTENIDO EN LA JURISPRUDENCIA

Dado que la letra g) del artículo 16 fue incorporada a la LPDC por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004, el desarrollo jurisprudencial de la temática es reciente.

En sentencia de 21 de septiembre de 2007, la Corte de Apelaciones de Santiago, a propósito de los parámetros de apreciación establecidos por el legislador, afirma que “para determinar la finalidad del contrato, se ha entendido que se deben examinar las expectativas que el consumidor, razonablemente, podría haberse hecho respecto del contrato, lo que implica que uno de los principales elementos para limitar el contenido abusivo de los contratos por adhesión, se encuentra en la noción de defraudación de expectativas del adherente<sup>55</sup>. Según viéramos, las expectativas a tutelar podrían determinarse sobre la base de la naturaleza del contrato y los intereses que al respecto tutela el derecho dispositivo; sobre la base de la publicidad, la información precontractual y las demás circunstancias concurrentes; o sobre ambas bases. En el caso particular, a propósito de un contrato de tiempo compartido, la Corte aprecia la abusividad de dos cláusulas por no estar destacadas entre las cláusulas principales del contrato (se encontraban contempladas en un reglamento al que el contrato se remitía) y no haber sido adecuadamente informadas al adherente, defraudando así las expectativas que este albergaba en la ejecución del contrato<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> PINOCHET (2019) pp. 498 y 499.

<sup>51</sup> En palabras de Pinochet, “La arbitrariedad de la posición dominante en el proceso de contratación se produce fundamentalmente a través de las denominadas cláusulas abusivas o las cláusulas sorprendentes, esto es, cláusulas que siendo aparentemente válidas contradicen, sin embargo, los presupuestos elementales del Derecho de la contratación” (PINOCHET (2019) p. 508).

<sup>52</sup> PINOCHET (2019) p. 502.

<sup>53</sup> DE LA MAZA (2014) pp. 346 y 347.

<sup>54</sup> PINOCHET (2019) p. 511.

<sup>55</sup> *CAMUS CON COMERCIALIZADORA ALTO MANATAGUA S.A.* (2007), considerando primero.

<sup>56</sup> Una cláusula imponía el pago de una cuota de membresía, además del precio convenido en el contrato, para el caso en que el adherente no utilizara el complejo habitacional y deseara mantener su calidad de socio; la otra establecía que el no pago de tres cuotas de membresía producía la extinción de los beneficios del programa vacacional contratado. La Corte también aprecia la abusividad de una cláusula que imponía el pago de una cuota por cada semana de utilización del complejo por concepto mantenimiento del establecimiento, servicio de muca-ma, ropa blanca, uso de instalaciones deportivas, entre otras (*CAMUS CON COMERCIALIZADORA ALTO MANATAGUA S.A.* (2007), considerandos undécimo, duodécimo y decimotercero).

Posteriormente, en sentencias de 3 de junio de 2014 y 13 de enero de 2015, la misma Corte señala que, para efectos de constatar el desequilibrio importante al que se refiere la letra g), “lo relevante es la afectación a los derechos y obligaciones de los consumidores, ya sea que se altere el derecho dispositivo en contra del consumidor o, desde la perspectiva de este, se fractura el propósito práctico del contrato”<sup>57</sup>. A la luz de la doctrina comparada expuesta, este considerando podría ser entendido en el sentido de que la abusividad puede derivar de un distanciamiento del derecho dispositivo que pone en riesgo las expectativas típicas del adherente o de una defraudación de las expectativas que este se ha forjado sobre la base de la información, la publicidad y las demás circunstancias concurrentes a la celebración.

En otro pronunciamiento, de 7 de julio de 2016, la Corte Suprema aprecia la abusividad de una condición general que, reglando el procedimiento para la adquisición de entradas a un espectáculo, faculta a Ticketmaster para revelar a terceros la información proporcionada por los usuarios, recolectar información derivada de sus gustos, preferencias y utilización que hagan de los servicios, y utilizar la información recolectada con fines comerciales<sup>58</sup>. Al respecto, la Corte sostiene que “resulta contraria a la buena fe, y en consecuencia abusiva, la obtención del consentimiento del titular de los datos mediante una condición general de contratación incluida en una transacción cuyo objeto principal es la entrada a un espectáculo. En el contexto de semejante transacción comercial, tal renuncia a la privacidad de los datos personales solo es válida si es otorgada en forma explícita y específica”<sup>59</sup>. La apreciación de abusividad se basa en la imprevisibilidad de una autorización como esta en un contrato de este tipo. Se trata, en consecuencia, de un control de sorpresividad, que puede ser superado en caso de que el adherente sea informado adecuadamente acerca de la existencia de la cláusula y su sentido y alcance, aceptándola explícita y separadamente. Aunque no se explicita, la Corte parece entender que el contenido de la cláusula no es en sí mismo desequilibrado.

Dado que ninguno de los fallos referidos llega al extremo de sostener que una información adecuada respecto al contenido de una cláusula sea siempre suficiente para excluir su abusividad, la jurisprudencia hasta ahora comentada podría enmarcarse en la doctrina que incardina el control de sorpresividad en el de contenido sin llegar a identificarlos y con el preciso fin de ampliar la tutela al adherente. En este sentido debiese interpretarse sentencia de nulidad de 7 de marzo de 2018, en que la Corte Suprema, luego de precisar que el control vela por el equilibrio contractual y referir los parámetros de apreciación contemplados en la letra g), afirma que “la experiencia comparada muestra que existen otros criterios que prestan utilidad para determinar el carácter abusivo de una cláusula, por ejemplo, la

<sup>57</sup> *SERNAC CON INMOBILIARIA LAS ENCINAS* (2014), considerando noveno; *SERNAC CON CRÉDITOS ORGANIZACIÓN Y FINANZAS S.A.* (2015), considerando decimotercero.

<sup>58</sup> *SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A.* (2016), sentencia de nulidad, considerandos undécimo, decimosegundo y decimotercero.

<sup>59</sup> *SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A.* (2016), sentencia de nulidad, considerando undécimo. En cuanto a la autorización para utilizar la información recolectada con fines comerciales, la Corte añade que la condición resulta contraria al inciso segundo del artículo 3 de la ley 19.628, que establece que “el titular puede oponerse a la utilización de sus datos personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión” (*SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A.* (2016), sentencia de nulidad, considerando decimotercero).

fuerza de las posiciones negociales del proveedor y el consumidor, el hecho que el consumidor haya sido inducido por el proveedor a celebrar el contrato o que los bienes y servicios hayan sido provistos al consumidor por orden de este, la naturaleza de los bienes y servicios y las demás cláusulas del contrato o de otros contratos”<sup>60</sup>.

Una aproximación diversa puede observarse en sentencia de 25 de julio de 2016, en que la Corte de Apelaciones de Santiago afirma la validez de una cláusula que faculta a Ticketmaster Chile S.A. para retener el cargo por servicio en caso de que se suspenda o cancele el evento para el cual ha sido adquirida una entrada dado que “el usuario lo sabe desde el primer momento –esto es que en caso de suspensión o cancelación del evento no se le devolverá el cargo por servicio– y aun así compra el ticket”<sup>61</sup>. Sin pronunciarnos respecto al equilibrio o desequilibrio de la cláusula enjuiciada<sup>62</sup>, el problema del criterio de la sentencia es que asume que el control resguarda una adecuada formación del consentimiento –y, sobre todo, la libertad de elección–, siendo que su finalidad es tutelar que las cláusulas no negociadas no incurran en un desequilibrio normativo significativo.

El mismo problema se advierte en sentencia de 23 de febrero de 2018, de la Corte de Apelaciones de Temuco. En el marco de un mutuo hipotecario y a propósito de una cláusula que faculta al Banco para acelerar el crédito en caso de que la deudora incurra en alguna de las prohibiciones acordadas –entre las que se encuentra una prohibición de enajenar el inmueble hipotecado–, la Corte sostiene que “no resulta posible establecer la “nulidad de la obligación” como se ha pedido por vía de declarar abusiva la cláusula décimo octava del contrato en análisis, con mayor razón si aun tratándose de un contrato de adhesión, la deudora ha concurrido con su voluntad a la suscripción del mismo, ha tenido acceso al contenido del contrato, y ha optado, también voluntariamente, por infringir durante el desarrollo del contrato, las condiciones establecidas en el mismo por el acreedor, para la seguridad de su crédito, como son la de no caer en mora de obligaciones crediticias y la facultad de acelerar el pago de su acreencia si ve peligrar el rescate de las garantías que acceden a la obligación principal”<sup>63</sup>. Cabe señalar que, con fecha 24 de septiembre de 2018, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación intentado en contra de la sentencia, sin examinar el equilibrio o desequilibrio de la cláusula, también justifica su validez bajo la

<sup>60</sup> *SERNAC CON TICKET FÁCIL S.A.* (2018), sentencia de nulidad, considerando décimo.

<sup>61</sup> *SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A.* (2016), considerando vigésimo.

<sup>62</sup> La Corte Suprema anula la sentencia referida, apreciando la abusividad de la cláusula en razón de que el contrato impone al consumidor “la carga de soportar la pérdida de parte del precio de la venta de entrada a un evento que no se realiza, hecho respecto del cual el consumidor no tiene ninguna injerencia o responsabilidad; la demandada percibe, pues, ese valor mientras el consumidor nada recibe a cambio. En estas condiciones, es la parte más débil de la relación de consumo la que resulta gravada o afectada objetivamente pues no recibió el servicio esperado con la contratación” (*SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A.* (2018), sentencia de nulidad, considerando decimoquinto). En rigor, la Corte aprecia la abusividad a la luz de la significación que el contrato tiene para un consumidor medio, estimando que “según él las partes son dos; él solo tiene al frente a un sujeto con el que negocia; desconoce las relaciones internas que puede haber tras el que aparece como vendedor; no tiene la intención ni el interés, ni le es permitido, entrar a averiguar la efectiva distribución de utilidades y riesgos entre los que intervienen en el espectáculo; por tanto, él da lo suyo: un valor total por un espectáculo; si no lo recibe, salvo situaciones extremas que no vienen al caso, habrá de ser restituido en lo que dio” (*SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A.* (2018), sentencia de nulidad, considerando decimoquinto).

<sup>63</sup> *BANCO SANTANDER CHILE S.A. CON VERDUGO* (2018a), considerando quinto.

premisa, ciertamente discutible, de que no entraba la circulación del inmueble hipotecado, sino que se limita a generar una obligación de no hacer<sup>64</sup>.

Con todo, en el último tiempo se advierte un cambio de paradigma en la jurisprudencia. En sentencias de 29 de noviembre de 2018 y 29 de agosto de 2019, la Corte Suprema sostiene que “la consideración del carácter abusivo de una cláusula contractual es una cuestión que importa una apreciación sobre el contenido de la estipulación en cuanto a la extensión de las prerrogativas que confiere a una de las partes y posición en que coloca o puede colocar a la contraparte. Esa evaluación no requiere necesariamente la prueba de una situación de abuso real y concreto, bastando para el juzgamiento la posibilidad de que la articulación valide una posición de abuso exorbitante con correlativo riesgo de detrimento y subordinación de la contraparte débil. Por ello, cada cláusula cuestionada es examinada en su contenido, evaluándose el espacio o ámbito de acción que entrega a las partes –que puede ser razonable y plausible atendidas las características de la relación– o, por el contrario, exorbitante y desmedido, generando el consiguiente riesgo de desmedro injusto de los derechos de la contraparte”<sup>65</sup>. Si la apreciación recae directamente sobre el contenido, sin considerar las circunstancias que pueden constituir un abuso real y concreto, entonces la apreciación es abstracta.

A mayor abundamiento, en sentencias de 9 de abril de 2018, 15 de abril de 2019 y 27 de diciembre de 2019, la Corte Suprema, luego de afirmar que basta la existencia de un desequilibrio importante para apreciar la abusividad, precisa que “el desequilibrio puede ser concretado en diversos ámbitos del contrato y, por lo mismo, terminan con diverso contenido: a) Confieren derechos exorbitantes al proponente, como las que le otorgan facultades de fijar o modificar elementos del contrato (como cambiar el precio, el tipo de producto o servicio o su régimen jurídico); b) Excluyen o restringen derechos de los consumidores, como las que imponen renunciaciones al ejercicio de acciones judiciales, reducen los medios de prueba, alteran la carga de la prueba; c) Reducen las obligaciones del predisponente, como la exoneración o restricción de su responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso; d) Imponen al consumidor cargas desproporcionadas, como pagar gravosas indemnizaciones o establecer plazos excesivamente breves para reclamos”<sup>66</sup>. Si se observa bien, las concreciones de desequilibrio notable e injustificado no son sino hipótesis genéricas de desviación ostensible del derecho dispositivo, las cuales se pueden apreciar sin necesidad de atender a las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato.

Ahora bien, la línea abierta por sentencia de 29 de noviembre de 2018 no implica que las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato no puedan configurar, en el caso particular, una situación de abuso que justifique la apreciación de abusividad de alguna cláusula; después de todo, la Corte no afirma que sea impertinente la acreditación de una situación de abuso real y concreto, sino que no resulta necesaria.

<sup>64</sup> *BANCO SANTANDER CHILE S.A. CON VERDUGO* (2018b), considerando vigésimo.

<sup>65</sup> *SERNAC CON BANCO BBVA* (2018), sentencia de nulidad, considerando decimoséptimo; *ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES DE TARAPACÁ CON BANCO SANTANDER CHILE* (2019), considerando undécimo.

<sup>66</sup> *SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A. (2018)*, sentencia de nulidad, considerando duodécimo; *SERNAC CON CORPORACIÓN EDUCACIONAL UNIVERSIDAD DEL MAR* (2019), sentencia de nulidad, considerando séptimo; *SERNAC CON CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ S.A. (2019)*, sentencia de nulidad, considerando séptimo.

Otra sentencia que merece ser destacada es la de 9 de abril de 2019, de la Corte de Apelaciones de Arica. La Corte, a propósito de algunas cláusulas de un contrato de transporte aéreo que impedían solicitar cambio o devolución del dinero y que establecían la cancelación automática, sin derecho a reembolso, del segundo trayecto de un vuelo de dos tramos en caso de que no el pasajero no embarcara para el primero, afirma que “la expectativa sensata del querellante al contratar un transporte de ida y vuelta, era la posibilidad cierta de efectuar ambos viajes, independientemente que razones personales le permitieran efectuar uno de ellos, teniendo presente que la finalidad del contrato de transporte es precisamente la realización del transporte aéreo contratado, conforme se desprende de los artículos 133 y siguientes del Código Aeronáutico, y la omisión por parte del querellado de un actuar de buena fe, provoca en el contrato una manifiesta falta de reciprocidad en las obligaciones y derechos de ambos contratantes, con un desequilibrio importante para una de ellas, desde que sin comprobar una justificación técnica se exime de cumplir con la obligación contratada de transporte, lo que impide la existencia de un justo equilibrio de las contraprestaciones, generando en consecuencia una cláusula abusiva a la que debe privarse de validez, en cuanto ella supone el pago de una prestación que no se realiza, provocando un enriquecimiento sin causa contrario al ordenamiento jurídico, motivo por el cual resulta irrelevante que esa cláusula fuera informada, dado que se inserta en un contrato de adhesión donde la ley ha facultado su examen en los términos ya explicados, por encontrarse disminuida la capacidad de negociación de una las partes”<sup>67</sup>. Esta sentencia explicita que la información entregada, aun siendo oportuna, veraz y suficiente, no tiene la virtud de evitar la apreciación de abusividad de las cláusulas que introduzcan al contrato un desequilibrio normativo importante. Contra esta sentencia se interpuso recurso de queja, el cual fue rechazado<sup>68</sup>.

Haciendo un balance general, se puede afirmar que los tribunales superiores de justicia no solo aprecian la abusividad a la luz de los parámetros abstractos establecidos en la letra g) del artículo 16 de la LPDC, sino también considerando las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato. No obstante, sin rechazar la posibilidad de que dichas circunstancias eventualmente desempeñen algún rol, en el último tiempo la jurisprudencia ha precisado que no es imprescindible su consideración para la apreciación de abusividad de las cláusulas que introduzcan desequilibrios normativos importantes. La mentada precisión se acopla de mejor manera a la evolución dogmática que existe sobre la materia.

### 3. COLOFÓN

En nuestra opinión, aunque se estimara que la remisión de la letra g) del artículo 16 de la LPDC a la finalidad del contrato implica la consideración no solo de las expectativas del adherente que están resguardadas por las reglas de derecho dispositivo, sino también de las expectativas que se ha forjado sobre la base de la información y la publicidad precontractual –incardinándose entonces el control de sorpresividad en el de contenido–, es necesario cuidarse de no acercar en demasía la apreciación de abusividad a la constatación del cumplimiento o incumplimiento de deberes de información, pues la entrega de la mejor y

<sup>67</sup> *FAJARDO CON LATAM AILINES GROUP S.A. Y DESPEGAR.COM S.A.* (2019), considerando quinto.

<sup>68</sup> *DESPEGAR.COM S.A. CONTRA SEGUNDA SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE ARICA* (2019).

más completa información no es suficiente para justificar la eficacia de una cláusula que no haya superado una apreciación abstracta de abusividad, ni siquiera en aquellos casos en que el contenido de esta sea de fácil comprensión para un adherente de diligencia ordinaria<sup>69</sup>. En este sentido, la consideración de las expectativas forjadas sobre la base de la información y la publicidad precontractual solamente podría servir como una medida adicional de protección para el adherente, justificando la apreciación de abusividad, a la luz de la referida letra g), de aquellas cláusulas que, aun sin desviarse ostensiblemente del derecho dispositivo, provocan una defraudación de las mentadas expectativas<sup>70</sup>. Esto podría resultar consistente con una visión realista del contrato<sup>71</sup>, conforme con la cual la finalidad del contrato estaría determinada, al menos en parte, por los intereses que un adherente de diligencia de ordinaria, en función de la información, de la publicidad y de las demás circunstancias concurrentes, espera satisfacer con la ejecución del programa contractual. Asimismo, tal aproximación podría cohonestarse de mejor manera con el imperativo de conceder una tutela reforzada a los consumidores vulnerables, es decir, a aquellos consumidores que, por su edad, condiciones médicas, falta de experiencia u otras razones, tengan un comportamiento económico especialmente susceptible de distorsión mediante prácticas comerciales desleales<sup>72</sup>. Con todo, el control de sorpresividad, dogmáticamente más cercano al control de incorporación que al de contenido, podría fundarse en otras reglas de nuestro ordenamiento. En efecto, tal como se ha sostenido en derecho comparado, una concreción del control de sorpresividad puede fundarse en las reglas sobre integración de la publicidad al contrato<sup>73</sup>. Según el artículo 1 N° 4 de la LPDC, se entienden “incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato”. Tales condiciones objetivas son las mencionadas por el artículo 28 de la ley, destacando especialmente la “idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante”; “las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante”; “el precio del bien o tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a las normas vigentes”; y “las condiciones en que opera la garantía”. En esta línea, dado que, a la luz del artículo 12 de la LPDC, el profesional debe cumplir los términos, condiciones y modalidades convenidas con el consumidor o micro o pequeña empresa para la entrega del bien o la prestación del servicio, toda cláusula que se desvíe de las condiciones objetivas de la publicidad solo producirá efectos en la medida de que sea más beneficiosa para el adherente<sup>74</sup>. Por su parte, en caso de que no exista publicidad y que la defraudación de las expectativas del adherente se haya producido por falta de información o por la falta de adecuación del contenido predispuesto con la información entregada, las cláusulas en cuestión deberán estimarse no

<sup>69</sup> En rigor, la comprensibilidad de una cláusula solo implica la superación de una carga de incorporación (TAPIA y VALDIVIA (1999) pp. 70-73, BARRIENTOS (2018) pp. 1012-1015).

<sup>70</sup> PAGADOR (1998) pp. 72-74.

<sup>71</sup> Al respecto, véase, por ejemplo, BRANTT (2011) pp. 47-50

<sup>72</sup> Entre nosotros, refiriendo la categoría de consumidor vulnerable, LÓPEZ (2018) p. 111, nota al pie N° 62.

<sup>73</sup> PAGADOR (1999) pp. 491-498.

<sup>74</sup> PAGADOR (2011) pp. 1363-1367, CAMPOS (2019) pp. 287-291.

consentidas y, por tanto, nulas absolutamente<sup>75</sup>. En efecto, la falta de consentimiento configurará la causal genérica de nulidad absoluta contemplada en el artículo 1682 del Código Civil, consistente en la omisión de un requisito o formalidad que la ley exige para el valor en atención a la especie o naturaleza del acto o contrato<sup>76</sup>. No es óbice a esta nulidad el deber del adherente de informarse responsablemente de las condiciones de contratación (ex artículo 3 letra b) de la LPDC), pues tal deber ha de cumplirse a la luz de la información entregada por el propio proveedor, que es quien debe velar por la previsibilidad razonable del clausulado<sup>77</sup>. A mayor abundamiento, cabe descartar que la ausencia o deficiencia de información configure una hipótesis de error o dolo, pues si una cláusula no resulta razonablemente previsible para un adherente de diligencia ordinaria no puede reputarse siquiera presuntivamente consentida; en este sentido, la representación de los alcances económicos y jurídicos del contrato que el profesional haya provocado en el adherente se transforma en definitiva, y en contra de los planes del primero, en el auténtico y único contenido del contrato, sin que pueda hablarse propiamente de una falsa representación de la realidad. Por lo demás, desde una perspectiva consecuencialista, la nulidad relativa de la cláusula, esto es, su anulabilidad por error o dolo presenta diversos inconvenientes para el adherente: así, por ejemplo, la carga de la prueba –destacadamente intrincada cuando de dolo se trata–; la posibilidad de que un juez poco atento estime que la ejecución voluntaria de la obligación en los términos previstos en la cláusula sorpresiva implica una confirmación tácita; y el saneamiento por el transcurso de cuatro años contados desde la celebración del contrato<sup>78</sup>.

## V. CONCLUSIONES

1. En la tradición alemana el control de sorpresividad se enmarca en el control de incorporación y para su superación debe examinarse si la condición general sometida a examen resulta previsible para un adherente de diligencia ordinaria a la luz de la información entregada por el profesional, la publicidad y las demás circunstancias concurrentes a la celebración del contrato. Por su parte, el control de contenido es eminentemente abstracto, no tiene en consideración las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato, y se orienta a resguardar cierta medida de equilibrio en el contenido normativo de las condiciones generales.

2. La Directiva 93/13/CEE, optando por prescindir de un auténtico control de incorporación, establece en su artículo 4.1 tres parámetros de apreciación que concretizan el

<sup>75</sup> CAMPOS (2019) pp. 287-291. La ineficacia de las cláusulas que se aparten de la información entregada se sustenta justamente en que tal información se ha incorporado al contenido del contrato, no pudiendo ser desvirtuada por una cláusula que no sea razonablemente previsible.

<sup>76</sup> ALESSANDRI (1949) pp. 238 y 239. La nulidad absoluta afectará únicamente a la cláusula o estipulación abusiva, subsistiendo el resto del contrato en la medida que sea posible aún satisfacer las legítimas expectativas del adherente. Según doctrina nacional autorizada, la nulidad regulada en el Código Civil puede ser parcial incluso más allá de los casos expresamente contemplados en tal cuerpo legal (TAPIA y VALDIVIA (1999) p. 165, DOMÍNGUEZ (2016) pp. 183 y 184).

<sup>77</sup> Como afirma De la Maza, el deber de informar es del proveedor. El adherente solo tiene una carga que ha de observar en su propio interés a la luz de la información que se le ha suministrado (DE LA MAZA (2010) p. 37).

<sup>78</sup> CAMPOS (2019) pp. 289 y 290. Sobre estos tópicos, PERTÍNEZ (2004) pp. 213 y 214.

control de contenido. Entre estos parámetros se encuentra la consideración de las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato, lo que implica una incardinación del control de sorpresividad en el de contenido. Con todo, según un entendimiento generalizado, la mentada incardinación debe implicar una medida de tutela adicional al consumidor, de modo que la información entregada respecto al contenido, sentido y alcance de una cláusula no negociada, por muy adecuada que sea, no impide que la cláusula sea apreciada como abusiva si entraña un desequilibrio importante en el contenido normativo del contrato; por el contrario, la mentada incardinación permite apreciar la abusividad de cláusulas que, sin introducir desequilibrio importantes, defraudan las expectativas que un consumidor de diligencia ordinaria podría forjarse sobre la base de la información, publicidad y demás circunstancias concurrentes.

3. Pese a que la LPDC contempla tanto un control de incorporación como uno de contenido y que, respecto a este último, el artículo 16 letra g) de la LPDC consagra parámetros de apreciación abstracta, parte de la doctrina nacional tiende a acercar el control de contenido a uno de sorpresividad, lo que entraña el riesgo de justificar la validez de cláusulas que establecen desequilibrios normativos significativos por mor de la información entregada por el profesional.

4. Nuestros tribunales superiores de justicia tienden a incardinar el control de sorpresividad en el de contenido, sin perjuicio de que en el último tiempo se ha puesto de relieve que un juez puede prescindir por entero de las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato para efectos de apreciar la abusividad de una cláusula.

5. A fin de que el control de contenido no sea vulgarizado, el control de sorpresividad puede fundarse en otras reglas de la LPDC y del Código Civil. En concreto, en caso de que la sorpresividad de una cláusula se configure por su falta de adecuación a las condiciones objetivas de publicidad, la ineficacia puede fundarse en la integración de estas condiciones objetivas al contenido del contrato y la fuerza obligatoria de este, todo ello a la luz de los artículos 1° N° 4, 12 y 28 de la LPDC. Por su parte, en caso de que la sorpresividad se configure por la falta de adecuación del contenido predispuesto con la demás información precontractual entregada por el profesional, las cláusulas en cuestión pueden estimarse no consentidas y, por tanto, nulas absolutamente, en conformidad con la causal genérica de nulidad absoluta contemplada en el artículo 1682 del Código Civil.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBANESE, Antonio (2013): “Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti”, *Europa e Diritto privato*, N° 3: pp. 669-728.
- ALBIEZ, Klaus (2002): “Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, N° 3: pp. 1133-1228.
- ALBIEZ, Klaus (2009): *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales* (Pamplona, Aranzadi).
- ALESSANDRI, Arturo (1949): *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria).

- ALFARO, Jesús (1991): *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales* (Madrid, Civitas).
- BALLESTEROS, José (1999): *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad* (Barcelona, José María Bosch Editor).
- BARCIA, Rodrigo (2016): “Análisis de la letra g) del artículo 16 de la ley de protección de los derechos de los consumidores a la luz de la jurisprudencia”, en VIVANCO, Ángela *et al.* (autores), *Anuario de doctrina y jurisprudencia. Sentencias destacadas 2016. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Ediciones Lyd) pp. 103-119.
- BARRIENTOS, Francisca (2018): “Repensando el control de forma de los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia”, en BAHAMONDES, Claudia, ETCHEBERRY, Leonor y PIZARRO, Carlos (editores), *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 1001-1018.
- BEN-SHAHAR, Omri (2008): “The myth of the ‘opportunity to read’ in contract law”, *Olin Working Paper*, N° 415, University of Chicago Law & Economics: pp. 1-28.
- BIANCA, Massimo (2000): *Il contratto* (Milano, Giuffrè Editore S.p.A., segunda edición).
- BLANDINO, María (2012): “Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos”, en VAQUER, Antoni, BOSCH, Esteve y SÁNCHEZ, María (coordinadores), *Derecho europeo de los contratos. Libros II y IV del marco común de referencia* (Barcelona, Atelier) pp. 573-694.
- BRANTT, María Graciela (2011): “El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual”, en DE LA MAZA, Íñigo (coordinador), *Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 47-82.
- CÁMARA, Sergio (2006): *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato* (Navarra, Aranzadi).
- CAMPOS, Sebastián (2019): *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas* (Santiago, Thomson Reuters).
- CARBALLO, Marta (2010): “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva de derechos de los consumidores”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1: pp. 1-28.
- CARRASCO, Ángel (2017): *Derecho de contratos* (Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, segunda edición actualizada y revisada).
- CARVAJAL, Patricio (2011): “Tipicidad contractual y derecho de los consumidores. Artículo 16 letra G) de la ley N° 19.496”, en ELORRIAGA, Fabián (coordinador), *Estudios de Derecho Civil VII* (Viña del Mar, Editorial Legal Publishing) pp. 441-448.
- CONTARDO, Juan Ignacio (2014): “Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la ley N° 19.496”, en BARRIENTOS, Francisca (coordinadora), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 113-127.
- DE LA MAZA, Íñigo (2004): “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”, *Revista chilena de Derecho privado*, N° 1: pp. 1-25.
- DE LA MAZA, Íñigo (2010): “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho (UCN)*, N° 2: pp. 21-52.

- DE LA MAZA, Íñigo (2014): “¿Pero qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables”, en TURNER, Susan y VARAS, Juan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 333-350.
- DE LA MAZA, Íñigo y MOMBERG, Rodrigo (2018): “La transparencia como mecanismo de tutela de la privacidad de los consumidores y usuarios en contratos electrónicos”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, N° 2: pp. 81-111.
- DÍAZ, Silvia (2000): “Artículo 6. Reglas de interpretación”, en BERCOVITZ, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Navarra, Aranzadi) pp. 193-232.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2016): *Teoría General del Negocio Jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica, segunda edición actualizada).
- EBERS, Martin (2016): *Obligaciones, Contratos y Protección del Consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros* (Santiago, Ara Editores).
- FARNETI, Marcello (2009): *La vessatorietà delle clausole principali nei contratti del consumatore* (Padova, CEDAM).
- GONZÁLEZ, Isabel (2000a): “Artículo 5. Requisitos de incorporación”, en BERCOVITZ, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Navarra, Aranzadi) pp. 139-192.
- GONZÁLEZ, Isabel (2000b): “Artículo 7. No incorporación”, en BERCOVITZ, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Navarra, Aranzadi) pp. 235-258.
- GONZÁLEZ, Isabel (2015): “Art. 82. Concepto de cláusulas abusivas”, en BERCOVITZ, RODRIGO (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, segunda edición) pp. 1103-1145.
- LOEWENSTEIN, George y O'DONOGHUE, Ted (2006): “We can do this the easy way or the hard way: Negative emotions, self-regulation, and the law”, *The University of Chicago Law Review*, N° 73: pp. 183-206.
- LÓPEZ, Patricia (2018): “Por una modulación reequilibradora del ámbito de aplicación subjetivo de la ley 19.496: su expansión a las tratativas preliminares y al período de prueba del bien o producto y su improcedencia frente al abuso del consumidor”, *Revista de Derecho (Concepción)*, N° 244: pp. 91-127.
- LORENZINI, Jaime y POLIT, Joaquín (2013): “El régimen de la nulidad y la resolución en el derecho del consumidor chileno”, en DOMÍNGUEZ, Carmen, GONZÁLEZ, Joel, BARRIENTOS, Marcelo y GOLDENBERG, Juan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, Editorial Legal Publishing) pp. 465-480.
- MOMBERG, Rodrigo (2012): “La transformación de la ley de protección de los derechos de los consumidores en la norma común del derecho de contratos chileno”, en ELORRIAGA, Fabián (editor), *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago, Editorial Lexis-Nexis) pp. 377-391.
- MOMBERG, Rodrigo y PIZARRO, Carlos (2013): “Artículo 16 g)”, en DE LA MAZA, Íñigo y PIZARRO, Carlos (directores) y BARRIENTOS, Francisca (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago, Legal Publishing) pp. 340-351.

- MORALES, María (2018): *Control preventivo de cláusulas abusivas* (Santiago, Editorial DER Ediciones Limitada).
- MORALES, María y VELOSO, Franco (2019): “Cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496. Ley, doctrina y jurisprudencia”, en MORALES, María (directora) y MENDOZA, Pamela (coordinadora), *Derecho del consumo. Ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial DER Ediciones Limitada) pp. 149-167.
- PAGADOR, Javier (1998): *La Directiva Comunitaria sobre las Cláusulas Contractuales Abusivas* (Madrid, Marcial Pons).
- PAGADOR, Javier (1999): *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La ley de condiciones generales de contratación* (Barcelona, Marcial Pons).
- PAGADOR, Javier (2011): “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en REBOLLO, Manuel e IZQUIERDO, Manuel (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)* (Madrid, Iustel) pp. 1306-1442.
- PATTI, Salvatore y PATTI, Guido (1993): *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342* (Milán, Giuffrè).
- PERTÍÑEZ, Francisco (2004): *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia* (Navarra, Aranzadi).
- PERTÍÑEZ, Francisco (2013): “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, N° 3: pp. 1-28.
- PERTÍÑEZ, Francisco (2017): *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios* (Valencia, Tirant lo Blanch, segunda edición).
- PINOCHET, Ruperto (2019): “La razonabilidad como criterio de control del contenido en los contratos predispuestos”, en BARRÍA, Manuel *et al.* (directores y coordinadores), *Estudios de Derecho Privado. En Homenaje al Profesor Daniel Peñailillo Arévalo* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 495-514.
- PIZARRO, Carlos y PÉREZ, Ignacio (2013): “Artículo 17”, en DE LA MAZA, Íñigo y PIZARRO, Carlos (directores) y BARRIENTOS, Francisca (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores* (Santiago, Legal Publishing) pp. 359-363.
- RIZZO, Vito (2013): “La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici” en BELLELLI, Alessandra, MEZZASOMA, Lorenzo y RIZZO, Francesco (directores), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla Direttiva CEE 93/13* (Napoli, Edizione Scientifiche Italiane) pp. 39-58.
- SIMON, Herbert (1955): “A behavioral model of rational choice”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, N° 1: pp. 99-118.
- SUNSTEIN, Cass y THALER, Richard (2003): “Libertarian paternalism is not an oxymoron”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, N° 4: pp. 1159-1202.
- TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José (1999): *Contrato por Adhesión. Ley N° 19.496* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZIMMERMANN, Reinhard (2008): *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. Esther Arroyo Amayuelas, Barcelona, Editorial Bosch S.A.).

## NORMAS CITADAS

### 1. NORMATIVA NACIONAL.

LEY N° 19.496 (7/3/1997), establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

LEY N° 19.955 (14/7/2004), modifica la ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

LEY N° 20.416 (3/2/2010), fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 (16/5/2000), que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil chileno.

### 2. NORMATIVA INTERNACIONAL, EXTRANJERA E INSTRUMENTOS DE DERECHO UNIFORME. BÜRGERLICHES GESETZBUCH - BGB (Alemania).

CODE DE LA CONSOMMATION (Francia).

CODICE CIVILE (Italia).

CODICE DEL CONSUMO (Italia).

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (España) - TRLGDCU

DIRECTIVA 93/13/CEE (21/4/1993), del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

ACQUIS PRINCIPLES - ACQP.

DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE -DCFR.

PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW -PECL.

## JURISPRUDENCIA CITADA

*MOHAMED AZIZ CONTRA CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA I MANRESA (CATALUNYA-CAIXA)* (2013): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de marzo de 2013 (Cuestión prejudicial de interpretación). Asunto C-415/11. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es> [fecha visita 24 de enero de 2020].

*KÁSLER Y KÁSLERNÉ RABAI CONTRA OTP JELZÁLOGBANK ZRT* (2014): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 30 de abril de 2014 (Cuestión prejudicial de interpretación). Asunto C-26/13. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es> [fecha visita 24 de enero de 2020].

*BOGDAN MATEI Y JOANA OFELIA MATEI CONTRA SC VOLKSBANK ROMÂNIA SA* (2015): Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 26 de febrero de 2015 (Cuestión prejudicial de interpretación). Asunto C-143/13. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es> [fecha visita 24 de enero de 2020].

*CAMUS CON COMERCIALIZADORA ALTO MANATAGUA S.A.* (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 2007 (acción en defensa del interés individual del consumidor). Rol 3746-2007. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].

- HUBNER Y JUÁREZ CON UNIVERSIDAD MAYOR* (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de julio de 2008 (acción en defensa del interés individual del consumidor). Rol 8775-2004. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- PARRA CON UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO* (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de julio de 2008 (acción en defensa del interés individual del consumidor). Rol 2335-2008. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- RAVINET CON UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO* (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2012 (acción en defensa del interés individual del consumidor). Rol 1905-2011. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- SERNAC CON CENCOSUD* (2013): Corte Suprema, 24 de abril de 2013 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 12355-2011. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- SERNAC CON INMOBILIARIA LAS ENCINAS* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 2014 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 8281-2013. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- SERNAC CON CRÉDITOS ORGANIZACIÓN Y FINANZAS S.A.* (2014): Vigésimosegundo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 18 de julio de 2014 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol C-1746-2012. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- SERNAC CON CRÉDITOS ORGANIZACIÓN Y FINANZAS S.A.* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2015 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 5992-2014. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A.* (2016): Corte Suprema, 7 de julio de 2016 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 1533-2015. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A.* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de julio de 2016 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 778-2016. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- BANCO SANTANDER CHILE S.A. CON VERDUGO* (2018a): Corte de Apelaciones de Temuco, 23 de febrero de 2018 (acción ejecutiva para cobro de pesos). Rol 887-2017. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- SERNAC CON TICKET FÁCIL S.A.* (2018): Corte Suprema, 7 de marzo de 2018 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 79123-2016. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].
- SERNAC CON TICKETMASTER CHILE S.A.* (2018): Corte Suprema, 9 de abril de 2018 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 62158-2016. Dispo-

nible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].

*BANCO SANTANDER CHILE S.A. CON VERDUGO* (2018b): Corte Suprema, 24 de septiembre de 2018 (acción ejecutiva para cobro de pesos). Rol 6544-2018. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].

*SERNAC CON BANCO BBVA* (2018): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 100759-2016. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].

*FAJARDO CON LATAM AILINES GROUP S.A. Y DESPEGAR.COM S.A.* (2019): Corte de Apelaciones de Arica, 9 de abril de 2019 (acción en defensa del interés individual del consumidor). Rol 16-2019. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].

*SERNAC CON CORPORACIÓN EDUCACIONAL UNIVERSIDAD DEL MAR* (2019): Corte Suprema, 15 de abril de 2019 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 5363-2018. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].

*DESPEGAR.COM S.A. CONTRA SEGUNDA SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE ARICA* (2019): Corte de Suprema, 22 de agosto de 2019 (acción en defensa del interés individual del consumidor). Rol 9816-2019. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].

*ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES DE TARAPACÁ CON BANCO SANTANDER CHILE* (2019): Corte Suprema, 29 de agosto de 2019 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 8735-2018. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020].

*SERNAC CON CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ S.A.* (2019): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 114-2019. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 24 de enero de 2020]. considerando séptimo.

# DERECHO Y CIENCIA: LA RACIONALIDAD CIENTÍFICA COMO FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

OLGA CAROLINA CÁRDENAS GÓMEZ<sup>1</sup>

MILTON CÉSAR JIMÉNEZ RAMÍREZ<sup>2</sup>

**RESUMEN:** El objetivo de este artículo es describir el rol atribuido a la ciencia en la toma de decisiones judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano. El aborda las funciones que está llamado a jugar el conocimiento científico en la toma de decisiones, con el fin de identificar la relación entre el derecho y la ciencia. Posteriormente, explica por qué el derecho ha perdido autonomía frente a la ciencia. Finalmente, analiza cómo la relación entre ciencia y derecho ha caído en el determinismo biológico en materia de pruebas de ADN. Por último, se ofrecerán las conclusiones sobre la necesidad de fomentar un reconocimiento de la racionalidad jurídica y las acciones para un trabajo con las ciencias.

**Palabras clave:** Ciencia, Derecho, valoración probatoria, filiación, prueba de ADN.

**ABSTRACT:** This article describes the role of science in Colombian judicial decision-making processes. It depicts the role that scientific knowledge plays in decision-making. This article allows us to identify the way in which law and science relate. It then explains why science has made the law lose autonomy, and how the relationship between science and law has fallen into biological determinism in the matter of DNA tests. This article concludes that there is a need to promote the recognition of legal rationality and refers to some actions that allow working with science.

**Keywords:** Science, Law, evidentiary assessment, filiation, DNA test.

## I. INTRODUCCIÓN

El conocimiento científico contribuye a la toma de decisiones a través de la experticia o peritaje desde hace más de un siglo<sup>3</sup>. Gracias a su constante evolución y a características como la certeza y objetividad, otras disciplinas de corte más social como el derecho y la ciencia política lo aplican al margen de su propia racionalidad. Hemos caído en un

<sup>1</sup> Doctora en derecho, Universidad de Laval, Canadá. Docente investigadora del Departamento de Jurídicas, Universidad de Caldas (Colombia). Código Orcid: 0000-0002-4448-2449. Dirección Postal: Calle 65 26-10, Manizales, Caldas (Colombia). Dirección electrónica: carolina.cardenas@ucaldas.edu.co. El trabajo es resultado del proyecto de investigación denominado: “El Derecho y la Ciencia. La racionalidad como fundamento de la decisión judicial”, del que es investigadora responsable.

<sup>2</sup> Doctor en derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Docente investigador, del Departamento de Jurídicas, Universidad de Caldas (Colombia). Código Orcid: 0000-0003-1149-4723. Dirección Postal: Calle 65 26-10, Manizales, Caldas (Colombia). Dirección electrónica: milton.jimenez@ucaldas.edu.co. El trabajo es resultado del proyecto de investigación denominado: “El Derecho y la Ciencia. La racionalidad como fundamento de la decisión judicial”, del que es investigador responsable.

<sup>3</sup> JASANOFF (1987) p. 200.

determinismo científico dada la posibilidad que ofrecen los conocimientos científicos de producir resultados contundentes. En derecho esta situación puede evidenciarse al estudiar la evolución que las contribuciones científicas han tenido en los procesos de filiación. Antes de la prueba de ADN era común que la paternidad o maternidad se decidiera recurriendo a medios probatorios imprecisos o lejanos (declaraciones y confesiones), distantes de ofrecer claridad metodológica respecto a su atribución.

De 1968 a 2001, la ciencia pasó de ser una herramienta para ayudar a la toma de decisiones, a ser el mecanismo que señala la decisión a tomar. La ciencia determina quién es padre o madre. El juez delega entonces su función de valorar las pruebas y tomar una decisión para ratificar la información científica a través de una sentencia judicial. Ante esa realidad, surge la pregunta: ¿cuál es la relación entre el derecho y la ciencia al momento de emplearla como fundamento de la decisión judicial? La hipótesis de este trabajo es que se trata de una relación donde el derecho se subordina a la ciencia a pesar de tratarse de sistemas autónomos y del deber del juez, como director del proceso, de preservar la virtud de la sana crítica al momento de emplear pruebas científicas con el fin de distinguir entre verdad material y verdad procesal, que es la que se busca respetar y proteger con la decisión judicial.

Para demostrar la hipótesis, el trabajo se dividirá en tres partes: primero, se presentarán los modelos sobre la función del conocimiento científico en la toma de decisiones para identificar en qué modelo se ubica la relación entre el derecho y la ciencia. Segundo, se explicará cómo el derecho ha perdido autonomía frente a la ciencia en virtud de la ausencia de un lenguaje común que regule su relación. Esta ausencia ha permitido la prevalencia de la ciencia sobre el derecho, determinando la forma en que los hechos se consideran probados dentro del proceso judicial. Finalmente, se expondrá la evolución de la relación entre la ciencia y el derecho, que ha pasado de la autonomía al determinismo biológico, dado que los jueces asumen los resultados de la prueba de ADN como verdad procesal absoluta. Por último, a partir del análisis sobre la relación entre la ciencia y el derecho, se evidenciará la necesidad de fomentar un reconocimiento de la racionalidad jurídica y el establecimiento de un trabajo cooperativo con la ciencia.

Para llegar a los resultados se empleó la investigación documental, con enfoque crítico y hermenéutico. La identificación de la documentación pertinente se realizó a través de diferentes bases de datos jurídicas. La información se concentró principalmente en temas sobre la relación entre ciencia y derecho, la teoría de la prueba y la toma de decisiones en los procesos de filiación. Para la recolección y análisis de la información se emplearon fichas bibliográficas que permitieron organizar la información en forma sistemática.

## II. EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO EN LA TOMA DE DECISIONES

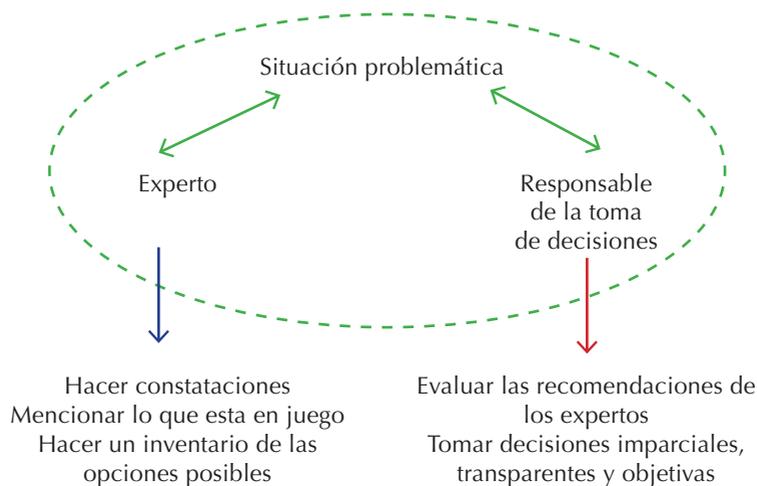
El conocimiento científico proporciona a los responsables de la toma de decisiones un panorama de lo que está en juego y un inventario de las soluciones posibles para atender una situación particular que exige una decisión. De ahí que BECK afirme que la racionalidad de la ciencia siempre ha sabido encontrar soluciones a todos los problemas<sup>4</sup>. Los cono-

<sup>4</sup> BECK (2008) p. 83.

cimientos científicos se convierten entonces en una herramienta que legitima las decisiones en contextos caracterizados por la incertidumbre.

La utilización del conocimiento científico en la toma de decisiones implica distinguir dos momentos: el de la racionalidad que corresponde al saber, y el del juicio de valor que corresponde al poder<sup>5</sup>. El científico o el experto entrega su experticia a una autoridad competente para que esta tome la mejor decisión posible en un contexto determinado, según las características propias de la situación que intenta intervenir o resolver<sup>6</sup> (ver gráfica 1).

GRÁFICA 1  
El conocimiento científico en la toma de decisiones  
Proceso de toma de decisiones



La relación entre saber y poder puede explicarse a través de dos modelos: el decisonal o subjetivo y el tecnocrático o racional<sup>7</sup>. En el primero, los responsables de la toma de decisiones recurren al peritaje, como mecanismo instrumental para “legitimar” una decisión previamente tomada en la esfera del poder<sup>8</sup>. Este modelo es conocido como “poli-tización del científico”<sup>9</sup> (ver gráfica 2). En este modelo, el conocimiento científico permite sustentar las decisiones como racionales y pertinentes para garantizar la obtención de los resultados buscados<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> EWALD (1992) p. 204.

<sup>6</sup> ENCINAS DE MUNAGORRI (2002) p. 380.

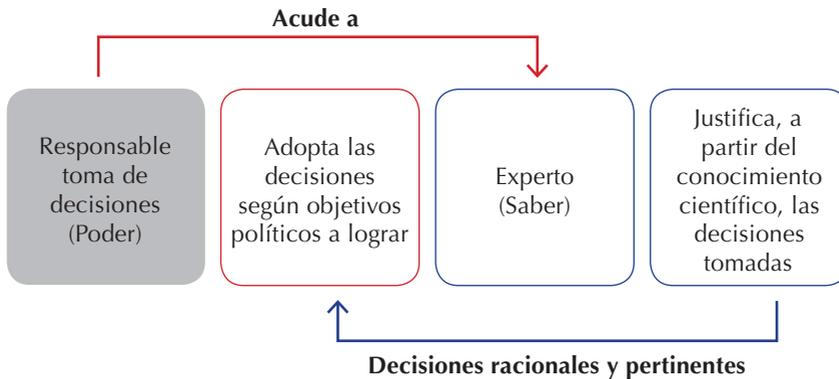
<sup>7</sup> Un tercer modelo conocido como modelo pragmático no será empleado en el desarrollo de este artículo.

<sup>8</sup> HASSENTEUFEL (2008) p. 202.

<sup>9</sup> WEINGART (1999) p. 156. DOERING (2010) p. 1.

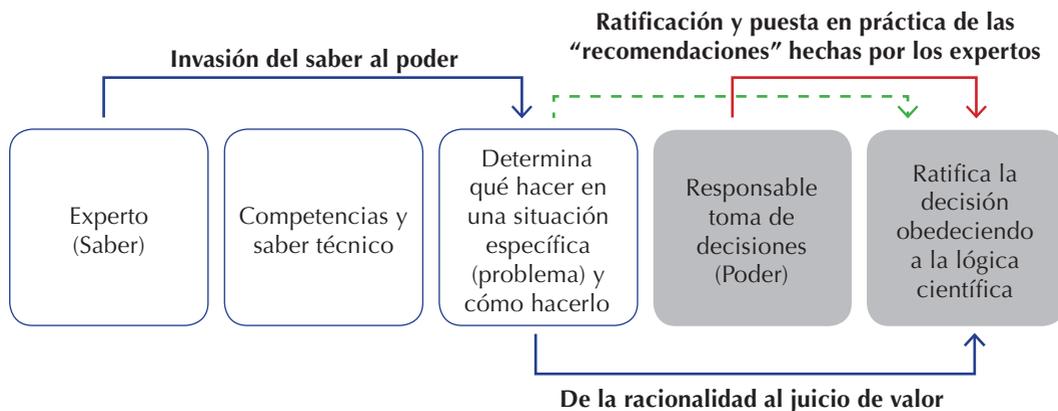
<sup>10</sup> PAUVERT (2006) p. 271.

**GRÁFICA 2**  
El conocimiento científico en el modelo decisional



No obstante, la relación entre poder y saber se invierte en el modelo tecnocrático. En este modelo, los expertos salen del campo del saber para instalarse en el campo del poder abrogándose la capacidad de tomar decisiones<sup>11</sup>. Este modelo puede ser representado por la expresión “la confiscación del poder por el saber”<sup>12</sup> o “cientifización del poder”<sup>13</sup> (ver gráfica 3).

**GRÁFICA 3**  
El conocimiento científico en el modelo tecnocrático



El modelo tecnocrático contraría la división del trabajo propia de la racionalidad científica. En efecto, la invasión del saber al campo del poder contraría los postulados sobre la diferenciación funcional de Luhmann<sup>14</sup>. Según BECK, la ciencia va más allá de su frontera porque ella no puede hacer valer la autoridad que le confiere su racionalidad al momento

<sup>11</sup> MEYNAUD (1957) p. 27.

<sup>12</sup> JACOB Y GENARD (2004) p. 9.

<sup>13</sup> WEINGART (1999) p. 154. DOERING (2010) p. 1.

<sup>14</sup> LUHMANN (2007) p. 97.

de hacer juicios de valor. En consecuencia, la actividad propiamente política de la toma de decisiones desaparece bajo la ilusión de argumentos objetivos y controlados por los especialistas<sup>15</sup>. Esta situación refleja la relación entre el derecho y la ciencia en materia de procesos de filiación.

### III. EL DERECHO Y SU PÉRDIDA DE AUTONOMÍA FRENTE A LA CIENCIA

La diferenciación funcional generada por procesos como la globalización, la democratización y el pluralismo originó sistemas sociales especializados como la economía, el derecho, la política o la ciencia, caracterizados por una alta contingencia y una creciente complejidad<sup>16</sup>. Esos sistemas operan según sus propias lógicas a través de actores y códigos. Dichos códigos son únicos, ya que ningún otro sistema los utiliza, y en caso de hacerlo, difícilmente puede comprenderlos o aplicarlos a su propia racionalidad.

La función de cada sistema se especializa logrando resolver problemas que otros no pueden<sup>17</sup>. Esto se explica según MATURANA y VARELA porque los sistemas son cerrados operacionalmente y determinados estructuralmente<sup>18</sup>. El derecho se especializa en decisiones fundadas en la correcta valoración de las normas y las pruebas; en la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido y en la correcta aplicación del derecho sustantivo<sup>19</sup>. El derecho también se especializa en la creación de la norma como su objeto; en la imputación de toda norma frente a una norma hipotética fundamental o superior<sup>20</sup>; o desde la reflexión teórica de qué es el derecho, en la norma y sus clasificaciones (normas primarias y secundarias)<sup>21</sup>.

Dado que las funciones de cada sistema son diferentes, éstos son autónomos, ya que cada sistema asume una posición para producir y reproducir las operaciones de la sociedad dentro de su campo de acción. Los sistemas autónomos pueden mostrarse "cognitivamente abiertos a su entorno sobre la base de sus propias distinciones"<sup>22</sup>. Para garantizar la probabilidad de éxito de cualquier interacción es necesario que el sistema intervenido acepte la intervención a través de una invitación que le permita mejorar la comprensión o contribuir a la solución de un problema que no puede resolver correctamente y de forma independiente. Dicha invitación permite que una intervención se instale en otro sistema como un regalo con sentido<sup>23</sup>. La integración de este regalo se hace teniendo en cuenta la lógica del sistema al cual pertenece el observador, donde la referencia de lo observado o descrito siempre es el sistema mismo.

A partir de sus códigos y de sus reglas para resolver los conflictos, el Derecho ha aceptado la contribución de la ciencia. Sin embargo, como la ciencia tiene igualmente sus

<sup>15</sup> GRANJOU (2003) p. 176.

<sup>16</sup> VALLEJOS-ROMERO y VALDIVIESO (2014) pp. 323-324. HABERMAS *et al.* (1984) pp. 18-28.

<sup>17</sup> VALLEJOS-ROMERO (2013) p. 5.

<sup>18</sup> MATURANA y VARELA (1984) p. 6.

<sup>19</sup> TARUFFO (2006) pp. 253-277 y TARUFFO (2008) pp. 131-140. FERRER (2013) pp. 22-24.

<sup>20</sup> KELSEN (1995) pp. 3-6 y 17-23.

<sup>21</sup> HART (1963) pp. 33-53.

<sup>22</sup> MASCAREÑO (2011) p. 2.

<sup>23</sup> VALLEJOS-ROMERO y VALDIVIESO (2014) p. 330.

códigos y reglas, resulta necesario identificar el lenguaje común que estas disciplinas crean para comunicarse sin perder su autonomía. Con la prueba científica, el derecho incluye un elemento de la ciencia y reconoce los aportes que ella puede hacer dentro de las condiciones de su propia clausura operativa. Empero, la ausencia de un lenguaje común impide que esta relación se caracterice por la autonomía de los sistemas. La relación entre estos sistemas está entonces siendo dominada por la ciencia debido a su claridad racional interna, a las dificultades de los sistemas jurídicos para asimilar las complejidades de los hechos sujetos a su análisis y a las contribuciones e incidencias de otros sistemas<sup>24</sup>.

Los productos que la ciencia ofrece al derecho se caracterizan por la contundencia práctica de sus resultados, lo que ha conllevado al desplazamiento del conocimiento jurídico, que a la par, no posee consenso sobre su carácter científico, es decir, su estructura racional, objeto y la autonomía de sus resultados<sup>25</sup>.

En materia de filiación, esta relación ha cambiado. De una relación autónoma, pasamos a una relación de subrogación. La relación autónoma puede evidenciarse en la Ley N° 75 de 1968, que reconoció por primera vez la contribución de la ciencia a través de las pruebas antro-po-heredo-biológicas<sup>26</sup>. En los procesos de filiación, dicha prueba debía valorarse junto con otras, dada la subjetividad que conllevaba comparar las características físicas entre dos personas y la alta probabilidad de encontrar individuos con las mismas características.

En 2001, la adopción de la Ley N° 721 cambió la relación de autónoma a subordinada, debido a la exigencia de practicar, en todos los procesos de filiación, “exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.99 %”<sup>27</sup>. Para reafirmar esta subordinación, la ley estableció que “[s]ólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente”<sup>28</sup>. La subordinación se mantuvo en la Ley N° 1564 de 2012, que establece que “cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará aún de oficio, la práctica con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada”<sup>29</sup>.

La prueba de ADN determina el vínculo biológico con una certeza que el derecho ha deseado, pero no ha logrado alcanzar. De manera crítica, GASCÓN<sup>30</sup> estima que las pruebas científicas han estado acompañadas de un aura de infalibilidad que ha impedido cualquier reflexión sobre las mismas, pues su validez y valor probatorio se han asumido como un dogma de fe, lo que paradójicamente es contrario a la metodología científica. Además, TARUFFO<sup>31</sup> ha señalado que la certeza e infalibilidad de la ciencia son solo un mito, porque

<sup>24</sup> ALLEN (2013) pp. 52-60.

<sup>25</sup> VON-KIRCHMANN (1949) pp. 40 -49.

<sup>26</sup> Artículo 7° Ley N° 75 de 1968.

<sup>27</sup> Artículo 1° Ley N° 721 de 2001.

<sup>28</sup> Artículo 3° Ley N° 721 de 2001.

<sup>29</sup> Artículo 386, Ley N° 1564 de 2012.

<sup>30</sup> GASCÓN (2012) pp. 108-122.

<sup>31</sup> TARUFFO (2006) pp. 281-293.

a pesar de influenciar los estados mentales del juez y proporcionarle informaciones controladas y fiables, ella no siempre contribuye al descubrimiento de la verdad.

En la actualidad, la subordinación es explícita e implícita<sup>32</sup>. La explícita se funda en la exigencia legal de recurrir a la ciencia, no solo como un criterio para integrar el acervo probatorio, sino como una prueba (procesal y material) contundente, capaz de definir aquello que el juez debe decidir, dado que el resultado de la prueba permite establecer dos hechos: (i) El supuesto padre o madre demandado transmitió sus caracteres genéticos a quien busca establecer su filiación y (ii) las relaciones sexuales entre las personas que se encuentran vinculadas al proceso (generalmente, madre y supuesto padre, si bien otras configuraciones pueden presentarse) dentro del periodo en el que la ley presume la concepción. No obstante ¿se adecúan estos dos hechos completamente a los supuestos de la norma que busca determinar quién es padre? Con una consideración adicional y es el actual reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente de atribución de la filiación.

Por su parte, la subordinación implícita implica aceptar que la prueba científica, dadas sus características, permite al juez cumplir con la pretendida convicción necesaria para alcanzar la verdad formal, que constituye una promesa de lo procesal<sup>33</sup>. Además, y en eso radica su creciente carácter incontrovertible, la consideración de que puede entregar la verdad material, como pasa en los casos de filiación. Al respecto, debe señalarse que esta posición deja completamente al margen la distinción entre verdad material, que determina quién transmitió los caracteres genéticos a una persona, y la verdad procesal que nos permite determinar quién debe ser declarado padre o madre en un proceso de filiación.

La pretendida contundencia de la prueba de ADN está entonces llevando al juez a caer en un determinismo científico y al Derecho a perder su autonomía. En efecto, el resultado está determinando la decisión por dos razones: (i) los principios científicos en los que se funda la prueba, y (ii) la imposibilidad de contradecirla cuando el resultado arroja una probabilidad de paternidad de 99,99%. Además, el conocimiento científico genera en el juez la prevalencia de los principios de celeridad y tutela efectiva, pues al estar convencido de que llegó a la verdad, solo le queda proferir una sentencia bajo el supuesto de que ha acertado y que su proveído reviste de legalidad una relación jurídica que estuvo carente de ella.

Este desplazamiento de la jurisdicción por la ciencia supone una subordinación del derecho, pues el operador jurídico optó por decretar la prueba sin mayor análisis sobre los hechos particulares de cada caso con el fin de no desconocer la ley y, al momento de valorarla, la ratifica si el resultado es superior al 99,99%, sin verificarlo y contradecirlo bajo un método crítico y respetuoso de los sistemas en interacción. El regalo que la ciencia hace al derecho carece entonces de sentido, ya que el juez no construye una comunicación entre su sistema y el sistema "ciencia", sino que permite que un sistema con reglas y códigos extraños al suyo resuelva los problemas que le son propios. Al renunciar a la práctica argumentativa y al análisis normativo, no es el juez quien decide, sino la ciencia. En esa medida el juez es un simple observador del proceso cuya función, en este caso en particular, se reduce a ratificar la información científica tal y como se evidenció en el modelo tecnocrático.

<sup>32</sup> TARUFFO (2006) pp. 303-317.

<sup>33</sup> FERRER (2005) pp. 55-73.

#### IV. LA RELACIÓN ENTRE LA CIENCIA Y EL DERECHO EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Las pruebas científicas empleadas en los procesos de filiación han sido las pruebas antro-po-heredo-biológicas, los grupos sanguíneos, las proteínas séricas, los antígenos de histocompatibilidad y los marcadores de ADN. Las tres primeras pruebas se caracterizaban por tener un alto poder de exclusión, pero un bajo poder de inclusión<sup>34</sup>. En consecuencia, la forma como estas pruebas eran valoradas por los jueces dependía de diversos factores, como: (i) la claridad sobre los principios que regían su práctica y su fundamento biológico; (ii) el culto a la exégesis que no permitía fallar de acuerdo con la realidad biológica en ausencia de pruebas o de una norma que así lo ordenara y (iii) la prueba científica solo adquiriría certeza en la medida en que otros medios probatorios obraran en el proceso<sup>35</sup>. Entre 1968 y 1996, aproximadamente, los jueces consideraron suficiente la prueba científica para excluir la maternidad o paternidad, pero no para atribuirle. En esa medida, aportar otras pruebas al proceso para lograr el convencimiento del juez era absolutamente necesario.

En 1996, empiezan a realizarse pruebas con antígenos de histocompatibilidad, las cuales ofrecen un poder de inclusión superior al 98%<sup>36</sup>. Si bien estas pruebas permitían determinar, a partir de los predicados de HUMMEL<sup>37</sup>, que la paternidad es muy probable, los jueces insistían en que el resultado no era suficiente para establecer la maternidad o paternidad<sup>38</sup>. A partir de 1997, la prueba de ADN fue estandarizada por los laboratorios colombianos y empezó a practicarse dentro de los procesos de filiación. Esta prueba alcanza probabilidades de inclusión de 99,99%, lo que según HUMMEL<sup>39</sup> permite considerar la paternidad prácticamente probada.

Si bien entre 1998 y 2001 la prueba fue practicada en los procesos de filiación, los jueces se negaron a atribuir la maternidad o paternidad en ausencia de otras pruebas. Los argumentos empleados por los jueces para negar la declaratoria de maternidad o paternidad fueron que la prueba de ADN no podía aceptarse como plena prueba y que para hacerlo era necesario promover una reforma legal que incluyera la prueba de ADN como causal independiente de investigación de la filiación<sup>40</sup>. Los jueces parecían no estar preocupados por asegurar una paternidad responsable, sino solamente disponer de un mecanismo para determinar, con un alto grado de certeza, quien debería ser declarado padre o madre equiparando proveedor biológico, es decir, quien transmite los genes, al padre o madre, entendido como quien ama, cuida y apoya. Esta argumentación no era aceptada unánimemente. Tribunales como el de Buga, Medellín y Bogotá consideraban que dicha modificación no era necesaria porque el resultado de la prueba de ADN permitía inferir que la madre y el pretendido padre sostuvieron relaciones sexuales durante los 120 días en que la ley presume

<sup>34</sup> HUGUET, CARRACEDO y GENÉ (1988) p. 86.

<sup>35</sup> CÁRDENAS *et al.* (2004) pp. 19 y 22-23.

<sup>36</sup> HUGUET, CARRACEDO y GENÉ (1988) p. 72.

<sup>37</sup> HUMMEL (1971) p. 95.

<sup>38</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán. Sentencia del 15 de mayo de 1998.

<sup>39</sup> HUMMEL (1971) p. 95.

<sup>40</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga. Sentencia del 19 de mayo de 1998.

la concepción<sup>41</sup>. Esta posición se explica porque el cálculo de probabilidad en las pruebas de ADN se hace a partir de frecuencias poblacionales que impiden encontrar otro hombre con la misma probabilidad<sup>42</sup>. Uno de los magistrados del TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUGA señalaba que con pruebas de ese linaje los procesos de filiación cuentan con un elemento probatorio del cual emerge un mayor poder de convicción, dado que su eficacia normativa no se limita al campo de la compatibilidad, sino que se adentra en el campo de la probabilidad<sup>43</sup>. Esta posición, si bien se argumenta de una forma diferente, no dista mucho de la ya expuesta.

Después de la Ley N° 721 de 2001 se han presentado casos donde el juez ha ordenado la prueba a pesar de la existencia de dudas sobre la calidad e integridad de la muestra, o cuando ha quedado claro, a partir de la narración de los hechos que sustentan el caso, que el padre o madre e hijos no comparten ningún vínculo genético. En estos casos, la práctica de la prueba de ADN se ha hecho con el fin de llegar a la verdad formal. No obstante, la prueba, aun debidamente practicada, puede arrojar resultados que no se compadecen con la verdad procesal, porque la muestra del supuesto padre o madre pudo ser cambiada o porque no existen vínculos genéticos entre quienes hacen parte del proceso. En esos casos, la pregunta que surge es ¿por qué decretar la prueba si ella no aportará información útil y pertinente al proceso?

## V. CONCLUSIONES

El derecho y la ciencia, pese a su autonomía, mantienen relaciones de cooperación que permiten asegurar la certeza y pertinencia de las decisiones que se toman en cada uno de ellos. En esa medida, la valoración de la prueba de ADN dentro de los procesos de filiación no debe obedecer a un determinismo científico sino a una crítica razonable respetuosa del método científico, de los derechos fundamentales de los actores procesales y de otros medios probatorios según cada caso concreto. Ciertamente, la prueba puede resultar útil en casos donde la paternidad biológica coincide con la paternidad jurídica, pero su decreto en todos los casos de filiación es una clara muestra de subordinación del derecho a la ciencia

Si bien no puede desconocerse que la subordinación se justifica en la objetividad y reproductibilidad de los resultados científicos, en materia de filiación resulta necesario distinguir entre la paternidad biológica y la paternidad jurídica o legal. La valoración de las pruebas de ADN y su empleo en los procesos de filiación debe hacerse a partir de un replanteamiento sobre lo que el juez busca determinar: aunque la ciencia puede revelar quien es el proveedor genético, la verdad material, ella no siempre es la verdad jurídica que debe buscar el juez.

La pregunta que queda es: ¿cuáles son las características que deben regular la relación entre el derecho y la ciencia como sistemas de conocimiento autónomos? La construcción de una respuesta requiere revisiones de los fundamentos racionales, tanto de lo jurídico

<sup>41</sup> Núm. 4º, Art. 6, Ley N° 75 de 1968.

<sup>42</sup> CÁRDENAS *et al.* (2004) p. 21.

<sup>43</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga. Sentencia del 19 de mayo de 1998.

como de lo científico, y análisis que se ocupen de los alcances de una práctica científica cada vez más reputada de la autonomía de la ciencia jurídica, todo con el propósito de construir márgenes de acción racionales y de trabajo cooperativo desde las diferencias y vacíos que una u otra disciplina pueden satisfacer.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALLEN, Ronald (2013): "Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico", en VÁZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (Barcelona, Marcial Pons).
- BECK, Ulrich (2008): *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité* (Paris, Flammarion).
- CÁRDENAS GÓMEZ, Olga Carolina, ÁLVAREZ ROSERO, Rosa Elvira y MUÑOZ BENÍTEZ, Sulma Lilian (2004): "Las pruebas genéticas en los procesos de filiación", *Revista de la Facultad Ciencias de la Salud*, vol. 6, N° 3: pp. 19-23.
- DOERING, Ronald L. (2005): "Politicizing Science; Scientizing Politics". Disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=58dd6663-10fc-483d-9ac5-81cf37f71e84>. Fecha de consulta 23 de enero de 2021.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael (2002): "Quel statut pour l'expert?", *Revue française d'administration publique*, N° 103: pp. 379-389.
- EWALD, François (1992): "L'expertise une illusion nécessaire", en THEYS, Jacques y KALAORA, Bernard (dir.) *La Terre outragée: les experts sont formels!* (Paris, Autrement).
- FERRER, Jordi (2005): *Prueba y verdad en el Derecho* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- FERRER, Jordi (2013): "La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana", en VÁZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (Barcelona, Marcial Pons).
- GASCÓN, Marina (2012): *Cuestiones Probatorias* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- GRANJOU, Céline (2003): "L'expertise scientifique à destination politique", *Cahiers Internationaux de Sociologie*, N° 114 : pp. 175-183.
- GUERRERO, Cesar Augusto (2010): "Filiación en Colombia: de la incertidumbre a la ciencia. Una recensión legal y jurisprudencia", *Pensamiento Jurídico*, N° 29: pp. 107-122.
- HART, Herbert (1963): *El concepto del Derecho* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- HABERMAS, Jürgen (1984): *Ciencia y Técnica como Ideología* (Madrid, Editorial Tecnos).
- HASSENTEUFEL, Patrick (2008): *Sociologie politique: L'action publique* (Paris: A. Colin).
- HUGUET, Emily; CARRACEDO, Ángel y GENÉ, Manuel (1988): *Introducción a la investigación biológica de la paternidad* (Barcelona, Promociones y Publicaciones universitarias S.A.).
- HUMMEL, Konrad (1971): *Biostatistical Opinion of Parentage* (Suttgart, Gustav Fischer Verlag).
- JACOB, Steve y GENARD, Jean-Loius (2004): "L'État et les savoirs experts: la production cognitive en mutation", en JACOB, Steve y GENARD, Jean-Loius (edit.), *Expertise et action publique* (Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles) pp. 7-12.
- JASANOFF, Sheila (1987): "Contested Boundaries in Policy-Relevant Science", *Social Studies of Science*, vol. 17, N° 2: pp. 195-230.

- KELSEN, Hans (1995): *Teoría general del Derecho y del Estado* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- LUHMANN, Niklas (2007): *La sociedad de la sociedad* (México, Herder/Universidad Iberoamericana).
- MASCAREÑO, Aldo (2011): "Sociología de la intervención: orientación sistémica contextual", *Revista Mad*, vol. 25: pp. 1-33.
- MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco (1984): *El árbol del conocimiento* (Santiago de Chile, Organización de Estados Americanos (OEA)/Editorial Universitaria).
- MEYNAUD, Jean (1957): "Les techniciens et le pouvoir", *Revue française de science politique*, N° 7: pp. 5-37.
- PAUVERT, Bertrand (2006): "Expert, expertise et décision publique", *Droit de l'environnement*, N° 142: pp. 270-275.
- TARUFFO, Michele (2006): *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (Bogotá, Editorial Temis).
- TARUFFO, Michele (2008): *La Prueba* (Barcelona, Marcial Pons).
- VALLEJOS-ROMERO, Arturo (2013): "Conflictos riesgos e intervención socioambiental. Una aproximación sociológica". *Ponencia presentada en el XI Congreso Español; de Sociología, 10 al 12 de julio de 2013, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Universidad Complutense de Madrid*. Disponible en: <https://studylib.es/doc/1814938/conflictos--riesgos-e-intervenci%C3%B3n-socioambiental-una-apr...> Fecha de consulta 23 de enero de 2021.
- VALLEJOS-ROMERO, Arturo y VALDIVIESO, Patricio (2014): "Hacia políticas públicas de segundo orden en América Latina", *Andamios*, vol. 11, N° 26: pp. 323-352.
- VON KIRCHMANN, Julius Hermann (1949): *La jurisprudencia no es ciencia* (Madrid, Civitas).
- WEINGART, Peter (1999): "Scientific expertise and political accountability: paradoxes of science in politics", *Science and Public Policy*, vol. 26, N° 3: pp. 151-161.

## NORMAS CITADAS

- COLOMBIA, Ley N° 75 de 1968 (30/12/1968), Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- COLOMBIA, Ley N° 721 de 2001 (29/12/2001), Por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1969.
- COLOMBIA, Ley N° 1564 de 2012 (12/7/2012), Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

## SENTENCIAS CITADAS

- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga. Sentencia del 19 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Felipe Francisco Borda Caicedo. Sentencia no numerada.
- Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán. Sentencia del 15 de mayo de 1998. Magistrado Ponente: Ciro Sandoval. Sentencia no numerada.



# RELEVANCIA DEL ELEMENTO “INTERÉS O PROVECHO” EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CHILE

## *RELEVANCE OF THE “INTEREST OR PROFIT” ELEMENT IN THE CORPORATE CRIMINAL LIABILITY IN CHILE*

GONZALO GARCÍA PALOMINOS\*

**RESUMEN:** Este trabajo ofrece una interpretación del elemento “interés o provecho” exigido en el art. 3 de la Ley N° 23.393 como condición de la punibilidad de las personas jurídicas, a partir de un análisis de los distintos modelos de responsabilidad penal en el derecho comparado y el análisis de la coherencia de dicha exigencia para el propio sistema. Se concluye que la función de dicho elemento en el sistema de imputación chileno es definir objetivamente, y desde una perspectiva objetiva *ex ante*, el ámbito de competencia de la persona jurídica sobre las conductas de terceros autorresponsables, de manera de limitar los deberes de dirección y control. Por su parte, la incorporación de los adverbios “directa e inmediatamente” debe ser entendida como un elemento cualificador del injusto merecido de pena.

**Palabras clave:** interés o provecho; directo e inmediato; responsabilidad penal persona jurídica.

**ABSTRACT:** This paper offers an interpretation of the “interest or profit” element required by section 3 of Statute 23.393 as a condition for the punishment of legal persons. It is based on the comparative analysis of criminal liability models for legal persons and its compatibility with Chilean regulation. It is concluded that the purpose of this element in the national law is to define from an objective *ex ante* perspective the legal person’s scope of command on the conducts of self-responsible staff, in order to limit managing duties and supervisory functions. On the other hand, the insertion of the adverbs “directly and immediately” must be interpreted as a qualifying element of the crime that determines the cases that deserve punishment.

**Keywords:** interest or profit; directly and immediately; Corporate Criminal Liability Regime.

## INTRODUCCIÓN

Que la responsabilidad penal deba surgir de procesos de imputación personal que buscan determinar la pertenencia de una conducta y sus consecuencias “significativas” a un sujeto determinado (con capacidad de manifestar con ella una deslealtad al derecho)<sup>1</sup>, resulta ser un topos político, dogmático y socialmente compartido. Tanto “lo penalmente

\* Doctor en derecho, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemania. Académico del Departamento de Derecho Penal, Universidad de los Andes (Chile). Código Orcid: 0000-0001-8559-4933. Dirección Postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Las Condes. Dirección electrónica: ggarcia@uandes.cl. El autor agradece a la ayudante de la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de los Andes (Chile), Macarena Griffin C., y la profesora Teresa Aguirre por su colaboración en la revisión y corrección formal de este trabajo.

<sup>1</sup> Véase en profundidad MAÑALICH (2015) p. 102; en un sentido más clásico MIR PUIG (2003) pp. 1 y ss.

atribuido” como “el tipo de efecto jurídico consecuencia de ello (pena)” explican, entonces, que los criterios de imputación se basen en el principio de autorresponsabilidad, de manera tal que la conducta punible sea consecuencia de un proceso de atribución de responsabilidad por la intervención de un sujeto en la realización del injusto típico.

La Ley N° 20.393 de 2009 –que incorporó al ordenamiento jurídico chileno un sistema normativo que denominó “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”– constituye un estatuto extraordinario de responsabilidad penal. Lo extraordinario radica, por una parte, en que el proceso de incriminación especial se dirige a las personas jurídicas respecto de injustos penales no cometidos directamente por ellas, sino por aquellos que previamente hayan ejecutado terceros. Si bien este primer aspecto es extraordinario en el derecho penal, no es completamente extraño si se analizan los criterios de atribución de responsabilidad penal desarrollados para la coautoría, la autoría mediata o, incluso, la participación delictual<sup>2</sup>. En estos últimos casos, a diferencia de la responsabilidad de la persona jurídica, la imputación del injusto se ha podido fundar por la literatura –como señala Frisch– de manera bastante “sólida”; en caso de la participación, adicionalmente, dicha declaración lo ha sido incluso por un hecho “ajeno”<sup>3</sup>. Por otra parte, lo extraordinario –aunque esta vez absolutamente excepcional– radica en el hecho de que la superación del principio *societas delinquere non potest*<sup>4</sup> ha llevado a reconocer en las personas jurídicas un “sujeto de imputación penal” con propiedades sustantivas diferentes a las de las personas naturales, por faltar en ellas las facultades espirituales de las personas naturales sobre las cuales se ha construido el derecho penal moderno<sup>5</sup>.

En el sistema chileno de imputación a personas jurídicas, establecido en los artículos 3 y 5 de la Ley N° 20.393 de 2009, solo podrá generarse responsabilidad cuando pueda explicarse una especie de conexión o vínculo de ilicitud (antijuridicidad) entre ciertos incumplimientos normativos de la “persona jurídica” y el delito de la persona física. Sin embargo, aquello dependerá de si también la persona física ha cometido el delito “directa e inmediatamente en su interés o para su provecho” (art. 3) o, al menos, “dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias” (art. 5). Aquella exigencia, sin embargo, es coherente con varios sistemas de responsabilidad cuyos efectos son absolutamente diferentes como se demostrará, lo que genera interrogantes sobre el alcance de lo exigido por la norma chilena. No provoca dudas en ninguno de los modelos de responsabilidad –aunque por razones diferentes– la necesidad de excluir aquellas hipótesis en que la persona hubiera cometido el delito “exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero” (exigencia de incisos 1 y 4 del art. 3). Sin perjuicio de lo anterior, los cuestionamientos importantes se producen respecto de constelaciones adicionales en que el vínculo de interés es más difuso, ya que las soluciones son diferentes según cada modelo de responsabilidad y sus exigencias adicionales: hipótesis dudosas son aquellas en que las acciones realizadas por la persona física

<sup>2</sup> Véase al respecto en FRISCH (2013a) pp. 354 y ss.; una versión aproximada en español FRISCH (2013b) pp. 816 y ss.

<sup>3</sup> FRISCH (2013b) pp. 816 y ss.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ (2014) pp. 31 y ss.

<sup>5</sup> VAN WEEZEL (2010) pp. 114 y ss. (p. 121); véase también sobre este cuestionamiento JAKOBS (2002) p. 565; FRISCH (2013b) pp. 813 y ss.

beneficiaron a la persona jurídica, desde una perspectiva *ex post*, sin perjuicio de que aquello no haya sido perseguido como objetivo *ex ante* por la persona física; o aquella en que la persona física *ex ante* buscaba beneficiarse ella misma, aunque no exclusivamente ya que, con ello, también se podía beneficiar accesoriamente a la persona jurídica, o en que la persona física busca favorecer los intereses de la persona jurídica, pero por medio del beneficio directo propio o de un tercero.

La discusión anterior se vincula con interrogantes de dos clases: i. las primeras, referidas a la funcionalidad del elemento “interés” en el modelo adoptado (*de lege lata*), lo que determina, en parte importante, la naturaleza objetiva o subjetiva de este elemento<sup>6</sup>, y ii. las segundas, relativas a la capacidad de dicha exigencia para proveer criterios de merecimiento de pena legítimos y esenciales<sup>7</sup> o, por el contrario, innecesarios<sup>8</sup>.

Este artículo se propone, concretamente, analizar la función que el elemento “interés o provecho” cumple en la regulación chilena (*de lege lata*), lo que exige reconstruir el sistema adoptado a la luz del análisis de modelos regulatorios y la comparación funcional con sistemas regulatorios en España, Italia, Alemania y Estados Unidos. Al mismo tiempo, aquel análisis será desarrollado dogmáticamente, de manera de determinar el significado y alcance del objeto de estudio.

## I. “INTERÉS O PROVECHO DE LA PERSONA JURÍDICA”: ¿FACTOR DE CONEXIÓN O LIMITACIÓN A LA PUNIBILIDAD?

### 1. EXPLICACIÓN DEL ELEMENTO “INTERÉS O PROVECHO” SEGÚN EL MODELO DE ATRIBUCIÓN<sup>9</sup>

Determinar “qué es aquello que se atribuye” resulta ser distintivo de cada modelo de responsabilidad, de lo que se deriva que no todos los modelos de responsabilidad –penal, civil y administrativo– generan un verdadero proceso de “imputación personal” por el hecho. En otras palabras, no todo sujeto que va a soportar la sanción o va “a responder” (asumir la carga de la sanción) será a quién se le ha atribuido personalmente el hecho ilícito. Aquello podría suceder, por ejemplo, en algunos criterios de responsabilidad administrativa o civil basados en responsabilidad solidaria, alternativa o vicarial<sup>10</sup>. Aquello, como ya se ha indicado, es distinto en el derecho penal, en que el proceso de imputación de la autoría dependerá de la posibilidad de “imputación personal” del hecho a un sujeto como su obra.

Los sistemas vicariales estrictos, que consisten en la adopción, como criterio de responsabilidad penal, del principio *respondeat superior* elaborado para el derecho de daños (civil), han desarrollado un criterio de responsabilidad en virtud del cual “la persona jurídica responderá por los daños causados [delitos] por sus empleados, en la medida que

<sup>6</sup> En este sentido Oficio FN N° 440(2010) p. 7.

<sup>7</sup> Ha optado por esta calificación, por ejemplo, ORTÚZAR (2012) p. 217.

<sup>8</sup> Por ejemplo, véase HERNÁNDEZ (2010) p. 303; GARCÍA CAVERO (2012) pp. 68 y ss.

<sup>9</sup> Un análisis comparado similar en RAGUÉS (2017) pp. 105 y ss.

<sup>10</sup> Véase con profundidad CELAYA (1995) p. 101 y ss; PINO EMHART (2013) pp. 117 y ss.

haya obtenido un beneficio de los actos ilícitos desarrollados por estos”<sup>11</sup>. Su fundamento original estaba radicado en un criterio “de justicia distributiva”, según el cual se debe cargar la responsabilidad de indemnización por el daño a terceros (reparación del daño) en aquel sujeto que se ha beneficiado *ex post* del riesgo asumido (y con ello soporta el costo económico de haber obtenido un beneficio). Este criterio fue asumido en el derecho anglosajón para el derecho penal, primero adoptando una perspectiva de justicia distributiva (similar a la civil) y luego desde una perspectiva disuasiva basada en la lógica utilitarista: imponer una carga en el “principal” (y no en el agente) por ser este el más eficiente y barato “evitador” de los riesgos inherentes a la actividad (idea de control/beneficio)<sup>12</sup>. Con posterioridad a los años cuarenta, la tesis mayoritaria en materia penal tendió a derivar en una especie de responsabilidad mixta, que mezclaba en sus fundamentos el modelo de responsabilidad vicarial con el modelo de responsabilidad por culpa propia, esto es, que centraba la argumentación en ciertos deberes de vigilancia derivados del desarrollo de una actividad riesgosa, pero que generaba un enriquecimiento (véase *UNITED STATES V. A&P TRUCKING CO.*; *STANDARD OIL CO V. UNITED STATES*)<sup>13</sup>. Aquello haría variar levemente la acentuación desde la perspectiva *ex post* que caracterizaba los sistemas de responsabilidad por el daño a uno de análisis *ex ante* que ubica el beneficio o interés como fuente de deberes de cuidado<sup>14</sup>.

Uno de los aspectos más discutidos y relevantes en el modelo de responsabilidad vicarial dice relación con determinar si el requisito del interés “fundamenta” la responsabilidad penal o, por el contrario, simplemente la limita, la excluye (descarga o desconecta) o sirve para derrotar una especie de presunción. Esto es, determinar si la responsabilidad es consecuencia de la competencia objetiva de la persona jurídica sobre las conductas de sus órganos, lo que implica que se presume que estos se han motivado por el interés de la empresa, de manera tal que dicha responsabilidad orgánica decae si se prueba una ausencia de interés del principal. Por el contrario, también habrá que determinar si dicha responsabilidad –al igual que la responsabilidad civil– solo requiere la constatación de que el principal se ha enriquecido o aprovechado como consecuencia de la acción de alguna persona física. En este caso, el interés fundamenta la responsabilidad.

Para el primer modelo de responsabilidad vicarial, el círculo de autores del delito sirve de base para la responsabilidad de la persona jurídica ya que lo que lo caracteriza es que está limitado a agentes que cumplen labores directivas o de control que permiten justificar de mejor forma la transferencia de responsabilidad a la empresa. En este caso el elemento “interés” solo podrá desvincular o desconectar la transferencia de responsabilidad fundada en el vínculo formal (no actúa en interés), probando un ánimo subjetivo de motivación diverso. En cambio, para el segundo modelo de responsabilidad (vicarial estricto) no es relevante la calidad de sujeto activo ni su motivación, por lo que el agente puede ser un trabajador de menor importancia en la estructura organizacional (no órgano), ya que el

<sup>11</sup> Con mayores referencias UNDANGARÍN (2014) pp. 7 y ss.

<sup>12</sup> Véase ampliamente en GÓMEZ-JARA (2009) p. 45; ARTAZA (2013a) p. 85; VILLEGAS (2016) pp. 173 y ss. (en especial p. 190).

<sup>13</sup> Véase sobre estos casos, VILLEGAS (2016) p. 174.

<sup>14</sup> VILLEGAS (2016) pp. 173 y ss. (en especial p. 190).

criterio determinante es el enriquecimiento injusto en favor del principal. La motivación de actuar en interés es irrelevante, frente al resultado objetivo de haber beneficiado a la empresa; a menos que se excluya la responsabilidad objetiva y se exija como límite a la sanción, la culpa propia. En este caso, la exigencia de obrar fundado en un interés, lo es para fijar el ámbito de los deberes de cuidado del principal.

El zigzagueo jurisprudencial norteamericano es consecuencia precisamente de la tensión sobre los modelos, esto es, entre la adopción de la “teoría de la identificación” o del *alter ego*<sup>15</sup> o de la responsabilidad vicarial estricta. A modo de ejemplo<sup>16</sup> en el caso UNITED STATES V. EMPIRE PACKING CO.<sup>17</sup> se aceptó la tesis de transferir la responsabilidad a la empresa por las conductas del presidente de la compañía (falsificación en subsidios públicos), en tanto este lo había hecho en representación de la compañía y dentro de las competencias que como tal le correspondía. Adicionalmente, y aquí el punto central, las actividades se realizaron solo como consecuencia de la autoridad corporativa que lo investía. Dicho elemento, sin embargo, deja de ser central en el caso UNITED STATES V. ARMOU & CO.<sup>18</sup> en que el agente resultaba ser un mero vendedor, cuestión que no fue entendida como un impedimento para imputarle el delito también a la empresa. La defensa alegó que no existiría evidencia de que algún alto ejecutivo hubiera participado o tenido conocimiento de las conductas ilícitas del vendedor y, aún más, que le era imposible controlar las conductas de todos sus vendedores. Sin embargo, el tribunal –adoptando la versión más estricta de la responsabilidad vicarial– consideró que la conducta del empleado se encontraba bajo la esfera de control del empleador y, citando<sup>19</sup> la sentencia en el caso UNITED STATES V. GEORGE F. FISH, INC.<sup>20</sup>, sostuvo la tesis de que la negación de la responsabilidad de la empresa implica una especie de “inmunización al sujeto que se beneficia de los actos que, invariablemente no son realizados por ejecutivos, sino por subordinados”. Surge, entonces, nuevamente el “interés” como factor de conexión entre la conducta de la persona física y la empresa.

Por su parte, el Model Penal Code de 1962 desarrollado por el American Law Institute en los Estados Unidos<sup>21</sup>, basa su criterio de imputación esencialmente en la teoría de la identificación atenuada por la culpa propia<sup>22</sup>. Así, al fundamentar la responsabilidad en el criterio de la representación formal del órgano y no en el “actuar en interés”, este último elemento solo cumple una función de exclusión. Esto es, la falta de “actuar en interés o beneficio” (por ejemplo, no actuando en su nombre ni en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas) serviría como una descarga de la presunción simplemente legal construida a partir de que la conducta haya sido desarrollada dentro de la esfera orgánica de autoridad. Este sistema mixto reconoce entonces –aunque en sentido negativo– este triple

<sup>15</sup> SILVA SÁNCHEZ (2008) p. 132.

<sup>16</sup> Más ejemplos en VILLEGAS (2016) p. 143.

<sup>17</sup> UNITED STATE V. EMPIRE PACKING CO. (1949).

<sup>18</sup> UNITED STATES V. ARMOU & CO. (1948).

<sup>19</sup> UNITED STATES V. ARMOU & CO. (1948).

<sup>20</sup> UNITED STATES V. GEORGE F. FISH, INC. (1946)

<sup>21</sup> ROBINSON Y DUBBER (2007) p. 320; HEFENDEHL (2001) p. 421; Para una explicación sistemática véase UNDANGARIN (2014).

<sup>22</sup> NIETO (2008) p. 8.

sistema de imputación. El de la identificación orgánica como fundamento (que termina por presumir la responsabilidad) y, como criterios negativos de exclusión, el del interés y el de la culpa de la empresa.

En este contexto general, se puede observar que la exigencia de perseguir un interés en favor de la empresa (beneficiar) tiene una explicación diferenciada en los distintos sistemas modernos, pero que finalmente se decanta por uno mixto<sup>23</sup>. El paso de un criterio de justicia distributiva del derecho civil (¿quién carga con los costos de reparar el daño causado?) al derecho penal (¿quién responde por el injusto penal?) generó<sup>24</sup>, entre los años cuarenta y sesenta, una búsqueda de criterios de atribución de responsabilidad que vincularan directamente a la empresa, esto es, por su culpa propia<sup>25</sup>. Aquello permitiría superar la idea de sanción por un injusto ajeno. La pérdida de relevancia del elemento “interés o provecho”, como criterio de mera transferencia de responsabilidad, provocó que se pasara a entender la exigencia de obrar en interés como un criterio de fijación de competencia de los deberes de diligencia, desde donde construir la culpa propia. Así, como criterio negativo de competencia, si lo que perseguía subjetivamente la persona física era obtener un beneficio propio, su conducta no sería parte de la competencia de la empresa, por lo que la persona jurídica quedaría exenta de responsabilidad. Por lo mismo, por tratarse solo de un criterio de fijación de competencia, es que –como señala Villegas– se generaría responsabilidad penal incluso cuando, actuando en interés de la empresa, la conducta cause un daño a la sociedad<sup>26</sup>. La sentencia del caso *STANDARD OIL COMPANY OF TEXAS v. UNITED STATES*<sup>27</sup>, como explican correctamente Artaza<sup>28</sup> y Villegas<sup>29</sup>, representa aquella postura de que lo importante es conectar jurídicamente la competencia de la persona jurídica a la persona física, por lo que no se puede analizar solo desde una especie de “resultado” objetivo *ex post*.

En el otro extremo de los modelos comparados, el sistema alemán de atribución de responsabilidad (infraccional) “administrativa” por “defecto organizacional”<sup>30</sup>, llega a conclusiones similares. Este modelo está configurado por la relación entre el §30 (1) OWiG (Ley alemana sobre contravenciones administrativas) –norma que introdujo la responsabilidad de las corporaciones en el ámbito administrativo sancionador alemán– y el §130 (1) OWiG, norma que establece deberes directos de los empresarios y de las personas jurídicas en relación al control de sus empleados en el cumplimiento normativo. Adicionalmente, el §130 (3) OWiG establece otra norma de sanción administrativa, también vinculada con la norma de conducta del §130 (1) OWiG, aunque esta vez con la amenaza de sanción al titular o dueño de un establecimiento o una empresa, en aquellos casos en que alguno de sus

<sup>23</sup> VILLEGAS (2016) pp. 171 y ss.

<sup>24</sup> Véase en NIETO (2008) p. 8.; en la literatura chilena, ORTÚZAR (2012) p. 217.

<sup>25</sup> Véase ARTAZA (2013a) pp. 83 y ss.; GÓMEZ-JARA (2009) pp. 45 y s.; LAUFER (1999) p. 1362.

<sup>26</sup> ARLEN y KRAAKMAN (1997) p. 2.

<sup>27</sup> *STANDARD OIL COMPANY OF TEXAS v. UNITED STATES* (1962).

<sup>28</sup> ARTAZA (2013a) p. 95.

<sup>29</sup> VILLEGAS (2016) p. 174.

<sup>30</sup> KLESCZEWSKI (2010) p. 201 (número al margen 647 y ss.); para el derecho penal, TIEDEMANN (1988) pp. 1169 y ss.; STRATENWERTH (1992) pp. 295-299; ALWART (1993) pp. 752 y ss., 755; HERNÁNDEZ (2010) p. 217.

empleados o subordinados, infringiendo ciertos deberes, cometa un delito<sup>31</sup>. La norma de conducta del (1) del §130 OWiG señala que actúa infraccionalmente quien como titular de un establecimiento o una empresa omite dolosa o imprudentemente medidas de control que son necesarias para impedir vulneraciones a deberes que afectan al titular del establecimiento o empresa y que se castigan con pena o con multa. El círculo de autores del hecho de conexión (*Anknüpfungstat*), en la norma de sanción de la persona jurídica, abarcaría solo a las personas que actúan con responsabilidad de dirección. Su fundamento no estaría radicado en la necesidad de justificar una transferencia de responsabilidad, sino de “evitar el desplazamiento de la responsabilidad desde los niveles jerárquicos máximos y superiores hacia los niveles inferiores y, de este modo, la elusión de la responsabilidad de la asociación”<sup>32</sup>. De ahí que la fórmula elegida en el § 30 (1) OWiG, establezca como su exclusivo criterio de atribución de responsabilidad la infracción a los deberes propios de la asociación gracias a los cuales esta se ha enriquecido o ha debido enriquecerse<sup>33</sup>.

La búsqueda de un enriquecimiento de la persona jurídica, en este contexto, si bien es un presupuesto tácito asociado a la sanción administrativa, pareciera no constituir un verdadero *Anknüpfungstat* (factor de conexión)<sup>34</sup>. Sin embargo, como destaca Sieber, la orientación patrimonialista se propone causar un costo disuasivo a las empresas por medio de una especial forma de comiso (efecto de confiscación en el § 17 Abs. 4 OWiG). Sin perjuicio de lo anterior, si se reconoce como elemento de “desconexión” tácito el que el tercero haya actuado exclusivamente en interés propio<sup>35</sup>.

A pesar del evidente parentesco entre el modelo alemán y el español, el elemento del “interés” ha sido interpretado para el sistema español ya no solo como un factor de conexión desarrollado para limitar el ámbito de aplicación de deberes, sino derechamente como un criterio de imputación diferenciado (art. 31 bis 1)<sup>36</sup>.

El artículo art. 31 bis 1 del CP español establece dos títulos de imputación distintos: el que en la letra a) se refiere a los delitos cometidos por los administradores; esto es, sujetos orgánicamente ubicados en la cúspide de la organización y en la letra b) los subordinados. La razón que explica la distinción radica en que, según las características del hecho de conexión, distinta debe ser la fundamentación de la imputación o, a lo menos, distintos deben ser los criterios para “generar” responsabilidad. Así, por ejemplo, Feijóo señala que la justificación de esta distinción –tras la reforma de 2015– no sería la de fundamentar la punibilidad, sino la de establecer distintos criterios que sirvan de “exclusión” de la responsabilidad penal<sup>37</sup>. Para la hipótesis que exige una calidad especial (orgánica) de la persona física, surgiría responsabilidad, si se cumple con los requisitos establecidos en el apartado

<sup>31</sup> La traducción del §130 OWiG en SIEBER (2013) p. 83.

<sup>32</sup> LOUIS y WASSMER (2006) pp. 203 y ss.

<sup>33</sup> LOUIS y WASSMER (2006) pp. 203 y ss.

<sup>34</sup> La traducción en LOUIS y WASSMER (2006) pp. 203 y ss.

<sup>35</sup> LOUIS y WASSMER (2006) p. 204.

<sup>36</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ (2014a) p. 195; SILVA SÁNCHEZ (2014b) p. 285; SILVA SÁNCHEZ (2008) pp. 129 y ss; ROBLES (2015) pp. 136 y ss; CIGÜELA y ORTÍZ DE URBINA (2020) pp. 84 y s; Gómez-Jara, Carlos (2005) pp. 163 y ss; GÓMEZ-JARA, Carlos (2018) pp. 65 y ss.; GÓMEZ-JARA, Carlos (2015) pp. 89 y ss.

<sup>37</sup> FEIJÓO (2016) p. 84.

segundo y que exige que la conducta de la persona física sea atribuible a una falta de control, supervisión y vigilancia por parte de la persona jurídica. Por lo mismo, para que la conducta del agente pueda generar responsabilidad de la persona jurídica, según señala este autor, debería acreditarse que la persona jurídica no haya creado un órgano que controle la legalidad de la actuación de los administradores o, en caso de haberse implementado, los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención. Por su parte, tratándose de personas físicas subordinadas (letra b) del apartado 1 y 4 del art. 31 bis), se dispone que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En lo que aquí interesa, empero, es que en el modelo español –modificado en 2015– la posición de la persona física en la estructura de la empresa no resulta ser un elemento esencial de la conexión; lo anterior es coherente con un sistema que se basa en el reconocimiento de un marco organizativo amplio y en la culpa propia, esto es, en un déficit específico de la propia organización de la persona jurídica. Aquello es lo que explica que en la Circular 1/2016 –sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015– la referencia típica del “beneficio directo o indirecto” tenga solo una naturaleza objetiva de la acción, lo que significa que debe ser idónea para reportar una ventaja a la persona jurídica<sup>38</sup>.

En la orientación aparentemente similar a la del sistema mixto del Código Penal Modelo de 1962 de Estados Unidos, –y abiertamente más parecida a la del sistema chileno– se encuentra el modelo italiano de responsabilidad de personas jurídicas. Este desarrolla un sistema de imputación que ubica en la base del sistema el criterio del interés (y/o ventaja). Todos los demás criterios son desarrollados en forma de exclusiones negativas. En efecto, el Decreto Legislativo N° 231 del 8 de junio de 2001 italiano sobre “Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones sin personalidad jurídica”<sup>39</sup>, desarrolla un modo de imputación que distingue dos grupos de personas físicas, según sus distintas vinculaciones institucionales, de manera tal que los criterios de vinculación normativa entre la empresa y la persona física dependan de aquella naturaleza de vinculación objetiva (art. 5 N° 1 a y b). Dichos criterios de imputación diferenciado (art. 6 y art. 7) le dan importancia a la adopción de un modelo de gestión dirigido a impedir la comisión de infracciones penales; la conformación de un organismo dirigido a vigilar el funcionamiento y la observación de este modelo, y la estructuración de un sistema disciplinario interno cumpliría una función estructural<sup>40</sup>.

Se trata de un modo de evitar una responsabilidad exclusiva de la empresa basada en la conducta del órgano, sin considerar la propia culpabilidad de la empresa,<sup>41</sup> al punto

<sup>38</sup> Díez RIPOLLÉS (2016) p. 267; RAGUÉS (2017) pp. 105 y ss.

<sup>39</sup> Véase CARNEVALI (2010) pp. 296 y ss.; en la literatura extranjera SEMINARA (2014) pp. 127 y ss.; FIORELLA Y VALENZANO (2016) pp. 53 y ss.; VALENZANO (2015) pp. 169 y ss., DE SIMONE (2013) pp. 263 y ss.; DE VERO (2008) pp. 1 y ss.; FIORELLA (2006) pp. 53 y ss.

<sup>40</sup> CARNEVALLI (2010) p. 301.

<sup>41</sup> SEMINARA (2014) p. 131.

de poder considerar ciertas ventajas como “meramente fortuitas”. El sistema incluiría, en palabras de Seminara, un criterio subjetivo de imputación que serviría para introducir un coeficiente de “reproche”, aunque estructurado de modo distinto a la imputación relativa a los delitos cometidos por los sujetos que no se encuentran en el vértice, refiriéndose a las personas físicas que cometen el delito dolosamente, que no se encuentran en la estructura superior. En este caso, en los sujetos del vértice, el art. 6 presumiría una responsabilidad del ente, excluyéndola únicamente en el supuesto en que se demuestre la implementación idónea de modelos de organización y gestión a los que se refiere el art. 6. La responsabilidad del ente giraría, según Seminara, en torno a la omisión de los modelos organizativos, de manera tal que su implementación cumpliría una función de garantía una vez superado el *versari in re ilícita*, y su naturaleza sería la de una “causa de exclusión de la punibilidad”<sup>42</sup>. En el caso de quienes no se encuentren en el vértice [art. 7 en relación con el art. 5 N° 1 letra b)] ya no se presenta la presunción de responsabilidad por el solo hecho de que las personas físicas hayan actuado en interés o para ventaja de la persona jurídica, sino que será necesario “adicionalmente” haber actuado en razón de aquel interés, que el delito haya sido posible por el incumplimiento de las obligaciones de gestión o supervisión de la persona jurídica. Una fórmula para probar el correcto cumplimiento de aquellos deberes resulta ser, aunque no sea el único, la implementación de un modelo de organización, gestión y control adecuado para prevenir delitos de este tipo.

Sin perjuicio de la centralidad que la regulación italiana le otorga al “interés” como elemento de la responsabilidad, la literatura italiana no es conteste sobre la forma de determinar su contenido y contornos. Como expone Salvo Ilabel, respecto a las posiciones dogmáticas, el examen del interés es realizado en clave objetiva y *ex post*, ya que entenderlo como un elemento subjetivo en la conducta, dificultaría en demasía la imputación del delito a la entidad. En lo que todos resultan coincidir, en todo caso, es que el objeto final es la determinación de que el hecho se realizó en el “ámbito” de la empresa<sup>43</sup>. Valenzano, parece dar una lectura distinta a la normativa y una explicación diferente al contenido del interés, aunque distinguiendo las dos hipótesis –interés y para su beneficio– por lo que señala que el interés, al ser lo que motiva la conducta criminal, debe ser establecido desde una perspectiva *ex ante*; mientras que el beneficio (ventaja) se establece necesariamente *ex post*<sup>44</sup>. Aquello logra su explicación, como ya se ha adelantado, en que todo el sistema está diseñado desde los distintos niveles de “pertenencia” (appartenenza) de la conducta de la persona física a la de la persona jurídica a partir del “interés o beneficio”<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> SEMINARA (2014) p. 132.

<sup>43</sup> SALVO (2014) p. 126.

<sup>44</sup> VALENZANO (2015) pp. 169-194; una opinión extendida, en todo caso, es que la imputación a la persona jurídica no podría limitarse al hecho de la materialidad del interés, sino que se extiende también a la dolo del delito cometido por la persona en un cargo superior. DE SIMONE (2013) pp. 263 y ss., señala que se vincula con la pertenencia orgánica.

<sup>45</sup> Niveles de pertenencia del sistema: 1) “por destinación”; 2) “por la posición jerárquica”; 3) “por la derivación del hecho de un defecto de organización”; 4) “por la derivación del riesgo no permitido de la empresa”; 5) por una “elusión no fraudulenta” del modelo organizativo por parte del autor ápic del delito.

En conclusión, y como es posible observar, la búsqueda de un interés y provecho es utilizado por los distintos modelos con una funcionalidad diferenciada, siendo la principal tarea nuestra definir aquella que sea coherente con el sistema chileno.

## 2. “ACTUAR EN INTERÉS O PROVECHO” EN EL SISTEMA NORMATIVO CHILENO

### 2.1. ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA CHILENO

El sistema de imputación de los arts. 3 y 5 de la Ley N° 20.393 constituye un modelo mixto<sup>46</sup> de atribución de responsabilidad que se configura por la vulneración de deberes de autorregulación referidos al control de los “propios riesgos” (una especie de modelo de incumbencia) por parte de las personas jurídicas, y referidos esencialmente a “delitos corporativos” generados durante la operación del negocio. Ya que las conductas de la persona física y los procesos de relevancia social efectuados por la persona jurídica son diferentes, aun cuando se vinculen entre sí, el sistema de responsabilidad desarrolla criterios para definir en qué medida la conducta auto responsable de la persona física forma parte de los “procesos” dominados, dirigidos y controlados por la persona jurídica que, al mismo tiempo, adoptan una relevancia penal autónoma.

Estructuralmente el sistema se basa, entonces, en la vulneración de deberes de dirección y vigilancia (i), la definición de un grupo de conductas base de la responsabilidad y que constituyen el marco general de competencia por la dirección y control (ii) y la imputación del delito de la persona física al ámbito de su competencia de dirección y control de riesgos (iii).

En relación a los deberes y su vulneración (i), si bien nuestra ley solo se ha limitado a reconocer su existencia como deberes de dirección y supervigilancia, no es menos cierto que estos no son deberes positivos de “evitación” absoluta de los delitos que puedan ser desarrollados por sus empleados y directivos. No se trata de una transferencia genérica de deberes de policía. En particular, el deber se refiere solo a organizarse adecuadamente de manera tal que las actividades de la persona jurídica –en el marco de su competencia organizativa– no constituyan un catalizador de conductas delictivas. Aquello sucedería si las políticas de la empresa generaran desproporcionadamente o superaran los riesgos de comisión de delitos, como a través de políticas de negocios que impliquen tolerancia, impulso de conductas delictivas<sup>47</sup>, hasta el incentivo a las mismas. Tampoco, como ya es evidente en el art. 4 de la ley, el sistema chileno exige solo un modo de cumplimiento de aquellos deberes organizativos como sería la obligación legal de implementar un programa de cumplimiento, aun cuando el sugerido en la ley pueda servir de estándar de cumplimiento de deber<sup>48</sup>.

El sistema, adicionalmente, se configura de manera coherente con el tipo de “delitos corporativos”<sup>49</sup> asociado a sus deberes, adoptando un *numerus clausus* de delitos base en el

<sup>46</sup> HERNÁNDEZ (2010) p. 217.

<sup>47</sup> ORTÚZAR (2012) p. 238.

<sup>48</sup> HERNÁNDEZ (2010) p. 216, nota al pie N° 89; ARTAZA (2013a) p. 568.

<sup>49</sup> Según explica NIETO MARTÍN [(2017) p. 169.] se trata de delitos que se generan como consecuencia de una serie de dinámicas internas.

art. 1 de la ley (ii). A diferencia del sistema español que concreta un “amplio” *List-Based-Approaches*, y en que la exigencia del interés directo e indirecto puede ser entendido como incompatible con la extensión y naturaleza de los delitos base de la responsabilidad de las personas jurídicas por seleccionarse sobre la base de su “frecuencia criminológica”<sup>50</sup> (lo que ha exigido forzar “modelos de imputación diversos” según el tipo de delito)<sup>51</sup>, en Chile la situación es diferente. En efecto, el diseño del sistema chileno está basado en la infracción a deberes vinculados con la creación de riesgos delictivos que genera la propia organización (“incumbencia”)<sup>52</sup> y el control de estos; si, adicionalmente, se exige un vínculo de ilicitud entre la vulneración a dichos deberes propios y la conducta delictiva de la persona física, lo lógico sería que los delitos base fueran de aquellos susceptibles de constituir un “incentivo” organizativo (delito corporativo). En efecto, siguiendo una distinción propuesta por Ragués para el sistema español –entre delitos de aptitud para generar beneficio, delitos que constituyen objeto social de la empresa, delitos abiertos, delitos facilitadores de intereses de la empresa, delitos que contienen mensajes con contenido ideológico, delitos no aptos para generar beneficios<sup>53</sup>– es posible constatar que el sistema chileno abarca casi exclusivamente delitos que persiguen o facilitan la persecución de intereses de la empresa.

En relación a la imputación del delito de la persona física a la esfera de organización de la persona jurídica (iii), como se sabe, el sistema chileno establece dos criterios adicionales: a. que la persona física tenga una posición institucional determinada y b. que el delito de la persona física sea “consecuencia” de la infracción de la persona jurídica. Estos elementos, en principio, tienen como objetivo que este “ilícito propio” de la persona física sea expresión también del injusto y culpabilidad de la persona jurídica, lo que implica no solo que debe acreditarse una vinculación abstracta y normativa, sino esencialmente “una vinculación de sentido”. El sistema no adopta, por lo mismo, un modelo de imputación en que el defecto organizativo fuera razón suficiente para la imputación<sup>54</sup>, por lo que lo definitorio como sistema de atribución es determinar la vinculación entre el defecto de organización derivado del incumplimiento de deberes de dirección y vigilancia, y el delito de la persona física, como lo exige expresamente el art. 3: “siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento”<sup>55</sup>.

Como es posible advertir, precisamente estas características del sistema dan cuenta de que, si bien el legislador optó por un modelo de responsabilidad mixta y basado en la infracción de deberes de autorganización –descartó otros como el vicarial estricto anglosajón y, con ello también, posibles funcionalidades que se le podía proveer al elemento “interés o beneficio”–, lo hizo con características propias que también lo distinguen de aquellos sistemas jurídicos que han adoptado un modelo similar y que le han servido de referencia, como el español, alemán o italiano. Dos ejemplos:

<sup>50</sup> Véase al respecto, RAGUÉS (2017) pp. 135 y s. (véase nota al pie N° 1).

<sup>51</sup> NIETO MARTÍN (2017) pp. 167 y ss.

<sup>52</sup> Sobre el concepto de incumbencia, véase HRUSCHKA (1984) pp. 661-702.

<sup>53</sup> RAGUÉS (2017) pp. 137 y s.

<sup>54</sup> HERNÁNDEZ (2012) p. 85.

<sup>55</sup> HERNÁNDEZ (2010) p. 227; PIÑA (2012) p. 7.

Con respecto al sistema alemán [del §30 (1) y §130 OWiG], la distinción es importante, en tanto este no tiene la particularidad de exigir una “consecuencialidad” **fáctica-normativa entre la persona jurídica y la conducta de la persona física** y está basado exclusivamente en una omisión propia de deberes de control (*Aufsichtsmaßnahmen*). En dicho contexto, como se explicó más arriba, el elemento “enriquecimiento” no constituye un hecho de conexión sino solo una necesidad asociada al comiso de ganancias.

Por su parte, y sin perjuicio de la influencia del modelo de transferencia italiano en el chileno, este último, no implementa, como el italiano, una cláusula de “interés” funcionalizada para derrotar la presunción o el vínculo formal que causa ser un funcionario apical del ente (función negativa). El sistema chileno, en realidad, asume como criterio general de imputación la vulneración de los deberes de dirección y vigilancia (esto es, el criterio desarrollado en el modelo italiano exclusivamente para los empleados que no se encuentran en el vértice, pero que están sujetos a la dirección o supervisión) y su vínculo de ilicitud con el delito de la persona física. Estos deberes, al comprender ámbitos de relación externos a la empresa (proveedores, instituciones estatales, etc.) desarrollados por personas auto responsables, necesitan de criterios que determinen su contenido y limiten sus contornos.

## 2.2. LA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA DEL ELEMENTO “INTERÉS O BENEFICIO” Y SU COHERENCIA CON EL MODELO

En relación a la regulación chilena, García Cavero ha hecho un intento –utilizando una especie de *reductio ad absurdum*<sup>56</sup>– por acentuar cierto nivel de incompatibilidad entre el “requisito del interés directo e inmediato” y el modelo adoptado, incluso calificando la exigencia aquí examinada como “un cuerpo extraño”<sup>57</sup>. Según este autor, sería incomprensible que una empresa bancaria pudiera eximirse de responsabilidad si, pudiendo hacerlo, no hubiera implementado un programa de cumplimiento ni evitado la ejecución de un delito de lavado de activo de un funcionario en su beneficio personal. Si bien aquella crítica está lejos de demostrar incompatibilidad, sobre todo en un sistema de imputación penal “por conductas de terceros”, sin embargo, da cuenta de la necesidad de determinar qué papel o función debe o puede cumplir en el sistema chileno. Por cierto, aquello exige que se beneficie y opte por aquella interpretación que provea funcionalidad:

(aa) Tanto desde una perspectiva lingüista como jurídica, el verbo “cometer” que va seguido de la preposición “en” y seguida del sustantivo “interés”, denota la finalidad de la acción que ocupa a alguien: “cometer una acción con la finalidad de beneficiar un interés o en beneficio de”. Aquello coincide con el uso habitual que, desde el derecho civil, se le otorga a la frase “en interés”: relación jurídica “en interés de *las partes; prestación en interés de la otra*”. Por su parte el sustantivo “interés”, tanto desde una perspectiva lingüística como jurídica, denota una tensión objetiva hacia una cosa o bien que sirve para satisfacer necesidades. Desde este punto de vista, y al no limitar el legislador el concepto de “interés” a una naturaleza concreta, solo corresponde interpretarla “funcionalmente”. Por su parte, la preposición “para”, denota el fin o término a que se encamina una acción; por lo que pre-

<sup>56</sup> Un argumento similar es proporcionado en RAGUÉS (2017) p. 101.

<sup>57</sup> GARCÍA CAVERO (2012) p. 69.

cedida del verbo “cometer” denota la finalidad de la comisión de una acción. El sustantivo “provecho”, desde esa perspectiva, tiene un significado más limitado que el de “interés”, y denota la utilidad o beneficio de carácter económico que se proporciona a alguien.

Desde esta perspectiva, solo es posible asignarle al elemento una relevancia general, pero no así una funcionalidad concreta dentro del sistema.

(bb) Entre nosotros, la discusión respecto al modelo, funcionalidad y contenido de la exigencia “interés o provecho” ha sido bastante precaria y se ha limitado a definir el elemento, sea como una exigencia objetiva o subjetiva, sin o con vagas referencias a su funcionalidad.

Así, autores como Hernández<sup>58</sup>, Segovia<sup>59</sup> y Matus<sup>60</sup> entienden este elemento como un elemento “subjetivo” presente en la conducta de la persona natural, pero requisito de la misma naturaleza subjetiva en la imputación a la persona jurídica. En este mismo sentido se orienta la opinión de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público en el oficio FN N° 440/2010<sup>61</sup>. Por cierto, dicha opinión es coherente con un sistema que busca fijar un marco de interés organizativo que quede limitado a la ejecución de delitos en el ámbito de los recursos humanos comprendidos por la organización y que no se extienda a hipótesis en que *ex post* se produjo un “provecho”, pero que no motivó originalmente la conducta. Habla en favor de esta interpretación un elemento sistemático: la imputación denominada “autónoma” en el art. 5 no exige el elemento “interés o provecho” y lo sustituye por el de que haya actuado “dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias” (art. 5). Lo anterior puede entenderse como la opción de un elemento objetivo-orgánico, ante la imposibilidad de una definición subjetiva por falta de un sujeto concreto de imputación.

Si bien parte de la literatura especializada ha criticado la opción por configurar este factor de conexión (interés o provecho) desde una perspectiva subjetiva (como motivación)<sup>62</sup>, no hay duda de que aquella interpretación tiene la idoneidad de darle coherencia al sistema, aunque en su configuración actual tienda a limitar en exceso la punibilidad. Tres son los principales problemas de esta tesis. El primero radica en que la mayoría de estas interpretaciones subjetivizadas, terminan por proveer al elemento “interés” una funcionalidad de muy menor relevancia práctica. Se trataría de una exigencia de funcionalidad meramente negativa –similar en el sistema normativo italiano, cuya funcionalidad es derrotar las presunciones o vínculos formales– que excluye la responsabilidad en casos de actuar en “exclusivo” beneficio de la persona física<sup>63</sup>. Segundo, y asociado a lo anterior, es que dicha interpretación conduce a desconocer la diferencia dispuesta en la misma ley entre la hipótesis de “exclusividad personal en la búsqueda de interés” y la hipótesis de que, por ejemplo, objetivamente “no” estén encaminadas derechamente en interés o para provecho de la persona jurídica ni resulten exclusivamente favorables a la persona física, aun cuando objetivamente puedan favorecer a la primera. En consecuencia, limita el único

<sup>58</sup> HERNÁNDEZ (2010) p. 221.

<sup>59</sup> SEGOVIA (2016) p. 231, cita. 52 y; p. 253.

<sup>60</sup> MATUS (2009) p. 285.

<sup>61</sup> Oficio FN N° 440 (2010) p. 7.

<sup>62</sup> MATUS (2009) p. 285.

<sup>63</sup> HERNÁNDEZ (2010) p. 221; en esta misma línea de argumentación, SALVO (2014) p. 303.

posible aporte de relevancia de dicho elemento, generando una interpretación que le extirpa su funcionalidad en contradicción con la decisión del legislador (*contra legem*). Tercero, la tesis supone el diseño de un sistema de imputación que establece, como presupuesto de la responsabilidad propia, la subjetividad de la conducta de un tercero, lo que vulneraría el principio de culpabilidad *ad hoc* a las personas jurídicas.

En el otro extremo, parte de la literatura chilena (por ejemplo, Navas y Jaar<sup>64</sup>) ha propuesto una interpretación objetiva del elemento “interés” o “provecho”, pero desde una perspectiva *ex post*; esto es, se trataría de un elemento que se debería interpretar solo desde la consideración de si “la persona se vio beneficiada por el delito cometido”<sup>65</sup>. El problema de esta propuesta radica en que, como se analizó en la primera parte de este trabajo, solo es compatible y coherente con un sistema de imputación basado en criterios de justicia distributiva (como el de sistema vicarial en la responsabilidad civil por el daño) y no con uno que intente atribuir responsabilidad por un injusto penal (incluso si es ejecutado por un tercero) ni menos con uno basado en la propia organización defectuosa. Dichos sistemas vicariales, por el contrario, solo imponen una carga (indemnizatoria) en el “principal” (y no en el agente) por ser este el que está en mejores condiciones de responder frente al daño generado en su beneficio. Se trata abiertamente de una modalidad de responsabilidad objetiva –civil– por un injusto completamente ajeno. Por lo mismo, esta tesis –como quedó ya demostrado– ha sido abandonada incluso en el sistema anglosajón (penal) y ha mutado a uno de análisis *ex ante* que ubica el beneficio o interés como fuente de deberes de cuidado<sup>66</sup>.

Una tercera opción –que no ha sido desarrollada por la doctrina nacional, a pesar de poder evidenciarla aparentemente y sin perjuicio de su propia autocalificación contraria, en la opinión de Ortúzar<sup>67</sup>– define este elemento como un requisito objetivo *ex ante*, cuya funcionalidad está radicada en la definición del contenido de los deberes; esto es, que tiene como presupuesto que la conducta típica desde una perspectiva objetiva (tercero imparcial) y temporalmente *ex ante*, pueda expresar la orientación a privilegiar a un tercero o representar los intereses de este. Esta tercera tesis tiene la ventaja de captar las aportaciones sistemáticas de la tesis subjetivista, pero también de considerar que los elementos subjetivos ajenos al sujeto de imputación se vuelven meramente objetivos en la imputación concreta. Este aspecto resulta ser absolutamente revelador respecto a su naturaleza.

(cc) Esta opción objetiva *ex ante* es aquí favorecida, por las razones sistemáticas y normativas ya analizadas, pero que pasarán a expresarse:

a. Las posibilidades de interpretación dependen, en gran parte, de la decisión del legislador en la adopción de un modelo –dentro de él, de sus características propias– y la necesidad de dotar a sus elementos de funcionalidad. Como se ha caracterizado hasta ahora, podemos señalar que el sistema chileno exige dos tipos de presupuestos generales: i. el primero, que se refiere a que el diseño se basa en conducir las conductas y marcos generales de organización de las personas jurídicas en torno a reglas y deberes, por lo que la respo-

<sup>64</sup> NAVAS Y JAAR (2018) p. 1036.

<sup>65</sup> NAVAS Y JAAR (2018) p. 1036.

<sup>66</sup> VILLEGAS (2016) pp. 173 y ss. (En especial p. 190).

<sup>67</sup> ORTÚZAR (2012) p. 220.

sabilidad, primero, se configura por la infracción a dichas reglas (de dirección y control) y, segundo, presupone contenidos normativos capaces de ser seguidos; y ii. el segundo presupuesto general, se caracteriza por exigir ciertos grados o modos de “pertenencia” del acto de la persona física a la persona jurídica que dan cuenta del merecimiento de pena también sobre la persona jurídica. En este caso, por no tratarse de un sistema de imputación basado en una pertenencia por destinación o por posición jerárquica del sujeto activo, sino por la atribución del hecho del tercero a un defecto de organización,<sup>68</sup> es que la necesidad de aclarar el contenido de las reglas es radical.

b. A diferencia de otros sistemas como el alemán y, de manera mucho más cercano, el sistema español o el italiano, en el sistema chileno, la necesidad de determinar desde donde interpretar funcionalmente el elemento analizado está relacionada con el aspecto “normativo” del diseño, precisamente, elemento que presenta un problema por su generalidad de contenido: ¿a qué se refiere con dirección y control?, ¿abarca todo tipo de conductas de terceros o solo algunas?

En el análisis desarrollado más arriba, se concluyó que el sistema chileno adopta un modelo de “imputación penal al ámbito de organización propia del delito de un tercero” en que la persona jurídica es competente por los riesgos “corporativos”, del negocio u operativos<sup>69</sup>. Desde un punto de vista normativo, y como ya se analizó, no se trata de una transferencia total del Estado a la organización de asumir solidariamente “deberes de policía” (bajo coacción) que, por razones prácticas<sup>70</sup>, abarcan la prevención y evitación de todos los delitos desarrollados en su seno<sup>71</sup>, sino de asumir la autorregulación y el control de los “propios riesgos” (similar a la incumbencia), generadores de incentivos para conductas delictivas de terceros vinculados orgánica o funcionalmente con la organización. La diferencia entre un modelo y otro es relevante, ya que, mientras la referencia a deberes en el primer modelo impone una competencia formal a la persona jurídica por el solo hecho de materializarse el delito en su esfera de organización o realizarse por un órgano (lo que implica centrarse exclusivamente en el control o supervigilancia), en el segundo modelo se define por incumbencia material, esto es, por generar un nivel de riesgo que exigiría una organización, dirección y autocontrol adicional interno<sup>72</sup>. En este último modelo la referencia normativa no lo es solo al “control” de conductas de terceros –y el injusto penal solo basado en la omisión–, sino, también, a la organización y dirección de la propia persona jurídica.

Para un sistema de dichas características, como el caso chileno, la competencia sobre riesgos de las conductas delictivas de terceros (auto responsables) tendrá sentido solo si estos se encuentran en el ámbito de conductas motivables, posibilitadas y/o facilitadas por los incentivos desordenados propios de la organización (competitividad y maximización

<sup>68</sup> VALENZANO (2015) pp. 169 y ss.

<sup>69</sup> NIETO MARTÍN (2017) p. 169.

<sup>70</sup> BEDECARRATZ (2018) p. 210.

<sup>71</sup> Propuesta de Nelly Salvo en Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Sesión 57 de fecha 8 de octubre, 2009, Legislatura 357 (Boletín N° 6.423-07); en España, ROBLES (2009) p. 9; una crítica correcta a esta interpretación RAGUÉS (2017) pp. 93 y ss.; KUHLEN (2014) pp. 103 y ss.

<sup>72</sup> Véase el Mensaje del Presidente de la República N° 018-357 de marzo 2009.

en la búsqueda de beneficios)<sup>73</sup>; esto es, al definir si la conducta de la persona física es de aquellas sobre las que la propia organización tenga algún grado de capacidad de incentivo (por ejemplo, por orientación a la rentabilidad/optimización<sup>74</sup> o el *ethos* de la empresa)<sup>75</sup> y, por lo tanto, respecto de las cuales la organización deba asumir “excepcionalmente” competencia en el control o la vigilancia de las conductas de terceros autorresponsables. En parte, este sistema, como se ha dicho, está constituido por la referencia a deberes no solo de control, sino previamente también a deberes de dirección (organización de los riesgos).

La perspectiva objetiva *ex ante* del análisis “interés o provecho” es la que permite reconstruir precisamente tanto el ámbito de competencia como el contenido y límite de los deberes. Sin perjuicio de las diferencias con el sistema español, Ragués llega a conclusiones similares a las nuestras y que se justifican en que la adopción de un modelo estrictamente subjetivo no solo no generaría un aporte importante para el sistema –cuestión que ya hemos ratificado aquí– sino, adicionalmente, “dificultaría notablemente” la orientación de las personas jurídicas en el cumplimiento de sus deberes<sup>76</sup>. Aquella función orientadora solo la puede cumplir una perspectiva objetiva *ex ante* que facilite la definición de si un determinado modo de comportamiento ingresa en la esfera de los deberes de dirección y control de la persona jurídica.

Lo anterior implica que no se trataría de un elemento similar al del sistema de *alter ego* –esto es, un hecho real de conexión<sup>77</sup>– ni tampoco propio de la distribución de cargas reparatorias (civil) que exigiría un beneficio *ex post* o de costos disuasivos (sanción administrativa)<sup>78</sup>, sino de uno que asegura que la amenaza penal solo quede restringida a un núcleo básico de la responsabilidad de las personas jurídicas.

c. En este contexto sistemático, los elementos “interés o provecho” y “directo e inmediato”, tienen la virtud potencial de servir a cuatro tipos de objetivos: i. como un modo de fijar la competencia para efectos penales (de carácter objetivo); ii. como un factor de conexión adicional de carácter subjetivo; iii. como un elemento de “desconexión” de carácter subjetivo; y iv. como un modo de cualificación “penal” de las hipótesis merecidas de pena. La opción por una interpretación de naturaleza objetiva (*ex ante*) o subjetiva (*ex post*) del elemento “interés o beneficio” depende, entonces, en grado importante de si se va a entender como un elemento que sirve a la fundamentación de la imputación o, por el contrario, si sirve solo para configurar un criterio de desconexión frente a una previa y perentoria vinculación aceptada a base de otro elemento formal.

El rechazo a la interpretación de este elemento como subjetivo, y que sirve como “criterio de imputación” o “factor de conexión” no se basa solo en los aspectos sistemáticos, sino también en que resulta absolutamente rechazable la inclusión de aspectos subjetivos de un tercero para atribuir como “propio” de otro un determinado fenómeno normativo o

<sup>73</sup> NIETO MARTÍN (2017) p. 169.

<sup>74</sup> En un sentido similar PIÑA (2012) p. 24.

<sup>75</sup> Véase sobre este punto, ARTAZA (2013) pp. 256 y ss.

<sup>76</sup> RAGUÉS (2017) p. 110.

<sup>77</sup> También GARCÍA CAVERO (2012) pp. 68 y ss.

<sup>78</sup> No se comparte la opción de distribución de costos disuasorios en CIGÜELA (2015) p. 373.

causal, ya que vulneraría abiertamente el principio de culpabilidad. La acentuación subjetiva (*ex post*) del elemento “interés o provecho”, por lo mismo, en la conducta de la persona física solo puede servir como criterio de desconexión. Aquella posibilidad, existente en el sistema italiano y español como se ha revisado, tiene sentido, sin embargo, en aquellos sistemas en que la vinculación previa es de carácter meramente perentoria y formal, como por ejemplo en aquellos sistemas basados en factores de conexión meramente orgánicos o en los modos de transferencia de deberes de policía (absolutos). Aquello no es el caso del sistema chileno que establece un sistema de imputación normativo y consecuencial (imputación objetiva) que, afirmado, difícilmente puede luego ser desvinculado o derrotado por motivaciones subjetivas acreditadas *ex post*.

En consecuencia, la calificación de elemento “extraño” de García Cavero, a la que hemos hecho referencia con anterioridad, podría ser eventualmente correcta, si es que se adopta dicha interpretación subjetivista y se le atribuye a este elemento ya sea la calidad de factor de conexión (imputación) por vulneración al principio de culpabilidad o de desconexión por falta de consistencia sistemática (ilógico e innecesario). En cambio, si se adopta la perspectiva objetiva *ex ante*, rescata no solo toda la riqueza desarrollada por la tesis subjetivista en nuestro país –aunque corrigiendo el problema de la culpabilidad–, sino que refuerza aspectos normativos relativamente difusos del diseño y aspectos vinculados con el merecimiento de pena.

## II. “DIRECTO E INMEDIATO” INTERÉS O PROVECHO, COMO MODO DE LIMITACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN

Al igual que todos los adverbios, los conceptos “directa e inmediatamente” tienen una funcionalidad según su ubicación sintáctica de modificar o complementar un verbo, un adjetivo u otro adverbio. Así, lo que hace especialmente compleja su utilización en el art. 3 de la ley, es que estos adverbios están vinculados tanto a una frase verbal antecedente “fueren cometidos” como a la alocución “en interés o para su provecho”. Así, dos potenciales interpretaciones pueden llegar a desarrollarse. Cuál es su alcance, naturaleza y función penal, resulta una interrogante necesaria de definir.

(aa) La historia de la disposición no es clara en la incorporación de los adverbios “directo” e “inmediato”, aunque sí se sabe que fue hecha a propósito de una pregunta de un senador (Espina) relativa a la extensión “más allá de lo razonable” (por indeterminación, imprecisión y ampliación) de las cualidades de las personas físicas abarcadas por la norma, en especial, el de “estar bajo la dirección o supervisión de algún sujeto”<sup>79</sup>. La discusión se desarrolló, entonces, en torno a los vínculos no solo orgánicos con la institución, sino también materiales y de la necesidad de limitarlos sustantivamente. Como propuso el mismo senador, debería limitarse a una relación “directa”, lo que hubiese exigido ubicar dicho adverbio a continuación de la expresión “supervisión”. Aquello, sin embargo, no se concretó en tanto se advirtió –por el Senador Gómez– acerca de la posibilidad de que la hipótesis

<sup>79</sup> Véase Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Sesión 57 de fecha 8 de octubre, 2009, Legislatura 357 (Boletín N° 6.423-07).

de externos que actúen también “por cuenta de la persona jurídica” podría considerarse suficiente para hacer surgir responsabilidad, lo que le parecía incorrecto (en el sentido de excesivo). La discusión posterior se desarrolló en torno a si se exigiría un conocimiento por parte de la primera categoría o jerarquía de sujetos (Gómez) o si se trataba de un problema normativo (abogada Salvo)<sup>80</sup>.

Dos antecedentes sirven para aclarar teleológicamente la definición final de la comisión: (i) se ejemplificó la hipótesis con el caso en que un empleado de la persona jurídica delinque, instrumentalizando la empresa (“a través de ella”), pero en su beneficio personal y directo, en cuyo caso debería excluirse la punibilidad; y (ii) no se incluyó la expresión “cometidos directa e inmediatamente” según lo propuesto por el senador Espina (después del concepto “supervisión”) —lo que hubiese solo acentuado su orientación a limitar los vínculos exclusivamente “no orgánicos”— sino al principio de todo el párrafo, lo que hizo, así aplicable la limitación a todas las hipótesis orgánicas y no orgánicas, como lo demuestra el ejemplo anterior, en tanto se trata de adverbios que quedaron relacionados con “cometerlo en interés”.

(bb) La utilización de los adverbios “directa e inmediatamente” no es exclusiva del elemento analizado, siendo incorporado, por ejemplo, en el derecho penal (en su art. 15 N° 1 Código Penal) o en el derecho civil (1558 del Código Civil), correspondiendo su ubicación sintáctica a una limitación relevante para la dogmática<sup>81</sup>.

En el caso del art. 15 N° 1 del CP, los conceptos “directa e inmediatamente” se vinculan con la frase “tomar parte en la ejecución”, por lo que su función modal es restringir la calificación de la autoría al sujeto que ha realizado actos típicos mediante su intervención material (directa) en la ejecución de la acción, sin que se encuentre mediado por la conducta de otro<sup>82</sup>. El concepto de “inmediación”, por lo mismo, tiene por objetivo aplicar la norma solo a hipótesis de que la ejecución del hecho es dominada por el autor directo e inmediato, eliminando hipótesis de lo que modernamente denominamos actuar por medio de intermediarios voluntarios (actuar indirectamente) y de actuar utilizando o instrumentalizando a otro (mediato)<sup>83</sup>.

Por su parte, el art. 1558 del Código Civil utiliza los adjetivos “inmediato y directo” para desarrollar criterios diferenciados de atribución de responsabilidad<sup>84</sup>. La función de la cláusula “inmediata y directa”, según su ubicación sintáctica, es definir los daños indemnizables por incumplimiento doloso de una obligación a “cursos causales directos”<sup>85</sup>, y temporalmente “inmediatos”. El adjetivo calificativo “inmediato” da cuenta de la hipótesis del daño que se sigue a continuación del incumplimiento, sin que exista algún hecho que se agregue entre el ilícito y el daño<sup>86</sup>. Por su parte, es “directa” la consecuencia, si de alguna

<sup>80</sup> La tesis de la abogada Nelly Salvo suponía que la empresa debía asumir un “deber social de prevenir los delitos” general.

<sup>81</sup> Sobre la relevancia de la gramática en la interpretación penal, KUNDLICH (2018) p. 41.

<sup>82</sup> CURY (2005), p. 595.

<sup>83</sup> Véase en este sentido ETCHEBERRY (2017) Tomo II, pp. 88 y s.

<sup>84</sup> Véase al respecto BARRIENTOS (2007).

<sup>85</sup> OSTERLING (1968) p. 101: “Pero en ambos casos Pothier exigía que los daños y perjuicios fueran consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación, y no consecuencia lejana o remota”.

<sup>86</sup> CORRAL (2008) pp. 144 y s.

manera “estaba llamado a desembocar en esa consecuencia”, en el sentido de que pueda explicar el daño<sup>87</sup>.

(cc) Una tercera aproximación, de carácter funcional de los conceptos “directa e inmediatamente”, puede encontrarse en el derecho comparado, como ya se ha revisado. Importante para estos efectos es resaltar que estos adverbios no son contemplados de la misma forma en los modelos comparados españoles e italianos, de manera tal que el legislador ha dispuesto para ellos una comprensión mucho más amplia que el contemplado por el legislador para el modelo chileno, y una funcionalidad, a veces, diferente. Aquello significa que los análisis –o al menos parte importante de ellos– ya no son aplicables en el ámbito nacional.

Así, por ejemplo, el art. 31 bis 1 CP español –desde la reforma del año 2015 (que eliminó el concepto “en su provecho” y lo sustituyó por “en su beneficio”)– agregó que las personas jurídicas serán penalmente responsables [letra a)] por los delitos cometidos “en su beneficio directo o indirecto” o en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas. Según explica Feijóo Sánchez, esta referencia a beneficios directos e indirectos viene a avalar una interpretación amplia y extendida, que abarca no solo los beneficios económicos directos, sino también la evitación indirecta de perjuicios, ventajas frente a competidores o el ahorro de costes (en prevención de la contaminación)<sup>88</sup>. Tampoco excluye supuestos donde el autor actúa motivado por un provecho propio, en la medida que indirectamente repercute también en un beneficio para la persona jurídica. Aquello implicaría tener que aceptar como abarcadas hipótesis en que la motivación esencial y principal no sea el beneficio de la persona jurídica, aunque la obtención de este permita conseguir promocionarse gracias a dichas consecuencias beneficiosas<sup>89</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, este autor limita los actos directos solo a aquellos que buscan generar beneficios de cualquier naturaleza, pero de carácter inmediato en sentido temporal: al menos a corto plazo<sup>90</sup>.

En un sentido similar, la literatura mayoritaria española ha sostenido que esta nueva cláusula constituye abiertamente una ampliación de las hipótesis, ya sea porque dejó de tener una connotación eminentemente económica y porque pasó a comprender hipótesis “indirectas” como una ventaja competitiva que se concrete en un beneficio patrimonial a medio o largo plazo, en un ahorro de gastos o costes, en una mejora de su posición en el mercado o en cualquier otro beneficio que se traduzca en términos económicos, etc<sup>91</sup>.

En el caso italiano, la norma señala que el ente será responsable de los crímenes cometidos en su interés o para su ventaja, sin establecer límites. Por lo anterior, se ha entendido que alcanza una amplitud que abarca los intereses directos e indirectos. El único límite lo constituye el objeto, por lo que el art. 5º, párr. 2) excluye la responsabilidad cuando la conducta fue realizada *nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*. De ahí que el mero resultado

<sup>87</sup> CORRAL (2008) p. 144.

<sup>88</sup> FEIJÓO (2016) p. 82.

<sup>89</sup> FEIJÓO (2016) p. 83.

<sup>90</sup> FEIJÓO (2016) p. 83.

<sup>91</sup> Véase con mayores antecedentes FERNÁNDEZ y CHANJAN (2016) p. 362.

objetivo beneficioso –*ex ante* (interés) y *ex post* (ventaja)– para la entidad sea insuficiente, exigiendo un vínculo subjetivo más intenso.

Si bien hay aspectos similares al modelo chileno de imputación, tanto en el sistema español como el italiano, estos comprenden hipótesis mucho más amplias de lo que expresamente exige el art. 3 de la ley chilena: relación directa e “inmediata”. Aquella diferencia se explica en la diferenciada funcionalidad que estos sistemas le proveen a los elementos “interés o provecho”.

(dd) La única funcionalidad posible de los adverbios “directa e inmediatamente” incorporados y vinculados al elemento “interés y provecho” del art. 3 de la Ley N° 20.393 –considerando los aspectos lingüísticos y sistemáticos antes analizados– es eliminar hipótesis de representación o persecución de intereses de la empresa que son secundarias o accesorias. Con estos elementos se persigue diferenciar de otras hipótesis que pueden motivar con seguridad la conducta de la persona física y/o eliminar objetivos, cuyo beneficio solo se obtiene con el paso del tiempo, o mediando otra acción o proceso. En algunos casos, tales exigencias pueden entenderse como una definición del ámbito de competencia (directo), mientras que en otros casos cumplen la función de definir el ámbito de merecimiento de pena (inmediato). Para efectos de observar los efectos de la incorporación de los adverbios, se exponen las siguientes combinaciones utilizando su significación lingüística desde el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y la jurídica antes analizada. De acuerdo con las combinaciones podemos llegar a las siguientes conclusiones:

| Adverbio  |  | Exigencia típica, Art. 3 : conexión adverbial (Demarcada en gris la constelación típica)   |
|---|--|--|
| <b>Directamente:</b><br>Que se encamina derechamente a un objetivo.   | <b>Inmediatamente:</b><br>Contiguo o muy cercano a algo o alguien; que sucede enseguida, sin tardanza. Se sigue a continuación, sin que exista algún hecho que se agregue entre una circunstancia y otra | <b>Directa e inmediatamente:</b><br>Conducta encaminada derechamente en interés o para provecho de la persona jurídica, que se obtiene como consecuencia de esta, sin intervención de otras acciones, decisiones, procesos o ideas.                    |
|   | <b>Mediato:</b><br>Que en tiempo, lugar o grado está próximo a una cosa, mediando “otra” entre las dos.  | <b>Directa y mediatamente:</b><br>Conducta encaminada derechamente en interés o para provecho de la persona jurídica, pero que se obtiene mediando otras acciones, decisiones, procesos o ideas.   |
| <b>Indirectamente:</b><br>Que no va rectamente a un fin, aunque se pueda también encaminar a él.                  | <b>Inmediatamente:</b><br>Contiguo o muy cercano a algo o alguien; que sucede enseguida, sin tardanza.   | <b>Indirecta e inmediatamente:</b><br>Conducta NO encaminada derechamente en interés o para provecho de la persona jurídica, que se obtiene enseguida, sin intervención de otras acciones, decisiones, procesos o ideas.                               |
|   | <b>Mediatamente:</b><br>Que en tiempo, lugar o grado está próximo a una cosa, mediando otra entre las dos.   | <b>Indirecta y mediatamente:</b><br>Conducta NO encaminada derechamente en interés o para provecho de la persona jurídica, aun cuando objetivamente pueda favorecerle, cuestión que se obtiene si median otras acciones, decisiones, procesos o ideas. |
| <b>Excluyente:</b><br>Solo en interés individual de la persona física y/o de un tercero (ni directo ni indirecto) |  | <b>Excluyente:</b><br>Solo en interés individual de la persona física y/o de un tercero (ni directo ni indirecto)  |

### III. CONCLUSIÓN Y EFECTOS

1º) A las interrogantes formuladas en la introducción, es posible, responder como sigue: al tratarse de un modelo en que el legislador no ha transferido a la persona jurídica un deber genérico de controlar y evitar “todos” los delitos al interior de la organización, sino solo uno limitado a la creación de riesgos organizativos, es que el sistema exige un límite material. Precisamente en ese contexto, la función del elemento objetivo “interés y provecho” (que no se limita a aspectos económicos) en su modelo de referencia y concretamente en el sistema de imputación chileno, solo puede consistir –desde una perspectiva objetiva y *ex ante*– en ayudar a definir el ámbito de conductas motivables, posibilidades y/o facilitadas por los incentivos propios de la organización; a partir de aquello, definir si las potenciales conductas de la persona física es de aquellas que la propia organización tiene algún grado de capacidad de incentivo y, por lo tanto, respecto de las cuales la organización deba asumir “excepcionalmente” competencia en el control o la vigilancia de las conductas de dicha persona física autorresponsable. Por su parte, la exigencia de ser “cometidos directa e inmedia-

tamente” en interés o provecho de la persona jurídica no debe ser entendida solo como una mera fijación de aquella competencia normativa, sino también como un elemento cualificador del injusto que define las hipótesis “merecidas de pena”. Lo anterior, debido a que se trata de un exigencia que supera la intensidad necesaria y justificada por su funcionalidad.

2°) De aquella conclusión, los efectos concretos respecto de las hipótesis dudosas serían los siguientes:

a. Hipótesis 1, “resultados beneficiosos *ex post*”: casos como el famoso STANDARD OIL COMPANY OF TEXAS V. UNITED STATES<sup>92</sup>, en que las acciones realizadas por la persona física beneficiaron a la persona jurídica, desde una perspectiva *ex post*, sin perjuicio de que aquello no haya sido perseguido como objetivo *ex ante* por la persona física, no resultan ser necesariamente punibles en el sistema chileno. Al igual que en el caso norteamericano, si lo que se persigue con el análisis del “interés o beneficio” en el art. 3, es vincular los deberes objetivos (perspectiva *ex ante*) de la persona jurídica con la conducta de la persona física, no se puede tener por acreditado el factor de conexión solo desde una perspectiva objetiva *ex post*. Aunque, tampoco correspondería –como la hace la tesis subjetivista *ex ante*– la exclusión de la imputación por la sola razón subjetiva de que la “intención” de la persona física no haya sido la de beneficiar a la persona jurídica; aquello solo podría apoyar una desvinculación normativa posterior (“imputación objetiva”). Para resolver esta hipótesis, lo relevante es saber si objetivamente se trata de una conducta idónea para perseguir un interés del principal (y que, este a su vez, sea directo e inmediato), de manera que se trate de conductas de terceros que entren en la competencia normativa de la persona jurídica.

b. Hipótesis 2 “persecución de beneficios en interés mutuo”: de acuerdo con la tesis propuesta, hipótesis como la del caso UNITED STATES V. AUTOMATED MEDICAL LABORATORIES INC.<sup>93</sup>, que se caracterizan porque las acciones realizadas por la persona física buscaban el beneficio de ella misma (desde una perspectiva *ex ante*, pero subjetiva), aunque no exclusivamente ya que, con ello, también se podía beneficiar accesoria y objetivamente a la persona jurídica, resultan ser problemáticas.

Como ya se ha señalado, los presupuestos y requisitos de la punibilidad en el art. 3 de la Ley N° 20.393 están establecidos para determinar el ámbito de competencia de los deberes de dirección y vigilancia de la empresa, que deberían cubrir las hipótesis en que los empleados se pueden motivar por la ilicitud a consecuencia de privilegiar los intereses de la persona jurídica y, por otro, fijar condiciones cualificadas de punibilidad de la persona jurídica (según los criterios del legislador). Lo lógico sería, entonces, que el sistema pretenda cubrir solo aquellas hipótesis en que el sujeto se motiva a realizar el delito en orden a intereses de la empresa, en tanto solo aquello puede encontrarse en el ámbito de los “riesgos permitidos o no permitidos de la empresa”; por lo que será punible, solo cuando la conducta de la persona física se explique por beneficiar a la empresa, sin intervención de otras acciones, decisiones, procesos o ideas (interés directo). No lo será, en cambio, cuando solo se pueda prever indirectamente (inmediata o mediatamente) una determinada consecuencia

<sup>92</sup> STANDARD OIL COMPANY OF TEXAS V. UNITED STATES (1962).

<sup>93</sup> UNITED STATES V. AUTOMATED MEDICAL LABORATORIES INC. (1985)

en favor de la persona jurídica. Eso sucedería, por ejemplo, en las hipótesis abstracta en que el sujeto compra cables de cobre robados (receptación), para luego poder ofrecérselos a mejor precio a la empresa en que él es empleado, ya que conoce que se está en proceso de adquisición de cobre. Se trata de un beneficio que, si bien está dirigido en última instancia a beneficiar a la empresa con un mejor precio, aquello está mediado por la potencial aceptación de la persona jurídica de comprar cables robados por parte de otro funcionario.

Lo que aquí interesa, empero, es que los delitos realizados en interés de la persona física, con previsión *ex ante* de interés adyacente (indirecto) para la persona jurídica, que, aunque pueden ser abarcados por los deberes de previsibilidad de esta, no se encontrarán necesariamente abarcados por los presupuestos de punibilidad del art. 3 de la Ley N° 20.393. Aquello puede ser criticado *de lege ferenda*, pero resulta ser una valoración desarrollada concretamente por el legislador (*de lege lata*), que parece ubicar el reproche penal exclusivamente en los delitos que el agente directamente podría intentar ejecutar en favor de la persona jurídica, evitando sancionar penalmente casos dudosos.

c. Hipótesis 3, “persona jurídica como víctima”: menos complejos para el modelo chileno, cuestión que se refleja en cierta postura mayoritaria de la literatura, son los casos en que la persona jurídica resulta ser víctima del delito de la persona física<sup>94</sup>, principalmente porque difícilmente se puede hablar de formar parte del campo motivacional del riesgo desarrollado por la empresa en torno a sus intereses. Distintos son los casos –como el UNITED STATES V. SUN-DIAMOND GROWERS OF CALIFORNIA<sup>95</sup>– en que la persona física con el objetivo de beneficiar a la persona jurídica realiza un delito –ej. pago de sobornos– utilizando indebidamente recursos de la compañía, con lo que generó un daño pecuniario o reputacional. Sin perjuicio de lo anterior, se trata de una conducta –“cultivar este tipo de relaciones”<sup>96</sup>– que se encuentra cubiertas por la competencia y deber de control la empresa. Aquí, adicionalmente, existe una vinculación directa, sea como medio o como fin, que relaciona a la empresa con la conducta del tercero.

d. Hipótesis 4, “exclusivo interés de la persona física o un tercero”: esta constelación nada tiene que ver con las anteriores, como lo ha sostenido tesis subjetivista (*ex ante*) que la ha calificado como una “sobreacción”, “mera acentuación” o “redundancia” del legislador al incorporarla en el del inciso final del artículo 3. Existen lecturas alternativas, perfectamente plausibles y razonables en la medida que solo regula y excluye la responsabilidad en casos caracterizados por la mera vinculación formal entre persona física y jurídica. Todas las hipótesis anteriores, en cambio, corresponden a constelaciones en que existe *ex ante* o *ex post*, algún grado de beneficio (directo/indirecto y mediato/inmediato) para la persona jurídica, y deben ser resueltas en torno a los criterios del “interés o provecho” y “directo e inmediato” del inciso 1° del artículo 3.

<sup>94</sup> Por todos HERNÁNDEZ (2010) p. 220 y ss.

<sup>95</sup> UNITED STATES V. SUN-DIAMOND GROWERS OF CALIFORNIA (1998).

<sup>96</sup> VILLEGAS (2016) p. 158.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALWART, Heiner (1993): “Strafrechtliche Haftung des Unternehmens -vom Unternehmens-täter zum Täterunternehmen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 105, Issue 4: pp. 752-773.
- ARLEN, Jennifer y KRAAKMAN, Reinier (1997): “Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes”, *New York University Law Review*, vol. 72, N° 1: pp. 687-779.
- ARTAZA, Osvaldo (2013): “Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal”, *Política criminal*, vol. 8, N° 16: pp. 544-573.
- ARTAZA, Osvaldo (2013): *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- BARRIENTOS, Marcelo (2007): “Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1: pp. 7-22.
- BEDECARRATZ, Francisco (2018): “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *Política criminal*, vol. 13, N° 25, Art. 6: pp. 208-232.
- CARNEVALI, Raúl (2010): “La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2: pp. 273-330.
- CELAYA, Pedro (1995): “La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente. (Un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 197, año LXIII: pp. 101-145.
- CIGÜELA, Javier (2015): *La Culpabilidad colectiva en el derecho penal. Crítica y Propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- CIGÜELA, Javier y ORTÍZ DE URBINA, Íñigo (2020): “Tema 3. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas: Fundamentos y Sistema de Atribución”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús y otros (edits.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa, parte general y especial* (Barcelona, Atelier) pp. 73-94.
- CORRAL, Hernán (2008): “Causalidad y Previsibilidad en la Responsabilidad Contractual”, en BARAHONA, Jorge y otros (edits.), *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal, Cuadernos de Extensión Jurídica 15* (Santiago, U. de los Andes) pp. 115-179.
- CURY, Enrique (2011): *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Ediciones UC, décima edición).
- DE SIMONE, Giulio (2013): “La responsabilità da reato della società nell’ottica dei principi costituzionali”, en MONGILLO, Vincenzo, STILE, Alfonso Maria y STILE, Giovanni (edits.), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. N° 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma* (Nápoles, Jovene Editore) pp. 261-320.
- DE VERO, Giancarlo (2008): *La responsabilità penale delle persone giuridiche* (Milano, Giuffrè Editore).
- ETCHEBERRY, Alfredo (2017): *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).

- FEIJÓO, Bernardo (2016): “Capítulo IV, Los requisitos del art. 31 bis 1”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y otros (edits.), *Tratado de Responsabilidad de las personas jurídicas*, (Pamplona, Civitas – Thomson Reuters, segunda edición) pp. 55-67.
- FERNÁNDEZ, Carmen y CHANJAN DOCUMET, Rafael (2016): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú”, *Revista Facultad de Derecho PUCP*, N° 77: pp. 349-379.
- FIGLIOLA, Antonio (2006): “Responsabilità da reato degli enti collettivi”, en CASSESE, Sabino (dir.), *Dizionario di diritto pubblico* (Milano, Giuffrè) pp. 5101-5109.
- FIGLIOLA, Antonio y VALENZANO, Anna (2016): *Colpa dell'ente e accertamento, Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato* (Roma, Sapienza Università Editrice).
- FRISCH, Wolfgang (2013): “Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung”, en ZÖLLER, Mark y otros (edit.), *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, “Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension”* (Berlin, Duncker & Humblot) pp. 349-373.
- FRISCH, Wolfgang (2013): “Sobre la punibilidad de personas jurídicas”, en VAN WEEZEL, Alex (edit.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal, Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 805-839.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2012): “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16: pp. 55-74.
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2005): “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, BARREIRO, Jorge y SUAREZ, Carlos (edits.), *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Madrid, Civitas) pp. 163-182.
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2009): *La Responsabilidad de las empresas en los EE.UU.* (Madrid, Editorial Universitaria).
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2015): “Capítulo V. Fundamentos de la responsabilidad de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJÓO, Bernardo y GÓMEZ-JARA, Carlos (coord.), *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas* (Madrid, Civitas Aranzadi) pp. 89-115.
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2018): “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: La culpabilidad de las personas jurídicas”, en CANCINA, Aldo (edit.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program* (Santiago de Chile, Olejnik) pp. 65-89.
- GONZÁLEZ SIERRA, Pablo (2014): *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31 bis del CP* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- HEFENDEHL, Roland (2002): *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht* (Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann).
- HEINE, Günter (1998): “Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als „zweite Spur“”, en ALWART, Heiner (hrsg.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, (München, Hampp) pp. 90-112.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2010): “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política criminal*, vol. 5, N° 9, Art. 5: pp. 207-236.
- HRUSCHKA, Joachim (1984): “Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio

- libera in sua causa”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, vol. 96: pp. 661-702.
- JAKOBS, Günter (2002): “Strafbarkeit juristischer Personen?”, en PRITTWITZ, Cornelius y otros (edits.), *Festschrift für Klaus Lüderssen* (Baden-Baden, Nomos Verlag) pp. 539-561.
- KLESCZEWSKI, Diethelm (2010): *Ordnungswidrigkeitenrecht* (München, Valen Verlag).
- KUHLEN, Lothar (2014): “Compliance y Derecho Penal en Alemania”, en MIR PUIG, Santiago y otros (edits.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (Madrid, Edisofer S. L.) pp. 89-125.
- KUNDLICH, Hans (2018): *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho Penal* (Madrid, Marcial Pons).
- LAUFER, William (1999): “Corporate liability, risk shifting and the paradox of compliance”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, N° 5: pp. 1343-1420.
- LOUIS, Jürgen y WASSMER, Martin Paul (2006): “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Sistemas Penales comparados”, *Revista Penal*, N° 17: pp. 203-207.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2005): “La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 23: pp. 93-105.
- MATUS, Jean Pierre (2009): “Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, Mensaje N° 018-3571”, *Revista Ius et Pax*, vol. 15, N° 2: pp. 285-306.
- MIR PUIG, Santiago (2003): “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 5: pp. 05:1-05:19.
- NAVAS, Iván y JAAR, Antonia (2018): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, *Política criminal*, vol. 13, N° 26: pp. 1027-1054.
- NIETO MARTÍN, Adán (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal* (Madrid, Iustel).
- NIETO MARTÍN, Adán (2017): “La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. y otros (edits.), *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Mir Puig* (Montevideo, Buenos Aires, Editorial BdeF) pp. 167-177.
- ORTÚZAR, Andrés (2012): “Modelo de atribución de responsabilidad penal en la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Culpabilidad de la empresa, heterorresponsabilidad o delito de infracción de deber?”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16: pp. 195-257.
- OSTERLING PARODI, Felipe (1968): “La valuación judicial de los daños y perjuicios”, *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 26: pp. 93-102.
- PINO EMHART, Alberto (2013): “Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios”, *Revista chilena de Derecho Privado*, N° 21: pp. 89-135.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio (2012): *Modelos de Prevención de delitos en la empresa* (Santiago, Thomson Reuters).

- RAGUÉS, Ramón (2017): *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal* (Madrid, Marcial Pons).
- ROBINSON, Paul H. y DUBBER, Markus D. (2007): “The American Model Code: A brief Overview”, *New Criminal Law Review*, vol. 1: pp. 319-341.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2009): “El hecho propio de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *Revista para el Análisis del Derecho* (InDret), N° 2: pp. 2:1-2:12.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2015): *Estudios de dogmática jurídico-penal* (Montevideo, editorial BdeF).
- SALVO, Nelly (2014): *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, ISBN: 9788449048982.
- SEMINARA, Sergio (2014): “Compliance y Derecho Penal: la experiencia italiana”, en MIR PUIG, Santiago (edit.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance, programas de prevención, detección y reacción penal* (Buenos Aires, BdeF) pp. 127-160.
- SIEBER, Ulrich (2013): “Programas de Compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en NIETO, Martín, ARROYO, Adán (coord.), *El derecho penal económico en la era compliance* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 63-110.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2008): “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal de las personas jurídicas. Evolución’”, *Revista de Derecho Penal y Criminología, Memorias XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal* (Colombia, Universidad de Externado de Colombia) pp. 129-148.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2014a): “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús (edit.), *Fundamentos del derecho penal de la empresa* (Montevideo, BdeF) pp. 193-245.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2014b): “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús (edit.), *Fundamentos del derecho penal de la empresa* (Montevideo, BdeF) pp. 285-305.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2008) “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal de las personas jurídicas Evolución’”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología, Memorias XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal* (Colombia, Universidad de Externado de Colombia) pp. 129-148.
- STRATENWERTH, Günter (1992): “Strafrechtliche Unternehmenshaftung?”, *Festschrift für R. Schmitt zum 70. Geburtstag*: pp. 295-310.
- TIEDEMANN, Klaus (1988): “Die ‘Bebußung’ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *Neue Juristische Wochenschrift*: pp. 1169-1178.
- UNDANGARIN, Jaime (2014): *La responsabilidad penal de la persona jurídica como modelo basado en el deber de cuidado y la previsibilidad a priori del nivel de probabilidad del riesgo*, Tesis de Grado de Magister, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.

VALENZANO, Anna S. (2015): “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Italia”, *Revista Derecho Penal*, N° 53: pp. 169-194.

VAN WEEZEL, Alex (2010): “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Política criminal*, vol. 5, N° 9: pp. 114-142.

VILLEGAS G., María de los Ángeles (2016): *La Responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos* (Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

*UNITED STATES v. GEORGE F. FISH, INC.*, 154 F.2d 798, U.S. 869 (1946).

*UNITED STATES v. ARMOU & Co.*, 168 F.2d 342 (1948).

*UNITED STATES v. EMPIRE PACKING Co.*, 174 F.2d 16, 337 U.S. 959 (1949).

*ESTÁNDAR OIL COMPANY OF TEXAS v. UNITED STATES*, 307 F.2d 120 (1962).

*UNITES STATES v. AUTOMATED MEDICAL LABORATORIES INC.*, 770 F.2d 399 (1985).

*UNITED STATES v. SUN-DIAMOND GROWERS OF CALIFORNIA*, 138 F.3d 961 (1998).

# LOS INTERESADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

## *THE INTERESTED IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURES SANCTIONS*

ROSA FERNANDA GÓMEZ GONZÁLEZ\*

**RESUMEN:** El trabajo analiza la situación de los interesados no infractores en los procedimientos sancionadores, determinando cuáles son los objetivos que persiguen y cuáles son los mecanismos que nuestro ordenamiento dispone para la defensa y garantía de sus derechos e intereses. La investigación plantea que tratándose de interesados no infractores la aplicación supletoria del artículo 21 de la Ley N° 19.880 procede en los procedimientos sancionadores previo análisis de los diversos intereses y derechos concurrentes.

**Palabras clave:** denunciante, denuncia, tercero, víctima, impugnación, principio de oportunidad.

**ABSTRACT:** The paper analyzes the situation of the non-infringing stakeholders in the sanctioning procedures, determining the objectives and mechanisms that our legal system has for the defense and guarantee of their rights and interests. The investigation proposes that in the case of non-infringing parties, the supplementary application of article 21 of Law No. 19,880 proceeds in the sanctioning procedures after analyzing the various interests and competing rights.

**Keywords:** complainant, complaint, third, victim, challenge, principle of opportunity.

### I. ASPECTOS GENERALES

En los procedimientos administrativos sancionadores, la relación jurídica procedimental se establece entre el órgano administrativo titular de la potestad punitiva (sujeto activo) y el sujeto infractor (sujeto pasivo)<sup>1</sup>, siendo el inculpado el principal interesado en el procedimiento sancionador de conformidad al artículo 21 de la Ley N° 19.880. En otros términos, el procedimiento sancionador presenta una estructura predominantemente uni-

\* Doctora en Derecho. Investigadora y Profesora de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Código Orcid: 0000-0003-4769-6749. Dirección postal: Avenida Brasil N° 2950, Valparaíso. Dirección electrónica: rosa.gomez@pucv.cl. Esta investigación se enmarca en el Proyecto FONDECYT Postdoctoral N° 3190494 "Sanciones administrativas y derechos fundamentales. Análisis de temas específicos a partir de los principios, garantías y derechos regulados en la Constitución" y del FONDECYT Regular N° 1201868 "Criterios y estándares para el control de la potestad sancionadora de la Administración: análisis de los mecanismos de revisión judicial y administrativa". Asimismo, cuenta con el apoyo del proyecto de investigación "Derecho Administrativo Sancionador 2.0" (2018-RTI-096688-B-100), Proyecto I+D+i «Retos Investigación» 2018, impulsado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Finalmente agradezco a mis colegas, quienes, de manera crítica, tuvieron ocasión de revisar la versión inédita de este trabajo.

<sup>1</sup> Constituiría una situación jurídica pasiva, MORAGA (2010) pp. 73 y ss.

direcciona con el objeto de verificar la existencia o no de una infracción administrativa y su sanción<sup>2</sup>.

Ahora bien, en esta relación jurídica pueden aparecer terceros que manifiesten tener algún interés en el procedimiento sancionatorio, sea porque han sido directamente afectados por la infracción o porque buscan el restablecimiento de la legalidad quebrantada a través de la imposición de medidas represivas al infractor responsable del ilícito<sup>3</sup>.

Frente a este escenario, surge la interrogante relativa a si dichos terceros pueden o no intervenir en el procedimiento sancionador en calidad de interesados, en cuyo caso, la siguiente cuestión será determinar en qué condiciones y en qué supuestos es posible admitir su participación. Este último aspecto resulta sumamente relevante definir la incidencia que puede tener un tercero en la instrucción del procedimiento, tramitación e inclusive en las etapas de impugnación y ejecución de las sanciones administrativas.

Para responder a estas interrogantes, se analizan las distintas normas legales aplicables, ello en armonía con los derechos y garantías que se le reconocen al infractor en el procedimiento sancionador.

## II. SOBRE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El artículo 21 de la Ley N° 19.880 establece que son interesados en el procedimiento administrativo: 1) quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos; 2) los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, y 3) aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

En este contexto, el sujeto infractor aparece como el principal interesado en el procedimiento sancionador, dado que el contenido del acto terminal puede afectar sus derechos, *v. gr.* una sanción de multa o la revocación de una autorización, puede afectar los derechos de propiedad o a desarrollar una actividad económica. En este sentido, se ha reconocido la supletoriedad de la Ley N° 19.880 puesto que a partir de dicho texto normativo se pueden hacer valer un conjunto de derechos y garantías para el infractor como el derecho a formular alegaciones y aportar documentos, a conocer el estado de tramitación del procedimiento, a la adecuada precisión de cargos, a la presunción de inocencia y a la separación de las fases de instrucción y sanción<sup>4</sup>.

Ahora bien, en muchos casos la infracción no solo involucra a la Administración y al infractor, sino que su comisión bien puede comprometer el interés de terceros. En tal contexto, es preciso analizar el interés invocado y/o en qué elementos del procedimiento recae, esto es, sobre el expediente, el acto terminal, la sanción, las medidas que puede adoptar la Administración, etc.

<sup>2</sup> *COMUNIDAD INDÍGENA ATACAMEÑA DE PEINE CON SMA* (2019) c. 47° (actualmente en casación).

<sup>3</sup> A modo de ejemplo: *CRUZ PÉREZ Y OTROS CON SMA* (2014) cc. 12° y ss. y *AGRÍCOLA EL SOL DE COPIAPÓ LTDA. Y OTRA CON SMA* (2016) c. 3°.

<sup>4</sup> *QUEZADA* (2017) p. 152.

En primer lugar, cabe descartar un “derecho a castigar”<sup>5</sup>, esto es, que los terceros interesados sean titulares de un derecho subjetivo que les permita exigir a la Administración la instrucción de un procedimiento sancionador y requerir, dentro de él, la aplicación de una sanción determinada o en su caso, impugnar una sanción solicitando la imposición de una medida más gravosa para el infractor<sup>6</sup>.

Distinta es la situación cuando se revisan los efectos de la infracción, los cuales podrían afectar derechos de terceros. Así, por ejemplo, una infracción que puede vulnerar el derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19, N° 1 de la Constitución (CPR)); a la igualdad (artículo 19, N° 2 CPR); a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19, N° 8 CPR); a la salud (artículo 19, N° 9 CPR); a desarrollar una actividad económica (artículo 19, N° 21 CPR); de propiedad (artículo 19, N° 24 CPR), entre otros.

En este sentido, es preciso tener presente que a través del ejercicio de la potestad sancionadora se busca dar protección a bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, como sería la vida y salud de la población, el medio ambiente, el mercado financiero o la hacienda pública. Sin embargo, no se puede desconocer el hecho de que, en ciertos casos, un tercero o un grupo de ellos pueden ser afectados con la ocurrencia de una conducta ilícita, por ejemplo, los consumidores por un producto defectuoso, los vecinos de una empresa contaminante, los apoderados de un establecimiento educacional o las personas que consumen alimentos en mal estado en un restaurante, surgiendo un interés individual o general, en su caso, en que la infracción sea puesta en conocimiento de la Administración para que ésta adopte las medidas que sean necesarias para dar garantía a sus propios derechos, así como a los de otros terceros que se encuentren en idéntica situación.

En materia administrativa sancionadora las principales discusiones han tenido por objeto definir los derechos y garantías del interesado-infractor para su adecuada defensa en el procedimiento sancionador. En tal sentido, existe cierto consenso en que aquél tiene derecho a un justo y racional procedimiento y a la revisión judicial de la sanción impuesta. Sin embargo, los derechos e intereses de terceros interesados no infractores es un tema que

---

<sup>5</sup> Así fue indicado en la Exposición de Motivos de la LEY N° 2 de 1998, que regula la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en donde se señaló que “El ciudadano no tiene derecho a castigar, pero en cuanto víctima posible del ilícito penal o administrativo, tiene un claro interés en solicitar el ejercicio del poder público punitivo y en participar en el procedimiento previsto para encauzar tal ejercicio.”, de lo cual se desprende que es necesaria la existencia de un interés legítimo para deducir la denuncia.

En tanto, el Tribunal Supremo español ha sostenido la inexistencia del derecho de un denunciante a la incoación de un procedimiento sancionador en cuanto tal o a la imposición de una sanción. La ausencia de un interés convierte al actor en un defensor abstracto de la legalidad y, como tal, carece de legitimación para instar en vía administrativa la incoación de un expediente, por ej. *SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 11 de abril de 2006, fj. 3° y *SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 10 de diciembre de 2010, fj. 2°, entre otras.

<sup>6</sup> A nivel comparado se ha negado legitimación para solicitar la imposición de una sanción o agravar la ya impuesta, ello por cuanto aquello no produce, como regla general, efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno, en *SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 28 de enero de 2019, FD 2°. En Chile no existe un reconocimiento general de las posiciones jurídicas subjetivas que configuran la legitimación activa para impugnar los actos administrativos, éstas son diversas y dependen de regulación específica en cada procedimiento especial, en FERRADA (2013) p. 183.

no presenta una mayor discusión doctrinaria<sup>7</sup>, no obstante existir un amplio reconocimiento de su rol como denunciantes.

### III. TIPOS DE INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y SUS CARACTERÍSTICAS

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 19.880, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación general que se refiera al rol de los interesados no infractores en los procedimientos administrativos sancionatorios<sup>8</sup>. A nivel sectorial, es posible encontrar disposiciones que analizan ciertas intervenciones, como ocurre con la figura del denunciante, la cual aparece regulada, pero solo de forma parcial. Más allá de ello, no se hace un mayor análisis de su participación y de los alcances de aquélla, sin perjuicio de que el tema es cada día objeto de una mayor discusión legal<sup>9</sup> y jurisprudencial<sup>10</sup>.

En materia penal, la figura del interesado se puede asimilar a la del querellante, quien tiene una reglada participación en el proceso penal. Así, el querellante dispone de un momento procesal para presentar la querrela<sup>11</sup>; debe observar un conjunto de requisitos para deducirla, bajo sanción de inadmisibilidad<sup>12</sup>; está sujeto a ciertas prohibiciones<sup>13</sup>; puede desistirse de la querrela en cualquier momento, entre otros. Por su parte, la víctima no querellante puede participar en el proceso conforme a un orden de prelación excluyente para su intervención en el proceso<sup>14</sup> y de un conjunto de derechos taxativamente enumerados que puede ejercitar en el mismo<sup>15</sup>. Como se puede apreciar, se trata de una intervención acotada y sumamente regulada, supeditada por regla general a los intereses que el Ministerio Público representa.

Este nivel de regulación no se advierte en el ámbito sancionatorio. Por el contrario, se aprecia una ausencia de regulación general sobre la participación de terceros interesados.

<sup>7</sup> Aunque es posible encontrar trabajos a nivel sectorial, por ej. HUNTER (2019) pp. 173-199.

<sup>8</sup> En España, la amplia regulación del concepto de interesado que ofrece la Ley de Procedimiento Administrativo permite la intervención de los interesados en el procedimiento sancionador, lo cual sería conforme, por una parte, con las garantías y derechos fundamentales y, por la otra, con la defensa de los intereses públicos y de los colectivos o difusos que informan el Estado social de Derecho, REBOLLO (1993) p. 229.

<sup>9</sup> Como ocurre en aquellos sectores en los cuales los terceros interesados se ven afectados de un modo más directo y concreto con los efectos de la infracción, por ej. ambiental, en donde se ha recurrido a los conceptos de “área de influencia” o “entorno adyacente” (CARRASCO CON SMA (2017) c. 11).

<sup>10</sup> Como se verá infra, existen pronunciamientos en material ambiental, educación, eléctrico, etc.

<sup>11</sup> Artículo 112 Código Procesal Penal.

<sup>12</sup> Artículos 113 y 114, letra b) Código Procesal Penal.

<sup>13</sup> Artículo 116 Código Procesal Penal.

<sup>14</sup> Artículo 108, inciso 3° Código Procesal Penal.

<sup>15</sup> De conformidad al artículo 109 inciso 1° Código Procesal Penal, la víctima que intervenga en el procedimiento penal tendrá, entre otros, los siguientes derechos: a) solicitar medidas de protección; b) presentar querrela; c) ejercer contra el imputado acciones de responsabilidad civiles provenientes ilícito; d) ser oída por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviere la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada; e) ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa; y f) impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Por ello, es relevante analizar la supletoriedad de la Ley N° 19.880, cuya aplicación procede en la medida que la materia a la cual se pretende emplear no haya sido prevista en la ley especial. Además, Contraloría ha señalado que la aplicación supletoria procederá en cuanto ella sea conciliable con la naturaleza del respectivo procedimiento especial, toda vez que su objetivo es solucionar los vacíos que éste presente, sin que pueda: 1) afectar o entorpecer el normal desarrollo de las etapas y mecanismos que dicho procedimiento contempla, y 2) afectar el propósito del procedimiento especial<sup>16</sup>. De ahí la necesidad de analizar la procedencia de la aplicación supletoria del artículo 21 de la Ley N° 19.880 tratándose de la intervención de terceros interesados en los procedimientos sancionatorios, por lo que es relevante establecer una clasificación de los distintos tipos de terceros interesados, sus características y derechos o intereses que eventualmente pueden hacer valer en un procedimiento administrativo sancionador.

#### 1. LA DENUNCIA Y EL DERECHO DE PETICIÓN

En primer término, es necesario referirse a la relación entre la denuncia y el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14° de la CPR. Para algunos autores la intervención de terceros en los procedimientos sancionadores luego de la denuncia sería una manifestación del derecho de petición, por lo que, sin perjuicio de las regulaciones sectoriales, no se requeriría de un respaldo normativo especial para denunciar ilícitos. Así entendida, la denuncia sería una petición que se formula a la autoridad para que corrija y sancione el hecho denunciado, pero que no habilita al denunciante a ser parte del procedimiento<sup>17</sup>.

No obstante, la denuncia no se puede entender como una expresión del derecho de petición<sup>18</sup>, por cuanto solo tiene por objeto poner en conocimiento de la autoridad ciertos hechos<sup>19</sup>, esto es, simplemente busca “informar de un hecho u omisión”, lo cual es sin perjuicio de que adicionalmente el denunciante realice peticiones o solicitudes a la autoridad, pero esto ya no es parte de la denuncia, sino elementos independientes de la misma. En otros términos, en un escrito dirigido a la autoridad el tercero puede denunciar un ilícito y presentar una petición o solicitud, como sería la fiscalización de hechos, la instrucción de un procedimiento o la adopción de medidas de paralización o mitigación de los efectos de la infracción, ambas cuestiones de naturaleza diversa. En este último supuesto, la denominación más adecuada sería la de “denunciante-solicitante”, ya que su actuación no se limita a la denuncia, sino que adicionalmente solicita ciertas acciones a la autoridad<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Por ej., DICTAMEN N° 15.331, de 2018.

<sup>17</sup> SEPÚLVEDA y ZÚÑIGA (2014) pp. 690-691.

<sup>18</sup> Para la doctrina constitucional este derecho comprende la presentación de peticiones a la autoridad, constituyendo un instrumento de participación democrática, que permite a las personas presentar o hacer presente sus problemas, necesidades, sugerencias, planteamientos de interés general o requerimientos a la autoridad competente respectiva, en NOGUEIRA (2013) Tomo II, p. 197 y ALDUNATE (2009) Tomo I, p. 266

<sup>19</sup> La denuncia, en el contexto administrativo, es el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir una infracción administrativa, MUÑOZ (2017) Vol. I, p. 759.

<sup>20</sup> GOSÁLBEZ (2012) pp. 1428 y ss.

Para la doctrina, en estos casos el interesado tendría un interés especial en que la Administración instruya el procedimiento y sancione al denunciado, manifestando un *animus* no de mera legalidad, sino de legalidad punitiva, esto es, que busca instar a que el órgano adopte las medidas necesarias para el cumplimiento de la legalidad presuntamente lesionada<sup>21</sup>. Ello daría lugar a una especie de “procedimiento preliminar” que impondría a la Administración el deber de resolver la solicitud de iniciación planteada por el denunciante y notificarle la resolución que recaiga sobre ella<sup>22</sup>.

Sin perjuicio de que los terceros pueden presentar denuncias y plantear todo tipo de solicitudes, cabe recordar que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a la Administración, siendo ésta la encargada de instruir el procedimiento y sancionar si se acredita la ocurrencia de una infracción, pudiendo, además, adoptar las medidas provisionales y accesorias que estime pertinentes, sin que le sean vinculantes las solicitudes efectuadas por los denunciantes, lo que no impide a que las pueda tener en consideración al momento de adoptar sus decisiones y tramitar el procedimiento<sup>23</sup>.

Ahora bien, de lo expuesto, se puede desprender la existencia de al menos dos tipos de terceros interesados: aquel que interviene mediante una denuncia y que solo busca el respeto de la legalidad objetiva (interesado colaborador o simple denunciante) y aquel interesado-víctima afectado directamente por la infracción y que pretende participar como interesado en el procedimiento sancionador, sea mediante la presentación de denuncia o una vez iniciando el mismo.

## 2. EL TERCERO INTERESADO COLABORADOR O SIMPLE DENUNCIANTE

Corresponde a un interesado no infractor que actúa como garante de la legalidad. Se trata de un tercero interesado en el cumplimiento de la legalidad objetiva, que se encarga de informar a la Administración, a través de una denuncia, hechos u omisiones que bien pueden o no ser calificados como ilícitos administrativos, sin ostentar ninguna otra pretensión. En estos casos, la denuncia tiene por objeto alertar y/o poner en conocimiento del órgano competente circunstancias que podrían significar faltas o infracciones a normas cuyo cumplimiento debe verificar<sup>24</sup>, desplegando su actividad fiscalizadora o sancionadora si concurren los requisitos para ello<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> GOSÁLBEZ (2012) p. 1429.

<sup>22</sup> GOSÁLBEZ (2012) p. 1430. Para la *SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE CANTABRIA*, 30 de enero de 2002, la denuncia, acompañada de una solicitud de iniciación, genera un derecho al trámite, esto es, a un procedimiento preliminar que obliga a la Administración a resolver sobre la iniciación del expediente sancionador.

<sup>23</sup> Por ej. en materia sanitaria si el sumario se inició por denuncia, la autoridad citará al posible infractor y al denunciante, y examinará separadamente a los testigos y demás medios probatorios, levantando acta de lo obrado, y se practicará las investigaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados (artículo 164 del Código Sanitario). Lo anterior debe ser complementado con lo dispuesto en el Manual de Fiscalización Sanitaria el que señala que el denunciante podrá aportar medios probatorios que tengan por objeto acreditar la infracción sanitaria denunciada (p. 18).

<sup>24</sup> DICTAMEN N° 5.853, de 2013. La denuncia constituiría, en conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la Ley N° 19.880, solo un antecedente para que eventualmente la autoridad correspondiente inicie de oficio un procedimiento administrativo.

<sup>25</sup> *SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 7 de junio de 1985.

En nuestro ordenamiento diversas son las disposiciones que indirectamente se refieren a este tipo de interesado al regular la denuncia. Así, el artículo 164 del Código Tributario dispone que las personas que tengan conocimiento de la comisión de infracciones tributarias podrán efectuar la denuncia ante la Dirección o Director Regional competente. Por su parte, el artículo 21 de la Ley N° 20.417 señala que cualquier persona podrá denunciar el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales. En tanto, el artículo 161 del Código Sanitario señala que los sumarios podrán iniciarse por denuncia de particulares, en similar sentido el artículo 172 bis inciso 2° del Código de Aguas dispone que el procedimiento se podrá iniciar por la denuncia de un particular. Con carácter más amplio, el artículo 12 de la Ley N° 18.755, que establece normas sobre el Servicio Agrícola y Ganadero, concede acción pública para denunciar los ilícitos allí señalados y el artículo 192 del Código del Trabajo concede acción popular para denunciar las infracciones al título allí referido, entre otras<sup>26</sup>.

En cuanto a las formalidades para la intervención de este tercero, se traducen en la presentación de una denuncia destinada a exigir el respeto a la legalidad, sin que sea necesario invocar la vulneración a un derecho o interés legítimo, sino solo indicar algunos datos o contenidos mínimos establecidos en las regulaciones sectoriales respectivas, tales como el lugar y fecha de presentación, la individualización completa del denunciante y, en su caso, de su mandatario o representante legal<sup>27</sup>, una descripción de los hechos concretos que se estiman constitutivos de infracción, el lugar y las referencias suficientes para determinar el lugar en que aconteció el ilícito, la fecha probable de su comisión, las normas infringidas si las conociera el denunciante, la individualización del presunto infractor, en caso de que pudiera identificarlo<sup>28</sup>, entre otros.

*A priori*, este tipo de tercero no busca exigir la imposición de sanciones, sean pecuniarias o de otro tipo<sup>29</sup>. Se trata de una “denuncia simple”<sup>30</sup> o “mera denuncia” que

<sup>26</sup> Tratándose de intereses colectivos, la doctrina sostiene la necesidad de introducir la acción pública, ello en la medida de que dichos intereses se refieran a un grupo de personas o al conjunto de la colectividad, como sería en asuntos vinculados con el medio ambiente, en LOZANO (2003) pp. 106 y ss.

<sup>27</sup> Con todo, quien denuncia podría solicitar a la Administración que conserve su anonimato, en este sentido GOSÁLBEZ (2012) p. 1431, sostiene que la Administración puede reservar su identidad si aprecia previsibles perjuicios para el denunciante solicitante. En Chile, en materia de libre competencia el denunciante podría solicitar la reserva de su identidad. Por su parte, el Manual de Procedimiento Sancionatorio de Fiscalización de la DGA (2018) contempla la posibilidad de que el denunciante no complete alguno de los campos obligatorios del “Formulario de Requerimiento de Fiscalización” (p. 9). Sin embargo, el inculpado podría solicitar a la Administración la información relativa a la identidad del denunciante, por ej. en aquellos casos en que, con ocasión de denuncias temerarias o luego de una absolución, pretenda deducir acciones penales o civiles de indemnización de perjuicios, lo que no deja de ser problemático, puesto que podría desincentivar las denuncias anónimas.

<sup>28</sup> Requisitos referidos en el artículo 172 bis inciso 3° del Código de Aguas.

<sup>29</sup> SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 28 de enero de 2019, FD 2°.

<sup>30</sup> Esto es, aquel que se limita a poner en conocimiento de la autoridad unos determinados hechos, presuntamente constitutivos de infracción administrativa, en TOLA (1999) p. 842.

cualquier particular puede realizar ante los organismos fiscalizadores como una forma de colaboración social<sup>31</sup>.

Por su parte, la denuncia impone a Administración la carga de evaluar su pertinencia, verosimilitud y determinar si iniciará el procedimiento sancionador (artículo 29 de la Ley N° 19.880)<sup>32</sup>. En efecto, una vez presentada la denuncia, deberá ser analizada por la Administración conforme a los requisitos de forma<sup>33</sup> y a los criterios que regulan el ejercicio del poder punitivo, dentro de los cuales se encuentran la gravedad de los hechos denunciados y la necesidad de aplicar una sanción. Solo luego de que se hayan revisado los antecedentes conforme a dichos criterios, se tendrán que determinar las medidas que se adoptarán al efecto: fiscalizar, instruir un procedimiento sancionador, archivar los antecedentes, adoptar medidas o, inclusive, sancionar al denunciante temerario<sup>34</sup>. En otros términos, ante una denuncia interpuesta ante la autoridad respectiva, ésta tiene cierto margen de acción para definir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras, como asimismo para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio, decisión que, en todo caso, deberá ser motivada<sup>35</sup>.

Al respecto, cabe tener presente que el procedimiento administrativo sancionador siempre se instruye de oficio, pues es la Administración la que debe adoptar la decisión de iniciarlo, aun cuando exista denuncia de un tercero o de un órgano administrativo. En este sentido, cabe recordar que el artículo 16 del proyecto de ley de bases de procedimientos administrativos sancionatorios, señalaba que el procedimiento podría iniciarse de oficio o por denuncia, agregando, en sus artículos 18 y 19, los requisitos formales que debía reunir y sus efectos, precisando, en lo que interesa, que la denuncia “[...] originará un procedimien-

<sup>31</sup> Al respecto, la jurisprudencia española ha sostenido que la denuncia no tiene otro efecto que el de poner en conocimiento de la Administración la comisión de hechos supuestamente ilícitos, con el fin de que se ponga en marcha su actividad investigadora o sancionadora, calificando al denunciante como un “agente de la Administración” o “testigo cualificado”, desprovisto de legitimación para recurrir la desestimación de la denuncia o participar como interesado en el procedimiento sancionador, al efecto véase los pronunciamientos citados en HUERGO (1995) p. 210 (nota 45) y el análisis que sobre la materia se efectúa en LOZANO (2003) p. 85 (nota 4).

<sup>32</sup> Según la doctrina, la iniciación de un procedimiento sancionatorio podrá ser facultativa o no, empero una vez que concurren ciertos elementos, normalmente vinculados a la gravedad de la conducta, su incoación deviene en obligatoria, en CORDERO (2014) p. 301. Por el contrario, Bermúdez señala que en el “[...] ejercicio de potestades sancionadoras el legislador, normalmente, no entrega facultades de apreciación de la actuación, es decir, producida la infracción, ésta debe aplicar alguna de las sanciones previstas, dentro de las cuales sí existe un margen de apreciación, que se traduce en la discrecionalidad de elección”, en BERMÚDEZ (2012) p. 7. En este sentido, estimo que la primera posición se ajusta a los argumentos sostenidos y a la realidad del ejercicio de la potestad punitiva. En la práctica, diversas entidades han procurado transparentar las circunstancias bajo las cuales la iniciación del procedimiento será facultativa u obligatoria, por ej. DICTAMEN N° 17, de 2015, de la Superintendencia de Educación.

<sup>33</sup> Por ejemplo, el DS N° 119, de 1989, del Ministerio de Economía, que aprueba el reglamento de sanciones en materia de electricidad y combustibles, en su artículo 11° establece que no se dará curso a la denuncia que no cumpla con los literales a) y b) del artículo 10° del mismo cuerpo reglamentario.

<sup>34</sup> En tal sentido, el artículo 65 de la LEY N° 20.529 de 2011 dispone que “Si el Director Regional o el Superintendente, mediante resolución fundada, establecen que la denuncia carece manifiestamente de fundamentos, podrán imponer a quien la hubiere formulado una multa no inferior a 1 UTM y no superior a 10 UTM, atendida la gravedad de la infracción imputada”.

<sup>35</sup> DICTÁMENES N° s. 4.547, de 2015 y 75.745, 2016.

to sancionatorio si a juicio del órgano u organismo competente, está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente”. En caso contrario, se podría disponer la realización de acciones de fiscalización sobre el presunto infractor y si no existiere mérito para ello, se dispondría el archivo de la misma por resolución someramente fundada, notificando de ello al interesado. Como consecuencia de la instrucción de oficio, el desistimiento de la denuncia no vincula a la Administración, la cual podrá continuar adelante con la actividad fiscalizadora o con el procedimiento sancionador conforme a los antecedentes investigados<sup>36</sup>.

A pesar de que dicho proyecto fue archivado, algunas de sus disposiciones fueron consideradas en la normativa sancionadora especial, en las que persiste la idea de que solo se podrá instruir un procedimiento sancionatorio en la medida que la denuncia sea seria y tenga mérito suficiente<sup>37</sup>. No obstante, siempre será posible dar lugar a una etapa de investigación o fiscalización que le permita a la autoridad verificar algunos antecedentes preliminares de la denuncia y así justificar el inicio formal de la investigación<sup>38</sup>.

Esta idea ha sido sostenida por la Corte Suprema en materia ambiental<sup>39</sup> al señalar que una vez que se recibe la denuncia, ésta debe ser examinada por la Administración, quien debe realizar un análisis de aquella. Si cumple con las exigencias de seriedad y tiene mérito suficiente, se iniciará el procedimiento sancionatorio con la formulación de cargos; en cambio, si ésta no cumple con las exigencias mínimas, la desechará mediante la dictación de una resolución fundada o, si requiere información adicional, dictará actos de instrucción previa<sup>40</sup>.

En el mismo sentido, la jurisprudencia administrativa ha señalado que aquélla puede originar la instrucción de un procedimiento sancionatorio si a juicio de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente, puesto que, en caso contrario, se podrá disponer previamente la realización de acciones de fiscalización sobre el presunto infractor, cuya finalidad es verificar el cumplimiento de la normativa, sin mediar la formalización de un proceso sancionador. Esto sin perjuicio de que si ni siquiera existiere mérito para ello, se ordene el archivo de la misma por resolución fundada, notificando tal decisión al interesado. Según el órgano de control, la preceptiva entrega a la SMA cierto margen de apreciación para definir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras, como, asimismo, para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancio-

<sup>36</sup> Esta situación ha sido reconocida por la jurisprudencia administrativa en materia disciplinaria, al señalar que el desistimiento de todo cargo en contra del inculpado, puede considerarse tan solo una retractación de las declaraciones previamente prestadas, que no amerita, por sí misma, se declare la absolución del inculpado, máxime si se ha acreditado su responsabilidad en los hechos investigados, véase DICTÁMENES N°s 14.009, de 1972 y 59.940, de 2004.

<sup>37</sup> Por ej. artículo 55 letra c) de la LEY N° 19.995 de 2005; artículo 47, inciso final, de la LEY N° 20.417 de 2010; inciso 4° del artículo 172 bis del Código de Aguas; entre otros.

<sup>38</sup> CORDERO (2014) p. 298.

<sup>39</sup> Artículo 21 de la LEY N° 20.417.

<sup>40</sup> *EXPORTADORA LOS FIORDOS LIMITADA CON SMA* (2017) c. 19°. En tanto, los tribunales ambientales han señalado que la SMA deberá efectuar un análisis exhaustivo e integral de los hechos denunciados, de manera que la resolución que ordene archivar una denuncia debe necesariamente estar fundamentada y obedecer a un estándar de motivación sustantivo, en *SEPÚLVEDA Y OTRO CON SMA* (2018) c. 19°.

natorio, decisión que, en todo caso, es exigible que tenga una motivación y un fundamento racional<sup>41</sup>.

Ahora bien, en el caso particular del sancionatorio ambiental, la ley establece que la SMA deberá informar los resultados de la denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles, y agrega que, si como consecuencia de ella se inicia el procedimiento sancionador, el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado en el precitado procedimiento. Con todo, aun cuando no esté expresamente regulado, por razones de certeza y de buena técnica administrativa, la decisión que no dé lugar a la denuncia tendrá que ser fundada, expresarse por escrito y en términos formales<sup>42</sup>, y ser resuelta oportunamente y sin dilaciones injustificadas (artículos 3°, 5° y 8° de la LOCBGAE)<sup>43</sup>.

En otros regímenes sancionatorios, como educación<sup>44</sup>, la Corte Suprema sostuvo que para la Ley N° 19.880 el procedimiento administrativo solo puede iniciarse por dos vías: de oficio por la autoridad o a petición de parte, por lo que la denuncia no tiene *per se* la idoneidad suficiente como para dar inicio a una causa administrativa. En estos casos es necesario que el denunciante manifieste una intención de ser parte en el procedimiento o invoque algún interés o derecho que pudiera verse amagado por un tercero<sup>45</sup>. En este mismo sentido Contraloría General, ha señalado que en el ámbito del procedimiento sancionatorio regulado en la ley N° 20.529, el denunciante debe ser calificado, esto es, se exige que tenga un interés directo en el asunto a resolver<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> DICTÁMENES N°s 6.190, de 2014 y 4.547, de 2015. Un estudio más detallado sobre la legitimación del denunciante en materia ambiental se puede ver en HUNTER (2019).

<sup>42</sup> DICTÁMENES N°s 34.820, de 2011 y 5.853, de 2013. Por su parte, el artículo 24, N° 1 de la LEY N° 21.000, de 2017 dispone que el fiscal deberá instruir, respecto de aquellos hechos sobre los que hubiere tomado conocimiento por medio de la denuncia de particulares realizada ante la Comisión, en virtud de aquellos antecedentes que hubiere reunido, las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a las leyes y normativa cuya fiscalización corresponda a la Comisión. En caso de que decida no iniciar la investigación de hechos puestos en su conocimiento, emitirá un informe fundado de las razones para tal decisión, el que deberá ser remitido al Consejo y a los interesados.

<sup>43</sup> Al respecto, la Contraloría ha manifestado que los órganos de la Administración del Estado, en conformidad a los artículos 3°, 5° y 8° de la LEY N° 18.575 de 1986, se encuentran en el imperativo de actuar con la debida eficiencia y rapidez en el cumplimiento de sus funciones y, en particular, de responder las solicitudes que se le formulen en el ámbito de su competencia, véase DICTAMEN N° 61.053, de 2011.

<sup>44</sup> Ámbito en el cual la denuncia se encuentra regulada en los artículos 57 y ss. de la LEY N° 20.529 de 2011.

<sup>45</sup> ROWLANDS CON SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN ESCOLAR (2020) c. 4°. En concreto, la Corte Suprema considera que el afectado por la resolución del Superintendente de Educación es el sostenedor sancionado, excluyendo, por tanto, de la calidad de afectado al denunciante (c. 3°). Al respecto, Nieto sostiene que “Es el interés legítimo y no la presentación de una denuncia lo que atribuye la legitimación procesal, el denunciante suele ser titular de un interés legítimo, pero no necesariamente ya que hay interesados que no presentan denuncias (y que luego pretenden intervenir en el procedimiento) y, a la inversa, hay denunciantes que carecen de interés legítimo y, por consiguiente, de legitimación”, NIETO (2012) p. 113.

<sup>46</sup> DICTAMEN N° E40322, de 2020. Al efecto, precisa que en este régimen sancionador es necesario que los denunciantes tengan un interés directo en el asunto que se denuncia, interés que debe ser debidamente ponderado y calificado por el organismo encargado de admitir a trámite la pertinente denuncia. Ahora bien, dicho dictamen agrega que, si la denuncia es admitida a tramitación, le asiste al denunciante el derecho a impetrar en contra de la correspondiente resolución de término, los recursos allí aludidos, con la finalidad, precisamente, de velar por sus intereses.

En definitiva, la participación de estos terceros interesados mediante denuncia solo tiene por objeto poner en conocimiento de la Administración una conducta irregular (*notitia infractionis*), sin que ello habilite al tercero a ser parte en el procedimiento o le permita deducir algún tipo de reclamación (salvo ley en contrario), por cuanto, carece de legitimación activa<sup>47</sup>. De este modo, la denuncia no es vinculante para la autoridad y ésta solo podrá ponderarla como un antecedente más.

En consecuencia, la actuación del tercero interesado colaborador o simple denunciante se encuentra limitada a la denuncia, sin que sea su pretensión desarrollar otras actuaciones en el eventual procedimiento sancionador que se instruya.

### 3. LOS INTERESADOS NO INFRACTORES TITULARES DE DERECHOS O INTERESES INDIVIDUALES O COLECTIVOS. EL DENOMINADO “INTERESADO-VÍCTIMA”

Se trata de un interesado titular de derechos o intereses individuales o colectivos, que en alguna medida estima que, a través de la instrucción de un procedimiento sancionatorio, podrá protegerlos o garantizarlos<sup>48</sup>. Se trata de interesados que en alguna u otra medida han sido afectados por la ocurrencia de la infracción, como ocurre con un consumidor afectado por un producto defectuoso; con el comerciante que perdió sus productos por una interrupción del suministro eléctrico; con el que ha sufrido una intoxicación por ingerir un alimento en mal estado o con los sujetos que invierten en un mercado de valores en donde la información ha sido falseada, entre otros. En otros términos, estamos ante un interesado “cualificado”, que podría actuar válidamente en el procedimiento<sup>49</sup>. Su intervención se puede concretar mediante denuncias o solicitando al órgano respectivo su intervención en un procedimiento sancionatorio en curso<sup>50</sup>.

En estos casos, no cabe duda de que, como consecuencia de un ilícito, terceros pueden ver menoscabados sus derechos o afectados sus intereses. Sin embargo, cabe determinar si el procedimiento administrativo sancionador es la vía idónea para la protección y garantía de los mismos.

<sup>47</sup> Sobre el particular, el Tribunal Supremo español ha señalado como regla general que el denunciante, por el simple hecho de su denuncia, no tiene interés legitimador para exigir la imposición de sanciones sean pecuniarias o de otro tipo (Por ej. *SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 18 de mayo de 2001). La condición de denunciante, únicamente y por sí misma, no se deriva legitimación para impugnar la resolución que pone fin al procedimiento sancionador, pues el concepto de denunciante no es coincidente con el de parte interesada o titularidad de un derecho o interés legítimo (p. ej. *SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 16 de marzo de 1982 y 28 de noviembre de 1983). En Chile se puede ver *MEDEIROS SOUX CON SEC* (2018a) c. 4º y ss.

<sup>48</sup> Se trataría de un “interés legítimo”, equivalente a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta. La relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión comporta que la anulación del acto que se recurre, sea en vía administrativa o jurisdiccional, produzca de modo inmediato un efecto positivo (ventaja) o negativo (perjuicio), actual o futuro para el interesado, en GARCÍA (2017) p. 93.

<sup>49</sup> La cualificación de este denunciante surge de la traslación del concepto de interesado del procedimiento administrativo general al ámbito sancionador. De este modo, el denunciante será considerado como parte interesada cuando su situación jurídica encaje con alguno de los supuestos del artículo 21 de la LEY N° 19.880 de 2003, esto es, cuando ostente algún interés legítimo o algún derecho pueda resultar afectado con la resolución que se adopte, véase a TOLA (1999) pp. 842-843.

<sup>50</sup> Por ejemplo *COMUNIDAD INDÍGENA ATACAMEÑA DE PEINE CON SMA* (2019).

En primer término, habrá que revisar lo dispuesto en la legislación general. En tal sentido, por ejemplo, el artículo 38 de la Ley N° 1.437, de 2011, de Colombia, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que los terceros podrán intervenir en las actuaciones administrativas con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada: i) cuando hayan promovido la actuación administrativa sancionatoria en calidad de denunciantes; ii) resulten afectados con la conducta por la cual se adelanta la investigación; o iii) estén en capacidad de aportar pruebas que contribuyan a dilucidar los hechos materia de la misma.

Sin embargo, en Chile no existe una disposición semejante, por lo que resulta necesario estar al texto expuesto en la regulación sectorial respectiva, para determinar la legitimación activa del denunciante y el nivel de participación que tendrá dentro del procedimiento administrativo sancionador en caso de que éste se instruya, incluyendo la posibilidad de impugnar el acto administrativo terminal. En este sentido, el artículo 164 del Código Tributario señala que el denunciante no será considerado como parte ni tendrá derecho alguno debido a su denuncia, la que se tramitará con arreglo al procedimiento que corresponda. En tanto, el artículo 40 de la Ley N° 21.000, señala que el procedimiento sancionatorio seguido ante la Comisión admitirá la participación de interesados –en los términos señalados en el artículo 21 de la Ley N° 19.880–, con las facultades para aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio durante toda su tramitación.

Con todo, uno de los ámbitos que ha presentado una mayor regulación y discusión jurisprudencial ha sido el ambiental. El artículo 21 de la Ley N° 20.417, establece que, si producto de la denuncia se iniciare un procedimiento administrativo sancionador, el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado, disposición que debe ser complementada con lo establecido en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, que se refiere a la competencia de los tribunales ambientales para conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la SMA<sup>51</sup>. Como primera consecuencia de ello, los denunciantes estarán legitimados para exigir el control jurisdiccional de la resolución que determine no instruir el procedimiento administrativo sancionador y disponga el archivo de la denuncia y de sus antecedentes<sup>52</sup> así como del acto que apruebe un plan de cumplimiento presentado por el infractor<sup>53</sup> o la que imponga una sanción<sup>54</sup>. En otros términos, estarán habilitados para recurrir la decisión en la medida que tenga la legitimación activa que exige la acción de

<sup>51</sup> Lo que incluye la aportación de prueba, *RVC INMOBILIARIA SPA CON SMA* (2016), c. 7°.

<sup>52</sup> *FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES, PESCADORES ARTESANALES Y BUZOS MARISCADORES I REGIÓN Y OTROS CON DE LA SMA* (2014) c. 19° y *SEPÚLVEDA Y OTRO CON SMA* (2018) c. 19°.

<sup>53</sup> Véase *PASTENE CON SMA* (2018) cc. 25 y ss. Según la Corte, “[...] resulta inadmisibles que solo el sujeto pasivo del procedimiento sancionatorio pueda impugnar la resolución que aprueba un programa de cumplimiento, impidiendo que aquellas personas que presentan la denuncia que da inicio al procedimiento administrativo, incluso a los terceros a quienes se les reconozca la calidad de parte interesada, puedan incoar legítimamente las vías jurisdiccionales previstas por la legislación para controlar los actos de la administración, restringiendo el derecho de aquellos a obtener una tutela judicial efectiva en relación a sus derechos que, eventualmente, pueden verse afectados por la aprobación de un instrumento de incentivo al cumplimiento, al margen de la ley.” En un fallo anterior, la Corte Suprema sostuvo que el acto que aprueba un plan de cumplimiento es un acto trámite que “[...] no implica resolver el fondo del asunto controvertido, esto es, sobre la existencia o no de una infracción a la normativa ambiental. Por el contrario, ella busca primeramente que el sumariado cumpla la normativa ambiental ajustando sus operaciones a los nuevos parámetros que él ofrece y que se compromete a respetar, y solo secundariamente, continuar con el procedimiento sancionatorio.”, por lo que no procede impugnación en su contra, en *STIPICIC CON SMA* (2018) c. 11.

<sup>54</sup> Por ej. *CRUZ PÉREZ Y OTROS CON SMA* (2014) c. 10 y ss.

nulidad, esto es, que sean lesionados o afectados en sus intereses o derechos legítimos<sup>55</sup>. Esta acción constituye un importante mecanismo de control al eventual ejercicio arbitrario del principio de oportunidad, archivo de los antecedentes y acto sancionatorio.

Ahora bien, el principal problema se presenta en aquellos sectores en los cuales la ley no ha regulado de manera expresa la intervención de los terceros ni su rol dentro del procedimiento sancionador. Al efecto, si bien cabe la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880, es preciso analizar si lo dispuesto en su artículo 21 es conciliable con la naturaleza de los procedimientos administrativos sancionatorios, siendo necesario atender al fin perseguido en dichos procedimientos<sup>56</sup>.

En este sentido, cabe tener presente que la jurisprudencia administrativa ha precisado que la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 procede en cuanto ella sea conciliable con la naturaleza del procedimiento especial, pues su objetivo es solucionar los vacíos que éste presente, sin que pueda afectar o entorpecer el normal desarrollo de las etapas y mecanismos que dicho procedimiento contempla para el cumplimiento de la finalidad particular que la ley le asigna<sup>57</sup>.

Por consiguiente, antes de proceder a la aplicación supletoria del referido artículo 21, será necesario tener presente que:

1° En nuestro ordenamiento es el legislador el que determina la legitimación activa para incoar procesos administrativos específicos, descartando la idea de un contencioso administrativo objetivo o respecto del acto administrativo<sup>58</sup>.

2° El procedimiento sancionador tiene una naturaleza represiva la cual corresponde a una reacción frente a la comisión de una infracción que lesiona “intereses supraindividuales” (y no particulares), cuya sanción supone infligir un mal al responsable sin que a través de ello se busque beneficiar a un tercero (al menos no directamente). En otros términos, el procedimiento sancionador presenta una estructura unidireccional con el objeto de verifi-

---

<sup>55</sup> Solo aquellos denunciantes que tengan la calidad de “interesados” podrán impugnar la decisión ante los tribunales. En tal sentido, Ramón Parada ha señalado que podrá desestimarse la reclamación judicial deducida en aquellos “[...] supuestos en que el denunciante no tiene ninguna otra vinculación con los hechos que el de su conocimiento, ni otro interés que el de cumplir en abstracto con su deber de colaboración ciudadana; pero la solución no debe ser la misma cuando, además de que se instruya o no el procedimiento y de que se resuelva en uno u otro sentido, se deriven para él beneficios concretos, como las primas de denuncia, o la prevención de daños para el denunciante o su entorno, como pudiera entenderse en el caso de denuncia de conductas que perjudican como puede ser el caso de denuncia de infracciones urbanísticas”, en PARADA (1993) p. 279. En Chile Ferrada sostiene que el “interés legítimo” es clave en los procesos contencioso-administrativos, FERRADA (2013) p. 169. Por su parte, en materia ambiental, Hunter ha señalado que “[...] la calidad de interesado en el procedimiento administrativo sancionador que asume el denunciante por la aplicación del artículo 21 LOSMA, es suficiente para legitimar una reclamación ante los TTAA, siempre y cuando se trate de la defensa de un interés legítimo individual, colectivo e incluso el puro interés en el cumplimiento de la legalidad. Sin embargo, esta norma es *derrotable* (o debe ser interpretada restrictivamente si se quiere), en la medida que se justifique que el denunciante no persigue la tutela de su interés, sino de otros secundarios o espurios, no pudiendo, en consecuencia, considerarse un interesado”. HUNTER (2019) p. 176.

<sup>56</sup> CORDERO (2015) p. 354.

<sup>57</sup> Dictámenes N°s 86.712, de 2015; 15.331, de 2018; 17.793, de 2019, entre otros. Con ello, la jurisprudencia administrativa ha hecho aplicable una especie de “test” que involucra la naturaleza y propósito del procedimiento especial, en LARA y HELFMANN (2015) p. 2015.

<sup>58</sup> FERRADA (2013) p. 175.

car la existencia o no de una infracción administrativa y su sanción. Por ello y no obstante la intervención de terceros, su naturaleza jurídica sigue siendo la misma, esto es, un procedimiento sancionatorio no mutando a otro de carácter no contravencional<sup>59</sup>.

3° Los principios de legalidad y seguridad jurídica exigen un alto grado de previsibilidad y certeza en materia sancionatoria, de ahí la necesidad de una norma que de manera expresa reconozca la intervención de los terceros interesados asignándoles un rol dentro del procedimiento e identificando las acciones jurídicas de que disponen. Por ello cuando el legislador ha querido reconocer la participación de estos terceros interesados en un procedimiento sancionador lo ha señalado expresamente, como ocurre en materia ambiental y de mercado financiero.

4° La intervención no regulada e ilimitada de los terceros interesados podría dilatar indebidamente los procedimientos sancionatorios, entorpecer la investigación<sup>60</sup> o inclusive llegar a configurar supuestos de caducidad<sup>61</sup>.

5° Por último, no se debe olvidar que el procedimiento sancionador tiene por objeto materializar la pretensión punitiva de la Administración, pero garantizando los derechos y garantías del inculpado, como el derecho a un justo y racional procedimiento, a ser oído, a presentar sus descargos y pruebas y a impugnar la actuación de la Administración, garantías que, sin una adecuada regulación, se podrían ver conculcadas con la intervención casuística de terceros interesados.

No obstante, el tercero interesado titular de derechos o intereses individuales o colectivos, dispone de diversos mecanismos para la garantía de los mismos, por lo que es necesario revisar las acciones y recursos que nuestro ordenamiento jurídico contempla para su protección.

#### IV. SOBRE LAS MEDIDAS, ACCIONES Y RECURSOS QUE PUEDEN EJERCER LOS TERCEROS INTERESADOS-VÍCTIMA

No obstante, lo señalado en el apartado anterior, los terceros no infractores titulares de derechos e intereses individuales o colectivos pueden intervenir en los procedimientos sancionatorios mediante denuncias, presentación de antecedentes o a través del ejercicio de acciones específicas contempladas en ciertos ámbitos sancionadores especiales o en la regulación general, como se dará cuenta a continuación.

##### 1. LA POSIBILIDAD DE DEDUCIR DENUNCIA Y DE ACOMPAÑAR ANTECEDENTES

Los terceros interesados siempre podrán deducir denuncia, y solicitar a la Administración la adopción de las medidas que estimen oportunas para la garantía de sus derechos

<sup>59</sup> *COMUNIDAD INDÍGENA ATACAMEÑA DE PEINE CON SMA* (2019) c. 47°.

<sup>60</sup> Por ej. en materia de mercado financiero la ley admite expresamente la participación de interesados, pero establece un “deber de reserva”, señalando que los interesados que se hubieren apersonado en un procedimiento sancionatorio estarán obligados a guardar reserva respecto de la información a la cual accedan durante su tramitación, y no podrán divulgarla a terceros. Dicha reserva se mantendrá aún finalizado el correspondiente procedimiento respecto de la información que no adquiera el carácter de pública en los términos de la Ley N° 20.285. La misma norma agrega que la infracción a este deber será sancionada penalmente (reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de 6 a 10 UTM), artículo 43 de la Ley N° 21.000.

<sup>61</sup> Así, por lo demás lo ha considerado la Superintendencia de Educación.

e intereses. Junto con ello podrán acompañar todos los antecedentes que consideren necesarios para sustentar los hechos que denuncia.

Recibida la denuncia, surge para la Administración el deber de informar los resultados de la denuncia, aun cuando no exista norma que expresamente lo disponga<sup>62</sup>.

## 2. PODRÁ INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN LA MEDIDA QUE TENGA LEGITIMACIÓN ACTIVA

El tercero no infractor podrá intervenir en el procedimiento sancionatorio en la medida que tenga legitimación activa, esto es, un interés actual para participar en él y/o, en su caso, para ejercer las eventuales acciones de reclamación contra el acto sancionatorio. Sobre el particular, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que “[...] la legitimación activa es un requisito que debe satisfacer quien acude a sede jurisdiccional para obtener lo pretendido, que debe fundarse en un derecho subjetivo y/o interés jurídico actualmente comprometido, y no es un interés simple en velar por la legalidad objetiva, mecanismo que solo es procedente frente a una manifestación de voluntad excepcional y expresa del legislador”<sup>63</sup>.

## 3. SOLICITAR LA REPARACIÓN DE DAÑOS EN LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

En nuestro ordenamiento no existe una norma que con carácter general establezca la posibilidad de obtener una reparación de daños dentro de un procedimiento administrativo sancionador<sup>64</sup>, por lo que será necesario analizar los medios que pueden ser utilizados para alcanzar esa reparación.

<sup>62</sup> Recordemos que la SMA tiene que informar dentro del plazo de 60 días, los resultados de una denuncia por el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales. Este plazo debe entenderse referido al término dentro del cual procede dar cuenta al denunciante acerca de la medida adoptada respecto de la denuncia recibida, esto es, el inicio de una investigación, la instrucción de un proceso sancionatorio o su archivo, en DICTÁMENES N° 4.547, de 2015 y 4.861, de 2019. En otros casos, la Contraloría ha señalado que la solicitud del recurrente en orden a que se fiscalice una situación denunciada y a que se le informe del resultado de dicha actuación, constituye una manifestación del derecho de petición, garantizado en el artículo 19 N° 14, de la Constitución, el que conlleva la obligación de los organismos que integran la Administración del Estado de responder las solicitudes que le formulan los interesados, tomar una determinación frente a lo pedido y dar a conocer la respuesta por escrito al peticionario. También hizo presente que, conforme con el artículo 8° de la Ley N° 18.575, su actuación puede tener lugar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites, en DICTAMEN N° 4.560, de 2019.

<sup>63</sup> *MEDEIROS SOUX CON SEC* (2018a). En este fallo, además, la Corte de Apelaciones sostuvo que “Séptimo: [...] no consta si el reclamante tiene la calidad de afectado, toda vez que no se acreditó cuál sería su interés actual o derecho comprometido que hubiese sido afectado y que pudiese en cierta medida habilitarlo como titular para reclamar en los términos del artículo 19 de la Ley en comento, sumado a que no existe en esta materia una acción popular en el mero interés público. Tanto es así, que el proceso administrativo sustentado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles fue incoado contra la Empresa ENEL CHILE, fijándose entre ambos la relación jurídico-administrativa cuyos efectos y consecuencias se vinculan entre ambos, no así al recurrente señor Madeiras. A mayor abundamiento, tampoco consta si el reclamante tuviese la calidad de consumidor, ya sea de alta o baja tensión, si es un cliente libre o regulado.” Este fallo fue confirmado por la Corte Suprema *MEDEIROS SOUX CON SEC* (2018b). Esta decisión sigue el criterio contenido en *CONADECUS CON SEC* (2017).

<sup>64</sup> En Perú la reparación del daño ha sido considerada como una exigente de responsabilidad. La norma establece que la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, constituyen

Al respecto, el artículo 177 del Código Sanitario, señala que cuando se trate de una primera infracción y aparecieren antecedentes que lo justifiquen, la autoridad sanitaria podrá “[...] apercibir y amonestar al infractor, sin aplicar la multa y demás sanciones, exigiendo que se subsanen los defectos que dieron origen a la infracción, dentro del plazo que se señale”<sup>65</sup>, lo que permitiría incluir la reparación de los daños causado al interesado víctima de la infracción.

Asimismo, el artículo 42 de la Ley N° 20.417 dispone que, una vez iniciado un procedimiento sancionatorio, el infractor podrá presentar en el plazo de 10 días, contado desde el acto que lo incoa, un programa de cumplimiento, en el cual se indiquen las acciones y metas, las que pueden contener acciones de reparación de daños. El plan deberá ser aprobado por la SMA fijando un plazo para que los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique.

Otra forma, es configurar la reparación de los daños como una circunstancia atenuante de responsabilidad que puede utilizar la Administración para determinar el rango y el monto específico de las sanciones. Por ejemplo, el artículo 26 inciso 2° letra c) de la Ley N° 18.755, señala que para la definición de la cuantía de la multa se podrá considerar las providencias que se hubieren tomado para reducir los daños. Con todo, es posible estimar que aun cuando no exista norma que lo disponga expresamente, la reparación del daño ocasionado por la infracción podría ser considerada por la Administración como una atenuante de la responsabilidad para el infractor<sup>66</sup>.

Por su parte, en materia educacional, se utilizan ambas figuras, al señalar que la subsanación de infracciones leves no será sancionada y que la subsanación de los incumplimientos reportados será considerada como circunstancia atenuante de responsabilidad. En ambos supuestos, la subsanación puede contener la reparación del daño ocasionado al interesado-víctima<sup>67</sup>.

En todos estos casos, el problema radica en que la ley entrega al sujeto infractor las acciones de reparación de los daños, proporcionando diversos incentivos para su concreción, limitando la participación de terceros interesados. Por ello, en España se entrega al órgano que corresponde el ejercicio de la potestad sancionadora la determinación y exigibilidad de las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados<sup>68</sup>, lo cual permitiría una mayor intervención de los terceros interesados por cuanto, la responsabilidad infraccional

---

condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones, véase artículo 236-A N° 1, letra f) del Decreto Legislativo N° 1272, que modifica la LEY N° 27.444 de 2001, de Procedimiento Administrativo General y que deroga la LEY N° 29.060 de 2007, Ley del Silencio Administrativo.

<sup>65</sup> Para Contraloría este precepto tiene un carácter discrecional, y agrega que para la determinación del plazo allí indicado, la autoridad deberá otorgar uno que, conforme a criterios de justicia y razonabilidad, permita al infractor reparar la inobservancia reprochada, véase los DICTÁMENES N°s 9.759, de 2013 y 26.773, de 2016.

<sup>66</sup> *CONSTRUCTORA LARRAÍN PRIETO RISOPATRÓN S.A. CON SEC* (2004) c. 6°.

<sup>67</sup> Artículos 78 inciso 2° y 79 letra a) LEY N° 20.529.

<sup>68</sup> Así lo ha previsto la LEY N° 40 de 2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al señalar en su artículo 28.2, relativo al principio de responsabilidad en materia administrativa sancionadora que “Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corres-

que en aquél se establezca, se encuentra vinculada al reconocimiento de los daños ocasionados por el ilícito y, con ello, a la obtención de una indemnización por los perjuicios que aquél le ha ocasionado<sup>69</sup>.

#### 4. LAS ACCIONES O RECURSOS CONEXOS

Como ya se ha indicado, uno de los principales objetivos de la intervención del interesado-víctima en el procedimiento sancionatorio, es lograr la protección de sus derechos e intereses, pero no necesariamente la instrucción y resolución del mismo podrá resguardarlos. Por ello, resulta necesario recurrir a las acciones y recursos que le proporciona el ordenamiento jurídico para la garantía de los mismos.

a) Acciones constitucionales de protección o amparo: dada su naturaleza, estas acciones constitucionales podrán ser deducidas por los titulares de derechos subjetivos garantizados por la Carta Fundamental, que hayan sido o sean vulnerados por una actuación u omisión ilegal constitutiva de una infracción administrativa<sup>70</sup>.

b) Acciones de reparación de perjuicios, en tal sentido, si bien algunos autores han criticado esta circunstancia dado que confunde la finalidad punitiva y la reparadora, la sanción no debe ser un obstáculo a las medidas reparatorias civiles<sup>71</sup>. Así, por ejemplo, en materia ambiental la aplicación de sanciones es compatible con las acciones de reparación de daño ambiental (artículo 17 N° 2 de la Ley N° 20.600) y de indemnización de perjuicios por la producción de daño ambiental (artículo 46 de la Ley N° 20.600).

Ahora bien, en estos procesos, será una importante pieza probatoria, acompañar la resolución que resuelve el procedimiento administrativo sancionador, particularmente cuando se ha impuesto una sanción al infractor. Recordemos que tanto el expediente como el acto administrativo que sanciona constituyen medios de prueba, dado su carácter de instrumento público<sup>72</sup>.

c) Las acciones de protección de los derechos de consumidores: en este sentido, el artículo 51 de la Ley N° 19.496, señala que cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores, se podrá deducir el procedimiento especial que allí se detalla, en el cual la prueba se apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Este supuesto podrá tener lugar en aquellos casos en los que, como consecuencia de una infracción administrativa, resulten vulnerados los derechos de los consumidores, como sería con la ocurrencia de una infracción al sistema financiero<sup>73</sup>.

d) Las acciones penales: diversas son las leyes que disponen que la infracción a sus preceptos podrá dar lugar a responsabilidad administrativa y penal, como ocurre en

---

ponda el ejercicio de la potestad sancionadora”. Disposición que no ha estado exenta de críticas, al efecto véase a HUERGO (2016) pp. 399-411.

<sup>69</sup> SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO (2006).

<sup>70</sup> CHAHUÁN Y OTROS CON ENAP REFINERÍAS S.A. Y OTRAS (2019).

<sup>71</sup> MODERNE (1993) pp. 88 y ss.

<sup>72</sup> BIELSA (1964) pp. 80-81.

<sup>73</sup> Bajo este supuesto se tramitó la demanda colectiva contra La Polar en 2011, véase: [https://www.sernac.cl/portal/604/articles-3028\\_archivo\\_02.pdf](https://www.sernac.cl/portal/604/articles-3028_archivo_02.pdf).

materia de mercado de valores<sup>74</sup>. A través de este tipo de acciones, se pueden buscar distintos intereses, inclusive aquellos de índole moral<sup>75</sup>.

## V. EFECTOS DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### 1. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS, LOS DERECHOS DEL INFRACTOR Y LOS FINES DE INTERÉS GENERAL

#### a) *La afectación del derecho a un justo y racional procedimiento*

La intervención en un procedimiento sancionador de una multiplicidad de terceros, cada uno alegando diversos derechos e intereses, podría llegar a afectar el derecho a la defensa del inculpado, el que no solo deberá defenderse de la acusación fiscal, sino que también de las cuestiones planteadas por los terceros interesados y que no necesariamente serán consistentes con la naturaleza sancionadora del procedimiento.

De ahí la exigencia de una norma que regule su intervención, ello con el objeto de armonizar los diversos intereses y derechos concurrentes. En este sentido, sería interesante la fijación de algunas cuestiones mínimas para la intervención de terceros como sería establecer ciertos requisitos básicos para su comparecencia o que, en los casos de pluralidad de interesados, el infractor pueda solicitar la unificación de alegaciones, disponiéndose de una audiencia o instancia especial para la presentación de pruebas o recopilación de antecedentes.

#### b) *Afectación al principio de objetividad*

Otrora, el artículo 82 del Reglamento de sello y timbre de 1886 de España, disponía que “Las condonaciones parciales, que [...] pueda otorgar el Ministerio de Hacienda, no alcanzará nunca a la tercera parte que corresponde a los inspectores, investigadores o denunciadores”. Respecto de dicha norma, García de Enterría y Fernández señalaron que la regulación que permite la participación de los denunciantes en la sanción y que los convierte en interesados en el procedimiento punitivo, infringe los principios sustanciales de objetividad en la actuación sancionadora<sup>76</sup>. Esta exigencia de objetividad en la imposición

<sup>74</sup> Por ej. artículo 63 inciso final de la LEY N° 18.045 de 1981. Aunque en otros casos la posibilidad de accionar por la vía penal está entregada a la Administración, lo cual puede dar lugar a cuestionamientos relativos a los límites a discrecionalidad de que dispone para adoptar dicha decisión, DICTAMEN N° 14.000, de 2017.

<sup>75</sup> Administrativamente se ha negado la legitimación del denunciante cuando se invoca un mero interés moral, véase SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 26 de noviembre de 2002 y SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 22 de mayo de 2007. El mismo tribunal ha sostenido que el interés, en su faceta positiva o negativa (supresión de una carga o desventaja) no puede identificarse con el interés moral o la satisfacción personal o espiritual del afectado. El mero interés moral de que se sancione al denunciado no es suficiente para fundamentar su legitimación. Véase SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 26 de noviembre de 2002; SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 22 de mayo de 2007 y SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 3 de febrero de 2011, entre otras. Junto con ello, se ha sostenido que el interés moral del denunciante perjudicado por una infracción no le confiere legitimación para recurrir la sanción impuesta ante los tribunales contencioso-administrativos y solicitar una sanción mayor, SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 28 de enero de 2019.

<sup>76</sup> GARCÍA y FERNÁNDEZ (2011) Tomo II, pp. 210 y ss.

de la sanción llevó a la jurisprudencia a negar la condición de parte interesada al denunciante de la infracción<sup>77</sup>, y terminó por imponerse en materia tributaria, suprimiendo el carácter de interesado del denunciante en el procedimiento sancionador y su participación en las multas<sup>78</sup>.

A la data, en Chile no existen disposiciones similares<sup>79</sup>, sin embargo, la exigencia de objetividad ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional en el caso SERNAC<sup>80</sup>, en el cual se sostuvo que los poderes que se venían atribuyendo a dicho servicio, le restaban imparcialidad, ya que aquel órgano estaría representando los intereses de una de las partes involucradas en el procedimiento.

Esta misma observación se puede realizar respecto del sancionatorio laboral, en donde el respeto por la normativa laboral y la defensa de los derechos e intereses particulares de los trabajadores se mueve en un ámbito sumamente difuso, en donde, en muchas ocasiones, no resulta fácil distinguir la pretensión estatal de la de los trabajadores.

Ahora bien, en términos generales la Ley N° 19.880 impone a los órganos administrativos el deber de actuar con objetividad (artículo 11), exigencia que deberá respetar la Administración en todo momento, sea que participen o no terceros interesados en el procedimiento sancionador.

### c) *Afectación a los fines de interés general que persigue la Administración*

La intervención de terceros no infractores puede, ciertamente, no coincidir con los fines de interés general que la Administración busca satisfacer, como la protección del medio ambiente, del mercado financiero, la salubridad pública, la continuidad de la educación o la seguridad del suministro eléctrico. Sin embargo, los intereses de los terceros no infractores pueden ser múltiples, desde aquellos que buscan la reparación de los daños hasta aquellos que solo atienden a una satisfacción moral. Con todo, la actividad sancionadora de la Administración no tiene por finalidad satisfacer la pretensión directa del interesado que se encuentra envuelta en la denuncia o en su posterior intervención en el procedimiento, ni puede reestablecer el imperio del derecho, lo cual es propio de los tribunales de justicia. Además, la intervención puede dilatar el procedimiento sancionador afectando el efecto disuasivo de la sanción, llegando inclusive a generar situaciones de prescripción o caducidad del procedimiento.

## 2. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS COMO HERRAMIENTA DE COLABORACIÓN Y CONTROL

Finalmente, cabe destacar algunos factores relevantes que presenta la intervención de los terceros interesados no infractores en los procedimientos sancionadores.

<sup>77</sup> SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 16 de marzo de 1982 y SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 27 de junio de 1985.

<sup>78</sup> LOZANO (1990) pp. 187 y ss.

<sup>79</sup> Históricamente, el denunciante podía obtener parte del precio de la venta de ciertos objetos decomisados, en HUNEEUS (1880) 114-155. Con todo, mediante Boletín N° 13.111-03, Moción de un grupo de Diputados, se busca modificar diversos cuerpos legales para establecer un incentivo económico a favor del denunciante en los delitos de colusión y aquellos que acarrear responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>80</sup> CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, LEY N° 19.496, ROL 4012-17 (2018).

En primer lugar, su participación constituye un mecanismo de control a un eventual ejercicio ilegal o arbitrario de la potestad sancionadora, en otros términos, permitiría limitar la discrecionalidad de que dispone la Administración al iniciar el procedimiento, al adoptar medidas provisionales, al imponer una sanción o al ejecutar la misma.

Junto con ello, la intervención de terceros promueve la transparencia y publicidad de las actuaciones, elevando el estándar de motivación de los actos administrativos, y se constituyen en verdaderos colaboradores con la labor de fiscalización que debe practicar la Administración.

## VI. CONCLUSIONES

La situación jurídica en la cual se encuentran los interesados no infractores en los procedimientos administrativos sancionadores no es un tema pacífico. Ello, fundamentalmente, por la ausencia de reglas claras que permitan definir la forma en que aquéllos podrían intervenir en el procedimiento y los efectos de dicha intervención.

En nuestro ordenamiento, si bien procede intervención de terceros interesados en los procedimientos sancionadores por aplicación supletoria del artículo 21 de la Ley N° 19.880, ésta se debe efectuar teniendo presente los diversos intereses y derechos concurrentes, ello atendida su naturaleza sancionatoria, a través de la cual se busca reprimir la comisión de una infracción que vulnera bienes jurídicos de carácter supraindividual y cuya sanción no conlleva un beneficio, al menos directo, para los interesados no infractores. Además, se debe considerar que los derechos y garantías constitucionales que han venido siendo reconocidos al infractor en el mismo, puede verse, en ciertos casos, vulnerados con la participación de terceros en el procedimiento.

Como una forma de dar respuesta a esta problemática, es necesario determinar en primer término, el tipo de interesado no infractor de que se trata, esto es, si se trata de un interesado colaborador o simple denunciante o de un interesado-víctima. Enseguida, será preciso establecer cuáles son los intereses y derechos que busca resguardar, determinando si aquéllos pueden o no ser protegidos en la instancia administrativa sancionadora o, en su caso si corresponde utilizar alguna de las acciones o recursos que contempla nuestro ordenamiento jurídico para su protección. Lo anterior es sin perjuicio de las reglas de intervención especial que se dispongan para la participación de interesados no infractores, tal como acontece en materia ambiental.

En definitiva, es preciso analizar esta problemática con una mirada integral, que permita compatibilizar los diversos intereses y derechos concurrentes, esto es, los del infractor, los de los terceros interesados no infractores y, ciertamente, los fines de interés general que persigue la Administración.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE, Eduardo (2009): *Constitución Política de la República de Chile*, Tomo I (Santiago, Punto Lex).
- BAUZÁ, Felio (2015): “Habeas denuncia. Identidad del denunciante en el procedimiento sancionador”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 40: pp. 1-39.

- BERMÚDEZ, Jorge (2012): “Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7: pp. 3-26.
- BIELSA, Rafael (1964): *Derecho Administrativo*, Tomo II (Buenos Aires, La Ley, 6ª edición).
- CORDERO, Eduardo (2014): *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno* (Santiago, Legal Publishing).
- HUERGO, Alejandro (1995): “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos”, *Revista de Administración Pública*, N° 137: pp. 189-238.
- HUERGO, Alejandro (2016): “Sanciones administrativas y responsabilidad civil: ¿puede declarar la Administración la responsabilidad civil frente al perjudicado por la infracción?”, en VV.AA., *Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán* (Oviedo, Ediciones Universidad de Oviedo) pp. 399-411.
- HUNNEUS, Jorge (1880): *La Constitución ante el Congreso* (Santiago, Imprenta de Los Tiempos).
- HUNTER, Iván (2019): “La legitimación popular del denunciante en la nueva justicia ante los tribunales ambientales”, *Revista de Derecho*, N° 245: pp. 173-199.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II (Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 12ª edición).
- GARCÍA, Francisco (2017): *Sanciones administrativas* (Granada, Comares, 4ª edición).
- GOSÁLBEZ, Humberto (2012): “Los interesados en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y los denunciantes de las infracciones administrativas (¿Tutela judicial efectiva de las víctimas en la última jurisprudencia contencioso-administrativa?)”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO, Ricardo (coord.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial*, vol. 1 (Madrid, Civitas) pp. 1389-1436.
- FERRADA, Juan Carlos (2013): “La legitimación activa en los procesos administrativos anulatorios en el derecho chileno”, en FERRADA, Juan Carlos (coord.), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- LARA, José Luis y HELFMANN, Carolina (2015): *Ley de procedimiento administrativo*, Tomo I (Santiago, Thomson Reuters, 2ª edición).
- LOZANO, Blanca (2003): “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa”, *Revista de Administración Pública*, N° 161: pp. 83-121.
- LOZANO, Blanca (1990): *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias* (Madrid, Marcial Pons).
- MODERNE, Franck (1993): *Sanctions administratives el justice constitutionnelle (Contribution a l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines)* (París, Económica).
- MORAGA, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la administración del Estado*, Tomo VII (Santiago, Legal Publishing).
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.) (2017): *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, Vol. I (Madrid, Real Academia Española).
- NOGUEIRA, Humberto (2013): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo II (Santiago, Librotecnia, 3ª edición).
- PARADA, Ramón (1993): *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Madrid, Marcial Pons).
- QUEZADA, Flavio (2017): *Procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 19.880* (Santiago, Librotecnia).

- REBOLLO, Manuel (1993): “Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador”, en BARNÉS, Javier (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado* (Madrid, Civitas) pp. 227-256.
- SEPÚLVEDA, Enrique y ZÚÑIGA, Francisco (2014): “¿Privatización de la potestad sancionadora del Estado? Procedimiento administrativo sancionador y contencioso administrativo a propósito de una novedosa jurisprudencia”, en ARANCIBIA, Jaime y ALARCÓN, Pablo (coord.), *Sanciones Administrativas* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 690-691.
- TOLA, Miguel Ángel (1999): “La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador”, *Actualidad Administrativa* N° 31: pp. 839-858.

## NORMAS CITADAS

- DECRETO N° 100 (22/9/2005), Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.
- DFL N° 1.122 (29/10/1981), Código de Aguas.
- LEY N° 18.010 (27/6/1981), Establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica.
- LEY N° 18.045 (22/10/1981), Ley de Mercado de Valores.
- LEY N° 18.575 (5/12/1986), Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- LEY N° 19.496 (7/3/1997), Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.
- LEY N° 19.696 (12/10/2000), Código Procesal Penal.
- LEY N° 19.880 (29/5/2003), Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.
- LEY N° 19.995 (7/1/2005), Establece las Bases Generales para la Autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego.
- LEY N° 20.417 (26/1/2010), Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- LEY N° 20.529 (27/8/2011), Sistema Nacional de Aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica y media y su fiscalización.
- LEY N° 20.600 (28/6/2012), Crea los Tribunales Ambientales.
- LEY N° 21.000 (23/2/2017), Crea la Comisión para el Mercado Financiero.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### JUDICIAL

- EXPORTADORA LOS FIORDOS LIMITADA CON SMA* (2017): Corte Suprema, 3 de agosto de 2017 (casación), Rol N° 38.340-2016.
- CHAHUÁN Y OTROS CON ENAP REFINERÍAS S.A. Y OTRAS* (2019): Corte Suprema, 28 de mayo de 2019 (protección), Rol N° 5.888-2019.
- CONADECUS CON SEC* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de agosto de 2017 (reclamo de ilegalidad), Rol N° 9351-2017.

*CONSTRUCTORA LARRAÍN PRIETO RISOPATRÓN S.A. CON SEC* (2004): Corte Suprema, 21 de enero de 2004 (reclamo de ilegalidad), Rol N° 5.173-2003.

*PASTENE CON SMA* (2018): Corte Suprema, 5 de marzo de 2018 (casación), Rol N° 11.485-2017.

*MEDEIROS SOUX CON SEC* (2018a): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2018 (reclamo de ilegalidad), Rol N° 14-2018.

*MEDEIROS SOUX CON SEC* (2018b): Corte Suprema, 11 de junio de 2018 (reclamo de ilegalidad), Rol N° 12.188-2018.

*URZÚA Y OTROS CON FISCO* (2018): 9° Juzgado Civil de Santiago, 24 de agosto de 2018 (acción ordinaria de indemnización de perjuicios), Rol N° 17.229-2011.

*STIPICIC CON SMA* (2018): Corte Suprema, 29 de agosto de 2018 (casación), Rol N° 3572-2018.

*ROMO CON MUNICIPALIDAD DE LO PRADO* (2019): Corte Suprema, 28 de enero de 2019 (protección), Rol N° 26450-2018.

*ROWLANDS CON SUPERINTENDENCIA DE EDUCACIÓN ESCOLAR* (2020): Corte Suprema, 27 de enero de 2020 (reclamación), N° 32.663-2018.

#### CONSTITUCIONAL

*CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LEY N° 19.496, SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. CORRESPONDIENTE AL BOLETÍN N° 9369-03* (2018): Tribunal Constitucional, Rol N° 4012-2017, 18 de enero de 2018.

#### AMBIENTAL

*FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES, PESCADORES ARTESANALES Y BUZOS MARISCADORES I REGIÓN Y OTROS CON DE LA SMA* (2014): Segundo Tribunal Ambiental (Santiago), 23 de abril de 2014 (reclamación), R-14-2014.

*CRUZ PÉREZ Y OTROS CON SMA* (2014): Segundo Tribunal Ambiental (Santiago), 3 de marzo de 2014 (reclamación), R-6-2014 (Acumuladas R-7-2013 y R-8-2013).

*AGRÍCOLA EL SOL DE COPIAPÓ LTDA. Y OTRA CON SMA* (2016): Segundo Tribunal Ambiental (Santiago), 29 de enero de 2016 (reclamación), R-48-2014 (Acumuladas R-49-2014; R-64-2015 y R-65-2015).

*CARRASCO CON SMA* (2017): Segundo Tribunal Ambiental (Santiago), 28 de junio de 2017 (reclamación), R-116-2014.

*RVC INMOBILIARIA SPA CON SMA* (2016): Segundo Tribunal Ambiental (Santiago), 15 de noviembre de 2016 (reclamación), R-108-2016.

*SEPÚLVEDA Y OTRO CON SMA* (2018): Segundo Tribunal Ambiental (Santiago), 22 de julio de 2019 (reclamación), R-177-2018.

*COMUNIDAD INDÍGENA ATACAMEÑA DE PEINE CON SMA* (2019): Primer Tribunal Ambiental (Antofagasta), 26 de diciembre de 2019 (reclamación), R-17-2019 (Ac R-18-2019 R-19-2019).

## ADMINISTRATIVA

- DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (1972): N° 14.009, 24 de febrero de 1972.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2004): N° 59.940, 3 de diciembre de 2004.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2011): N° 34.820, 1 de junio de 2011.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2011): N° 61.053, 27 de septiembre de 2011.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2013): N° 5.853, 25 de enero de 2013.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2013): N° 9.759, 12 de febrero de 2013.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2014): N° 6.190, 24 de enero de 2014.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2015): N° 4.547, 16 de enero de 2015.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2015): N° 86.712, 2 de noviembre de 2015.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2016): N° 26.773, 11 de abril de 2016.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2016): N° 75.745, 14 de octubre de 2016.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2016): N° 14.000, 21 de abril de 2017.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2019): N° 4.560, 13 de febrero de 2019.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2019): N° 4.861, 15 de febrero de 2019.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2018): N° 15.331, 20 de junio de 2018.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2019): N° 17.793, 2 de julio de 2019.  
*DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL* (2019): N° E40322, 2 de octubre de 2020.

## JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 16 de marzo de 1982.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 28 de noviembre de 1983.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 7 de junio de 1985.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 27 de junio de 1985.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 18 de mayo de 2001.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE CANTABRIA*, 30 de enero de 2002.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 26 de noviembre de 2002.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 11 de abril de 2006.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 11 de abril de 2006.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 22 de mayo de 2007.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 10 de diciembre de 2010.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 3 de febrero de 2011.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 28 de enero de 2019.  
*SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO*, 28 de enero de 2019.

# DELINEATION PROCESS OF THE EXTENDED CONTINENTAL SHELF: AN INTERPRETATION OF ARTICLE 76, PARAGRAPH 6, OF UNCLOS

## *PROCESO DE DELINEACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EXTENDIDA: UNA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 76, PÁRRAFO 6, DE CONVEMAR*

FRANCISCO LERTORA PINTO\*

**ABSTRACT:** The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea established specific rules for the delineation of the outer limit of the continental shelf in Article 76. This Article contains two formulae and two constraints. Regarding these constraints, the coastal State can apply, whichever is more favorable to its claim, unless the exception established under Article 76 (6), first sentence, applies. This exception establishes that, on submarine ridges, the State can only apply the 350 nautical miles distance constraint. However, Article 76 (6), second sentence, introduces a counter-exception and preserves the State's right to apply either constraint when the seafloor high is a submarine elevation that is a natural component of the continental margin.

**Keywords:** UNCLOS; continental shelf beyond 200 nautical miles; seafloor highs; submarine elevations; submarine ridges.

**RESUMEN:** La CONVEMAR estableció reglas específicas para la delimitación del límite exterior de la plataforma continental. El artículo 76 contiene dos fórmulas y dos restricciones. En relación con las restricciones, el Estado puede aplicar cualquiera de las dos, la que le sea más favorable, a menos que se aplique la excepción descrita en el Artículo 76 (6), primera parte. Dicha disposición, establece que cuando la elevación del fondo marino es una cresta submarina, el Estado solo puede aplicar la restricción de las 350 mm. Sin embargo, el artículo 76 (6), segunda parte, introduce una contra excepción y preserva el derecho del Estado a aplicar cualquiera de las dos restricciones cuando la elevación del fondo marino es una elevación submarina que constituye un componente natural del margen continental.

**Palabras clave:** CONVEMAR; plataforma continental más allá de las 200 millas marítimas, elevaciones del fondo marino; elevaciones submarinas; crestas submarinas.

## I. INTRODUCTION

The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter UNCLOS) sets out different provisions concerning the outer limits of the maritime spaces. Article 76 establishes substantial and procedural rules related to the delineation of the outer limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles (M)<sup>1</sup>.

\* Lawyer. *Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales* (Universidad de Chile). Assistant of Public International Law at the Law Faculty of Universidad de Chile. Orcid Code 0000-0001-8528-6930. Postal address: Las Garzas 6288, Las Condes, Santiago. Email: franciscolertora@gmail.com. This paper does not represent the official position of the Chilean State.

<sup>1</sup> Art. 76 UNCLOS.

Article 76 combines legal and scientific definitions, to provide the coastal States with the legal and technical bases for the establishment of the outer limit of their continental shelf beyond 200 M. However, Article 76 (1) clearly establishes that each coastal State will have *ipso jure* the legal minimum of 200 M of continental shelf<sup>2</sup>.

The coastal State that wishes to establish a continental shelf beyond 200 M, shall submit information before the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS) to demonstrate that the natural prolongation of its submerged land territory to the outer edge of the continental margin extends beyond 200 M (the so-called Appurtenance test). If the State is able to pass this test and demonstrate its entitlement to an extended continental shelf, it may proceed with the delineation of the outer limits of the continental shelf in accordance with the set of rules defined in Article 76, paragraphs 4 to 10<sup>3</sup>. These rules provide for a combination of two formulae and two constraints for the delineation of the outer limits of the continental shelf, as will be explained in the following sections. Based on the information provided by the coastal State and possibly several rounds of technical interchanges between the coastal State and the CLCS, the latter issues its recommendation on the establishment of the outer limit of the continental shelf, which shall be final and binding for the coastal State, according to the final sentence of paragraph 8 of Article 76<sup>4</sup>.

The purpose of this paper is to analyze the application of the depth constraint of 2500 meters isobath to different features of seafloor highs, especially, with regard to the situation of submarine ridges and submarine elevations that are natural components of the continental margin. The hypothesis of this paper is that when the coastal State can demonstrate that its seafloor high is a natural component of the continental margin, it will be considered as a submarine elevation, irrespective of the denomination of the feature such as a ridge and the State can apply both constraints. In the framework of UNCLOS three kinds of seafloor highs may be identified: submarine ridges, submarine elevations, and oceanic ridges. Oceanic ridges are specifically excluded from the continental margin under Article 76 (3), final part, that states that: "It [the continental margin] does not include the

<sup>2</sup> Art. 76 (1) UNCLOS.

<sup>3</sup> The CLCS has considered that "(i)f a State is able to demonstrate to the Commission that the natural prolongation of its submerged land territory to the outer edge of its continental margin extends beyond 200 nautical mile distance criterion, the outer limit of its continental shelf can be delineated by means of the application of the complex set of rules described in paragraphs 4 to 10". Point 2.2.3. of the SCIENTIFIC AND TECHNICAL GUIDELINES (STG) of the CLCS.

<sup>4</sup> "The more convincing interpretation of 'final and binding' is that it refers only to the submitting state in that the submitting state, having delineated its outer limit of the continental shelf *and that limit not being challenged by other states*, cannot subsequently change the location of its outer limit. To this extent, and this extent only, would the outer limit be 'final and binding', not be contestable and perhaps become an obligation *erga omnes*. This interpretation of 'final and binding' is consistent with the political dynamic of ocean boundary-making and the real achievement of Article 76 which is that a claiming state cannot revisit its outer limit boundary", McDORMAN (2002) p. 315. OUDE ELFERINK has observed that: "It would, however, seem that the possibilities for objecting to outer limits which have been established on the basis of the recommendations of the Commission are more limited that would be the case for the maritime limits that have been established unilaterally by a coastal State. This is explained by the involvement of a treaty body –the CLCS– in the process leading up to the establishment of the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles by the coastal State. A court or tribunal would be competent to review the recommendations of the Commission in the framework of litigation between States", OUDE ELFERINK (2009) p. 554.

deep ocean floor with its oceanic ridges or the subsoil thereof"<sup>5</sup>. Thus, the seafloor high denominated "oceanic ridge" is not part of the continental margin and cannot be used by the coastal States for the establishment of the outer edge of the continental margin. As Judge Gao explains, "a seafloor high that has no geomorphological continuity with the landmass of a coastal state should be classified as an oceanic ridge in the sense of paragraph 3 of Article 76 whether or not it is formed of oceanic crust"<sup>6</sup>. On the other hand, the submarine ridges and submarine elevations are part of the continental margin. Thus, "a coastal State can define a submarine ridge as a ridge that is in morphological continuity with the continental margin and therefore is not located in the deep ocean floor, even though part of the ridge may differ geologically and genetically from the landmass of the coastal State. The fact that they are natural prolongations of land territory is one of the keys to distinguish submarine ridges from oceanic ridges"<sup>7</sup>.

This paper will therefore focus on the different treatment for submarine ridges and submarine elevations.

## II. THE ESTABLISHMENT OF THE OUTER LIMIT OF THE EXTENDED CONTINENTAL SHELF

### 1. DEFINITION OF CONTINENTAL SHELF

Article 76 (1) of UNCLOS defines the continental shelf as follows:

"The continental shelf of a coastal State comprises the seabed and subsoil of the submarine areas that extend beyond its territorial sea throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin, or to a distance of 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured where the outer edge of the continental margin does not extend up to that distance"<sup>8</sup>.

According to this provision, the continental shelf could be defined either by the distance of 200 M from the baselines or by the seabed and subsoil of the submarine areas that extend beyond its territorial sea throughout the natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin. The first one is a straightforward legal definition, whereas the latter incorporates complex scientific elements<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Art. 76 (3) UNCLOS.

<sup>6</sup> GAO (2012) p. 126.

<sup>7</sup> BASARAN (2015) p. 6.

<sup>8</sup> Art. 76 (1) UNCLOS.

<sup>9</sup> A scholar states that the definition of the continental shelf "contains a range of geological and geomorphological terms. States may establish a continental shelf either based on distance (up to 200 nm) or natural prolongation. The concept of prolongation recognizes the reasoning of the North Sea Continental Shelf case. However, the concept of prolongation can be used in both a geologic and a geomorphological sense", MOSSOP (2016) p. 70.

The idea of a natural prolongation is not absolutely clear and is a disputed matter in the international law of the sea<sup>10</sup>. In the Bay of Bengal case, the International Tribunal for the Law of the Sea (hereinafter ITLOS) stated that, by contrast to the concept of the outer edge of the continental margin, "no elaboration of the notion of natural prolongation referred to in article 76, paragraph 1, is to be found in the subsequent paragraphs. In this respect, the Tribunal recalls that, while the reference to natural prolongation was first introduced as a fundamental notion underpinning the regime of the continental shelf in the *North Sea* cases, it has never been defined"<sup>11</sup>.

However, that approach has been criticized<sup>12</sup>. In his separate opinion, Judge Gao stated that "[t]o my regret, I cannot go as far as the Judgment does with regard to the interpretation of article 76 of the Convention. In my honest view, paragraph 1 of article 76 of the Convention, which is the controlling provision, defines the continental shelf and provides two bases for entitlement: natural prolongation and distance"<sup>13</sup>.

As a matter of international law, the interpretation of a treaty shall be done in the light of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) (hereinafter VC), which in Article 31 (1) contains a general rule of interpretation:

"1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose"<sup>14</sup>.

Under this umbrella provision<sup>15</sup>, Article 76 shall be interpreted as a whole. Therefore, the proper understanding of paragraph 1 of Article 76 requires an analysis of the rest of the paragraphs as well<sup>16</sup>. Indeed, Article 76 (1) defines, from a legal perspective, the continental shelf of a coastal State as the "natural prolongation of its land territory to the outer edge of the continental margin". Therefore, the "continental margin" and the "outer edge of the continental margin" are essentials for the interpretation of Article 76 (1)<sup>17</sup>.

The continental margin is defined in Article 76 (3) as follows:

"The continental margin comprises the submerged prolongation of the land mass of the coastal State, and consists of the seabed and subsoil of the shelf, the slope and

---

<sup>10</sup> "The definition of the continental shelf under paragraph 1 of Article 76 clearly refers to the principle of natural prolongation as the basis upon which a coastal state enjoys rights to its continental shelf. How the principle should be applied is not entirely obvious from the text alone". SUAREZ (2008) p. 139.

<sup>11</sup> *BANGLADESH V. MYANMAR* (2012) para. 432.

<sup>12</sup> HUANG AND LIAO (2014) pp. 287-293.

<sup>13</sup> Separate opinion of Judge Gao in *BANGLADESH V. MYANMAR* (2012) para. 88.

<sup>14</sup> Art. 31 (1) VC.

<sup>15</sup> Articles 31 and 32 reflect customary international law. The ICJ has in numerous cases observed that these articles are customary international law. In the case *PERÚ V. CHILE*, the ICJ stated that: "The Court is required to analyze the terms of the 1952 Santiago Declaration in accordance with the customary international law of treaty interpretation, as reflected in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", para. 57.

<sup>16</sup> OUDE ELFERINK (2006) pp. 269-285.

<sup>17</sup> Art. 76 (1) UNCLOS.

the rise. It does not include the deep ocean floor with its oceanic ridges or the subsoil thereof"<sup>18</sup>.

According to Judge Gao in his separate opinion in the Bay of Bengal case, "[i]t follows that in order to be part of the natural prolongation of the land territory of a coastal state, a seafloor high must be part of the continental margin of the state in the sense that it constitutes 'the submerged prolongation of the land mass of the coastal State.' Similarly, if a seafloor high is part of the natural prolongation of the land territory of the coastal state, it must be part of the continental margin of the state"<sup>19</sup>.

The outer edge of the continental margin is stipulated in Article 76 (4) and consists of a set of rules for the establishment of the outer limit of the continental margin (the so-called formulae)<sup>20</sup>, in connection with paragraphs 5 and 6<sup>21</sup>.

Thus, the continental shelf defined in Article 76 (1) is a legal concept and shall be interpreted in the context of paragraphs 3 (which is a scientific approach) and 4 to 6<sup>22</sup>. As a consequence, the continental shelf does not necessarily match with the continental margin since the latter is the submerged prolongation of the coastal State including the seabed and subsoil of the shelf, the slope and the rise, excluding the deep ocean floor with its oceanic ridges; while the continental shelf is the natural prolongation of its land territory (of the coastal State) to the outer edge of the continental margin<sup>23</sup>. The location of the outer edge of the continental margin may not coincide with the area of the continental margin.

## 2. THE INSTITUTION OF THE CONTINENTAL SHELF: NATURAL PROLONGATION OR DISTANCE

In the Aegean case, the International Court of Justice (ICJ) summarized the continental shelf doctrine, and pointed out that:

"The reason is that legally a coastal State's rights over the continental shelf are both appurtenant to and directly derived from the State's sovereignty over the territory abutting on that continental shelf. This emerges clearly from the emphasis placed by the Court in the North Sea Continental Shelf cases on 'natural prolongation' of the land as a criterion for determining the extent of a coastal State's entitlement to continental shelf as against other States abutting on the same continental shelf [...] As the Court explained in the above-mentioned cases, the continental shelf is a legal concept in which 'the principle is applied that the land dominates the sea' [...] and it is solely by virtue of the coastal State's sovereignty over the land that rights of ex-

<sup>18</sup> Art. 76 (3) UNCLOS.

<sup>19</sup> GAO (2012) p. 120. He explains that the oceanic ridge cannot be used for the establishment of the outer edge of the continental margin because is not part of the natural prolongation of the coastal State.

<sup>20</sup> Art. 76 (4) UNCLOS.

<sup>21</sup> Art. 76 (5) and (6) UNCLOS.

<sup>22</sup> Art. 76 (1), (3), (4) and (6) UNCLOS.

<sup>23</sup> KUNOY (2011) p. 316; MAGNÚSSON (2013) p. 346.

ploration and exploitation in the continental shelf can attach to it, *ipso jure*, under international law. In short, continental shelf rights are legally both an emanation from and an automatic adjunct of the territorial sovereignty of the coastal State. It follows that the territorial régime –the territorial status– of a coastal State comprises, *ipso jure*, the rights of exploration and exploitation over the continental shelf to which it is entitled under international law. A dispute regarding those rights would, therefore, appear to be one which may be said to ‘relate’ to the territorial status of the coastal State”<sup>24</sup>.

Coastal State entitlement to the continental shelf is based on the principle that “land dominates the sea”<sup>25</sup>, but the natural prolongation must be established by scientific evidence. In this sense, “a coastal State’s proposed outer limits of the continental shelf presupposes that the entire continental shelf from the territorial sea onwards to its outer limits is a natural prolongation of its land territory”<sup>26</sup>.

In the Bay of Bengal Judgment, ITLOS pointed out: “Thus the notion of natural prolongation and that of continental margin under article 76, paragraphs 1 and 4, are closely interrelated. They refer to the same area”<sup>27</sup>. This explanation is correct and shows a contradiction with its previous analysis. Therefore, ITLOS seems to confuse two different situations: on the one hand, the concept of the continental shelf and the entitlement of the coastal States to the extended continental shelf (Article 76 [1] and [3]); and, on the other hand, the operation for the delineation of the continental shelf, especially, the establishment of the outer edge of the continental margin (Article 76 [4])<sup>28</sup>.

Therefore, the natural prolongation is the entitlement of a coastal State on the continental shelf beyond 200 M<sup>29</sup>.

Delineation is a parallel process within the competence of the CLCS, while the delimitation process is within the competence of the international tribunals<sup>30</sup>.

The above has been clarified by ITLOS in Bay of Bengal Judgment where it stated:

“There is a clear distinction between the delimitation of the continental shelf under article 83 and the delineation of its outer limits under article 76. Under the latter article, the Commission is assigned the function of making recommendations to coastal States on matters relating to the establishment of the outer limits of the con-

<sup>24</sup> *GREECE V. TURKEY* (1978) para. 86.

<sup>25</sup> *GERMANY V. DENMARK; GERMANY V. NETHERLAND* (1969) para. 96.

<sup>26</sup> KUNOY (2011) p. 322.

<sup>27</sup> *BANGLADESH V. MYANMAR* (2012) para. 434.

<sup>28</sup> JENSEN (2018) p. 356.

<sup>29</sup> “[...] namely that the rights of the coastal State in respect of the area of continental shelf that constitutes a natural prolongation of its land territory into and under the sea exist *ipso facto* and *ab initio*, by virtue of its sovereignty over the land, and as an extension of it in an exercise of sovereign rights for the purpose of exploring the seabed and exploiting its natural resources”. *GERMANY V. DENMARK; GERMANY V. NETHERLAND* (1969), para. 19.

<sup>30</sup> MAGNÚSSON (2013a) pp. 482-483.

tinental shelf, but it does so without prejudice to delimitation of maritime boundaries. The function of settling disputes with respect to delimitation of maritime boundaries is entrusted to dispute settlement procedures under article 83 and Part XV of the Convention, which include international courts and tribunals<sup>31</sup>.

The same distinction was made by the ICJ in the *Nicaragua v. Colombia* and *Somalia v. Kenya* cases<sup>32</sup>. A scholar has stated: "on constate une certaine réticence de la Cour internationale de Justice à faire référence explicite à l'arrêt relative au Golfe du Bengale dans ses décisions récentes"<sup>33</sup>. Nevertheless, the ICJ has clearly taken into account, at least implicitly, the Bay of Bengal Judgment in these two cases.

The continental shelf may coincide with the Exclusive Economic Zone (EEZ), but they are definitely not the same. In this regard, in the case between Libya and Malta, the ICJ stated:

"Although there can be a continental shelf where there is no exclusive economic zone, there cannot be an exclusive economic zone without a corresponding continental shelf. It follows that, for juridical and practical reasons, the distance criterion must now apply to the continental shelf as well as to the exclusive economic zone; and this quite apart from the provision as to distance in paragraph 1 of Article 76. This is not to suggest that the idea of natural prolongation is now superseded by that of distance"<sup>34</sup>.

This paragraph is commented by professor Tanaka as follows: "In light of the dictum of the Court and Article 76 of the LOSC, it may be argued that currently the distance criterion is the real title over the continental shelf up to 200 nautical miles and the natural prolongation offers legal title over the shelf beyond 200 nautical miles"<sup>35</sup>.

This should not be misinterpreted as establishing two separate institutions: an inner and an outer continental shelf. Such division was rejected by the Arbitral Tribunal in the case *Barbados v. Trinidad and Tobago*, when the Tribunal pointed out that "in any event

<sup>31</sup> *BANGLADESH v. MYANMAR* (2012) para. 376. The same Tribunal in the case: *GHANA v. CÔTE D'IVOIRE* (2017) para. 493.

<sup>32</sup> In *SOMALIA v. KENYA* case, Preliminary Objections (2017), para. 67, the ICJ pointed out that: "As the Court has recently observed, "the role of the CLCS relates only to the delineation of the outer limits of the continental shelf, and not delimitation" [...] The two tasks are distinct [...] and the delimitation of the continental shelf "can be undertaken independently of a recommendation from the CLCS" [...] In this respect, Article 76, paragraph 10, of UNCLOS provides that "[t]he provisions of this article are without prejudice to the question of delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts". Nonetheless, as the Court has highlighted, "it is possible that the two operations may impact upon one another" and the rules of the CLCS therefore contain provisions that seek "to ensure that its actions do not prejudice matters relating to delimitation".

<sup>33</sup> GESLIN (2018) p. 213.

<sup>34</sup> *LIBYAN ARAB JARNAHIRIYA v. MALTA* (1985) para. 34.

<sup>35</sup> TANAKA (2012) p. 135.

there is in law only a single 'continental shelf' rather than an inner continental shelf and a separate extended or outer continental shelf"<sup>36</sup>.

Hence, the natural prolongation and distance criteria are essential elements in the concept of the continental shelf<sup>37</sup>. However, it should be borne in mind that Article 76 (1) of UNCLOS states that the coastal States' entitlements to the continental shelf are the natural prolongation or the distance<sup>38</sup>. This suggests that there are two alternative criteria since the disjunction "or" reflects an alternative criterion rather than a complementary criterion.

Nevertheless, in the case *Libya v. Malta*, the ICJ stated that both criteria "are not opposed but complementary"<sup>39</sup>. The application of the entitlement based in the natural prolongation criterion will be important when the coastal State has a natural prolongation of its submerged land territory to the outer edge of the continental margin extends beyond 200 M<sup>40</sup>. If it is not the case, the coastal State will have the legal entitlement of the distance<sup>41</sup>.

In addition, in the case *Libya v. Malta* there was a dissenting opinion about this issue. Judge Oda stated that Article 76 (1) established "two radically *alternative* definitions"<sup>42</sup>. In similar terms, in the case *Tunisia v. Libya*, Judge Jiménez de Aréchaga observed that "the alternative 200-mile definition is obviously made independent of the criterion of natural prolongation: in the second part of the formula, after the word or, the requirement of 'natural prolongation' ceases to apply"<sup>43</sup>.

This matter could be of a cardinal importance in the context of an outer continental shelf delimitation. As Colson has said: "the consolidated law of maritime boundary delimitation is secure, but after a hiatus since 1985, geological and geomorphological factors will reemerge in the law of maritime delimitation of the outer continental shelf"<sup>44</sup>.

In the frame of this debate the question of whether there is a hierarchy between the distance and natural prolongation criteria could arise. The answer to this question is a mat-

---

<sup>36</sup> *BARBADOS V. TRINIDAD AND TOBAGO* (2006) para. 213.

<sup>37</sup> *LIBYA V. MALTA* (1985) para. 34.

<sup>38</sup> It should be borne in mind that the natural prolongation can play an important role in two spheres: A) The entitlements of the coastal State to the continental shelf. B) As a relevant circumstance for the delimitation of the continental shelf. A scholar states that: "The issue of natural prolongation as a relevant circumstance must be separated off from the discussion of natural prolongation as a basis of title". EVANS (2018) p. 249.

<sup>39</sup> *LIBYA V. MALTA* (1985) para. 34.

<sup>40</sup> It should be noted the difference between the entitlement and title. About this issue, professor KUNOY states that "entitlement to the continental shelf corresponds to coastal States' maximum potential geographical extent of jurisdiction, while title corresponds to the area landward the boundaries which the relevant judicial or arbitral forum declares". KUNOY (2013) p. 65.

<sup>41</sup> "The legislative history of UNCLOS III shows that the two types of juridical continental shelf that emerged in paragraph 1 were results of a compromise arrived at in the Second Committee". SUAREZ (2008) p. 139.

<sup>42</sup> *LIBYA V. MALTA* (1985), dissenting opinion of Judge Oda, para. 61.

<sup>43</sup> *TUNISIA V. LIBYAN ARAB JAMAHIIRIYA* (1982), dissenting opinion of Judge Jiménez de Aréchaga, para. 51.

<sup>44</sup> COLSON (2003) p.107. However, in Bay of Bengal case, the geomorphology and geology alleged by Bangladesh were not considered by ITLOS as a relevant circumstance for the shift or adjustment of the equidistance line in the maritime boundary delimitation process in the area of the outer continental shelf.

ter of discussion in scholarship, and we have no pronouncement of an international tribunal about this topic so far<sup>45</sup>. However, this merits the following commentaries:

At this point, a problem arises when an outer continental shelf of one State is within the 200 M of the continental shelf of another State<sup>46</sup>. This situation has been advanced by Nicaragua, where its outer continental shelf is within the inner continental shelf of Colombia<sup>47</sup>.

The maritime delimitation methodology of the three-steps approach is difficult to apply in these cases because the equidistance line may not be located<sup>48</sup>, for geometrical considerations, in the area where there are overlapping continental shelf claims<sup>49</sup>. For the above reason, Nicaragua required the ICJ to divide the overlapping area between its outer continental shelf and the continental shelf of Colombia within its 200 M by application of

<sup>45</sup> This topic is discussed in the case *NICARAGUA v. COLOMBIA* (2016) before the ICJ (Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast).

<sup>46</sup> Professor COLSON seems to support the thesis that the distance entitlement of 200 M cannot be jeopardized by the natural prolongation entitlement. In this sense, he gives the following example: "Assume that countries A and B are opposite and 500 nautical miles apart. Each maintains a 200-nautical-mile zone claim; thus, a 100-nautical-mile strip lies between these two zones. Furthermore, assume that country A has a very narrow continental shelf, which drops off to the deep seabed within 75 nautical miles of the coast. Country B, however, is a broad margin state. Its continental shelf (in the terms of Article 76) actually extends through its 200-nautical-mile zone, the entire 100-nautical-mile strip, and into the 200-nautical-mile zone of country A. In such a situation, in concept, the law seems to provide (1) that country A is entitled to its entire 200-nautical-mile zone, including the portion of outer continental shelf attributable to country B that intrudes into its 200-nautical-mile zone; but (2) that country A is not entitled to any of the outer continental shelf in the 100-nautical-mile strip, as that is attributable solely to country B". COLSON (2003) p. 103.

<sup>47</sup> In the Preliminary Objections of Colombia (2014), *NICARAGUA v. COLOMBIA* (2012), pending case, was included as Figure 5, the shape presented by Nicaragua in its Reply (Figure 3-11) in the *NICARAGUA v. COLOMBIA* (2012). In that figure, Nicaragua represented the overlapping area of the continental shelf with the following text: "Line of equal division of area of overlapping margins". Thus, Nicaragua is not thinking in applying an equidistance line, but a median line that will be an apportion of the area of overlapping entitlements.

<sup>48</sup> COLSON (2003) p. 103: "For example 3, however, what if the foot of the slope of country A were located 220 nautical miles from the coast of country A, and the foot of the slope of country B were located 180 nautical miles from the coast of country B? Would this fact be relevant in dividing the sediment basin between countries A and B? Rather than an equidistant line as measured from the coasts, as in example 2, would a more equitable solution (in keeping with the basis of title over the outer continental shelf) be to establish a median line between two lines marking each foot of the respective continental slopes, which in this case would create an outer continental shelf boundary 270 nautical miles from country A and 230 nautical miles from country B?". It should be borne in mind that in this example of professor Colson the area of overlapping titles is located beyond 200 M from both States, in a strip of 100 M between the States. However, the solution could be applied *mutatis mutandis* when the area under dispute is located into the 200 M of one State, which is the solution proposed by Nicaragua. But if the distance criterion prevails over the natural prolongation is not possible to apply this solution because the outer continental shelf of one State will not be able to cross into the 200 M of another State.

<sup>49</sup> The three-steps approach in the maritime delimitation consists in the following stages: First, the tribunal draws a provisional equidistance line; second, the tribunal takes into account the relevant circumstances that may or may not adjust or shift the provisional equidistance line; and finally, the tribunal applies the disproportionality test. See: *ROMANIA v. UKRAINE* (2009) pp. 115-122.

an "equal division", namely, an apportion of the area under dispute, since an equidistance line cannot be applied under the three-steps methodology<sup>50</sup>.

In point of fact, there is no jurisprudence (precedents) about this issue, but we think that the situation here is not only a problem of maritime delimitation methodology; it is a problem of the hierarchy between the natural prolongation and distance entitlements. If the Court holds the idea that the natural prolongation is the prevalence criterion, we think that the maritime delimitation methodology should be subordinate to the legal titles that will be declared, and not the opposite.

Thus, it would not be strange if the ICJ accepts the delimitation approach proposed by Nicaragua in the hypothesis that the natural prolongation has a preference over the distance entitlement. Of course, if the ICJ holds that the distance prevails over the natural prolongation this discussion *c'est fini*.

### 3. THE APPLICATION OF THE FORMULAE

If the coastal State can prove that the natural prolongation of its submerged land territory to the outer edge of the continental margin extends beyond 200 M, it is entitled to claim an extended continental shelf. If no such proof has been provided, the coastal State will still automatically be entitled to 200 M of continental shelf by application of Article 76 (1)<sup>51</sup>.

When the coastal State is entitled to an extended continental shelf, it shall apply the rules contained in paragraph 4 for the establishment of the outer edge of the continental margin. Article 76 (4) states as follows<sup>52</sup>:

"(a) For the purposes of this Convention, the coastal State shall establish the outer edge of the continental margin wherever the margin extends beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured, by either:

"(i) a line delineated in accordance with paragraph 7 by reference to the outermost fixed points at each of which the thickness of sedimentary rocks is at least 1 per cent of the shortest distance from such point to the foot of the continental slope; or

"(ii) a line delineated in accordance with paragraph 7 by reference to fixed points not more than 60 nautical miles from the foot of the continental slope".

<sup>50</sup> A scholar has stated that: "Le débat relatif à l'applicabilité de la règle de l'équidistance/circonstances pertinentes à une délimitation portant sur le plateau continental étendu est en partie un retour vers le passé [...] La définition du plateau continental à travers des critères géographiques et géologiques à l'article 76 de la CMB jetait aussi quelques doutes sur l'applicabilité de la règle de l'équidistance/circonstances pertinentes à une délimitation portant sur cette espace puisque l'idée du prolongement y a fait son retour triomphal". VON MUHLEN-DAHL (2016) pp. 372 and 387. 1) In the Bay of Bengal case the distance criterion and the three-steps methodology were useful, but the situation with the opposite States is different and that methodology could result useless for those maritime delimitations. 2) The outer continental shelf delimitation is not based in the distance criterion but in the natural prolongation. Thus, geological and geomorphological factors could be taken into account by an international tribunal.

<sup>51</sup> Art. 76 (1) UNCLOS.

<sup>52</sup> Art. 76 (4) UNCLOS.

The identification of the Foot of the Continental Slope (FOS) is an essential step in the establishment of the outer edge of the continental margin together with the identification of the Base of the Continental Slope (BOS) region, since "[t]he foot and the base of the continental slope are inseparable, and commonly lie close to the outer edge of the continent, that is, near the place where the crust changes from continental to oceanic", according to the Commission<sup>53</sup>.

It should be observed that if the coastal State does not identify its FOS in accordance with the above rules, it will not be entitled to an extended continental shelf. In fact, "it should be noted that the foot of the continental slope 'is in effect the continental shelf baseline' to the area beyond 200 M. In the absence of a foot of the continental slope which permits the outer edge of the continental margin to be established beyond 200 M, there is no entitlement to the continental shelf beyond 200 M"<sup>54</sup>.

In this line, the recommendations of the CLCS to the United Kingdom regarding Ascension Island, pointed out that:

"The Commission recognises the entitlement of a coastal State to delineate the outer limits of the continental shelf beyond 200 M if the outer edge of the continental margin established from FOS points determined at its base by applying the provisions of article 76, paragraph 4, extend beyond the coastal State's 200 M limits [...] Whether such islands are entitled to establish outer limits to their continental shelves beyond 200 M depends on the location of the base and the FOS within the submerged prolongation of those islands. Therefore, the FOS must be situated more than 140 M from the territorial sea baselines in order to establish an outer edge of continental margin beyond 200 M using the 60 M distance formula"<sup>55</sup>.

Hence, when the continental shelf of the coastal State extends beyond 200 M, the coastal State shall establish the outer edge of the continental margin by application of either of two formulae: A) The 1 per cent sediment thickness formula. B) Application of the FOS plus 60 M formula<sup>56</sup>.

For the determination of FOS points, Article 76 (4) (b) states the following:

<sup>53</sup> Point 6.2.3 of the STG of the CLCS.

<sup>54</sup> KUNOY (2013) p. 72. A scholar has stated that: "The main argument supporting this view is that it is the FOS, not the coast, which is the main factor with regard to entitlement that leads to the establishment of the outer limits of the continental shelf beyond 200 nm. The reason why a state would be interested in using the FOS as the reference line instead of the territorial sea baselines is that, in some instances, a state would get a larger slice of the disputed area in question by using the FOS as the basis for a provisional equidistance line". MAGNÚSSON (2014) p. 45.

<sup>55</sup> Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in respect of Ascension Island, paragraphs 28 and 44.

<sup>56</sup> The CLCS has interpreted this provision as "[t]he use of an inclusive disjunction as a connective between the two formulae implies that the compound is true so long as at least one of the components is true. Thus, the limit of the continental shelf can be extended up to 1 per cent sediment thickness line delineated by reference to fixed points, or to line delineated by reference to fixed points at a distance of 60 nautical miles from the foot of the continental slope, or both". Point 2.1.5. of the STG of the CLCS.

"In the absence of evidence to the contrary, the foot of the continental slope shall be determined as the point of maximum change in the gradient at its base"<sup>57</sup>.

Thus, the general rule for the determination of the FOS is the point of maximum change in the gradient at its base. To determine the point of maximum change, the coastal State shall submit bathymetric and geological information.

Article 76 (4) (b) provides for an exception to this general rule, which requires the presentation of "evidence to the contrary".

The evidence to the contrary, according to the Commission, can be used not only when the coastal State cannot prove the location of the FOS, but in all cases when the State wants to complement the information of the correct location of its FOS. According to the Commission, "the determination of the foot of the continental slope when evidence to the contrary to the general rule is invoked, as a provision with the character of an exception to the rule. This provision not only does not oppose, but in fact complements, the general rule established by the determination of the foot of the continental slope as the point of maximum change in the gradient at its base"<sup>58</sup>.

In the context of the seafloor highs, the FOS cannot be used in the case of a submarine ridge to extend the continental shelf beyond 350 M, since the submarine ridge is subject to the distance constraint and not to the depth constraint such as will be studied in the following sections. On the contrary, if the coastal State demonstrates that its seafloor high is a submarine elevation that is a natural component of the continental margin the State can use the FOS plus 60 formula and exceed the 350 M because the coastal State is able to apply the depth constraint.

Together with the application of either of two formulae, the coastal State shall apply two constraints: A) Construction of the distance constraint line of 350 M from baselines. B) Construction of the depth constraint line of 2500 m isobaths plus 100 M.

### III. THE APPLICATION OF THE CONSTRAINTS CONTAINED IN ARTICLE 76 (5) OF UNCLOS

The extension of the continental shelf that may be claimed by a coastal State beyond 200 M is subject to certain restrictions. In this sense, Article 76 (2) provides:

"The continental shelf of a coastal State shall not extend beyond the limits provided for in paragraphs 4 to 6"<sup>59</sup>.

Paragraphs 4 to 6 provide for the application of two positive formulae (already discussed above) and two negative constraints, in different combinations, depending on the

---

<sup>57</sup> Art. 76 (4) (b) UNCLOS.

<sup>58</sup> Point 6.1.2. of the STG of the CLCS.

<sup>59</sup> Art. 76 (2) UNCLOS.

specific circumstances of each case. The combined result of these formulae and constraints determines the extent of the outer limits of the continental shelf.

The two constraints are set out in Article 76 (5)<sup>60</sup>:

"The fixed points comprising the line of the outer limits of the continental shelf on the seabed, drawn in accordance with paragraph 4 (a)(i) and (ii), either shall not exceed 350 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured or shall not exceed 100 nautical miles from the 2,500 metre isobath, which is a line connecting the depth of 2,500 metres".

Thus, the coastal State may choose to apply either of two constraint lines: A) The distance constraint line of 350 M from baselines. B) The depth constraint line of 2,500 m isobaths plus 100 M. The outer envelope of the two constraint lines will determine the outer limit of the continental shelf. Hence, coastal States can be expected to opt for the constraint line that is less restrictive on its claim to an extended continental shelf.

The distance constraint line is fairly straightforward as it is constructed from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. To this purpose, the coastal State shall submit charts or lists of coordinates that reflect the location of its baselines, according to Articles 5 and 16 of UNCLOS<sup>61</sup>.

With regard to the depth constraint, paragraph 5 states that it "shall not exceed 100 nautical miles from the 2,500 m. isobaths".

The CLCS has recognized "that the 2,500 m isobaths is an essential feature for the implementation of Article 76. It serves as the basis for the application of one of the constraint rules to the formulae lines to produce the outer limits of the continental shelf"<sup>62</sup>.

The UNCLOS does not specify how the coastal State should apply the 2,500 m isobaths constraints, which may be a technically complex exercise. Indeed, according to the CLCS:

"[t]he selection of the most salient points along the 2,500 m isobaths for the purpose of delineating the 100 M limit may be straightforward when isobaths are simple. However, when isobaths are complex or repeated in multiples, the selection of points along the 2,500 m isobath becomes difficult. Such situations arise as a result of geological and tectonic processes shaping the present continental margins. They can create multiple repetitions of the 2,500 isobath, for example, by faulting, folding and thrusting along continental margins. Unless there is evidence to the contrary, the Commission may recommend the use of the first 2,500 m isobaths from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured that conforms to the general configuration of the continental margin"<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Art. 76 (5) UNCLOS.

<sup>61</sup> LE SOURD (2017) pp. 624-652.

<sup>62</sup> Point 4.1.1. of the STG of the CLCS.

<sup>63</sup> Point 4.4.2. of the STG of the CLCS.

In this regard, the CLCS has adopted a bifurcation approach: "(1) when the isobaths are simple, the selection of 2,500-meter isobaths for the purpose of the construction of depth constraint lines is a straightforward operation; and (2) when the isobaths are complex or repeated in multiples, the Commission may, unless there is evidence to the contrary, recommend the use of the first 2,500-meter isobath that conforms to the general configuration of the continental margin"<sup>64</sup>.

#### IV. THE APPLICATION OF THE DEPTH CONSTRAINT IN SEAFLOOR HIGHS THAT ARE NATURAL COMPONENTS OF THE CONTINENTAL MARGIN

As previously mentioned, the coastal State may choose to apply either of the two constraints established under Article 76 (5), whichever is more favorable to its claim. Depending on the geography of the natural prolongation of the submarine areas, this may be the 350 M distance restriction or the 2,500 m isobaths depth restriction. However, paragraph 6, first sentence, contains an exception in case of submarine ridges, that are only susceptible to the 350 M distance constraint:

"Notwithstanding the provisions of paragraph 5, on submarine ridges, the outer limit of the continental shelf shall not exceed 350 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured"<sup>65</sup>.

It should be borne in mind that the submarine ridges and the submarine elevations are part of the continental margin. This situation implies a geomorphologic continuity between the landmass of the coastal State and the seafloor high. Regarding the submarine ridges, the difference with the submarine elevations consist in that the "submarine ridges are simply components of the margin to which they belong"<sup>66</sup>, while the submarine elevations are natural components of the continental margin.

Then again, the second sentence of paragraph 6 establishes a counter-exception regarding submarine ridges, this time to "submarine elevations that are natural components of the continental margin":

"This paragraph does not apply to submarine elevations that are natural components of the continental margin, such as its plateaux, rises, caps, banks, and spurs"<sup>67</sup>.

Thus, the second sentence of paragraph 6 "revives" the applicability of paragraph 5, in particular, the coastal State's faculty to apply either the 350 M distance, or the 2,500

---

<sup>64</sup> KUNOY *et al.* (2010) p. 363.

<sup>65</sup> Art. 76 (6) UNCLOS.

<sup>66</sup> GAO (2012) p. 129.

<sup>67</sup> Art. 76 (6) UNCLOS.

m isobaths depth constraints, to "submarine elevations that are natural components of the continental margin, such as its plateau, rises, caps, banks and spurs"<sup>68</sup>.

The wording of paragraph 6 is very complex and may be interpreted in different ways. The interpretation of Article 76 (6), in accordance with Article 31 of the VC, will have the following options:

- a) The pivotal element is "submarine ridge". Thus, when the seafloor high is classified as a submarine ridge, the coastal State cannot apply paragraph 5 of Article 76.
- b) The pivotal element is the phrase "submarine elevations that are natural components of the continental margin". Thus, whenever the submarine elevation is a natural component of the continental margin, the coastal State may apply paragraph 5. If the submarine elevation is not a natural component of the continental margin, the coastal State cannot apply paragraph 5, and the feature will be classified as a submarine ridge.
- c) The pivotal element is "the natural component of the continental margin". Thus, whenever the seafloor high is a natural component of the continental margin, the coastal State may apply paragraph 5. However, if the coastal State cannot demonstrate that the seafloor high is a natural component of the continental margin, then the coastal State cannot apply paragraph 5 and the seafloor high will be classified as a submarine ridge<sup>69</sup>.

From our point of view, the defining element in the wording of this paragraph is "the natural component of the continental margin" (alternative C). Then, the enumeration of some features that can be classified as a natural component of the continental margin is not exhaustive, and any other feature of the seafloor high that is a natural component of the continental margin should be classified as a submarine elevation. Hence, the key to understand the application of this paragraph is the phrase "natural component of the continental margin".

The Commission held that "the term 'submarine elevations' in paragraph 6 includes a selection of highs: 'such as plateau, rises, caps, banks and spurs'. The phrase 'such as' implies that the list is not complete"<sup>70</sup>.

This means that submarine ridges are a special category of seafloor highs that are not "natural components of the continental margin". The Commission has recognized that the "Submarine ridges constitute a special case which is subject to the rules of entitlement given by paragraph 4 (a) and (ii), but it is also subject to the more stringent constraint provided by paragraph 6"<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Art. 76 (6) UNCLOS.

<sup>69</sup> The scholars BAUMERT and ROEST have done a similar exercise for the interpretation of Article 76 (6) of UNCLOS but with different conclusions. BAUMERT and ROEST (2019).

<sup>70</sup> Point 7.3.1. of the STG of the CLCS.

<sup>71</sup> Point 2.1.10. of the STG of the CLCS.

Supporting the previous ideas, professor Kunoy has stated that "the classification of a seafloor high as a submarine ridge or a submarine elevation serves the purpose of not only distinguishing it from an oceanic ridge, within the meaning of Article 76(3) of the Convention, but also determining whether the 2500-m isobaths may be utilized as a basis for the depth constraint line for the purpose of establishing the outer limits of the continental shelf"<sup>72</sup>.

The fact that the seafloor high is considered as a submarine elevation and, therefore, a natural component of the continental margin, will be established on the basis of geological, geomorphological, and other scientific evidence, and not through pre-existing geographical denomination. In this sense, the CLCS has stated:

"The distinction between the 'submarine elevations' and 'submarine ridges' or 'oceanic ridges' shall not be based on their geographical denominations and names used so far in the preparation of the published maps and charts and other relevant literature. Such a distinction for the purpose of article 76 shall be made on the basis of scientific evidence taking into account the appropriate provisions of these Guidelines"<sup>73</sup>.

Hence, the scientific evidence will be the key for the classification of a seafloor high that is a natural component of the continental margin as a submarine elevation and not as a submarine ridge. According to the Commission the geology and geomorphology evidence will be important to demonstrate that a feature can be classified as a submarine elevation. The CLCS has also stated that "[t]his makes it relevant to consider the processes that form the continental margins and how continents grow. The growth of the present continent is and/or was primarily caused by geological process along the continental margins"<sup>74</sup>. As a consequence, professor Kunoy concludes: "Hence, the Commission seems to base the classification of a seafloor high as a natural component of the continental margin on whether there is geological continuity"<sup>75</sup>.

Furthermore, according to the VC, along with the interpretation of Article 31, the application of Article 32 could also be important. Article 32 of the VC is entitled "Supplementary Means of Interpretation". Customary treaty interpretation rules allow recourse to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, "in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable"<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> KUNOY (2012) pp. 118-119.

<sup>73</sup> Point 7.1.8. of the STG of the CLCS.

<sup>74</sup> Point 7.3.1. of the STG of the CLCS.

<sup>75</sup> KUNOY (2012) p. 119.

<sup>76</sup> Article 32 VC.

In the context of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, we can find that the USSR made two important proposals regarding this issue. In the eighth session, "[t]he USSR submitted a new proposal stating that submarine ridges shall not extend farther than a 350 mile distance"<sup>77</sup>. In the following session, the USSR made a second proposal about this topic, where it stated that the continental shelf, for paragraph 3, "should 'not include the deep ocean floor, with its oceanic ridges, seamounts, guyots and any other submarine elevations not situated on the continental margin, or the subsoil of the ocean floor'. For paragraph 5, the USSR proposed to add a new paragraph 5 bis:

"Notwithstanding the provisions of paragraph 5, in areas of any other submarine ridges and elevations except those referred to in paragraph 3 of this Article, the outer limits of the continental shelf shall not exceed 350 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured"<sup>78</sup>.

From these proposals, the only clear one is the idea that the submarine ridges cannot exceed 350 M and also any other elevation located off the continental margin.

Finally, during the ninth session, the "Group of Margineers" presented the following proposal for paragraph 3:

"The continental margin comprises the submerged prolongation of the land mass of the coastal state, and consists of the seabed, the submarine elevations and the subsoil of the shelf, the slope and the rise. It does not include the deep ocean floor with its oceanic ridges or the subsoil thereof"<sup>79</sup>. Suárez states that there was a similar proposal from Australia, "except that it added the phrase "which are natural components of the continental margin, such as plateaux, rises, banks and spurs" in reference to submarine elevations"<sup>80</sup>.

Notwithstanding, the *travaux préparatoires* give no other information that can be used to understand paragraph 6 of Article 76. In this sense, professor Alex Oude Elferink commented that "[t]he *travaux préparatoires* of Article 76 furthermore indicate that the provision concerning submarine ridges was among other things intended to prevent that islands situated on oceanic ridges would have a continental shelf beyond 350 nautical miles. This latter aspect of Article 76(6) seems to have been lost from sight in the elaboration of Article 76 in the Scientific and Technical Guidelines of the Commission"<sup>81</sup>. In addition, "[a]s the result of a negotiated compromise, the relevant provisions of the LOS Convention do not define the three kinds of seafloor highs"<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> SUAREZ (2008) pp. 62-63.

<sup>78</sup> SUAREZ (2008) p. 65.

<sup>79</sup> SUAREZ (2008) p. 64.

<sup>80</sup> SUAREZ (2008) p. 65.

<sup>81</sup> OUDE ELFERINK (2009a) p. 129.

<sup>82</sup> GAO (2012) p. 120.

In the case between Eritrea and Yemen, the Arbitral Tribunal pointed out that: "In any event there has to be room for differences of opinion about the interpretation of articles which, in a last minute endeavor at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea to get agreement on a very controversial matter, were consciously designed to decide as little as possible"<sup>83</sup>.

This passage of the Arbitral Award is commented by Judge Gao in the following terms: "These observations are applicable to the seafloor high provision of Article 76, which were included in the provision at a late stage of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea (Third Conference)"<sup>84</sup>.

We must now turn our attention on Article 31 (3) of the VC. In the light of this Article, the subsequent practice of the States and the CLCS gains relevance for the proper interpretation of Article 76 (6).

## V. CLCS AND THE INTERPRETATION OF PARAGRAPH 6 OF ARTICLE 76

### 1. THE CLCS AND THE SUBSEQUENCE PRACTICE

The CLCS is a technical commission and is not an adjudicative body. It does not decide on the delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts (Article 76 [10]).

The CLCS's recommendations are also not declarative of the coastal State's rights over the continental shelf. Article 77 (3) confirms that the coastal State's rights over the continental shelf (up to 200 M or extended) are *ipso facto* and *ab initio*<sup>85</sup>. Article 77 (3) provides:

"The rights of the coastal State over the continental shelf do not depend on occupation, effective or notional, or on any express proclamation"<sup>86</sup>.

This ambiguous task of the CLCS cannot be confused with a judicial aspect of its tasks. The role of the Commission is to assess and legitimate the scientific information submitted by the coastal States to prove their entitlement to an extended continental shelf. Hence, the role of the Commission is neither adjudicative nor declarative of the coastal State's rights over the continental shelf. Its function is limited to reviewing, evaluating and legitimating<sup>87</sup> the scientific information submitted, in accordance with the dispositions of Article 76. Even so, it is evident that it must inevitably engage in the interpretation of Article 76 to issue its recommendations.

---

<sup>83</sup> *ERITREA V. YEMEN* (1999) para. 116.

<sup>84</sup> GAO (2012) p. 121.

<sup>85</sup> *GERMANY V. DENMARK; GERMANY V. NETHERLAND* (1969) para. 19.

<sup>86</sup> Art. 77 (3) UNCLOS.

<sup>87</sup> "Legitimation is not the same thing as legal or political approval. Moreover, legitimation must be understood not in terms of black and white (legitimate or illegitimate) but as a spectrum between greater legitimacy and lesser legitimacy". McDORMAN (2002) p. 319.

To "clarify its interpretation of scientific, technical and legal terms contained in the Convention"<sup>88</sup>, the Commission has issued the Scientific and Technical Guidelines of the Commission on the Limits of the Continental Shelf (STG).

The legal status of these guidelines for the interpretation of the treaty poses a valid question under Article 31 (3) of the VC. This Article establishes as follows:

"There shall be taken into consideration together with the context:

- a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
- b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
- c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties"<sup>89</sup>.

In a first approach, the guidelines could be considered as a subsequent agreement, according to Article 31 (3) (a) of the VC. However, the STG could not be classified as a subsequent agreement between the parties of UNCLOS because the parties were not responsible in the elaboration of the guidelines. Maybe, the guidelines could be classified as a subsequent practice in the application of the treaty. But the STG were elaborated by an expert body. Hence, it could be held that the STG are not a subsequence practice under Article 31 (3) (b) of the VC. Conclusion 5 (2) of the Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties adopted by the International Law Commission (DSASP) states that: "Other conduct, including by non-State actors, does not constitute subsequent practice under articles 31 and 32. Such conduct may, however, be relevant when assessing the subsequent practice of parties to a treaty"<sup>90</sup>. It is true that the CLCS is a "non-State actor" but the subsequence practice by the States and the *sui generis* legal status of these guidelines support the thesis that the STG have promoted a subsequence practice of the States parties of UNCLOS, in accordance with Article 31 (3) (b) of the VC in the interpretation of Article 76. Thus, the guidelines play an important role in the interpretation of Article 76 of UNCLOS.

On the other hand, the CLCS is an expert body and in accordance with the conclusion 13, paragraph 3, related to the "Pronouncements of expert treaty bodies" of the DSASP "[a] pronouncement of an expert treaty body may give rise to, or refer to, a subsequent agreement or subsequent practice by parties under article 31, paragraph 3, or subsequent practice under article 32. Silence by a party shall not be presumed to constitute subsequent practice under article 31, paragraph 3 (b), accepting an interpretation of a treaty as expressed in a pronouncement of an expert treaty body"<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Point 1.3. of the STG of the CLCS.

<sup>89</sup> Art. 31 (3) VC.

<sup>90</sup> DSASP, conclusion 5 (2).

<sup>91</sup> DSASP, conclusion 13.

It is important to bear in mind that a pronouncement of the CLCS is not a subsequence agreement or practice in accordance with Article 31 (3) (a) or (b) of the VC<sup>92</sup>. This is confirmed in the commentaries to the DSASP when they state that "[a] pronouncement of an expert treaty body cannot as such constitute a subsequent agreement or subsequent practice under article 31, paragraph 3 (a) or (b), since this provision requires an agreement of the parties or subsequent practice of the parties that establishes their agreement regarding the interpretation of the treaty"<sup>93</sup>.

Therefore, we have that the STG should be considered as an important element in the subsequence practice of the States parties of UNCLOS in the interpretation of Article 76 in accordance with Article 31 (3) (b) of the VC, and the importance of the subsequence practice in the context of the CLCS's recommendations (for this paper) is the subsequence practice of the States which submit information according to the opinions and guidelines of the CLCS in order to interpret Article 76 (6) of UNCLOS<sup>94</sup>.

## 2. THE CLCS AND ITS RECOMMENDATIONS WITH MENTION OF ARTICLE 76 (6)

With regard to the depth constraint and its application in accordance with Article 76 (6), the CLCS has regularly included the following sentence in its recommendations:

"Alternatively, the provision that the outer limits of the continental shelf may not exceed 100 M distance from the 2500 m isobath (the depth criterion constraint) may be applied for those parts of the continental margin that are classified as natural components of that margin"<sup>95</sup>.

Similarly, in its recommendation on France's submission regarding New Caledonia, the CLCS stated as follows:

"Alternatively, the provision that the outer limits of the continental shelf may not exceed 100 M from the 2500 m isobath ("the depth constraint") may be applied to those parts of the continental margin that are classified as natural components of that margin"<sup>96</sup>.

These statements support the thesis of this paper, namely, that the pivotal element in paragraph 6 of Article 76 is that the seafloor high is a natural component of the continental margin. Thus, if the coastal State can prove that the seafloor high is a natural component of the continental margin, the feature will be classified as a submarine elevation and the State can apply both constraints.

---

<sup>92</sup> JENSEN (2015) p. 593-595.

<sup>93</sup> DSASP, conclusion 13 (9).

<sup>94</sup> This subsequence practice of the States in the interpretation of Article 76 (6) could be considered as a subsequence practice under Article 32 of the VC.

<sup>95</sup> Recommendations of the CLCS in Regard to the Submission Made by Australia, para.102.

<sup>96</sup> Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by France in respect of French Guiana and New Caledonia Regions, para. 34.

A special situation occurred in the procedure concerning the submission of Iceland on the Reykjanes Ridges. In this case, the Subcommission accepted that the Reykjanes Ridge was a natural component of the continental margin, and Iceland could use both constraints: "The prevalent view in the Subcommission was that the depth constraint is the applicable constraint in the western and southern parts of the Reykjanes Ridge. It agreed with the procedure and methods applied by Iceland in the construction of this constraint line, based on the 2500 m isobath along selected multi-beam bathymetric profiles"<sup>97</sup>. When the procedure reached the Commission, the CLCS confirmed its position stating: "Alternatively, the provision that the outer limits of the continental shelf may not exceed 100 M from the 2500 m isobath ('depth constraint') may be applied to those parts of the continental margin that are classified as natural components of that margin"<sup>98</sup>.

However, the Commission held a different view with respect to the application of the depth constraint in this particular case: "The Commission could not arrive at the conclusion that the depth constraint line was applicable, and considered that the data and information contained in the Submission were inconclusive to support the western and southern parts of the Reykjanes Ridge as a natural component of the continental margin of Iceland. For this reason, the Commission decided to recommend only on those fixed points constituting the outer limits of the continental shelf that are located within 350 M from the baselines from which the breadth of the territorial sea of Iceland is measured"<sup>99</sup>.

It is important to point out that neither the Subcommission nor the Commission attached any relevance to the name of the feature, "Reykjanes Ridge", in order to determine whether this seafloor high was a seafloor ridge, in the sense of the first sentence of paragraph 6, or a natural component of the continental margin, in the sense of the second sentence of paragraph 6. Both institutions based their (opposite) conclusion on scientific data only.

A different case was presented by the submission of Norway in regard to Bouvetøya. Norway classified the Shaka Ridge as a submarine elevation that is a natural component of the continental margin. The Commission stated:

"For the outer limits of the continental shelf in the Bouvetøya region, Norway has invoked a combination of the distance and the depth constraints. In the vicinity of Bouvetøya, consideration of the outer limits of the continental shelf only involves an examination of the construction of the distance constraint line. However, in the vicinity of the Shaka Ridge, consideration of the outer limits also involves consideration of the application of the depth constraint (Figure 14). In the view of the Commission, the application of the depth constraint involves the examination of whether

<sup>97</sup> Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by Iceland in the Ægir Basin Area and in the Western and Southern parts of Reykjanes Ridge, para. 77.

<sup>98</sup> Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by Iceland in the Ægir Basin Area and in the Western and Southern parts of Reykjanes Ridge, para. 73.

<sup>99</sup> Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by Iceland in the Ægir Basin Area and in the Western and Southern parts of Reykjanes Ridge, para. 78.

the relevant seafloor high, the Shaka Ridge, may be considered a natural component of the continental margin"<sup>100</sup>.

In first instance, the Subcommittee was not convinced about the nature of Shaka Ridge as a submarine elevation in the sense of paragraph 6<sup>101</sup>. After Norway had submitted additional data that supported its thesis, the Subcommittee concluded that "[a]s a result of the geochemical nature of the samples from Shaka Ridge falling within the trace element envelope of those from the Bouvetøya Pedestal, the majority of the Subcommittee agreed that the Shaka Ridge is a submarine elevation in the sense of paragraph 6 of article 76 of the Convention"<sup>102</sup>.

The Commission reached the same conclusion and stated that the "majority of members of the Commission is in agreement with Norway that the Shaka Ridge is a submarine elevation in the sense of paragraph 6 of article 76. The Commission agrees with Norway that the depth constraint of 100 M seaward of the 2,500 m isobath is an applicable constraint on the Shaka Ridge, and agrees with the methodology and its accuracy applied by Norway in the construction of this constraint line"<sup>103</sup>.

Again, this confirms that the geographical denomination of a seafloor high, historically known as a "ridge" is not relevant to the Commission's recognition as a natural component of the continental margin. If scientific evidence is provided that demonstrates that the seafloor high can be classified as a natural component of the continental margin, the coastal State can apply both constraints contained in paragraph 5 of Article 76.

## VI. CONCLUSION

The definition of continental shelf contained in Article 76 (1) establishes two criteria for entitlements of the coastal States on the continental shelf: distance or natural prolongation<sup>104</sup>. When the natural prolongation of its submerged land territory to the outer edge of the continental margin extends beyond 200 M the coastal State is entitled to claim an extended continental shelf on the basis of operative rules contained in Article 76 (4-10)<sup>105</sup>.

Hence, the natural prolongation is not a vague concept and is the *raison d'être* of the coastal State's rights on the outer continental shelf. Furthermore, "[t]he concept of natural prolongation in Article 76 is decisive for the purpose of the distinction of the three types of

<sup>100</sup> Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by Norway in respect of Bouvetøya and Dronning Maud Land, para. 61.

<sup>101</sup> Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by Norway in respect of Bouvetøya and Dronning Maud Land, para. 66.

<sup>102</sup> Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by Norway in respect of Bouvetøya and Dronning Maud Land, para. 68.

<sup>103</sup> Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by Norway in respect of Bouvetøya and Dronning Maud Land, para. 71.

<sup>104</sup> Art. 76 (1) UNCLOS.

<sup>105</sup> Art. 76 (4-10) UNCLOS.

seafloor highs"<sup>106</sup>. If the seafloor high is part of the continental margin of the coastal State's submerged prolongation of the land mass, it will be classified as a submarine ridge or submarine elevation. But if the seafloor high is not part of the continental margin, it will be an oceanic ridge and the State cannot use that feature for the establishment of the outer limits of the continental shelf. The establishment of the outer limits of the continental shelf shall be done in the light of the different rules given in Article 76.

For the establishment of the outer limits of the continental shelf the coastal State shall apply two positive rules (formulae) and two negative rules (constraints).

In the context of the two constraints, the coastal State shall apply a distance constraint of 350 M from the baselines; or the 2,500 m isobaths plus 100 M. Regarding the isobaths constraint, Article 76 (6) establishes an exception and a counter exception. The exception is that the coastal State cannot apply the depth constraint when the seafloor high is a submarine ridge. And the counter exception is that the coastal State can apply both constraints when it demonstrates that its seafloor high is a natural component of the continental margin, in which case the seafloor high will be classified as a submarine elevation that is a natural component of the continental margin.

The isobath constraint has been subject to an important development in State practice and, most importantly, the practice of the CLCS. The pivotal element for the CLCS and in State submissions has been whether the seafloor high is a natural component of the continental margin. This will be established on the basis of scientific evidence provided by the coastal State. If the evidence fails to demonstrate that the seafloor high is a natural component of the continental margin, the CLCS will classify the seafloor high feature as a submarine ridge and the exception of paragraph 6, first sentence, will apply. As a consequence, the coastal State can only apply the 350 M distance constraint and not the 2,500 isobaths depth constraint to establish the outer limits of its continental shelf.

Finally, the interpretation of paragraph 6 of Article 76, with the rest of Article 76, shows the complex and hybrid function of the Commission in the development of the law of the sea. Even though this is a technical and scientific institution, it is impossible to dismiss its role in the development of the international law of the sea.

## BIBLIOGRAPHY

- BASARAN, Ilker (2015): "The Lomonosov Ridge and the Overlapping Outer Continental Shelf Claim to North Pole", *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 46, No. 1: pp. 1-22.
- BAUMERT, Kevin and ROEST, Walter (2019): "Submarine Elevations and Submarine Ridges under Article 76". See the presentation at ABLOS Conference 2019. Available in: <https://iho.int/en/ablos10-conference-2019>. Consulted: January 21, 2020.
- COLSON, David (2003): "The Delimitation of the Outer Continental Shelf between Neighboring States", *The American Journal of International Law*, vol. 97, No. 1: pp. 91-107.

<sup>106</sup> GAO (2012) p. 136.

- EVANS, Malcolm (2018): "Relevant Circumstances", in OUDE ELFERINK, Alex; HENRIKSEN, Tore, and VEIERUD, Signe (edits.), *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law* (Cambridge: Cambridge University Press) pp. 222-261.
- GAO, Jianjun (2012): "The Seafloor High Issue in Article 76 of the LOS Convention: Some Views from the Perspective of Legal Interpretation", *Ocean Development & International Law*, vol. 43: pp. 119-145.
- GESLIN, Albane (2018): "La Jurisprudence du Tribunal International du Droit de la Mer en Matière de Délimitations Maritimes", in LE FLOCH, Guillaume (edit.), *Les Vingt Ans du Tribunal International du Droit de la Mer* (Paris: Editions A. Pedone) pp. 207-221.
- HUANG, Yao and LIAO, Xuexia (2014): "Natural Prolongation and Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 nm: Implications of the Bangladesh/Myanmar Case", *Asian Journal of International Law*, vol. 4: pp. 281-307.
- JENSEN, Oystein (2015): "Maritime Boundary Delimitation beyond 200 Nautical Miles: The International Judiciary and the Commission on the Limits of the Continental Shelf", *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, No. 4: pp. 580-604.
- JENSEN, Oystein (2018): "The Delimitation of the Continental Shelf beyond 200nm" in OUDE ELFERINK, Alex, HENRIKSEN, Tore, and VEIERUD, Signe (edits.), *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law* (Cambridge: Cambridge University Press) pp. 351-375.
- KUNOY, Bjorn; HEINESSEN, Martin; and MORK, Finn (2010): "Appraisal of Applicable Depth Constraint for the Purpose of Establishing the Outer Limits of the Continental Shelf", *Ocean Development & International Law*, vol. 41: pp. 357-379.
- KUNOY, Bjorn (2011): "Establishment of the Outer Limits of the Continental Shelf: Is Crossing Boundaries Trespassing", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 26: pp. 313-334.
- KUNOY, Bjorn (2012): "The Terms of Reference of the Commission on the Limits of the Continental Shelf: A Creeping Legal Mandate", *Leiden Journal of International Law*, vol. 25: pp. 109-130.
- KUNOY, Bjorn (2013): "The Delimitation of an Indicative Area of Overlapping Entitlement to the Outer Continental Shelf", *The British Yearbook of International Law*, vol. 83, No. 1: pp. 61-81.
- LE SOURD, Guillaume (2017) : "L'information géographique et la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer: Considérations Techniques et Pratiques des États Côtiers", in THOUVENIN, Jean Marc and FORTEAU, Mathias (edits.), *Traité de Droit International de la Mer* (Paris, Editions A, Pedone) pp. 624-652.
- MAGNÚSSON, Bjarni (2013): "Outer Continental Shelf Boundary Agreements", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, Issue 02: pp 345-372.
- MAGNUSSEN, Bjarni (2013a): "Is There a Temporal Relationship between the Delineation and the Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles", *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 28, No. 3: pp. 465-484.
- MAGNÚSSON, Bjarni (2014): "The Rejection of a Theoretical Beauty: The Foot of the Continental Slope in Maritime Boundary Delimitations beyond 200 Nautical Miles", *Ocean Development and International Law*, vol. 45, No. 1: pp. 41-52.

- McDORMAN, Ted (2002): "The Role of the Commission on the Limits of the Continental Shelf: A Technical Body in a Political World", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 17, No. 3: pp. 301-324.
- MOSSOP, Joanna (2016): *The Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles* (Oxford: Oxford University Press).
- OUDE ELFERINK, Alex (2006): "Article 76 of the LOSC on the Definition of the Continental Shelf: Questions concerning Its Interpretation from a Legal Perspective", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 21, No. 3: pp. 269-285.
- OUDE ELFERINK, Alex (2009): "The Establishment of Outer Limits of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles by the Coastal State: The Possibilities of Other States to Have an Impact on the Process", *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 24, No. 3: pp. 535-556.
- OUDE ELFERINK, Alex (2009a): "The continental shelf in the polar regions: cold war or black-letter law?", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 40XL: pp. 121-181.
- SUAREZ, Suzette (2008): *The Outer Limits of the Continental Shelf: legal aspects for their establishment* (Heidelberg: Max Planck Institute).
- TANAKA, Yoshifumi (2012): *The International Law of the Sea* (Cambridge: Cambridge University Press).
- VON MUHLENDAHL, Paul (2016): *L'Équidistance dans la Délimitation des Frontières Maritimes: Étude de la jurisprudence internationale* (Paris: Editions A. Pedone).

## LEGAL INSTRUMENTS

- VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF THE TREATIES (May 23, 1969).
- UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA (December 10, 1982).
- SCIENTIFIC AND TECHNICAL GUIDELINES OF THE COMMISSION ON THE LIMITS OF THE CONTINENTAL SHELF. CLCS/ 11(May 13, 1999)

## JUDGMENTS AND AWARDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE:

- NORTH SEA CONTINENTAL SHELF (FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY/DENMARK; FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY/NETHERLANDS)*, International Court of Justice, I.C.J. Reports 1969.
- AEGEAN SEA CONTINENTAL SHELF (GREECE v. TURKEY)*, International Court of Justice, I.C.J. Reports 1978.
- CONTINENTAL SHELF (TUNISIA/LIBYAN ARAB JAMAHIRIYA)*, International Court of Justice, I.C.J. Reports 1982.
- CONTINENTAL SHELF (LIBYAN ARAB JARNAHIRIYA/MALTA)*, International Court of Justice, I.C.J. Reports 1985.
- MARITIME DELIMITATION IN THE BLACK SEA (ROMANIA v. UKRAINE)*, International Court of Justice, I.C.J. Reports 2009.

*TERRITORIAL AND MARITIME DISPUTE (NICARAGUA V. COLOMBIA)*, International Court of Justice, I.C.J. Reports 2012.

*MARITIME DISPUTE (PERU V. CHILE)*, International Court of Justice, I.C.J. Reports 2014.

*QUESTION OF THE DELIMITATION OF THE CONTINENTAL SHELF BETWEEN NICARAGUA AND COLOMBIA BEYOND 200 NAUTICAL MILES FROM THE NICARAGUAN COAST (NICARAGUA V. COLOMBIA)*, International Court of Justice, I.C.J. Reports 2016.

*MARITIME DELIMITATION IN THE INDIAN OCEAN (SOMALIA V. KENYA)*, International Court of Justice, I.C.J. Reports 2017.

#### INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA

*DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY IN THE BAY OF BENGAL (BANGLADESH V. MYANMAR)*, International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS Reports 2012.

*DISPUTE CONCERNING DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY BETWEEN GHANA AND CÔTE D'IVOIRE IN THE ATLANTIC OCEAN (GHANA V. CÔTE D'IVOIRE)*, International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS, 2017.

#### ARBITRAL TRIBUNALS

*ERITREA V. YEMEN*, Award of the Arbitral Tribunal in the second stage of the proceedings (maritime delimitation) 1999.

*BARBADOS V. TRINIDAD AND TOBAGO*, Arbitral Award, 2006.

### RECOMMENDATIONS ADOPTED BY THE CLCS

Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS) in Regard to the Submission Made by Australia on 15 November 2004. Adopted by the Commission on 9 April 2008.

Summary of Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in regard to the Submission made by France in respect of French Guiana and New Caledonia Regions on 22 May 2007. Adopted by the Commission on 2 September 2009.

Summary of Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in regard to the Submission made by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in respect of Ascension Island on 9 May 2008. Adopted by the Commission, with amendments, on 15 April 2010.

Summary of Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in regard to the Submission made by Iceland in the Ægir Basin Area and in the Western and Southern parts of Reykjanes Ridge on 29 April 2009. Approved by the Commission, with amendments, on 10 March 2016.

Summary of Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in regard to the Submission made by Norway in respect of Bouvetøya and Dronning Maud Land on 4 May 2009. Approved by the Commission, with amendments, on 8 February 2019.

## REPORTS ADOPTED BY THE ILC

Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties. Adopted by the International Law Commission at its seventieth session, in 2018. *Yearbook of the International Law Commission, 2018*, vol. II, Part Two.

Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries. Adopted by the International Law Commission at its seventieth session, in 2018. *Yearbook of the International Law Commission, 2018*, vol. II, Part Two.



BORGOÑO, Cristián (2018): *Cristianismo y Derechos Humanos. Influencias recíprocas, desafíos comunes* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile) 250 pp.

En el libro encontramos respuestas a los aportes del cristianismo a la Teoría de los Derechos Humanos, de modo específico, aborda el origen y desarrollo del primer derecho fundamental: la libertad religiosa. Conformado por once capítulos, en el primero “Sagrada escritura y derechos humanos”, el autor parte de una premisa fundamental que los derechos humanos son, desde la perspectiva de la historia de las ideas, un concepto occidental que abrevia tanto de la tradición judeocristiana como de la grecorromana, ambas aportaron la idea de que el individuo humano tiene un valor superior que no lo hace reducible a la colectividad. No se trata de un paralelismo entre Biblia y Derechos Humanos, pero sí reconocer el aporte conceptual de la tradición bíblica al desarrollo de los mismos en la civilización occidental: el ser humano tiene que ser respetado por su dignidad de criatura, imagen y semejanza con Dios.

El capítulo segundo: “El cristianismo antiguo y su aporte a la idea de derechos humanos”. Enfatiza el legado conceptual de la tradición cristiana al desarrollo de los derechos humanos. En este punto, Tertuliano es el primer autor en utilizar el concepto de *libertas religionis*, lo más parecido a lo que hoy entendemos por libertad religiosa, por esta razón Thomas Jefferson, lo consideraba “el primero, en el sentido más fundamental, de los derechos humanos” (p. 47). Por lo demás, la idea de igualdad, así como de la dignidad humana, el reconocimiento de la libertad religiosa como derecho subjetivo universal, la separación entre la esfera temporal y la espiritual, entre la ciudadanía y la religión son aportes del cristianismo.

Capítulo tercero: “Orden jurídico medieval, derecho natural y derechos humanos”. Contiene los antecedentes medievales de los derechos humanos como derechos subjetivos. A la par de su concepción como derechos naturales. Así, “seguir la elaboración del concepto de derecho subjetivo dentro de la teorización del derecho natural permite explicitar el aporte del cristianismo en la incubación de los derechos humanos a lo largo de la historia de Occidente” (p. 54).

A partir de esa época, la doctrina del derecho natural comienza a hablarse de los derechos de libertad y propiedad. Por lo demás, también fueron sistematizados algunos derechos que hoy son considerados derechos humanos: el derecho a no acusarse a sí mismo, la libertad para contraer matrimonio y la reglamentación del derecho al voto.

Capítulo cuarto: “La controversia indiana”. La teoría de los derechos naturales subjetivos desarrollada durante la Edad Media, se aplicó en el encuentro de los europeos con los habitantes del Nuevo Mundo. Especialmente por la doctrina surgida de la Escuela de Salamanca con dos de sus exponentes: Vitoria (el gran teórico de los derechos de los indios) y Suárez, considerados los fundadores de la noción de comunidad internacional y de los Derechos Humanos. Por esta razón ocupan un lugar especial en este capítulo. El autor, refiere al debate entre Sepúlveda y Las Casas, durante la “Controversia de Valladolid”. Para el primero se justificaba el dominio español al considerar que los indios eran naturalmente inferiores, por lo cual era indispensable humanizarlos antes que evangelizarlos. El profesor Borgoño no toma partido por uno u otro, sin embargo expone con claridad la tesis principal de Las Casas “la igualdad natural entre españoles e indios” (p. 82). Lo anterior, en

concordancia con Vitoria, para quien los derechos naturales subjetivos son inalienables, inviolables e iguales para todos.

Capítulo quinto: “Los derechos humanos y la modernidad”. El autor estudia tanto “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” (26 de agosto de 1789), así como la “Declaración de Independencia de los Estados Unidos” (4 de julio de 1776), ambas inician la codificación de los Derechos Humanos en la Modernidad. Una frase sintetiza este capítulo “los derechos humanos no aparecieron de la nada, sino que son fruto de un largo proceso de maduración de la cultura occidental” (p. 87).

El autor es claro al precisar que “la libertad religiosa es el primer derecho subjetivo en ser reivindicado como libertad de culto; solo en un segundo momento aparece la lucha por las libertades civiles” (p. 92). Por esto, en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” se menciona a Dios (el propio del deísmo no del cristianismo), así como de la novedad de la igualdad ante la ley, con lo cual se abolían los privilegios mantenidos en el Antiguo Régimen. El derecho a la propiedad cierra la Declaración francesa y para el autor “se trata de un concepto burgués de propiedad privada, como garantía de la libertad económica y de la limitación del poder político” (p. 100).

De la Declaración norteamericana, el profesor Borgoño recuerda que los derechos ahí reconocidos siguieron de la “Declaración de Derechos de Virginia” (12 de junio de 1776). De la lectura de este capítulo se puede concluir que ambos documentos no son sólo afirmación de derechos naturales son a la vez afirmación de garantías penales y principios constitucionales. Destacaría los derechos que la tradición iusnaturalista consolidó: derecho a la vida, a la propiedad, a la seguridad, al debido proceso; libertad religiosa, de conciencia, de prensa y de opinión, así como el derecho a la rebelión.

Capítulo sexto: “La positivización de los derechos humanos y la irrupción de los derechos sociales”. En este apartado se abordan cuatro acontecimientos importantes ocurridos durante el siglo XIX. Primero, la positivización de los derechos fundamentales en las constituciones, como libertades y derechos civiles de los ciudadanos (varones y propietarios). Segundo, la crítica del marxismo a los Derechos Humanos, a los que no considera auténticos derechos de igualdad, más bien derechos del propietario burgués. La crítica a los Derechos Humanos también es a los presupuestos del liberalismo –a guisa de ejemplo, el derecho a la propiedad es el derecho al egoísmo– por lo que solamente valora los Derechos Humanos como derechos sociales, por ejemplo, el derecho a la sindicación o el derecho a la jornada de trabajo limitada, como diques a la alienación de la clase obrera. Tercero, el proceso histórico de consolidación de los derechos sociales. Cuarto, el papel de la Iglesia Católica en su promoción y defensa, en alusión a León XIII, el Papa de la cuestión social.

Capítulo séptimo: “Los derechos humanos en los siglos XX y XXI”. Analiza la crisis de los Derechos Humanos durante los regímenes totalitarios de la primera mitad del siglo XX. Posteriormente, profundiza en la redacción y contenido de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (DUDH), cuyo artículo 1° introduce el concepto de dignidad, en paralelo y no como fundamento de los derechos humanos. También, explica la categorización conceptual de las “generaciones” de derechos humanos. Finaliza con la aportación personal, a propósito de la situación de crisis contemporánea de los derechos humanos. Hace una crítica relacionada con la ausencia de instrumentos normativos vinculantes en

asuntos como el ambiente o los “derechos sexuales y reproductivos”. Para Borgoño, el único avance ha sido la fragmentación de los derechos consistentes de especificar y adaptar los derechos universales a grupos particulares, por ejemplo, mujeres, niños o personas con discapacidad. Más aún, “en algunos ámbitos normativos, la determinación de los derechos ha quedado en manos de las cortes internacionales que reclaman muchas veces para sí la potestad de redefinir los derechos” (p. 157). La crisis contemporánea de los Derechos Humanos, no es ajena al problema de su fundamentación. Se utiliza el *soft law* –o estándares internacionales– para justificar los intereses de ciertos grupos con una agenda propia y contraria al contenido de los Derechos Humanos (*hard law*) imponiéndolo como si fuera vinculante.

Capítulo octavo: “La Doctrina social de la Iglesia y los derechos humanos”. Refiere a León XIII, en la Encíclica *Rerum Novarum* (1891) “en el contexto de la cuestión obrera para afirmar los derechos de los trabajadores como derechos subjetivos naturales” (p. 164). Pío XII, fue el primero en delinear los principios para alcanzar la paz: el respeto de la libertad, seguridad e integridad de las naciones; respeto de los derechos de las minorías; la equidad económica de las naciones; la limitación de armamentos, la libertad religiosa y el respeto de la acción de la Iglesia. Es el Pontífice del reconocimiento de la dignidad humana. Correspondió a Juan XXIII, en *Pacem in terris* (1963) elaborar un catálogo de derechos, donde la “gran novedad, que supone un parteaguas para la Iglesia, es el reconocimiento de la libertad religiosa” (p. 168).

Por otra parte, la palabra “derechos” aparece 35 veces en la Constitución del Concilio Vaticano II *Gaudium et spes*. Mientras tanto, en la Declaración *Dignitatis Humanae*, los padres conciliares reafirman el derecho a la libertad religiosa, “a partir del acto personal de fe” (p. 169).

El pontificado de Juan Pablo II (1978-2005), se caracterizó por el discurso en favor de los Derechos Humanos. En relación con Benedicto XVI, la fundamentación iusnaturalista de los mismos fue clave para impedir su relativización. La defensa de la libertad religiosa y en concreto la denuncia de la exclusión de la religión del ámbito público impregnó el magisterio de Ratzinger. De Francisco, la característica es “su énfasis son los derechos de tercera generación en relación con las crisis más importantes del mundo moderno: la crisis ambiental y la crisis migratoria” (p. 175).

Capítulo noveno “El problema del fundamento de los derechos humanos”. Una frase sintetiza el contenido del capítulo “la dignidad humana es el fundamento de los derechos humanos, porque expresa la exigencia universal de reconocimiento ante la sociedad –más allá de las particularidades culturales– de la vulnerabilidad de cada individuo humano” (p. 193).

Capítulo décimo “Fundamento teológico de los derechos humanos”. Parte de la visión católica del fundamento de los derechos humanos, sin hacer referencias explícitas a fundamentaciones teológicas de otras confesiones cristianas. En este capítulo se retoma la categoría *imago Dei* como un principio al que los cristianos acudieron para pensar la dignidad humana. Por lo que respecta a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia, ambas forman parte de la dimensión espiritual del hombre, por esta razón el autor expone que en la Declaración *Dignitatis humanae*, la base de la dignidad humana es la capacidad (y tendencia) para buscar la verdad (p. 203).

En el capítulo décimo primero “Los derechos humanos dentro de la Iglesia”, el autor enumera las razones por las cuales en el Código de Derecho Canónico fue abordado el tema de los derechos de los fieles: “la influencia de la DUDH, la doctrina del Vaticano II, el concepto eclesiológico del pueblo de Dios y la idea de la igualdad fundamental entre los fieles por el bautismo” (p. 211). Mientras los Derechos Humanos son exigidos ante el Estado –en contrapartida– los Derechos Humanos de los fieles en la Iglesia ¿ante quién se exigen? La respuesta “plantea un gran problema de jurisdicción, si se lo quiere enfrentar con las mismas categoría que los derechos humano seculares” (pp. 212-213). “hay que reconocer que los derechos reconocidos en estos cánones no gozan formalmente de un estatus más elevado que el resto; luego, no pueden considerarse, en sentido estricto, derechos fundamentales” (p. 216).

El libro merece su lectura para eliminar los prejuicios aún existentes en relación con el aporte del cristianismo a los Derechos Humanos en sectores académicos que trascienden las fronteras de Chile, especialmente me refiero a México.

ALBERTO PATIÑO REYES

*Universidad Iberoamericana, Ciudad de México*

LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2019): *La tutela precontractual del acreedor. Una aproximación desde el Código Civil chileno y su interrelación con la tutela contractual* (Santiago, Thomson Reuters) 304 pp.

En octubre de 1865, el Presidente de la República don José Joaquín Pérez y su Ministro de Justicia don Federico Errázuriz se dirigen a sus “conciudadanos del Senado y de la Cámara de Diputados” para someter a su conocimiento y aprobación el Código de Comercio. En su famoso mensaje, redactado en realidad por don José Gabriel Ocampo, se indica que el título primero del proyecto trata un asunto de suma relevancia omitido en el Código Civil, relativo a “cuando las propuestas verbales o escritas asumen el carácter de contratos perfectos”, y que con ello se estaba llenando “un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil”. Lo anterior se tradujo, como es sabido, en la regulación contenida en Código de Comercio relativa a la formación del consentimiento. Estas reglas, en síntesis, prescriben que el consentimiento se forma al concurrir dos actos unilaterales y sucesivos: la oferta y la aceptación. Teniendo ellas lugar, tendremos un contrato obligatorio para las partes, y ante su incumplimiento el acreedor podrá recurrir a los derechos y acciones que la legislación civil le otorga. Por el contrario, si dichos actos unilaterales no tienen lugar en la forma indicada por el Código de Comercio, no hay contrato, y con ello, dicha tutela se nubla, o derechamente, se desaparece.

Justamente, la profesora López emprende el espinoso desafío de ensayar cuáles son los medios de tutela con que las partes cuentan en la fase precontractual y cómo ellos se relacionan o conviven con la tutela contractual. Para ello, la autora se basa en múltiples publicaciones que ha realizado sobre la materia, contenidas, principalmente, en las revistas científicas de mayor prestigio de nuestro país. Si bien lo anterior no se advierte a simple vista, queda de manifiesto en la madurez de sus ideas y la claridad con que expone sus argumentos.

La profesora López indica en la bajada del título de su monografía, que ella consiste en una “aproximación desde el Código Civil chileno”. Ello no es del todo cierto, la autora no solo realiza un acabado análisis del Código Civil, sino que examina detalladamente la doctrina y jurisprudencia nacional existente sobre la materia. Igualmente, la profesora López da cuenta de un profundo estudio de la doctrina europea, especialmente de la española, siguiendo de cerca las ideas de don Antonio Morales Moreno. Asimismo, la autora recoge y estudia con admirable inquietud los avances del llamado “Moderno Derecho de la Contratación”, plasmados en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) y en instrumentos internacionales de *soft law*, tales como, los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (PICC), los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL) y los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), entre otros.

Por otro lado, es menester destacar la atingencia e importancia práctica de la obra. La dicotomía “aceptación y oferta” a la que arriba aludimos y que ha fijado históricamente la frontera entre lo contractual y lo precontractual, puede que permanezca vigente para las transacciones más simples del tráfico jurídico, en donde no es recurrente la participación de abogados y aún menos probable su posterior examen judicial. Sin embargo, ella desaparece en los negocios más complejos, pensemos en contratos de compraventa de empresas o

activos relevantes, financiamientos, contratos de construcción, contratos de suministro de energía o materiales, arrendamientos comerciales de largo plazo, entre otros, en donde normalmente se generan disputas de diversa índole que requieren ser resueltas por un tercero imparcial.

Dichos contratos generalmente quedan plasmados en largos y detallados instrumentos, cuyas versiones firmadas se intercambian al momento del “cierre del negocio” de forma más o menos simultánea, no pudiéndose distinguir entre una oferta y una aceptación. El contenido de dichos contratos es negociado arduamente por las partes, en sucesivas reuniones presenciales o remotas, en donde se intercambia información sensible del negocio en cuestión y se efectúan declaraciones de diversa naturaleza. Así, se van alcanzando pequeños acuerdos en múltiples temas que luego sirven de base para la conformación del contrato que finalmente se suscribe. Sumemos a lo anterior, que es cada vez más común en estos procesos la firma de “cartas de intención”, “memorándums de entendimiento”, “ofertas no vinculantes” y otros instrumentos atípicos. En ellos, las partes plasman sus intereses, pero dejan expresa constancia de su intención de no quedar vinculadas jurídicamente, escapando de la lógica tradicional de los contratos preparativos.

¿Qué ocurre si las negociaciones se frustran y el contrato no llega a celebrarse?, ¿tienen algún valor jurídico las declaraciones emitidas?, ¿deben las partes respetar ciertos deberes de conducta durante la negociación?, ¿puede la parte perjudicada en las tratativas preliminares buscar protección en el Derecho? ¿el hecho de que las partes hayan celebrado un contrato borra todo lo antes ocurrido? Son estas relevantes preguntas las que la profesora López responde juiciosamente en su libro.

La autora divide su obra en dos partes. En la primera, aborda la tutela precontractual del acreedor, entendido como la parte perjudicada en dicha fase del negocio, construyendo un verdadero sistema de protección para ella, en donde coexisten tres tipos de tutela. En primer lugar, una **tutela aniquilatoria**, representada por la nulidad relativa. En segundo lugar, una **tutela resarcitoria**, personificada en la indemnización de perjuicios precontractual, y, en tercer lugar, una **tutela satisfactoria**, que se materializa en la adaptación del contrato.

Acerca de la nulidad relativa, la autora busca dismantelar su entendimiento (sumamente arraigado en nuestra tradición jurídica) como “sanción civil”, con el objetivo de prescindir de su declaración judicial y transformarla en un medio de tutela compatible con la resolución del contrato. En concreto, la autora aboga por concebir a la nulidad relativa como un “derecho potestativo” del contratante perjudicado, quien podría solicitar (o más bien notificar) la nulidad a su contraparte o confirmar la validez del contrato. En el primer caso, sería carga de la contraparte acudir a los tribunales de justicia para objetar la nulidad del acto jurídico.

La indemnización de perjuicios en sede precontractual (tutela resarcitoria) es concebida como un remedio ante la infracción de deberes de lealtad e información, los cuales la autora sustenta en la buena fe objetiva. En particular, se examinan como supuestos de aplicación la ruptura injustificada de las tratativas preliminares, la celebración de un contrato inválido, la pérdida de la facultad de anular el contrato, la emisión de declaraciones inexactas, entre otros. Con relación a este punto, extrañamos un análisis del tratamiento que esta materia recibe en el *common law*. Seguramente, ello se debe a que la noción continental de

que las partes deben actuar de buena fe durante las tratativas preliminares (y que de ello emanan ciertos deberes de conducta para las mismas) no ha tenido buena acogida en el Derecho anglosajón. Así, puede verse en el famoso fallo de la Cámara de los Lores *Walford v. Miles* (1992), y su deliberada omisión en el *Restatement (Second) of Contracts* (§ 205) y en el *Uniform Commercial Code* (§1-304). Nos parece que una crítica a esta corriente enriquecería futuras ediciones de la obra, toda vez que la autora usa frecuentemente insumos foráneos para fundamentar sus posturas.

Continuando con el estudio de los medios de tutela precontractual, la autora se refiere a un asunto escasamente tratado en Chile: la adaptación del contrato. Este se plantea como un remedio precontractual cuyo objeto es la rectificación del contrato ante supuestos de error (ya sea unilateral o compartido) y excesiva desproporción de las prestaciones. Su propósito sería recomponer la “simetría prestacional inicial” del contrato, pero manteniendo la vigencia de este, permitiendo al contratante perjudicado satisfacer su interés por medio de la modificación de los términos contractuales originalmente convenidos. Con relación al error, la autora propone una interesante relectura de su regulación en el Código Civil y, siguiendo a Vidal y De la Maza, lo concibe como un dispositivo de distribución de los riesgos de la información defectuosa entregada durante la negociación del contrato. Entendiendo de esta forma al error, la profesora López sostiene que no habría impedimento en que la o las partes afectadas por él, se inclinen por adaptar el contrato en vez de anularlo, en la medida que ello sea conveniente y posible.

En la segunda parte de la monografía, se analiza la relación de la tutela precontractual con la tutela contractual. Para ello, la autora consideró necesario describir brevemente los remedios del acreedor ante el incumplimiento contractual, delineando el tipo y alcance de tutela que cada uno de ellos otorga. De esta forma, la profesora López deja la pista despejada para aterrizar en la parte más novedosa de su obra, relativa a las confluencias y exclusiones que tienen lugar entre la tutela contractual y la precontractual.

La autora comienza esta parte analizando los casos en que ambas tutelas pueden concurrir, denominándolos **concursos verticales o zonas de confluencia**. Para su análisis, la profesora López agrupa los remedios en binomios en base al tipo de tutela que ellos otorgan (binomios tuitivos), recurriendo a la clasificación ya mencionada entre tutela aniquilatoria, resarcitoria y satisfactoria. Con acierto, la autora previene que el cumplimiento específico y la suspensión del cumplimiento (remedios propios de la fase contractual), no tienen un correlato en la fase precontractual, pues ninguno de ellos busca la satisfacción directa del interés de los contratantes.

El primer binomio tuitivo que la profesora López trata es el de la nulidad relativa y la resolución por incumplimiento, correspondiente a la tutela aniquilatoria, pues por medio de ambos remedios se puede dejar sin efecto un contrato. A continuación, la autora se detiene en los supuestos de procedencia del binomio, indicando que ellos son el error sustancial, el error accidental, el error en la persona y el dolo vicio del consentimiento. Sin embargo, en caso de que las partes hayan incluido una cláusula resolutoria en su contrato, y el incumplimiento resolutorio constituya a la vez un vicio de nulidad relativa, para López “prevalece la autonomía de la voluntad, de modo que el acreedor solo podrá instar por la resolución” (p. 193).

Luego, la autora se pregunta si la tutela aniquilatoria existente en ambas fases (precontractual y contractual) es simétrica o no. Sobre la base de los diferentes efectos que la nulidad y la resolución producen y los distintos plazos de prescripción aplicables, la autora concluye que no lo son. Estas diferencias se acrecientan por la postura que la profesora López sostiene en materia de resolución, atribuyéndole una retroactividad limitada solo a ciertas hipótesis.

El segundo binomio tratado en la obra dice relación con la tutela resarcitoria, el que está compuesto por la indemnización precontractual y la indemnización contractual. Sobre este punto, destacamos que la profesora López advierte que la tutela resarcitoria que se brinda en las dos sedes es, también, asimétrica. Así, por regla general, la indemnización en sede precontractual solo va a cubrir el interés negativo o de confianza (que busca dejar al acreedor en el estado que se encontraba antes de contratar), se regirá por las reglas de la responsabilidad extracontractual y en la mayoría de los casos deberá esgrimirse de forma complementaria a la nulidad derivada de vicios del consentimiento. En cambio, la indemnización contractual comprende el interés positivo o de cumplimiento (pretendiendo dejar al acreedor en el estado al que hubiera llegado si el deudor hubiere cumplido el contrato), y, tal como sostuvo en su tesis doctoral, la profesora López promueve la autonomía de la acción indemnizatoria en la fase contractual.

El tercer binomio tuitivo analizado por la autora es el de la adaptación del contrato y rebaja del precio. Estos remedios pretenden alcanzar la tutela satisfactoria, pero no están orientados a la obtención de la prestación inicial, sino que a una versión modificada de ella. Sobre esta materia, cabe avisar que la autora es partidaria de una aplicación extensiva de la rebaja del precio como remedio contractual, aplicable no solamente a los casos reconocidos expresamente en el Código Civil, sino que, toda vez que el acreedor haya recibido una prestación defectuosa. No obstante, la autora señala que la adaptación del contrato y la rebaja del precio no tendrán muchos supuestos de confluencia, pues si bien estos medios de tutela “se activan con la ruptura del equilibrio prestacional, en la precontractual este es originario, en tanto en la contractual es funcional” (p. 220). De todas formas, ello podría tener lugar en casos en que se produzca una asimetría prestacional relevante, que pueda situarse tanto en la fase precontractual como en la contractual. Al igual que en los casos anteriores, la profesora López concluye el análisis del binomio adaptación del contrato / rebaja del precio, indicando que la tutela brindada por ellos es asimétrica, lo que se manifiesta en un método de cálculo diverso para alterar los términos del contrato.

Terminando con las zonas de confluencia, la autora aboga por la opción del acreedor para elegir la tutela a la cual acogerse. Con este objeto, la profesora López debe argumentar en contra de lo estipulado en los PICC, los que establecen la incompatibilidad entre los medios de tutela precontractual y contractual (art. 3.2.4). Sobre el particular, destacamos dos de los argumentos que ella esgrime. En primer lugar, sostiene que el derecho de opción es un derecho sucedáneo del derecho de crédito, lo que ha tenido gran aceptación en la doctrina en materia de **concurros horizontales**, por lo cual, a la misma conclusión debería llegarse en materia de **concurros verticales**. En segundo lugar, la interpretación armónica de los artículos 1841, 1861 y 1932 del código de Bello nos llevaría a otorgar la opción al acreedor, “pues una lectura detenida (de dichos artículos) permite sostener que estos, de

una u otra forma, reconocen el derecho a escoger entre la protección que otorga al acreedor la fase precontractual y la contractual” (p. 234).

Finalmente, la profesora López dedica la última sección de su monografía a la **exclusión de tutelas**, es decir, supuestos en que se advierte una imposibilidad de convergencia entre la tutela contractual y la precontractual. La autora comienza revisando la ruptura injustificada de las tratativas preliminares como supuesto de tutela, y descarta, como es previsible, la aplicabilidad de la tutela contractual. Luego, se sumerge en aguas más turbulentas, como el contrato preparatorio frustrado (tanto en su versión vinculante como no vinculante), el incumplimiento de un contrato preparatorio perfecto (los que llega a calificar como actos jurídicos híbridos que se sitúan en ambas fases), y la fuerza económica como vicio del consentimiento.

A modo de comentario general de la monografía, echamos en falta un análisis desde la perspectiva del deudor de los asuntos en ella tratados, y en especial, una evaluación de su derecho a cumplir la obligación. En este punto, la autora sólo se suma a las críticas planteadas por un sector de la doctrina nacional respecto del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, el cual faculta al deudor a interponer la excepción de pago durante todo el estado del juicio. Entendemos que el libro trata sobre la “tutela del acreedor”, pero nos parece que dicha tutela no puede apreciarse completamente sin ser contrastada con los derechos del deudor.

Cabe destacar que este es un tema plenamente vigente en el denominado “Derecho Uniforme de los Contratos”, en donde se reconoce el derecho del deudor a subsanar su incumplimiento y a solicitar más tiempo para cumplir su obligación. Así puede verse en la CISG, PECL y PICC, que reconocen y regulan estos derechos, fundados en criterios de eficiencia económica, de manera que el “remedio” del acreedor no sea más gravoso que la “enfermedad” causada por del deudor. La debida valoración de estos derechos necesariamente se traduce en una reducción de la libertad del acreedor para escoger qué medios de tutela puede escoger y cuándo puede activarlos, lo cual, seguramente impacta el funcionamiento y aplicación de los binomios tuitivos propuestos por la profesora López.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece que la obra de la profesora López constituye una gran contribución a la dogmática del Derecho Civil, pues analiza asuntos de alta complejidad y de escaso tratamiento doctrinal en nuestro país, y promueve audaces formas de entender viejas instituciones jurídicas con la finalidad de estructurar un sistema coherente de medios de tutela para el acreedor. Muchas de ellas, probablemente, serán debatidas en la academia, al ir en contra de dogmas sumamente enraizados en nuestra tradición jurídica. Recuérdese, por ejemplo, la desjudicialización de la nulidad relativa esbozada por la autora.

Por último, destacamos la buena escritura y edición de la obra. Ella cuenta con un lenguaje simple pero elegante a la vez, y se encuentra bien organizada, dividida en partes, capítulos y secciones lógicamente concatenadas, lo cual facilita su lectura. Por todo lo anterior, el libro de la profesora Patricia López constituye, sin duda, un material de consulta obligatoria para todos quienes estudien la tutela precontractual y su relación con los remedios contractuales.



PALANZA, Valeria (2019): *Checking Presidential Power. Executive Decrees and the Legislative Process in New Democracies* (Cambridge, Cambridge University Press) 245 pp.

Valeria Palanza, profesora del Instituto de Ciencia Política de la P. Universidad Católica de Chile, ha escrito una magnífica obra a la que debe prestar atención tanto la comunidad jurídica como aquella que reúne a los cientistas políticos. Y es que en este libro, publicado por Cambridge University Press, desarrolla al mismo tiempo modelos y fórmulas matemáticas tan comunes en la ciencia política, como reflexiones sobre instituciones jurídicas y reglas constitucionales a las que presta atención el derecho.

El planteamiento de la autora se construye sobre una realidad común en Latinoamérica: los presidentes de la región utilizan como mecanismo para dictar leyes los denominados decretos de emergencia, esto es, fórmulas excepcionales de legislación que no siguen el proceso tradicional de discusión y aprobación de un proyecto de ley. Son, como su nombre lo dice, mecanismos de emergencia, excepcionales, con un ámbito regulatorio teóricamente acotado.

Sobre esta realidad, el libro –y en particular el capítulo 2– gira en torno a una pregunta: ¿por qué los presidentes eligen para llevar adelante su programa, en ocasiones la vía legislativa y en otras los decretos de emergencia? ¿Qué es lo que hace que, estando ambos caminos disponibles, a veces se elija uno y otras veces el otro? La respuesta tradicional para el derecho sería que la vía elegida es aquella que autoriza la Constitución. La ciencia política, más atenta a los incentivos y algo escéptica de los formalismos, ha respondido a esta disyuntiva incorporando factores económicos y partidistas. Así, algunos autores han planteado que en situaciones de crisis económicas o de gobiernos unificados el uso de decretos de emergencia sería más frecuente.

Pero la tesis del libro se aleja de la opinión común y plantea, sobre todo en el capítulo 3, que la elección entre decreto o proyecto de ley está determinada por el derecho, pero también por otro factor determinante: el compromiso institucional que detentan ciertos actores del juego político y, más precisamente, los parlamentarios y jueces. Si el compromiso institucional de estos actores es alto, se reduce la opción de dictar decretos de emergencia. Si es bajo, aumenta.

El concepto de “compromiso constitucional” ya es una novedad para los juristas. La obra nos dice que éste “representa el valor que los políticos asignan a sus prerrogativas” (p. 19); y que será mayor o menor según sea el horizonte de tiempo del político en su cargo actual y las metas de su carrera política (p. 185). Así, llegado el momento de testear la hipótesis con casos reales como Brasil (capítulo 4) y Argentina (capítulo 5), el libro sostiene que en Brasil el uso de decretos de emergencia es menor porque el compromiso institucional de su Congreso es relativamente alto. Por el contrario, en Argentina el uso de los decretos de emergencia es elevado porque el compromiso de los congresistas con su institución es bajo. Lo mismo se desprende del estudio comparado de otra serie de países, incluido Chile, que la profesora Palanza emprende en el capítulo 6.

La idea que sea el vínculo entre un poder y sus integrantes el que aumenta o reduce el cumplimiento de las reglas desafía la mente de los juristas. Aun cuando Madison, en el Federalista 51, había destacado que la “motivación personal” de quienes administran cada

uno de los poderes sería el “gran resguardo” contra la concentración del poder, el constitucionalismo levanta la teoría de los pesos y contrapesos desde las atribuciones de las diversas instituciones disociando de alguna manera éstas de quienes las integran. El libro de Palanza profundiza en esta ecuación pues afirma que para hacer exigible los pesos y contrapesos no bastan las normas que establecen las atribuciones y derechos de cada poder ni las reglas que regulan el proceso legislativo. Se necesita, una voluntad de hacer cumplir tales reglas. Y por eso sostiene que “el único factor que puede llevar a los actores del juego político a cumplir los límites constitucionalmente impuestos es la existencia de altos niveles de compromiso con los derechos establecidos para los diversos actores” (p. 47).

¿Y cómo se fortalece el compromiso institucional? El libro entrega algunas señales. Por ejemplo, lo asocia a la duración de las carreras o la seguridad en la posición. Si los ministros de Corte Suprema o los parlamentarios están en sus cargos por muy breve tiempo, el compromiso institucional será menor; y con ello también será bajo el entusiasmo para actuar como contrapeso al otro poder.

Todo lo dicho es valioso pues introduce un elemento esencial en el diseño institucional que ha sido poco estudiado por el derecho. Si el cumplimiento de los roles tiene una relación directa con el compromiso institucional no basta, como escribía Madison, con construir “ambiciones” institucionales, sino que es necesario prestar atención a los compromisos individuales. Y si el compromiso institucional se vincula con el horizonte de tiempo que permanece la autoridad en el cargo, debemos intentar crear cultura y compromiso institucional a través de carreras más estables. Si ese es el camino, tenemos entonces varias respuestas a temas contingentes: ¿vale la pena limitar la reelección de los parlamentarios? ¿Debemos crear un servicio civil más robusto que fortalezca la permanencia en el cargo de los funcionarios públicos?

El libro no responde esas preguntas y no debe hacerlo. Sin embargo, al iluminar el compromiso institucional como un factor determinante para la eficacia de los pesos y contrapesos, la obra nos abre nuevos escenarios en torno a los cuales debemos reflexionar.

Una segunda reflexión que desarrolla el libro se relaciona con el rol del Poder Judicial. El primer capítulo, junto con repasar la literatura sobre congresos y potestad legislativa de emergencia, profundiza en los actores de los procesos de elaboración de políticas públicas. Y entre ellos incorpora al Poder Judicial como un actor clave para el proceso de elaboración de la ley, al punto que puede decirse que trata a los jueces como políticos. El punto no es trivial. Solemos pensar el proceso político como uno en que solo interactúan “políticos elegidos” o “políticos de partido”; y no jueces. Solemos pensar el proceso de elaboración de la política pública como uno en que solo los políticos maximizan sus preferencias; y no pensamos que en ese proceso intervienen jueces que también maximizan sus preferencias sin que éstas sean necesariamente velar por el apego a la ley o la Constitución. El libro lo recuerda una y otra vez.

Está muy bien que la ciencia política nos recuerde que la estructura de incentivos de actores como los jueces no es muy distinta a la estructura de incentivos de los políticos. Richard Posner, profesor de la Universidad de Chicago y, al mismo tiempo, prolífico juez de una de las cortes de apelaciones de Estados Unidos, titulaba una de sus investigaciones preguntándose qué maximizan los jueces. Y su respuesta fue que maximizan lo mismo

que todos nosotros que no somos jueces. Así el juez no es el Hércules de Dworkin; no es el “oráculo viviente” de Blackstone ni (si lo decimos desde la literatura) el juez intuitivo y sensible del “Juez rural” de Pedro Prado; ni el juez reformador social de Emmanuel Carrere en “De vidas ajenas”. Es cierto que tampoco es el magistrado frío y maximizador de Posner. Posiblemente es un poco de todo eso y, como lo muestra Palanza, también un actor más del juego político, con sus legítimos incentivos y compromiso institucional.

Al plantearlo así, no quiero decir que los jueces están traicionando su misión. Solo creo que los juristas y la enseñanza del derecho debe tener en cuenta que los jueces son también actores (a veces más activos; a veces menos activos) del proceso de elaboración de las políticas públicas. Y que también ellos, como todos, pueden tener mayor o menor compromiso institucional que los llevará a velar con indeterminada intensidad por las reglas que deben aplicar y hacer exigibles. Este es un planteamiento recurrente de la autora a lo largo de su obra que los juristas no deben desatender; esto tanto para escrutar el trabajo de esos jueces como para cuestionarlo cuando vayan demasiado lejos.

Un último aspecto en que el libro contribuye al derecho es para ratificar el creciente debilitamiento de la ley como la principal fuente del derecho.

A esta altura ya no es novedad afirmar que la ley ha perdido fuerza en el derecho contemporáneo frente a otras expresiones normativas. Por ejemplo, en aquello que dice relación con ámbitos regulatorios, la ley –general por definición– ha dado paso desde hace décadas a regulaciones infralegales que emanan de agencias o servicios estatales especializados. Igualmente, por la vía del control de convencionalidad y la interpretación conforme a la Constitución los contornos de la ley están siendo dibujados fuera del ámbito legislativo.

Este libro ilumina el mismo fenómeno desde otra perspectiva. Muestra cómo en Latinoamérica la ley, esa fuente del derecho que emana de los congresos tras un proceso de deliberación abierto y competitivo, ha perdido fuerza ante los decretos de emergencia. Estos últimos, que emanan del Ejecutivo tras un proceso de deliberación que no es ni abierto ni competitivo, regulan con igual fuerza diversas materias que antes correspondían a la ley. Una cita del libro a una declaración, tan brutal como sincera, de algún alto oficial argentino nos muestra la tensión. Ante los rumores de la expropiación de Aerolíneas Argentinas el año 2008, un alto oficial sostuvo: “la expropiación se anunciará como primera medida; después se verá qué conviene, si ley o decreto”. Y esto está ocurriendo no solo en Latinoamérica. La obra trae ejemplos de Estados Unidos y Rusia, entre otros.

Lo que ocurre es que estamos ante un fenómeno global: los ejecutivos –sea en regímenes presidenciales o parlamentarios– han empezado a concentrar el poder. Y parece dar lo mismo si la causa de esto es la inoperancia de los congresos, la inmediatez o el menosprecio por la deliberación. Lo relevante es que la ciudadanía exige respuestas inmediatas que la separación de poderes y los pesos y contrapesos parecen dificultar.

Por eso el libro nos muestra un fenómeno que, para el derecho y en general para el ejercicio del poder, es un antecedente más de un fenómeno global: el creciente escepticismo de la ley como fuente central del derecho y el creciente empoderamiento de otras fuentes que emanan directamente de los ejecutivos.

En definitiva, la obra es un aporte novedoso para el derecho y la enseñanza del derecho constitucional. Su lectura no solo sugiere las ideas que he esbozado, sino que abre un

interesante campo para que el derecho constitucional siga profundizando en su diálogo con la ciencia política. Solo así podrá el constitucionalismo tomar de ella conceptos y planteamientos como los que nos propone la autora, que son relevantes para el diseño de instituciones y para la administración del poder.

SEBASTIÁN SOTO VELASCO  
*P. Universidad Católica de Chile*

# LOS HEREDEROS NO REQUIEREN DEL CONSENTIMIENTO DE LOS DEMÁS PARA DISPONER DE SU CUOTA HEREDITARIA REFERIDA A UN INMUEBLE

## *HEIRS REQUIRE NO CONSENT OF THE OTHER HEIRS IN ORDER TO TRANSFER THEIR HEREDITARY QUOTA REFERRED TO A REAL ESTATE*

MIGUEL J. DIBARRART F.\*

**RESUMEN:** Nuestro máximo tribunal de justicia ha resuelto recientemente una cuestión que no parecía haber suscitado dudas hasta el momento, pero que ha revelado que existen voces disidentes que podrían poner en entredicho la tradicional mirada sobre las facultades del propietario de una cuota, en orden a enajenarla sin autorización de los demás comuneros. La discusión se enmarca en la cuota del derecho real de herencia, pero referida a un bien singular, desde la óptica del artículo 688 del Código Civil. Además, la sentencia genera interrogantes que simplemente quedan planteadas al lector.

**Palabras clave:** derecho sucesorio, enajenación de cuota, derecho real de herencia referido a un bien singular, efecto declarativo de la partición, inscripción especial de herencia.

**ABSTRACT:** The Supreme Court has recently resolved an issue that has revealed that dissenting voices exist which could question the traditional view of the faculties of the owner of a quota, in order to transfer it without authorization of the other co-owners. The discussion is framed in the quota of the right of inheritance, but referred to a singular asset, from the perspective of Article 688 of the Civil Code. In addition, the decision of the Court raises questions that are just formulated for the reader.

**Keywords:** inheritance law, transfer of quota, right of inheritance referred to a singular asset, declarative effect of the partition, special inscription of inheritance.

### 1. ANTECEDENTES

Mediante la sentencia pronunciada el 14 de marzo de 2018 en el recurso de casación en el fondo causa rol 33770-2017, la Excelentísima Corte Suprema resolvió que la exigencia de disponer “de consuno” de los inmuebles hereditarios, impuesta por el artículo 688, N° 2 del Código Civil, solo se refiere a los casos en los cuales los herederos pretenden disponer de todo el inmueble, pero no para los casos en que un heredero dispone de una cuota en la comunidad hereditaria, sea o no referida a un inmueble en particular. Para ello se funda en “el conjunto de normas que permiten al comunero disponer autónomamente de su cuota”, es decir, los artículos 1812, 1320, 2417, 1110 y 892 del Código Civil. Si bien

---

\* Abogado (PUC). Magíster en Derecho Privado de la Universidad de Concepción. Profesor ayudante de Derecho Civil de la P. Universidad Católica de Chile. Código Orcid: 0000-0001-9022-2931. Dirección postal: Av. Apoquindo 3721, Piso 22, Las Condes, Santiago. Dirección electrónica: mjdbarr@uc.cl.

esto no parecía ser una materia en discusión, lo cierto es que con motivo del presente caso, según veremos, nuestro máximo tribunal tuvo que invocar interesantes argumentos que analizaremos más adelante, rechazando de este modo la tesis contraria que había sido consagrada recientemente mediante un artículo de doctrina.

El recurso de casación en el fondo que motivó la sentencia en comento fue deducido por Don Habriel Hernn Rojas Casagna, en contra de la sentencia dictada con fecha 30 de mayo de 2017 por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena. Dicho ilustrísimo tribunal, conociendo de un recurso de apelación, había confirmado lo resuelto por el Tercer Juzgado Civil de Ovalle, el cual había rechazado la demanda deducida por el mencionado señor Rojas Casagna. A continuación se relatan los aspectos más relevantes del proceso ventilado ante el Tercer Juzgado Civil de Ovalle.

Don Habriel Hernn Rojas Casagna demandó de nulidad y reivindicación a su madre, doña María Elena Casagna Araya, y a su hermana, doña María Catalina Rojas Casagna, como asimismo a su sobrino, don Martín Rojas Rojas. Pidió que se declarase la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre las dos primeras, como vendedoras, y el segundo, como comprador, el cual tenía por objeto “todos los derechos y/o cuotas que le [sic] correspondan o puedan corresponderles en la propiedad, individualizada en la cláusula primera [...]”. Fundó su acción de nulidad en los artículos 10 y 1466 del Código Civil, en conjunto con la supuesta vulneración a lo dispuesto en el artículo 688 del Código Civil –a la que atribuye el alcance de norma prohibitiva–. Como consecuencia de dicha declaración de nulidad, solicitó que se dejara sin efecto la inscripción conservatoria del título que solicitaba anular y se ordenara al tercero adquirente restituir el inmueble. Los demandados contestaron la demanda aduciendo una serie de cuestiones de índole familiar y expresando, en lo medular, que las vendedoras solamente dispusieron –tras la inscripción conservatoria– de su derecho o cuota, lo que es claro en el contrato que se pretende anular (en el cual se obligaban a transferir tal derecho o cuota).

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda en todas sus partes, considerando, erradamente a nuestro juicio, que la enajenación que motivó el pleito fue de una cuota en el bien determinado (y no en la herencia, como universalidad jurídica). Así lo expresa el considerando séptimo: “Resulta importante distinguir entre la enajenación de bienes determinados de la herencia; y la enajenación de ésta o de una cuota de ella. En el primer caso lo que se cede o vende es simplemente el bien raíz o una cuota de él, siendo la inscripción la única forma de hacer la tradición. Mientras que en el segundo se estaría enajenando una cuota en la universalidad de la herencia, siendo un contrato de venta del derecho de herencia. Encontrándonos al tenor de lo señalado por el contrato de compraventa que se pretende anular, en el primero de los casos distinguidos”. Agrega que la regla del número 2° del artículo 688 del Código Civil no sería prohibitiva, sino imperativa de requisito, y que las vendedoras solo se habrían obligado a ceder (y habrían cedido posteriormente) la cuota que les pertenecía en el inmueble, es decir, que el objeto de la venta eran “los derechos sobre el inmueble [...] que las cedentes adquirieron *mortis causa*; y no la herencia, en cuanto universalidad jurídica”.

## 2. EL PROBLEMA JURÍDICO TRAS EL CASO

La discusión se enmarca en la posibilidad que tradicionalmente se ha reconocido a los herederos para disponer de su cuota en la herencia (que, recordemos, es una universalidad jurídica), pero referida a un bien determinado que la integra<sup>1</sup>. También se ha reconocido que los efectos de dichos actos de disposición son, en realidad, inciertos, puesto que en la partición de la herencia es posible que el heredero que enajenó su cuota no se adjudique, en definitiva, el bien singular al que refirió su cuota hereditaria al momento de disponer del mismo, sino que, por el contrario, éste sea adjudicado a otro comunero o bien a un tercero<sup>2</sup>. Lo anterior, unido al efecto declarativo de la partición, implica que el título de la enajenación habría sido, en realidad, sobre cosa ajena, por lo que mal pudo transferirse el dominio de la cuota en cuestión, sino que solamente se habilitó al adquirente a ganar dicho dominio por prescripción adquisitiva<sup>3-4</sup>.

Por lo expresado, estimamos equivocados los considerandos de la sentencia de primera instancia, en tanto sostiene que el objeto de la venta —y posterior tradición— son cuotas en el inmueble y no cuotas del derecho real de herencia. Cada heredero no tiene un derecho de dominio —o cuota del mismo— sobre los bienes que integran la universalidad jurídica que es la herencia, sino hasta que se les adjudican los bienes que correspondan<sup>5</sup>. Antes de ello, el heredero solamente tiene el derecho real de herencia, distinto al dominio<sup>6</sup>. En efecto, si los herederos quisieran reivindicar la cosa, tendrían que obrar todos conjuntamente, pues la acción que ejercen es la que tenía el causante<sup>7</sup>, sin perjuicio que por razones de equidad se permita comúnmente al heredero reivindicar su cuota en el bien determinado<sup>8</sup>. De todas formas, técnicamente, la solución no es admisible en nuestra concepción de comunidad universal<sup>9</sup>. Estimamos que lo vendido mediante el contrato celebrado entre las señoras Casagna y Rojas, por una parte, y don César Martín Rojas Rojas, por otra, fue una cuota del derecho real de herencia pero referido a un bien determinado que lo integra, con las dificultades ya vistas. Por lo anterior, hubiera parecido más propio fundar la sentencia del modo en que lo hizo la Excelentísima Corte Suprema al fallar el recurso de casación en el fondo, según se verá en el capítulo siguiente.

El problema de hacerlo de esta manera —es decir, como lo hizo la Excelentísima Corte Suprema— es que no resulta claro por qué habría que practicar la inscripción especial de herencia si lo cedido es el derecho real de herencia (aunque referido a un bien que lo integra) y no el inmueble mismo. Es decir, la Excelentísima Corte Suprema tuvo que determinar que al objeto de la venta —y posterior tradición— se le comunicaba el carácter inmueble

<sup>1</sup> Véase PEÑAILILLO (2006) p. 304; SOMARRIVA (2002) pp. 136 y ss.; y TRONCOSO (2017) p. 63.

<sup>2</sup> SOMARRIVA (2002) pp. 136-137.

<sup>3</sup> PEÑAILILLO (2006) p. 227.

<sup>4</sup> Toda la discusión es también reseñada por ELORRIAGA (2015) pp. 128-129, nota al pie N° 213.

<sup>5</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (1998) pp. 150-152.

<sup>6</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (1998) pp. 150-152.

<sup>7</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (1998) p. 1201, ELORRIAGA (2015) pp. 607-608 y SILVA (1985) pp. 167-168.

<sup>8</sup> ELORRIAGA (2015) pp. 609-611.

<sup>9</sup> ELORRIAGA (2015) p. 608.

del bien que lo integraba. En el párrafo final del considerando cuarto, en efecto, se expresa que “la excepción a las reglas de la comunidad ordinaria consiste en que aquí, para disponer de la cuota, si en la comunidad hay inmuebles es necesario practicar las inscripciones del artículo 688”. Es decir, el artículo 688 del Código Civil tiene aplicación no por tratarse de la enajenación de un inmueble hereditario, sino porque –según reza la sentencia– “en la comunidad hay inmuebles”. Algunos autores concluyen que, a diferencia de lo que ocurre con la tradición del derecho real de herencia, en este caso (cuando lo transferido es dicho derecho pero referido a un inmueble) ésta debe hacerse en la forma dispuesta para los inmuebles, aplicándose también el artículo 688 del Código Civil, sin explicar dichos autores por qué<sup>10</sup>. Sería extremadamente vanidoso abarcar a propósito de este comentario de sentencia una cuestión tan ambiciosa, pero al menos podemos dejar planteada la posibilidad de que, en la sentencia comentada, la Excelentísima Corte Suprema acogió la comunicabilidad del carácter inmueble de un bien que integra la universalidad jurídica a ésta. Yendo un paso más allá, podemos apuntar que este fenómeno de la venta del derecho real de herencia referido a un inmueble siempre generará esta contradicción con la clásica tesis de don Leopoldo Urrutia que parece ser la mayoritaria<sup>11</sup>, pues, en estricto rigor, no hay fundamento para practicar la inscripción conservatoria. De seguirse el predicamento en todas sus consecuencias, en estricto rigor no habría existido aún tradición, pues en el título no se expresó que se hacía la tradición del derecho en ese acto y la inscripción solo es la forma de hacer tradición de los inmuebles, no encontrándonos frente a un bien de esa naturaleza. Las interrogantes expresadas quedan planteadas al lector, bastando, para estos efectos, dejarlas identificadas.

No analizaremos aquí otra dificultad jurídica que se hubiera suscitado en caso de resultar aplicable el número 2° del artículo 688 del Código Civil, que se refiere, por una parte, a la naturaleza que tiene dicha disposición (si es prohibitiva o imperativa de requisito)

<sup>10</sup> SOMARRIVA (2002) p. 136 y TRONCOSO (2017) p. 63.

<sup>11</sup> ELORRIAGA (2015) pp. 105, 118-120 y PEÑAILILLO (2006) pp. 308-309. La tesis de don Leopoldo Urrutia se encuentra en URRUTIA (1909 y 1910), mientras que la tesis contraria se encuentra en GUTIÉRREZ (1910). A grandes rasgos, la tesis de don José Ramón Gutiérrez propugna que el derecho real de herencia sería clasificable como mueble o inmueble, según los bienes que lo componen. En consecuencia, en caso que la herencia esté compuesta por algún bien inmueble, para efectuar la tradición de aquélla deberán seguirse las reglas dadas para esta clase de bienes. Por otra parte, don Leopoldo Urrutia sostiene que la herencia es una universalidad jurídica distinta de los bienes que la componen, escapando a la clasificación de muebles e inmuebles, y agrega que la inscripción sería una forma excepcional de efectuar la tradición, mientras que la regla general estaría constituida por los medios recogidos en el artículo 684 del Código Civil, bastando para efectuarla la manifestación de la intención de transferir el dominio. Una teoría distinta, que considera que la noción misma de derecho real de herencia es una abstracción innecesaria en nuestro sistema jurídico, puede encontrarse en SOZA (2004). Esta última autora sostiene, en base a su interpretación de los textos legales vigentes, que tras el otorgamiento del título traslativo de dominio, entendiendo la cesión como tal, la forma de hacer la tradición de lo cedido “depende de si se cede la herencia o la cuota hereditaria. En el primer caso, deben cederse las cosas de acuerdo con la naturaleza de las mismas; en caso de cederse una cuota, la entrega es meramente simbólica”. Para efectos de ilustrar la determinación de la forma de hacer la tradición de los diversos efectos que componen la herencia, compara la situación con lo que ocurre con la venta de un establecimiento de comercio. Ahora bien, cuando se trata de la cesión de una cuota en la comunidad hereditaria, sostiene que no se estaría cediendo la propiedad de determinados bienes, sino que un derecho *proindiviso* que tiene en la comunidad, el cual permitirá al adquirente pedir la partición de dicha comunidad.

y, por otra parte –y consecuentemente–, la sanción que traería aparejada su infracción<sup>12</sup>. Al no haber sido infringida la mencionada regla, no tuvo importancia su calificación y sanción. Resulta, interesante, no obstante, hacer notar que la sanción que el demandante solicitó aplicar era la nulidad absoluta del título traslativo de dominio, sanción que fue abandonada por confundir el sistema dualista de adquisición del dominio<sup>13</sup>, entre otras razones.

Reconocida que sea, entonces, la posibilidad de los herederos de disponer de sus respectivas cuotas en la universalidad jurídica que es la herencia, pero referidas a un bien determinado que integra dicha universalidad, surge el problema de determinar si para disponer de su respectiva cuota, el heredero debe o no contar con el consentimiento de los demás herederos que forman parte de la comunidad hereditaria. Ésta es médula de la sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema. La duda surge debido a lo prevenido en el artículo 688 del Código Civil, en orden a que los herederos solo pueden disponer de consuno de los inmuebles hereditarios una vez practicada la inscripción especial de herencia –y antes, como es evidente, de efectuada la partición–. Dicho de otro modo, la discusión está referida a si la norma contenida en el número 2° del artículo 688 del Código Civil es aplicable solamente a los actos de disposición sobre los inmuebles hereditarios, o bien si es también aplicable a los actos de disposición sobre la cuota del heredero referida a dichos inmuebles en particular.

La postura que rechazó la Excelentísima Corte Suprema, la cual propugna la aplicación del mencionado artículo incluso para la enajenación de cuotas del derecho real de he-

<sup>12</sup> Sobre el particular, véase ELORRIAGA (2015) pp. 132-135 y PEÑAILILLO (2006) pp. 305-307. Nuestra jurisprudencia ha sido errática para determinar la sanción que debe aplicarse para el caso en que se contravenga lo dispuesto en el artículo 688 del Código Civil. Según recoge el primero de los autores antes citados, nuestros tribunales han aplicado las siguientes sanciones: a) Nulidad absoluta del título traslativo de dominio, fundados en que el artículo 688 del Código Civil sería una norma prohibitiva y en que toda la organización de la propiedad raíz sería una materia de orden público. Esta solución ha sido criticada por ser el artículo en comento, en realidad, una norma imperativa, por la posibilidad de sanear la supuesta nulidad absoluta conforme a lo dispuesto en el artículo 682 del Código Civil y por la imposibilidad de sanearla por el lapso de 10 años, todo lo cual daría cuenta de una sanción distinta a la nulidad absoluta; b) Nulidad de la tradición, solución criticada también por la posibilidad de sanear la nulidad conforme al artículo 682 del Código Civil y por la contradicción que implica sostener que el título sería válido y que no lo sería la tradición, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1810 del mismo cuerpo legal; y c) considerar al adquirente un mero tenedor, que es la tesis vigente. Esta última sanción considera que el adquirente de inmuebles hereditarios a cuyo respecto no se han cumplido con las inscripciones ordenadas por el artículo 688 del Código Civil, no adquiere el dominio ni la posesión. Los partidarios de esta solución sostienen que en este caso la ley establecería una sanción específica distinta de la nulidad, por medio del artículo 696 del Código Civil. Esta solución es también criticada por las siguientes razones: por no tomar en consideración que el adquirente no reconoce dominio ajeno, elemento central de la definición de mera tenencia, porque se daría el absurdo de resultar los herederos beneficiados, al conservar el dominio y la posesión, al no practicar las inscripciones conservatorias ordenadas y porque no podría entenderse que el artículo 696 del Código Civil se remitiera al artículo 688 del mismo cuerpo legal, por las razones que expresa el autor citado. Dicho autor descarta luego una cuarta solución, aunque no recogida por la jurisprudencia, que es la nulidad relativa de la tradición. Ello, pues aunque estima que la idea es atractiva, se estrella con la imposibilidad de sanear la omisión de las inscripciones conservatorias por el transcurso del tiempo, saneamiento que sí es posible para la nulidad relativa. Finalmente, el autor citado propone como sanción a la omisión de las inscripciones ordenadas por el artículo 688 del Código Civil que se considere al adquirente como poseedor del inmueble hereditario, habilitado para adquirir por usucapión, debido a la imposibilidad de calificarlo como un mero tenedor, por su ánimo de dueño, y por impedir el artículo en comento que sea considerado dueño.

<sup>13</sup> ELORRIAGA (2015) pp. 132-135 y PEÑAILILLO (2006) pp. 305-307.

rencia referidas a un bien particular, es sistematizada en un reciente artículo de doctrina<sup>14</sup>, el cual funda –a grandes rasgos– dicha postura en los siguientes argumentos: a) Por tratarse de una comunidad en una cosa singular (el inmueble hereditario), la naturaleza de ésta se comunicaría a la cuota de cada comunero, en aplicación del artículo 580 del Código Civil; b) La regulación de la tradición del derecho real de herencia (que permite al heredero disponer del mismo por sí, sin requerir la intervención de la voluntad de los demás herederos) diferiría del tratamiento de la disposición de inmuebles hereditarios o sus cuotas (en que se exigen las inscripciones mencionadas en el artículo 688 del Código Civil); c) En otras disposiciones del Código Civil, la expresión “inmueble” se interpreta como referida tanto al bien mismo como a los derechos que recaen sobre él, como sucedería en los casos de los artículos 1749, 393, 141, 142 y 254 del Código Civil; d) La disposición del artículo 688 resultaría innecesaria, derivándose la consecuencia de las normas de la comunidad, lo que se vería reforzado por la ausencia de una exigencia similar en los títulos X del libro III y XXXIV, párrafo 3, del Libro IV; d) El artículo 688 del Código Civil sería especial frente a los artículos 1320 y 1812 del mismo código. El artículo 688 también se preferiría al artículo 2417, en tanto para hipotecar la cuota de un bien hereditario también se requeriría que los herederos actuaren de consuno, como lo exigirían los Conservadores de Santiago y de San Miguel. Concluye el autor señalando que la explicación a esta diferencia entre la comunidad hereditaria y la comunidad en general viene dada porque no tiene por fuente la voluntad de las partes, sino la del causante, de la ley o de ambas (según se trate de sucesión testamentaria, en el primer caso, abintestato, en el segundo, y mixta, en el tercero). Finalmente, el autor citado hace presente un “escollo” con el cual colisiona esta postura, el que consistiría en una desigualdad no razonable entre los herederos y los terceros adquirentes de las cuotas de los mismos inmuebles hereditarios, a quienes no regiría el artículo 688 del Código Civil. También resultaría inarmónico que un mismo inmueble fuera “hereditario” para algunos de sus copropietarios y no lo fuera para otros.

### 3. LA DECISIÓN DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

La solución adoptada por la Excelentísima Corte Suprema en el fallo en comento es, en armonía con lo sostenido previamente por ella misma<sup>15</sup> y por la doctrina nacional<sup>16</sup>, que el común acuerdo es exigible solamente cuando se pretende disponer de todo el inmueble (“lo que es explicable en toda comunidad”, según refiere el fallo), pero no para los casos en que se dispone de una cuota en la comunidad hereditaria, sea o no referida a un inmueble en particular. Para ello se funda en “el conjunto de normas que permiten al comunero disponer autónomamente de su cuota”, es decir, los artículos 1812, 1320, 2417, 1110 y 892 del Código Civil.

<sup>14</sup> ORREGO (2009) pp. 189-201. Se analiza solamente la denominada “primera variante”, que es la que podría reclamar cierta aplicación en el caso resuelto por la Excelentísima Corte Suprema.

<sup>15</sup> SÁNCHEZ CON FUENZALIDA (2007). Además de la sentencia mencionada, que fue citada en el propio fallo, podemos agregar GÓMEZ CON HADDAD (2016), DARRAS CON VALLEJOS (2015), DONOSO CON DONOSO (2011) y LEÓN CON MUÑOZ (1905).

<sup>16</sup> SILVA (1985) pp. 247 y ss.

El principal argumento de la Corte podría ser ampliado o desarrollado señalando que el número 2° del artículo 688 del Código Civil puede dividirse en dos reglas: por una parte exige que se practique la inscripción especial de herencia para disponer de un inmueble hereditario (como lo sería el inmueble en su totalidad y también las cuotas del mismo) y por otra parte exige que todos los herederos consientan en la disposición del bien, exigencia que no es más que una aplicación de las reglas de toda comunidad (y no solamente la hereditaria). De esa forma, los argumentos dados por la tesis desechada por la Corte son, en realidad, argumentos para sostener por qué es necesario practicar las inscripciones del artículo 688 del Código Civil tanto para los inmuebles como para las cuotas o derechos en los mismos (en lo que coincide el fallo), pero en lo que erraría sería en hacer aplicable, además de dicha exigencia de inscribir, lo señalado en la segunda regla del artículo en comentario, regla que –según se vio– no es más que la aplicación de las reglas generales en materia de comunidad. Por eso, si bien es necesario practicar la inscripción especial de herencia para disponer de un inmueble hereditario o cuotas o derechos en los mismos –comunicándose en este caso el carácter inmueble, precisamente por estar referida a un bien singular inmueble–, no es necesario que concurran con su voluntad aquellos cuyos derechos no se ven afectados por la disposición.

De la forma antes expresada, la tesis desechada por el fallo de la Excelentísima Corte Suprema resulta solo parcialmente contradictoria con éste, en lo que intenta extender las consecuencias de su razonamiento más allá de la exigencia de practicar la inscripción especial de herencia para disponer de la cuota hereditaria referida al inmueble de que se trate, lo cual ya constituye una importante consecuencia. Así pareciera expresarlo la sentencia comentada en su parte medular: “la excepción a las reglas de la comunidad ordinaria consiste en que aquí, para disponer de la cuota, si en la comunidad hay inmuebles es necesario practicar las inscripciones del artículo 688, pero no más; practicadas las aludidas inscripciones el comunero puede disponer de su cuota en la comunidad hereditaria o de su cuota en ella referida a un inmueble sin el consentimiento de los demás; el común acuerdo (de consenso) está requerido para disponer del inmueble (de todo él), lo que es explicable en toda comunidad (...)”.

#### 4. CONCLUSIONES

El número 2° del artículo 688 del Código Civil tiene, en realidad, dos reglas. La primera de ellas exige que, para disponer de un inmueble hereditario es necesario practicar la inscripción especial de herencia. La segunda regla es simplemente una reiteración de la aplicación de los principios que rigen a toda comunidad: que el común acuerdo es exigible solamente cuando se pretende disponer de todo el inmueble (“lo que es explicable en toda comunidad”, según refiere el fallo), pero no para los casos en que se dispone de una cuota en la comunidad hereditaria, sea o no referida a un inmueble en particular.

Ahora bien, el fallo analizado deja abiertas una serie de interrogantes, entre ellas, qué debe entenderse en las hipótesis de tradición de una cuota del derecho real de herencia referida a un inmueble. Es decir, si debe entenderse que se está transfiriendo una cuota del derecho real de herencia o bien una cuota del dominio del bien, última solución que,

a nuestro juicio, produciría una “arritmia” en el sistema sucesoral chileno. Optando por la primera alternativa, y como consecuencia de ella, resulta dudoso que rija para este caso lo dispuesto en el artículo 688 del Código Civil, considerando que no hay disposición de un inmueble. Ello, como es evidente, salvo que se reconozca abiertamente que el carácter inmueble se le comunica al derecho real de herencia por el solo hecho de comprender bienes de esa naturaleza, tal como parece haberlo hecho la sentencia analizada.

El fallo, al rechazar la demanda por las razones vistas, no dio la oportunidad de conocer un pronunciamiento reciente de la Excelentísima Corte Suprema acerca de las discusiones que persisten sobre el artículo 688 del Código Civil, en cuanto a su naturaleza (es decir, si se trata de una norma prohibitiva o imperativa de requisito) y en cuanto a la sanción que acarrea su infracción (si acaso es nulidad, de qué clase y de qué acto, esto es, del título, de la tradición o de ambos). Lo anterior hubiese sido interesante, considerando que el demandante había solicitado declarar la nulidad del título traslativo de dominio.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1998): *Derecho Sucesorio*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- ELORRIAGA, Fabián (2015): *Derecho Sucesorio* (Santiago, Thomson Reuters, tercera edición).
- GUTIÉRREZ, José Ramón (1910): “Cesión de derechos hereditarios”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo VII, Primera Parte.
- ORREGO, Juan Andrés (2009): “Alcance de la frase ‘podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios’”, en VV.AA (edit.) *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Concepción 2009* (Santiago, Editorial Legal Publishing) p. 189 y ss.
- PEÑAILILLO, Daniel (2006): *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SILVA, Enrique (1985): *Acciones, actos y contratos sobre cuota* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- SOMARRIVA, Manuel (2002): *Indivisión y partición* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).
- TRONCOSO, Hernán (2017): *De los bienes* (Santiago, Editorial Legal Publishing, segunda edición actualizada).
- URRUTIA, Leopoldo (1909): “Cesión de derechos hereditarios”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo VI, Primera Parte.
- URRUTIA, Leopoldo (1910): “Cesión de derechos hereditarios”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo VII, Primera Parte.

### NORMAS CITADAS

CÓDIGO CIVIL, Artículos 10, 141, 142, 254, 393, 580, 682, 684, 688, 696, 892, 1110, 1320, 1466, 1810, 1812, 1749 y 2417.

## JURISPRUDENCIA CITADA

*GÓMEZ CON HADDAD* (2016): Corte Suprema, 30 de marzo de 2016, Rol 8234-2015 (recurso de casación en el fondo).

*DARRAS CON VALLEJOS* (2016): Corte Suprema, 13 de julio de 2015, Rol 32364-2014 (recurso de casación en el fondo).

*DONOSO CON DONOSO* (2016): Corte Suprema, 19 de octubre de 2011, Rol 10030-2010 (recurso de casación en el fondo).

*LEÓN CON MUÑOZ* (1905): Corte Suprema, 23 de septiembre de 1905 (recurso de casación en el fondo), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, II, sección 1ª, pp. 130-138.

*SÁNCHEZ CON FUENZALIDA* (2007): Corte Suprema, 13 de agosto de 2007, Rol 2579-2006 (recurso de casación en el fondo).



## EL ASUNTO DE LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR UN ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, DE FECHA 1 DE OCTUBRE DE 2018

*THE CASE ON THE OBLIGATION TO NEGOTIATE AN ACCESS TO THE PACIFIC OCEAN: CASE-NOTE ON THE JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, DATED 1 OCTOBER 2018*

SEBASTIÁN LÓPEZ ESCARCENA\*

**RESUMEN:** La sentencia de fondo en el asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico le puso fin a una aventura judicial que Bolivia comenzara cinco años antes en contra de Chile. Esta no solo resume más de un siglo y medio de intercambios diplomáticos entre ambos estados, sino que los analiza desde la perspectiva del derecho internacional. Poco se innovó en este fallo respecto de tratados, actos unilaterales y comportamientos recíprocos de los estados. Más interesante es la reiteración que hizo el tribunal de las obligaciones de medios y de resultado, por un lado, y de los acuerdos tácitos, por otro. Esta sentencia, sin embargo, marca un antes y un después en las relaciones boliviano-chilenas, y pasa a constituir un verdadero *tour de force* de su evaluación jurídica.

**Palabras clave:** Corte Internacional de Justicia; obligación de negociar; tratados; actos unilaterales; comportamientos recíprocos

**ABSTRACT:** The judgment on the merits of the case on the obligation to negotiate an access to the Pacific Ocean put an end to a judicial adventure that Bolivia started five years before against Chile. It not only resumes more than a century and a half of diplomatic exchanges between both states, but also analyses them from the perspective of international law. Little is new in this judgment with respect to treaties, unilateral acts and reciprocal behaviour of states. More interesting is the reiteration made by the tribunal of the obligations of means and of result, on one side, and of tacit agreements, on the other. This decision, however, marks a turning point in the Bolivian-Chilean relations, and constitutes a veritable tour de force of its legal evaluation.

**Keywords:** International Court of Justice; obligation to negotiate; treaties; unilateral acts; reciprocal behaviour.

---

\* Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, e investigador asociado (*associate fellow/membre associé*) del Centro para el Estudio de la Gobernanza Global de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, y del Instituto de Investigación en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad de París 1 "*Panthéon-Sorbonne*", Francia. PhD (Edimburgo), LLM (Leiden), Abogado y Licenciado en Derecho (Católica de Chile). Dirección postal: Alameda 340, Edificio de Derecho, 8331150, Santiago de Chile. Correo electrónico: rlopeze@uc.cl

## INTRODUCCIÓN

El 1 de octubre de 2018, un demudado Evo Morales terminaba de escuchar la lectura que el juez Abdulqawi Ahmed Yusuf hacía de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, recaída en el asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico. El contraste entre la expresión del presidente de Bolivia y el triunfalismo exhibido por la delegación de ese país unos minutos antes, no podía ser mayor. Cuando en 2015 el tribunal aceptó tener competencia para resolver este caso, muchos interpretaron la decisión sobre excepciones preliminares como una especie de prejuizamiento de lo solicitado en el fondo por Bolivia<sup>1</sup>. En un lapidario fallo, la Corte resolvió tres años después que Chile no había contraído obligación alguna con el estado demandante<sup>2</sup>. Con su sentencia, el tribunal dio cuenta de más de un siglo y medio de negociaciones entre ambos estados. Descartando posibles tratados, actos unilaterales, estoppel y aquiescencia, esta sentencia puso fin de forma abrupta a toda una época en las relaciones bilaterales boliviano-chilenas, marcada por un negacionismo victimista, de un lado, y la reticencia a modificar el *statu quo*, del otro. En 177 párrafos, el tribunal se refirió a la guerra que enfrentó a Chile con Bolivia y Perú entre 1879 y 1884; a los tratados que celebró Bolivia con Chile en 1895, y que nunca entraron en vigor; al Tratado de Paz y Amistad de 1904, vigente desde ese año; a ciertas iniciativas diplomáticas de los años 20; al intercambio de notas entre Bolivia y Chile de 1950; al proceso de Charaña de los 70; a ciertas resoluciones de la Organización de Estados Americanos (OEA); a las negociaciones boliviano-chilenas de la década de 1980; y a aquéllas que tuvieron lugar entre las partes litigantes a principios de este siglo. El siguiente comentario hace un breve recuento del proceso ante la Corte en este caso, de los presupuestos con los que esta comenzó su análisis de la controversia, de cada una de los momentos en que Chile supuestamente contrajo una obligación de negociar una salida soberana al mar para Bolivia, y de la evaluación que hizo el tribunal de estos episodios, para terminar con una breve explicación de la importancia de esta sentencia para el derecho internacional, y de las causas y consecuencias de la derrota boliviana.

### 1. JUDICIALIZANDO LA HISTORIA

El capítulo cuarto, título VIII, de la Constitución Política de Bolivia se denomina “Reivindicación marítima” y tiene solo dos disposiciones. Una de estas es el Artículo 267, que establece para Bolivia un “derecho irrenunciable e imprescriptible sobre el territorio que le dé acceso al Océano Pacífico y su espacio marítimo”. Como agrega esta disposición, “[l]a solución efectiva al diferendo marítimo a través de medios pacíficos y el ejercicio pleno de la soberanía sobre dicho territorio constituyen objetivos permanentes e irrenuncia-

<sup>1</sup> Ver en general *BOLIVIA C. CHILE* (2015).

Sobre esta decisión judicial ver LAGOS ERAZO (2016) pp. 119-82; y ERRÁZURIZ Y NERI (2019) pp. 34-62. Ver en general LÓPEZ ESCARCENA (2016).

<sup>2</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 177.

Las decisiones judiciales de la Corte están disponibles francés e inglés en: <<https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases>> [fecha de consulta: 1 de abril de 2020]

bles del Estado boliviano”<sup>3</sup>. Esta constitución fue promulgada en 2009 por Evo Morales, el mismo presidente de Bolivia que el 24 de abril de 2013 presentó una solicitud contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia, pidiéndole que declare la existencia e incumplimiento de su obligación de negociar un acceso soberano al Océano Pacífico, que es el nombre que le dio el tribunal a este asunto<sup>4</sup>. Bolivia hizo llegar su memoria el 17 de abril de ese año<sup>5</sup>. Chile, en tanto, interpuso el 15 de julio de 2014 una excepción preliminar en la que objetó la jurisdicción de la Corte, provocando la suspensión del procedimiento. Bolivia presentó por escrito sus observaciones y conclusiones respectivas el 14 de noviembre de 2014<sup>6</sup>. Las audiencias públicas sobre la objeción preliminar tuvieron lugar entre el 4 y el 8 de mayo de 2015. El tribunal rechazó la excepción interpuesta por Chile el 24 de septiembre de 2015, resolviendo tener jurisdicción para conocer el caso en base a lo dispuesto en el Artículo XXXI del Pacto de Bogotá de 1948<sup>7</sup>. En su decisión, la Corte señaló que el objeto de la controversia consiste en establecer si Chile tiene una obligación de negociar de buena fe un acceso soberano al Océano Pacífico para Bolivia, y si incumplió este deber, en caso de tenerlo<sup>8</sup>. El tribunal distinguió entonces el fin último buscado por el estado demandante (acceso soberano al Océano Pacífico), de lo solicitado concretamente en este caso (obligación de negociar de buena fe)<sup>9</sup>. Al respecto, la decisión sobre excepción preliminar declaró expresamente que, de llegar a establecerse este deber del estado demandado, “no le corresponderá a la Corte predeterminar el resultado de cualquier negociación que tenga lugar como consecuencia de dicha obligación”<sup>10</sup>. El 25 de julio de 2016, Chile presentó su contra-memoria<sup>11</sup>. La réplica de Bolivia y la dúplica de Chile fueron ingresadas a la Corte el 21 de marzo y el 21 de septiembre de 2017, respectivamente<sup>12</sup>. Las audiencias sobre el fondo del caso de Bolivia contra Chile se realizaron entre el 19 y el 28 de marzo de 2018<sup>13</sup>. En sus escritos y alegatos, Bolivia solicitó a la Corte que declare que Chile tiene una obligación de negociar para llegar a un acuerdo que le otorgue un acceso al Océano Pacífico, que ha incumplido este deber, y que debe cumplirlo “de buena fe, pronta y formalmente [...], y de manera efectiva”: vale decir, “en un plazo razonable” y que dicho acuerdo le otorgue un

<sup>3</sup> Ver ERRÁZURIZ Y NERI (2019) pp. 17-8.

<sup>4</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 1.

Sobre los antecedentes diplomáticos de la solicitud de Bolivia ver DURÁN (2013 sentencia) pp. 229-77; LAGOS ERAZO (2013) pp. 33-88; RODRÍGUEZ ELIZONDO (2014) pp. 105-93; RODRÍGUEZ GUARACHI (2015); LAGOS ERAZO (2016) pp. 75-117; RODRÍGUEZ ELIZONDO (2016) pp. 117-31; y ERRÁZURIZ Y NERI (2019) pp. 15-27.

<sup>5</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 4.

<sup>6</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 6.

<sup>7</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 8. Ver también *BOLIVIA C. CHILE* (2015) párrafo 56.

<sup>8</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2015) párrafos 27, 31 & 34.

<sup>9</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2015) párrafos 32-3.

<sup>10</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2015) párrafo 33. Ver LÓPEZ ESCARCENA (2016) pp. 716-7.

<sup>11</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 9.

<sup>12</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 10.

<sup>13</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 11-2.

acceso “plenamente soberano”<sup>14</sup>. En los suyos, Chile simplemente le pidió al tribunal que “desestime todas las demandas” de Bolivia<sup>15</sup>.

La Corte dictó su sentencia en este caso el 1 de octubre de 2018. A pesar de haber resuelto en 2015 tener jurisdicción para conocer esta controversia en virtud del Pacto de Bogotá, el tribunal hizo diversas aseveraciones sobre la historia de Bolivia y de Chile que antecedieron con mucho a la fecha de entrada en vigencia de este tratado<sup>16</sup>. Quizás la razón para esto haya sido fortalecer la conclusión final a la que llegó el tribunal en esta controversia, en el sentido de dar a entender que Chile nunca contrajo una obligación de negociar con Bolivia una salida soberana al mar, en todo el período posterior al término de la Guerra del Pacífico<sup>17</sup>. Como en su decisión sobre excepción preliminar, la sentencia de fondo de la Corte volvió a insistir en que Chile le declaró en 1879 la guerra a Bolivia y Perú, lo cual no solo es incorrecto sino que además es simplista, pues reduce un conflicto armado complejo como la Guerra del Pacífico a una narrativa dual que va acompañada de un reproche moral implícito en contra del supuesto agresor, que favorece por tanto a los presuntos agredidos<sup>18</sup>. Esta relectura parcial que ha hecho el tribunal de la Guerra del Pacífico se viene arrastrando desde su sentencia de 2014, recaída en la disputa marítima (Perú c. Chile)<sup>19</sup>. A diferencia de ese caso, dicha aseveración histórica no tuvo una consecuencia jurídica en el asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico. Esta sentencia también hizo referencia a los tratados que celebraron Bolivia y Chile en 1895, que fueron tres: un Tratado de Paz y Amistad; un Tratado de Transferencia de Territorio; y un Tratado de Comercio. Sobre el segundo de estos, la Corte explicó que las partes acordaron que los territorios entre Arica y Tacna serían transferidos a Bolivia si Chile adquiría su soberanía “ya fuese por negociaciones directas o por el plebiscito previsto en el Tratado de Ancón de 1883 [celebrado con Perú]”<sup>20</sup>. En caso que Chile no adquiriese dichos territorios, el mismo tratado de transferencia disponía que le cedería a Bolivia una franja de territorio

<sup>14</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 13-5.

<sup>15</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 14-5.

Los escritos y alegatos de las partes litigantes en este caso, así como la sentencia de la Corte, están disponibles en inglés y francés en: <<https://www.icj-cij.org/en/case/153>> [fecha de consulta: 1 de abril de 2020]

Se han publicado resúmenes de dichos escritos y alegatos.

Ver, e.g., ERRÁZURIZ Y NERI (2019) pp. 15-7, 19-21, 38-52, 54-9, 71-93 & 97-107.

<sup>16</sup> Ver LÓPEZ ESCARCENA (2016) pp. 719-20. Ver LÓPEZ ESCARCENA (2016) pp. 722-4.

Sobre el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948 ver en general VALENCIA-OSPINA (2011); INFANTE (2016); e INFANTE (2017).

<sup>17</sup> En cuanto a la Guerra del Pacífico o Guerra del Salitre ver en general CLUNY (2000); FARCAU (2000); y SATER (2007).

<sup>18</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 21. Ver también *BOLIVIA C. CHILE* (2015) párrafo 16.

Respecto a este punto, ver CLUNY (2000) pp. 136-56; FARCAU (2000) pp. 31-46; y SATER (2007) pp. 27-43.

<sup>19</sup> Ver *PERÚ C. CHILE* (2014) párrafo 17. Ver también LÓPEZ ESCARCENA (2016) pp. 724-5.

Sobre el caso de Perú con Chile ver en general LÓPEZ ESCARCENA (2014).

<sup>20</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 22.

ubicada al sur de Arica<sup>21</sup>. Estos tratados de 1895 requerían la aprobación del protocolo aclaratorio del mismo año por parte de los congresos nacionales de Bolivia y Chile, lo que no ocurrió, por lo que nunca entraron en vigor<sup>22</sup>. La sentencia de la Corte se refirió, asimismo, al Tratado de Paz, Amistad y Comercio entre Bolivia y Chile de 1904, por medio del cual el primero reconoció la soberanía del segundo sobre el territorio ocupado desde 1879<sup>23</sup>. Esto es, sobre el antiguo Departamento del Litoral de Bolivia, cuyo gobierno por Chile había sido aceptado ya en el Pacto de Tregua de 1884<sup>24</sup>. En el Tratado de 1904, Chile se comprometió además a construir un ferrocarril entre Arica y La Paz; a conceder perpetuamente a Bolivia un derecho de libre tránsito comercial “por su territorio y puertos del Pacífico”; y a permitir la constitución de agencias aduaneras bolivianas en los puertos ahora chilenos de Arica y Antofagasta<sup>25</sup>.

El recuento histórico de la Corte, sin embargo, fue más detallado respecto de los intercambios diplomáticos boliviano-chilenos que se sucedieron entre la década de 1920 y la de 2010, que es donde el tribunal centró su análisis histórico y jurídico, el cual conviene revisar en conjunto, a pesar de haberlo presentado el tribunal en forma separada en su fallo<sup>26</sup>.

## 2. PRIMERAS CONVERSACIONES EN LA DÉCADA DEL 20

Ya en 2015 la Corte había determinado que el objeto de esta controversia consiste en establecer si Chile se obligó a negociar de buena fe con Bolivia un acceso soberano al Océano Pacífico, por un lado, y aclarado que “esta supuesta obligación no incluye un compromiso de alcanzar un acuerdo sobre el objeto de la controversia”, por otro<sup>27</sup>. Como explicó en su sentencia de 2018, en la decisión sobre excepción preliminar quedó resuelto que Bolivia no solicita que se declare que tiene derecho a un acceso soberano al Océano Pacífico, sino que pide que se falle que Chile se encuentra obligado a llegar a un acuerdo que le otorgue dicho acceso<sup>28</sup>. Con relación a este punto, la sentencia recordó la interpelación que le hiciera el juez Hisashi Owada a Bolivia en los alegatos de la excepción preliminar, y la respuesta de esta<sup>29</sup>. Antes de resolver si Chile contrajo en algún momento dicha obligación

<sup>21</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 23.

En cuanto a los tratados de 1895 entre Bolivia y Chile ver BUSTOS (2004) pp. 94-8; PINOCHET DE LA BARRA (2004) pp. 21-7; FIGUEROA (2007) pp. 22-30; LIRA (2009) pp. 152-8; LAGOS ERAZO (2014) pp. 127-30; LAGOS ERAZO (2016) pp. 187-9; y BUSTOS (2018) pp. 197-204. Ver en general CONCHA (2011).

<sup>22</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 24.

<sup>23</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 25.

<sup>24</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 22.

<sup>25</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 25.

Respecto al Tratado de 1904 ver BUSTOS (2004) pp. 109-26; PINOCHET DE LA BARRA (2004) pp. 29-35; FIGUEROA (2007) pp. 30-3; LIRA (2009) pp. 159-69; LAGOS ERAZO (2014) pp. 96-102; y BUSTOS (2018) pp. 251-72. Ver en general CONCHA Y GARAY (2013); y MAYER (2018).

Sobre la fijación de la frontera entre Bolivia y Chile ver BENADAVA (1993) pp. 25-32; BUSTOS (2004) pp. 86-94 & 109-26; FIGUEROA (2007) pp. 21-33; LIRA (2009) pp. 146-69; y BUSTOS (2018) pp. 187-91 & 251-72.

<sup>26</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 16-83 & 91-174.

<sup>27</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 89. Ver también *BOLIVIA C. CHILE* (2015) párrafo 34.

<sup>28</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 88. Ver también *BOLIVIA C. CHILE* (2015) párrafos 33 & 35.

<sup>29</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 90.

con Bolivia, la Corte hizo algunas precisiones teóricas sobre el objeto de la controversia, que son claves para entender el resultado de este juicio. De acuerdo al tribunal, los estados son libres de empezar a negociar o de dejar de hacerlo, lo que no obsta a que puedan acordar contraer un deber en este sentido<sup>30</sup>. Con citas a los asuntos de la plataforma Continental del Mar del Norte y de la aplicación del acuerdo provisional de 13 de septiembre de 1995 (Macedonia c. Grecia), la Corte señaló al respecto que los estados tienen que comportarse de modo tal que las negociaciones sean significativas. Vale decir, evitando insistir porfiadamente en una posición que no acepte modificación, y dando una consideración razonable a los intereses ajenos<sup>31</sup>. El tribunal recurrió al asunto de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay para recordar que, si bien las conversaciones entre estados pueden llevar a que acuerden algo que resuelva una controversia, la obligación de negociar no implica un deber de alcanzar un acuerdo, lo cual solo se puede exigir cuando se haya contraído una “obligación de lograr un resultado preciso”, del tipo que puede observarse en el Artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, calificada en la opinión consultiva sobre legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares como un deber que va más a allá de una mera obligación de conducta<sup>32</sup>.

De acuerdo al tribunal, el hecho de que haya negociaciones interestatales sobre un determinado asunto, no hace obligatorias estas para las partes. Como en toda otra obligación jurídica, para determinar la existencia de un deber de negociar de naturaleza contractual se debe atender a la intención de las partes, manifestada en los términos empleados en el acuerdo respectivo, así como en el objeto y las condiciones de las negociaciones acordadas. Ausente lo anterior, esta intención “puede ser establecida sobre la base de un examen objetivo de toda la evidencia<sup>33</sup>. Dado que a lo largo del juicio Bolivia sostuvo que la obligación de negociar que tendría Chile proviene principalmente de supuestos acuerdos bilaterales, el tribunal comenzó su análisis por estos<sup>34</sup>. Al respecto, la sentencia indicó que el Artículo 3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que refleja el derecho internacional en la materia, acepta que los acuerdos no celebrados por escrito también pueden tener validez jurídica, en la medida que las partes hayan manifestado su intención en obligarse. Esto incluiría a los acuerdos tácitos, de tanta importancia en la disputa marítima (Perú c. Chile); en cuyo caso, tal como lo había señalado en la disputa marítima y territorial (Nicaragua c. Honduras), su prueba requiere ser convincente<sup>35</sup>. El estudio de estos supuestos acuerdos bilaterales entre Bolivia y Chile partió con la así llamada acta pro-

<sup>30</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 86.

<sup>31</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 86. Ver también *ALEMANIA C. DINAMARCA, Y ALEMANIA C. PAÍSES BAJOS* (1969) párrafo 85; y *MACEDONIA C. GRECIA* (2011) párrafo 132.

<sup>32</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 87. Ver *ARGENTINA C. URUGUAY* (2010) párrafo 150. Al respecto, el tribunal hizo referencia, asimismo, al asunto del *TRÁFICO FERROVIARIO ENTRE LITUANIA Y POLONIA* (1931) p. 116. Ver también *LEGALIDAD DE LA AMENAZA O DEL USO DE ARMAS NUCLEARES* (1996) párrafo 99.

<sup>33</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 91.

<sup>34</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 92-3.

<sup>35</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 97.

Ver también *NICARAGUA C. COLOMBIA* (2007) párrafo 253; y *PERÚ C. CHILE* (2014) párrafo 91.

Cabe señalar que la Corte hizo mención solo al primero de estos casos en su sentencia en el asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico.

TOCOLIZADA DE 1920. Como da cuenta el tribunal, Bolivia cambió rápidamente de opinión después de haber celebrado el Tratado de Paz y Amistad con Chile. Ya en 1910, declaró en un memorándum que su mediterraneidad la compromete existencialmente, por lo que no puede mantenerse inactiva frente las negociaciones chileno-peruanas sobre Tacna y Arica<sup>36</sup>. Nueve años más tarde, Chile manifestó oficialmente estar dispuesto a negociar con Bolivia una salida al mar, sujeta al resultado del plebiscito contemplado en el Tratado de Ancón de 1883, e “independientemente de lo estipulado por el Tratado de Paz de 1904”<sup>37</sup>. Unos pocos meses después, Bolivia y Chile se reunieron para tratar diversos asuntos, incluyendo el del acceso al mar, de lo cual quedó registro en un documento escrito que pasó a conocerse como “acta protocolizada”<sup>38</sup>. Conforme a este, Chile propuso otorgar a Bolivia una salida propia al mar al norte de Arica y de la línea del ferrocarril, “dentro de los territorios sometidos al plebiscito estipulado en el Tratado de Ancón”, en la medida que Chile triunfe en este y se quede con las provincias en disputa con Perú, y que Bolivia le compense dicha cesión.<sup>39</sup> Los términos propuestos por Chile fueron aceptados por Bolivia, quien agregó explícitamente que “las presentes declaraciones no contienen estipulaciones que generen derechos ni obligaciones para los Estados [que] las formulan”<sup>40</sup>.

Citando a la delimitación marítima y cuestiones territoriales (Qatar c. Bahrein), el tribunal recordó que las actas firmadas de una reunión pueden constituir un acuerdo si ellas enumeran los compromisos a los que han consentido los estados, y no se restringen simplemente a dar cuenta de lo discutido o a resumirlo<sup>41</sup>. En opinión de la Corte, el acta protocolizada tuvo un valor político, pero no revela que Chile haya aceptado una obligación de negociar un acceso soberano al Océano Pacífico para Bolivia<sup>42</sup>. Esto, por cuanto no enumeró compromiso alguno; de hecho, ni siquiera resumió los puntos de acuerdo y desacuerdo. Por si fuera poco, el acta protocolizada de 1920 dejó además constancia expresa de que Bolivia consideraba que esta no contenía estipulaciones que generen derechos ni obligaciones, lo cual no fue controvertido por Chile<sup>43</sup>.

### 3. INTERCAMBIOS DIPLOMÁTICOS HASTA LOS 60

Con posterioridad al acta protocolizada, la sentencia se refirió a la solicitud de revisión del Tratado de 1904 que Bolivia realizó a la Sociedad de las Naciones, la cual fue declarada inadmisibles por una comisión *ad hoc* de juristas<sup>44</sup>. Chile manifestó entonces, y

<sup>36</sup> BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafo 26.

<sup>37</sup> BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafo 27.

<sup>38</sup> Ver BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafo 28.

<sup>39</sup> BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafo 29.

<sup>40</sup> BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafo 31. Ver BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafo 30.

En cuanto el acta protocolizada de 1920 ver BUSTOS (2004) pp. 137-9; PINOCHET DE LA BARRA (2004) pp. 37-41; LAGOS ERAZO (2014) pp. 130-1; LAGOS ERAZO (2016) p. 190; y BUSTOS (2018) pp. 307-10. Ver también FIGUEROA (2007) pp. 35-40.

<sup>41</sup> Ver BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafo 106. Ver QATAR C. BAHREIN (1994) párrafo 25.

<sup>42</sup> Ver BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafo 105. Ver también BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafo 107.

<sup>43</sup> Ver BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafo 106.

<sup>44</sup> Ver BOLIVIA C. CHILE (2018) párrafos 32-3.

reiteró en diversas oportunidades después, estar dispuesto a sentarse a conversar sobre las aspiraciones portuarias de Bolivia, sin modificar dicho tratado ni interrumpir la continuidad de su territorio<sup>45</sup>. En un laudo arbitral de 1925, el presidente de EE.UU., Calvin Coolidge (1872-1933), estableció los términos y condiciones del plebiscito sobre Tacna y Arica contemplado en el Artículo 3 del Tratado de Ancón<sup>46</sup>. Un año después, el secretario de estado de ese país, Frank Kellogg (1856-1937), propuso a Chile y Perú que cedan a perpetuidad dichas provincias a Bolivia, quien tendría que compensarles de una forma a determinar<sup>47</sup>. Bolivia aceptó plenamente la propuesta Kellogg, mientras que Chile a través de un memorándum de su ministro de relaciones exteriores, Jorge Matte (1876-1944), dirigido al secretario de estado de EE.UU., expresó que aun cuando Chile ha manifestado en repetidas veces su deseo de satisfacer las aspiraciones bolivianas a través de una franja de territorio y un puerto, la solución propuesta va más allá y depende del resultado de un plebiscito<sup>48</sup>. Perú, por su parte, informó a EE.UU. que no aceptada la propuesta Kellogg<sup>49</sup>. Al no estar dirigido a Bolivia, ni contener algo en su redacción que pudiera indicar que Chile contrajo o reconoció una obligación de negociar, el memorándum Matte constituyó para la Corte “un paso político significativo”, pero nada más<sup>50</sup>. El plebiscito contemplado en el laudo de 1925 no pudo llevarse a cabo en los años siguientes debido a dificultades que surgieron en su implementación, por lo que Chile y Perú decidieron solucionar el problema de la soberanía de Tacna y Arica por medio de un nuevo tratado<sup>51</sup>. Celebrado en 1929, bajo el nombre de Tratado de Lima, en virtud de este la soberanía de Tacna quedó para Perú y la de Arica para Chile. Ese mismo año, en un protocolo complementario a este acuerdo internacional, Chile y Perú se comprometieron a no ceder a un tercer estado, sin previo acuerdo entre ellos, la totalidad o parte de los territorios que quedaron bajo su soberanía conforme al Tratado de Lima<sup>52</sup>. Tras recibir estos acuerdos internacionales en 1929, Bolivia reaccionó

<sup>45</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 34-40.

Respecto al reclamo boliviano ante la Sociedad de las Naciones ver BUSTOS (2004) pp. 141-6; FIGUEROA (2007) pp. 43-58; LIRA (2009) pp. 224-30; LAGOS ERAZO (2013) pp. 21-2; LAGOS ERAZO (2016) pp. 61-2; y BUSTOS (2018) pp. 299-306.

Sobre las negociaciones entre Bolivia y Chile en este período, hasta 1925, ver PINOCHET DE LA BARRA (2004) pp. 41-2; FIGUEROA (2007) pp. 35-41, 43-57 & 59-64; LAGOS ERAZO (2014) p. 130; y LAGOS ERAZO (2016) pp. 190-1.

<sup>46</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 41.

<sup>47</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 42.

<sup>48</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 44. Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 43.

<sup>49</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 45.

En cuanto a la propuesta Kellogg de 1926 y el memorándum Matte de ese año ver BUSTOS (2004) pp. 151-3; PINOCHET DE LA BARRA (2004) pp. 42-7; FIGUEROA (2007) pp. 65-8; LAGOS ERAZO (2014) pp. 131-2; LAGOS ERAZO (2016) pp. 191-2; y BUSTOS (2018) pp. 325-7.

<sup>50</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 107.

<sup>51</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 47.

<sup>52</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 48.

enviando un memorándum al secretario de estado de EE.UU., donde afirmó que no por eso iba a renunciar a su política de reintegración marítima soberana<sup>53</sup>.

Hacia finales de la década de los 40, las partes en litigio volvieron a conversar sobre este tema. En 1950, Bolivia envió a su vecino del suroeste una propuesta formal de negociar un acceso con soberanía al mar<sup>54</sup>. Chile respondió ese mismo año que, sin perjuicio de lo establecido en el Tratado de 1904, estaba dispuesto a comenzar una negociación para buscar una posible salida soberana al Océano Pacífico, la cual debía ser compensada por Bolivia<sup>55</sup>. Esta negociación no tuvo lugar, pero en 1951 el presidente de Chile, Gabriel González Videla (1898-1980), indicó que escuchar las proposiciones de Bolivia para dar solución a su mediterraneidad ha sido la política invariable de su estado, siempre que estas se hagan directamente a Chile “y sin que ello hubiera significar un abandono de nuestra doctrina respecto a los tratados internacionales, que estimamos esencial para la convivencia pacífica entre las naciones”<sup>56</sup>. Agregó en esa oportunidad González Videla que, en todo momento en que Bolivia ha manifestado su deseo de conversar sobre este tema, se han planteado las dos condiciones que deben acompañar a cualquier solución: ofrecer una compensación para Chile y contar con el acuerdo de Perú<sup>57</sup>. En su análisis del intercambio de 1950, la Corte aludió al Artículo 2.1 de la Convención de Viena de 1969, que señala que un tratado puede constar en dos o más instrumentos conexos, y al Artículo 13 de dicho acuerdo internacional, que indica que la manifestación del consentimiento de los estados en obligarse por un tratado mediante el canje de instrumentos requiere que estos dispongan que el intercambio tendrá ese efecto o bien que conste de otro modo que esos estados han convenido en eso<sup>58</sup>. Según el tribunal, ninguna de estas condiciones puede considerarse cumplida en este caso, debido a que las notas no dijeron nada sobre su efecto, por un lado, y Bolivia no presentó prueba suficiente de un acuerdo alternativo, por otro<sup>59</sup>. Asimismo, la Corte señaló que el intercambio de notas de 1950 no siguió la práctica usual de celebración de un acuerdo internacional por medio de canje de instrumentos conexos, consistente en el intercambio de documentos de contenido idéntico en los que cada estado expresa su oferta y su aceptación, respectivamente<sup>60</sup>. Según el tribunal, lo más que se puede inferir de este episodio es la intención de Chile de iniciar conversaciones con Bolivia<sup>61</sup>. Como indica en su sentencia, entre 1951 y 1957 las partes litigantes centraron sus esfuerzos en mejorar

<sup>53</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 49.

Respecto a la reacción de Bolivia al Tratado de Lima de 1929 y su protocolo complementario ver BUSTOS (2004) pp. 155-8; y BUSTOS (2018) pp. 329-40.

<sup>54</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 51.

<sup>55</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 52.

<sup>56</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 53.

<sup>57</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 53.

Sobre el intercambio de notas de 1950 ver BUSTOS (2004) pp. 161-80; PINOCHET DE LA BARRA (2004) pp. 55-61; FIGUEROA (2007) pp. 73-82; LIRA (2009) pp. 313-20; LAGOS ERAZO (2014) pp. 132-4; LAGOS ERAZO (2016) pp. 192-3; y BUSTOS (2018) pp. 367-78.

<sup>58</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 116.

<sup>59</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 116.

<sup>60</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 117.

<sup>61</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 118.

la implementación de la salida al mar que tiene Bolivia conforme al Tratado de 1904<sup>62</sup>. Algunos años después, el embajador de Chile en Bolivia, Manuel Trucco (1914-1995), decidió entregar un memorándum al ministro de relaciones exteriores boliviano, que ya había enviado al ministro de relaciones exteriores chileno. A fin de evitar que Bolivia plantee el tema de su mediterraneidad en la conferencia interamericana que iba a realizarse en Quito, Ecuador, el así llamado “memorándum Trucco” de 1961 declaró que Chile siempre ha estado abierto a satisfacer las aspiraciones de Bolivia, en la medida que no se altere la situación establecida en el Tratado de 1904 y se negocie bilateralmente<sup>63</sup>. La respuesta de Bolivia vino en 1962, a través de un memorándum de su ministro de relaciones exteriores que declaró el interés de su estado de iniciar negociaciones con Chile para alcanzar una salida soberana al Océano Pacífico<sup>64</sup>. Ese mismo año, no obstante, Bolivia cortó relaciones diplomáticas con Chile por el uso que este le daba a las aguas del Río Lauca<sup>65</sup>. En 1963, Chile negó expresamente que el memorándum Trucco haya constituido una nota oficial, ya que no pasó de ser un simple *aide memoire* donde se expusieron ciertos puntos de vista, en un momento determinado<sup>66</sup>. Al respecto, la Corte observó que este documento además no haber sido formalmente dirigido a Bolivia, y solo entregado a sus autoridades, únicamente reitera ciertas declaraciones hechas en la nota chilena de 1950, sin crear ni reafirmar una obligación de negociar un acceso boliviano al mar con soberanía<sup>67</sup>.

#### 4. NEGOCIACIONES FRUSTRADAS A PARTIR DE LOS 70

En un comunicado conjunto de 1974, los presidentes de Bolivia y Chile, generales Hugo Banzer (1926-2002) y Augusto Pinochet (1915-2006), respectivamente, expresaron estar de acuerdo en iniciar negociaciones sobre “asuntos pendientes y fundamentales”<sup>68</sup>. Junto a otros estados de América Latina, las partes en litigio firmaron la Declaración de Ayacucho, en la cual manifestaron su disposición a prestar la más amplia consideración a la mediterraneidad que afecta a Bolivia<sup>69</sup>. En 1975, los presidentes de ambos estados firmaron la Declaración de Charaña, donde reafirmaron su plena adhesión a lo acordado en Perú un año antes, y acordaron continuar el diálogo para buscar fórmulas de solución que sean recíprocamente convenientes<sup>70</sup>. Después de este encuentro, Bolivia propuso unas pautas de negociación, a las cuales Chile respondió con una contrapropuesta condicionada a un intercambio territorial entre ambos estados, que no innove respecto de lo estipulado en el

<sup>62</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 54.

<sup>63</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 55.

<sup>64</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 56.

En cuanto al memorándum Trucco ver FIGUEROA (2007) pp. 83; LIRA (2009) pp. 320-1; LAGOS ERAZO (2014) pp. 134-5; y LAGOS ERAZO (2016) pp. 194-5. Ver también PINOCHET DE LA BARRA (2004) pp. 63-9.

<sup>65</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 57.

<sup>66</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 58. Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 59.

<sup>67</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 119.

<sup>68</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 60.

<sup>69</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 61.

<sup>70</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 62. Ver también *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 63.

Tratado de 1904. En esa oportunidad, Chile manifestó estar dispuesto a negociar la cesión de una franja de territorio que iba desde el norte de Arica hasta la frontera con Perú, y de ahí hasta Bolivia, descartando de plano incluir en estas conversaciones áreas al sur de dicha faja de tierra, pues afectaría la continuidad territorial del país. Chile, además, supeditó la validez de esta solución al acuerdo previo de Perú, conforme al protocolo complementario del Tratado de Lima<sup>71</sup>. Bolivia aceptó la contrapropuesta chilena como una base para negociar, pero en 1976 agregó que su aceptación del intercambio territorial allí mencionado dependía de que se aclare el área marítima incluida, reservándose la posibilidad de negociar las zonas que podrían ser objeto de un eventual canje<sup>72</sup>. Las partes litigantes establecieron una comisión mixta permanente, y a lo largo de ese año Bolivia confirmó su disposición a considerar un intercambio territorial con Chile<sup>73</sup>. En cumplimiento de lo señalado en el protocolo complementario del Tratado de Lima, Chile le preguntó a Perú en 1975 si estaba de acuerdo con la cesión territorial antes mencionada, y Perú respondió en 1976 con su propia contrapropuesta, en la cual planteaba la posibilidad de crear una zona bajo soberanía tripartita en la parte que la franja territorial daba al mar, lo que no fue aceptado por Chile ni por Bolivia<sup>74</sup>. Ese mismo año, el general Banzer anunció públicamente que le había propuesto a Chile que elimine la condición de canje territorial. Pese a esto, durante 1977 las negociaciones entre Bolivia y Chile continuaron en base a los intercambios de 1975. Los ministros de relaciones exteriores de ambos estados incluso emitieron una nueva declaración conjunta en la que destacaron su empeño en dialogar para buscar soluciones concretas a la mediterraneidad boliviana<sup>75</sup>. Hacia fines de ese año, sin embargo, el presidente de Bolivia insistió en que la condición chilena de intercambio territorial debía ser retirada, esta vez junto con la contrapropuesta peruana de una zona de soberanía compartida entre los tres estados<sup>76</sup>. En 1978, Chile reiteró que las bases de negociación eran las acordadas en 1975, y Bolivia respondió que suspendía las relaciones diplomáticas entre ambos estados “debido a la falta de flexibilidad de Chile respecto de las condiciones de las negociaciones y la falta de esfuerzo por parte de Chile para obtener el consentimiento del Perú para el intercambio de territorio”<sup>77</sup>. Con esto terminó el proceso de Charaña<sup>78</sup>.

En su análisis de este conjunto de intercambios diplomáticos, el más importante que tuviera lugar entre Bolivia y Chile después del Tratado de 1904, la Corte se centró en la Declaración de Charaña de 1975, respecto de la cual señaló que “es un documento que fue firmado por los Presidentes de Bolivia y Chile, que podría ser caracterizado como un tra-

<sup>71</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 64.

<sup>72</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 65.

<sup>73</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 66.

<sup>74</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 67.

<sup>75</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 68.

<sup>76</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 69.

<sup>77</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 70.

<sup>78</sup> Sobre el proceso de Charaña ver BUSTOS (2004) pp. 221-37; PINOCHET DE LA BARRA (2004) pp. 75-87; MILLAR (2005) pp. 419-23; FIGUEROA (2007) pp. 117-37; LIRA (2009) pp. 322-69; RODRÍGUEZ ELIZONDO (2009); pp. 21-30; LAGOS ERAZO (2010) pp. 33-7; TAPIA y MARDONES (2011) pp. 37-64; INFANTE (2014) pp. 34-64; LAGOS ERAZO (2014) pp. 135-7; LAGOS ERAZO (2016) pp. 195-7; y BUSTOS (2018) pp. 469-87.

tado si las Partes hubieran expresado una intención de verse obligadas por ese instrumento o si tal intención pudiera ser inferida de otra manera”<sup>79</sup>. Según el tribunal, el lenguaje de esta declaración indica que es un documento de carácter político que enfatiza la atmósfera de cordialidad y fraternidad, así como el espíritu solidario, que llevó a los dos estados a normalizar sus relaciones diplomáticas. Esta redacción no permite concluir que Chile haya contraído o confirmado una obligación de negociar con Bolivia, más aún relativa a un supuesto acceso soberano al Océano Pacífico que ni siquiera es mencionado explícitamente en la Declaración de Charaña<sup>80</sup>. Sin perjuicio de esta conclusión, la sentencia reconoció que las partes en litigio sostuvieron con posterioridad negociaciones significativas que involucraron una contrapropuesta chilena de cesión territorial concreta, condicionada a un intercambio de territorio equivalente, y una contrapropuesta peruana de establecimiento de una zona de soberanía conjunta, en el litoral de la franja puesta a su consideración, lo que tanto Bolivia como Chile rechazaron, llevando las negociaciones a su fin<sup>81</sup>. Las partes litigantes volvieron a conversar sobre este asunto solo en 1986, y así se lo informaron en dos comunicados conjuntos a la Asamblea General de la OEA, que tomó nota de esto en su resolución AG/RES. 816<sup>82</sup>. El llamado a reanudar el diálogo vino del presidente de Bolivia, Víctor Paz Estenssoro (1907-2001), quien propuso a Chile negociar con un enfoque nuevo, que es el nombre que después recibieron estos intercambios diplomáticos. En 1987, los ministros de relaciones exteriores boliviano y chileno se reunieron en Montevideo, Uruguay. Ahí, Bolivia presentó dos propuestas alternativas a Chile para acceder al Océano Pacífico, mediante transferencias territoriales soberanas<sup>83</sup>. Chile rechazó ambas propuestas, por lo que Bolivia anunció en la Asamblea General de la OEA la suspensión de las negociaciones bilaterales, lo cual fue registrado por dicho órgano<sup>84</sup>. En su estudio de estos intercambios diplomáticos, la Corte recordó algo que había señalado en plataforma continental del Mar Egeo: que no existe una norma de derecho internacional que impida a un comunicado conjunto constituir un tratado, lo que va a depender “esencialmente de la naturaleza del acto o transacción a la cual el comunicado da expresión”<sup>85</sup>. Para el tribunal, las declaraciones que hicieron Bolivia y Chile en 1986 son instrumentos separados, cuya redacción es diferente y que no hacen referencia a una salida soberana al mar. Esto, sumado a la conducta subsiguiente observada por las partes en litigio, llevó a la Corte a concluir que

<sup>79</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 126.

<sup>80</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 126.

<sup>81</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 127.

<sup>82</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 76. Las resoluciones de la Asamblea General de la OEA están disponibles en: <[http://www.oas.org/es/sla/resoluciones\\_asamblea\\_general.asp](http://www.oas.org/es/sla/resoluciones_asamblea_general.asp)> [fecha de consulta: 1 de abril de 2020]

<sup>83</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 77.

<sup>84</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 77.

En cuanto al enfoque fresco ver BUSTOS (2004) pp. 258-75; PINOCHET DE LA BARRA (2004) pp. 90-3; FIGUEROA (2007) pp. 243-50, 258-60 & 262-79; TAPIA y MARDONES (2011) pp. 65-113; LAGOS ERAZO (2014) pp. 137-43; y LAGOS ERAZO (2016) pp. 198-203.

<sup>85</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 131. Ver *GRECIA C. TURQUÍA* (1978) párrafo 96.

Chile tampoco contrajo o aceptó en esa ocasión una obligación de negociar con Bolivia un acceso al Océano Pacífico<sup>86</sup>.

Las conversaciones entre Bolivia y Chile, sobre diversos asuntos de interés común, fueron reanudadas en 1995, tomando el nombre de mecanismo de consultas<sup>87</sup>. Cinco años después, los ministros de relaciones exteriores de ambos estados emitieron un nuevo comunicado conjunto, conocido como Declaración de Algarve, que contemplaba una agenda de trabajo de varios temas, sin exclusiones<sup>88</sup>. Entre 2000 y 2003, las partes en litigio vieron la posibilidad de que Chile otorgue una concesión a Bolivia para la creación de una zona económica especial por un período inicial de cincuenta años, proyecto que fue finalmente rechazado por los bolivianos<sup>89</sup>. Según la Corte, la Declaración de Algarve no constituyó un acuerdo que le imponga a Chile una obligación de negociar con Bolivia. Como explicó en su sentencia, este comunicado conjunto de 2000 no hizo referencia al asunto de una salida al mar, y solo muestra la voluntad de Bolivia y Chile de dialogar sin exclusión alguna sobre una agenda de trabajo a ser definida con el fin de establecer un ambiente de confianza entre ambas<sup>90</sup>. Después de la Declaración de Algarve, los intercambios diplomáticos entre las partes en litigio continuaron. En 2006, Bolivia y Chile anunciaron públicamente una Agenda de los 13 Puntos, destinada a abarcar todos los temas relevantes de su relación bilateral, incluyendo expresamente el marítimo<sup>91</sup>. Las reuniones del mecanismo de consulta que siguieron se ocuparon de este asunto. Entre 2009 y 2010 se discutió la creación de un enclave boliviano en la costa chilena, estableciéndose incluso una comisión binacional al efecto<sup>92</sup>. En 2011, el presidente de Bolivia, Evo Morales, solicitó a Chile una propuesta concreta que sirva de base para el debate<sup>93</sup>. La respuesta del presidente de Chile, Sebastián Piñera, consistió en reiterar la propuesta del enclave sin soberanía, condicionándola esta vez no solo al cumplimiento del Tratado de 1904, sino también a la modificación del artículo de la Constitución Política boliviana que hace mención a su salida al mar<sup>94</sup>. A juicio de la Corte, la mera mención del tema marítimo en la Agenda de los 13 Puntos no permite concluir que Chile haya contraído o reconocido una obligación de negociar con Bolivia<sup>95</sup>.

## 5. SUPUESTOS ACTOS UNILATERALES, ESTOPPEL Y AQUIESCENCIA

En sus escritos y alegatos, Bolivia señaló que la obligación de negociar un acceso soberano también se funda en diversos actos unilaterales de Chile, así como en comportamientos recíprocos del estado. Citando los asuntos de los ensayos nucleares (Australia c.

<sup>86</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 132.

<sup>87</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 78.

<sup>88</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 78.

<sup>89</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 79.

<sup>90</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 135.

<sup>91</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 80.

<sup>92</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 81-2.

<sup>93</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 83.

<sup>94</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 83.

<sup>95</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 138.

Francia) y (Nueva Zelanda c. Francia), la Corte reiteró que, para obligar jurídicamente a un estado, una declaración requiere ser: pública, precisa e intencionada, y seguida de una conducta estatal consistente<sup>96</sup>. De acuerdo a lo resuelto en actividades armadas en el territorio del Congo, los efectos jurídicos de una declaración hecha por un representante del estado dependen de su contenido y de las circunstancias en las que se hizo<sup>97</sup>. Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Corte observó que la redacción de las declaraciones de Chile, y el contexto en las que se dieron, no denotan una intención de contraer una obligación jurídica, sino simplemente la de entrar a negociar sobre el asunto de la mediterraneidad de Bolivia<sup>98</sup>. En cuanto a la aquiescencia, el tribunal se remitió a dos frases de las sentencias recaídas en los asuntos de la delimitación de la frontera marítima en el Golfo de Maine y de la soberanía sobre *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge*. Estas señalan, respectivamente, que “la aquiescencia equivale a un reconocimiento tácito manifestado por una conducta unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento”, y que “el silencio también puede hablar, pero solo si la conducta del otro Estado pide una respuesta”<sup>99</sup>. Según el tribunal, Bolivia no identificó ninguna declaración que requiera una respuesta o reacción por parte de Chile, a fin de prevenir el surgimiento una obligación, por lo que la aquiescencia no se presenta en este caso<sup>100</sup>. Como con los actos unilaterales y la aquiescencia, la sentencia tampoco se extendió mayormente respecto del estoppel. La Corte recurrió al asunto de la disputa territorial, insular y marítima (El Salvador/Honduras) para recordar que los elementos esenciales de este son: una declaración hecha por una de las partes a otra, por un lado; y la confianza puesta por esta en dicha declaración, en su detrimento o en favor del declarante, por otra<sup>101</sup>. Para ejemplificar cómo opera el estoppel en una situación similar a la del caso de Bolivia con Chile, el tribunal aludió al asunto de la disputa territorial y marítima (Camerún c. Nigeria). En este caso, la Corte señaló que un estoppel requeriría no solo que un estado haya expresado a través de actos y declaraciones, de manera clara y consiste, haber acordado solucionar una controversia exclusivamente por vías bilaterales, sino además que otro estado haya cambiado de posición, en su propio detrimento o sufriendo algún perjuicio<sup>102</sup>. Aplicando estas consideraciones al asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico, el tribunal resolvió que las condiciones esenciales de un estoppel no se han reunido, por dos motivos: primero, porque Chile ha manifestado repetidamente su disposición a negociar una salida soberana al mar para Bolivia, sin que esto indique que se haya obligado a eso; y, segundo, porque Bolivia no

<sup>96</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 146. Ver también *AUSTRALIA C. FRANCIA* (1974) párrafo 43; y *NUEVA ZELANDA C. FRANCIA* (1974) párrafo 46.

<sup>97</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 146. Ver también *CONGO C. RUANDA* (2006) párrafo 49.

<sup>98</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 147-8.

<sup>99</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 152. Ver *CANADÁ/EE.UU.* (1984) párrafo 130; y *MALASIA/SINGAPUR* (2008) párrafo 121.

<sup>100</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 152.

<sup>101</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 158. Ver también *EL SALVADOR/HONDURAS* (1990) párrafo 63.

<sup>102</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 158. Ver también *CAMERÚN C. NIGERIA* (1998) párrafo 57.

pudo demostrar que a raíz de las declaraciones de Chile cambió de posición en su propio detrimento o para ventaja de este<sup>103</sup>.

Junto a los actos unilaterales, la aquiescencia y el estoppel, Bolivia recurrió a otras figuras que también fueron desestimadas por la Corte. Una de estas fue la del respeto de las expectativas legítimas, supuestamente creadas a su favor por las múltiples declaraciones efectuadas por Chile de otorgar una salida soberana al mar, a lo largo de los años. La Corte no estuvo de acuerdo con esto, pues no existe en el derecho internacional general un principio que permita crear una obligación jurídica a partir de una expectativa legítima<sup>104</sup>. Para el tribunal, las referencias a esta figura se pueden encontrar en la jurisprudencia de arbitrajes de diferencias inversionista-estado, particularmente en lo relativo a la cláusula del trato justo y equitativo<sup>105</sup>. Otra afirmación que hizo Bolivia, y que fue desestimada por la Corte, es que los Artículos 2.3 de la Carta de la ONU y 3.i de la Carta de la OEA establecen una obligación general de negociar en el derecho internacional, aplicable a cualquier asunto pendiente que involucre a dos más estados, cuando dicen que “[l]os Miembros de la Organización [de las Naciones Unidas] arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”, y que “[l]as controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos”, respectivamente. Sobre esta aseveración boliviana, la Corte indicó que el Artículo 2.3 de la Carta de la ONU establece un deber general de solución pacífica de las controversias internacionales, y que esta disposición no contempla una obligación para las partes en litigio de recurrir a un método específico, como la negociación. Esto se condice con lo prescrito en el Artículo 33 del mismo tratado, que deja a las partes la elección del método concreto para solucionar una disputa internacional<sup>106</sup>. De acuerdo al tribunal, el Artículo 3.i de la Carta de la OEA correctamente interpretado a la luz de lo dispuesto en los Artículos 25 y 25 de este tratado, consagra un deber general de solución pacífica de controversias internacionales similar al de la Carta de la ONU. Vale decir, uno que no exige recurrir a un mecanismo específico, como la negociación<sup>107</sup>. Sobre la base de estas consideraciones, la Corte resolvió que no es posible extraer de las mencionadas disposiciones de las Cartas de la ONU y de

---

<sup>103</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 159.

<sup>104</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 162.

<sup>105</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 162.

Lo cierto es que las expectativas legítimas no solo se han desarrollado respecto de esta protección de los tratados de inversión, sino también en el derecho internacional de la expropiación.

Ver en general LÓPEZ ESCARCENA (2014).

<sup>106</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 165.

Como explicó la Corte, una postura similar adoptó la Asamblea General de la ONU en sus resoluciones 2625 (XXV) y 37/10.

Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 166.

Las resoluciones de la Asamblea General de la ONU están disponibles en: <<https://www.un.org/en/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html>> [fecha de consulta: 1 de abril de 2020]

<sup>107</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 167.

la OEA una obligación para Chile de negociar con Bolivia un acceso soberano al Océano Pacífico<sup>108</sup>.

Bolivia asimismo adujo que en once resoluciones de la Asamblea General de la OEA se abordó el asunto de su salida al mar, las cuales confirmarían que Chile tiene una obligación de negociar incumplida. El contexto en el que estas se dieron es el siguiente. En paralelo al proceso de Charaña, y aprovechando el progresivo aislamiento internacional de Chile durante la dictadura de Augusto Pinochet, Bolivia llevó el asunto de su mediterraneidad a la OEA. En 1975, su Consejo Permanente adoptó por consenso la resolución CP/RES. 157 que declaró a este problema “motivo de preocupación continental”<sup>109</sup>. Entre 1979 y 1989, se sucedieron las mencionadas resoluciones de la Asamblea General de la OEA, las cuales reafirmaron la importancia del dialogo para encontrar una solución al asunto de la mediterraneidad boliviana. Aun cuando Chile no votó a favor de ninguna de estas resoluciones, tampoco se opuso al consenso en tres oportunidades, en las cuales hizo declaraciones y aclaraciones relativas a su contenido y naturaleza jurídica<sup>110</sup>. De particular relevancia fue la resolución AG/RES. 426 de 1979, donde la Asamblea General de la OEA indicó que era “de interés hemisférico encontrar una solución equitativa por la cual Bolivia obtenga acceso soberano y útil al Océano Pacífico”<sup>111</sup>. En esa ocasión, el representante de Chile protestó contra el proyecto de resolución, impugnó la competencia de la Asamblea General de esta organización internacional en el asunto, y declaró que Chile ha manifestado en reiteradas oportunidades su disposición a negociar con Bolivia una solución a su aspiración marítima soberana, pero que la única vía para alcanzar ese objetivo es la negociación bilateral, sin la injerencia de nadie más en estas conversaciones<sup>112</sup>. Conforme a la sentencia, ninguna de las resoluciones de la Asamblea General de la OEA invocadas por Bolivia sugiere que Chile tiene una obligación de negociar con esta. Por el contrario, estas solo recomiendan a las partes litigantes conversar sobre el asunto de la mediterraneidad boliviana. Difícilmente podrían haberlo hecho, pues las resoluciones de la Asamblea General de la OEA no son *per se* vinculantes, como lo reconocieron tanto Chile como Bolivia. Sobre este punto, agregé el tribunal que el silencio o inacción de Chile, necesarios para alcanzar el consenso requerido para aprobar algunas de las resoluciones de dicho órgano de la OEA, no implica que haya aceptado estar obligado jurídicamente por el contenido de estas<sup>113</sup>.

Por último, Bolivia señaló que aun cuando no haya un instrumento, acto o conducta que individualmente que permita concluir que Chile se obligó a negociar un acceso soberano

<sup>108</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 166-7.

<sup>109</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 71.

Las resoluciones del Consejo Permanente de la OEA están disponibles en: <[http://www.oas.org/es/council/CP/documentation/res\\_decs/](http://www.oas.org/es/council/CP/documentation/res_decs/)> [fecha de consulta: 1 de abril de 2020]

<sup>110</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 72.

<sup>111</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 73.

<sup>112</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 73.

Respecto a las declaraciones de Bolivia y Chile ante la OEA, y resoluciones de esta, ver BUSTOS (2004) pp. 239-58; PINOCHET DE LA BARRA (2004) pp. 89-90; FIGUEROA (2007) pp. 121-3, 147-73, 177-81, 182-5, 187-94, 206-15, 224-30, 236-41, 252-58, 281-4, 286-97, 305-15 & 322-8; y BUSTOS (2018) pp. 505-18 & 527-36.

<sup>113</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 171.

no al Océano Pacífico para Bolivia, este deber puede colegirse de la consideración acumulativa de estos. Al respecto, la Corte simplemente resolvió que ningún efecto acumulativo puede provenir de instrumentos, actos o conductas que individualmente considerados no permiten concluir que Chile haya contraído dicha obligación<sup>114</sup>.

## 6. FIN DE UNA ERA

La sentencia del asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico fue adoptada por doce votos contra tres<sup>115</sup>. El presidente de la Corte, Abdulqawi Ahmed Yusuf, adjuntó una declaración en la que reiteró las consideraciones expresadas por esta sentencia sobre los requisitos necesarios para que surja una obligación de negociar, y recordó que la función del tribunal es resolver controversias internacionales por medio del derecho, lo cual no obsta a que las partes en litigio puedan buscar otras alternativas de solución, en caso de que la disputa entre estas subsista después del fallo<sup>116</sup>. Por su parte, cada uno de los tres jueces que votaron en contra de la sentencia acompañaron una opinión disidente a su voto. En la suya, el juez Patrick Robinson señaló haber concluido que Chile contrajo una obligación de negociar un acceso soberano al Océano Pacífico para Bolivia, por medio de ciertos acuerdos celebrados entre las partes litigantes. En concreto, los provenientes del memorándum Trucco de 1961 y la respuesta boliviana a este de 1962, y de las declaraciones conjuntas de Charaña de 1975 y 1977<sup>117</sup>. Por su parte, el juez Nawaf Salam consideró que los intercambios de notas de 1950 constituyeron un acuerdo bilateral en virtud del cual Chile se obligó a negociar con Bolivia una salida soberana al mar, tal como fue confirmado más tarde en el memorándum Trucco de 1961 y la respuesta que Bolivia dio a este en 1962, en la Declaración de Charaña de 1975, e incluso en la participación de Chile en las negociaciones del enfoque fresco y de la Agenda de los 13 Puntos de la década de 1990 y de 2000, respectivamente. El juez Salam calificó expresamente a esta obligación como de conducta<sup>118</sup>. Finalmente, el juez *ad hoc* de Bolivia, Yves Daudet, también señaló que Chile contrajo una obligación de negociar un acceso soberano al Océano Pacífico para Bolivia sobre la base de acuerdos bilaterales alcanzados en el acta protocolizada de 1920, en el intercambio de notas diplomáticas de 1950 y en el proceso de Charaña de 1975-1978<sup>119</sup>. A pesar de estas opiniones disidentes, la sentencia en el asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico solo puede ser calificada como categórica y contundente, no solo por el elevado número de jueces que votó a favor de lo resuelto en esta, sino también por su contenido. De hecho, lo fue a tal punto que ninguno de los representantes de las partes en litigio pudo disimular su asombro tras la lectura del fallo; en uno u otro sentido, obviamente. No pudo ser de otro modo, ya que después de rechazar cada uno de los argumentos presentados por el estado demandante, el tribunal declaró en un párrafo rotundo que, si

<sup>114</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 174.

<sup>115</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 177.

<sup>116</sup> Ver en general *BOLIVIA C. CHILE* (2018, juez Yusuf).

<sup>117</sup> Ver en general *BOLIVIA C. CHILE* (2018, juez Robinson).

<sup>118</sup> Ver en general *BOLIVIA C. CHILE* (2018, juez Salam).

<sup>119</sup> Ver en general *BOLIVIA C. CHILE* (2018, juez *ad hoc* Daudet).

bien las partes litigantes “tienen una larga historia de diálogo, intercambios y negociaciones destinadas a identificar una solución apropiada a la situación de mediterraneidad de Bolivia posterior a la Guerra del Pacífico y al Tratado de Paz de 1904”, no es capaz de concluir de los antecedentes analizados que Chile tiene una obligación de negociar un acceso soberano al Océano Pacífico para esta<sup>120</sup>.

Desde la perspectiva del derecho internacional, esta sentencia no innovó mayormente en lo que se refiere a derecho de tratados, ni a derecho de actos unilaterales o de comportamientos recíprocos de los estados<sup>121</sup>. Ni siquiera lo hizo respecto de la obligación de negociar, como hubiera sido de esperar a partir del objeto de esta disputa, reflejado en el nombre que se le dio<sup>122</sup>. Es interesante, en cambio, su aceptación implícita de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, que confirma la que hiciera tres años antes en su decisión sobre excepción preliminar del mismo caso<sup>123</sup>. Al señalar que una obligación de negociar solo implica el deber de llegar a un acuerdo cuando las partes han convenido contraer una obligación de resultado, que exige algo más que un mero deber de conducta, la Corte reiteró su jurisprudencia emergente sobre esta materia<sup>124</sup>. Otro aspecto a resaltar de esta decisión judicial es la reaparición de la figura de los acuerdos tácitos. A diferencia de la disputa marítima (Perú c. Chile), donde la Corte la aplicó *ex officio* en contra de Chile, en el asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico fue Bolivia quien alegó sin éxito la existencia de este tipo de acuerdos. El hecho que el tribunal volviera a referirse a estos, viene a engrosar un magro listado de casos en los que los ha mencionado, sin mayor explicación respecto a su naturaleza jurídica<sup>125</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, donde esta sen-

<sup>120</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 175.

<sup>121</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 91, 97, 106, 116-7, 126, 146-8, 152 & 158-9.

Sobre el derecho de tratados ver en general CORTEN Y KLEIN (eds.) (2006); VILLIGER (2009); y DÖRR Y SCHMAL-ENBACH (eds.) (2018).

En cuanto a los actos unilaterales ver en general GUERRERO PENICHE Y RODRÍGUEZ CEDEÑO (2003); GOODMAN (2006); TORRES CAZORLA (2010); NAIME (2012); y RODRÍGUEZ CEDEÑO Y TORRES CAZORLA (2013).

Respecto a los comportamientos recíprocos de los estados ver en general SINCLAIR (1996); DAS (1997); JIMÉNEZ (2002); NUNO (2006); y COTTIER Y MÜLLER (2007).

<sup>122</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 86-7 & 91. Ver también LÓPEZ ESCARCENA (2016) pp. 722-3.

Sobre la obligación de negociar en el derecho internacional ver en general ROGOFF (1994); WELLENS (2014); y WELLENS (2016). Ver también OWADA (2008).

<sup>123</sup> Ver LÓPEZ ESCARCENA (2016) pp. 720-2. Ver LÓPEZ ESCARCENA (2016) pp. 722-4.

Corresponde mencionar que tanto el juez Robinson como el juez *ad hoc* Daudet rechazaron esta clasificación en sus opiniones disidentes.

Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018 juez Robinson) párrafos 78-80; y *BOLIVIA C. CHILE* (2018, juez *ad hoc* Daudet) párrafos 49-55.

El juez Salam, en cambio, la aceptó expresamente en su opinión disidente, calificando la obligación de negociar que según el tendría Chile como de conducta.

Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018, juez Salam) párrafos 27-32.

<sup>124</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafos 87-9. Ver también *HUNGRÍA C. ESLOVAQUIA* (1997) párrafos 135 & 141; *MÉXICO C. EE.UU.* (2009) párrafos 17-8, 20, 23, 27 & 41; *ARGENTINA C. URUGUAY* (2010) párrafos 146, 187, 205 & 209; y *GEORGIA C. RUSIA* (2011) párrafos 157-60.

En cuanto a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado en el derecho internacional ver SANTULLI (2013) pp. 195-7; y ECONOMIDES (2010) pp. 372 & 375.

<sup>125</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 97. Ver también *NICARAGUA C. COLOMBIA* (2007) párrafo 253; y *PERÚ C. CHILE* (2014) párrafo 91. Confrontar con *TÚNEZ/LIBIA* (1982) párrafos 95 & 118; *CANADÁ/EE.UU.* (1984)

tencia sí va a pasar a constituir un hito insoslayable es en las relaciones boliviano-chilenas. Si tras el fallo recaído en su disputa con Chile los peruanos sacaron cuentas alegres, en el caso de Bolivia ha sido todo lo contrario<sup>126</sup>. En un contexto de triunfalismo sordo a toda crítica, la sentencia de fondo en esta controversia no pudo sino caer como un cataclismo en quienes ya estaban pensando en como negociar con Chile una salida soberana al mar, ahora que estaría obligado por un tribunal internacional a hacerlo<sup>127</sup>. Nada permite hoy mitigar el hecho que esta decisión judicial supuso un golpe letal a la centenaria aspiración marítima boliviana. Desde un punto de vista jurídico, la única otra derrota que puede compararse con esta es la que sufrió Bolivia en la Sociedad de las Naciones en 1921<sup>128</sup>. Y es que el precio que estuvieron dispuestos a pagar los bolivianos para que la Corte fallara este caso fue muy alto, pues Bolivia aceptó la validez del Tratado de 1904 en sus escritos y alegatos presentados a raíz de la excepción preliminar de incompetencia interpuesta por Chile, dejando así de lado una estrategia casi tan antigua como su aspiración marítima<sup>129</sup>.

¿Por qué perdió Bolivia en La Haya? Hay muchas respuestas posibles para esta pregunta. La falta de claridad en la demanda boliviana es una de ellas. Según esta, ¿tenía Chile una obligación de medios o una de resultados? Sobre este punto, el tribunal ya había distinguido en su decisión sobre excepción preliminar entre lo solicitado por Bolivia (determinar que Chile tiene una obligación de negociar incumplida) del objetivo último buscado por este estado (que le permita acceder con soberanía al Océano Pacífico), señalando expresamente que de llegar a resolver este caso en favor del demandante “no le correspondería a la Corte predeterminar el resultado de cualquier negociación que tenga lugar como consecuencia de dicha obligación”<sup>130</sup>. A pesar de esto, Bolivia optó por mantener la ambigüedad respecto a este asunto durante el proceso de fondo<sup>131</sup>. Esto, evidentemente no la favoreció, pues ya en los alegatos de la excepción preliminar el juez Owada le había preguntado a Bolivia qué entiende por acceso soberano<sup>132</sup>. El estado demandante no pudo o no quiso responder a esta interpelación con un planteamiento moderno y creativo, siendo que era justamente lo que le pedía de manera implícita a la Corte respecto de importantes nociones del derecho internacional, como los tratados y los actos unilaterales, entre otras: que las interprete de manera progresista, más que evolutiva. Con esta respuesta Bolivia puso en

párrafo 130; *CAMERÚN C. NIGERIA* (2002) párrafo 303; y *MALASIA/SINGAPUR* (2008) párrafos 120-1.

Respecto a los acuerdos tácitos ver en general D'ASPROMONT (2015); y DISTEFANO (2015). Ver también ABUGATTÁS (2014); y GAUTIER (2016).

<sup>126</sup> Para el caso peruano ver en general SIFUENTES Y RIEPL (2014).

<sup>127</sup> Ver APARICIO (2019) p. 90; CARRASCO (2019) pp. 17-9; GUZMÁN ESCOBARI (2019) p. 100; y LONGARIC (2019) pp. 120, 121-2 & 125-7

<sup>128</sup> Ver FERNÁNDEZ (2019) p. 78.

<sup>129</sup> Ver APARICIO (2019) pp. 92-3; y LONGARIC (2019) p. 120. Ver también LONGARIC (2014) pp. 77, 94-5 & 97-8.

<sup>130</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2015) párrafo 33. Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2015) párrafo 32. Ver también LONGARIC (2019) p. 121.

<sup>131</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018, juez Salam) párrafos 27-31. Confrontar con *BOLIVIA C. CHILE* (2018, juez *ad hoc* Daudet) párrafos 49-51 & 53.

<sup>132</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 90. Ver también GUZMÁN ESCOBARI (2019) pp. 100-3.

duda, además, su declaración de no disputar la validez del Tratado de 1904, hecha anteriormente en el mismo juicio<sup>133</sup>.

Pareciera que en definitiva lo esencial de los argumentos presentados por Chile terminó por persuadir a la Corte, la cual escogió dictar una sentencia que no dificulte futuras negociaciones interestatales, y desincentive eventuales demandas por supuestas obligaciones de negociar incumplidas. Como sea, la judicialización del problema de la mediterraneidad de Bolivia probó ser un grueso error de la diplomacia de ese país, que le puso fin a una era de negociaciones con Chile sobre ese asunto<sup>134</sup>. El impacto de la sentencia de la Corte fue tan grande, que en Bolivia se llegó a decir que “[e]l 1 de octubre de 2018 marcó el verdadero final de la Guerra del Pacífico”<sup>135</sup>. El entonces presidente de Bolivia, Evo Morales, trató de minimizar la durísima derrota sufrida refiriéndose a la sentencia como un informe, en un intento desesperado y burdo de bajarle el perfil al desastre que había provocado y presenciado<sup>136</sup>. De toda la sentencia, él solo recogió el párrafo que dice que “la conclusión de la Corte no debiese ser entendida como un impedimento a las Partes de continuar su diálogo e intercambios, en un espíritu de buena vecindad, para abordar los asuntos relativos a la situación mediterránea de Bolivia, solución que ambos han reconocido es una materia de interés mutuo”<sup>137</sup>. Pocos días después de volver a Bolivia, Morales le envió una carta al presidente de Chile, Sebastián Piñera, pidiéndole retomar las conversaciones sobre la aspiración marítima de su país. A la fecha, esa carta no ha tenido respuesta formal, y todo indica que no la tendrá en un futuro cercano ni lejano<sup>138</sup>.

## CONCLUSIÓN

El fallo del 1 de octubre de 2018 es una derrota que va a resonar en Bolivia por mucho tiempo. Si bien en Chile también hubo sorpresa, el contraste que se produjo entre la excesiva confianza boliviana y el funesto desenlace de su aventura judicial no pudo ser mayor. Desde un punto de vista teórico, la sentencia de fondo en el asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico no es de gran interés. Teniendo la posibilidad de pronunciarse sobre aspectos importantes del derecho de tratados y del derecho de los actos

<sup>133</sup> Ver *BOLIVIA C. CHILE* (2015) párrafo 30.

<sup>134</sup> Ver BROCKMANN (2019) p. 36; OPORTO (2019) pp. 43-5 & 47. Ver también APARICIO (2019) pp. 89-97; BROCKMANN (2019) pp. 33-5 & 37-9; y LONGARIC (2019) p. 122.

Cabe señalar que Ramiro Orias fue el primero que propuso, ya en el año 2000, que los ofrecimientos hechos por Chile para conversar con Bolivia sobre una salida al mar constituirían un acto unilateral de promesa, que generaba una obligación de negociar. Ver ORÍAS (2019) pp. 129-30. Ver también LONGARIC (2014) pp. 102-3. Ver en general ORÍAS (2000).

Esta línea argumental tomó particular fuerza en la narrativa doctrinal boliviana en los años posteriores a la decisión sobre excepción preliminar de la Corte, hasta su sentencia de fondo. Ver en general FERNÁNDEZ (2014); y GUZMÁN ESCOBARI (2015).

<sup>135</sup> BROCKMANN (2019) p. 36. Ver LASERNA (2019) p. 39.

<sup>136</sup> Ver SALAZAR (2019) pp. 49-51. Ver también LONGARIC (2019) p. 126.

<sup>137</sup> *BOLIVIA C. CHILE* (2018) párrafo 176.

<sup>138</sup> Enterado por la prensa de la misiva de Morales, el presidente de Chile invitó a Bolivia a entender el significado del fallo. Ver EL MERCURIO (10/10/2018) p. C2; y EL MERCURIO (11/10/2018) p. C4.

unilaterales, la Corte solo reiteró ciertas nociones fundamentales, sin entrar en detalles. Lo mismo ocurrió respecto del estoppel y de la aquiescencia, e incluso de la obligación de negociar en el derecho internacional, que es donde razonablemente se podría haber esperado algún desarrollo jurisprudencial. Es destacable, en cambio, la distinción que en esta sentencia volvió a hacer implícitamente la Corte entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. No lo es, en tanto, la nueva mención superficial que hizo de los acuerdos tácitos, la cual lejos de aclarar algo en el asunto, lo mantiene en la obscuridad conceptual que ya le es habitual. Sin embargo, donde esta sentencia va a marcar un antes y un después es en las relaciones boliviano-chilenas, que necesariamente debieran tomar ahora un nuevo rumbo, alejado de la discusión soberana. Para complacer una verdadera obsesión nacional, por más de un siglo Chile incluyó la aspiración marítima en sus negociaciones bilaterales con Bolivia, siempre precisando que cualquier diálogo a este respecto quedaba supeditado al respeto irrestricto de lo establecido en el Tratado de 1904. Aparentemente, esta ubicua mención nunca se entendió en el mismo sentido a ambos lados de la frontera que fijó dicho acuerdo internacional. Es hora de ser más claros. Para evitar que en el futuro una redacción ambigua o un fraseo equivocado pueda ser interpretado como una promesa o incluso un tratado, si las circunstancias que la rodean así lo permiten, Chile tiene que excluir la aspiración marítima soberana de Bolivia de la tabla de temas a discutir bilateralmente, como política de estado. Esto no quiere decir que no se pueda mejorar la integración boliviano-chilena. Facilitar la salida al mar de Bolivia por los puertos del norte de Chile va en beneficio de todos, pero seguir anclados en discusiones decimonónicas no ayuda a nadie.

Como dijo la Corte ese 1 de octubre, Bolivia y Chile tienen que seguir conversando. Y lo tienen que hacer por la sencilla razón de que son vecinos, y de que lo seguirán siendo mientras existan ambos estados. Se puede negociar de todo, pero nunca más sobre soberanía, a menos que se quiera volver a La Haya a escuchar a otros bien pagados abogados desempolvar antiguas negociaciones, que parten nada menos que en las décadas inmediatamente posteriores al fin de la Guerra del Pacífico y recurren gran parte del siglo XX. Quizás sacando la soberanía de la mesa de negociaciones, Bolivia pueda superar su prolongado estado de negación colectiva y asumir de una vez por todas que acordó libremente dejar de tener costa en el Océano Pacífico hace ya más de 100 años, para salir al mundo por puertos chilenos. Lejos de enfrentarnos, lo acordado por Bolivia y Chile en 1904 sigue ofreciendo una inmejorable oportunidad para alcanzar una integración bilateral verdadera. La sentencia de la Corte no hace otra cosa que recordarnos esto.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABUGATTÁS, Gattas (2014): “Análisis sobre la referencia a los acuerdos tácitos en algunos casos sobre delimitación marítima, con especial atención al asunto de la delimitación marítima entre Perú y Chile”, *Agenda Internacional*, vol. 21, N° 32: pp. 79-105.
- APARICIO, Jaime (2019): “El populismo jurídico y el descalabro diplomático y político en La Haya”, en OPORTO, Henry (ed.), *Bolivia en La Haya: lecciones de la demanda contra Chile* (La Paz, Bolivia, Plural Editores) pp. 89-97.

- BENADAVA, Santiago (1993): *Historia de las fronteras de Chile* (Santiago, Chile, Editorial Universitaria).
- BROCKMANN, Roberto (2019): “Ha terminado la guerra”, en OPORTO, Henry (ed.), *Bolivia en La Haya: lecciones de la demanda contra Chile* (La Paz, Bolivia, Plural Editores) pp. 33-8.
- BUSTOS, Carlos (2004): *Chile y Bolivia. Un largo camino. De la independencia a Monterrey* (Santiago, Chile, RIL Editores).
- BUSTOS, Carlos (2018): *Diplomacia chilena. Una perspectiva histórica* (Santiago, Chile, RIL Editores).
- CARRASCO, Carlos Antonio (2019): “¿Qué pasó en La Haya?”, en OPORTO, Henry (ed.), *Bolivia en La Haya: lecciones de la demanda contra Chile* (La Paz, Bolivia, Plural Editores) pp. 17-9.
- CLUNY, Claude Michel (2000): *Atacama: essai sur la Guerre du Pacifique 1879-1883* (París, Francia, Éditions de la Différence).
- CONCHA, José Miguel (2011): *Iniciativas chilenas para una alianza estratégica con Bolivia (1879-1899)* (La Paz, Bolivia, Plural Editores).
- CONCHA, José Miguel, y GARAY, Cristián (2013): *El tratado de 1904: negociaciones e intereses involucrados* (La Paz, Bolivia, Plural Editores).
- CORTEN, Olivier, y KLEIN, Pierre (eds.) (2006): *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités. Commentaire article par article*, vols. 1-3 (Bruselas, Bélgica, Éditions Bruylant).
- COTTIER, Thomas, y MÜLLER, Jörg Paul (2007): “Estoppel”, en WOLFRUM, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Reino Unido, Oxford University Press).
- DAS, Hans (1997): “Estoppel et l’acquisescement assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 30, N° 2: pp. 607-34.
- D’ASPREMONT, Jean (2015): “The International Court of Justice and Tacit Conventionality”, *Questions of International Law*, vol. 18: pp. 3-17.
- DISTEFANO, Giovanni (2015): “L’accord tacite ou l’univers parallèle du droit des traités”, *Questions of International Law*, vol. 18: pp. 17-37.
- DÖRR, Oliver, y SCHMALENBACH, Kirsten (eds.) (2018): *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Berlín, Alemania, Springer Verlag).
- DURÁN, Phillip (2014): *La hora de los halcones: la trastienda del conflicto Chile-Perú en La Haya* (Santiago, Chile, Editorial Planeta).
- ECONOMIDES, Constantin (2010): “Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result”, en CRAWFORD, James, PELLET, Alain, y OLLESON, Simon (eds.), *The Law of International Responsibility* (Nueva York, EE.UU., Oxford University Press) pp. 371-81.
- ERRÁZURIZ, Hernán Felipe, y NERI, Fabio (2019): *Bolivia vs. Chile en La Haya: obligación de negociar una salida al Océano Pacífico* (Santiago, Chile, Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales).
- FARCAU, Bruce (2000): *Chile, Peru, and Bolivia in the War of the Pacific, 1879-1884* (Westport, EE.UU., Praeger Publishers).

- FERNÁNDEZ, Gustavo (2019): “Quien llevaba el estandarte era él, pero el golpe no le afecta solo a él”, en OPORTO, Henry (ed.), *Bolivia en La Haya: lecciones de la demanda contra Chile* (La Paz, Bolivia, Plural Editores) pp. 77-83.
- FERNÁNDEZ, Sergio Alberto (2014): *Promissio est servanda. Lo que se promete se cumple: la reintegración marítima en la política exterior boliviana, desde sus inicios hasta la demanda ante La Haya* (La Paz, Bolivia, Plural Editores).
- FIGUEROA, Uldaricio (2007): *La demanda marítima boliviana en los foros internacionales* (Santiago, Chile, RIL Editores).
- GAUTIER, Philippe (2016): “Conduite, accord tacite et délimitation maritime”, en D’ARGENT, Pierre, LAGRANGE, Evelyne, y OETER, Stefan (eds.), *Droit des frontières internationales / The Law of International Borders* (París, Francia, Éditions A. Pedone) pp. 145-61.
- GOODMAN, Camille (2006): “Acta Sunt Servanda – A Regime for Regulating the Unilateral Acts of States at International Law”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 25, N° 1: pp. 43-73.
- GUERRERO PENICHE, Nicolás, y RODRÍGUEZ CEDEÑO, Víctor (2003): “Los actos unilaterales de los estados en derecho internacional: los trabajos de codificación en la Comisión de Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 3: pp. 195-223.
- GUZMÁN ESCOBARI, Andrés (2019): “Oportunidad perdida”, en OPORTO, Henry (ed.), *Bolivia en La Haya: lecciones de la demanda contra Chile* (La Paz, Bolivia, Plural Editores) pp. 99-107.
- GUZMÁN ESCOBARI, Andrés (2015): *Un mar de promesas incumplidas: la historia del problema marítimo boliviano (1879-2015)* (La Paz, Bolivia, Plural Editores).
- INFANTE, Demetrio (2014): *Confidencias limeñas: Charaña, espionaje y algo más* (Santiago, Chile, Editorial Catalonia).
- INFANTE, María Teresa (2016): “Latin America and the International Court of Justice: The Pact of Bogotá”, en WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, Paula y SOREL, Jean-Marc (eds.), *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law* (Abingdon, Reino Unido, Routledge) pp. 61-73.
- INFANTE, María Teresa (2017): “The Pact of Bogotá: Cases and Legal Challenges”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10: pp. 85-116.
- JIMÉNEZ, Francisco (2002): *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional: a propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima* (Madrid, España, Editorial Dilex).
- LAGOS ERAZO, Jaime (2013): *Las aspiraciones marítimas de Bolivia* (Santiago, Chile RIL Editores).
- LAGOS ERAZO, Jaime (2016): *La aspiración marítima de Bolivia ¿Obligación de negociar?* (Santiago, Chile, RIL Editores).
- LASERNA, Roberto (2019): “¿Por qué fracasamos?”, en OPORTO, Henry (ed.), *Bolivia en La Haya: lecciones de la demanda contra Chile* (La Paz, Bolivia, Plural Editores) pp. 39-42.
- LIRA, Diego (2009): *Aspectos jurídicos de las aspiraciones marítimas bolivianas* (Santiago, Chile, Editorial Puerto de Palos).
- LONGARIC, Karen (2019): “Reseña del proceso contra Chile sobre la obligación de negociar”, en OPORTO, Henry (ed.), *Bolivia en La Haya: lecciones de la demanda contra Chile* (La Paz, Bolivia, Plural Editores) pp. 119-27.

- LONGARIC, Karen (2014): *Solución pacífica de conflictos entre estados. Conceptos y estudio de casos en América Latina* (La Paz, Bolivia, Programa de Investigación Estratégica).
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2014a): *Indirect Expropriation in International Law* (Cheltenham, Reino Unido, Edward Elgar Publishing).
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2014b): “La disputa marítima entre Perú y Chile. Comentario de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 27 de enero de 2014”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 3: pp. 1133-53.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2016): “El asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico. Comentario de la decisión sobre excepción preliminar de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 24 de septiembre de 2015”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N° 2: pp. 715-34.
- MAYER, Alberto (2018): *El tratado de 1904: cuando Bolivia no tuvo mejor opción* (Santiago, Chile, Editorial Legatum).
- MILLAR, René (2005): *Pasión de servicio. Julio Philippi Izquierdo* (Santiago, Chile, Ediciones UC).
- NAIME, Mónica (2012): “El final de la espiral del caos: la regulación de los actos jurídicos unilaterales de los Estados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 12: pp. 631-72.
- NUNO, Sérgio Marques Antunes (2006): “Acquiescence”, en WOLFRUM, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Reino Unido, Oxford University Press).
- OPORTO, Henry (2019): “El mar: fin de un mito”, en OPORTO, Henry (ed.), *Bolivia en La Haya: lecciones de la demanda contra Chile* (La Paz, Bolivia, Plural Editores) pp. 43-8.
- ORIAS, Ramiro (2000): “El derecho internacional y las negociaciones marítimas con Chile”, en ZELADA, Alberto (ed.), *Bolivia: temas de la agenda internacional* (La Paz, Bolivia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto) pp. 371-85.
- ORIAS, Ramiro (2019): “¿Qué nos pasó en La Haya?”, en OPORTO, Henry (ed.), *Bolivia en La Haya: lecciones de la demanda contra Chile* (La Paz, Bolivia, Plural Editores) pp. 129-32.
- OWADA, Hisashi (2008): “Pactum de contrahendo, pactum de negociando”, en WOLFRUM, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Reino Unido, Oxford University Press).
- PINOCHET DE LA BARRA, Oscar (2004): *Chile y Bolivia: ¿hasta cuándo!* (Santiago, Chile, Lom Ediciones).
- RODRÍGUEZ CEDEÑO, Víctor, y TORRES CAZORLA, María Isabel (2013): “Unilateral Acts of State in International Law”, en WOLFRUM, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Reino Unido, Oxford University Press).
- RODRÍGUEZ ELIZONDO, José (2014): *Historia de dos demandas: Perú y Bolivia contra Chile* (Santiago, Chile, El Mercurio-Aguilar).
- RODRÍGUEZ ELIZONDO, José (2016): *Todo sobre Bolivia y la compleja disputa por el mar* (Santiago de Chile, Ediciones El Mercurio).
- RODRÍGUEZ GUARACHI, Eduardo (2015): “Reflexiones sobre la relación bilateral. La demanda de Bolivia contra Chile”, *Anuario de Derecho Público 2015: Universidad Diego Portales*: pp. 405-17.

- ROGOFF, Martin (1994): “The Obligation to Negotiate in International Law: Rules and Realities”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 16, N° 1: pp. 141-85.
- SALAZAR, Fernando (2019): “El fallo de La Haya, sofismas y mitomanía”, en OPORTO, Henry (ed.), *Bolivia en La Haya: lecciones de la demanda contra Chile* (La Paz, Bolivia, Plural Editores) pp. 49-51.
- SANTULLI, Carlo (2013): *Introduction au droit international: formation – application – exécution* (París, Francia, Éditions A. Pedone).
- SATER, William (2007): *Andean Tragedy. Fighting the War of the Pacific, 1879-1884* (Lincoln, EE.UU., University of Nebraska Press).
- SIFUENTES, Marco, y RIEPL, Martín (2014): *El último cartucho. Cómo ganamos 50.000 km<sup>2</sup> de mar en la corte de la Haya* (Lima, Perú, Editorial Planeta).
- SINCLAIR, Ian (1996): “Estoppel and Acquiescence”, en LOWE, Vaughan, y FITZMAURICE, Malgosia (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press) pp. 104-20.
- TAPIA VALDÉS, Jorge, y MARDONES, Luciano (2011): *La mediterraneidad de Bolivia y el factor peruano* (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- TORRES CAZORLA, María Isabel (2010): *Los actos unilaterales de los estados* (Madrid, España, Editorial Tecnos).
- VALENCIA-OSPINA, Eduardo (2011): “Bogotá Pact (1948)”, en WOLFRUM, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Reino Unido, Oxford University Press).
- VILLIGER, Mark (2009): *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers).
- WELLENS, Karel (2014): *Negotiations in the Case Law of the International Court of Justice* (Farnham, Reino Unido, Ashgate Publishing).
- WELLENS, Karel (2016): “Obligation to Negotiate”, en WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, Paula, y SOREL, Jean-Marc (eds.), *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law* (Abingdon, Reino Unido, Routledge) pp. 77-87.

## INSTRUMENTOS CITADOS

- TRATADO DE PAZ Y AMISTAD ENTRE CHILE Y PERÚ, Lima (20 de octubre de 1883).
- TRATADO DE PAZ, AMISTAD Y COMERCIO ENTRE BOLIVIA Y CHILE, Santiago (20 de octubre de 1904).
- TRATADO ENTRE CHILE Y PERÚ, Lima (3 de junio de 1929).
- CARTA DE LA ONU, San Francisco (26 de junio de 1945).
- CARTA DE LA OEA, Bogotá (30 de abril de 1948).
- TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACÍFICAS, Bogotá (30 de abril de 1948).
- TRATADO SOBRE LA NO PROLIFERACIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES, Londres, Moscú y Washington (1 de julio de 1968).
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Viena (23 de mayo de 1969).

## JURISPRUDENCIA CITADA

- TRÁFICO FERROVIARIO ENTRE LITUANIA Y POLONIA* (1931): Corte Permanente de Justicia Internacional, 15 de octubre de 1931 (opinión consultiva).
- PLATAFORMA CONTINENTAL DEL MAR DEL NORTE, ALEMANIA C. DINAMARCA, Y ALEMANIA C. PAÍSES BAJOS* (1969): Corte Internacional de Justicia, 20 de febrero de 1969 (sentencia de fondo).
- ENSAYOS NUCLEARES, AUSTRALIA C. FRANCIA* (1974): Corte Internacional de Justicia, 20 de diciembre de 1974 (sentencia de fondo).
- ENSAYOS NUCLEARES, NUEVA ZELANDA C. FRANCIA* (1974): Corte Internacional de Justicia, 20 de diciembre de 1974 (sentencia de fondo).
- PLATAFORMA CONTINENTAL DEL MAR EGEO, GRECIA C. TURQUÍA* (1978): Corte Internacional de Justicia, 19 de diciembre de 1978 (sentencia de fondo).
- PLATAFORMA CONTINENTAL, TÚNEZ/LIBIA* (1982): Corte Internacional de Justicia, 24 de febrero de 1982 (sentencia de fondo).
- DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA EN EL GOLFO DE MAINE, CANADÁ/EE.UU.* (1984): Corte Internacional de Justicia, 12 de octubre de 1984 (sentencia de fondo).
- DISPUTA TERRITORIAL, INSULAR Y MARÍTIMA, EL SALVADOR/HONDURAS* (1990): Corte Internacional de Justicia, 13 de septiembre de 1993 (decisión sobre la aplicación de Nicaragua para intervenir).
- DELIMITACIÓN MARÍTIMA Y CUESTIONES TERRITORIALES, QATAR C. BAHREIN* (1994): Corte Internacional de Justicia, 1 de julio de 1994 (decisión sobre jurisdicción y admisibilidad).
- LEGALIDAD DE LA AMENAZA O DEL USO DE ARMAS NUCLEARES* (1996): Corte Internacional de Justicia, 8 de julio de 1996 (opinión consultiva).
- PROYECTO GABČÍKOVO-NAGYMAROS, HUNGRÍA C. ESLOVAQUIA*: Corte Internacional de Justicia, 25 de septiembre de 1997 (sentencia de fondo).
- DISPUTA SOBRE LA FRONTERA TERRESTRE Y MARÍTIMA, CAMERÚN C. NIGERIA* (1998): Corte Internacional de Justicia, 11 de junio de 1998 (decisión sobre excepciones preliminares).
- DISPUTA SOBRE LA FRONTERA TERRESTRE Y MARÍTIMA, CAMERÚN C. NIGERIA, GUINEA ECUATORIAL INTERVINIENDO* (2002): Corte Internacional de Justicia, 10 de octubre de 2002 (sentencia de fondo).
- ACTIVIDADES ARMADAS EN EL TERRITORIO DEL CONGO, CONGO C. RUANDA* (2006): Corte Internacional de Justicia, 3 de febrero de 2006 (decisión sobre jurisdicción y admisibilidad).
- DISPUTA TERRITORIAL Y MARÍTIMA, NICARAGUA C. HONDURAS* (2007): Corte Internacional de Justicia, 8 de octubre de 2007 (sentencia de fondo).
- SOBERANÍA SOBRE PEDRA BRANCA/PULAU BATU PUTEH, MIDDLE ROCKS Y SOUTH LEDGE, MALASIA/SINGAPUR* (2008): Corte Internacional de Justicia, 23 de mayo de 2008 (sentencia de fondo).
- AVENA Y OTROS NACIONALES MEXICANOS, MÉXICO C. EE.UU.* (2009): Corte Internacional de Justicia, 19 de enero de 2009 (decisión sobre interpretación).
- PLANTAS DE CELULOSA SOBRE EL RÍO URUGUAY, ARGENTINA C. URUGUAY* (2010): Corte Internacional de Justicia, 20 de abril de 2010 (sentencia de fondo).
- APLICACIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL, GEORGIA C. RUSIA* (2011): Corte Internacional de Justicia, 1 de abril de 2011 (decisión sobre excepción preliminar).

*APLICACIÓN DEL ACUERDO PROVISIONAL DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1995, MACEDONIA C. GRECIA* (2011): Corte Internacional de Justicia, 5 de diciembre de 2011 (sentencia de fondo).

*DISPUTA MARÍTIMA, PERÚ C. CHILE* (2014): Corte Internacional de Justicia, 27 de enero de 2014 (sentencia de fondo).

*OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR UN ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO, BOLIVIA C. CHILE* (2015): Corte Internacional de Justicia, 24 de septiembre de 2015 (decisión sobre excepción preliminar).

*OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR UN ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO, BOLIVIA C. CHILE* (2018): Corte Internacional de Justicia, 1 de octubre de 2018 (declaración del juez Abdulqawi Ahmed Yusuf).

*OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR UN ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO, BOLIVIA C. CHILE* (2018): Corte Internacional de Justicia, 1 de octubre de 2018 (opinión disidente del juez *ad hoc* Yves Daudet).

*OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR UN ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO, BOLIVIA C. CHILE* (2018): Corte Internacional de Justicia, 1 de octubre de 2018 (opinión disidente del juez Patrick Robinson).

*OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR UN ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO, BOLIVIA C. CHILE* (2018): Corte Internacional de Justicia, 1 de octubre de 2018 (opinión disidente del juez Nawaf Salam).

*OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR UN ACCESO AL OCÉANO PACÍFICO, BOLIVIA C. CHILE* (2018): Corte Internacional de Justicia, 1 de octubre de 2018 (sentencia de fondo).

