



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE  
**DERECHO**®

■ ESTUDIOS

Derecho Administrativo

Derecho Civil

Derecho Penal

Derecho Constitucional

Derecho Procesal

Filosofía 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) - **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) - **Félix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **Franck Moderne †** (Université de Paris I) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **Johann Christian Pielow** (Ruhr-Universität Bochum) - **Etienne Picard** (Université de Paris I) - **Alejandro Romero Seguel** (Universidad de los Andes de Chile) - **Francisco Samper Polo** (Universidad de Santiago 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

**Francisco Rubio Varas**  
**Adriana Villamizar Rivera**  
Ayudantes de Redacción

**Pía Ruiz-Tagle Donoso**  
**Luciano Zúñiga García**  
Ayudantes de la Edición Electrónica

**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 recibe el apoyo de Bibliotecas UC para los números publicados en el año 2021

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, 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 online)

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

Teléfonos: (56-2) 2354-2964

Correo electrónico de la Redacción: revchider@uc.cl

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

[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 48 N° 2

### ■ EDITORIAL

- CARVAJAL, Patricio: *Timeo Hominem Unius Libri. En memoria de Alejandro Guzmán Brito* [V-VI]

### ■ ESTUDIOS

#### Derecho Administrativo

- AGUILERA, Cristóbal: *Naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa: algunas reflexiones sobre las autoridades administrativas y el principio de legalidad* [1-26]

#### Derecho Civil

- LÓPEZ, Patricia e DE LA MAZA, Íñigo: *La publicidad engañosa en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores: un intento de sistematización desde el moderno derecho de contratos* [27-51]

#### Derecho Penal

- ROJAS, Luis Emilio: *Sobre el contenido de injusto de la prevaricación judicial* [53-78]
- MAÑALICH, Juan Pablo: *Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del Derecho Penal* [79-100]

#### Derecho Constitucional

- PARDO, Diego: *La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas en el sistema constitucional chileno: prolegómeno para una dogmática* [101-124]

#### Derecho Procesal

- BENFELD ESCOBAR, Johann: *De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo. Hechos institucionales y sana crítica* [125-147]

#### Derecho Administrativo

- PHILLIPS, Jaime: *El cambio de jurisprudencia por la Contraloría General de la República: ¿Cómo determinar sus efectos en el tiempo?* [149-175]

## Derecho Civil

BARRIA, Rodrigo: *Estructuración del sistema de responsabilidad civil extracontractual de la ley de propiedad intelectual* [177-201]

PÉREZ RAGONE, Álvaro: *La justicia civil en la era digital y artificial: ¿Hacia una nueva identidad?* [203-229]

## Filosofía del Derecho

GUETTE HERNÁNDEZ, David Modesto y RODRÍGUEZ CUADRADO, Angie Carolina: *La forma como debe decidir el juez Hércules. Descripción y análisis de la teoría de la argumentación jurídica desde la visión de Ronald Dworkin. Estudio de caso basado en la jurisprudencia colombiana* [231-255]

### ■ RECENSIONES

MADRID, Raúl: *Sergio Raúl Castaño (2018): Il potere costituente tra mito e realtà, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2018 (Prefacio de Pietro Giuseppe Grasso). 135 páginas* [257-259]

LUQUE, Jaime: *Cianciardo, Juan y Zambrano, Pilar, (2019): La Inteligibilidad del Derecho (Barcelona, Marcial Pons), 160.* [261-264]

### ■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EWERT, Axel: *El problema de la legitimación pasiva en hipótesis de daños producto de la actividad en los hospitales autogestionados en red: Análisis de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 3 de abril de 2020* [265-278]



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

## EDITORIAL

*TIMEO HOMINEM UNIUS LIBRI*  
EN MEMORIA DE ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

Ha partido el más brillante de los juristas chilenos, don Alejandro Guzmán Brito (1945-2021). Autor en esta Revista desde su segundo número, en el año 1975, y miembro de nuestro Comité Editorial desde el año 2004; en su carácter de universitario, elegante y polígrafo, nos deja un legado monumental de obras finísimas sobre un vasto abanico de temas jurídicos y, como amigo y colega, nos deja el recuerdo imperecedero de su agudeza, de su humor, de su laboriosidad y de su preocupación por nosotros.

Don Alejandro fue un amigo de esta Facultad. Colaboró con dedicación y entusiasmo cada vez que le solicitamos ofrecer conferencias, formar parte de tribunales doctorales, acudir a reuniones de decanos, etc. Brindó un respaldo irrestricto a quienes comenzábamos nuestra carrera en esta Casa y, en general, a todos los profesores de las áreas de Derecho Privado, tanto Romano como Civil, de Historia del Derecho y de Teoría y Filosofía del Derecho.

En lo que atañe a nuestra Revista, don Alejandro fue un infatigable colaborador desde el punto de vista editorial. En efecto, su *ethos* de editor y de universitario lo condujo a tener una notable experiencia en esta área. Sirvió de editor de una infinidad de obras colectivas y fue creador de importantes revistas científicas; colaboró con los más diversos comités editoriales, en Chile y en el Mundo, y sirvió como evaluador en numerosas publicaciones. Respecto de nuestra Revista Chilena de Derecho, recuerdo de mis años de Director su asistencia y activa colaboración en las reuniones tanto del grupo de editores de revistas jurídicas como del Comité Editorial. En estas últimas, daba cuenta de la dedicación y esmero con que revisaba acuciosamente cada nueva edición: formulaba observaciones, críticas y sugerencias detalladas, con el ánimo de contribuir con sus mejores esfuerzos a mejorar la calidad de la factura, diagramación, distribución temática y cuidado científico de los contenidos de esta publicación periódica. En esto, también fue un maestro que nos regaló, con afable generosidad, su rigor y su erudición.

De aquella época, también recuerdo que le gustaba especialmente que yo titulara los editoriales de cada número con una sentencia latina clásica. Y, por eso, en esta ocasión hago lo mismo en su homenaje, gracias al encargo que me hizo el actual Director, Profesor Álvaro Paúl —a quien agradezco profundamente este gentil detalle—, en atención a la amistad que me unía con el profesor Guzmán Brito.

*Timeo hominem unius libri* (temo al hombre de un solo libro), fue el lema que don Alejandro mandó pintar en la biblioteca de su Facultad de Derecho, en Valparaíso, en una de las últimas obras que ejecutó como Decano. Esta frase, de autor desconocido, le fascinaba por la fuerza para interpelar a los universitarios a nutrirse de la cultura a través de los libros, a profundizar y corroborar una y otra vez los propios conocimientos, por medio de la lectura y del estudio incesantes. Se sentía identificado con el “bien” (no le gustaba en absoluto el neologismo “valor”), que transmitía la sentencia que escogió para sus estudiantes y colegas, la que en efecto constituye una bella y certera imagen de su propia actividad como

universitario; pues, en su fructífera vida académica no solo produjo los impresionantes caudales de su propia literatura, sino que se preocupó intensa y constantemente de robustecer la actividad intelectual general, comprometido sea con promover la obtención de becas de estudios de postgrado para cuanto profesor joven se lo solicitara, sea con proveer a los demás profesores de los mejores vehículos para presentar sus propias publicaciones.

Fue un férreo defensor de la excelencia en la enseñanza del Derecho. Por ello, en lo concerniente a sus áreas de interés, fustigó duramente algunas Facultades chilenas que a inicios del milenio cometieron el error –hoy subsanado–, de cancelar la asignatura de Derecho Romano o de hacerla pretendidamente integrante de algún híbrido con Historia del Derecho. Tal como el mismísimo Andrés Bello, quien había luchado entre 1829 y 1832 por superar la supresión de los estudios de Derecho Romano en el Instituto Nacional –lo que a él le pareció un reflejo de la barbarie de la educación pública, porque en la privada siempre se cultivó la disciplina–, Alejandro Guzmán se opuso a este movimiento con fuerza. Escribió que tal idea peregrina equivalía a establecer una carrera de Filosofía sin enseñanza alguna de Platón o de Aristóteles. Defendía con sólidos argumentos el carácter formativo insustituible de este ramo en el primer año, tanto para la formación del lenguaje técnico como para la comprensión del sistema jurídico. Ante ello, pedía observar el hecho práctico de la “soltura” con que rápidamente el alumno de primer año se “movía” por las materias; un efecto del Derecho Romano que ninguna de las otras disciplinas introductorias del plan lograba ni por asomo con similar profundidad y eficacia. Pedía poner atención a que los propios alumnos reconocían esta virtud y añadía: “*los estudiantes suelen ser más inteligentes que sus profesores*”. Asimismo, llamaba la atención de los resultados finales en los países en que había operado esta supresión en la formación de sus generaciones de juristas, indicando los datos objetivos que daban cuenta del decaimiento de su nivel en el cultivo de las demás disciplinas positivas, por cuanto inexorablemente se iba perdiendo la universalidad teórica de sus investigaciones, para caer en el particularismo, el localismo y la fugacidad de los meros comentarios de leyes especiales o de sentencias; actividad que desnaturaliza el papel orientador de la doctrina, haciéndola obsecuente ante el legislador y el juez y, finalmente, anodina. Por último, también reaccionaba con dureza ante quienes sostenían “metodológicamente” que las disciplinas de Derecho no vigente podían ser auxilios valiosos para una eventual investigación pero que no eran, verdaderamente, en sí mismas Derecho. Premunido de su prestigio y del impresionante arsenal de sus propias investigaciones de Derecho vigente, en que conectaba la experiencia histórica con los problemas jurídicos actuales como vía para encontrar las soluciones, ante sus contertulios solía reproducir las discusiones en que se le había señalado tal argumento y decía en voz lo suficientemente alta: “*¡Entonces, yo seré paleontólogo, seguramente!*”, y miraba por el rabillo del ojo a quienes le escuchábamos el relato, con gesto de sorna, como diciendo: *timeo hominem unius libri*.

Que descanse en la paz del Señor, don Alejandro.

PATRICIO CARVAJAL  
*Exdirector de la Revista Chilena de Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Chile*

# NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

## *LEGAL NATURE OF FINES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTING: SOME REFLECTIONS ON ADMINISTRATIVE AUTHORITY AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY*

CRISTÓBAL AGUILERA MEDINA\*

**RESUMEN:** El presente trabajo intenta resolver la pregunta sobre la naturaleza jurídica de la multa en la contratación administrativa. La respuesta que se ofrece es que se trata de una sanción administrativa, desechando la tesis según la cual se trataría de una cláusula penal. Los argumentos que se exponen se enmarcan en dos reflexiones. Primero, sobre la naturaleza de la autoridad administrativa y el carácter potestativo de su obrar. Segundo, sobre la potestad de multar y el principio de legalidad. El contexto normativo en el que se desenvuelven las reflexiones es la Ley N° 19.886.

**Palabras claves:** multa, autoridad administrativa, contratación administrativa, principio de legalidad, Ley N° 19.886

**ABSTRACT:** The present article tries to solve the question about the juridical nature of the fine in administrative contracting. The answer offered is that it is an administrative sanction, discarding the thesis according to which it would be a penalty clause. The arguments that are exposed are framed in two reflections. First, about the nature of the administrative authority and the optional nature of their actions. Second, about the power to fine and the principle of legality. The normative context in which the reflections take place is Law N° 19.886.

**Keywords:** Fine, administrative authority, administrative contracting, principle of legality, Law N° 19.886.

## INTRODUCCIÓN

Uno de los asuntos más relevantes en el desarrollo dogmático del derecho administrativo dice relación con la discusión sobre la naturaleza jurídica del contrato administrativo. Esta discusión suele remontarse a la polémica entre Paul Laband, Otto Mayer y Hans Kelsen a fines del siglo XIX que versó sobre la pregunta de si el contrato administrativo es un convenio o una actuación unilateral del Estado que requiere de aceptación<sup>1</sup>.

---

\* Magíster en Derecho Administrativo. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Finis Terrae. Dirección Postal: Av. Pedro de Valdivia 1509, Providencia, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: caguilera@uft.cl. Código Orcid 0000-0002-8661-0912. Este trabajo forma parte de la tesis defendida para la obtención del grado de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad de los Andes. Agradezco los comentarios del Tribunal, integrado por los profesores Jaime Arancibia, Claudio Moraga y Juan Carlos Flores.

<sup>1</sup> HUERGO (1998) pp. 119-197.

La relevancia de esta discusión es absoluta. Entre otros motivos, esto se debe a que está íntimamente relacionada con la discusión sobre la autonomía científica del derecho administrativo<sup>2</sup>. Con todo, a pesar de su importancia, esta discusión no ha tenido un tratamiento debido en estas latitudes. Basta revisar la historia de la Ley N° 19.886 para comprobarlo: no hay en ella ninguna alusión a esta crucial controversia. Este escenario, para beneficio de la dogmática administrativista chilena, se ha ido remediando en el último tiempo en el que han aparecido trabajos que buscan instalar esta discusión en nuestro medio<sup>3</sup>.

El presente trabajo se inserta en el contexto de la discusión sobre la naturaleza del contrato administrativo. En este marco, nos centraremos en una cuestión específica, que dice relación con la pregunta sobre la naturaleza jurídica de la multa en la contratación administrativa. La tesis que proponemos es que consiste en una sanción administrativa. Esta tesis se funda y, a la vez, refuerza el argumento de que el contrato administrativo es un acto administrativo mixto y modal<sup>4</sup>. Así, partimos de la base de que la discusión que analizaremos es secundaria respecto de la discusión principal y anterior sobre la naturaleza del contrato administrativo.

La aproximación de este trabajo a la pregunta objeto del mismo es fundamentalmente teórica. Esto significa que nos moveremos en el plano conceptual (dilucidar la naturaleza), sin detenernos en los efectos jurídicos prácticos (por ej. garantías del particular)<sup>5</sup> o de política pública (por ej. eficacia de la contratación administrativa)<sup>6</sup> derivados de la tesis que sostenemos. Solo abordaremos un efecto en el plano jurídico-conceptual, que dice relación con el principio de legalidad. En consecuencia, el trabajo se dividirá en dos partes. En una primera parte abordaremos la naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa a partir de un análisis de la autoridad administrativa y el carácter potestativo de su obrar. En segundo lugar, y sobre la base de lo anterior, analizaremos ciertos aspectos relativos al principio de legalidad, específicamente relacionados con la potestad de multar. En ambas secciones el análisis se enmarcará en la Ley N° 19.886, aunque algunas reflexiones no se restringen a este cuerpo legal<sup>7</sup>. Terminaremos resumiendo las conclusiones.

## I. NATURALEZA DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA MULTA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Esta primera sección tiene por objeto exponer algunos argumentos que sustentan la tesis de que la multa en la contratación administrativa es una sanción de naturaleza administrativa y no contractual. Los argumentos siguen el siguiente esquema: primero, identi-

<sup>2</sup> LOO (2018) pp. 149-154.

<sup>3</sup> Recientemente se ha publicado un trabajo del profesor Jaime Arancibia que toma partido en esta discusión: ARANCIBIA (2019). Antes había esbozado esta tesis en ARANCIBIA (2017) pp. 9-11.

<sup>4</sup> ARANCIBIA (2019) pp. 31-35.

<sup>5</sup> LARA y GARCÍA-HUIDOBRO (2014) pp. 380-382; LLEDÓ y PARDO (2015) pp. 61-65.

<sup>6</sup> LLEDÓ y PARDO (2015) p. 71.

<sup>7</sup> Estas reflexiones cobran mayor relevancia para el caso de legislaciones que no confieren de modo expreso la potestad de sancionar con multa el incumplimiento de un contrato administrativo a la autoridad administrativa, y no en aquellas en que sí se confiere esta potestad, por ej. Ley 18.696.



caremos el criterio en virtud del cual es posible resolver la pregunta sobre la naturaleza de la multa. En segundo lugar, ahondaremos en este criterio, que es la singularidad de la autoridad administrativa como parte del contrato administrativo y el carácter potestativo de su obrar. En tercer lugar, analizaremos el concepto de potestad.

## 1. UN PROBLEMA DE CRITERIO DE DETERMINACIÓN

Preguntar por la naturaleza de una cosa es una pregunta que busca identificar “aquello que hace que una cosa sea lo que es”<sup>8</sup>. Cuando a esta pregunta se le asigna el adjetivo jurídico, la cuestión suele volverse difusa. Esto ocurre porque no está del todo claro cuál es la respuesta que busca obtener quien formula una pregunta en estos términos, sobre todo cuando aquello cuya naturaleza se intenta dilucidar es una creación normativa.

En nuestro caso, la pregunta sobre la naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa parece reducirse a la siguiente disyuntiva: cláusula penal o sanción administrativa<sup>9</sup>. Por evidente que sea, una primera constatación que debemos advertir es que se trata de una “multa”. El Diccionario de la lengua española define la multa como “sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero”<sup>10</sup>. La multa es, pues, primeramente una sanción.

Para quienes sostienen que la multa en la contratación administrativa es sanción administrativa, la definición de la multa como una sanción no reviste ningún inconveniente<sup>11</sup>. Con todo, para quienes plantean que se trata de una cláusula penal, esto no es evidente y merece algunas explicaciones. La cláusula penal tiene diversas funciones, como la de avalar perjuicios, garantizar el cumplimiento de la obligación principal, entre otras<sup>12</sup>. Sin embargo, parece claro que, si se acepta que la multa es cláusula penal, dicha cláusula tiene la función de sancionar (aflictiva<sup>13</sup>). Dos razones sustentan este punto. En primer lugar, la misma denominación de “multa” que le asignó el legislador. En segundo lugar, el contexto gramatical en el que se encuentra la palabra multa en la Ley N° 19.886. Para efectos de lo que nos interesa, la palabra multa se encuentra en el inciso tercero del artículo 11. En esta disposición, la voz multa se sitúa en una oración que hace referencia a las sanciones. Así, es dable concluir que la multa se comprende como una especie del género sanción al cual el inciso alude. A este argumento, que apunta a la literalidad, se puede sumar el marcado énfasis sancionador del artículo 79 ter del Reglamento de la Ley N° 19.886 (lo veremos en detalle más adelante). Por lo demás, el sentido original de la cláusula penal es sancionar las infracciones al contrato<sup>14</sup>, el cual coincide con el sentido primero que se sigue de la lectura del artículo 1535 del Código Civil.

<sup>8</sup> ALVIRA, CLAVELL y MELENDO (2001) p. 29.

<sup>9</sup> DICTAMEN CGR N° 30.003 (2014).

<sup>10</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2001) 22ª edición.

<sup>11</sup> Para un concepto de la multa como sanción administrativa: BERMÚDEZ (2014) p. 354 y MORAGA (2019) p. 492.

<sup>12</sup> CORRAL (2012) pp. 13-17.

<sup>13</sup> LARA y GARCÍA-HUIDOBRO (2014) p. 377.

<sup>14</sup> RAMOS (2004) p. 304.

Habiendo aclarado lo anterior, cabe ahora resolver la cuestión central: si la multa es de carácter contractual o administrativa. Esto nos pone frente a una serie de disyuntivas. En efecto, con la pregunta sobre la naturaleza jurídica de la multa se suele intentar resolver la duda sobre cuál es el título en virtud del cual la Administración actúa, es decir, si aquello en lo que tiene su origen la multa<sup>15</sup>, es un derecho subjetivo o una potestad. Por otro lado, también la cuestión de la naturaleza apunta a resolver la duda de si al cursarla la Administración actúa de un modo potestativo o facultativo. Luego, también nos pone frente al problema de si la fuente última de su acción es una cláusula del contrato administrativo o una norma legal. Finalmente, la pregunta sobre la naturaleza también alude al hecho que motiva la multa: ¿infracción administrativa o incumplimiento contractual?

Es cierto que todos estos ámbitos están relacionados. Con todo, diferenciarlos es fundamental para saber cuál es la respuesta que se busca obtener con la pregunta sobre la naturaleza jurídica de la multa. En efecto, la falta de claridad en lo anterior puede llevar a concluir, por ejemplo, que la multa es de naturaleza contractual porque su fuente es un contrato sin reparar en que el carácter del obrar de toda autoridad pública es potestativo. De igual modo, se puede sostener que el título de la multa es una potestad sancionadora debido a que la multa la impone la Administración, sin advertir el contexto en el que se ejerce, que es el cumplimiento de un contrato<sup>16</sup>.

Frente a lo anterior, lo importante es lo siguiente: ¿cuál es la perspectiva o criterio concluyente en la dilucidación de la naturaleza de la multa en la contratación administrativa? El objeto de esta primera sección es ofrecer un criterio concluyente de determinación. Este criterio puede calificarse como concluyente o comprensivo en la medida en que, habiéndolo advertido, todas las demás cuestiones se siguen de este. Lo que argumentaremos es que este criterio es el hecho de que la autoridad administrativa sea quien cursa la multa. A partir de esto se sigue un modo de obrar administrativo que tiene carácter autoritativo, una relación jurídica con singulares atributos y regida por la justicia distributiva, la exigencia de un título de actuación que es la potestad, entre otros aspectos.

Finalmente, a modo de breve panorama jurisprudencial y dogmático, cabe decir que la Corte Suprema no ha tenido un criterio unívoco en esta materia. En efecto, esta magistratura ha declarado en ocasiones que “la aplicación de una multa impuesta por la administración en el marco de los contratos administrativos de la Ley N° 19.886, constituye una sanción administrativa o bien una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración”<sup>17</sup>. Sin embargo, también ha declarado que al multar en el contexto de un contrato administrativo, la autoridad administrativa “no se encuentra ejerciendo su ‘potestad sancionadora’ (...), por el contrario, (...) ejecuta una cláusula del contrato”<sup>18</sup>.

Por su parte, la Contraloría General de la República sí tiene asentada una doctrina, conforme a la cual la naturaleza jurídica de las multas es la de sanción contractual y no

<sup>15</sup> ORREGO (2019) p. 29.

<sup>16</sup> Por ej. *CAS CHILE S.A. CON MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA* (2019), C. 9°.

<sup>17</sup> *ESPACIO Y JARDÍN LTDA. CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE IQUIQUE* (2017), C. 5°. En la misma línea: *SALUD Y VIDA S.A Y OTROS. CON JUNTA NACIONAL DE AUXILIO ESCOLAR Y BECAS* (2017), C. 37°.

<sup>18</sup> *CAS CHILE S.A. CON MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA* (2019), C. 9°.

administrativa. Así, ha sostenido que “las estipulaciones contractuales que contiene multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal”<sup>19</sup>.

A nivel dogmático (nacional), no hay una única respuesta a la pregunta sobre la naturaleza<sup>20</sup> ni tampoco respecto de qué tesis beneficia de mejor manera al particular contratista<sup>21</sup>. Lo que sí está claro, es que esta incertidumbre jurídica afecta la eficiencia del sistema de contratación pública<sup>22</sup>.

## 2. LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN CUANTO AUTORIDAD POLÍTICA

La autoridad política es natural al hombre en la medida en que la sociedad política también lo es. La autoridad es condición *sine qua non* para que toda sociedad alcance su fin. Esto es así, pues sin una autoridad no sería posible resolver los desafíos y “problemas prácticos de coordinación que conciernen a todos en la comunidad”<sup>23</sup>.

La autoridad política, para ser eficaz, ha de actuar de un modo necesariamente potestativo. Ambos conceptos, autoridad y poder, están íntimamente implicados. Es cierto que bajo la distinción orsiana los conceptos de *auctoritas* y *potestas* pueden diferenciarse, entendiendo el primero como el “saber socialmente reconocido” y el segundo como el “poder socialmente reconocido”. Con todo, a partir de este esquema “las funciones (...) ejecutivas son propias de la potestad”<sup>24</sup>.

Que el actuar de la autoridad sea potestativo significa “que lo que la persona revestida de dicha potestad dice o decide, en el ejercicio de ese poder o autoridad, impone un deber a otra persona”<sup>25</sup>. Así, lo específico del poder político es modificar la situación jurídica de quienes están sometidos a esa autoridad. En efecto, como dice un autor, “[l]as condiciones necesarias para el bien común son obligatorias con prescindencia de la voluntad de los sujetos beneficiados o vinculados”<sup>26</sup>. En otros términos, lo propio del poder político es suscitar obediencia en la población<sup>27</sup>.

En este marco conceptual, lo primero que define a la Administración del Estado es ser autoridad en una comunidad política, de lo que se sigue que su actuar es necesariamente potestativo. La consecuencia más importante de lo anterior es que se excluye que la Administración pueda actuar de modo facultativo.

<sup>19</sup> DICTAMEN CGR 47.611 (2013). Concordante con N° 30.003 (2014), N° 4.508 (2013), N° 11.961 (2018), entre otros.

<sup>20</sup> Por ej. MORAGA (2019) pp. 496-498; LLEDÓ y PARDO (2015) pp. 58-65; LARA y GARCÍA-HUIDOBRO (2014) pp. 378-390; CORRAL (2012) p. 357; BERMÚDEZ (2014) pp. 279-280.

<sup>21</sup> LLEDÓ y PARDO (2015) p. 65; LARA y GARCÍA-HUIDOBRO (2014) p. 371; GARCÍA (2018).

<sup>22</sup> Se han hecho propuestas de *lege ferenda* para aumentar la certeza, por ej. LLEDÓ y PARDO (2015) p. 71.

<sup>23</sup> FINNIS (2000) p. 274. Hay otras formas de argumentar la necesidad de la autoridad, por ej. ARANCIBIA (2017) 5.

<sup>24</sup> DOMINGO (1997) p. 197.

<sup>25</sup> ORREGO (2019) p. 86.

<sup>26</sup> ARANCIBIA (2017) p. 9.

<sup>27</sup> CRUZ (2006) p. 393.

Dos argumentos, aparte de lo dicho hasta ahora, refuerzan este punto. El primero dice relación con la singular posición en que se encuentra la Administración en relación con el particular, posición a la que no puede renunciar sin dejar de ser tal. El que la Administración y el particular ocupen su posición justa, además de definir el obrar justo de las partes, es condición para que la relación jurídica que se origina por la acción de la Administración se rija por la justicia del gobernante (distributiva)<sup>28</sup>. Con el concepto de posición justa apuntamos a “lo que cada uno es en ese orden social concreto en relación con los otros, su rol o función”<sup>29</sup>. La posición justa de la Administración es ser autoridad política: lo específico de la Administración es ocupar una posición de “supraordenación o verticalidad”<sup>30</sup>.

A partir de lo dicho se puede sostener que existe una verdadera distinción ontológica entre la Administración y el particular debido al interés que resguardan: “la autoridad, titular del interés del todo, y la persona, titular del interés de una de sus partes”<sup>31</sup>. Por el contrario, si se acepta la tesis de que la imposición de una multa es expresión de un obrar facultativo, se estaría reconociendo que la Administración puede obrar en un plano de igualdad con el particular, lo cual es incompatible con la distinción ontológica que hemos mencionado. De ahí que un principio básico de la contratación administrativa sea precisamente la “desigualdad”<sup>32</sup>. En efecto, la multa de la Administración no es expresión de un ejercicio facultativo, sino que, por el contrario, y de modo necesario, es expresión de un ejercicio potestativo, a pesar de que sea cursada en el contexto de la ejecución de un contrato administrativo.

Lo que hemos argumentado puede resumirse en el axioma tomista “el obrar sigue al ser” (*operari sequitur esse*). El modo de obrar, las características propias de las operaciones de la Administración, se siguen de su ser (autoridad pública), a lo cual no puede renunciar, ni aun cuando la relación en la que se desenvuelve pueda ser calificada como relación contractual<sup>33</sup>. El ejemplo más claro de esta renuncia es que la Administración pretenda actuar de modo facultativo. Si la Administración obra negando el carácter potestativo de sus actuaciones al imponer una multa, significa que actúa obviando su calidad de autoridad, lo que carece de sentido. Constituye, en efecto, una contradicción en sus términos sostener que los actos de los órganos de la Administración del Estado pueden tener carácter facultativo. Como señala un autor: “esta posición supraordenadora en que se encuentra la autoridad trasciende todos sus actos”<sup>34</sup>.

Un segundo argumento para fundamentar que el actuar de la Administración es esencialmente autoritativo es el siguiente: la autoridad que detenta la Administración ha sido conferida por la comunidad política como un encargo que se comprende como indispensable para la realización del bien común. Debido a esto se sostiene que la actividad

<sup>28</sup> PIEPER (1988) pp. 136-161. Para el contrato administrativo: ARANCIBIA (2019) pp. 43-47.

<sup>29</sup> ORREGO (2019) p. 29.

<sup>30</sup> ARANCIBIA (2017) p. 7.

<sup>31</sup> ARANCIBIA (2017) p. 7.

<sup>32</sup> BERMÚDEZ (2014) pp. 247-249.

<sup>33</sup> Es cierto que la Administración no es una realidad natural. Con todo, nos parece que el axioma puede aplicarse análogicamente, pues esta invención humana posee contornos claros que justifican su poder.

<sup>34</sup> PHILLIPS (2020) p. 238.

administrativa es una actividad “propiamente subordinada”<sup>35</sup>. El encargo tiene, en este sentido, un fundamento último, que es el poder de autodeterminación de toda sociedad respecto de su gobierno, lo que la Constitución denomina como “soberanía”<sup>36</sup>. El artículo 5° de la Constitución, en efecto, declara que la “soberanía reside esencialmente en la Nación”. Luego, agrega que el “ejercicio de la soberanía se realiza (...) por las autoridades que esta Constitución establece” (por ej. capítulo IV. Gobierno).

Lo anterior significa, entre otras cosas, que las acciones de las autoridades administrativas deben considerarse como una manifestación de soberanía, de lo que se siguen dos cuestiones importantes. Primero, que toda actividad de la Administración es un encargo de la comunidad política. Segundo, que ese actuar siempre debe estar dirigido al fin que subyace al encargo, que es el bien de la comunidad toda. El problema radica en que si admitimos que la Administración puede actuar de un modo facultativo, admitimos también que dicho actuar no se realiza en virtud de la soberanía, pues, de lo contrario, sería necesariamente potestativo. Esto, según lo recién señalado, tiene como consecuencia que se priva a la Administración de su causa eficiente, que es el encargo por parte de la comunidad, lo que implica también borrar su causa final que es el bien común. Hay que recordar, en este contexto, que el contrato administrativo está orientado –como todas las actuaciones de la Administración– a la realización del bien común, es decir, a la satisfacción de necesidades públicas. De modo que, cuando la Administración celebra un contrato administrativo, fiscaliza su ejecución o sanciona su incumplimiento, lo que está haciendo es resguardar, no un interés particular, sino el bien común.

Se podría refutar lo dicho hasta ahora señalando que si bien es cierto que normalmente la Administración actúa de modo autoritativo, ello no siempre es así, y que una excepción es precisamente la multa en la contratación administrativa, actuación que escaparía de la forma tradicional<sup>37</sup>. Frente a ello, se podría replicar, con cierto fundamento metafísico, que la Administración –como todo ente– debe ser una para ser. La unidad de la Administración es ser una en cuanto autoridad. Esta unidad es el fundamento del carácter unitario de la relación jurídica público-privada<sup>38</sup>. Esta unidad, también, implica un modo de obrar único, que es el modo al cual hemos hecho referencia. Sin embargo, cuando se propone un modo de obrar que es incompatible con esa unidad, entonces necesariamente estamos hablando de otro sujeto. Dicho de otro modo: si aquel sujeto –la Administración– es movido por dos o más principios que no solo son diferentes, sino que incompatibles entre sí, entonces no hay unidad y, por tanto, no nos estaríamos refiriendo a la misma autoridad (y, en este caso, no nos estaríamos refiriendo a autoridad alguna).

Queda por tratar un asunto menor, pero que puede generar cierta confusión, y que dice relación con la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. A esta distinción subyace la idea de que el derecho administrativo debe regir “a las Administraciones Públicas

<sup>35</sup> SOTO KLOSS (2012) p. 35.

<sup>36</sup> Sobre el concepto soberanía: SILVA (1997) Tomo I, pp. 212-222.

<sup>37</sup> LLEDÓ y PARDO (2015) p. 55.

<sup>38</sup> ARANCIBIA (2017) p. 6.

siempre que –y solo cuando– actúan con ‘poder’ o ‘autoridad’, revestidas de *imperium*<sup>39</sup>. Por ello es por lo que esta distinción se comprende como una limitación a la aplicación del derecho administrativo<sup>40</sup>. En efecto, existirían actos que, a pesar de ser orgánicamente autoritativos, serían de “simple gestión, actuando como un mero particular”<sup>41</sup>. En estos casos, el derecho que regiría la relación que se origina por aquellos actos de gestión sería el derecho privado.

La diferencia entre actos de gestión y actos de autoridad “encerraba ya un planteamiento entre la distinción entre acto y contrato, como las dos vías de actuación administrativa en Derecho”<sup>42</sup>. La distinción tenía, como se sabe, un alcance eminentemente procesal: “[d]e los actos administrativos únicamente podía conocer la autoridad administrativa; de los actos de gestión conocerán los tribunales, asimilándose a actividades de tipo privado”<sup>43</sup>. El contrato administrativo surge en el siglo XIX precisamente como una opción doctrinal y jurisprudencial que matiza esta distinción, reconociendo que hay ciertos contratos de la Administración que merecen un régimen jurídico diferente del derecho común<sup>44</sup>. No es el objeto de este trabajo ahondar en la evolución del contrato administrativo; basta decir que estas distinciones originarias han sido fuertemente superadas, lo que sucedió a la par de la independencia científica que adquirió el derecho administrativo<sup>45-46</sup>.

Desde un punto de vista dogmático, la doctrina que distingue entre actos de gestión y actos de autoridad debe rechazarse. En efecto, no puede la autoridad actuar “como si fuera” un particular, porque de hecho no lo es, ni en su fundamento (soberanía), ni en sus fines (bien común), ni en el modo en que obra (potestativo). Estos tres elementos son indisolubles entre sí. Por lo demás, en nuestro país esta doctrina no tiene mayor alcance normativo. Es cierto que la Ley N° 19.886 en su artículo 1° dispone la aplicación de las normas de derecho privado, pero estas solo operan de modo supletorio (ahondaremos en esto en la segunda sección de este trabajo).

Lo que hemos expuesto en este apartado no agota en ningún caso la inabarcable reflexión que se ha hecho sobre la autoridad política desde los griegos<sup>47</sup>. Con todo, hemos intentado fundar la imposibilidad de comprender la autoridad administrativa separada de su actuar potestativo. Así, queda de manifiesto que hay un vínculo indisoluble entre la noción orgánica y funcional de la Administración: la multa, al ser cursada por una autoridad administrativa, es una expresión (y tiene una naturaleza jurídica) necesariamente autoritativa, específicamente, potestativa sancionadora.

<sup>39</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006) Tomo I, p. 54. Se sugiere: GARCÍA DE ENTERRÍA (1963) pp. 101-103.

<sup>40</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006) Tomo I, p. 53.

<sup>41</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006) Tomo I, p. 54.

<sup>42</sup> OELCKERS (1979) p. 140.

<sup>43</sup> OELCKERS (1979) p. 140.

<sup>44</sup> LOO (2018) p. 143. Se sugiere: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006) Tomo I, pp. 733-739.

<sup>45</sup> Para un recorrido histórico: LOO (2018) pp. 143-149.

<sup>46</sup> La distinción tuvo efectos en el régimen de responsabilidad: PIERRY (2002) pp. 383-388.

<sup>47</sup> Como introducción: SILVA (1997) Tomo I, pp. 201-231.

### 3. LA FISONOMÍA JURÍDICA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

Argumentar que el actuar administrativo es necesariamente potestativo es diferente a argumentar que requiere de una potestad que lo habilite. Lo primero apunta a una característica del obrar de la Administración, mientras que lo segundo al título que justifica dicho obrar. Habiendo tratado aquello en el apartado anterior, nos referiremos ahora a la cuestión de la potestad como título de la acción administrativa.

La Administración está llamada a actuar. Cierta doctrina, al precisar el núcleo dogmático del derecho administrativo, sostiene que se explica a partir de tres hechos que configuran la relación jurídica entre Administración y administrados, entre los cuales se encuentra “la acción administrativa, como origen de una relación jurídica”<sup>48</sup>. Sin acción administrativa, el derecho administrativo carecería de sentido. Así, se presenta la pregunta sobre la razón o causa del poder público, que define que dicho poder esté atribuido a una autoridad administrativa específica.

La respuesta es la potestad. La potestad es lo que posibilita que la Administración pueda obrar de un modo u otro. En efecto, “[t]oda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido”<sup>49</sup>. La potestad, en concreto, es la manifestación autoritativa más importante, dado que “expresa una inequívoca supremacía política”<sup>50</sup>.

Formalmente, la potestad está constituida por dos elementos: por un lado, el objeto del acto, su fin intrínseco (en el caso de la multa el objeto es sancionar) y, por otro, el sujeto u órgano encargado de ejercer la potestad<sup>51</sup>. La Constitución establece que el actuar válido de los órganos del Estado requiere que sea “dentro de su competencia” (artículo 7°), y la competencia es “la medida de la potestad que corresponde a cada órgano”<sup>52</sup>.

Lo que ahora nos interesa es constatar que la potestad no solo es el título del actuar de la Administración, sino que también es aquello que le da su “fisonomía jurídica específica”<sup>53</sup>. Así, aquello que define la especie de autoridad política son las potestades que le han sido conferidas, pues esas potestades definen su fin y –como reza el adagio escolástico– *finis causa formae*: el fin es causa de la forma y la forma es aquello que especifica a una determinada realidad, como la autoridad administrativa de que se trate.

La Administración cumple con el fin general de promover el bien común “atendiendo necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país” (artículo 3°, Ley N° 18.575). Este fin lo lleva a cabo mediante diferentes actividades que pueden comprenderse bajo la tradicional distinción de fomento, servicio público y policía<sup>54</sup>. Pero todo lo anterior no nos dice concretamente nada acerca de lo específico de una autoridad: de cómo debe obrar. Por ello, la misma norma dispone que la finalidad antes

<sup>48</sup> VERGARA (2010) p. 10.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006) Tomo I, p. 478.

<sup>50</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006) Tomo I, p. 482.

<sup>51</sup> VALDIVIA (2018) pp. 155-158.

<sup>52</sup> VALDIVIA (2018) p. 217.

<sup>53</sup> VALDIVIA (2018) p. 149.

<sup>54</sup> JORDANA DE POZAS (1949) p. 42.

mencionada, que se realiza por medio de diversas actividades, en concreto se lleva a cabo “a través del ejercicio de las atribuciones [potestades] que le confiere la Constitución y la ley”. Acudiendo nuevamente a ciertas nociones filosóficas, podría decirse que las potestades son los accidentes por medio de los cuales conocemos al sujeto que es la Administración, pues estas le dan su forma.

Sin potestad, por tanto, la Administración no encuentra el “título” que permite dictar actos administrativos, que concretizan el poder de la administración<sup>55</sup>. Agregamos nosotros, que la potestad también define la medida del obrar autoritativo. Ambos –título y medida– configuran, como hemos adelantado, la posición justa de cada autoridad administrativa. Así, si antes hemos rechazado que la Administración pueda actuar de modo facultativo, ahora también negamos que el título de dicho actuar pueda ser un derecho subjetivo. En otras palabras: si no hay potestad, no quiere decir que la Administración puede actuar en virtud de otro título, sino que sencillamente no puede obrar.

Aparte de lo dicho, hay dos consideraciones normativas que apoyan esta idea. Nuestra legislación define explícitamente el concepto “acto administrativo” (inciso segundo del artículo 3º, Ley N° 19.880). Conforme a esta definición, la declaración de la voluntad que contiene el acto administrativo debe ser realizada “en el ejercicio de una potestad pública”. De esto se sigue que las declaraciones de voluntad de la Administración que no se realizan en el ejercicio de una potestad pública no provocan efectos jurídicos y no pasan de ser una mera declaración<sup>56</sup>. Así, si bien el inciso final del artículo citado reconoce explícitamente la ejecutividad de los actos administrativos, ello debe ir necesariamente de la mano de la “atribución de potestades efectivas de intervención en el patrimonio o libertades de las personas”<sup>57</sup>. Sin la atribución de estas potestades, la ejecutividad, como atributo de los actos administrativos, no puede hacerse operativa.

Por otro lado, se encuentra el artículo 6º de la Ley N° 18.575, a partir del cual se puede concluir que las entidades que no forman parte de la Administración del Estado “no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”. La razón de esto es evidente, y se desprende de lo que ya hemos señalado: la autoridad es precisamente tal en cuanto que ejerce potestades<sup>58</sup>. Con todo, de la lectura de este artículo también se puede arribar a otra conclusión: si bien carece de sentido que entidades fuera de la Administración actúen con potestades, también carece de sentido que los órganos de la Administración actúen como esas entidades que están fuera, es decir, que actúen sin potestades. Dicho de otro modo, la Administración no puede obrar a causa de acuerdos, ni el título de su acción puede ser una estipulación contractual, por lo que es inadmisibles que pueda sancionar en virtud de una cláusula penal, dado que esta tiene naturaleza contractual.

Lo anterior apunta, en lo que nos ocupa, a que cualquier decisión que la autoridad pública adopte debe estar sustentada en una potestad si busca que efectivamente tenga

---

<sup>55</sup> VALDIVIA (2018) p. 151.

<sup>56</sup> VALDIVIA (2018) p. 141.

<sup>57</sup> VALDIVIA (2018) p. 206.

<sup>58</sup> Con todo, hay entidades fuera de la Administración que tienen potestades, como la Corporación Nacional Forestal: VALDIVIA (2018) p. 150.



carácter de acto de autoridad. En efecto, si la multa es una “reacción del ordenamiento frente a un hecho antijurídico”<sup>59</sup>, la Administración debe tener la “energía jurídica”<sup>60</sup> para cursarla. Esto que, según hemos dicho, es aplicable en general a la actuación de la Administración, es aún más importante para el caso de las sanciones, ya que en virtud de ellas la Administración hace uso de su poder de policía, ejerciendo coacción<sup>61</sup>.

Finalmente, cabe aludir a ciertas reflexiones a propósito del concepto de potestad y de la diferencia ontológica entre la Administración y el particular antes referida. Esta diferencia es lo que justifica las denominadas “cláusulas exorbitantes”<sup>62</sup>. En esta línea argumenta la Contraloría General de la República al señalar que “la Administración posee ciertas potestades exorbitantes, que difieren de las del derecho común por encontrarse comprometido el interés colectivo”<sup>63</sup>. Asimismo, diversos autores tratan la potestad sancionadora precisamente como un ejemplo de este tipo particular de “prerrogativas de poder público con que la Administración cuenta en sus contratos”<sup>64-65</sup>. Con todo, esta potestad no es propiamente contractual, precisamente porque su justificación se encuentra en la singularidad de la Administración como parte en el contrato<sup>66</sup>.

El equivalente privado de la potestad pública es el derecho subjetivo (del mismo modo que el equivalente del obrar potestativo es el obrar facultativo)<sup>67</sup>. En efecto, “[e]l concepto de potestad se perfila a través de su contraste dialéctico con el derecho subjetivo”<sup>68</sup>. Como señala otro autor, “el cumplimiento de los deberes impuestos por la autoridad no tiene su correlato en supuestos derechos del Estado en interés propio, sino en potestades en interés ajeno”<sup>69</sup>. La potestad se orienta al bien común y por ello es un poder-deber. Es deber ya que se detenta en beneficio de otro (la comunidad toda)<sup>70</sup>. Por ello es pertinente la definición de potestad según la cual es “aquel poder jurídico que, estando finalizado a beneficio de un tercero, constituye un deber de actuación para aquel a quien le ha sido conferido”<sup>71</sup>.

El que la potestad sea un deber implica que no puede renunciarse<sup>72</sup>. De este modo, si se configuran los hechos que estimulan el actuar conforme a la potestad, la autoridad administrativa no puede desistirse de actuar. Esto es precisamente lo opuesto al derecho subjetivo, que sí puede renunciarse, salvo prohibición expresa (artículo 12, Código Civil). Se

<sup>59</sup> LARA y GARCÍA-HUIDOBRO (2014) p. 383.

<sup>60</sup> SOTO KLOSS (1996) Tomo II, p. 49.

<sup>61</sup> GARRIDO FALLA (1959) p. 12.

<sup>62</sup> Por ej. VALDIVIA (2018) p. 314; SILVA (2001) p. 175.

<sup>63</sup> DICTAMEN CGR N° 16.307 (2018).

<sup>64</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (1963) pp. 121-122.

<sup>65</sup> Para una definición de potestad sancionadora: FERRADA (2007) p. 80.

<sup>66</sup> CORDERO (2015) p. 425.

<sup>67</sup> CORDERO (2015) 79.

<sup>68</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006) Tomo I, p. 478.

<sup>69</sup> ARANCIBIA (2017) p. 9.

<sup>70</sup> SOTO KLOSS (1996) Tomo II, p. 49.

<sup>71</sup> SOTO KLOSS (1996) Tomo II, pp. 51-52.

<sup>72</sup> VALDIVIA (2018) pp. 147-148; CORDERO (2015) p. 80.

delinea aquí una diferencia fundamental entre la potestad sancionadora conferida por ley y los derechos contractuales emanados de una cláusula penal.

De lo anterior se sigue que la renuncia a ejercer la potestad sancionadora, cuando existe el deber de hacerlo, constituye una injusticia para con la sociedad. La explicación de esto se encuentra en la comprensión del actuar de la Administración como una actuar fundamentalmente orientado a “distribuir los bienes y cargas públicas de modo concreto en razón de una igualdad proporcional o geométrica entre las personas, según su mérito o demérito”<sup>73</sup>. En este marco, la multa debe entenderse como una carga pública merecida que se impone en razón de demérito. Si la Administración renuncia a imponer esta carga, se transgrede el principio de igualdad proporcional, concretándose una “discriminación arbitraria con respecto a quienes fueron, son o serán sujetos pasivos de la misma”<sup>74</sup>. Esto es así, porque la justicia que rige las actuaciones de la Administración, aun la denominada contractual, es la justicia distributiva<sup>75</sup>.

Por ende, el actuar de la Administración en el contexto de un contrato administrativo encuentra su título necesariamente en una potestad conferida por ley. En esta línea, el concepto de “cláusulas exorbitantes”, dentro del cual se comprende a la potestad de multar (o la mal denominada cláusula penal), es equívoca por dos motivos. En primer lugar, pues el título para sancionar no puede ser una cláusula contractual. En segundo lugar, ya que no es correcto calificar los poderes que detenta la autoridad administrativa en la contratación como exorbitantes, es decir, excesivos o exagerados, dado que son coherentes con la naturaleza autoritativa de la Administración. En efecto, no son exorbitantes, precisamente porque lo que justifica dichas potestades es la desigualdad entre la autoridad administrativa y el particular. De ahí que nos parezca muy pertinente la conclusión de un autor, según la cual “al concebir el contrato administrativo como acto unilateral, aquellos atributos que resultaban excepcionales a la figura contractual pasan a ser inherentes. Nos referimos, especialmente, a las llamadas potestades exorbitantes”<sup>76</sup>. Comprender, pues, la autoridad administrativa como autoridad política, nos lleva a rechazar el adjetivo exorbitante que utiliza la doctrina para calificar las potestades que despliega cuando su acción se traduce en actos o contratos<sup>77</sup>.

## II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA ACTUACIÓN SANCIONADORA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En la sección anterior hemos razonado en torno a dos argumentos fundamentales: que la actuación administrativa es esencialmente potestativa o autoritativa y que el título de dicha actuación es necesariamente una potestad. En virtud de estos dos argumentos, a su vez, refutamos dos tesis en relación con la naturaleza de la multa en la contratación administrativa: primero, que esta multa es manifestación de un obrar facultativo y, segundo, que

<sup>73</sup> ARANCIBIA (2016) p. 186.

<sup>74</sup> ARANCIBIA (2016) p. 186.

<sup>75</sup> ARANCIBIA (2019) p. 43.

<sup>76</sup> ARANCIBIA (2019) p. 48.

<sup>77</sup> Ejemplo de las potestades administrativas como exorbitantes en FERRADA (2007) pp. 75-76 o FLORES (2019) p. 70.

el título de dicha actuación son derechos subjetivos contractuales. En la presente sección, abordaremos una idea que se sigue de lo anterior, y que se refiere a la fuente de la potestad en virtud de la cual obra la Administración.

Esta sección seguirá el siguiente orden: en primer lugar, nos referiremos a grandes rasgos al principio de legalidad como fuente de atribución de potestades. En segundo lugar, abordaremos la distinción entre la convencionalidad y la legalidad en cuanto fuentes. En tercer lugar, examinaremos el problema de comprender que las potestades puedan consagrarse en las bases de licitación. En cuarto lugar, revisaremos la potestad de multar en la Ley N° 19.886 y su Reglamento.

#### 1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PROBLEMA DE LA FUENTE DE LA POTESTAD SANCIONADORA

El principio de legalidad es una de las derivaciones jurídicas y políticas más paradigmáticas de la Revolución Francesa. En efecto, frente al poder absoluto, la propuesta que surge de la mano de este principio es una que busca su limitación y sometimiento a través de la ley, de modo de asegurar la libertad<sup>78</sup>. La ley surge, así, como “un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto: frente al poder personal y arbitrario, el ideal del gobierno por y en virtud de las leyes”<sup>79</sup>. Lo propio del poder público bajo el esquema del principio de legalidad es, pues, que constituye un poder conferido y que representa una manifestación declarada de la voluntad soberana<sup>80</sup>. Esta voluntad demarca el ámbito de acción de la Administración del Estado, de modo que las acciones administrativas están determinadas por esa voluntad general<sup>81</sup>. Así, la Administración está sometida a derecho, pero un derecho que es producto de lo que la nación escoge a través de las autoridades legislativas, por lo que no se autoriza a la Administración a perseguir libremente sus fines<sup>82</sup>, sino que debe someterse a lo que ha sido establecido en la legislación.

Nuestra normativa constitucional y legal hace eco de esta concepción originaria de la legalidad, que fue clave para el surgimiento del derecho administrativo moderno. Por un lado, es explícita la referencia –como ya lo hemos hecho notar– a la noción de soberanía del artículo 5° de la Constitución. Por otro lado, el artículo 7° es claro en que el actuar válido de los órganos del Estado requiere de una potestad conferida expresamente por la ley o la Constitución. El artículo 2° de la Ley N° 18.575 apunta en idéntica dirección. Lo mismo podría decirse respecto de la definición de acto administrativo del artículo 3° de la Ley N° 19.880, cuyo énfasis en el concepto de potestad pública “reafirma la vigencia del principio de legalidad en este campo”<sup>83</sup>. Por lo demás, si la acción de la Administración, cuyo título es la potestad, se comprende como acción autoritativa, es decir, como una acción

<sup>78</sup> Las leyes se entendían como leyes de libertad: GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) p. 25. También: VALDIVIA (2018) p. 153.

<sup>79</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) p. 21.

<sup>80</sup> En la misma fuente se inspira el artículo 1 del Código Civil: ley como “declaración de la voluntad soberana”.

<sup>81</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) pp. 21-24. Ver también VALDIVIA (2018) pp. 141-142.

<sup>82</sup> BERMÚDEZ (2014) p. 90.

<sup>83</sup> VALDIVIA (2018) p. 191.

que puede imponer obligaciones, necesariamente debe encontrar su fuente en la ley, que es precisamente fuente de obligaciones<sup>84</sup>. De ahí que, en última instancia, la multa en la contratación administrativa sea una reacción ante la infracción de una obligación contemplada primeramente en una norma legal y no a una obligación contemplada primeramente en la cláusula de un contrato administrativo.

De lo anterior se sigue que la fuente de la potestad en ningún caso puede ser un convenio o contrato. Como dice un autor: "toda la potestad tiene su origen directo en el ordenamiento jurídico y no en negocios jurídicos"<sup>85</sup>. En definitiva, a partir del principio de legalidad, podemos afirmar que los órganos del Estado solo pueden ejercer las potestades que expresamente han sido conferidas por la Constitución y las leyes<sup>86</sup>. Así, y en concordancia además con el principio de reserva legal, se puede concluir que "la única posibilidad que la Administración tiene para contar con poderes sancionatorios que afecten dicho ámbito es mediante una ley que así lo establezca"<sup>87</sup>. Queda claro, de esta manera, que en los contratos públicos las multas por incumplimiento dispuestas en las bases no reúnen el requisito que establece el principio de legalidad<sup>88</sup>.

## 2. POTESTAD SANCIONADORA: LEGALIDAD VS. CONVENCIONALIDAD

Sin perjuicio de lo anterior, se han formulado ciertos argumentos para superar la barrera de la legalidad, es decir, para sostener que la convencionalidad sí puede ser, en el caso de la contratación administrativa, fuente de potestades. Dos son los principales argumentos que se han expuesto a este respecto.

El primero puede formularse del siguiente modo: si el principio de legalidad fue creado para resguardar la libertad, ¿no es aún más coherente con este propósito el que la potestad que ejerce la autoridad pública encuentre su fuente y legitimidad en la aceptación libre por parte del particular que se somete a ella? Este argumento puede encontrar sustento en el denominado principio de cooperación, cuya materialización, entre otras, es la "participación del particular en el ejercicio de la potestad administrativa"<sup>89</sup>. De hecho, se ha planteado que una de las manifestaciones más claras del principio de cooperación es precisamente el fenómeno de la contratación administrativa<sup>90</sup>. De ahí que se puede sostener, como también lo ha hecho la Corte Suprema, que lo convenido, por el hecho de ser tal, "es ley para las partes"<sup>91</sup>. Esta tesis, en todo caso, no es novedosa en la jurisprudencia de la Corte Suprema, pues esta magistratura ha declarado en otras oportunidades que es "ple-

<sup>84</sup> Agradecemos al profesor Jaime Arancibia por sus reflexiones sobre este punto.

<sup>85</sup> OELCKERS (1977) p. 128.

<sup>86</sup> VALDIVIA (2018) p. 157.

<sup>87</sup> CORDERO (2014) pp. 410-411.

<sup>88</sup> LLEDÓ y PARDO (2015) p. 63.

<sup>89</sup> BERMÚDEZ (2014) p. 126.

<sup>90</sup> BERMÚDEZ (2014) p. 235.

<sup>91</sup> *CAS CHILE S.A. CON MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA* (2019), C. 10°.

namente aplicable el artículo 1545 del Código Civil, puesto que al igual que un contrato entre particulares, el contrato administrativo es una ley para los contratantes”<sup>92</sup>.

El argumento, sin embargo, no es concluyente, menos aún en nuestro derecho público. La radicalidad normativa del artículo 7° de la Constitución hace imposible pensar en una forma de atribución de potestades que no sea la ley o la Constitución, “ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias”, como podría pensarse que es la necesidad de celebrar un contrato administrativo a fin de satisfacer una necesidad pública. En efecto, la disposición referida es suficientemente clara en que “[e]s al legislador a quien se le ha encargado, en exclusividad, la tarea de conferir potestades administrativas”<sup>93</sup>. Así, la convencionalidad que se argumenta como fuente de la cláusula que contiene la potestad de sancionar, no posee en el derecho administrativo la fuerza jurídica requerida para producir efectos imperativos. Como argumenta un autor ya citado: “[e]sta reserva de ley sale al paso de la doctrina que pretende validar las potestades contractuales creadas por normas administrativas (por ej. reglamento, bases de licitación) fundada en que la atribución legal de contratar comprende la de establecer otros poderes exorbitantes, en la medida que sean aceptados por el contratista (...) la mera aceptación del particular no bastaría para legitimar actuaciones *extra-legem*”<sup>94</sup>.

Pese a lo dicho, hay quienes han sostenido que la misma naturaleza de la actuación contractual da pie a confusiones: a la vez que se reconoce que el fundamento de esta figura es el consentimiento de las partes, la Administración sanciona a través de actos unilaterales. Así, la “Administración las ejecuta [las sanciones] a través de actos unilaterales que toman la forma de actos administrativos, por lo que no queda claro si está aplicando poderes públicos o no”<sup>95</sup>. A nuestro juicio, sin embargo, no hay duda de que al sancionar se están ejerciendo poderes públicos, pues el título que justifica dicha actuación sancionadora es una potestad.

El segundo argumento dice relación con lo siguiente: el contrato administrativo lo es porque una de sus partes es la Administración, pero ello no obsta a que deba regirse por criterios de derecho privado, lo que nos pone en un escenario distinto a la legalidad, donde priman los derechos pactados<sup>96</sup>. La Corte Suprema también en ocasiones ha seguido esta línea argumentativa, al declarar por ejemplo, que “las bases administrativas constituyen la fuente principal de los derechos y deberes de los contratantes a las que deben ajustarse”<sup>97</sup>. Esta tesis debe criticarse por dos motivos.

En primer lugar, ya que la Administración no tiene, en estricto rigor, derechos o facultades. En efecto, “las autoridades estatales tienen atribuidas funciones y no facultades, potestades (porque están establecidas en favor de una persona distinta del titular: la comunidad)”<sup>98</sup>. En esta línea, el concepto “derechos” del artículo 7 de la Constitución (“otra autoridad o derechos”), debe comprenderse como sinónimo de potestad y no de

<sup>92</sup> *GRISOIFA Y COMPAÑIA LIMITADA CON CENTRAL DE ABASTECIMIENTO DEL SISTEMA NACIONAL DEL SERVICIO DE SALUD* (2003). Mismo razonamiento que el expuesto por la en el DICTAMEN CGR N° 34.523 (2013).

<sup>93</sup> SOTO KLOSS (1996) Tomo II, p. 54.

<sup>94</sup> ARANCIBIA (2019) p. 42.

<sup>95</sup> LLEDÓ y PARDO (2015) p. 55.

<sup>96</sup> LARA y GARCÍA-HUIDOBRO (2014) p. 374.

<sup>97</sup> *CAS CHILE S.A. CON MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA* (2019), C. 11°.

<sup>98</sup> ARÓSTICA (1994) p. 1.

facultad<sup>99</sup>. Esto no quiere decir que la Administración no tenga margen alguno para ponderar discrecionalmente en materia contractual, pero sí que dicho margen está dado por la ley: “es también la ley, la que faculta a la Administración a actuar con un cierto grado de libertad al momento de determinar el contenido de la relación”<sup>100</sup>.

En segundo lugar, es un error también guiarse por los criterios de derecho privado, pues, desde el punto de vista normativo, y en el contexto de un contrato administrativo, las normas del derecho privado se aplican en defecto de las normas de Derecho Público, las cuales son supletorias respecto de las disposiciones de la Ley N° 19.886 (artículo 1). Así, las normas de derecho privado no solo tienen el carácter de última ratio<sup>101</sup>, sino que deben ser compatibles con los criterios y principios que establece el derecho público. En lo que nos interesa, es evidente la incompatibilidad del principio de autonomía de la voluntad en materia contractual que rige el derecho privado con la institución de la potestad y su margen que es la legalidad<sup>102</sup>. Por otro lado, la justicia que rige la relación privada es la justicia conmutativa, y resultaría injusto y virtualmente imposible que la relación en la que participa la Administración sea regida por una justicia diferente a la distributiva, dado que ella está llamada a distribuir.

### 3. POTESTAD SANCIONADORA EN LAS BASES ADMINISTRATIVAS

Otro aspecto que nos parece necesario analizar, dice relación con la tesis de que la facultad de multar se encontraría en las bases administrativas. Entre quienes han defendido esta postura se encuentra la Contraloría General de la República. La Contraloría, para argumentar en contra de la tesis de que las multas en la contratación administrativa son manifestación de potestad sancionadora, sostiene que estas no pueden ser sino ejercicio de derechos contractuales, pues tienen “fundamento en una estipulación libremente pactada por las partes en el contrato correspondiente, en el carácter de cláusula penal y que, por ende, no constituye una multa administrativa que pueda imponerse unilateralmente por la autoridad, toda vez que ello requiere de una norma legal que la autorice”<sup>103</sup>. Este razonamiento presenta dos tensiones.

Primero, da por supuesto lo que precisamente es controvertido. En efecto, lo controvertido es la naturaleza jurídica de la multa, pues de ello se deriva si es posible (o no) su imposición unilateral y si requiere (o no) una norma legal que autorice su aplicación. Ahora bien, conforme a lo que hemos revisado, podríamos proponer una conclusión diferente: como quiera que la multa es manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, esta requiere necesariamente de una norma legal que la autorice. En este sentido, si bien las bases pueden contener ciertos “elementos configuradores de una potestad”<sup>104</sup>, esta debe estar expresamente conferida por la ley.

<sup>99</sup> VALDIVIA (2018) p. 157.

<sup>100</sup> OELCKERS (1983) pp. 154-155.

<sup>101</sup> LARA y GARCÍA-HUIDOBRO (2014) p. 375.

<sup>102</sup> ARÓSTICA (1994) pp. 10-11.

<sup>103</sup> DICTAMEN CGR N° 31.616 (1989).

<sup>104</sup> ARANCIBIA (2016) p. 184.

La segunda tensión es la existencia de –por así decir– una especie de trampa jurídica que subyace a la tesis según la cual la potestad sancionadora puede estar contemplada y conferida en las bases administrativas. En efecto, las bases son documentos “aprobados por la autoridad competente”<sup>105</sup>. Esto quiere decir que no son fruto de la convención, sino que son “preparadas por la propia Administración, usualmente sin dar participación a quienes serán los interesados en el proceso licitatorio”<sup>106</sup>. La Corte Suprema, de hecho, ha definido las bases como “el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante”<sup>107</sup>. Esto nos lleva a sostener dos cosas. En primer lugar, que, incluso de ser cierto que la convencionalidad puede ser fuente de potestades, en este caso esta convencionalidad no existiría, o no con toda la intensidad que se ha defendido, pues las bases son fruto de la unilateralidad de la Administración. En segundo lugar, y más importante aún, debemos decir que la idea de que las bases sean la fuente de la potestad de multar esconde la trampa jurídica que más arriba anunciábamos: significa reconocer que la propia Administración puede atribuirse potestades. Esto, por supuesto, pugna directamente con el principio de legalidad, en cuanto principio limitador del poder.

En relación con lo anterior, quisiéramos hacer notar una contradicción que a nuestro juicio esconde la argumentación que la Contraloría ha sostenido en su jurisprudencia. En efecto, la tesis central de la Contraloría es la siguiente: “las estipulaciones contractuales que contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal, la que se encuentra definida por el Código Civil en su artículo 1535”<sup>108</sup>. A la vez, sin embargo, ha sostenido que la “Administración posee ciertas potestades exorbitantes, que difieren de las del derecho común por encontrarse comprometido el interés colectivo, tales como la facultad de elaborar las bases de licitación”<sup>109</sup>. Nos parece que ambas declaraciones son incompatibles entre sí: si aceptamos que la elaboración de las bases es una potestad exorbitante, la fuente de las potestades que se incorporan en las bases (como la de sancionar) debe ser necesariamente la ley, pues las bases solo pueden contemplar lo que la ley le permite a la autoridad administrativa establecer en el ejercicio de la potestad de elaborar las bases. En otras palabras, la Administración no puede incorporar en las bases administrativas ninguna potestad que no se le haya conferido previamente en virtud de una ley y, además, en la medida en que la ley le permita expresamente ejercerla en el contexto de la ejecución de un contrato administrativo.

Esto significa que la fuerza jurídica que detenta la Administración para sancionar las infracciones al contrato no encuentra su fuente en el consenso que este (supuestamente) implica, sino que está dada por la decisión unilateral de la administración: las bases son actos administrativos. De ahí que es un error denominar “cláusula penal” a la cláusula con-

<sup>105</sup> Artículo 2º número 3, decreto N° 250 de 2004, Ministerio de Hacienda.

<sup>106</sup> MORAGA (2019) p. 344.

<sup>107</sup> *SEGURIDAD INTEGRAL TMI S.A. CON HOSPITAL BARROS LUCO (2015)*.

<sup>108</sup> DICTAMEN CGR 47.611 (2013).

<sup>109</sup> DICTAMEN CGR 16.307 (2008).

tractual que contempla la potestad sancionadora, pues la cláusula penal es de origen convencional<sup>110</sup>, y la potestad sancionadora es de origen legal y unilateral.

Debido a lo anterior, también debe rechazarse cualquier intento por legitimar la potestad sancionadora contemplada en las bases en virtud del principio de estricta sujeción a las bases (artículo 10 inciso tercero de la Ley N° 19.886). Este principio implica una observancia marcadamente rigurosa de lo establecido en las bases administrativas y técnicas<sup>111</sup>. Con todo, esta observancia solo cobra fuerza en la medida en que aquello que se dispone en las bases tenga, a su vez, una fuente legal. En efecto: el problema de la legalidad de la potestad es anterior al problema de la estricta sujeción a las bases, de modo que no es posible resolver aquel aludiendo a este.

Finalmente, nos parece necesario hacer una última precisión en miras a distinguir tres aspectos que suelen confundirse en esta discusión. La multa en la contratación administrativa opera sobre la base de dos supuestos materiales y un fundamento formal. Por un lado, es evidente que la multa que cursa la Administración tiene como supuesto material la infracción del contrato por parte del particular. El segundo supuesto material es el sometimiento voluntario del particular a las bases administrativas a través de la celebración del contrato. Finalmente, se encuentra el que podríamos denominar fundamento formal, que dice relación con la justificación del poder que se despliega, que es la potestad. Estos tres aspectos no deben confundirse en lo que se refiere al fundamento de la aplicación de la multa, pues si bien la multa es una reacción ante la infracción, que puede aplicarse a un determinado particular ya que tiene la calidad de contratista, su fundamento formal último es la ley que confiere la potestad de sancionar la infracción.

#### 4. NORMATIVA VIGENTE

En este último apartado analizaremos la multa en la contratación administrativa de acuerdo a las normas que se establecen en la Ley N° 19.886 y su Reglamento. También revisaremos el problema de atribuciones de potestades implícitas.

##### 4.1. Ley N° 19.886

A partir de lo expuesto en el apartado anterior podemos concluir que las cláusulas que contemplan la potestad de multar las infracciones al contrato son ilegales e inconstitucionales, debido a que estas no pueden ser la fuente de la potestad sancionadora. Sin embargo, se podría rebatir esta conclusión, argumentando que las cláusulas no son la fuente de la potestad sancionadora, sino que es la Ley N° 19.886. La Contraloría General de la República, por ejemplo, ha sostenido que “la Ley N° 19.886 reconoce la posibilidad que la Administración contemple multas en su contratación de bienes y servicios, pero no la regula”<sup>112</sup>.

La ley N° 19.886 menciona en tres oportunidades el vocablo multa. Para los efectos de lo que nos interesa, la mención que debemos analizar es la que se encuentra en el inciso

<sup>110</sup> CORRAL (2012) pp. 9-12.

<sup>111</sup> VALDIVIA (2018) p. 305.

<sup>112</sup> DICTAMEN CGR N° 47.611 (2013).



tercero del artículo 11: “[c]on cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas”.

Como se puede advertir, este inciso tiene por fin facilitar el cobro de las multas y otras sanciones. Sin embargo, no constituye una norma cuyo objeto sea conferir la potestad sancionadora a los órganos de la Administración que celebran contratos. En efecto, no parece ser esta una disposición que constituya un “previo apoderamiento legal”<sup>113</sup> para la imposición unilateral de sanciones al contratista que infringe las obligaciones contempladas en el contrato administrativo<sup>114</sup>. Dicho de otra manera, no es posible argumentar a partir de esta norma que la Administración tenga la autorización legal que exige el artículo 7 de la Constitución para multar en el contexto de la contratación administrativa.

La historia de la ley tampoco nos ofrece mayores luces al respecto. El Mensaje que concluyó en la Ley N° 19.886, al referirse a las facultades contractuales que posee la Administración, menciona la de “imponer administrativamente las multas pactadas”<sup>115</sup>. Esta expresión no se contempló en ninguno de los artículos de la iniciativa en su versión original ni en ninguna de las versiones del proyecto a lo largo de su tramitación. Lo que sí se contempló en la iniciativa original, fue la potestad de la Administración de “imponer administrativamente las multas que establezcan las bases”<sup>116</sup>. Esta disposición, sin embargo, que podría haber cumplido el estándar exigido por el principio de legalidad, solo prosperó hasta el estudio del proyecto en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (primer trámite constitucional), en la cual se agregó, luego de la palabra “multa”, la expresión “y demás sanciones”, y se borró la frase “que establezcan las bases”<sup>117</sup>.

No habiendo una regulación expresa en la Ley N° 19.886, nos parece que la potestad de sancionar no ha sido conferida a las autoridades administrativas que celebran contratos en virtud de esta ley. En este sentido, las controversias teóricas y prácticas tienen como causa precisamente el silencio del legislador a la hora de conferir la potestad de multar<sup>118</sup>.

#### 4.2. *Potestad implícita de sancionar las infracciones a los contratos administrativos*

El inciso segundo del artículo 7° de la Constitución contempla el término “expresamente”, que describe el modo en que deben ser conferidas las potestades. La expresión no es casual, e introduce una exigencia normativa importante. De ahí que el artículo 2° de la Ley N° 18.575 haya recogido este adjetivo. Desde el punto de vista jurídico, la voz expresamente significa que debe estar de tal manera delimitada la potestad “que se configure debidamente el poder jurídico de actuación que se atribuye a un órgano determinado, y que, precisamente, le va a permitir actuar en un sentido dado para obtener el fin de bien común

<sup>113</sup> CORDERO (2014) p. 410.

<sup>114</sup> No nos referiremos, porque escapa del propósito del trabajo, al problema de la tipicidad de las infracciones. Se sugiere: CORDERO (2014) pp. 415-420 y LLEDÓ y PARDO (2015) p. 61.

<sup>115</sup> Historia de la Ley N° 19.886, p. 11.

<sup>116</sup> Artículo 25, Mensaje del Presidente de la República (Histórica de la Ley N° 19.886, 18).

<sup>117</sup> Primer y segundo informe de la Comisión de Hacienda (Historia de la Ley N° 19.886, 35 y 59).

<sup>118</sup> LLEDÓ y PARDO (2015) p. 59.

para el cual existe y para lo cual se le atribuye”<sup>119</sup>. Luego, cabe concluir que “[s]in esa *expresa* atribución de una potestad, simplemente no puede actuar”<sup>120</sup>.

Frente este escenario, cierta doctrina sostiene que Ley N° 19.886 reconocería la procedencia de las multas “en forma indirecta, al ser mencionadas a propósito de otras instituciones de la contratación administrativa”<sup>121</sup>. No compartimos esta tesis. Por un lado, no es suficiente el reconocimiento en forma indirecta. Por otro lado, aun si se aceptara la suficiencia del reconocimiento indirecto de una potestad, tampoco compartimos que esto ocurra. Para que exista un reconocimiento indirecto de algo debe existir una base textual que dé a entender que se está reconociendo ese algo, aunque no sea de un modo claro (indirecto). En este caso, a pesar de que la disposición aludida se refiere explícitamente a las sanciones y multas, de ella no se puede desprender que está “reconociendo” la potestad de multar, en el sentido de que la está estableciendo, admitiendo o, en términos jurídicos, confiriendo. Por otro lado, la significación “indirecta” de algo es sinónimo de “no significarlo explícita o claramente”<sup>122</sup>, lo cual contraviene el término “expresamente” del artículo 7° de la Constitución, expresión que debe entenderse precisamente como un rechazo a las potestades implícitas.

Otra doctrina define las prerrogativas o potestades implícitas como “un poder exorbitante de la Administración que se incluye dentro del marco jurídico del contrato (ley o reglamento), no obstante que no se encuentre explicitado en su texto”<sup>123</sup>. De este modo, se intenta diferenciar lo “implícito” de lo “presumible o tácito”, siendo esto último –y no lo primero– absolutamente incompatibles con el régimen contractual administrativo vigente<sup>124</sup>.

La distinción nos parece confusa. Si la potestad está incluida expresamente en la ley, y no se contempla en las cláusulas del contrato (que pareciera ser la hipótesis a que se alude), no parece que nos encontremos ante una potestad o prerrogativa “implícita”. Que una potestad no esté contemplada en las bases administrativas, pero sí en la ley, no significa que el contrato la incorpore de un modo poco claro o no expreso (implícito), sino que significa, sencillamente, que no la contempla; pero desde el punto de vista jurídico esto no es un problema, pues es la ley la que confiere potestades, y ya las habría conferido antes de la celebración del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, un argumento que se podría esgrimir para reconocer la potestad sancionadora implícita en la ejecución de contratos administrativos es el siguiente: si el legislador ha conferido la potestad para celebrar contratos, naturalmente también ha conferido potestad para sancionar las infracciones. Esto se argumenta, pues “[l]a potestad sancionadora de la Administración, que ejerce dentro de un escenario de contratación, es el correlato necesario de sus atribuciones de control, fiscalización y dirección, puesto que de nada servirían estas sin un instrumento de coacción efectiva”<sup>125</sup>. Así, no sería necesario que

<sup>119</sup> SOTO KLOSS (1996) Tomo II, p. 49.

<sup>120</sup> SOTO KLOSS (1996) Tomo II, p. 49.

<sup>121</sup> LARA y GARCÍA-HUIDOBRO (2014) p. 379.

<sup>122</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2001) 22ª edición, acepción segunda.

<sup>123</sup> MORAGA (2019) p. 474.

<sup>124</sup> MORAGA (2019) p. 474.

<sup>125</sup> MORAGA (2019) p. 492.

la ley expresamente le atribuyera a la Administración el poder de sancionar las infracciones, pues esto viene dado al conferir el poder de contratar. El argumento nos parece equivocado por dos motivos. En primer lugar, pues, para sostenerlo, debemos aceptar la idea de la potestad implícita que ya hemos desechado. En segundo lugar, ya que del hecho de que una potestad sea necesaria, en cuanto correlato para el correcto ejercicio de otra potestad, no se sigue que la primera esté contenida en la segunda, aun implícitamente, pues se trata de dos poderes distintos. Así, por ejemplo, para la correcta ejecución del contrato es necesario poderes de fiscalización, pero lógicamente las potestades de contratar y fiscalizar son diversas: su objeto es diferente. En palabras de un autor ya citado: “el poder legal de imponer cargas públicas, sujetas o no a aceptación, no comprende el de modificarlas, sancionar su incumplimiento o terminarlas unilateralmente. Tales prerrogativas son distintas y, por tanto, requieren también de poder legal”<sup>126</sup>.

Por lo demás, aun si aceptáramos, para efectos de este argumento, como cierta la tesis de que las multas son cursadas en el ejercicio de derechos contemplados en las cláusulas del contrato, debemos desechar la tesis de que estas están implícitas, pues aquella que permitiría la sanción unilateral constituiría una cláusula diferente, que no sería posible comprender como un elemento de la naturaleza del contrato (sobre todo si seguimos la tesis según la cual la cláusula penal “no es necesariamente una disposición inserta dentro del contenido global de un contrato”<sup>127</sup>).

Finalmente, hay quienes sostienen que el poder de sancionar estaría conferido naturalmente a la Administración por el hecho de ser autoridad pública. Así, se argumenta que incorporar potestades exorbitantes en los contratos administrativos sería una redundancia: en la medida en que estos poderes los posee la Administración en cuanto autoridad pública, “estas prerrogativas pertenecen al *ius cogens*”<sup>128</sup>. Esto, sin embargo, pugna con la exigencia del artículo 7° de la Constitución. Además, desconoce que la reserva legal que se establece es “tanto para la estructura de la potestad administrativa como el ámbito de su ejercicio”<sup>129</sup>. Por último, a este argumento subyace una lógica incompatible con la idea del principio de legalidad, que es devolver al poder ejecutivo una soberanía que no se origina en la voluntad general, sino en la detentación fáctica del poder<sup>130</sup>.

### 4.3. Reglamento

Como última cuestión, para salvar la potestad sancionadora de la Administración frente a la infracción de un contrato administrativo, podemos aludir a la tesis de que los reglamentos pueden complementar ampliamente lo dispuesto en la ley. Sin embargo, el Reglamento de la Ley N° 19.886 tampoco da luces para resolver este problema. El inciso final del artículo 22 reitera lo que dispone el inciso tercero del artículo 11 de la ley. Por su parte,

<sup>126</sup> ARANCIBIA (2019) p. 42.

<sup>127</sup> CORRAL (2012) p. 9.

<sup>128</sup> MORAGA (2019) p. 492.

<sup>129</sup> SOTO KLOSS (1996) Tomo II, p. 54.

<sup>130</sup> MORAGA (2019) p. 474.

el artículo 23 número 4, que en situaciones se ha utilizado como argumento<sup>131</sup>, es demasiado abierto y ambiguo como para comprenderse como norma habilitante.

El artículo 79 merece algunos comentarios especiales, pues contiene disposiciones de mayor densidad. Por un lado, y en relación con lo analizado en la sección anterior, es indudable que este artículo se refiere a la multa como sanción administrativa: “las regulaciones allí contenidas parecen dirigirse más a una manera correcta de ejercer el *ius puniendi*, antes que de una cláusula penal”<sup>132</sup>. A su vez, en la parte final del inciso tercero se dispone que en contra de “dicha resolución procederán los recursos dispuesto en la Ley N° 19.880”. Esta frase es reveladora, pues si la naturaleza de la multa fuese de cláusula penal, al cursarla no se estaría ejerciendo una potestad sino un derecho contractual. Tal acto de cursar una multa, entonces, no constituiría un acto administrativo. En este sentido, no deberían proceder los recursos de la ley N° 19.880; pero, como proceden, es dable concluir que sí se trata de un acto administrativo, es decir, de potestad pública.

Por otro lado, este artículo dispone el modo en que deben ejercerse las sanciones que ahí se establecen. Así, el inciso segundo dispone que “las medidas que se establezcan deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento”. Luego, específicamente respecto de las multas, el inciso norma que “[s]i la medida a aplicar consistiere en el cobro de multas, las bases y el contrato deberán fijar un tope máximo para su aplicación”. Finalmente, el inciso tercero dispone que “las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para aplicación de las medidas establecidas (...) que respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad”.

Esta regulación, por cierto, cumple en mayor medida los estándares de densidad normativa que se requieren para constituir una norma habilitante de potestad sancionadora. Sin embargo, su defecto es su naturaleza reglamentaria. Así, si bien el artículo en cuestión puede leerse como una disposición que atribuye competencias sancionadoras a la Administración, y entrega su determinación a las bases de licitación, esto corresponde a materia de “estricta reserva legal”<sup>133</sup>.

En este punto, podemos ver que la Administración –por así decirlo– utiliza el Reglamento y las bases como una válvula de escape ante la ausencia de regulación legal sobre la materia, con el objeto de hacer aplicable el régimen de contratación, pues se comprende que las atribuciones de control, fiscalización y dirección del contrato requieren de un necesario correlato que es precisamente la potestad sancionadora<sup>134</sup>.

### III. CONCLUSIONES

Podemos enumerar las siguientes conclusiones:

1. La pregunta sobre la naturaleza jurídica de la multa en la contratación administrativa se enmarca dentro de una discusión anterior, que dice relación con el problema

<sup>131</sup> DICTAMEN CGR N° 48.732 (2012).

<sup>132</sup> MORAGA (2019) p. 497.

<sup>133</sup> CORDERO (2014) p. 413.

<sup>134</sup> MORAGA (2019) p. 492.

sobre la naturaleza del contrato administrativo. La pregunta sobre la naturaleza jurídica de la multa aborda diversas aristas y disyuntivas. Para responderla de modo satisfactorio, es necesario identificar un criterio concluyente. Este criterio es la singularidad de la Administración como parte del contrato administrativo, de lo cual se concluye que la multa es una sanción administrativa y no contractual.

2. La autoridad administrativa es autoridad política, de lo que se sigue que su actuar es esencialmente potestativo. Se niega la posibilidad de que la Administración pueda obrar facultativamente. A su vez, el título del actuar autoritativo de la Administración es necesariamente una potestad. Sin potestad la autoridad administrativa no puede actuar, pues no tiene otro principio que se lo permita. De esto se sigue que nunca sea lícito justificar el actuar de la Administración en virtud de un título que constituya derechos subjetivos: la aplicación de la multa no puede justificarse en el ejercicio de una supuesta cláusula penal.

3. El que el título del actuar autoritativo de la Administración sea una potestad, implica que esta deba ser necesariamente otorgada por ley. La fuente de las potestades no puede en ningún caso ser una convención o contrato. La potestad, a su vez, debe estar conferida expresamente por la ley, de modo que se rechaza la posibilidad de las potestades implícitas. La Ley N° 19.886 y, en particular, el artículo 11 de la misma, no confiere expresamente a la autoridad administrativa la potestad de sancionar con una multa las infracciones al contrato administrativo. Siendo así, la autoridad administrativa no está habilitada, en virtud de este cuerpo legal, para sancionar unilateralmente al contratista con una multa. Se rechaza, finalmente, la posibilidad de encontrar la fuente de esta potestad en el reglamento, precisamente por su naturaleza de norma administrativa (y no legal), a pesar de su mayor densidad normativa.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVIRA, Tomás; CLAVELL, Luis y MELENDO, Tomás (2001): *Metafísica* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2016): “Los puntos de prueba en los litigios de impugnación de los actos administrativos”, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ROMERO SEGUEL, Alejandro (coords.), *La prueba en la litigación pública* (Santiago, Librotecnia) pp. 161-190.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2017): “La relación jurídica público-privada: iter conceptual, atributos y criterios”, en SOTO KLOSS, Eduardo (edit.), *El derecho Administrativo y la protección de las personas. Libro Homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC* (Santiago, Ediciones UC) pp. 1-15.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2019): “Naturaleza y justicia de los contratos administrativos”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 30: pp. 27-53.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1994): “La actividad jurídica de la Administración”. *Curso de Derecho administrativo. El acto Administrativo*. Cátedra del profesor Iván Aróstica. Lección 1, introductoria.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters, tercera edición).
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters).

- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42: pp. 399-439.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): *La “cláusula penal”. Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CRUZ PRADOS, Alfredo (2006): *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2001): Disponible en <http://www.rae.es/rae.html>. Fecha de consulta: 8 septiembre 2020.
- DOMINGO, Rafael (1997): “El binomio “auctoritas-potestas” en el Derecho romano y moderno”, *Revista Persona y Derecho*, N° 37: pp. 183-195.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2007): “Las potestades y privilegios de la Administración pública en el régimen administrativo chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX, N° 2: pp. 69-94.
- FINNIS, John (1980): *Ley Natural y Derechos Naturales* (trad. Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2019): “Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 53, N° 2: pp. 67-98.
- GARCÍA GARCÍA, José (2018): “Naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa”. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2018/07/26/Naturaleza-juridica-de-las-multas-en-la-contratacion-administrativa.aspx>. Fecha de consulta: 8 septiembre 2020.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963): “La figura del contrato administrativo”, *Revista de administración pública*, N° 4: pp. 99-128.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1998): *Revolución Francesa y Administración Contemporánea* (Madrid, Civitas).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Lima, Editorial Temis).
- GARRIDO FALLA, Fernando (1959): “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, N° 28: pp. 11-50.
- HISTORIA DE LA LEY N° 19.886 (2003): Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5860/>. Fecha de consulta: 8 septiembre 2020.
- HUERGO LORA, Alejandro (1998): *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas* (Madrid, Civitas).
- JORNADA DE POZAS, Luis (1949): “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de estudios políticos*, N° 48: pp. 41-54.
- LARA ARROYO, José y GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA, Luis (2014): “Naturaleza Jurídica y Proporcionalidad de las Multas en la Contratación Administrativa bajo la Ley N° 19.886”, en ARANCIBIA MATTA, Jaime y ALARCÓN JAÑA, Pablo (coords.), *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo* (Santiago, LegalPublishing) pp. 369-400.

- LOO GUTIÉRREZ, Martín (2018): “Posicionamiento dogmático de la actividad contractual de la Administración del Estado”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 50, N° 1: pp. 129-155.
- LLEDÓ VELOSO, Camilo y PARDO DONOSO, José (2015): “Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública”, *Revista de Derecho Público*, N° 82: pp. 53-77.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019): *Contratación administrativa* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1977): “El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 1: pp. 111-151.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1979): “En torno al concepto de contrato administrativo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 3: pp. 135-160.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1983): “Los principios informadores de la contratación administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 7: pp. 151-164.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (2019): *Derecho: Conceptos Fundamentales* (Santiago, Ediciones del Círculo de Santiago).
- RAMOS PAZOS, René (2004): *De las obligaciones* (Santiago, LexisNexis).
- PHILLIPS LETELIER, Jaime (2020): *La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno. Una propuesta para la aplicación del principio de protección de la confianza* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- PIEPER, Joseph (1988): *Las virtudes fundamentales* (Madrid, Rialp).
- PIERRY ARRAU, Pedro (2002): “Las transformaciones del Derecho Administrativo en el siglo XX”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 23: pp. 377-404.
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SILVA CIMMA, Enrique (2001): *Derecho Administrativo Chile y Comparado. Actos, Contratos y Bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters).
- VALDIVIA OLIVARES, José (2018): *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo* (Santiago, AbeledoPerrot).

## NORMAS CITADAS

CÓDIGO CIVIL DE CHILE

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE

LEY N° 18.575 (23/12/1986), Orgánica Constitucional de bases generales de la administración del Estado.

LEY N° 19.880 (29/5/2003), establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

LEY N° 19.886 (30/7/2003), de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

DECRETO N° 250 (24/9/2004), Ministerio de Hacienda, aprueba reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestaciones de servicios.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### CORTE SUPREMA

*CAS CHILE S.A. CON MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA*: Corte Suprema, 25 de julio de 2019 (casación de fondo), Rol N° 11.527-2019.

*ESPACIO Y JARDÍN LTDA. CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE IQUIQUE*: Corte Suprema, 21 de diciembre de 2017 (casación en forma y fondo), Rol N° 4001-2017.

*GRISOIFA Y COMPAÑÍA LIMITADA CON CENTRAL DE ABASTECIMIENTO DEL SISTEMA NACIONAL DEL SERVICIO DE SALUD*: Corte Suprema, 22 de marzo de 2013 (casación en forma y fondo), Rol N° 6988-2012.

*SALUD Y VIDA S.A Y OTROS. CON JUNTA NACIONAL DE AUXILIO ESCOLAR Y BECAS*: Corte Suprema, 4 de julio de 2017 (apelación amparo económico), Rol N° 6080-2017.

*SEGURIDAD INTEGRAL TMI S.A. CON HOSPITAL BARROS LUCO*: Corte Suprema, 17 de diciembre de 2015 (queja), Rol N° 7460-2015.

### CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DICTAMEN CGR N° 31.616, 24 de noviembre de 1989.

DICTAMEN CGR N° 48.732, 9 de agosto de 2012.

DICTAMEN CGR N° 4.508, 22 de enero de 2013.

DICTAMEN CGR N° 34.523, 4 de junio de 2013.

DICTAMEN CGR N° 47.611, 26 de julio de 2013.

DICTAMEN CGR N° 30.003, 29 de abril de 2014.

DICTAMEN CGR N° 16.307, 11 de abril de 2018.

DICTAMEN CGR N° 11.961, 10 de mayo de 2018.



# LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA LEY 19.496 SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES: UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN DESDE EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

## *DECEPTIVE ADVERTISING IN LAW 19.496 ON THE PROTECTION OF CONSUMER RIGHTS: AN ATTEMPT OF SYSTEMATIZATION FROM THE MODERN LAW OF CONTRACTS*

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI\*  
PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ\*\*

**RESUMEN:** La publicidad engañosa se presenta de forma desordenada en la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC), dificultando su comprensión. Resulta posible una sistematización que presente las cosas de una manera más clara y ordenada. El intento que ofrecemos se nutre del Derecho de contratos, específicamente del incumplimiento contractual y sus remedios. De una parte, proponemos una noción amplia y neutra de publicidad engañosa, de otra, la caracterización como efectos de ciertos fenómenos adyacentes a ella.

**Palabras clave:** Publicidad engañosa, Publicidad falsa, Tutela del consumidor, Régimen jurídico de la publicidad, Ámbito de aplicación Ley 19.496.

**ABSTRACT:** Deceptive advertising is presented in a disorderly manner in the Chilean Consumer Protection Law (LPC), making the concept difficult to comprehend. Systematization might show it clearer and more orderly way while maintaining loyalty with its text. This attempt stems from the law of contracts, specifically the contractual breach and its remedies. On the one hand, a broad and neutral notion of deceptive advertising is proposed, while on the other, the characterization as effects of certain phenomena that is adjacent to it.

**Keywords:** Misleading Advertising, False Advertising, Consumer Protection, Advertising Law, Scope of application Law 19.496.

---

\* Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de Derecho Civil, Universidad Diego Portales. Investigador Fundación Fueyo. Dirección postal: República 112. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl. Número Orcid. <https://orcid.org/0000-0001-6239-2837>.

\*\* Doctora en Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil, Universidad Diego Portales. Investigadora Fundación Fueyo. Dirección postal: República 112. Correo electrónico: patricia.lopez@udp.cl. Número Orcid <https://orcid.org/0000-0001-6716-0584>.

Este artículo se enmarca en la ejecución del proyecto Fondecyt Regular N° 1180608 “Ámbito de aplicación de la ley 19.496: Diagnóstico, desafíos y perspectivas”, del que el autor es el investigador responsable y del proyecto Fondecyt Regular N° 1190200 “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: diversidad de problemas y perspectivas de solución en el derecho chileno” del que la autora es investigadora responsable.

## INTRODUCCIÓN

Un examen de la LPC revela que en ocasiones ella se refiere a la “publicidad engañosa” y en otras a la “publicidad falsa”, equiparándolas en un supuesto y distinguiéndolas en otro. Por otra parte, dispone que el tribunal podrá ordenar la suspensión de las emisiones publicitarias e incluso contempla la publicidad correctiva. En fin, al tratar la integración publicitaria, remite a las condiciones objetivas que lista en su principal artículo sobre publicidad engañosa.

Nos parece que esa ordenación del material legislativo dificulta innecesariamente la comprensión de la publicidad engañosa, obligándonos a formular preguntas que resultan estériles –como aquella relativa a la distinción entre esta y la publicidad falsa o errónea–, provocando confusión acerca de sus contornos e impidiendo identificar los efectos jurídicos que se derivan de su configuración.

Estos inconvenientes se pueden superar a través de una **sistematización** del tratamiento de la publicidad engañosa en la LPC que nos permita arribar a una noción de ella y articular sus efectos o consecuencias. El intento que ofrecemos proviene de algunas premisas acuñadas por lo que se ha denominado la “modernización del derecho de obligaciones”<sup>1</sup>, específicamente, de aquella que postula que la noción de **incumplimiento contractual** es amplia y unitaria y que en torno a ella es posible articular un conjunto de mecanismos de tutela de los que dispone el acreedor<sup>2</sup>.

Aunque hemos compartido esa idea en más de una ocasión<sup>3</sup>, aquí no nos interesa defenderla en lo que a Derecho de contratos se refiere. Nuestro objetivo es demostrar que ese modelo de sistematización resulta extremadamente útil para presentar de forma más simple y ordenada la publicidad engañosa en la LPC y que es posible interpretar sus normas asumiendo que contienen una noción **amplia y neutra** de aquella y un conjunto de **consecuencias** que pueden derivarse de su acaecimiento, otorgando una tutela más efectiva al consumidor.

Para lograr nuestro propósito procederemos de la siguiente manera. Primeramente, exploraremos la publicidad engañosa en la LPC evidenciando los inconvenientes derivados de su deficiente regulación y la necesidad de sistematizar su tratamiento (I). A continuación, expondremos nuestra propuesta ocupándonos primeramente de formular una noción amplia y neutra de publicidad engañosa y luego sus efectos jurídicos (II). Finalmente, formularemos nuestras conclusiones (III).

### I. LA DEFECTUOSA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD QUE ENGAÑA EN LA LPC

Una revisión de la LPC revela que, más allá del artículo 1 N° 4 que define la publicidad y alude a la integración publicitaria y del artículo 3 letra b) que consagra el derecho del consumidor a una información veraz y oportuna que deviene en su fundamento indubita-

<sup>1</sup> Cuyas claves históricas y dogmáticas así como su justificación se encuentran en MORALES (2016).

<sup>2</sup> Por todos, MORALES (2010) pp. 29-30.

<sup>3</sup> DE LA MAZA (2014) pp. 117-159 y LÓPEZ (2017) pp. 9-98.

do<sup>4</sup>, existen siete preceptos que disciplinan directamente la publicidad engañosa y que, además de asimilarla en ocasiones a la publicidad falsa, regulan dos cuestiones deficientemente. La primera consiste en su supuesto de hecho. La segunda alude a la tutela que puede activar el consumidor una vez que dicha publicidad se verifica.

En lo que concierne al supuesto de hecho podría pensarse que este no presenta inconveniente alguno, dado que el artículo 28 lo recoge con mediana claridad al indicar que la publicidad engañosa se configura si, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario se induce a error o engaño respecto de las condiciones objetivas que indica<sup>5</sup>. Sin embargo, dicho precepto no se refiere a la existencia y naturaleza del producto, a la identidad del proveedor, a la publicidad comparativa<sup>6</sup> ni alude a todos los supuestos en que puede existir engaño publicitario y tampoco agota el supuesto de hecho de la publicidad engañosa, pues la LPC contiene un artículo que lo amplía y otros dos que no son coincidentes con su tenor literal.

Así, el artículo 28A dispone que infringe dicha ley el que, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, produce **confusión** en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, contemplando así otra **modalidad** de engaño publicitario. En tanto, los preceptos que se distancian de la letra del artículo 28 son los artículos 17L y 33. El primero de ellos pretende regular la publicidad engañosa tratándose de servicios y productos financieros desapegándose de lo preceptuado en el artículo 28, dado que exige para que esta se configure que no se hubiere contratado el servicio o producto sin ella y alude a la indemnización de daños, en circunstancias que tal referencia no era necesaria, toda vez que esta procede por infracción de la LPC.<sup>7</sup> El segundo prescribe que la información que se consigne en la publicidad deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o a engaño al consumidor, prescindiendo así de la exigencia contenida en el artículo 28 según la cual la inducción a error o engaño debe imputarse al dolo (“a sabiendas”) o culpa (“debiendo saberlo”) del anunciante.

Por otro lado, en lo que concierne a los medios de tutela a los que puede recurrir el consumidor ante la publicidad engañosa no existe norma expresa que los discipline, a diferencia de lo que acontece con la publicidad falsa. En efecto, el artículo 31 indica que en las denuncias que se formulen por tal concepto, el tribunal competente, de oficio o a petición de parte, podrá disponer la suspensión de las emisiones publicitarias cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo ameriten y exigir al anunciante que, a su propia

<sup>4</sup> Por todos, ISLER (2010) pp. 138-142 y DE LA MAZA (2013a) pp. 653-671.

<sup>5</sup> Tales son: a) Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren; b) la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante; c) las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial; d) El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a las normas vigentes; e) Las condiciones en que opera la garantía, y f) Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable”.

<sup>6</sup> DE LA MAZA (2013a) p. 665.

<sup>7</sup> Sobre este tópico, DE LA MAZA (2012) y FERNÁNDEZ (2013) pp. 504-512.

costa, realice la publicidad correctiva que resulte apropiada para enmendar errores o falsedades. Pero si se considera que el inciso segundo del artículo 24 equipara la publicidad falsa a la engañosa para efectos de la multa infraccional<sup>8</sup> y que el artículo 34 las asimila tratándose de la facultad del tribunal competente de exigir, al respectivo medio de comunicación utilizado en la difusión de los anuncios o a la correspondiente agencia de publicidad, la identificación del anunciante o responsable de la emisión publicitaria, cabría ponderar si resulta pertinente extender la tutela del artículo 31 al consumidor destinatario de publicidad engañosa.

Pues bien, este entramado normativo plantea diversas interrogantes que requieren respuesta. En primer lugar, ¿existe alguna diferencia entre la publicidad engañosa que refieren los artículos 17 L, 28 y 33 de la LPC? La pregunta tiene interés, pues únicamente uno de ellos –el artículo 28– emplea factores de atribución subjetiva. En segundo lugar, la noción de publicidad a la que pueda arribarse a partir de estos artículos ¿es diversa a la publicidad falsa que menciona el artículo 31? Y si los artículos 24 y 34 se refieren a “publicidad falsa o engañosa” ¿habrá que entender que se trata de sinónimos o de fenómenos diversos?; si se trata de expresiones distintas ¿qué las diferencia? En tercer lugar ¿cuál es la relación que existe entre la publicidad engañosa y la integración publicitaria dispuesta en el artículo 1 N° 4, la responsabilidad infraccional del artículo 24, la suspensión publicitaria y la publicidad correctiva del artículo 31?

A todas ellas se agrega un problema introducido por algunas sentencias de nuestros tribunales que han acuñado la denominación “publicidad errónea” para resolver problemas de publicidad engañosa, equiparándolas en ocasiones y diferenciándolas en otras, incrementando la falta de claridad sobre la noción y el alcance de la publicidad engañosa existente en el propio articulado de la LPC. La discusión ha consistido en determinar si se requiere excusabilidad del error por parte del proveedor o reconocibilidad de dicho error por el consumidor para que la publicidad errónea se configure. Si se asume que la distinción se encuentra en la referida **excusabilidad** seguirá tratándose de publicidad engañosa, pues basta que pueda inducir a error o engaño al consumidor. Por el contrario, si se considera que la diferencia emana de la **reconocibilidad** del error del proveedor por parte del consumidor, lo que se está afirmando es que esa publicidad carecía de la virtualidad para inducirlo a error o engaño, toda vez que no se han generado en él expectativas legítimas o no se ha suscitado confianza razonable que merezca protección y, por lo mismo, no parece acertado que sea el proveedor quien soporte el costo de su error. De allí que deba excluirse la publicidad errónea de la noción de publicidad engañosa<sup>9</sup>.

Pues bien, las interrogantes que hemos formulado precedentemente, hasta ahora no abordadas en nuestra dogmática como aristas de un mismo problema<sup>10</sup>, y la categoría jurisprudencial de la publicidad errónea evidencian la necesidad de sistematizar el tratamiento de la publicidad engañosa en la LPC, es decir, presentar las cosas de una manera más orgá-

<sup>8</sup> Precisando que ella puede ascender hasta 1500 unidades tributarias mensuales y que si incide en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de la población o el medio ambiente ascenderá hasta 2.250 unidades tributarias mensuales.

<sup>9</sup> Un análisis detenido de este tópico en DE LA MAZA y LÓPEZ (2021).

<sup>10</sup> Con excepción de FERNÁNDEZ (2003) p. 55 e ISLER (2013) pp. 723 y 724, pero solo en lo que toca a la equiparación de la publicidad falsa y engañosa.

nica y menos enrevesada que simplifique la detección de los casos en que esta se configura y la tutela que dicha ley le otorga ante su acaecimiento.

## II. UNA PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN

En ciertas ocasiones una percepción más agudizada de ciertas porciones del ordenamiento jurídico mejora nuestra apreciación de otras. Según nos parece, algo como eso sucede aquí tratándose del incumplimiento contractual y de sus remedios, pues ellos pueden contribuir a afinar el entendimiento de la publicidad engañosa y sus consecuencias.

A nuestro juicio esta comprensión, que se erige sobre dos rasgos acogidos por diversos instrumentos normativos de derecho contractual<sup>11</sup>, suministra un modelo que permite una aproximación más ordenada al tratamiento de la publicidad engañosa en la LPC. Ellos son, de un lado, (i) una noción amplia y neutra del incumplimiento contractual y, de otro, (ii) una disposición de los medios de tutela del acreedor insatisfecho que los articula a partir del incumplimiento, distinguiendo la pretensión de cumplimiento específico, la resolución por incumplimiento, la indemnización de daños, la rebaja del precio y la suspensión del propio cumplimiento, estableciendo su supuesto de hecho y los efectos de su aplicación.

**Amplia**, toda vez que designa cualquier desviación de aquello que se establece como el cumplimiento exacto y oportuno de la prestación. **Neutra**, pues la noción funciona al margen de si al deudor se le puede reprochar culpa o dolo, salvo en lo que concierne a la indemnización de daños<sup>12</sup>. Ambas características del incumplimiento se han sustentado a partir de una interpretación armónica de los artículos 1568 y 1569 del Código Civil relativos al pago y 1546 referente a la buena fe<sup>13</sup> y han sido acogidas por nuestra jurisprudencia reciente, superando así la noción subjetiva<sup>14</sup> que durante décadas fue acuñada no solo por nuestra doctrina sino por las sentencias de los tribunales nacionales<sup>15</sup>.

Un fenómeno similar ha acontecido con los medios de tutela del acreedor que se han aglutinado a partir de esta noción de incumplimiento, dado que no solo se ha recogido esta premisa sino que han sido acuciosamente abordados por nuestra dogmática más reciente que ha perfilado sus requisitos de procedencia, límites y efectos<sup>16</sup>, dibujando el alcance de cada uno de ellos, lo que ha permitido ilustrar al acreedor en torno a la conveniencia de uno u otro para satisfacer su interés contractual.

Con todo, antes de comenzar a desarrollar esta propuesta de sistematización, debemos realizar dos precisiones. La primera es que entenderemos por publicidad toda forma

<sup>11</sup> Una visión panorámica de todos ellos en DE LA MAZA; PIZARRO y VIDAL (2017) pp. 51-55 y 58-75. Dichos rasgos encuentran justificación en el reemplazo del modelo de relación obligatoria unilateral por el modelo bilateral y en una nueva comprensión de la vinculación contractual, ya no como deber de prestación sino como garantía de un resultado: la satisfacción del interés del acreedor. Un acucioso análisis en MORALES (2016) pp. 34-79.

<sup>12</sup> Una exposición detallada en MORALES (2010) pp. 29-30.

<sup>13</sup> VIDAL (2007a) pp. 41 y 47 y MEJÍAS (2008) pp. 473-475.

<sup>14</sup> Por todos, FUEYO (2004) p. 256.

<sup>15</sup> Entre otros, los considerandos noveno, tercero y noveno de las sentencias de la Corte Suprema en *BUVINIC CON COMPLEJO TURÍSTICO MARBELLA* (2012); *AMPUERO CON CASTILLO* (2013); y *MORENO CON BANCO SANTANDER* (2015).

<sup>16</sup> Un análisis de conjunto en DE LA MAZA y VIDAL (2018).

de comunicación que tiene por propósito transmitir a través de cualquier medio idóneo al efecto un mensaje informativo en forma persuasiva con la intención de influir en la toma de decisiones de sus destinatarios sobre la adquisición de un producto y/o la contratación de un servicio, sea motivándolos al efecto o promoviendo dicho producto o servicio<sup>17</sup>. La segunda es que si bien podría pensarse que la aproximación más correcta a la publicidad engañosa es a partir del error y del dolo en cuanto vicios del consentimiento -toda vez que existe una falsa representación de la realidad en la que incurre el destinatario por sí mismo o como consecuencia del engaño-, prescindimos de esta perspectiva de análisis<sup>18</sup> porque ambos tienen peculiaridades que dificultan las extrapolaciones a la publicidad respecto del supuesto de hecho y de sus consecuencias, reconduciéndonos en este último caso a la nulidad relativa y apartándonos de la LPC, en circunstancias que esta investigación solo se circunscribe a ella.

La sistematización que proponemos se articula en base a dos piezas del referido modelo: (i) una noción **amplia** y **neutra** de la publicidad engañosa y (ii) un conjunto de efectos derivados de su acaecimiento respecto de los cuales se puede identificar un supuesto de hecho y determinadas consecuencias. Tratándose de la noción de publicidad engañosa intentaremos demostrar que es aquella que induce o puede inducir a error o engaño a los consumidores sin necesidad de que exista culpa o dolo, pudiendo afectar su comportamiento económico. En lo que concierne a sus efectos ampliaremos el catálogo circunscrito a la responsabilidad civil e infraccional y a la integración publicitaria, extendiéndolo a la suspensión de la emisión publicitaria y a la publicidad correctiva<sup>19</sup>, identificado en cada caso el supuesto de hecho y el alcance del respectivo medio de tutela<sup>20</sup>.

### III. UNA NOCIÓN AMPLIA Y NEUTRA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Como ya ha quedado dicho, la LPC no define publicidad engañosa, sino que la menciona en algunos preceptos, recogiendo fragmentada y contradictoriamente su supuesto de hecho. Esta deficiencia denunciada por nuestra doctrina desde un inicio<sup>21</sup> ha sido replicada en sentencias de reciente data pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Santiago, específicamente en *VIÑAMBRES DE LA FUENTE CON FALABELLA* y *CORTÉS RIQUELME CON BAZAYA CHILE LTDA.*, reconociendo que ella tan solo contiene un catálogo de casos<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Pues tal noción contiene todos sus elementos. Véase LÓPEZ (2020b) p. 27.

<sup>18</sup> Lo que no significa negar la importancia que tienen el error y el dolo respecto de la publicidad engañosa, como se advierte en DE LA MAZA (2015) pp. 551-571, LÓPEZ (2018) pp. 195-210 e ISLER (2019a) pp. 180-181. De hecho, podría optar por la nulidad relativa prevista en el Código Civil en algunos supuestos. LÓPEZ (2021) pp. 296-301.

<sup>19</sup> Nos referimos exclusivamente a las consecuencias a la luz de la LPC, prescindiendo de otras posibles como la nulidad relativa derivada del error y el dolo. Sobre este tópico véase MORALES (2006a) pp. 228 y ss.; DE LA MAZA (2015) pp. 553-571; LÓPEZ (2018) pp. 201-204; e ISLER (2019a) pp. 180-181.

<sup>20</sup> Una enunciación muy general de ellos en LÓPEZ (2021) pp. 275 y ss.

<sup>21</sup> Por todos, ISLER (2010) p. 129 y DE LA MAZA (2013a) p. 665.

<sup>22</sup> En efecto, en el considerando primero de ambas se lee: “La legislación nacional no señala qué debe entenderse por publicidad engañosa, limitándose a enumerar en los artículos 28 y 28A de la citada Ley N° 19.496 los

El problema es que no solo no está definida en dicha ley sino que tampoco en las otras dos en que puede tener incidencia –atendida la dimensión vertical (entre proveedor y consumidor) y horizontal (entre competidores) en que opera la publicidad– cuales son la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal y el DL 211 que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, generando incertidumbre respecto de los alcances y consecuencias de este ilícito publicitario y contrastando con la particular atención que le presta el artículo 8 del Código Chileno de Ética Publicitaria (CChEP)<sup>23</sup>.

Con todo, estimamos que es posible arribar a una noción de ella si examinamos con detención sobre qué recae y si esta exige la imputabilidad subjetiva del anunciante, aspectos que regulan los artículos 17L, 28, 28A y 33 antes aludidos cuya interpretación armónica nos permite arribar, como intentaremos demostrarlo en las líneas que siguen, a una noción amplia y neutra de publicidad engañosa en la LPC, toda vez que el artículo 28 es el único que establece una lista cerrada de sus supuestos de hecho y exige la culpa o dolo del anunciante para que ella se configure.

## 1. LA AMPLITUD

Cuando afirmamos que la noción de publicidad engañosa es **amplia** lo que queremos significar es que basta con que pueda inducir a error o engaño e influya en la conducta económica del destinatario de la publicidad.

El carácter amplio de la noción que proponemos plantea, al menos, cinco cuestiones que conviene indagar. La primera consiste en determinar si la inducción a error o engaño debe verificarse o basta que produzca ese riesgo. La segunda en precisar la relación que es posible trazar entre veracidad e inducción al error o engaño. La tercera en establecer a quién debe engañar. La cuarta se refiere a sobre qué debe recaer tal inducción a error o engaño. Y, finalmente, la quinta alude a una peculiaridad de la ley y consiste en determinar cuál es la relación entre publicidad engañosa y falsa.

### a. *La inducción a error o engaño como riesgo*

Lo que nos interesa advertir es que la publicidad engañosa no se limita a aquella que induce a error o engaño, sino que, además, cubre situaciones en las que no habiendo indu-

---

aspectos sobre los cuales puede incidir la falsedad o el engaño publicitario.” Véase *VINAMBRES DE LA FUENTE CON FALABELLA* (2015) y *CORTÉS RIQUELME CON BAZAYA CHILE LTDA.* (2017).

<sup>23</sup> En efecto, los incisos primero, segundo y cuarto de dicho precepto disponen lo siguiente: “Se considera publicidad engañosa el contenido de los mensajes publicitarios y comerciales que induce o puede inducir a error o confusión, pudiendo afectar a los consumidores o competidores, mediante exageraciones, ambigüedades, falacias, sofismas u omisiones respecto de las características, ventajas, beneficios, idoneidad, precios, garantías, desempeño real del producto o servicio anunciado, su relación con el medio ambiente, o de cualquier otra forma”. También se considera publicidad engañosa la que le atribuye a un producto o servicio, características, cualidades o propiedades que este no posee, y la que promete beneficios, características, condiciones, resultados, o efectos que no se pueden cumplir (...).”

“De igual modo es engañosa la publicidad que, valiéndose de la ignorancia, el miedo, la superstición, la credibilidad, la ingenuidad o la buena fe de los destinatarios, ofrece cualquier producto, substancia, método o servicio como teniendo beneficios o efectos específicos automáticos, “milagrosos” o garantizados en la salud, el bienestar, la fortuna o la felicidad de los consumidores, sin una comprobación objetiva de dichos beneficios o resultados”. Disponible en <https://www.conar.cl/codigo/>

cido a error o engaño, aún arriesga hacerlo, defraudando la confianza razonable o las legítimas expectativas del consumidor<sup>24</sup>.

Y es que basta la posibilidad de que la práctica comercial pueda inducir a error a sus destinatarios y alterar su comportamiento económico para determinar su carácter engañoso sin necesidad de que llegue hacerse efectivo el engaño o error. Dicho de otra forma, basta el **riesgo de inducción**, la posibilidad o aptitud de que pudiera engañar, prescindiéndose del resultado, pues no es necesario que afecte al comportamiento económico de los consumidores, sino la mera posibilidad de que se produzcan sus efectos<sup>25</sup>.

Nuestros tribunales han admitido muy lúcidamente esta posibilidad con ocasión de las sentencias pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Santiago en *Viñambres de la Fuente con Falabella y Cortés Riquelme con Bazaya Chile Ltda.*, toda vez que han indicado que ella puede conceptualizarse “como aquella que de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o **puede inducir** a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico”<sup>26</sup>.

Se aproximan así a lo preceptuado en el artículo 6.1 de la Directiva 2005/29 CE que dispone que es engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, “induzca o pueda inducir a error al consumidor medio”, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera adoptado<sup>27</sup>.

Esta constatación es relevante, dado que este modelo ensancha el supuesto de hecho que tradicionalmente ha admitido nuestra dogmática, tutelando más acabadamente al destinatario de un engaño publicitario frente a la sola virtualidad del mensaje de provocar su error o inducirlo a engaño, obligando al anunciante a desplegar una mayor diligencia proporcional a la que exige su deber de profesionalidad.

b. *VERACIDAD E INDUCCIÓN A ERROR O ENGAÑO*

Aquello que es falso puede no configurar publicidad engañosa; en cambio, aquello que es verdadero, puede hacerlo.

Un buen ejemplo de lo primero se encuentra en la sentencia pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en *NESTLÉ CHILE S.A. CON MASTERFOOD CHILE LTDA.* de 20 de diciembre de 2004, resolviendo que si bien la publicidad señalaba que el alimento para perros contenía carne, en circunstancias que era deshidratado, ella no inducía a error o engaño, expresando en su considerando séptimo lo siguiente:

<sup>24</sup> Sobre tal defraudación como elemento del ilícito véase principalmente DE LA MAZA (2015) pp. 551 y ss. y DE LA MAZA y LÓPEZ (2021).

<sup>25</sup> En tal sentido FELIÚ y BENDITO (1989) p. 3623 y CAMACHO (2012) pp. 120-121. En nuestra doctrina BARRIENTOS (2019) pp. 68 y 73, GONZÁLEZ (2019) pp. 82 y 84 y LÓPEZ (2021) pp. 278-279 y 286.

<sup>26</sup> Véase, respectivamente, el considerando primero y séptimo de las sentencias pronunciadas en *VINAMBRES DE LA FUENTE CON FALABELLA* (2015) y *CORTÉS RIQUELME CON BAZAYA CHILE LTDA* (2017). La cursiva es nuestra.

<sup>27</sup> Un análisis en MICKLITZ (2014) pp. 96-104.



“...si se observa la práctica publicitaria, se puede concluir que en esta los avisadores se dan algunas licencias, por lo que su contenido usualmente no se toma en forma literal. Por ello, es razonable suponer que el consumidor –el propietario del perro en la especie– entiende que un producto deshidratado no contiene carne fresca y, por lo tanto, difícilmente puede afirmarse qué tal consumidor ha sido inducido a error por la publicidad”<sup>28</sup>.

De otro lado, aquello que resulta verdadero también puede inducir a error o engaño. Un ejemplo aún más radical se encuentra en SOPROLE CON SURLAT resuelto por el Consejo de Autorregulación y Ética (CONAR) con fecha 22 de octubre de 2012. La publicidad reclamada consiste en la expresión “Sin Lactosa” contenida en el paquete de un queso Gouda. Lo que hace interesante el aviso en términos de publicidad engañosa no es que sea falso, sino que es demasiado verdadero. De esta manera, en el considerando cuarto de la sentencia se indica que la cuestión que debe examinarse es si el queso Gouda Surlat está libre de lactosa, precisando que los informes de laboratorio acompañados por la reclamante demuestran que en ninguno de los quesos analizados se detectó su presencia, en tanto que los estudios aportados por la reclamada sí la demostraron. El CONAR concluye que “aquellos presentados por la reclamante versan sobre quesos puestos a disposición del público para su compra y consumo, mientras que los de la reclamada no permiten llegar a esa misma conclusión. Así las cosas, y no constando fehacientemente que existan quesos Gouda que sí tengan lactosa una vez puestos a disposición del público para su consumo, este directorio estima que no ha sido desvirtuado que la ausencia de lactosa en ellos es una condición común a los productos de esa clase, y por tanto debe entenderse que existe vulneración de los artículos 4° y 27° letra D del CchEP”<sup>29</sup>.

*c. ¿A quién debe inducir a error o engaño la publicidad engañosa?*

Analizada desaprensivamente, la respuesta a esta pregunta aparece como evidente: al **consumidor medio**. Sin embargo, amerita un par de consideraciones. El considerando 18 de la Directiva 25/2009 servirá para ilustrarlas.<sup>30</sup> Su texto, en lo que resulta pertinente, indica que ella toma como referencia al consumidor medio, esto es, aquel que está “normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz”, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales. Así, señala que cuando una práctica comercial se dirija específicamente a un grupo concreto de consumidores, como los niños, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo e incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia

<sup>28</sup> NESTLÉ CHILE S.A. CON MASTERFOOD CHILE LTDA. (2004).

<sup>29</sup> SOPROLE CON SURLAT (2012).

<sup>30</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) N° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

una disposición que, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar. Por otra parte, precisa que la referencia al consumidor medio no es una referencia estadística, sino que los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para determinar la reacción típica de dicho consumidor en un caso concreto.

La primera consideración se refiere, entonces, a cómo determinar quién es **consumidor medio** y la respuesta ha de ser, como suele suceder en el derecho privado con los modelos de conducta, un **sujeto abstracto**, pero contextualizado en la situación del agente<sup>31</sup>, sirviendo al efecto las legítimas o razonables expectativas del consumidor, pues ellas permiten analizar las presuposiciones que una persona promedio puede estimar como creíbles o no engañosas en los términos de la LPC<sup>32</sup>.

La segunda consideración es que el modelo de consumidor es uno que está “normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz”. Se trata de conceptos que resulta posible encontrar en algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>33</sup>. Sin embargo, existe otra posible aproximación cual es la noción de consumidor que asumía el derecho alemán de la competencia, esto es, “un consumidor irreflexivo que puede ser fácilmente objeto de engaño, con una actitud poco crítica hacia los mensajes publicitarios y, por ello, especialmente necesitado de protección”<sup>34</sup>. Cuál de estas dos aproximaciones sea preferible es algo que debe discutirse, pero no es el objeto de este trabajo hacerlo; con todo, hasta donde llegan nuestras noticias lo que demuestra la investigación empírica es más cercano al modelo del derecho alemán que a lo asumido por el TJUE<sup>35</sup>, lo que se advierte particularmente tratándose de la publicidad. Piénsese, por ejemplo en los niños, niñas y adolescentes o en el consumidor financiero, cuya falta de madurez y sesgos cognitivos, los hacen, respectivamente, más susceptibles de sucumbir al engaño publicitario, debiendo en este caso exigirse una mayor diligencia al anunciante no solo en lo que respecta a la veracidad, oportunidad y utilidad de la información contenida en la publicidad, sino también en lo que concierne a los deberes de advertencia y adecuación derivados de su deber de profesionalidad<sup>36</sup> para evitar que el mensaje publicitario pueda inducirlos a error o a engaño.

La tercera consideración es que en ocasiones el consumidor destinatario de la publicidad no tendrá el carácter de **medio** –de modo que no será necesario atender al grupo al que pertenece para calibrarlo– sino que puede devenir en **vulnerable estructuralmente** o en **hipervulnerable**. En efecto, revestirá la primera calidad si concurren factores técnicos,

<sup>31</sup> BARROS (2020) pp. 86-88. Tal noción, a la que adherimos, ha sido recepcionada por nuestra dogmática que la ha sustentado en sede contractual a partir del carácter oneroso del contrato de consumo, dado que la diligencia esperada de ambas partes es la media de conformidad a los artículos 44 y 1547 del Código Civil. ISLER (2011) p. 78.

<sup>32</sup> BARRIENTOS (2019) pp. 73-74.

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, STJCE de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, *Gut Springenheide GmH y Rudolf Tusky* contra *Oberskreisdirektor des Kreises Steinfurt*, citada en CAMACHO (2012) p. 163. Entre nosotros por ISLER (2011) pp. 77-80.

<sup>34</sup> CAMACHO (2012) pp. 165-166. Equiparable a la de consumidor financiero sustentada por GOLDENBERG (2020) pp. 1-27.

<sup>35</sup> Un análisis en REISCH y ZHAO (2017) pp. 190-206.

<sup>36</sup> LÓPEZ (2020a).

jurídicos, científicos, socioeconómicos, materiales, psicológicos, informativos, de acceso a la justicia, biológicos, políticos o ambientales que permiten atribuírsela<sup>37</sup>. Ostentará, en cambio, la segunda si a tal vulnerabilidad se añade otra vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica, cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias –como acontece a propósito de los infantes, adolescentes, la mujer, las personas con necesidades alimentarias especiales, el adulto mayor, los pueblos indígenas, el turista, el consumidor electrónico y las minorías religiosas<sup>38</sup>–, debiendo el anunciante desplegar una mayor diligencia y observar los deberes de advertencia y adecuación ya referidos.

*d. ¿Sobre qué debe inducir a error o engaño la publicidad engañosa?*

Para responder adecuadamente a esta pregunta resulta necesario considerar la **técnica** empleada en el derecho latinoamericano y europeo, pues muestra que esta puede asumir dos modalidades, aunque en la práctica tiendan a amalgamarse. O se utiliza una cláusula general o una lista que enumera aquello sobre lo cual la publicidad puede inducir a error o engaño.

Dichas técnicas no suelen presentarse de manera pura, toda vez que resulta frecuente que bajo el ropaje de las listas acechen **cláusulas generales**.

Así, el artículo 37.1 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil de 1990 (Ley 8.078), dispone que “es engañosa cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa o de cualquier modo, incluso por omisión que sea capaz de inducir a error al consumidor, respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedad, origen, precio y **cualquier otro dato sobre productos y servicios**”. En una dirección similar se encuentra el artículo 3 del Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano de 2010 que prescribe que “está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto de la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o **cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos**”. Por su parte, el artículo 1101 letra c.) del Código Civil y Comercial argentino de 2014 señala que está prohibida la publicidad que “contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan **sobre elementos esenciales del producto o servicio**”, cuestión que también acontece en el artículo 37.3 del Código brasileño en lo que concierne a la publicidad engañosa por omisión, toda vez que indica que esta se verifica “cuando deja de informar sobre **datos esenciales del producto o servicio**”.

Pues bien, ¿qué acontece con el artículo 28 de la LPC? La forma en que se encuentra redactado resulta mucho más cercana a una **lista cerrada** que a una cláusula abierta<sup>39</sup> y esto influye negativamente sobre la amplitud de la noción de publicidad engañosa, dado que ya no recae sobre cualquier dato que, razonablemente pueda determinar la conducta de los consumidores, sino sobre aquellos que considera dicho artículo. Con todo, y sin perjuicio

<sup>37</sup> Explorando cada uno de ellos BAROCELLI (2018) pp. 13-15.

<sup>38</sup> BAROCELLI (2018) p. 16, HERNÁNDEZ (2016) y HUALDE (2016) pp. 31-54. Un completo análisis en BAROCELLI (2018). Aludiendo a esta categoría en la dogmática nacional ISLER (2020) pp. 197-214 y LÓPEZ (2020a).

<sup>39</sup> Sobre esto ver DE LA MAZA (2013a) p. 665.

que es deseable una reforma legal a dicho precepto que incorpore un literal que permita ampliar las condiciones objetivas que prevé, si lo interpretamos junto a los artículos 17L, 28A y 33 es posible otorgarle un alcance más general, toda vez que ellos no contemplan un catálogo estricto de causales sino que solo aluden a la inducción a error, engaño o confusión del consumidor sin limitar la forma en que ello acontece.

e. *La relación entre publicidad falsa y engañosa*

La última cuestión que resta por examinar a propósito de la amplitud de la publicidad engañosa es su vinculación con la publicidad falsa. Como ya hemos indicado, los artículos 24 y 34 de la LPC las equiparan y el 31 solo alude a la falsa. Se trata de expresiones que no tienen igual significación y que no siempre se utilizan conjuntamente –como acontece en el artículo 31 que alude a “publicidad falsa” y en el artículo 17L que se refiere a “publicidad engañosa”–, pero que según la historia fidedigna de la LPC se utilizaron como sinónimas<sup>40</sup>.

Una equiparación similar existe en la Resolución Exenta N° 187 de 21 de Marzo de 2019 que aprueba Circular Interpretativa sobre Publicidad y Prácticas Comerciales (CIPP) del SERNAC. En efecto, de un lado, precisa que la publicidad falsa es una comunicación en que abierta y deliberadamente se altera la veracidad de una afirmación o una característica relevante del bien o servicio ofrecido; en tanto, la engañosa es aquella que “no siendo propiamente inexacta, induce a error a sus destinatarios por las características del lenguaje utilizado, ya sea por su ambigüedad u omisión en la información proporcionada”, agregando que “la razón de fondo en la sanción a la publicidad engañosa es el desvío de la preferencia económica del consumidor y el perjuicio que se comete a los competidores de un mercado determinado”. Pero, de otro, asimila tales nociones en sus efectos ya que añade que “resulta indistinto para la LPC que el consumidor contrate a través de una publicidad falsa o engañosa o que no lo haga, ya que en ambos casos se sanciona al proveedor por su actuar de manera negligente y en contra de la profesionalidad que el giro que ejerce lo obliga a actuar, pues en definitiva se trata de una responsabilidad objetiva”<sup>41</sup>.

No concordamos, como precisaremos al examinar la indemnización de daños, con la idea que dicha ley contemple tal régimen de responsabilidad ni, en lo que aquí respecta, con la sinonimia entre ambas especies de publicidad, pues estimamos que más bien existe una **relación de subsunción**, ya que la falsa puede tener la virtualidad de inducir a error o engaño al consumidor, conteniéndose, en tal caso, en la engañosa.

## 2. LA NEUTRALIDAD

Una lectura preliminar del artículo 28 de la LPC podría inducir a pensar que no es posible sostener que la LPC recoge una noción **neutra** de publicidad engañosa, dado que de su tenor literal se desprendería que exige culpa o dolo del anunciante, presupuesto que han admitido algunas sentencias recientes, pues señalan que la expresión “engañosa” pa-

<sup>40</sup> Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6746/>. En la misma dirección FERNÁNDEZ (2003) p. 55 e ISLER (2013) p. 724.

<sup>41</sup> CIPP (2019) p. 14.

reciere exigir algún tipo de reproche subjetivo al anunciante, ya sea como “conciencia del engaño” o, al menos, un importante grado de indolencia o descuido al realizarla<sup>42</sup>.

Sin embargo, no nos parece un argumento acertado en atención a diversas consideraciones. En primer lugar, porque el tenor de la LPC y sus antecedentes legislativos revelan que la protección al consumidor ha sido diseñada con base en la sanción de contravenciones<sup>43</sup>, lo que explica la expresión “comete infracción a las disposiciones de esta ley” contenida en el artículo 28. Pero de allí no se sigue que el reproche –ya sea en términos de dolo o culpa– resulte necesario para que se configure cualquier supuesto de publicidad engañosa. De hecho, los artículos 17L, 28A y 33 prescinden de este. Sí, en cambio –como se verá más adelante– resulta determinante para que tenga lugar algunas de las eventuales consecuencias de la publicidad engañosa, como la responsabilidad civil.

En segundo lugar, porque resulta perfectamente posible imaginar un caso en el que sin que haya un reproche subjetivo al anunciante exista un supuesto de publicidad que induzca a error o engaño. Piénsese en aquellos casos en que las emisiones publicitarias sean falsas o en que ellas hayan incurrido en errores considerables que ameriten una rectificación ¿Resulta lógico asumir que para solicitar la suspensión publicitaria y la publicidad correctiva se requiera **dolo** o **culpa** del anunciante? La respuesta es, por supuesto que no. La publicidad induce a error o engaño y esa es una razón suficiente para suspenderla si puede seguir haciéndolo o rectificarla si es que eso aparece como posible.

Por otra parte, una mirada al derecho comparado muestra que el reproche subjetivo no resulta necesario para concebir la publicidad como engañosa. En tal sentido destaca la definición del artículo 2.2 de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa, que indica: “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”<sup>44</sup>.

Algo semejante parece suceder en Latinoamérica tratándose de codificaciones a las que hemos aludido más arriba. En tal sentido destaca el artículo 37.1 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, pues dispone que “es engañosa cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa o de cualquier modo, incluso por omisión que sea capaz de inducir a error al consumidor, respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedad, origen, precio y cualquier otro dato sobre productos y servicios”.

En una dirección similar se encuentra el artículo 3 del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano que prescribe que “está prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto de la natu-

<sup>42</sup> VIÑAMBRES DE LA FUENTE CON FALABELLA (2015), CORTÉS RIQUELME CON BAZAYA CHILE LTDA. (2017). y HURTADO NIDO CON AEROPOST CHILE S.A. (2018).

<sup>43</sup> GUERRERO (2008) p. 433.

<sup>44</sup> Véase también el artículo 6.1 de la Directiva 2005/29/CE antes referido.

raleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos”.

Otro tanto acontece con el artículo 1101 letra c.) del Código Civil y Comercial argentino, pues dispone que está prohibida la publicidad que “contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio” y en el artículo 37.3 del Código brasileiro que como ya ha quedado dicho contempla la publicidad engañosa por omisión, entendiendo que ella se configura “cuando deja de informar sobre datos esenciales del producto o servicio”.

En tercer lugar, abogamos por la neutralidad de la publicidad engañosa en virtud de un argumento finalista: el objetivo que persigue la LPC a través de su regulación es tutelar la libertad de elección del consumidor, su derecho a una información veraz y oportuna y a la seguridad en el consumo, así como la transparencia del mercado<sup>45</sup> y para afectar tales bienes jurídicos basta la sola inducción a error o engaño.

Pues bien, de todo lo dicho hasta acá es posible definir la publicidad engañosa como aquella falsa o que aun siendo veraz induzca o pueda inducir a error o engaño a los consumidores a través de una acción, omisión o acto de confusión respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedad, origen, precio y cualquier otro dato relevante o esencial del producto o servicio que puede afectar su comportamiento económico.

#### IV. LOS EFECTOS DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

En el ámbito nacional el incumplimiento contractual es un requisito común de los remedios del acreedor; sin embargo, no todo incumplimiento permite acudir a cualquiera de ellos. Así, por ejemplo, un incumplimiento insignificante no permite resolver el contrato<sup>46</sup>, solicitar el cumplimiento si concurre alguno de sus límites<sup>47</sup> o requerir la indemnización si no ha causado daños.

*Mutatis mutandis* con la publicidad engañosa. Cualquiera de sus efectos exige la existencia de publicidad que induzca a error o engaño. Sin embargo, no toda publicidad que induzca a error o engaño produce cualquiera de los efectos de la publicidad engañosa.

Con esta idea en mente examinaremos los efectos que puede producir la publicidad engañosa a partir de una revisión de la LPC, prescindiendo de aquellos no contenidos en ella como acontece con la nulidad relativa. Con pretensiones más programáticas que monográficas mostraremos a propósito de cada efecto no solo en qué consiste sino que, además, cuál es su **supuesto de hecho**. Tales son, como lo deslizamos con antelación, la suspensión de la emisión publicitaria, la publicidad correctiva, la responsabilidad civil e infraccional y la integración publicitaria y se encuentran consagrados, según el caso, en los artículos 31, 50 inciso primero, 24, 1 N° 4 y 28 de la LPC.

<sup>45</sup> En igual sentido, MICKLITZ (2014) p. 77 a propósito de la finalidad que persigue la regulación de la publicidad engañosa.

<sup>46</sup> Por todos, MEJÍAS (2011) pp. 11 y ss.

<sup>47</sup> Una síntesis en BAHAMONDES (2018) pp. 177-235.

Excluimos, sin embargo, el análisis de la responsabilidad infraccional por dos motivos. En primer lugar porque su supuesto de hecho contenido en el artículo 24 ha sido profusamente examinado entre nosotros, cual es, la infracción de la LPC<sup>48</sup>. En segundo lugar, dado que su tenor literal no presenta inconveniente alguno y contempla como efecto una multa infraccional de hasta 1.500 UTM, a menos que la publicidad incida en las cualidades de productos o servicios que afectan la salud o seguridad de la población o el medio ambiente, hipótesis en la que puede ascender hasta 2.250 UTM, pudiendo atenuarse o agravarse según concurran o no las causales consignadas en dicho precepto.

#### 1. LA SUSPENSIÓN DE LA EMISIÓN PUBLICITARIA

Este efecto constituye una medida cautelar o un mecanismo de tutela preventivo del daño cuyo propósito es obtener la cesación de la publicidad engañosa para evitar que la inducción a error o engaño a través del mensaje publicitario continúe.

Previsto hace más de una década por la Comunidad Económica Europea en la Directiva 2009/22, en el artículo 32.2 de la Ley 3/1991 española de Competencia Desleal y recientemente en el artículo 1102 del Código Civil, se encuentra disciplinado en la primera parte del inciso primero del artículo 31 de la LPC a propósito de la publicidad **falsa**, pero como ha quedado demostrado en las líneas precedentes, se trata de una noción que puede **subsumirse** en la publicidad engañosa, de modo que también le resulta aplicable a ella<sup>49</sup>.

Por lo que toca al supuesto de hecho el mínimo común denominador de cualquiera de los efectos es la publicidad engañosa, lo que interesa considerar aquí es qué se añade en cada efecto particular. Tratándose de la suspensión publicitaria se exige **gravedad** de los hechos, requisito que, como ha precisado la profesora Erika Isler<sup>50</sup>, evidencia que el legislador busca proteger bienes jurídicos de **orden público** como la amenaza a la salud o seguridad de la población, pudiendo afectarse incluso intereses jurídicos de carácter difuso y general. De allí que el precepto faculte al juez para declararla de oficio, sin perjuicio de contemplar la posibilidad que la requiera el Servicio Nacional del Consumidor o la parte interesada.

Pero nada obsta a que esta medida se solicite al anunciante sin iniciar juicio o proceso publicitario, caso en el cual estaremos ante una cesación voluntaria, pudiendo acompañarse de la publicación total o parcial de la sentencia a costa del anunciante<sup>51</sup>. Con todo, la suspensión o cesación debe referirse exclusivamente a la publicidad que haya sido objeto del proceso correspondiente, sea que se trate de la totalidad de la campaña o anuncios concretos sin que pueda extenderse al resto de la actividad del anunciante.

No se requiere, entonces, para que proceda la suspensión publicitaria que la publicidad engañosa produzca efectivamente un daño –pues ella se configura por el solo **riesgo** o **potencialidad de inducir a error o engaño**–, sino que es necesario –aunque el artículo 31 no lo indique– que tal publicidad haga previsible “la producción de un daño, su continuación o simplemente su agravamiento”, toda vez que se trata de un mecanismo preventivo o cautelar.

<sup>48</sup> Por todos, GUERRERO (2013) pp. 591-603.

<sup>49</sup> En igual sentido ISLER (2013) p. 724.

<sup>50</sup> ISLER (2013) p. 722.

<sup>51</sup> SANTAELLA (2003) p. 267.

Por consiguiente, no solo podrán solicitar la cesación o suspensión de la publicidad los consumidores afectados sino también aquellos que acrediten “un interés razonable en la prevención del daño”. Miradas las cosas desde esta perspectiva, si una empresa detecta que su competidora ha realizado publicidad engañosa podrá impetrar la acción de cesación, toda vez que su “interés razonable” estaría determinado por la actuación de su competidora y, además, por la protección de los intereses de los consumidores a quienes va dirigida la oferta de bienes y servicios de estos<sup>52</sup>.

Con todo, si bien se trata de una medida cautelar que también contempla el artículo 5 de nuestra Ley de Competencia Desleal que confluye con el 31 inciso primero de la LPC cuando la publicidad desleal deviene en engañosa, no constituye la acción más eficiente para erradicar los efectos de dicha publicidad si el error o engaño ha causado un profundo impacto en los consumidores o sus efectos han persistido durante un largo tiempo, dado que no logra erradicarlos.

## 2. LA PUBLICIDAD CORRECTIVA

Este segundo efecto constituye una figura propia del derecho norteamericano (*corrective advertising*) –recogida, entre otras, por la legislación española, francesa y argentina<sup>53</sup>– que nace como consecuencia de la labor de la *Federal Trade Commission* de pesquisar las prácticas restrictivas de la leal y libre competencia y combatir las prácticas engañosas dirigidas a los consumidores<sup>54</sup>, deviniendo en el remedio más eficaz para remitir los efectos de la publicidad engañosa<sup>55</sup>.

Y es que la cesación publicitaria no produce ningún efecto sobre las falsas concepciones alojadas por la publicidad engañosa en los consumidores y la publicación de la sentencia condenatoria –atendido su lenguaje técnico– no es enteramente perceptible por el público, a diferencia de la publicidad correctiva que exige difundir nuevos mensajes que materialmente corrijan los anteriores. Expresado de otra forma: esta última es capaz de eliminar de una manera más radical los efectos engañosos que subsisten en la mente de los consumidores, toda vez que emplea un lenguaje coloquial fácilmente comprensible por ellos<sup>56</sup>.

Nuestra LPC la regula en la segunda parte del inciso primero del artículo 31 como una **difusión publicitaria** –no como rectificación voluntaria– dado que se activa por una denuncia, de modo que no existe acuerdo entre el solicitante de la rectificación y el anunciante. Y, en consonancia con la finalidad que hemos descrito, tiene por propósito que el

<sup>52</sup> CHAMATROPULOS (2019) p. 450.

<sup>53</sup> En tal sentido destacan el artículo 32.4 de la Ley de Competencia Desleal Española –pues la publicidad engañosa se considera un acto de competencia desleal– que contempla la “acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas” y el 32.2 que alude a la “declaración rectificatoria” ordenada por el tribunal competente; el artículo L132-4 del Código de Consumo francés y el 1102 del Código Civil y Comercial argentino que se refiere a la “publicación de anuncios rectificatorios”.

<sup>54</sup> Fue solicitada por primera vez en mayo de 1970 por una asociación de estudiantes de derecho que interpuso una acción en contra *Campbell Soup Company* cuyos anuncios hacía creer que sus sopas contenían sólidos y nutritivos componentes. Un análisis en MAZIS y JANICE (1976) pp. 178-183.

<sup>55</sup> Un detenido análisis en el *Common law*, DARKE y otros (2008) pp. 81-97 y en el Derecho europeo en VÁSQUEZ (1992) pp. 924-938.

<sup>56</sup> VÁSQUEZ (1992) pp. 930, 931, 934 y 935.



anunciante enmiende **errores o falsedades** dentro del plazo fatal de 10 días hábiles, pudiendo el tribunal requerirlo para que proceda a su propia costa. Dicho precepto no indica sus requisitos de procedencia<sup>57</sup>, pero como lo ha precisado PITOFESKY<sup>58</sup> es evidente que para que ella se configure deben concurrir al menos los siguientes: i) falsedad o engaño del mensaje publicitario, ii) constancia que un considerable número de adquisiciones o prestaciones del producto o servicio se debieron a la influencia del falso mensaje, (iii) subsistencia de los efectos del engaño con el uso del producto o servicio por los consumidores y (iv) persistencia de los efectos ilícitamente creados, incluso después de la orden de la cesación de la respectiva campaña publicitaria.

El referido inciso solo señala que la publicidad correctiva debe ser “la apropiada” sin que el legislador especifique qué se entiende por tal ni cómo debe efectuarse. Lo cierto es que, aunque no lo precise, debe realizarse por el anunciante **antes de la celebración del contrato** en el mismo medio en que se realizó la publicidad insertando, por ejemplo, un anuncio en la página web, un cartel explicativo en la tienda o una publicación del error en el periódico, ya que así se modifica la declaración original, evidenciando el error y destruyendo la **confianza del consumidor** y las legítimas expectativas creadas por aquella<sup>59</sup>. Sin embargo, nada obsta a que se utilice un soporte distinto y que ella se efectúe por un sujeto diverso comisionado al efecto con tal que logre el mismo objetivo<sup>60</sup>.

Como se advierte, tratándose de la publicidad correctiva, no existe en la LPC un elemento **específico** que se agregue al supuesto de hecho “inducción a error o a engaño”. Pero su particularidad radica en que, al igual que la suspensión publicitaria, no constituye una comunicación publicitaria, toda vez que no promueve contratación alguna sino que está destinada a frustrarla. Se trata, en síntesis, como señala Santaella, de una “**antipublicidad**” cuya finalidad será reparar los efectos de la publicidad engañosa, debiendo precisar el tribunal ante el que se efectuó la respectiva denuncia el contenido, la forma y los medios de difusión en que se realizará la corrección<sup>61</sup>.

### 3. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

El tercer efecto que puede derivarse de la publicidad engañosa es la indemnización de los daños ocasionados por ella, a partir de lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 50 de la LPC que se refiere a las consecuencias derivadas del incumplimiento de las normas de dicha ley. Pero, aunque tal precepto no existiera igualmente ella procedería si causa daño al consumidor, sea porque se ha celebrado un contrato o en ausencia de este, pues en el primer caso resultan aplicables los artículos 1556 y 1558 del Código Civil que modulan la in-

<sup>57</sup> Un fenómeno similar se advierte en la Ley de Competencia desleal española, a diferencia de lo que ocurría con el antiguo artículo 31 d) de la Ley General de Publicidad Española que exigía como requisitos para que el juez pudiera ordenar la publicidad correctora la gravedad del caso y la idoneidad de la medida a imponer para reparar los efectos de la publicidad ilícita.

<sup>58</sup> Por todos PITOFESKY (1977) pp. 696-697.

<sup>59</sup> COLÁS (2013) p. 396 y DE LA MAZA (2013b) pp. 442-453.

<sup>60</sup> MORALES (2006b) p. 274 y MARÍN (2014) p. 823.

<sup>61</sup> SANTAELLA (2003) p. 68.

demnización en sede contractual y en el segundo el artículo 2314 y siguientes que disciplina la indemnización extracontractual y que resultan aplicables a la precontractual<sup>62</sup>.

Por lo que toca al supuesto de hecho, sin duda, como cualquier indemnización, requiere daños. La pregunta que surge es si requiere de imputación subjetiva, es decir, si exige culpa o dolo del anunciante. Si bien sería deseable que se tratara de un régimen de responsabilidad objetiva, como acontece en el derecho argentino o colombiano<sup>63</sup>, el artículo 23 de la LPC y algunas sentencias que se han pronunciado sobre el tenor literal de este último parecen sugerir lo contrario.

En lo que respecta a dicho artículo, este dispone que “comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, **actuando con negligencia**, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”. A este se agrega el artículo 41 de la LPC en que el legislador considera de forma separada los remedios propios de la garantía legal (de carácter objetivo) y de la acción de daños (de carácter subjetivo), tratamiento que obedece al carácter objetivo excepcional de la garantía, a diferencia de lo que ocurre tratándose del daño en que se vuelve al régimen general de la responsabilidad, cual es, el subjetivo.

Por su parte, el profesor Jorge Barona ha sostenido que puede reconocerse otra acción derivada del menoscabo causado al deudor por fallas del bien comprado o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio, caso en el que se exige “**un especial factor de imputación, cual es que el proveedor haya actuado con negligencia**”<sup>64</sup>.

En lo que concierne a la opinión de los tribunales destaca, entre otras, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1 de julio de 2016, que en su considerando primero indica: “(...) el sistema de responsabilidad de la Ley sobre Protección a los Derechos a los Consumidores se construye, en lo que interesa a este proceso, sobre la base de que sea posible imputar al menos culpa al proveedor de un bien o servicio. El criterio de **imputación mínimo**, por consiguiente, es la **negligencia, la culpa o la imprudencia**, de modo que la sanción y la indemnización de los perjuicios causados será procedente únicamente en tanto el resultado dañoso, el menoscabo del consumidor en las palabras de la ley, sea efecto de un acto al menos culposo del proveedor que objetivamente sea su causa”<sup>65</sup>.

Miradas las cosas desde esta perspectiva, el supuesto de hecho de la indemnización de daños no sería distinto de aquel previsto en la LPC para otras infracciones, deviniendo

<sup>62</sup> Sobre la diferente naturaleza de tal indemnización LÓPEZ (2018) pp. 195-210 y LÓPEZ (2021) pp. 286-288.

<sup>63</sup> Es el caso del artículo 30 del Estatuto del Consumidor Colombiano (Ley 1480 de 2011) que dispone que “en los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados”. Otro tanto acontece en el artículo 40 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor argentina de 1993 que en lo que concierne a la responsabilidad por daños indica que “solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

<sup>64</sup> BARAONA (2014) p. 399. No ocurre lo mismo en RODRÍGUEZ (2014) pp. 791-823 y BARRIENTOS (2019) pp. 191-195 que no se han pronunciado sobre este tópico.

<sup>65</sup> *NO SE CONSIGNA CON BANCO ITAÚ* (2016). En igual sentido *NO SE CONSIGNA CON ARCOS DORADOS RESTAURANTES DE CHILE LIMITADA* (2016) y *NO SE CONSIGNA CON CONSTRUCTORA Y ADMINISTRADORA UNO S.A* (2016).

el **daño** y la **imputabilidad subjetiva** en elementos particulares que se añaden al supuesto de hecho de la publicidad engañosa respecto de las otras consecuencias jurídicas derivadas de aquella.

#### 4. LA INTEGRACIÓN PUBLICITARIA

Resulta indiscutido que la suspensión de la emisión publicitaria, la publicidad correctiva y la indemnización de daños constituyen efectos de la publicidad engañosa, pues los artículos 31 y 50 de la LPC así lo evidencian. La interrogante que surge es por qué la integración publicitaria revestiría tal carácter si parece no contemplarse dentro de las normas generales que disciplinan las consecuencias de la infracción de la LPC ni en aquellas particulares relativas a la publicidad falsa o engañosa.

Y la respuesta, a nuestro juicio, puede encontrarse en la misma LPC. En efecto, de un lado, el inciso segundo del referido artículo 50, además de referirse a la cesación del acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores y a la indemnización de daños, alude a obtener “la prestación de la obligación incumplida” o a “la “reparación que corresponda”, medios de tutela que se activan como consecuencia de la incorporación de la publicidad al contrato, toda vez que ella determina una falta de conformidad entre lo publicitado y lo entregado. Por consiguiente, dicho precepto se estaría refiriendo **oblicuamente** a ella como un efecto o consecuencia de la vulneración de la LPC. De otro, según se desprende del artículo 1 N° 4 que define publicidad y del artículo 28 que especifica las condiciones objetivas que se integran al contrato, la integración publicitaria puede operar frente a la existencia de un mensaje publicitario que induzca a error o engaño. Así las cosas, en tal caso, la publicidad engañosa devendrá en el **presupuesto** de tal integración, de modo que esta última puede constituir uno de sus efectos.

Cuestión distinta es que además se requiera que el mensaje sea **objetivo** o **informativo**, el destinatario haya conocido la publicidad, esta fuera determinante en su decisión de contratar y confiara **razonablemente** en ella<sup>66</sup>, dado que todos esos requisitos se predicán de la publicidad engañosa. A ellos se agrega que tratándose de la integración no se requiere la negligencia o la intención de engañar del anunciante, pues se trata de un **efecto legal** que este no puede evitar, aduciendo que ella tiene un mero valor indicativo<sup>67</sup>. Sin embargo, como opera en beneficio del consumidor esta no procede si el contrato prevé condiciones más beneficiosas que la publicidad –salvo que el emisor acredite el consentimiento del consumidor previamente informado o la existencia de un abuso de este<sup>68</sup>– ni en el evento en que el proveedor no hubiera influido en la decisión del consumidor –lo que acontece si este último no hubiera conocido la declaración publicitaria e igualmente hubiera celebrado el contrato<sup>69</sup>–, constituyendo ambos supuestos **límites a la integración publicitaria**.

<sup>66</sup> DE LA MAZA (2013b) pp. 448-453.

<sup>67</sup> MARÍN (2014) p. 822.

<sup>68</sup> ZUBERO (2017) p. 178. Entre nosotros Iser lo sustenta en una interpretación amplia de los artículos 1 N° 4, 3, 12 y 20 de la LPC, en el principio *pro consumidor* y en la Circular N° 2.123 de la Superintendencia de Valores y Seguros. ISLER (2019b) pp. 273-274.

<sup>69</sup> Ambos límites en MORALES (2006b) pp. 271, 273 y 275, CAMACHO (2012) pp. 284-306 y MARÍN (2014) pp. 822-823.

Pues bien, en lo que aquí interesa, el elemento particular que se añade al supuesto de hecho “inducción a error o engaño” es –a diferencia de la suspensión de la emisión publicitaria, la publicidad correctiva y la indemnización de daños– la existencia de un **contrato**, pues solo si este se celebra se podrá incorporar el contenido del mensaje publicitario en él y configurar una falta de conformidad que active los medios de tutela por incumplimiento en favor del consumidor.

## CONCLUSIONES

De lo indicado en los párrafos precedentes es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1° La regulación de la publicidad engañosa en la LPC resulta defectuosa, pues ella no la define, en ocasiones la equipara a la publicidad falsa y en otras prescinde de tal sinonimia, no contempla un supuesto de hecho que se agote en el artículo 28 entrando incluso en contradicción con los artículos 17L y 33 ni prevé una ordenación de los medios de tutela que se activan ante su acaecimiento.

2° Tales falencias evidencian la necesidad de intentar una sistematización del tratamiento de la publicidad engañosa en la LPC, formulando una noción de ella que permita armonizar los preceptos antes referidos y precisando en qué supuesto se configura y cuáles son sus consecuencias, pues de lo contrario el propósito perseguido por el legislador al incorporarla a la LPC, cual es tutelar al consumidor, se desvanece.

3° Una interpretación armónica de tales artículos revela que, así como acontece en el moderno derecho de contratos con el incumplimiento, nos encontramos ante una *noción amplia* –pues se configura frente a la sola aptitud del mensaje publicitario para inducir a error o a engaño al destinatario– y *neutra*, toda vez que no requiere de la imputabilidad subjetiva del anunciante, constatación que nos permite identificar como supuesto de hecho la sola inducción a error o a engaño, tutelando más adecuadamente al consumidor frente a su acaecimiento.

4° En torno a dicho supuesto de hecho se articulan diversos medios de tutela que se configuran, según el caso, a partir de elementos que se añaden a este y cuya ordenación permite ilustrar al consumidor la procedencia de cada uno de ellos y, por consiguiente, el alcance de la tutela que le dispensa la LPC ante la publicidad engañosa. Tratándose de la suspensión publicitaria se advierte la gravedad de los hechos denunciados; respecto de la indemnización el daño y la imputabilidad subjetiva del anunciante; y, a propósito de la integración publicitaria, la celebración de un contrato en razón de la publicidad engañosa.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2018): *El cumplimiento específico de los contratos* (Santiago, Ediciones DER).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014): “La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2: pp. 381-408.

- BAROCELLI, Sergio Sebastián (2018). “Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables”, en BAROCELLI, Sergio Sebastián (dir.), *Consumidores Hipervulnerables* (Buenos Aires, El Derecho) pp. 9-32.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2019): *Lecciones de derecho del consumidor* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- CAMACHO PEREIRA, Consuelo (2012): *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. Integración de la publicidad en el contrato* (Pamplona, Aranzadi).
- CHAMATROPULOS, Demetrio (2019): *Estatuto del Consumidor Comentado*. Tomo I (Buenos Aires, La Ley).
- COLÁS ESCALDÓN, Ana María (2013). “El error de precio en el etiquetado de bienes expuestos para compra”, en CARRASCO, Ángel (dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*. Tomo I (Navarra, Editorial Thomson Aranzadi) pp. 389-399.
- DARKE, Peter R., y otros (2008): “Damage from Corrective Advertising: Causes and Cures”, *Journal of Marketing*, Vol. 72, N° 6: pp. 81-97.
- DE LA MAZA, Iñigo (2012): “La ley 20.555: oportunidad y pulcritud”, en EL MERCURIO LEGAL (09/07/2012). Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/07/09/La-ley-20555-oportunidad-y-pulcritud.aspx>. Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2020.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013a): “Artículo 28”, en DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO, Carlos (edits.), BARRIENTOS, Francisca, (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 653-671.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013b): “La integración de la publicidad en el contrato”, en DOMÍNGUEZ, Carmen; GONZÁLEZ, Joel; BARRIENTOS, Marcelo y GOLDENBERG, Juan Luís (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, LegalPublishing) pp. 439-453.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2014): “La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestas en la cosa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLIII: pp. 117-159.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2015): “La integración publicitaria y la publicidad engañosa como supuesto de error provocado”, en BARRÍA, Manuel; CAPRILE, Bruno; DIEZ, José Luís; DOMÍNGUEZ, Carmen; PIZARRO, Carlos y TAPIA, Mauricio (edits.), *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 551-571.
- DE LA MAZA, Iñigo, PIZARRO, Carlos y VIDAL, Álvaro (2017): *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales* (Madrid, Boletín Oficial del Estado).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018): *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2021): “La publicidad errónea: ¿un problema de excusabilidad del proveedor o de Reconocibilidad del consumidor?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 36, en prensa.
- FELIÚ REY, Manuel Ignacio y BENDITO CAÑIZARES, María Teresa (1989): “Consideraciones acerca de la publicidad engañosa”, *Actualidad Civil*, N° 3: pp. 3621-3630.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Fernando (2013): “Artículo 17L” en DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, CARLOS (edits.), Francisca BARRIENTOS (coord.). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 504-512.
- FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (2003): *Manual de Derecho chileno de Protección del Consumidor* (Santiago, LexisNexis).
- FUEYO LANERI, Fernando (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Santiago, Editorial jurídica de Chile, tercera edición).
- GUERRERO BECAR, José Luís (2008): “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor”, en GUZMÁN, Alejandro (ed.), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 433-455.
- GUERRERO BECAR, José Luís (2013): “Artículo 24” en DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, CARLOS (edits.), Francisca BARRIENTOS (coord.). *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 591-603.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2020): “El sobreendeudamiento y los paradigmas del consumidor financiero responsable y del proveedor financiero profesional”, *Revista Ius et Praxis*, Año 26 N° 1: pp. 1-27.
- GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián (2019): *Daño moral en el Derecho del consumidor* (Santiago, Ediciones DER).
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores (2016): *Consumidor vulnerable* (Madrid, Editorial Reus).
- HUALDE MANSO, Teresa (2016): “Consumidor medio y consumidor vulnerable” en HUALDE, Teresa (ed.), *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo* (Madrid, Editorial Dykinson) pp. 11-54.
- ISLER SOTO, Erika (2011): “La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIV, N° 2: pp. 65-89.
- ISLER SOTO, Erika (2010): “Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor”, *Ars Boni et Aequi*, Vol. 6, N° 1: 125-145.
- ISLER SOTO, Erika (2013): “Artículo 31” en DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos (edits.), BARRIENTOS, Francisca, (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 721-731.
- ISLER SOTO, Erika (2019a): “La publicidad falsa o engañosa: una manifestación actual del dolo”, en VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte General. Tomo 1*, (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago) pp. 180-181.

- ISLER SOTO, Erika (2019b): “La vinculación de la publicidad al contrato: integración y derogación” en CÉSPEDES, Carlos (dir.), *Temas actuales de Derecho Patrimonial* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 261-277.
- ISLER SOTO, Erika (2020). “Acerca del reconocimiento de los consumidores hipervulnerables”, en VÁSQUEZ, María Fernanda (dir.), *Estudios de Derecho Comercial, X Jornadas Nacionales de Derecho Comercial* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) pp. 197-214.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2017): “La tutela precontractual y contractual del acreedor en el código civil chileno: dos sistemas estructuralmente diversos, pero, ¿plenamente coherentes y convergentes?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 29: pp. 9-98.
- LÓPEZ, Patricia (2018): “Publicidad Engañosa. Indemnización de daños. Concurrencia de responsabilidad civil. Opción de responsabilidades. Responsabilidad Extracontractual. Corte Suprema, 18 de enero de 2018, rol 73907-2016. Cita en línea VLEX-701344085”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30: pp. 195-210.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2020a). “Los consumidores hipervulnerables: ¿una categoría dogmática necesaria?”, *EL MERCURIO LEGAL* (30/11/2020). Disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2020/11/30/los-consumidores-hipervulnerables-una-categoria-dogmatica-necesaria.aspx>. Fecha de consulta: 30 de diciembre de 2020.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2020b). “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Año 26, N° 3: pp. 23-44.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2021). “Las perspectivas de tutela aplicables ante la publicidad engañosa en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado (U. Externado Colombia)*, N° 40: pp. 273-308.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2014). “La formación del contrato con consumidores” en PARRA, MARÍA (dir.), *Negociación y perfección de los contratos* (Navarra, Editorial Aranzadi) pp. 789-848.
- MAZIS, Michael B., y JANICE E., Adkinson (1976): “An Experimental Evaluation of a Proposed Corrective Advertising Remedy”, *Journal of Marketing Research*, vol. 13, N° 2: pp. 178-183.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2008). “El incumplimiento contractual y sus modalidades”, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Editorial LexisNexis) pp. 459-478.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia (2011): *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006a): “Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el Art. 8 de la LGCU)”, en MORALES, Antonio, *La modernización del derecho de obligaciones* (Navarra, Editorial Thomson Civitas) pp. 223-256.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006b): *Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una propuesta de Directiva)*, en MORALES, Antonio, *La modernización del derecho de obligaciones* (Navarra, Editorial Thomson Civitas) pp. 257-287.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2010): *Incumplimiento de contrato y lucro cesante* (Navarra, Editorial Thomson Civitas).

- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2016): *Claves de la modernización del Derecho de Contratos* (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez).
- PITOFKY, Robert (1977): “Beyond Nader: Consumer Protection and the Regulation of Advertising”, *Harvard Law Review*, Vol. 90, N° 4: pp. 661-701.
- REISCH, Lucia A. y ZHAO, Min (2017) “Behavioral economics, consumer behavior and consumer policy: state of the art”, *Behavioural Policy*, Vol. 1, N° 2: pp. 190-206.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2014): “Responsabilidad por incumplimiento de contratos de servicios. La responsabilidad del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 3: pp. 791-823.
- SANTAELLA LÓPEZ, Manuel (2003): *Derecho de la Publicidad* (Madrid, Editorial Civitas).
- SCHAUER, F. (2004): *Las reglas del juego* (trads. C. Orunesu y J. Rodríguez, Barcelona, Marcial Pons).
- MICKLITZ, Hans-W. (2014): “Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising”, en REICH, Norbert y otros, *European Consumer Law* (Cambridge, Intersentia) pp. 96-104.
- VÁSQUEZ CUETO, José Carlos (1992): “La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la ley general de publicidad”, *Revista La Ley*, N° 2: pp. 923-938.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007): “Cumplimiento e Incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1: pp. 41-59
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara (2017): *Las declaraciones publicitarias en la contratación* (Valencia, Tirant lo Blanch).

## JURISPRUDENCIA CITADA

- NESTLÉ CHILE S.A. CON MASTERFOOD CHILE LTDA.* (2004): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 20 de diciembre de 2004, en <https://librecompetencia.inciso.cl/sen/S-012.pdf>, Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2020.
- BUVINIC CON COMPLEJO TURÍSTICO MARBELLA* (2012): Corte Suprema, 7 de marzo de 2012 (recurso de casación en el fondo) en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), N° VLEX 436205678, Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2020.
- SOPROLE CON SURLAT* (2012): CONAR, 22 de octubre de 2012, en <https://www.conar.cl/wp-content/uploads/2018/07/Jurisprudencia-2012.pdf>, Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2020.
- AMPUERO CON CASTILLO* (2013): Corte Suprema, 28 de enero de 2013 (recurso de casación en el fondo) en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), N° VLEX 436085274, Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2020.
- VIÑAMBRES DE LA FUENTE CON FALABELLA* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2015 (recurso de apelación), en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), VLEX 581910226, Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2020.
- MORENO CON BANCO SANTANDER* (2015), 26 de agosto de 2015 (recurso de casación en el fondo) en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), N° VLEX 581273330. Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2020.



- NO SE CONSIGNA CON CONSTRUCTORA Y ADMINISTRADORA UNO S.A.* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago de 15 de marzo de 2016 (recurso de apelación), en <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/1751-2015/WW/vid/647774613>, Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2020.
- NO SE CONSIGNA CON BANCO ITAÚ* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, de 1 de julio de 2016 (recurso de apelación) en <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/523-2016/p5/WW/vid/646917081>, Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2020.
- NO SE CONSIGNA CON ARCOS DORADOS RESTAURANTES DE CHILE LIMITADA* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de agosto de 2016 (recurso de apelación), en [https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/748%2F2016/by\\_date/p3/WW/vid/646240917](https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:CL/748%2F2016/by_date/p3/WW/vid/646240917), Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2020.
- CORTÉS RIQUELME CON BAZAYA CHILE LTDA.* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de julio de 2017 (recurso de apelación), en [www.legalpublishing.cl](http://www.legalpublishing.cl) CL/JUR/4956/2017, Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2020.
- HURTADO NIDO CON AEROPOST CHILE S.A.* (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de mayo de 2018 (recurso de apelación), en [www.vlex.com](http://www.vlex.com), VLEX 727339937, Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2020.



# SOBRE EL CONTENIDO DE INJUSTO DE LA PREVARICACIÓN JUDICIAL

## *ON THE CONTENT OF WRONGFULNESS OF JUDICIAL MISCONDUCT*

LUIS EMILIO ROJAS A.\*

**RESUMEN:** Una aproximación a los tipos de prevaricación judicial exige revisar el baremo desde el cual se determina su contenido de injusto. Tradicionalmente, la cuestión se ha debatido entre la teoría objetiva y la subjetiva acerca de la prevaricación. Sin embargo, la teoría objetiva parte ingenuamente de la existencia de preceptos jurídicos inequívocos, mientras que la subjetiva supone que se llega al derecho mediante la sola convicción del juez. A partir de una exploración en los elementos de una decisión judicial correcta, el trabajo plantea que la prevaricación supone una decisión judicial insostenible que a su vez conlleva una subsunción incorrecta.

**Palabras clave:** Prevaricación, decisión judicial, corrección, insostenibilidad.

**ABSTRACT:** An approximation to the crimes of judicial misconduct requires reviewing the scale from which illicitness is determined. Traditionally, the question has been debated between objective and subjective theory of misconduct. While the objective theory naively starts from the existence of unequivocal legal precepts, the subjective theory supposes that the law is established through the sole conviction of the judge. Based on an exploration of the elements of a correct judicial decision, the work proposes that misconduct supposes an unjustifiable judicial decision that in turn entails an incorrect subsumption.

**Keywords:** Judicial misconduct, judicial decision, correction, unjustifiable decision.

### I. SOBRE LA POSIBILIDAD DE LA PREVARICACIÓN JUDICIAL

El contexto de surgimiento de las diversas normas sobre prevaricación judicial se encuentra marcado por la pretensión ínsita a un Estado de Derecho en orden a someter la función judicial a límites estrictos. En nuestra tradición jurídica, tal intención se plasma ya en el texto de la Constitución de 1822 mediante la consagración del principio de responsabilidad de los jueces –art. 201 y art. 205, principio que alcanza una formulación sintética en el art. 111 de la carta fundamental de 1833<sup>1</sup> y cuyo tenor se mantiene casi idéntico en

---

\* LL.M. y Doctor por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Alberto Hurtado. El presente trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt regular N. 1180596, cuyo investigador responsable es el autor y quien agradece la imprescindible colaboración brindada por el Mg. Claudio Quintana y el licenciado Juan Ignacio Cuitiño; asimismo, el autor agradece las observaciones críticas formuladas al borrador del presente trabajo por los profesores Dra. Flavia Carbonell y Dr. Héctor Hernández con motivo de un *workshop* sobre “decisión judicial y error” desarrollado en septiembre 2020.

<sup>1</sup> Art. 111. Los jueces son personalmente responsables por los crímenes de cohecho, falta de observancia de las leyes que reglan el proceso, i en jeneral por toda prevaricación o torcida administración de justicia. La lei determinará los casos i el modo de hacer efectiva esta responsabilidad.

las constituciones del siglo 20. Ese ímpetu puede explicar la regulación extremadamente casuística de la prevaricación en los artículos 223, 224 y 225 del Código Penal (CP) con la tipificación, en esa época, de nada menos que quince hipótesis repartidas en los diversos numerales de estos preceptos<sup>2</sup>. Cada una de ellas parece responder a la voluntad del legislador de someter al juez a uno u otro principio básico de la jurisdicción, como el de legalidad, probidad o jerarquía<sup>3</sup>. En medio de la siempre pujante demarcación entre legislación y jurisdicción, las normas sobre prevaricación judicial **propia** aspiran a cumplir una función peculiar. Se trata del art. 223 N. 1, del art. 224 N. 1 y N. 2 y del art. 225 N. 1 y N. 2 CP<sup>4</sup>. El texto de estas disposiciones pareciera expresar la doble intención del legislador en orden a sujetar al juez a las normas de derecho **material** extraídas a su vez de preceptos legales en el momento de fallar una causa civil o criminal –“ley expresa y vigente”– y, con antelación a ello, a las “leyes que reglan la substanciación de los juicios” civiles o penales, esto es, las normas de derecho **formal**. En clave de los principios rectores de la jurisdicción, tales normas suponen la voluntad de someter al juez al **principio de legalidad**, incluida la legalidad del proceso<sup>5</sup>. O, recurriendo a una expresión más plástica de Binding sobre la tarea propia del juez, parten de la premisa de que la legalidad es “su única profesión”<sup>6</sup>.

Esa pretensión del legislador, empero, supone una determinada visión acerca de la función jurisdiccional. Los tipos de prevaricación aparecen contruidos sobre la base de lo que puede llamarse un “paradigma clásico de decisión judicial”<sup>7</sup>. Esto es, un modelo que acota la tarea jurisdiccional a la función de **aplicar** el derecho vigente en un caso concreto<sup>8</sup>. Desde el punto de vista del razonamiento judicial, ese modelo se estructura en la forma del **silogismo** cuyo núcleo es la operación de **subsunción** del hecho comprobado bajo el supuesto descrito de modo abstracto por la norma general<sup>9</sup>. Sin embargo, esa concepción, tan antigua como el derecho moderno y después reforzada por el más puro positivismo jurídico<sup>10</sup>, se ha resquebrajado por tendencias desarrolladas simultáneamente a lo largo del siglo 20 tanto en el plano de la legislación como en el de la jurisdicción. En el suelo de la tradición jurídica continental, la legislación contemporánea ha tendido a abandonar el marco sistemático de la codificación para empezar a articularse en la forma de “leyes de medidas”

<sup>2</sup> Originalmente ubicado en el título sobre “delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución” y después trasladado bajo el título “de los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, el párrafo dedicado a la prevaricación fue objeto de discusión en las sesiones 35 de 5.5.1871, 49 de 21.7.1871, 150 de 6.06.1873 y 152 de 10.06.1873, de la COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873).

<sup>3</sup> Véase la notable y todavía vigente exposición de ACOSTA (1983) pp. 105 y ss.

<sup>4</sup> Por todos, OSSANDÓN y RODRÍGUEZ (2008) pp. 192 y ss., 208 y ss.; no obstante, estos autores desglosan los tipos del art. 224 N. 2 y del art. 225 N. 2 de la prevaricación judicial propia.

<sup>5</sup> En este sentido, ACOSTA (1983) pp. 115 y ss.

<sup>6</sup> BINDING (1905) t. 2, p. 554, invocando el art. 150 de la *Carolina*: se encuentra obligado (*bei seinem eydt und seiner seel seligkeyt schuldig*) a juzgar según su mejor comprensión con igualdad y justicia.

<sup>7</sup> CARACCILO (2011) pp. 2 y ss., en contraste con varios “paradigmas discrecionales”.

<sup>8</sup> En tanto los programas del derecho son siempre *condicionales* y jamás finales, LUHMANN (1993) pp. 195 y ss., pp. 187 y ss.

<sup>9</sup> Un formidable estudio de este modelo ofrece ENGLISH (1960) pp. 22 y ss.; después LARENZ y CANARIS (1995) pp. 91 y ss.; muy claro WEINBERGER (1988) pp. 187 y ss.

<sup>10</sup> HAVERKATE (1977) pp. 40 y ss.

y de “regulaciones orientadas a un fin”<sup>11</sup>. Y, paralelamente, en el plano de la jurisdicción la autocomprensión del juez se ha visto significativamente transformada a más tardar desde la época de la segunda postguerra<sup>12</sup>. Fue Josef Esser quien ya en 1970 hizo ver con mucha claridad que la decisión judicial no resulta meramente de una operación lógica, sino que se encuentra guiada por la **precomprensión** del juez acerca tanto de la premisa mayor como de la premisa menor. Según Esser, el juez busca la regla de derecho desde la confrontación **actual** con el caso, aproximación que le exige adelantar un **juicio** de valor tanto acerca de la adecuación de la consecuencia jurídica como de la solución justa del conflicto. Por su lado, la premisa menor no radica simplemente en un hecho, sino que se define por las **expectativas** de solución justa colocadas por las partes en el proceso. La decisión judicial, entonces, se funda en lo que ese inmenso jurista llama un proceso de “subsunción final”, en el sentido de que el juez realiza la operación de subsunción orientado teleológicamente por su propia precomprensión y valoración previa del caso<sup>13</sup>.

En este contexto de doble transformación en la comprensión tanto de la ley como de la propia jurisdicción, surge la pregunta por la posibilidad misma de la prevaricación judicial. Puesto que si, por un lado, estos tipos presuponen la vinculación del juez al derecho y, por el otro, la prevaricación se define por una decisión judicial que contraviene el derecho, entonces la posibilidad de realización de lo injusto de este delito dependerá tanto de la comprensión que se tenga previamente acerca de la norma jurídica como del modo en que se conciba la actividad de aplicarla en un caso concreto, es decir, del **paradigma** de decisión judicial. La forma en que este paradigma impregna la visión que se tiene de este delito se ve reflejada en la clásica disputa entre teoría objetiva y subjetiva de la prevaricación<sup>14</sup>. Según la teoría **objetiva**, lo injusto de la prevaricación surge de una decisión acerca de la consecuencia jurídica que contraviene el derecho objetivo, esto es, que declara la existencia o impone una consecuencia no prevista por la norma o, a la inversa, que no reconoce o niega la existencia de una consecuencia establecida en ella. Supone como baremo la existencia de algo así como un “derecho contenido en un precepto” y pone el acento en la conclusión de la decisión judicial<sup>15</sup>. En cambio, la teoría **subjetiva** parte de la premisa de que la existencia o no de un derecho subjetivo depende de la convicción del propio juez al respecto, de modo que la prevaricación concurre debido a que “el juez no reconoce arbitrariamente un derecho subjetivo de cuya existencia se encuentra convencido o, al revés, arbitrariamente declara como dado un derecho subjetivo respecto del cual sabe que no existe”<sup>16</sup>. Se tilda de subjetiva esta teoría porque, como puede verse, fija como parámetro desde el cual se deter-

<sup>11</sup> Sobre la racionalidad de la “comprensión de la ley” ESSER (1972) pp. 83 y ss.; en nuestro contexto, una manifestación grotesca de esa tendencia se ha plasmado en las recientes “leyes con nombres”.

<sup>12</sup> Sobre la racionalidad y responsabilidad del juez ESSER (1972) pp. 116 y ss.

<sup>13</sup> ESSER (1972) pp. 30 y ss., 48 y ss., 68 y ss., 76 y ss. (p. 80: “la lógica es presupuesto, pero no fundamento del conocimiento. Ella no puede garantizar la decisión acerca de la elección de la norma y su rol determinante para la solución del conflicto”), 106 y ss., 121.

<sup>14</sup> Véase la exposición de OSSANDÓN y RODRÍGUEZ (2008) p. 194 y s.

<sup>15</sup> HILGENDORF (2009) núm. marg. 47 y ss.

<sup>16</sup> KOHLER (1904) p. 614 y s.

mina lo injusto de la prevaricación a la propia **convicción** del juez acerca de la existencia de un derecho y no a la norma jurídica misma<sup>17</sup>.

La teoría objetiva parte ingenuamente del supuesto de la **presencia** de un “derecho objetivo”, contenido en un precepto legal y dado previamente al juez<sup>18</sup>. Por su lado, la teoría subjetiva acierta en sostener que la existencia o no de un derecho supone la declaración de un juez, pero incurre en un exceso al hacerla derivar de su pura convicción. En esta disputa se trasluce la paradoja que plantea la prevaricación judicial, pues esta supone la existencia de algún baremo externo al juez a partir del cual se pueda juzgar la incorrección de su decisión, mas al mismo tiempo dicho baremo se configura mediante la actividad del propio juez en tanto co-creador del derecho. El propio Binding cayó en una **aporía** al sostener, por un lado, que “la jurisdicción es la tarea específica del juez” y “si esta es justa pero su fundamentación conscientemente incorrecta, no hay prevaricación”, para enseguida asentar la idea de que “la decisión prevaricadora contraviene necesariamente la ley”<sup>19</sup>. Y, por el otro, al plantear en el caso de que el juez tuviese dudas sobre la interpretación de la ley pertinente o su vigencia, sin llegar a una convicción firme, que este no cometía prevaricación de subordinarse a una concepción “según su opinión” superior, fuera la autoridad de un sabio o de un tribunal supremo, y de ser incluso esta incorrecta a juicio del juez, este debía atenerse a su propia convicción, pues: “para cada juez es ley solo su interpretación de la ley y él debe juzgar, no un tercero a través suyo”<sup>20</sup>. El intento de disolver esta aporía constituye el punto de partida de la tesis formulada en 1970 por Hans-Joachim Rudolphi, despectivamente calificada por la doctrina alemana como una mera teoría de la “infracción de deber”<sup>21</sup>. Partiendo de una tesis objetiva, Rudolphi hacía ver que el límite de esta radica en que supone un “norma jurídica clara e inequívoca” para luego plantear, extendiendo el alcance del tipo a partir de su fin de protección, la posibilidad de la prevaricación también en los supuestos en que la ley usa conceptos ambiguos o requeridos de valoración o que abren espacios de discrecionalidad, en la medida en que el juez contraviniese la “norma de decisión” que surgiera de la aplicación correcta de los “medios y métodos de interpretación científico-jurídica”<sup>22</sup>. Esta tesis tiene el gran mérito de mostrar que lo injusto de la prevaricación no se reduce a una conclusión de la decisión contraria a derecho, sino que ya surge de la forma incorrecta de llegar a ella, por ende, de una **fundamentación** incorrecta. Siempre en la intención de disolver la aporía reseñada, enseguida se propone una reformulación de esta tesis en el sentido de que el contenido de injusto de la prevaricación radica en una subsunción incorrecta condicionada por una acción del juez de fundar la decisión con in-

<sup>17</sup> Es posible observar una conexión entre esta teoría y el “movimiento del derecho libre”, HAVERKATE (1977) p. 120 y s., respecto de esta escuela.

<sup>18</sup> Certera crítica de MÜLLER y CHRISTENSEN (2013) t. 1, pp. 223 y ss., pues el precepto no contiene ni porta la norma, sino que esta surge recién de la atribución de *significado* por el juez en el caso concreto, usando la regla (invocando los “juegos de lenguaje” y la “forma de vida” en Wittgenstein).

<sup>19</sup> BINDING (1905) t. 2, p. 558 y s.

<sup>20</sup> BINDING (1905) t. 2, p. 560.

<sup>21</sup> Una valoración equilibrada de la discusión en BACIGALUPO (2004) pp. 385 y ss.

<sup>22</sup> RUDOLPHI (1970) pp. 610 y ss.

fracción de las reglas de interpretación y los estándares de argumentación propios de una tradición jurídica determinada.

## II. JUSTIFICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PREVARICACIÓN JUDICIAL: UNA CONSIDERACIÓN DE TEORÍA DE LAS NORMAS PARA PRECISAR EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El análisis del contenido de injusto descrito por cualquier tipo penal supone antes considerar las razones que justifican su existencia en un ordenamiento jurídico, es decir, su legitimación. Este ejercicio previo se traduce usualmente en la identificación del bien jurídico protegido por su respectiva norma de comportamiento, que en el caso de este conjunto de normas reconocidamente es la “administración de justicia”<sup>23</sup>.

Desde ese punto de vista, empero, los tipos de prevaricación son doblemente peculiares. En primer lugar, porque comparten el sentido que tienen todas aquellas normas cuyo objeto radica en proteger el funcionamiento correcto del sistema de justicia, sistema cuya función, a su vez, consiste en asegurar la vigencia práctica de las normas jurídicas que pretenden regular la vida en sociedad y que, de no operar, correrían el riesgo de quedarse en meras declaraciones<sup>24</sup>. Se sostiene lo mismo, aunque en un lenguaje más sociológico, cuando se afirma que la función de tales normas radica en asegurar el imperio o “dominio del derecho” en una sociedad determinada<sup>25</sup>. Las normas aquí en cuestión, sin embargo, también son jurídicas, de modo que surge la pregunta por la relación funcional entre normas que pertenecen al mismo ordenamiento jurídico. Pues bien, las normas que confieren “potestades judiciales” y así regulan la “administración de justicia” son **acesorias** en relación con otras normas que sirven a su turno como **pautas** o **criterios** de comportamiento para los ciudadanos y brindan así protección a los más diversos intereses<sup>26</sup>. En este sentido, Bierling había ofrecido ya a fines del siglo 19 una clasificación de las normas jurídicas según su “valor práctico”, valor que a su vez depende del fin perseguido por cada clase de ellas. Así, las normas **primarias** buscan regular la vida en comunidad, mientras que las **secundarias** se definen por cumplir una función auxiliar para el caso del fracaso o insuficiencia de aquellas; en palabras de Bierling, son “normas hipotéticas cuya condición, única bajo la cual adquieren relevancia, es el fracaso o insuficiencia de una norma primaria”<sup>27</sup>. Entre las normas secundarias se incluyen todas aquellas que sirven para contrarrestar el injusto o conservar la vigencia de las normas primarias como tales frente a su infractor, las que contemplan una reparación por el daño a un interés material, pero también las normas procesales cuyo fin radica en la “producción de una decisión superior o imposición sobre el sentido y la

<sup>23</sup> ACOSTA (1983) p. 110 y s.; crítica al concepto de “administración de justicia” en GUZMÁN DALBORA (2008) pp. 20 y ss.

<sup>24</sup> WILENMANN (2011) pp. 537 y ss.

<sup>25</sup> Así, entre otros, RUDOLPHI (1970) pp. 627 y ss.

<sup>26</sup> HART (2012) pp. 33 y ss. (“diversidad de normas jurídicas”), p. 49 y s. (acesorias en relación con las reglas que cumplen una función **primaria**), p. 101 (reglas de tipo primario y reglas de tipo secundario), pp. 113 y ss.

<sup>27</sup> BIERLING (1894) t. 1, pp. 108, 133 y ss., 135.

aplicación de las normas jurídicas primarias en el caso concreto”<sup>28</sup>. Pues bien, en la medida en que las normas de sanción contempladas para la prevaricación a su vez tienen como supuesto el “fracaso o insuficiencia” de alguna norma secundaria, los tipos correspondientes cumplen una función auxiliar en relación con esta segunda clase de normas, es decir, su fin y sentido radica en asegurar la vigencia de las normas secundarias e indirectamente de las primarias; en breve, se trata de normas **terciarias**.

En segundo lugar, y siempre al interior de ese plexo de normas, los tipos de prevaricación evidencian una peculiaridad adicional que los vuelven incluso únicos. Esta radica en que el destinatario de estas normas de comportamiento es el propio **juez**, cuya posición en el ordenamiento jurídico es desde luego muy diversa a la de los ciudadanos o de las partes del proceso, pero también diferente a la de otros funcionarios que intervienen en este. El proceso es el espacio contemplado por el Estado para el reconocimiento de los derechos subjetivos y en su interior este le confiere al juez la tarea fundamental de adoptar una decisión acerca de la existencia o no de las pretensiones jurídicas canalizadas por esa vía<sup>29</sup>. La posición que ocupa este sujeto es única, en tanto funge como intermediario autoritativo entre la ley y “aquellos que quieren o deben escuchar la voz viva de ella acerca de la existencia de sus derechos o deberes en el caso concreto”<sup>30</sup>. En un sentido práctico, el juez se ubica, en el caso concreto, sobre la ley al determinar su contenido y el alcance de las expresiones particulares de manera definitiva mediante la **interpretación** que les propia. Como dice Binding: “en esa posición, nadie se le equipara en el Estado, ni siquiera el rey, mientras este no sea juez”<sup>31</sup>. Dicho lo anterior con otras palabras, el ordenamiento jurídico se expresa a través del juez, es decir, y como lo plantea el propio Kelsen, este **crea derecho**<sup>32</sup>.

En la distribución de las tareas estatales, el juez cumple la **función jurisdiccional** asignada al tribunal en un Estado de Derecho. Tal función se traduce en la solución de los conflictos de intereses mediante la sentencia judicial cuyo contenido radica en la clasificación de un caso individual bajo uno genérico acerca de la cual existe una controversia o en la calificación normativa de un determinado comportamiento siempre controvertida<sup>33</sup>. En este sentido, es posible concretar el bien jurídico postulado en los términos de la “administración de justicia” y precisarlo para así colegir que lo protegido por las normas de compor-

<sup>28</sup> BIERLING (1894) t. 1, p. 137.

<sup>29</sup> BINDING (1905) t. 2, pp. 514 y ss.

<sup>30</sup> BINDING (1905) t. 2, p. 553.

<sup>31</sup> BINDING (1905) t. 2, p. 553 y s.

<sup>32</sup> KELSEN (1960) p. 419 y s., aunque en una formulación algo enrevesada: “una norma que determina la creación de otra norma se aplica en la creación determinada por aquella de la otra norma. Aplicación del derecho es al mismo tiempo creación del derecho” (página original: 240); críticos ALCHOURRÓN y BULYGIN (2015) p. 217 nota 17.

<sup>33</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN (2015) pp. 204 y ss., distinguiendo luego entre **sentencias declarativas**, que contienen una **proposición** sobre la clasificación de un caso individual bajo el genérico y cuyo efecto normativo es solo secundario porque se encuentra asignado por otra norma, y **sentencias normativas**, que contienen una **norma reguladora** del caso individual y cuyo efecto normativo es primario.



tamiento subyacentes a los tipos de prevaricación judicial consiste en el ejercicio correcto de la jurisdicción en un Estado de Derecho<sup>34</sup>.

Ahora bien, la función jurisdiccional, a su vez, se protege solo fragmentariamente por las diversas normas sobre prevaricación. Entre los diversos presupuestos del ejercicio correcto de la jurisdicción, es preciso identificar el principio básico que subyace en particular a los tipos de prevaricación judicial propia. La misma pregunta surge si se parte de la tesis de que el bien jurídico protegido es simplemente la “administración de justicia”, pues entonces resulta igualmente necesario concretarlo recurriendo también a los principios y deberes básicos a los cuales dicha función se encuentra sometida a fin de diferenciar entre “correcta e incorrecta administración de justicia”, máxime si se trata como aquí nada menos que del propio juez<sup>35</sup>. Pues bien, y como ya se ha adelantado, los tipos del art. 223 N. 1, del art. 224 N. 1 y del art. 225 N. 1 CP se colocan en el momento mismo de dictación de la decisión judicial. En el camino de la jurisdicción, trazado por el propio art. 76 de la Constitución (CPR) y por el art. 1 del Código Orgánico de Tribunales (COT), dichos tipos se ubican en la fase de **juicio** de las causas civiles o criminales por parte de los tribunales establecidos por la ley. Así, el tipo del art. 223 N. 1 se refiere al comportamiento de fallar una causa civil o criminal “a sabiendas” contra ley expresa y vigente. Por su lado, los tipos de negligencia del art. 224 N. 1 y del art. 225 N. 1 CP aluden a la dictación de una “sentencia manifiestamente **injusta**” en una causa civil o criminal. Desde el punto de vista de las **acciones** del juez, estos tipos se refieren a la decisión judicial que resuelve la causa civil o criminal, esto es, a una sentencia definitiva u otra resolución judicial equivalente. Pero, como se puede ver, en cuanto al **baremo** con el cual se compara la decisión judicial, el tipo doloso lo fija en la ley, mientras que los tipos de negligencia parecen suponer como medida al “valor de la justicia”. Admitir esta dualidad del baremo de comparación, empero, implicaría que una sentencia abiertamente contraria al “principio de justicia”, dictada como consecuencia de una negligencia del juez, pero cuyo tenor todavía se reconduce al texto de la ley realizaría estos tipos de negligencia, mientras que si la misma sentencia se hubiere dictado dolosamente por parte del juez no se realizaría el tipo del art. 223 N. 1 CP<sup>36</sup>. Esta disarmonía, probablemente consecuencia de la regulación casuística de la prevaricación y la disímil atención brindada por la Comisión Redactora del CP, obliga a una interpretación sistemática de estos preceptos. Es menester fijar un baremo común de comparación. En este sentido, Guzmán Dalbora propone aquí sintetizar “lo justo y lo legal” en un mismo principio: “el Derecho y su entero sistema de fuentes”<sup>37</sup>. Este planteamiento, no obstante, requiere ser precisado en el sentido de que el baremo viene dado solo por el “derecho legislado”, de modo que la prevaricación supone una decisión judicial dictada en contravención al derecho fijado en la legislación. Por consiguiente, estos tipos se fundan en la **vinculación** del juez a las normas del derecho **material** en el momento de dictar la decisión que resuelve

<sup>34</sup> En este sentido recurren también al concepto de función jurisdiccional para la justificación de estos tipos penales GUZMÁN DALBORA (2008) p. 21 y s.; OSSANDÓN y RODRÍGUEZ (2008) pp. 168 y ss.

<sup>35</sup> Así lo reconoce explícitamente ACOSTA (1983) pp. 111 y ss.

<sup>36</sup> GUZMÁN DALBORA (2008) p. 129 y s.

<sup>37</sup> GUZMÁN DALBORA (2008) p. 130.

el caso, en otras palabras, al ejercer la facultad de **juzgar** las causas civiles o penales sometidas previamente a su conocimiento. El principio de la jurisdicción, entonces, que sirve de fundamento a estas normas es el de estricta sujeción del tribunal al derecho. Este principio, si bien no se encuentra explícitamente reconocido, surge de una interpretación sistemática del art. 76 CPR en relación con los artículos 1 y 12 del COT<sup>38</sup>. En consecuencia, las normas de comportamiento subyacentes a estos tipos de prevaricación se justifican por el fin de asegurar la vigencia efectiva del principio de sujeción al derecho en el momento de fallar una causa civil o criminal, es decir, conectan con ese principio básico que obliga al juez a someterse al derecho en ese hito esencial del camino de la jurisdicción<sup>39</sup>.

### III. APROXIMACIÓN AL MODELO DE DECISIÓN JUDICIAL CORRECTA PARA DILUCIDAR LA ESTRUCTURA DE INJUSTO DE LA PREVARICACIÓN

¿Qué significa dictar una decisión judicial sujeta al derecho aplicable, esto es, observando este principio básico de la jurisdicción? Esta pregunta es clave para poder delimitar el contenido de injusto de los tipos de prevaricación, pues estos comparten el núcleo de la contravención al derecho legislado. Pero, además, tal principio rige no solo respecto de los jueces de los tribunales de instancia, sino también en relación con los jueces que integran los tribunales superiores de justicia, incluida la propia Corte Suprema. De hecho, la norma del art. 223 CP se refiere en su encabezado a los jueces de los “tribunales colegiados o unipersonales” en una época en que solamente las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema eran tribunales colegiados, de modo que es clara la intención del legislador en orden a incluir también a los miembros de estos tribunales superiores en el círculo de autores del delito de prevaricación. Esta constatación no se ve alterada por la mera **excusa legal absoluta** contemplada por la regla del art. 324 inciso 2 COT, que excluye solo la **punibilidad** de “los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento” y la torcida administración de la justicia, esto es, precisamente en estas hipótesis de prevaricación. También una decisión emanada de una Corte de Apelaciones o de la propia Corte Suprema puede realizar el contenido de injusto de la prevaricación, solo que en el caso de los integrantes de la Excma. Corte esta resta impune. Es preciso, entonces, delimitar el injusto propio de la prevaricación en términos tales de que pueda ser realizado por cualquier juez, de un tribunal unipersonal o colegiado, de instancia o superior, en un caso civil o penal. En este sentido, el contenido de injusto de la prevaricación no puede agotarse en el error de derecho como causal del recurso de casación en el fondo –art. 767 del Código de Procedimiento Civil– o de nulidad –art. 373 b) del Código Procesal Penal. Pues, si ello fuera así, entonces solo el juez del tribunal inferior podría cometer prevaricación, mientras que el del tribunal superior llamado a corregir el error jamás podría cometerla.

<sup>38</sup> WILENMANN (2011) pp. 543 y ss., 546 y s.

<sup>39</sup> Esta obligación forma parte del “código judicial” al cual se refiere HART (2012) p. 37, o integra el “sistema del juez” al que se refieren ALCHOURRÓN y BULYGIN (2015) pp. 211 y ss.

Asumiendo que la cuestión se mueve en un plano eminentemente normativo y que ella se inserta en un “círculo hermenéutico” del cual no es posible salir, es necesario igualmente desarrollar esta tautología<sup>40</sup>. Un paso en esta dirección consiste en visualizar los extremos opuestos, esto es, de un lado, una decisión judicial –correcta– vinculada a derecho y, del otro, una incorrecta por contradecirlo abiertamente. Así podrá delimitarse el contenido de injusto de la prevaricación ubicada en este extremo.

## 1. CONCEPTOS DE DECISIÓN JUDICIAL

A fin de ver el extremo de una decisión judicial correcta, parece indicado explorar algunos modelos desarrollados por la teoría del derecho. Como punto de partida, es iluminador tener presente una distinción subrayada por Caracciolo de la decisión judicial como norma y como acto, pues, una norma particular puede derivarse de una general, pero “los actos de los jueces no se derivan de normas”<sup>41</sup>. En este sentido, la decisión como norma puede ser concebida como el resultado de una serie de actos realizados de manera concatenada por el juez. Así, en nuestro medio, Carbonell la define “como el **resultado** del procedimiento que lleva a cabo el juez para resolver un problema con relevancia jurídica que ha sido sometido a su conocimiento y que puede ser reconstruido a través de **dos premisas** y de **una conclusión**”<sup>42</sup>. Mas, por otra parte, según la jurista chilena “cada una de estas premisas puede ser vista como un **conjunto de actividades** cuyo producto, a su turno, se expresa en enunciados o en decisiones”<sup>43</sup>. Otro concepto de decisión judicial es acuñado por el jurista austríaco Ota Weinberger en los siguientes términos: “la decisión jurídica es un acto jurídico individual que regula autoritativamente una relación jurídica entre sujetos determinados. Mediante una decisión jurídica se crea una norma jurídica particular fundada en una potestad dada al órgano estatal en un proceso jurídicamente regulado. La base normativa de la decisión viene dada por normas jurídicas generales que se aplican en el proceso a un hecho comprobado”<sup>44</sup>.

Estas definiciones pueden sintetizarse en que la decisión judicial como resultado o producto se funda en dos premisas, una normativa y otra fáctica. La premisa mayor o normativa se encuentra constituida por reglas válidas del ordenamiento jurídico que asignan consecuencias a supuestos descritos en ellas. La premisa menor o fáctica consiste en una proposición sobre el hecho jurídicamente relevante. Y la conclusión resulta de la **subsunción** del hecho comprobado bajo la regla interpretada dando origen así a la norma **particular**. Así concebida, la decisión judicial responde al **esquema de la subsunción**, que constituye “el esqueleto lógico del razonamiento jurídico en la búsqueda del contenido normativo de la decisión y su fundamentación”<sup>45</sup>. Pues bien, en la medida en que la de-

<sup>40</sup> La paradoja de la jurisdicción LUHMANN (1993) pp. 320 y ss.

<sup>41</sup> CARACCILO (2011) p. 3.

<sup>42</sup> CARBONELL (2017) p. 22.

<sup>43</sup> CARBONELL (2017) p. 23.

<sup>44</sup> WEINBERGER (1988) p. 187.

<sup>45</sup> WEINBERGER (1988) p. 188 y s.; LARENZ y CANARIS (1995) pp. 91 y ss.

cisión se estructura de ese modo y la conclusión se infiere de las premisas aceptadas como válidas, ella se encuentra justificada **internamente**<sup>46</sup>.

Las premisas de la decisión, empero, han de ser válidas para que la conclusión sea correcta. Y las premisas son válidas si se encuentran justificadas **externamente**. Según Wróblewski, una decisión se justifica externamente “cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación”, esto es, “por el crítico”<sup>47</sup>. La justificación de cada premisa exige la realización por parte del juez de un conjunto de **actividades** cuyo resultado es una premisa normativa válida y una premisa fáctica verdadera. Luego, la operación de subsunción implica la **creación** de una norma jurídica **particular** que, por definición, es el producto de una acción del juez. Es decir, aquí la decisión judicial es vista como un conjunto de acciones del juez que funda las premisas y da lugar a la decisión como resultado. Es aquí donde se realiza el auténtico **trabajo jurídico**<sup>48</sup>. Este radica en la elaboración previa de las premisas y de la norma particular, actividad cabalmente orientada por la **precomprensión** del juez. Según Esser, en ella el juez valora previamente la **adecuación** del “modelo de la regla jurídica” para la solución actual del “conflicto jurídico” surgido del hecho ventilado en el proceso<sup>49</sup>. Al realizar esta actividad, el juez asume una **responsabilidad** de cara a las partes y a los potenciales involucrados en la “situación de conflicto”, cuyos intereses forman un “horizonte de expectativas” del cual aquel no puede escapar<sup>50</sup>.

Ciertamente que la premisa normativa no se descubre ni se encuentra, sino que más bien el juez la selecciona en un proceso íntegramente orientado por su precomprensión del caso. Tampoco la premisa fáctica se reduce a un “hecho desnudo”, sino que surge de un proceso de pregunta previa, valoración probatoria y decisión conducido por el juez<sup>51</sup>. Y desde luego que la norma particular, como bien dice Esser, “no se encuentra dada, sino que entregada” al juez<sup>52</sup>. Es este sujeto el que **crea** o **construye** la norma jurídica particular en el caso concreto<sup>53</sup>. Por ende, la acción de aplicación del derecho en un caso concreto no se reduce a una operación lógica de subsunción. En definitiva, consiste en una decisión del juez. Pero esta decisión no es libre, pues cada una de las actividades previas se encuentra sometida a límites, reglas y estándares propios de una tradición jurídica determinada.

<sup>46</sup> WRÓBLEWSKI (2013) p. 52 y p. 61.

<sup>47</sup> WRÓBLEWSKI (2013) p. 52 y p. 61.

<sup>48</sup> MÜLLER y CHRISTENSEN (2013) pp. 207 y ss., 275 y ss.

<sup>49</sup> ESSER (1972) pp. 31 y s., 41 y s., 43 y ss., 48 y ss., 54.

<sup>50</sup> ESSER (1972) pp. 68 y ss., p. 77 (no se trata entonces de una técnica, por lo que tampoco corresponde hablar aquí de *lex artis*), pp. 136 y ss.

<sup>51</sup> Confrontar con COLOMA (2017) pp. 86 y ss.

<sup>52</sup> ESSER (1972) p. 135.

<sup>53</sup> Incluso MÜLLER y CHRISTENSEN (2013) pp. 235 y ss., llegan a sostener que **produce la norma jurídica general** en el marco de la solución de un caso concreto (p. 280 y s.), pues al principio solo hay un texto carente de normatividad y el “trabajador jurídico” le asigna un significado estructuralmente dependiente del uso en el caso.

## 2. LA SELECCIÓN DE LA PREMISA MAYOR

El trabajo previo con la premisa mayor consiste en una actividad de búsqueda y selección de un **precepto jurídico válido** que luego será objeto de interpretación para resultar aplicable en el caso concreto. Esta búsqueda, por cierto, no se lleva a cabo de manera solipsista, sino que frente a la controversia entre las partes acerca de cuál precepto ha de fungir como premisa mayor de la decisión. Es en el contexto de esta discusión donde se forja la **precomprensión** del juez acerca de la regla jurídica pertinente al caso. Al cabo de este proceso de búsqueda, este **selecciona** el precepto jurídico que funge como premisa mayor. Mas, como lo precisa Tarello, no se elige simplemente un precepto, sino que más bien se recorta un **segmento** del discurso preceptivo “constituido por un enunciado o por más enunciados relacionados, que se adapte, según un significado que le es a tal efecto atribuido, al caso particular a cualificar según el derecho”<sup>54</sup>. Dicha selección ya supone una decisión del juez<sup>55</sup>. Pero esta decisión se encuentra sometida al menos a dos parámetros que constituyen límites a esta acción. El primero surge de la observación del carácter **preceptivo** del enunciado seleccionado. No se trata de cualquier **texto** ni de cualquier “documento”, tampoco de cualquier “conjunto de vocablos”, sino que de un precepto formulado con la pretensión de fundar derechos y obligaciones o de regular el comportamiento del ciudadano. En este sentido, el juez debe optar por el precepto jurídico que en el momento del conflicto aspiraba a servir de base para la solución de este o fungir como pauta de comportamiento<sup>56</sup>. Este parámetro surge como consecuencia de la premisa de la **normatividad** del precepto jurídico que funge como modelo de regulación del comportamiento de los ciudadanos y, al mismo tiempo, de fundamento para la decisión judicial. El segundo parámetro surge de la restricción a la **validez** del precepto jurídico<sup>57</sup>. El juez debe optar por un precepto jurídico válido como premisa mayor de su decisión, para lo cual tiene que observar la diversa jerarquía de las fuentes, la vigencia temporal y espacial de la regla, resolver eventuales conflictos entre normas aplicables y, en su caso, identificar eventuales lagunas. Esta labor, desde luego, ya exige la interpretación del precepto, pero no todavía aquella conducente a la norma jurídica particular. Pues, la construcción de esta norma supone el caso concreto, esto es, el trabajo jurídico con la premisa fáctica.

## 3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA PREMISA MENOR

La justificación **interna** de la decisión judicial supone la validez de la premisa fáctica. Como Caracciolo lo ha puesto de relieve, la operación de subsunción de un hecho bajo el supuesto descrito por una norma general ocurre en el medio del **lenguaje**, mas los hechos

<sup>54</sup> TARELLO (2018) p. 67.

<sup>55</sup> Otra visión parece tener KELSEN (1960) pp. 424 y ss., de esta operación que define como un acto de **comprobación** (“*Feststellung*”) de la norma jurídica general, aunque enseguida reconoce que como operación no es puramente declarativa, sino que tiene un carácter **constitutivo**.

<sup>56</sup> Niegan dicha normatividad MÜLLER y CHRISTENSEN (2013) p. 185 y s. (“el **texto de la norma** no es normativo”).

<sup>57</sup> Sobre el concepto de validez, véase ENGISCH (1971) pp. 71 y ss.: la validez supone que la instancia generadora de normas es reconocida en tanto pretende realizar una “idea de derecho” con su legislación; sobre la “idea de derecho” como “teoría del derecho correcto”, esto es, de los principios y valores fundamentales a los cuales debe servir el derecho, pp. 196 y ss., 280 y ss.

no integran el lenguaje, de modo que para poder hablar propiamente de la aplicación de normas a hechos se requiere que el juez afirme explícita o implícitamente la existencia temporal y espacial del suceso que describe y, además, que la **proposición** resultante sea verdadera<sup>58</sup>. Asimismo, la decisión judicial como norma particular se sigue de la norma general solo si se incorpora una premisa que afirme la satisfacción en concreto de las condiciones de aplicación previstas en abstracto en el contenido de la norma<sup>59</sup>.

Cuando se usa la palabra “verdad” en este contexto, a veces se matiza su alcance señalando que se trata de una “verdad formal o jurídica”, mas no de una “material”, o aclarando que no está en juego una “verdad absoluta”, sino solo una “relativa”<sup>60</sup>. Pero resulta algo pretencioso atribuirle a la ciencia del derecho autoridad para acuñar siquiera una clase propia de verdad como sería una “formal o jurídica”. Ya la idea de que existen dos clases de “verdad empírica” no es inteligible, pues “la decisión de un juez no puede tornar verdadera una proposición factual falsa, ni falsa una verdadera (cualquiera que sea la naturaleza de la verdad)”<sup>61</sup>. Es decir, y como bien lo ha aclarado Taruffo, un enunciado es verdadero o no lo es, pero no puede ser más o menos verdadero. Lo que sí es graduable, explica, es el **conocimiento** de la verdad, pues este depende del contexto y del método usado, así como de la cantidad y calidad de la información disponible para fundarlo. En este sentido, el grado de **confirmación** que se puede atribuir a un enunciado sobre la base del conocimiento disponible sí puede variar según esos factores y ser mayor o menor<sup>62</sup>. Esta distinción es relevante para efectos de la construcción de la premisa menor como fundamento fáctico de la decisión judicial. Desde el punto de vista del **contenido** de la premisa fáctica, es necesario que la proposición sobre el hecho controvertido sea verdadera para justificar la decisión judicial como norma particular, esto es, para imponer la consecuencia jurídica prevista por la norma general. Y, como se recordó, la verdad o falsedad de una proposición es independiente del sujeto cognoscente. En cambio, el grado de confirmación del enunciado depende de la actividad desplegada por el sujeto para conocer la verdad, es decir, es la conclusión a la que se arriba en virtud de la información disponible y recolectada por el juzgador. En este otro sentido, la decisión judicial es observada como una **acción** del juez y la premisa fáctica como la construcción del relato acerca del hecho, premisa que se encuentra justificada si dicha construcción puede aceptarse bajo ciertos criterios de racionalidad. La implicancia de esta distinción es que no siempre la premisa fáctica que se considera racionalmente aceptable va a coincidir con la verdad de la proposición. Puede ocurrir, entonces, que la decisión como acción del juez se encuentre justificada, porque se apoya en reglas y criterios de valoración probatoria, pero la proposición sea falsa y, en estricto rigor, no proceda la aplicación de la consecuencia jurídica prevista por la norma. Y, al revés, puede suceder que la decisión como acción no se encuentre justificada, porque por ejemplo el juez no alcanza el grado de confirmación suficiente para tener la premisa por verdadera, pero la proposición

<sup>58</sup> CARACCILO (2013) p. 19 y s.

<sup>59</sup> CARACCILO (2013) p. 23.

<sup>60</sup> Crítico de estas distinciones FERRER (2005) pp. 61 y ss.

<sup>61</sup> CARACCILO (2013) p. 26.

<sup>62</sup> TARUFFO (2010) p. 99 y s.

“casualmente” ser verdadera<sup>63</sup>. Lo cierto es que ambas dimensiones de la premisa fáctica son relevantes. Exigir de manera irrestricta la verdad de la proposición para la validez de la premisa fáctica como fundamento de la decisión sería algo ingenuo y poco realista. Pero reducir su validez a una mera decisión del juez, sin consideración de la verdad de la proposición, como advierte Caracciolo, implicaría “evaporar cualquier exigencia de corrección o justificación”, de modo tal que ya no se podría distinguir entre una “sentencia arbitraria” y una “sentencia justificada”<sup>64</sup>.

Pues bien, la actividad de construcción de la premisa fáctica se encuentra sometida a una serie de reglas y criterios que ha sido estudiada por diversas teorías del proceso. Aquí es necesario subrayar que dicha premisa surge como producto de la actividad de un **sujeto** como es el juez. En este sentido, ya en 1965 Hruschka hizo ver con claridad que las proposiciones acuñadas por el juzgador tanto al elaborar y valorar el material probatorio como luego al formular las conclusiones fundadas en ellas son siempre respuestas a preguntas planteadas con anterioridad, obedecen, pues, a la “lógica de la pregunta y la respuesta”<sup>65</sup>. Al comienzo hay una pregunta que Hruschka denomina la **pregunta básica** y que el juzgador plantea desde una perspectiva impregnada a su vez por un interés práctico, no meramente teórico<sup>66</sup>. Dicha pregunta es además **dinámica**, pues su formulación puede implicar una modificación o ampliación del caso en base a la modificación previa del tema de prueba<sup>67</sup>. En este sentido, la pregunta implica la formulación de una **hipótesis** que luego tendrá que apoyarse en las pruebas y recibir un mayor o menor grado de confirmación.

Recientemente, Frisch ha dilucidado la estructura de la valoración probatoria sobre la base de la confirmación de una hipótesis fáctica y el análisis de eventuales hipótesis contrarias. La prueba necesaria de producir en relación con aquella supone que es compatible con el material probatorio elaborado y resulta confirmada por este. Tal **confirmación** exige no solo que las informaciones surgidas, por ejemplo, de la declaración de un testigo o de un perito sustenten total o parcialmente la hipótesis en cuanto a su contenido, sino además que se pueda partir de la verdad de dicha declaración. Para ello existe una serie de condiciones que debe cumplirse, por ejemplo, tratándose de un testigo supone que este haya podido observar el acontecimiento correctamente según las circunstancias y que posea la capacidad necesaria de recuerdo en la imagen experiencial del momento<sup>68</sup>. Es menester una reflexión en otro sentido cuando la producción de pruebas arroja informaciones que se contraponen a la hipótesis sometida a prueba. En tal evento, es necesario analizar el material probatorio que apoya una hipótesis diversa, por ejemplo, la circunstancia fáctica de una coartada, chequeando que efectivamente sea incoherente con la hipótesis objeto de prueba o verificando el cumplimiento de las condiciones para poder partir de la verdad de la información surgida de estas otras declaraciones. De este modo, la verdad de la hipótesis objeto de prueba

<sup>63</sup> FERRER (2005) pp. 96 y ss.

<sup>64</sup> CARACCILO (2013) pp. 30 y ss., en discusión con Kelsen.

<sup>65</sup> HRUSCHKA (1965) pp. 20 y ss.: “proposiciones son siempre respuestas a preguntas decisivas. No existe ninguna proposición que no se refiera a una pregunta”.

<sup>66</sup> HRUSCHKA (1965) pp. 35 y ss.

<sup>67</sup> HRUSCHKA (1965) pp. 59 y ss.

<sup>68</sup> FRISCH (2013) p. 858 y s.

supone excluir otra explicación del acontecimiento que sea diversa a ella<sup>69</sup>. Es decir, las preguntas que se formulan en el marco de la valoración de la prueba surgen de la lógica y la experiencia, pero también sus respuestas. Lógica y experiencia no solo le dan **estructura** a esta actividad, sino que también constituyen la **substancia** de las respuestas en la medida en que entregan las **razones** que fundan su resultado<sup>70</sup>. En este sentido, Taruffo ha precisado que la aplicación de la lógica y de las máximas de la experiencia en el proceso de valoración probatoria permite confirmar la hipótesis aplicando los criterios de inferencia. La **confirmación** surge de la conexión entre la afirmación que inicialmente tiene un carácter hipotético y las pruebas que confirman su “veracidad”. Para la confirmación es menester que las pruebas sean entre sí convergentes, esto es, que la afirmación que se configura como hipótesis conclusiva de la inferencia no resulte excluida, falsificada o contradicha por hipótesis alternativas referidas al mismo hecho<sup>71</sup>. Asimismo, las **inferencias** que permiten dicha conexión entre pruebas e hipótesis fundan su validez y fiabilidad en los criterios que son usados a tal efecto. Aquellas son aptas para atribuir un grado considerable de fiabilidad a la respectiva conclusión cuando se basan en un fundamento cognoscitivo, de modo que esta es mayor o menor según la clase de conocimientos que le sirve de base, por ejemplo, si se trata de conocimientos científicos o solo de nociones de sentido común<sup>72</sup>.

La decisión final sobre los hechos, esto es, la **narración** construida por el juez resuelve la controversia atribuyendo a cada hipótesis el grado de confirmación que le corresponde sobre la base de las pruebas que se refieren a ella. En una escala gradual, este puede variar desde una confirmación fuerte, débil o ninguna de la hipótesis hasta la no confirmación de su falsedad, su confirmación débil o fuerte<sup>73</sup>. El grado de confirmación exigido para considerar verdadera la hipótesis previamente objeto de prueba depende del estándar probatorio que rige en el proceso respectivo. Se pueden distinguir al menos tres, esto es, desde el estándar de **convicción** que rige en el proceso penal hasta el de **evidencia clara y convincente** o solo de **preponderancia de la evidencia** que se postulan para el proceso civil<sup>74</sup>. Superado el estándar correspondiente, el paso final en la construcción de la premisa menor radica en la articulación de una narración sobre los hechos que se plasma en un **texto**. La narración que el juez ofrece es un conjunto ordenado de enunciados fácticos, cada uno de los cuales ha obtenido de las pruebas disponibles, racionalmente valoradas, una confirmación probatoria suficientemente fuerte<sup>75</sup>. Este texto corresponde a la motivación de la sentencia y en esta deben justificarse los enunciados que narran los hechos principales del caso en el sentido de explicitar las razones por las que es racional considerar que son verdaderos, es decir, se deben indicar las inferencias probatorias que atribuyen grados adecuados de confirmación a

<sup>69</sup> FRISCH (2013) p. 860 y s., donde se refiere también a la prueba indiciaria.

<sup>70</sup> FRISCH (2013) p. 862 y s.

<sup>71</sup> TARUFFO (2010) p. 235 y s.

<sup>72</sup> TARUFFO (2010) p. 237 y s.

<sup>73</sup> TARUFFO (2010) p. 246 y ss.

<sup>74</sup> TARUFFO (2010) pp. 249 y ss.; en defensa del estándar de convicción FRISCH (2013) pp. 863 y ss., 868 y ss.; sobre el estándar probatorio en el proceso civil LARROUCAU (2012) pp. 789 y ss.

<sup>75</sup> TARUFFO (2010) p. 253.



esos enunciados<sup>76</sup>. Además, la motivación debe ser plena en el sentido de ofrecer las razones por las cuales a otros enunciados se les atribuye un grado débil de confirmación o ninguno<sup>77</sup>. Por último, ella debe ser congruente y coherente. De este modo, concluye Taruffo, si la motivación existe efectivamente, es además completa y coherente, entonces se puede decir que la narración de los hechos construida por el juez cuenta con una válida justificación racional, en la medida en que resulta confirmada por el análisis crítico de todas las pruebas disponibles; por ende, se puede decir que “enuncia la verdad”<sup>78</sup>.

#### 4. LA OPERACIÓN DE SUBSUNCIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA NORMA JURÍDICA PARTICULAR

Ahora bien, y una vez que se ha concluido la actividad de construcción de la premisa fáctica, procede la subsunción del hecho así comprobado bajo el supuesto fáctico de la norma jurídica general. Engisch define esta operación en el sentido de la **subordinación** del caso fáctico bajo los elementos conceptuales del tipo o la **asignación** del caso concreto a la clase de casos descritos por el tipo legal<sup>79</sup>. Subsunción, dice, es la “equiparación del hecho representado como real con los hechos acuñados por el tipo legal”<sup>80</sup>. Sin embargo, Engisch reconoce que este paso supone no meramente el tipo sino su interpretación y que esta, al mismo tiempo, se encuentra referida al caso concreto, de modo que hay una permanente interacción, un “ir y venir de la mirada a la premisa mayor y al caso fáctico”<sup>81</sup>. La subsunción presupone la interpretación del precepto jurídico que funge como premisa mayor. Dicho de otra forma, la aplicación de una norma en el caso individual supone la operación de la interpretación del precepto legal.

No obstante, algunas veces el precepto jurídico que funge como premisa mayor se encuentra formulado en términos tales que la aplicación de la norma al caso individual se funda en una comprensión inmediata del precepto<sup>82</sup>. Esto no implica que el juez prescinda de la interpretación, sino solo que en tal evento esta consiste en hacer explícitas las palabras usadas por el legislador. Es decir, el viejo aforismo “*in claris non fit interpretatio*” rige solo como una directiva metodológica en el sentido de “atenerse –allí donde fuere posible porque la letra de la ley no es oscura– a una interpretación declarativa”<sup>83</sup>. Pero, otras veces el precepto legal se encuentra construido en términos tales que impiden una comprensión inmediata y, por tanto, exigen continuar la actividad de la interpretación. Según Wróblews-

<sup>76</sup> TARUFFO (2010) p. 268 y s.

<sup>77</sup> TARUFFO (2010) p. 270 y s.

<sup>78</sup> TARUFFO (2010) p. 273 y s.

<sup>79</sup> ENGISCH (1960) pp. 23 y s., 25 y s.

<sup>80</sup> ENGISCH (1960) pp. 85 y ss., p. 89, p. 105: “comprobación fáctica es y permanece lógica, experiencial y conceptualmente observación elaborada, mientras que subsunción implica equiparación del caso a juzgar con los objetos acuñados por la ley”; una definición más plástica en PUPPE (2011) p. 61: “una subsunción es la proposición de que algo real, una cosa, el atributo de una cosa, un hecho, satisface un concepto determinado. Pero esa realidad como tal nos está dada también solo en conceptos, a las cosas en sí y su conocimiento inmediato no llegamos nunca”.

<sup>81</sup> ENGISCH (1960) p. 14 y s., 32 y s.

<sup>82</sup> WRÓBLEWSKI (2013) p. 118 y s.

<sup>83</sup> TARELLO (2018) p. 70 y s., p. 175.

ki, tal situación se presenta por la ambigüedad o la vaguedad de la “norma”. Una expresión es ambigua cuando tiene más de un sentido, es decir, cuando se puede atribuir más de un significado al precepto. En cambio, la vaguedad de la “norma” deriva de la incerteza acerca de si el hecho queda o no abarcado por su extensión<sup>84</sup>. En tales casos, el juez aplica las directivas de interpretación a fin de explicar el sentido correcto del precepto, sentido que solo puede aclararse en su contexto, distinguiéndose al efecto entre el lingüístico, el sistémico y el funcional<sup>85</sup>.

En tales supuestos de ambigüedad o vaguedad del precepto legal se vuelve necesario **continuar** con la actividad de la interpretación. O como dice Aarnio: “la tarea es interpretación”<sup>86</sup>. El **resultado** de esta actividad es la atribución de un significado al precepto, momento en el cual surge la norma propiamente tal. En este sentido, dice Tarello: “El intérprete detecta, decide o propone el significado a atribuir a un documento, constituido por uno o más enunciados, cuyo significado no está en absoluto preconstituido a la actividad del intérprete, siendo más bien resultado de ella. Antes de la actividad del intérprete, del documento objeto de la interpretación se sabe solo que expresa una o más normas, no cuál es esta norma o cuáles sean estas normas: ‘norma’ significa simplemente el significado que ha sido dado, se decide dar o se propone dar, a un documento que se considera, sobre la base de indicios formales, exprese alguna directiva de acción”<sup>87</sup>. Cuando esta actividad es emprendida por el juez, esta siempre se lleva a cabo en relación con el **caso individual** sometido a su conocimiento y juicio –art. 3 inciso 2 del Código Civil (CC). Y, por ende, dicha actividad se realiza sobre el trasfondo de la “disputa semántica” entre las partes acerca del precepto jurídico que funge como premisa mayor, esto es, sobre el significado que cabe atribuirle al precepto. De todas las posibilidades de lectura del **texto** legislativo, es menester fijar una como definitiva<sup>88</sup>. Por consiguiente, la norma que surge como resultado de la atribución de significado al precepto luego de esa disputa es la norma jurídica **particular**.

Tal norma como resultado supone una **decisión** del juez, en el sentido de que pone término a la “disputa semántica”. Como acto, esta decisión se encuentra sometida a una **pretensión de corrección**<sup>89</sup>. Su realización exige satisfacer ciertos criterios de corrección que se encuentran cristalizados en reglas y estándares de argumentación propios de una tradición jurídica determinada. Cuando se trata de la interpretación de un precepto legal, en nuestra tradición se han fijado reglas de interpretación en los artículos 19 y siguientes del CC<sup>90</sup>. En los términos de Wróblewski, estas reglas contienen **directivas** de interpretación de primer grado<sup>91</sup>. Son **pautas** que deben seguirse para alcanzar una justificación

<sup>84</sup> WRÓBLEWSKI (2013) p. 120 y s.

<sup>85</sup> WRÓBLEWSKI (2013) pp. 124 y ss.

<sup>86</sup> AARNIO (2016) p. 164.

<sup>87</sup> TARELLO (2018) p. 101 y s.; también GUASTINI (2016) pp. 50 y ss.; ya Kelsen (1960) pp. 26 y ss., se refiere al **sentido** (“*Sinn*”) subjetivo y objetivo del acto de voluntad.

<sup>88</sup> MÜLLER y CHRISTENSEN (2013) p. 198.

<sup>89</sup> ALEXY (1983) p. 263, como parte del “discurso práctico”.

<sup>90</sup> Una revisión crítica del estado de la discusión sobre estas reglas ofrece QUINTANA (2011) pp. 109 y ss.

<sup>91</sup> WRÓBLEWSKI (2013) pp. 128 y s.

óptima de la decisión jurídica<sup>92</sup>. Así, las reglas del art. 19 inciso 1 así como de los artículos 20 y 21 orientan la interpretación a las palabras usadas por el legislador<sup>93</sup>. Dirigen esta actividad en orden a una indagación “puramente semántica” del precepto o a la explicación del sentido en su contexto lingüístico. Luego, la regla del art. 22 CC recoge el así llamado “elemento lógico” y orienta la interpretación al contexto sistémico, esto es, reconoce así la “interpretación sistemática”<sup>94</sup>. Y si la máxima latina “*in claris non fit interpretatio*” no es más que una directiva metodológica, entonces la regla del art. 19 inciso 2 CC puede concebirse como una directiva de sentido que orienta la interpretación al *telos* asignado por el legislador al precepto legal, reconociéndose así la “interpretación teleológica”<sup>95</sup>. De este modo, se pone de relieve la **tríada** de directivas de interpretación que sugiere un camino a seguir en la realización de esta actividad para atribuirle un significado al precepto jurídico: la interpretación **semántica**, **sistemática** y **teleológica**<sup>96</sup>. En esta labor interpretativa, el juez cuenta con el apoyo previo de la dogmática jurídica y de la jurisprudencia, en tanto conjunto de proposiciones acerca del derecho y elaboración conceptual del mismo<sup>97</sup>. La virtud de la dogmática radica en su insaciable pretensión de construcción de un sistema, mientras que lo peculiar de la jurisprudencia consiste en que, como dice Alexy, sus “proposiciones se usan no solo para compartir propuestas, sino que para la ejecución de acciones”<sup>98</sup>.

Si la aplicación de cada una de esas directivas conduce a la atribución de un significado diverso al precepto, según Wróblewski han de considerarse las directivas de interpretación de segundo grado, que guían al juez en la preferencia por una u otra directiva de sentido. La aplicación de estas reglas de segundo grado, a su vez, depende de lo que llama la “ideología estática o dinámica” acerca de la “norma”, en el sentido de que una concepción **estática** da primacía a las directivas lingüísticas y sistémicas, junto con entender la interpretación teleológica en base a la *ratio legis* del legislador histórico, mientras que una concepción **dinámica** resalta la directiva funcional obteniendo así mayor elasticidad en el sentido de la “norma”<sup>99</sup>. Ahora bien, y aún partiendo de una “ideología dinámica”, cuando el juez se ve confrontado actualmente con el caso individual y la aplicación de las reglas de interpretación conduce a un resultado que considera en algún sentido contrario al principio de

<sup>92</sup> AARNIO (2016) pp. 164 y ss.; bajo la clasificación de Alexy entre reglas y principios, son “principios de la interpretación jurídica”.

<sup>93</sup> Contemplan una “indagación puramente semántica” según QUINTANA (2011) pp. 150 y ss.

<sup>94</sup> Desde una perspectiva hermenéutica QUINTANA (2011) pp. 158 y ss., distingue el **significado**, que se indaga en el ámbito de la literalidad, y el **sentido** que surge del contexto, los fines y la *ratio*; sobre los “elementos” lógico, gramatical, histórico y sistemático de la interpretación, con el disímil *status* del elemento teleológico en el Savigny temprano y tardío, ver MÜLLER y CHRISTENSEN (2013) p. 128 y s.; sobre el origen del elemento del *telos* en Ihering, HAVERKATE (1977) pp. 112 y ss.

<sup>95</sup> Como aclara AARNIO (2016) p. 204 y s., dicho punto de vista interpretativo no es subjetivo, pues se reconstruye no solo en base a los “*travaux préparatoires*” sino que en conexión con el momento de la interpretación.

<sup>96</sup> WRÓBLEWSKI (2013) pp. 124 y ss.; PUPPE (2011) pp. 77 y ss.; ZIPPELIUS (2012) pp. 41 y ss.; LARENZ y CANARIS (1995) pp. 141 y ss.; por su parte ALEXY (1983) p. 294 y s., suma el argumento **histórico** y el argumento **comparativo**, junto con reformular el teleológico.

<sup>97</sup> ALEXY (1983) pp. 307 y ss.; ver también ESSER (1972) pp. 90 y ss.

<sup>98</sup> ALEXY (1983) p. 337.

<sup>99</sup> WRÓBLEWSKI (2013) pp. 128 y ss.

justicia, todavía tiene que observar ciertos criterios antes de decidir el caso conforme a su propio “sentimiento de justicia”. Esta es la situación en la cual se encuentra el juez cuando estima que el texto legislativo debe ser complementado o considera atribuirle un significado que va más allá del que surge de la aplicación de las directivas de interpretación de primer grado. En tal situación parece colocarse la regla del art. 24 CC, en la medida en que supone ya la aplicación de las “reglas de interpretación precedentes”, incluida por ende la del art. 23. Pues bien, antes de resolver de ese modo el juez tiene que preguntarse si la corrección o integración buscada no es más que un propósito netamente político-jurídico o, por el contrario, puede emprenderse *de lege lata*, para lo cual debe ponderar entre los valores de la seguridad jurídica y el principio de justicia. Según Zippelius, si estima que puede proceder así, el juez igualmente debe tomar distancia de concepciones valorativas personalísimas y preguntarse qué decisión hermenéuticamente plausible se orienta mejor al “*ethos* jurídico” dominante en la comunidad<sup>100</sup>.

#### IV. EL CONTENIDO DE INJUSTO DE LA PREVARICACIÓN JUDICIAL

Pues bien, luego de esta larga exploración en el modelo de una decisión judicial correcta es posible aproximarse al extremo opuesto del injusto de la prevaricación. Como se ha visto, una decisión correcta supone la validez de sus premisas y de su conclusión, esto es, que se encuentra justificada interna y externamente. La validez de las premisas, a su vez, deriva de una **actividad** de fundamentación de cada una de ellas realizada correctamente, es decir, conforme a las reglas y estándares de interpretación y argumentación propios de la tradición jurídica a la cual el juez pertenece. Como dice Engisch: “una decisión correcta es una decisión fundada conforme a método”<sup>101</sup>. En el extremo opuesto se ubica la realización de una actividad del mismo juez que funda lo injusto de la prevaricación.

En este sentido, y de la misma manera en que la corrección de la decisión judicial se funda en una actividad realizada a su vez correctamente, los tipos de prevaricación se estructuran sobre la base del **comportamiento** del juez. Así, el tipo del art. 223 N. 1 se refiere a la conducta de “**fallar** contra ley expresa y vigente”, mientras que los tipos del art. 224 N. 1 y del art. 225 N. 1 CP aluden a la conducta de “**dictar** una sentencia manifiestamente injusta en una causa criminal o civil”. Para delimitar el contenido de injusto que surge de la realización de esta acción del juez es necesario perfilar antes la **norma de comportamiento** que subyace al tipo. Esta norma, a su vez, conecta con las directivas y reglas de conducta que el juez debe observar en el momento de decidir un caso civil o penal<sup>102</sup>. La configuración del tipo, entonces, supone la infracción a estas reglas básicas en la construcción de la decisión judicial.

<sup>100</sup> ZIPPELIUS (1970) p. 243 y s.

<sup>101</sup> ENGISCH (1963) p. 14; crítico HAVERKATE (1977) pp. 156 y ss.

<sup>102</sup> Ya en este sentido FRISCH (1983) pp. 366 y s., 399.

## 1. DELIMITACIÓN DE LO INJUSTO EN BASE AL CRITERIO DE LA SOSTENIBILIDAD

En esta labor de construcción de la decisión judicial, mediadora entre el texto legislativo y el caso individual, en esta actividad de **creación** de la norma jurídica particular, el juez es, a diferencia por ejemplo del testigo, **sustituible**, pues en principio “todo juez puede obtener el conocimiento jurídico que le permite decidir conforme al derecho real”<sup>103</sup>. En los casos claros, en que el precepto es fácilmente identificable, la comprobación del hecho inequívoca y la aplicación de la norma jurídica evidente, el juez ajusta su comportamiento de manera casi irreflexiva a las reglas básicas y estándares de la actividad judicial en términos tales que cualquier juez lo haría en su lugar. En cambio, en los casos difíciles por la ambigüedad del texto o la vaguedad de su lenguaje, de obscuridad o por la “contrariedad” valorativa que implicaría una aplicación inmediata de la norma jurídica, el juez tiene que detenerse a reflexionar en torno a cómo cualquier otro decidiría el caso y a trabajar con las premisas de su decisión. En tal situación, la decisión judicial como acción sigue sometida a una pretensión de **corrección** en el sentido de que su realización conduzca a premisas válidas de las cuales se derive correctamente la conclusión<sup>104</sup>. Mas para efectos del tipo de prevaricación, surge la pregunta por el **baremo** a partir del cual se puede juzgar la acción desplegada por el juez al decidir el caso. El baremo propuesto por la teoría **objetiva** aquí no sirve, pues esta presupone la existencia de un precepto legal inequívoco y una comprobación fáctica evidente. Y tampoco parece adecuado el baremo postulado por la teoría **subjetiva**, ya que en tal caso la configuración de la prevaricación quedaría supeditada enteramente a la “convicción personal” que el propio juez tiene acerca del “derecho correcto”. De ahí la necesidad de buscar un baremo intersubjetivamente válido.

En estos supuestos, la configuración de lo injusto de la prevaricación supone traspasar el baremo de la **sostenibilidad** de la decisión judicial<sup>105</sup>. Es decir, solo una decisión judicial cuya fundamentación es insostenible puede fundar el injusto de la prevaricación. Este baremo plausible, empero, requiere de conceptualización y concreción para volverse operativo<sup>106</sup>. Pues bien, uno de los pocos juristas que ha ofrecido un concepto, quizás el único, es Jan Schuhr en un breve trabajo sobre la “sostenibilidad de una proposición jurídica”<sup>107</sup>. De manera sorprendente, parte recurriendo al concepto de “cosa fungible” en el sentido del derecho de bienes, ya que la fungibilidad supone una relación de intercambiabilidad entre objetos en la medida en que pertenecen a una misma clase considerada equivalente. Como gran parte de la argumentación jurídica se desarrolla en el ámbito previo a la deducción lógica y allí el juzgador tiene que considerar diversos puntos de vista en colisión para fundar su proposición, estos puntos de apoyo pueden ser considerados aceptables sin tener que aprobarlos. Esta aceptabilidad de los puntos de vista en colisión vuelve las proposiciones equivalentes e intercambiables. Así entendido, advierte Schuhr, el concepto de sostenibilidad es aplicable solo en la parte no deductiva de la argumentación jurídica, en la medida en

<sup>103</sup> BEMMANN (1969) p. 69.

<sup>104</sup> Coincidentes en ese punto de partida SALIGER (2005) p. 142 y s.; SCHUHR (2008) p. 605.

<sup>105</sup> Cfr. KUHLEN (2017) núm. marg. 42 y ss., 57 y ss.; crítico HILGENDORF (2009) núm. marg. 47 y ss.

<sup>106</sup> SALIGER (2005) pp. 143 y ss., recurre también a este baremo, pero sin ofrecer luego criterios de concreción.

<sup>107</sup> SCHUHR (2008) pp. 603 y ss.

que supone un trabajo con los puntos de vista encontrados: “las conclusiones, en cambio, son siempre correctas o incorrectas, jamás sostenibles o insostenibles”<sup>108</sup>. En el ámbito de la aplicación del derecho, los criterios de **aceptabilidad** tienen que buscarse en la metodología jurídica y, por ende, la sostenibilidad de una proposición jurídica depende de que se pueda argumentar para fundarla de manera **metódicamente intachable**: “en la parte deductiva se exige el seguimiento de las leyes de la lógica, incluidas sus reglas de conclusión”. Los criterios de aceptabilidad, a su vez, se diferencian según se trate de la búsqueda de las normas del derecho vigente, que suponen la aplicación de reglas de delimitación y preferencia, o de la comprobación fáctica<sup>109</sup>. Pues bien, “la insostenibilidad de la decisión es un factor constitutivo del injusto de la prevaricación”<sup>110</sup>. Este supone una decisión judicial incorrecta porque su fundamentación es insostenible a la luz de las reglas básicas para la construcción de las premisas de la decisión. Se trata de una decisión cuya premisa normativa se apoya en puntos de vista interpretativos inaceptables por no ser fungibles entre sí, o cuya premisa fáctica se funda en una valoración de la prueba irracional por ilógica o no reconducible a las máximas de la experiencia. De este modo, es posible trazar una escala gradual que va desde una decisión judicial correcta en un extremo a una incorrecta pero sostenible entre-medio –clase de decisión que no funda aún lo injusto de la prevaricación– hasta llegar a una decisión judicial incorrecta e insostenible fundante de tal injusto en el otro extremo.

Es muy interesante constatar que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en un sentido muy similar al propuesto en casos donde se resolvían querellas de capítulos. Así, en un fallo muy antiguo, que se pronuncia respecto de un capítulo en que se imputa a un juez la infracción de los artículos 148, 224 y 225 CP por haber mantenido personas –que habrían incurrido en el antiguo delito de vagancia– privadas de libertad más de 48 horas, la Corte de Valparaíso se refiere al art. 225 sobre negligencia inexcusable aclarando que “el mero error en la aplicación de las leyes no constituye responsabilidad sino cuando se incurre en él por negligencia o ignorancia que revisten esa condición, es decir, toda vez que implica una injusticia de aquellas que no pueden esplicarse por una interpretación razonable sino que, por el contrario, aparece de un modo claro i evidente, exenta de toda discusión lójica i racional la notoria contravención del precepto de la ley”<sup>111</sup>. Casi un siglo después, la Corte Suprema se pronuncia en términos similares al conocer por vía de casación de los capítulos imputados a un juez civil bajo los artículos 224 N. 2 y 225 N. 1 CP por diversas infracciones a las reglas del procedimiento ejecutivo, sosteniendo que para la prevaricación no basta “la presunción general del conocimiento de la ley, sino que debe exigirse un conocimiento efectivo, no solo de su tenor, sino de su correcta interpretación; en otras palabras, ‘el prevaricato no consiste en que una resolución sea contraria a la ley o en que el Juez aplique equivocadamente el derecho’, sino que la incorrección jurídica de lo resuelto debe ir unida a la incorrección moral del juez, a la conciencia de este de estar aplicando una dis-

<sup>108</sup> SCHUHR (2008) p. 604 y s.

<sup>109</sup> SCHUHR (2008) p. 606 y s.; atañen, entonces, a las **precondiciones** de la aceptabilidad racional del resultado de la interpretación, según AARNIO (2016) p. 279 y s.

<sup>110</sup> SCHUHR (2008) p. 610.

<sup>111</sup> GALLEGUILLOS CON SILVA (1898).

posición en forma contraria a lo que su texto y sentido señalan”<sup>112</sup>. En un caso más reciente se trataba de una querrela de capítulos presentada en contra de los integrantes de la Corte de Iquique con motivo de la resolución de un recurso de hecho que había sido presentado en contra de una sentencia del juez de garantía que a su vez había resuelto un incidente acogiendo la solicitud de exigencia previa de la querrela de capítulos respecto de una jueza de policía local imputada por diversos delitos. Pues bien, en ese caso, la Corte de Arica, junto a otras consideraciones generales acerca de esa exigencia previa, sostiene respecto del art. 224 N. 1 que “dicha conducta exige negligencia o ignorancia inexcusables, vale decir, sea una falta de aplicación o descuido, o bien, un desconocimiento, que en ambos casos han de ser de tal intensidad, que sean indicativos de un comportamiento en el juez que suponga un manifiesto y absoluto desconocimiento del ordenamiento jurídico, de manera que la errónea aplicación del mismo no pueda verse amparada en las posibilidades de interpretación de la norma. Ello no puede ser de otra forma, ya que la negligencia o ignorancia inexcusables exigidas por el tipo penal deben diferenciarse del mero error interpretativo o aplicativo de las leyes, y conforme al propio relato de los hechos que sustentan la querrela, no se visualiza una actuación contraria a la Ley, que ponga de relieve un absoluto desconocimiento de la misma, excluyendo toda razonable interpretación”<sup>113</sup>.

Pues bien, si la diferencia entre una decisión incorrecta pero sostenible y una insostenible depende de la aplicación del método del derecho en la fundamentación de sus premisas, entonces la configuración del injusto de la prevaricación supone la infracción de las reglas básicas de interpretación y argumentación jurídica. Esta es precisamente la tesis que Rudolphi había sostenido en 1970, pensando en particular en los casos en que la ley contiene elementos indeterminados o confiere ámbitos de discrecionalidad: “Derecho es aquí la norma de decisión concreta obtenida de la ley por el juez en el caso individual correspondiente con los medios y métodos de la interpretación científico-jurídica, esto es, observando los deberes jurídicos que lo vinculan; prevaricación entonces es la desviación de esa norma de decisión necesariamente inequívoca”<sup>114</sup>. Esta tesis suele descalificarse por supuestamente concebir la prevaricación como mera “contravención al método” o reducir su contenido de injusto a la mera “infracción del deber”<sup>115</sup>. Esta crítica, empero, no se percató de que para llegar a la norma particular **siempre** hay que pasar por la interpretación del precepto legal correspondiente, aunque esta se agote en una indagación puramente semántica. De modo que lo único que garantiza una construcción de la norma jurídica particular sometida a los principios de igualdad y de seguridad jurídica es, en definitiva, la sujeción del juez a las mismas reglas de interpretación y estándares de argumentación que aplicaría cualquier otro juez en su lugar, esto es, que fluyen de la misma tradición jurídica a la cual pertenecen.

<sup>112</sup> *BANCO DE CONCEPCIÓN CON WETTLIN* (1996).

<sup>113</sup> *ESTRADA CON CHIESA Y OTROS* (2012).

<sup>114</sup> RUDOLPHI (1970) p. 619.

<sup>115</sup> Crítica, entre otros, de SALIGER (2005) p. 145 y s.

## 2. LA SUBSUNCIÓN INCORRECTA COMO ELEMENTO DE INJUSTO RESULTATIVO

Ahora bien, la infracción de esas reglas básicas de interpretación y argumentación es solo un factor constitutivo del injusto de la prevaricación, sin duda esencial. Dichas reglas básicas se infringen mediante la **acción** del juez. Otro elemento del injusto se configura con la decisión judicial misma como **resultado** de esa actividad previa desarrollada de manera incorrecta e insostenible. Partiendo del presupuesto de la existencia de un precepto jurídico a negar o confirmar, Binding sostenía que la prevaricación **siempre** se “funda en una subsunción conscientemente incorrecta del hecho bajo el derecho objetivo”<sup>116</sup>. Dada la correcta interpretación del precepto aplicable, esta subsunción incorrecta puede ocurrir por la comprobación falsa del hecho, verificación que frecuentemente deriva de una valoración conscientemente incorrecta del resultado probatorio. Asimismo, y no obstante la valoración correcta de este, dicha subsunción también puede tener lugar por la interpretación incorrecta del precepto jurídico pertinente. Y, finalmente, la subsunción incorrecta puede derivar de la subordinación del hecho bajo un precepto jurídico impertinente, que encierra siempre una interpretación incorrecta, o bajo un precepto inexistente, que el juez trata como un precepto jurídico, por ejemplo, uno inválido<sup>117</sup>. Binding veía en cada una de esas tres modalidades de la subsunción incorrecta la estructura común del injusto de la prevaricación judicial. Su concepción, sin embargo, se acuña en una época previa al desarrollo de la teoría del derecho a lo largo de todo el siglo 20.

En rigor, cada una de esas formas de la subsunción incorrecta no es más que el **resultado incorrecto** que surge como consecuencia de la actividad realizada previamente por el juez de modo insostenible. Así, la subsunción incorrecta del hecho comprobado bajo un precepto jurídico inválido resulta de una acción del juez que no observa las reglas sobre jerarquía y preferencia de normas, por ejemplo, en el caso de aplicar la consecuencia jurídica prevista por una ley derogada o abiertamente inválida. El juez selecciona una premisa **mayor** incorrecta en virtud de una acción realizada sin observar reglas básicas de argumentación jurídica. La subsunción incorrecta que deriva de la comprobación falsa del hecho es más bien el resultado incorrecto de la actividad realizada previamente por el juez contraviniendo las reglas más elementales en el proceso de valoración de la prueba y comprobación fáctica. El juez construye una premisa **menor** falsa como consecuencia de esta acción realizada de modo insostenible a la luz de esas reglas, por ejemplo, si infiere un enunciado fáctico en base a la declaración manifiestamente falsa prestada por un testigo o si, entre una hipótesis cuya verdad se funda en un grado fuerte de confirmación y la hipótesis contraria que no ha recibido ningún grado de confirmación o uno muy débil, opta derechamente por construir la narración sobre los hechos en base a esta última. Aquí es preciso considerar una asimetría existente entre un proceso civil y uno penal, pues ambos se encuentran sometidos a diversos estándares de prueba y reglas sobre carga probatoria que resuelven las situaciones de incertidumbre en uno u otro sentido<sup>118</sup>. En consecuencia, por ejemplo, un juez que considera que la hipótesis cuya verdad se discute no ha recibido el grado de confirmación suficiente

<sup>116</sup> BINDING (1905) t. 2, p. 559.

<sup>117</sup> BINDING (1905) t. 2, p. 559.

<sup>118</sup> TARUFFO (2010) p. 254 y ss.



para superar el estándar y opta por la contraria que ha recibido un grado muy débil de confirmación, decide conforme a la regla del “*in dubio pro reo*”<sup>119</sup>. La subsunción incorrecta que resulta de la interpretación incorrecta de un precepto jurídico pertinente, como bien advierte Binding, conduce a un “pseudoprecepto”, es decir, a una **incorrecta** norma jurídica particular. Esta surge como consecuencia de la actividad de interpretación y argumentación realizada con infracción a las reglas básicas y los estándares propios de una tradición jurídica determinada. Aquí también se presenta una asimetría entre un caso civil y uno penal. Pues, en un caso penal rige la prohibición de analogía solo “*in malam partem*”, de modo que el resultado consistente en la no subsunción del hecho bajo la norma por razones teleológicas no es necesariamente incorrecto<sup>120</sup>. Como sea, la subsunción incorrecta como resultado de una decisión judicial puede ser corregida o no por vía de casación en el fondo o de nulidad, mas no la realización de una acción del juez que infringe las reglas más básicas de interpretación y argumentación jurídica, acción que entonces merece ser contrarrestada mediante la aplicación de las normas de sanción de la prevaricación judicial.

### 3. EL ASPECTO SUBJETIVO

El análisis de cualquier cuestión de orden subjetivo supone la configuración previa del contenido de injusto propio de la prevaricación judicial, esto es, que se ha dictado una decisión judicial incorrecta como consecuencia de una labor de construcción de sus premisas realizada de modo insostenible, es decir, con infracción de las reglas básicas de interpretación y argumentación jurídica. Lo anterior implica que, si la decisión judicial como resultado es incorrecta, pero la fundamentación de la premisa normativa o fáctica todavía se encuentra amparada por dichas reglas básicas, entonces la pregunta por el dolo ni siquiera se plantea<sup>121</sup>. Dolo, entonces, supone conocimiento de que la acción contraviene las reglas básicas de interpretación y argumentación jurídica, conocimiento que implica, a su vez, una decisión del juez por el resultado incorrecto. Por consiguiente, la prevaricación por ignorancia o negligencia radica en la dictación de una decisión judicial incorrecta fundada en premisas construidas de modo insostenible, pero donde la infracción de las reglas de interpretación o de argumentación jurídica se explica por el desconocimiento inexcusable de estas reglas o la poquísima diligencia del juez en su aplicación, respectivamente.

## V. CONCLUSIONES

1. Los tipos de prevaricación judicial propia se encuentran contruidos sobre la base de la vinculación del juez al derecho legislado en el momento de fallar una causa civil o penal. En este sentido, sus normas de comportamiento, cuyo destinatario es el propio juez, se fundan en la protección de un presupuesto básico del ejercicio correcto de la jurisdicción como es el principio de legalidad.

<sup>119</sup> Clásico FRISCH (1974) pp. 283 y ss., quien la concibe como una “regla de decisión” que forma parte de las “reglas sobre aplicación del derecho” y cuyo fundamento radica en el principio de justicia.

<sup>120</sup> PUPPE (2011) p. 109 y s.

<sup>121</sup> En este sentido, FRISCH (1983) p. 366 y s.

2. Una decisión judicial correcta, esto es, justificada interna y externamente, que resulta de la aplicación del derecho legislado en un caso concreto, civil o penal, gira en torno al eje de la subsunción de un hecho comprobado bajo un precepto legal interpretado. La corrección de la decisión judicial supone, entonces, un precepto legal **válido** que funge como premisa mayor, una proposición fáctica que enuncia la **verdad** y la **subsunción** del hecho así comprobado bajo la norma que resulta de la aplicación de las reglas básicas sobre **interpretación** jurídica.

3. Lo injusto de la prevaricación supone una decisión judicial incorrecta e **insostenible**, ya sea porque toma como premisa mayor un precepto **inválido** o porque la premisa fáctica se construye de manera **irracional** o porque la actividad de la **interpretación** contraviene las reglas básicas de este arte. El resultado propio de esta acción es una decisión judicial que incurre en una subsunción incorrecta.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AARNIO, Aulis (2016): *Lo racional como razonable* (Lima, Palestra).
- ACOSTA, Juan Domingo (1983): "Aspectos generales de la prevaricación", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 10: pp. 103-124.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (2015): *Sistemas normativos* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª ed.).
- ALEXY, Robert (1983): *Theorie der juristischen Argumentation* (Frankfurt a.M., Suhrkamp).
- BACIGALUPO, Enrique (2004): "Über die richterliche Rechtsbeugung", en VV.AA, *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag* (Neuwied, Wolters Kluwer) pp. 381-390.
- BEMMANN, Günter (1969): "Zum Wesen der Rechtsbeugung", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*: pp. 65-70.
- BIERLING, Ernst Rudolf (1894): *Juristische Prinzipienlehre* (Freiburg/Leipzig, Mohr).
- BINDING, Karl (1905): *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil* (Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann).
- CARACCILO, Ricardo (2011): "Paradigmas de decisión judicial" (manuscrito): pp. 1-23.
- CARACCILO, Ricardo (2013): "El problema de los hechos en la justificación de las sentencias", *Isonomía*, núm. 38: pp. 13-34.
- CARBONELL, Flavia (2017): "Elementos para un modelo de decisión judicial correcta", *Revista de estudios de la justicia*. núm. 27: pp. 1-35.
- COLOMA, Rodrigo (2017): "Bases de un modelo conceptual para decidir hechos", *Doxa*, núm. 40: pp. 69-92.
- ENGISCH, Karl (1960): *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (Heidelberg, Carl Winter - Universitätsverlag, 2ª ed.).
- ENGISCH, Karl (1963): *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken* (München, Max Hueber).
- ENGISCH, Karl (1971): *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit* (München, R. Piper & Co. Verlag).
- ESSER, Josef (1972): *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt a.M., Fischer Athenäum).
- FERRER, Jordi (2005): *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2ª ed.).

- FRISCH, Wolfgang (1974): “Zum Wesen des Grundsatzes ‘*in dubio pro reo*’”, en VV.AA, *Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag* (Berlin/New York, De Gruyter): pp. 273-286.
- FRISCH, Wolfgang (1983): *Vorsatz und Risiko* (Köln, Carl Heymanns Verlag).
- FRISCH, Wolfgang (2013): “Freie Beweiswürdigung und Beweismaß”, en VV.AA, *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, tomo 1 (Tübingen, Mohr) pp. 849-874.
- GUASTINI, Riccardo (2016): *La sintaxis del derecho* (Madrid/Barcelona, Marcial Pons).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2008): *Introducción a los delitos contra la administración de justicia* (Managua, Instituto de estudio e investigación jurídica).
- HART, Herbert L.A. (2012): *El concepto de derecho* (Buenos Aires, AbeledoPerrot, 3ª ed.).
- HAVERKATE, Görg (1977): *Gewissheitsverluste im juristischen Denken* (Berlin, Duncker & Humblot).
- HILGENDORF, Eric (2009): “Rechtsbeugung § 339”, en VV.AA, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (Berlin, De Gruyter, 12ª ed.).
- HRUSCHKA, Joachim (1965): *Die Konstitution des Rechtsfalles* (Berlin, Duncker & Humblot).
- KELSEN, Hans (1960): *Reine Rechtslehre* (Tübingen/Wien, Mohr Siebeck, 2ª ed.).
- KOHLER, Josef (1904): “Über den Begriff der Rechtsbeugung”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, núm. 13: pp. 613-616.
- KUHLEN, Lothar (2017): “Rechtsbeugung § 339”, en VV.AA., *Strafgesetzbuch. NomosKommentar* (Baden-Baden, Nomos, 5ª ed.).
- LARENZ, Karl y CANARIS, Wilhelm (1995): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin/Heidelberg, Springer, 3ª ed.).
- LARROUCAU, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39: pp. 783-808.
- LUHMANN, Niklas (1993): *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a.M., Suhrkamp).
- MÜLLER, Friedrich y CHRISTENSEN, Ralph (2013): *Juristische Methodik* (Berlin, Duncker & Humblot, 11ª ed.).
- OSSANDÓN, Magdalena y RODRÍGUEZ, Luis (2008): *Delitos contra la función pública* (Santiago, Editorial Jurídica, 2ª ed.).
- PUPPE, Ingeborg (2011): *Kleine Schule des juristischen Denkens* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2ª ed.).
- QUINTANA, Fernando (2011): *Interpretación y argumentación jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica).
- RUDOLPHI, Hans-Joachim (1970): “Zum Wesen der Rechtsbeugung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 82: pp. 610-632.
- SALIGER, Frank (2005): “Rechtsphilosophische Probleme der Rechtsbeugung”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, separata núm. 104: pp. 138-154.
- SCHUHR, Jan (2008): “Zur Vertretbarkeit einer rechtlichen Aussage”, *JuristenZeitung*, núm. 12: pp. 603-611.
- TARELLO, Giovanni (2018): *La interpretación de la ley* (Lima, Palestra).
- TARUFFO, Michele (2010): *Simplymente la verdad* (Madrid/Barcelona, Marcial Pons).
- WEINBERGER, Ota (1988): *Norm und Institution* (Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung).

WILENMANN, Javier (2011): “La administración de justicia como un bien jurídico”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1. sem.: pp. 531-573.

WRÓBLEWSKI, Jerzy (2013): *Sentido y hecho en el derecho* (Lima, Grijley).

ZIPPELIUS, Reinhold (1970): “Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit”, *Juristen-Zeitung*, núm. 18: pp. 241-245.

ZIPPELIUS, Reinhold (2012): *Juristische Methodenlehre* (München, Beck, 11ª ed.).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

*GALLEGUILLOS CON SILVA* (1898): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de junio, *Gaceta de los Tribunales*, año LVIII, núm. 5,014, pp. 897-902.

*BANCO DE CONCEPCIÓN CON WETTLIN* (1996): Corte Suprema, 31 de enero, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I (1996), II, sección cuarta, pp. 34-39.

*ESTRADA CON CHIESA Y OTROS* (2012): Corte de Apelaciones de Arica, 12 de marzo, Rol N° 64-2012, en vLex, Id. 366521698.

# PELIGRO CONCRETO Y PELIGRO ABSTRACTO. UNA CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

## *CONCRETE ENDANGERMENT AND ABSTRACT ENDANGERMENT. A CONTRIBUTION TO THE GENERAL THEORY OF THE SPECIAL PART OF THE CRIMINAL LAW*

JUAN PABLO MAÑALICH R.\*

**RESUMEN:** El artículo ofrece una reconstrucción de las categorías de peligro concreto y peligro abstracto como modalidades de menoscabo irreductibles a la lesión de un bien jurídico. Tras presentar una caracterización del peligro concreto y del peligro abstracto fundada en una redefinición de la noción general de peligro como un concepto práctico, se muestra que la protección dispensada frente a una y otra forma de peligro puede entenderse como una neutralización deóntica del azar situacional, para entonces introducir la distinción entre la protección especial y la protección general de un bien jurídico individual. El trabajo se cierra con una defensa de la categorización de los llamados “delitos de aptitud” y “delitos de efecto cumulativo” como especies de delito de peligro abstracto.

**Palabras clave:** peligro concreto y abstracto, azar situacional, delitos de aptitud, delitos de efecto cumulativo.

**ABSTRACT:** The article offers a reconstruction of the categories of concrete and abstract endangerment as harming modalities that are irreducible to the actual damage of a “legal good”. After presenting a characterization of concrete and abstract endangerment grounded upon a redefinition of the general notion of danger as a practical concept, it is shown that the protection provided against both forms of endangerment may be understood as a deontic neutralization of situational luck, for then introducing the distinction between the special and the general protection of an individual “legal good”. The article closes with a defense of the categorization of so-called “aptitude offenses” and “cumulative harm offenses” as specific kinds of abstract endangerment offenses.

**Keywords:** concrete and abstract endangerment, situational luck, aptitude offenses, cumulative harm offenses.

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Bonn. Profesor titular del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Av. Santa María 076, Providencia, Santiago. Correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl. El presente trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt (regular) N° 1200235, del cual el autor es investigador responsable. Agradezco a Carolina Sepúlveda V. y Camila Treimún C., ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales, por su ayuda en la revisión del texto. Vaya mi agradecimiento, asimismo, para los dos árbitros anónimos cuyas sugerencias contribuyeron, espero, a mejorar la claridad expositiva del texto.

## I. INTRODUCCIÓN: LOS DELITOS DE PELIGRO CONCRETO Y ABSTRACTO EN EL SISTEMA DE LA PARTE ESPECIAL

Una deficiencia que aqueja, contemporáneamente, a la dogmática de la parte especial radica en la insuficiente atención prestada a estructuras comunes de tipificación que emergen en ámbitos regulativos aparentemente inconexos. Esto compromete la posibilidad de un análisis comparativo de la arquitectura de las diferentes formas de comportamiento punible, y así la viabilidad de una auténtica sistematización de la parte especial. Superar esta deficiencia exige reconocer la autonomía que distingue a la dogmática de la parte especial en consideración a su objeto<sup>1</sup>, mas evitando reducirla al juego de un perfilamiento aislado de cada decisión de criminalización en particular. Avanzar en esta última dirección equivale a contribuir al todavía pendiente desarrollo de una auténtica **parte general de la parte especial**<sup>2</sup>.

Un corolario de la aproximación así delineada tendría que consistir en una rehabilitación de la legitimidad que, *ceteris paribus*, exhibe el recurso legislativo a la técnica de tipificación de delitos de **peligro concreto** y de **peligro abstracto**. Que ello se consiga o no, depende ante todo de la contundencia con la que logren ser desvirtuadas las múltiples caricaturas que suelen acompañar al discurso doctrinal referido a esta última categoría de delito. Esto impone la necesidad de revisar, desde un punto de vista jurídico-filosófico, las razones susceptibles de ser esgrimidas como premisas para la adopción –y el mantenimiento– de decisiones de criminalización resultantes en la tipificación de delitos de peligro abstracto.

Para reivindicar la autonomía que el peligro concreto y el peligro abstracto exhiben en cuanto formas de menoscabo, aquí se buscará hacer explícita la conexión interna que existe entre una y otra forma de peligro, por un lado, y la variable de la incontrolabilidad de contingencias capaces de resultar en la lesión del respectivo bien jurídico, por otro. Esto supone advertir que el problema del azar emerge como un factor decisivo para la eventual racionalización de la decisión legislativa consistente en declarar punible una forma de comportamiento especificada como condicionante de un peligro abstracto para un bien jurídico. Con ello, el presente trabajo también persigue dar cuenta de la distintiva significación que la neutralización del **azar situacional** puede adquirir como factor de criminalización. En tal medida, aquí se pretende contribuir al esfuerzo por hacer aprovechable la indagación filosófica en el fenómeno de la llamada “suerte moral” en pos de la comprensión y la valoración de lo que podríamos denominar “azar con incidencia jurídica”.

<sup>1</sup> Lo cual ha de traducirse en un rechazo categórico de los esfuerzos por presentar la dogmática de la parte especial como nada más que la dogmática de la parte general practicada en una “escala” diferente, de lo cual la tendencia a sustituir la teoría de la tipicidad por una hipertrófica teoría de la “imputación objetiva” es una muestra suficientemente elocuente. Para una impugnación de semejante aproximación al desafío de la “generalización” de la parte especial, en específica referencia a la obra de Jakobs, véase MAÑALICH (2019a). Acerca de los criterios de demarcación dogmática de la parte general y la parte especial desde una perspectiva técnico-jurídica, fundamental FINCKE (1975) pp. 3 y ss., 10 y ss., 18 y ss.; véase también TIEDEMANN (1992).

<sup>2</sup> Acerca de la necesidad de una auténtica parte general –*qua* “teoría general”– de la parte especial, véase especialmente POLITOFF y otros (1993) pp. 21 y ss., quienes acertadamente destacan que sus dos capítulos fundamentales tendrían que ser el estudio de “la técnica del tipo penal” y el análisis de “la objetividad de delito”, esto es, de aquello en cuyo menoscabo típicamente relevante habría de consistir el injusto del respectivo hecho punible.

Sobre la base de la reconstrucción de las nociones de peligro concreto y de peligro abstracto así presentada, y a la que se dedica la segunda sección, se procurará hacer reconocible la necesidad de distinguir dos formas que puede asumir la protección de un bien jurídico individual frente al peligro abstracto. Para ello es indispensable diferenciar, a su vez, dos sentidos en que puede ser usada la expresión “bien jurídico individual”. La importancia de la distinción, así obtenida, entre delitos de **peligro abstracto-especial** y delitos de **peligro abstracto-general** será demostrada a través de un análisis de sus implicaciones concursales, en referencia a situaciones de concurrencia de un delito de lesión o de peligro concreto para un bien jurídico individual, por un lado, y un delito de peligro abstracto para el “mismo” bien jurídico, por otro.

Articular una definición analíticamente pulcra, a la vez que dogmáticamente satisfactoria, de la noción de peligro abstracto es un presupuesto indispensable para hacer reconocible, finalmente, la necesidad de introducir algunas diferenciaciones ulteriores, que lleven a la identificación de subcategorías de delitos de peligro abstracto. La última sección del trabajo está destinada a mostrar que este es el estatus de los delitos de **aptitud** y de los delitos de **efecto cumulativo**.

## II. LESIÓN, PELIGRO CONCRETO, PELIGRO ABSTRACTO

### 1. CONTRA EL PARADIGMA DE LA AGRESIÓN

Que lo que llamamos “bien jurídico” se identifique con el objeto de protección de una norma de comportamiento punitivamente reforzada, significa que la finalidad de tal norma consiste en que sea evitada la realización de una determinada forma de comportamiento que habría de traer aparejada una merma del valor del respectivo bien jurídico, desde el punto de vista de su titular o sus beneficiarios. Semejante merma del valor de un bien jurídico puede ser genéricamente tematizada como su **menoscabo** delictivamente relevante.

¿Pero en qué consiste, exactamente, lo que tradicionalmente llamamos un “bien jurídico”? La estrategia aquí favorecida para responder esta pregunta consiste en definir la expresión “bien jurídico” como designativa de alguna **propiedad** que, en cuanto exhibida por una persona, una cosa, una institución o en general un objeto (*lato sensu*) cualquiera<sup>3</sup>, es valorada positivamente<sup>4</sup>, en el sentido de que esa propiedad es valorada como buena<sup>5</sup>. Así, por ejemplo, el bien jurídico que *de lege lata* denominamos “salud corporal” no es más que la propiedad fisiológica exhibida por un organismo humano y que se atribuye a este hacien-

<sup>3</sup> Por “objeto” (*lato sensu*) se entiende aquí todo aquello que, ontológicamente, tiene el carácter de un “particular” en cuanto ítem susceptible de cuantificación existencial, esto es, en cuanto capaz de ocupar el lugar de una variable individual en una fórmula (bien formada) de la lógica predicativa.

<sup>4</sup> Fundamental para semejante definición no-sustancialista del concepto de bien jurídico, KINDHÄUSER (1989) pp. 137 y ss., 174 y ss.

<sup>5</sup> Véase VON WRIGHT (1963a) pp. 8 y ss., 24 y ss., quien distingue expresamente la noción de un “bien” en cuanto **objeto** portador de valor “positivo”, por un lado, de la noción de una propiedad “que-convierte-a-algo-en-bueno” (*good-making property*), por otro. En tal medida, la palabra “bueno” se comporta, en la terminología favorecida por QUINE (1960) pp. 100 y ss., 129 y ss., como un adjetivo “sincategoremático”, esto es, como un adjetivo cuyo significado es variable según cuál sea la clase de objeto de cuya caracterización se trata; véase también KINDHÄUSER (1989) pp. 140 y ss.

do uso del adjetivo “saludable”, cuya conservación –relativa a un determinado estado– representa el *telos* de la prohibición cuyo quebrantamiento es constitutivo del delito de lesión corporal (*stricto sensu*)<sup>6</sup>. Y así también, cuando usamos el sustantivo “medioambiente” para designar el objeto de protección de un conjunto de normas de comportamiento punitivamente reforzadas, lo que así se tematiza no es más que un haz de propiedades sustanciales o relaciones de equilibrio susceptibles de ser exhibidas por uno o más componentes ambientales, cuya conservación –relativa a un determinado estado– se corresponde con el *telos* de esas mismas normas<sup>7</sup>.

Pero la identificación del bien jurídico protegido por la norma en cuestión no prejuzga cuál sea la **específica forma de menoscabo** ante la cual esa norma le dispensa protección. Para perfilar las modalidades que puede asumir el menoscabo de un bien jurídico, es usual echar mano a la tripartición de las categorías de lesión, peligro concreto y peligro abstracto.

Por “lesión” de un bien jurídico cabe entender la alteración de un estado –intrínseco o relacional– del objeto (*lato sensu*) que exhibe la propiedad positivamente valorada, resultante en que ese objeto o bien deje de exhibir, absolutamente, la propiedad en cuestión, o bien deje de exhibirla en la medida en que la exhibía hasta entonces<sup>8</sup>. El homicidio es un delito de lesión (contra la vida), porque su consumación depende del acaecimiento de un resultado consistente en la transformación de un estado de vitalidad (en sentido biológico) en un estado de no-vitalidad de la víctima; y la lesión corporal también es un delito de lesión (contra la salud corporal), porque su consumación depende del acaecimiento de un resultado consistente en la transformación de un estado en el que la víctima exhibe, en una determinada medida, la propiedad de ser saludable en un estado en que ella ya no exhibe, en la misma medida, esa propiedad. A partir de este par de ejemplos debería ser claro que la clase de los delitos de lesión no es coextensiva con la de los delitos de resultado<sup>9</sup>. Pues nada obsta a que la consumación de un delito de cierta especie dependa del acaecimiento de una transformación –lo cual quiere decir: de un evento constitutivo de un resultado– que **no** consista en una lesión del respectivo bien jurídico<sup>10</sup>.

La evitación de menoscabos constitutivos de una lesión del respectivo bien jurídico es la finalidad exclusiva de cada norma consistente en la prohibición de la producción de

<sup>6</sup> Aquí se está dando por sentado que, bajo el derecho chileno vigente, las expresiones “mutilación” y “lesión corporal” designan dos géneros delictivos diferentes: el primero, constituido por el quebrantamiento de una norma orientada a la protección de la integridad corporal; y el segundo, constituido por el quebrantamiento de una norma orientada a la protección de la salud corporal.

<sup>7</sup> Al respecto, MAÑALICH (2006) pp. 510 y ss., con referencias ulteriores.

<sup>8</sup> Ello dependerá de si la propiedad en cuestión es o no graduable: la propiedad de estar-vivo no es graduable, puesto que un organismo solo puede estar vivo o no vivo, sin que pueda estar “más o menos” vivo; la propiedad de ser-saludable, en cambio, es graduable, porque un organismo puede estar más o menos saludable, esto es, saludable en una cierta medida.

<sup>9</sup> Así KINDHÄUSER (1989) pp. 144 y ss.

<sup>10</sup> Un ejemplo de delito de resultado de peligro concreto lo encontramos en la omisión de socorro; al respecto más abajo, III.1. Sobre el concepto técnico de resultado, definido sobre la base de la noción de transformación, véase MAÑALICH (2014) pp. 32 y ss., donde se muestra que la clase de los delitos de resultado no es coextensiva con la de los delitos de resultado causalmente condicionado. Acerca de la distinción entre tipos de acción especificados a través de descripciones causalmente complejas, por un lado, y a través de descripciones constitutivamente complejas, por otro, véase SEARLE (2010) pp. 36 y ss.



semejante lesión, así como de cada norma consistente en el requerimiento de su impedimento<sup>11</sup>. Es definitorio de lo que Kindhäuser críticamente caracteriza como “paradigma de la agresión”, sin embargo, que esa misma finalidad sea postulada como criterio de legitimación de las normas cuya contravención sería constitutiva, en cambio, de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto<sup>12</sup>. Este paradigma favorece una comprensión subjetivista de la relación en la que se encontrarían los conceptos de lesión, peligro concreto y peligro abstracto, según un “esquema espacio-temporal” bajo el cual cabría diferenciar múltiples estadios a través de los cuales podría proyectarse y materializarse un ataque dirigido contra un determinado bien jurídico<sup>13</sup>.

Para ilustrar el punto, Kindhäuser nos propone considerar el ejemplo de un atentado terrorista que consistiera en la detonación de una bomba en el lugar donde se desarrolla una celebración multitudinaria, en referencia al menoscabo de la vida y la integridad o salud corporal de una multiplicidad de personas. Así, y de acuerdo con el paradigma de la agresión, “[e]n el estadio de planificación, el peligro está, de entrada, solamente en la intención del atentado. Los delitos que ya comprenden, en el estadio de planificación, el peligro de la lesión de un bien jurídico son denominados delitos de preparación. [...] En nuestro ejemplo hay además un estadio relevante que es previo a la preparación concreta del hecho, a saber, el delito de organización de la constitución del grupo terrorista con la meta de planear y llevar a cabo tales hechos”<sup>14</sup>.

En los términos del paradigma de la agresión, “todos los demás estadios que median entre la planificación y la lesión se pueden subdividir también en determinadas modalidades de delitos”<sup>15</sup>, entre las cuales cabría reconocer una auténtica progresión: “[a]sí, el poder de disposición sobre una bomba se puede clasificar como posesión peligrosa. Además, la colocación de la bomba en el lugar de la fiesta popular se puede entender como una acción que es idónea para causar la muerte y lesiones graves de personas. Si finalmente la bomba explota, se puede diferenciar entre aquellas víctimas que han muerto o han sido lesionadas efectivamente y aquellas personas que más o menos por casualidad no han sufrido daños”<sup>16</sup>.

La progresión así descrita se correspondería con un incremento lineal del injusto asociado al menoscabo del respectivo bien jurídico. Así, y a partir de la consideración de la lesión como manifestación más aguda de la agresión dirigida contra un bien jurídico, el injusto más grave sería el correspondiente a la lesión del bien, en contraste con lo cual “[p]resenta un injusto menor aquella situación existente justamente antes de la lesión, en la

<sup>11</sup> Véase MAÑALICH (2014) pp. 34 y ss., en referencia específica a aquellas normas de prohibición y de requerimiento cuyo quebrantamiento es constitutivo de un delito de resultado puro.

<sup>12</sup> Véase KINDHÄUSER (1989) pp. 163 y ss., 171 y ss.; más sucintamente, KINDHÄUSER (2008) pp. 47 y ss.

<sup>13</sup> En tal medida, el paradigma de la agresión se encuentra internamente conectado con la adopción del esquema intencionalista que es definitorio, a su vez, del modelo (metafórico) del *iter criminis*; para una reconstrucción crítica de este modelo, que busca mostrar su inadecuación como clave para la dogmática de la tentativa, véase MAÑALICH (2019b) pp. 33 y ss.

<sup>14</sup> KINDHÄUSER (2008) p. 47. Acerca de la categoría de los delitos de preparación, y en contra de su pertinencia para dar cuenta de la estructura del injusto de la asociación ilícita *qua* delito de organización, véase MAÑALICH (2020) pp. 466 y ss.

<sup>15</sup> KINDHÄUSER (2008) p. 47.

<sup>16</sup> KINDHÄUSER (2008) pp. 47 y ss.

cual depende más o menos de la casualidad que se produzca una lesión de la sustancia del bien. Esta situación se caracteriza como el resultado de la puesta en peligro concreto del bien jurídico afectado. Todos los demás estadios previos son estados de puesta en peligro abstracto, entre los cuales nuevamente la organización de un grupo terrorista o la planificación del atentado presentan el menor contenido de injusto<sup>17</sup>.

Pero como observa Kindhäuser, esta estrategia de legitimación es difícilmente plausible, desde ya porque las formas de comportamiento tipificadas como delitos de peligro abstracto se distinguen, *ex definitione*, por no ser lesivas para el bien jurídico de cuya pretendida protección se trata<sup>18</sup>. La racionalización de semejante decisión de criminalización ha de descansar, antes bien, en la atribución de una diferente finalidad de protección a las normas en cuyo quebrantamiento consisten los delitos en cuestión. Con ello, el desafío dogmático no es otro que articular una concepción del peligro concreto y del peligro abstracto como formas **autónomas** del menoscabo de un bien jurídico<sup>19</sup>, lo cual quiere decir: como irreducibles a la forma de menoscabo representada por un resultado de lesión<sup>20</sup>.

## 2. PELIGRO CONCRETO Y PELIGRO ABSTRACTO COMO FORMAS AUTÓNOMAS DE MENOSCABO

En la superación del paradigma de la agresión, la premisa que necesita ser desactivada consiste en la tesis de que la lesión de un bien jurídico ocuparía un lugar privilegiado como pretendida forma de menoscabo por antonomasia. Ello se expresa en el lugar común de que “[l]os delitos de peligro abstracto son un estado previo de los delitos de peligro concreto, de igual modo que estos implican una fase previa a la producción de la lesión”<sup>21</sup>. Para desactivar esa premisa es crítico insistir en que las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas no protegen tales o cuales bienes jurídicos “por mor de sí mismos”. Los bienes jurídicos son protegidos **en interés** de quienes cuentan como sus titulares, tratándose de bienes individuales, o como sus beneficiarios, tratándose de bienes colectivos<sup>22</sup>. Y si la funcionalidad para la satisfacción de los intereses de sus titulares o beneficiarios determina la valía de los bienes jurídicos protegidos<sup>23</sup>, entonces no hay razón alguna para asumir que esa valía solo podría verse mermada a través de una alteración del objeto que

<sup>17</sup> KINDHÄUSER (2008) p. 48.

<sup>18</sup> KINDHÄUSER (1989) pp. 166 y ss.

<sup>19</sup> En particular acerca de la autonomía del peligro abstracto *qua* forma de menoscabo, véase HERNÁNDEZ (2016) pp. 150 y ss., 172 y ss., 180 y ss., denunciando el error categorial implicado en la tradicional caracterización de los delitos de esa clase como delitos “de peligrosidad presunta”. Acerca de esta última conceptualización, véase especialmente SCHRÖDER (1969) pp. 14 y ss. Al respecto, véase CORCOY (1999) p. 214; en el marco de la discusión chilena, CABEZAS (2013) pp. 103 y ss.

<sup>20</sup> Véase KINDHÄUSER (1989) pp. 336 y ss., destacando la falta de homogeneidad de la (genérica) finalidad de protección de bienes jurídicos, según si esa protección es dispensada frente a la lesión, frente al peligro concreto o frente al peligro abstracto. Para una recepción matizada de la estrategia de conceptualización de Kindhäuser en la discusión chilena, véase BASCUR (2019) pp. 567 y ss., 570 y ss.

<sup>21</sup> TORÍO (1981) p. 835.

<sup>22</sup> Para una sustentación de este planteamiento en referencia a la legitimación de normas de comportamiento que protegen bienes jurídicos individuales, véase MAÑALICH (2020) pp. 102 y ss., 109 y ss.

<sup>23</sup> KINDHÄUSER (1989) p. 144.

exhibe la propiedad positivamente valorada. Así, la tarea consiste en ofrecer una definición de las nociones de peligro concreto y peligro abstracto que, no obstante la conexión conceptual existente entre una y otra con la noción de lesión, logre especificarlas como expresivas de sendas formas de menoscabo que admitan ser tratadas como irreductibles a la mera anticipación de una eventual lesión del bien jurídico del que se trate<sup>24</sup>.

Bajo la concepción alternativa favorecida por Kindhäuser, el paso argumentativamente decisivo consiste en la redefinición del concepto mismo de peligro como uno de **naturaleza práctica** (o “conductiva”), y no como un concepto de naturaleza teórica (esto es, epistémica)<sup>25</sup>. Esto quiere decir que, en general, una situación ha de ser caracterizada como peligrosa para un bien jurídico en atención al impacto que esa situación tiene en las **posibilidades de acción** disponibles para la neutralización o la prevención de una lesión del bien, desde el punto de vista de sus titulares o beneficiarios<sup>26</sup>. La distinción entre un peligro concreto y un peligro abstracto puede así ser reconstruida en consideración a la diferente estructura de la acción cuya ejecución sería prácticamente necesaria, en cada caso, para preservar la integridad del bien jurídico, a saber: una acción de impedimento actualmente “defensivo” de un daño (*Schadensabwehr*), por un lado, y una acción de impedimento anticipadamente “precautorio” de un daño (*Schadensvorsorge*), por otro<sup>27</sup>.

Así, en una situación de **peligro concreto** el bien jurídico queda expuesto a la eventualidad de una lesión no intencionalmente evitable por parte de su titular o sus beneficiarios, en cuanto no susceptible de ser **actualmente** impedida en interés de la preservación de la indemnidad del bien. Esto equivale a decir que, desde el punto de vista de su titular o sus beneficiarios, la contingencia de la lesión del bien jurídico queda entregada al azar<sup>28</sup>, en el sentido de que esa contingencia se presenta como incontrolable para quien o quienes tienen interés en la preservación del bien. Y es la incapacidad situacional de un aseguramiento existencial del bien jurídico lo que conlleva aquí la merma de su valor como condición o medio para el libre desenvolvimiento de su titular o de sus beneficiarios.

<sup>24</sup> Esto debería bastar para advertir el error categorial implicado en la todavía muy extendida pretensión de asimilar la distinción entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, por un lado, a la diferencia estructural de la llamada “tentativa idónea” ya la llamada “tentativa inidónea”, por otro; en esta dirección, CORCOY (1999) pp. 42 y ss. Para una impugnación general de semejante asimilación, véase MAÑALICH (2019c) pp. 826 y s., a propósito del problema de la determinación del inicio de la tentativa.

<sup>25</sup> KINDHÄUSER (1989) pp. 201 y ss., 277 y ss.; KINDHÄUSER (2008) pp. 52 y ss. La naturaleza teórica del concepto de peligro es asumida, paradigmáticamente, por quienes lo definen bajo una aproximación probabilística; como ejemplo de esto último, véase solamente SOLER (1992) p. 563: “Peligro es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso”.

<sup>26</sup> Y no, en cambio, desde la perspectiva del agente, cuyo *locus* de pertinencia es, exclusivamente, la fundamentación de la imputación subjetiva de ese mismo comportamiento al potencial autor; véase KINDHÄUSER (1989) pp. 208 y ss., 211 y ss., con nota 25., 278 y ss., 292. Esto último es pasado por alto por CORCOY (1999) pp. 161 y s., cuando sugiere que la adopción del criterio de la “evitabilidad de la lesión” supondría confundir la determinación de la existencia de un resultado de peligro con un juicio de “imputación objetiva del resultado de peligro”.

<sup>27</sup> Véase KINDHÄUSER (1989) pp. 205 y ss.

<sup>28</sup> KINDHÄUSER (1989) pp. 205 y ss., 210 y ss. Bajo tal definición del concepto de peligro concreto, carece de toda pertinencia el recurso al eventual carácter “causalmente inexplicable” del no-acaecimiento de una lesión del bien.

En cambio, una situación de **peligro abstracto** tiene que ser identificada con la erosión de una o más condiciones de seguridad heterónoma de cuya efectividad depende que un titular determinado o la generalidad de los titulares de un bien jurídico individual, o los beneficiarios de un bien jurídico colectivo, puedan disponer o aprovecharse de él de manera relativamente despreocupada<sup>29</sup>. En este contexto, por “seguridad heterónoma” cabe entender la compensación de la adopción individual de la **precaución** situacionalmente necesaria para poder disponer y aprovecharse, de manera no peligrosa, del respectivo bien en el marco de lo socialmente adecuado, en una situación en la cual esa precaución no podría ser adoptada en lo absoluto o traería aparejada una carga desproporcionadamente gravosa para el individuo en cuestión.

En tal medida, en una situación de peligro abstracto la contingencia de que el respectivo bien jurídico se vea expuesto, eventualmente, a una situación de peligro concreto **no** resulta **controlable** para quien pretende disponer o aprovecharse del bien en esa misma situación. Así, la contingencia de que el bien jurídico quede expuesto a un peligro concreto resulta entregada, desde el punto de su titular o sus beneficiarios, al azar<sup>30</sup>. En tal afectación de la seguridad con la que una o varias personas puedan disponer o aprovecharse, de manera relativamente despreocupada, del bien jurídico en cuestión radica la merma de su valor que es definitoria de una situación de peligro abstracto<sup>31</sup>.

Ya se sostuvo que la categoría de delito de lesión no es coextensiva con la de delito de resultado, desde ya porque no todo delito de resultado tiene el carácter de un delito de lesión. Ahora interesa hacer explícito que, siendo claro que como resultado típicamente puede venir en consideración un resultado de peligro concreto, nada obsta a que, alternativamente, el resultado en cuestión pueda asumir la forma de un resultado de peligro abstracto<sup>32</sup>. La identificación del peligro abstracto para el correspondiente bien jurídico con

---

<sup>29</sup> KINDHÄUSER (1989) pp. 273 ss., 277 y ss. Bajo tal definición del concepto de peligro abstracto, este no puede ser confundido con la noción de una “peligrosidad estadística” que a su vez descansa en un concepto “frecuentista” de probabilidad, aun cuando para la fundamentación de la “relevancia-de-daño” de la respectiva forma de comportamiento puedan ser invocadas leyes estadísticas; al respecto, KINDHÄUSER (1989) pp. 229 y ss., 294 y ss. En general sobre la concepción frecuentista de la probabilidad, véase TORRETTI (2007) pp. 131 y ss., 136 y ss., según quien “el frecuentismo identifica la probabilidad de un evento con la frecuencia relativa con que se presentan, a la larga, eventos como ese entre los eventos de su clase”; Torretti (2007) p. 136. Acerca de la necesidad de distinguir una concepción frecuentista (de base epistémica) de una concepción “propensivista” (de base factual), entendidas como variantes alternativas de una concepción objetivista –susceptible de ser contrastada con una concepción subjetivista (o “bayesiana”)– de la probabilidad, véase BUNGE (2011) pp. 241 y ss.

<sup>30</sup> Véase KINDHÄUSER (1989) pp. 290 y ss.

<sup>31</sup> Ello debería privar de base a la objeción, reiteradamente esgrimida contra una conceptualización del peligro abstracto *à la* Kindhäuser, según la cual esta conceptualización iría de la mano de una inconveniente “subjetivización” de la noción de peligro abstracto *qua* forma de menoscabo. Para una recepción de esa objeción en la literatura chilena, véase VARGAS (2007) pp. 302 y ss.

<sup>32</sup> Así KINDHÄUSER (1989) p. 225. En la literatura chilena, y desde una perspectiva diferente, véase VARGAS (2007) pp. 390 y ss., 393 y ss., caracterizando el resultado en cuestión como una situación de “incontrolabilidad”, entendida como un “estado de incertidumbre normativamente desvalorado”. Véase, sin embargo, MALDONADO (2006) p. 33, según quien los delitos de peligro abstracto no admitirían ser caracterizados como delitos “de peligro”, sino solo como delitos “de peligrosidad”, en razón de la pretendida impertinencia de hablar aquí de un “resultado de peligro”; para una presentación canónica de la extendida (mas problemática) tesis según la cual todo delito de peligro abstracto sería, al mismo tiempo, un delito de mera actividad, véase CORCOY (1999)

un **resultado** depende, más bien, de que la forma de comportamiento respectivamente sometida a prohibición o a requerimiento consista en un determinado tipo de **acción**. Pues es definitorio de una acción que su marca de éxito consista con la transformación o la preservación de un estado de cierta índole<sup>33</sup>. En este sentido, por ejemplo, el falso testimonio es un delito de resultado-de-peligro-abstracto contra la correcta administración de justicia, y más precisamente: contra la corrección (jurídica) de las decisiones judiciales<sup>34</sup>. En cambio, si la forma de comportamiento abstractamente peligrosa consiste en un determinado tipo de **actividad**, no cabe hablar de resultado alguno, puesto que una actividad consiste en estar haciendo algo en la forma de un proceso que se desarrolla continuamente<sup>35</sup>. En este sentido, por ejemplo, el manejo en estado de ebriedad es un delito de peligro abstracto (contra una pluralidad de bienes jurídicos individuales) que, por constituir un delito de actividad, no tiene el carácter de un delito de resultado<sup>36</sup>.

### 3. LA PROTECCIÓN FRENTE AL PELIGRO CONCRETO Y AL PELIGRO ABSTRACTO COMO NEUTRALIZACIÓN DEÓNTICA DEL AZAR SITUACIONAL

La precedente conceptualización del peligro concreto y del peligro abstracto ha enfatizado la conexión que cada una de esas dos formas de menoscabo exhibe, respectivamente, con la imposibilidad práctica de una conjuración (actual) o una prevención (anticipada) de la contingencia de la lesión del bien jurídico protegido. Y tal como ya se sostuviera, la merma de la valía de un bien jurídico cuyo titular o cuyos beneficiarios se ven situacionalmente impedidos de neutralizar o de prevenir su eventual lesión radica en el hecho de que la existencia misma o la indemnidad del bien quede, entonces, entregada al azar. En referencia a la variante de peligrosidad abstracta representada por una “relevancia-de-daño general”<sup>37</sup>, Kindhäuser sostiene que “[e]l hecho de que el comportamiento en general dañosamente relevante no fuera, en el caso especial, concretamente peligroso se funda [...], desde la perspectiva de la víctima, en un acaso [*Zufall*] y es, por ello, una *quantité négligeable*; los casos

---

pp. 68 y s. Al respecto, cabe notar que, una vez que se advierte la autonomía recíproca que exhiben el peligro concreto y el peligro abstracto *qua* formas de menoscabo alternativas a la lesión, la expresión “resultado de peligro” necesita ser sistemáticamente desambiguada, al igual que la expresión “peligro”: el peligro concreto y el peligro abstracto **no** admiten ser entendidos como especies de un mismo género; lo único que comparten, como tales, los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto es la propiedad (negativa) de no ser delitos de lesión. Véase, sin embargo, CORCOY (1999) pp. 142 y s., según quien la supuesta autonomía de los bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos frente al peligro concreto y al peligro abstracto haría posible “formular un concepto unitario de estos delitos”.

<sup>33</sup> Al respecto, MAÑALICH (2014) pp. 32 y ss.; también MAÑALICH (2018a) pp. 96 y ss.

<sup>34</sup> Valga la precisión, empero, de que **no** se trata de un delito de resultado **causalmente** condicionado, puesto que la conexión existente entre el resultado (aquí: declarativo) y la acción cuya ejecución es delictiva (consistente en prestar declaración como testigo ante un tribunal en el marco de un proceso judicial) no es de índole causal (y así: natural), sino de índole convencional (y así: institucional); al respecto, más arriba, nota 10.

<sup>35</sup> Para la correspondiente distinción de las nociones de acción y actividad, fundamental VON WRIGHT (1963b) pp. 35 y ss., 41 y ss.; véase también VENDLER (1967) pp. 102 y ss. El hecho de que, ontológicamente, una actividad exhiba el carácter de un **proceso** explica que todo delito de (“mera”) actividad tenga, *eo ipso*, el carácter de un delito permanente.

<sup>36</sup> Véase MAÑALICH (2014) pp. 30 y ss., con nota 51.

<sup>37</sup> Al respecto, más abajo, IV.2.

no son magnitudes [*Größen*] en las que pueda hacerse descansar la disposición racional sobre bienes”<sup>38</sup>.

En esta última observación emerge la clave para lo que ahora interesa: el aprovechamiento racional de un bien jurídico no es compatible con que, desde el punto de vista de su titular o sus beneficiarios, no pueda contarse con la posibilidad de impedir, actual o anticipadamente, la contingencia de su lesión. Pues según ya se sugiriera, ello vuelve azarosa la indemnidad del bien para quien o quienes tienen interés en su preservación. Y esto vuelve (legislativamente) racional, entonces, que esa imposibilidad práctica sea **normativamente compensada**.

En la profusa literatura filosófica dedicada al problema de la “suerte moral”<sup>39</sup>, este es generalizadamente entendido como el problema de determinar qué incidencia –si alguna– puede llegar a tener el azar, entendido como aquello sobre lo cual un agente no tiene (pleno) **control**<sup>40</sup>, sea en la responsabilidad que pudiera atribuirse a un agente por lo que este hace o deja de hacer, sea en el estatus normativo predicable de lo que él hace o deja de hacer<sup>41</sup>, sea en la asignación de una o más cargas o beneficios que, bajo algún esquema de distribución, pudieran corresponder a alguna persona; en referencia a este último plano, cabe hablar de un posible “azar en la distribución”<sup>42</sup>. En la medida en que la especie de responsabilidad, deber o arreglo distributivo cuya respectiva fundamentación pueda verse impactada por el azar tenga que ser situada en el campo del derecho, y no en el de la moral, cabrá hablar, *mutatis mutandis*, de una “suerte (con significación) jurídica”<sup>43</sup>.

Una de las manifestaciones que, en cualquiera de las tres dimensiones recién diferenciadas, puede exhibir el fenómeno de la suerte moral la encontramos en la llamada “suerte circunstancial”, esto es, la suerte en cuanto a las circunstancias que conforman la situación que brinda o niega a un agente la oportunidad para hacer o no hacer algo<sup>44</sup>. De acuerdo

<sup>38</sup> KINDHÄUSER (1989) p. 293.

<sup>39</sup> Las coordenadas de las múltiples controversias así etiquetadas fueron fijadas por las contribuciones de WILLIAMS (1981) pp. 20 y ss., y NAGEL (1979) pp. 24 y ss.; para una visión de conjunto, véase NELKIN (2019). Desde un punto de vista jurídico-penal, el panorama más exhaustivo es el ofrecido por BURGHARDT (2018) pp. 11 y ss., 33 y ss., 55 y ss.

<sup>40</sup> Acerca de la relación entre el problema de la suerte moral y el “principio del control”, véase BURGHARDT (2018) pp. 231 y ss., 377 y ss. En la literatura disponible en castellano, es especialmente apto el análisis ofrecido por SCHLEIDER (2011) pp. 143 y ss.

<sup>41</sup> Siguiendo a Michael Zimmerman, podemos decir que en la primera de esas dos dimensiones el problema consiste en dar cuenta del posible impacto del azar en el contenido y el alcance de uno o más juicios “hipológicos” –esto es, juicios de imputación–, en tanto que en la segunda, en dar cuenta de su posible impacto en el contenido y el alcance de uno o más juicios “deónticos”; así ZIMMERMAN (2002) pp. 554 y ss., observando que la atención filosófica prestada al problema ha tendido a quedar confinada al ámbito de los juicios hipológicos, descuidándose el análisis del posible impacto del azar en el ámbito de los juicios deónticos; sobre esto último, véase ZIMMERMAN (2006) p. 585.

<sup>42</sup> Al respecto, y detalladamente, LIPPERT-RASMUSSEN (2018) pp. 3 y ss., con múltiples referencias ulteriores.

<sup>43</sup> Fundamental al respecto, ENOCH (2008) pp. 25 y ss., 28, 31 y ss., 38 y ss., 52 y ss., quien argumenta a favor de la imposibilidad de ofrecer una distinción (normativamente relevante) entre el fenómeno de la suerte jurídica, por un lado, y el fenómeno de la “suerte a secas” (*plain luck*) con implicaciones jurídicas, por otro; más sucintamente, ENOCH (2010) pp. 48 y ss.

<sup>44</sup> De acuerdo con la seminal contribución de Nagel, como especie del género de la suerte moral la suerte circunstancial coexistiría con la “suerte consecuencial” (i.e., la suerte en cuanto a las consecuencias de lo que el

con esta descripción, el fenómeno de la suerte circunstancial admite ser redefinido, sin distorsión alguna, en el sentido de lo que previamente fuera denominado “azar situacional”<sup>45</sup>. Con ello quedamos en condiciones de especificar el *telos* de las normas que prohíben formas de comportamiento concreta o abstractamente peligrosas, a saber: la neutralización deóntica de una especie de **azar situacional distributivamente relevante**.

La protección de un bien jurídico frente al peligro concreto o al peligro abstracto es dispensada por normas de comportamiento de cuyo seguimiento generalizado tendría que seguirse que su titular o sus beneficiarios puedan disponer o aprovecharse de él sin quedar sometidos a la carga de asegurar autónomamente, y en una medida eventualmente impracticable, la indemnidad del bien<sup>46</sup>. Dado que la función de toda norma de comportamiento es la de servir como premisa (práctica) para la fundamentación de concretos deberes de abstención o de acción, las normas cuyo quebrantamiento es constitutivo de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto se orientan a la **neutralización deóntica** del desamparo situacionalmente azaroso de los bienes jurídicos que, de esa manera, resultan protegidos.

Esta caracterización de la finalidad de protección respectivamente atribuible a las normas de comportamiento punitivamente reforzadas a través de la tipificación de delitos de peligro concreto o de peligro abstracto contribuye a hacer reconocible la autonomía que aquella exhibe frente a la finalidad de protección de las normas cuyo quebrantamiento es constitutivo de un delito de lesión para el correspondiente bien jurídico. Como observa Kindhäuser, “la genuina dañosidad de la puesta en peligro concreto [...] se encuentra en la pérdida –aun solamente transitoria– de la posibilidad de disponer autónomamente sobre el bien”, mientras que la distintiva dañosidad de la generación de un peligro abstracto radica en el socavamiento de la confianza en que una cierta manera de disponer o aprovecharse de un bien jurídico es, *per se*, suficientemente segura<sup>47</sup>. En este último nivel no se trata de que la seguridad –o aun la confianza–, como tal, se confunda con lo protegido<sup>48</sup>, sino de que el respectivo bien jurídico recibe protección frente a una forma de menoscabo específicamente referida a las condiciones de su disponibilidad o aprovechamiento racionalmente controlable.

---

agente hace o deja de hacer), la “suerte causal” (i.e., la suerte en cuanto a las condiciones antecedentes capaces de condicionar causalmente lo que el agente hace o deja de hacer) y la “suerte constitutiva” (i.e., la suerte en cuanto a quién es el agente); véase NAGEL (1979) pp. 24 y ss., 28 y ss. Al respecto, también NELKIN (2019) pp. 5 y ss.

<sup>45</sup> Véase ZIMMERMAN (2002) pp. 563 y ss., quien asume, con todo, una definición algo más laxa de la expresión “suerte situacional” (*situational luck*), según la cual esta designaría la conjunción de la “suerte circunstancial” y la “suerte constitutiva”.

<sup>46</sup> Para una caracterización general de las normas de comportamiento, entendidas como “reglas de coordinación”, *qua* soluciones estandarizadas de conflictos distributivos, véase KINDHÄUSER (1989) pp. 146 y ss.

<sup>47</sup> KINDHÄUSER (1989) p. 336.

<sup>48</sup> Esta es, empero, una tan reiterada como equivocada objeción esgrimida contra la concepción del peligro abstracto articulada por Kindhäuser; véase VARGAS (2007) pp. 302 y ss., con referencias ulteriores. Para una explícita postulación de la “seguridad de los bienes” como un bien jurídico diferenciado, véase en cambio SOLER (1992) pp. 559 y ss., en el contexto de su caracterización de los delitos de peligro común.

### III. PROTECCIÓN GENERAL *VERSUS* PROTECCIÓN ESPECIAL FRENTE AL PELIGRO ABSTRACTO: IMPLICACIONES CONCURSALES

#### 1. UNA DESAMBIGUACIÓN: LOS BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES COMO PROPIEDADES O COMO TROPOS

Que las formas de menoscabo de la lesión, el peligro concreto y el peligro abstracto hayan de ser entendidas como recíprocamente autónomas, no implica que, en cuanto “efectos-de-comportamiento”, ellas sean recíprocamente excluyentes<sup>49</sup>. Ello debería resultar claro en atención a la posibilidad de que un mismo bien jurídico “en sentido numérico” pueda experimentar dos o más menoscabos categorialmente diferentes a consecuencia de la ejecución o la omisión de una misma acción –esto es, en una situación de “unidad de hecho”–, en términos tales que el comportamiento en cuestión exhiba múltiple relevancia típica<sup>50</sup>.

Esto exige, en lo inmediato, esclarecer el sentido en que cabe tematizar la **identidad** de un bien jurídico “en sentido numérico”. Tomando prestado un término técnico cuyo significado se ha vuelto especialmente intrincado en el campo filosófico de la ontología, una propiedad individuada según el objeto singular que la exhibe puede ser llamada “tropo”<sup>51</sup>. En este sentido, la salud corporal de la persona X se corresponde con un bien jurídico distinto, *qua* tropo, de la salud corporal de la persona Y, a pesar de que en cuanto “mera” propiedad –esto es, con independencia quién o quienes sean las personas corporalmente saludables– se trata de uno y el mismo bien jurídico<sup>52</sup>. De la factibilidad de la consideración de que, en cuanto tropos, la salud corporal de X y la salud corporal de Y se corresponden con bienes jurídicos numéricamente distintos depende, entre otras cosas, que estemos en condiciones de identificar quién es el “ofendido por el delito”, según lo presuppone el art. 108 del CPP.

<sup>49</sup> Así ya KINDHÄUSER (1989) pp. 337 y ss.

<sup>50</sup> De acuerdo con la concepción aquí favorecida, dos o más realizaciones de un mismo tipo-de-delito, o bien la realización de dos o más tipos-de-delito, se encuentran en una relación de “unidad de hecho” cuando la totalidad de las realizaciones concurrentes puede ser **conjuntamente evitada** a través de la omisión o la ejecución de una misma acción, según corresponda; al respecto, MAÑALICH (2018b) pp. 83 y ss. Ello no prejuzga si el concurso así constituido ha de tener impacto penológico en la forma de un concurso ideal o si, en cambio, ha de ser penológicamente desconocido, *qua* concurso aparente, en conformidad con el principio *ne bis in idem*; al respecto, MAÑALICH (2018b) pp. 195 y ss.

<sup>51</sup> Así MOLTSMANN (2013) pp. 17 y ss., con la ulterior precisión de que, *stricto sensu*, un tropo no sería más que la “concreta instanciación de una propiedad”. Para una muy aprovechable revisión de la bibliografía canónica a este respecto, véase MAURIN (2018) pp. 5 y ss., quien da cuenta de que las conceptualizaciones más estandarizadas tienden a categorizar los tropos como “particulares abstractos” que, desde un cierto punto de vista, admitirían ser entendidos como **propiedades**, en tanto que, desde otro, como **objetos**; al respecto, y en consideración a los problemas de semántica filosófica asociados a la ontología de los tropos, véase también MOLTSMANN (2013) pp. 46 y ss. En contraste con la tesis que atribuye a los tropos el carácter de entidades ontológicamente fundamentales –para una objeción paradigmática, véase ARMSTRONG (1997) pp. 22 y ss.–, aquí simplemente se hará uso de la expresión “tropo” para hablar de una propiedad en cuanto **instanciada** por un objeto singularizado. En tal medida, aquí se adopta lo que Moore aptamente ha caracterizado como una “interpretación débil” de la noción de tropo; véase MOORE (2009) pp. 338 y ss., 344 y ss.

<sup>52</sup> Valga la precisión de que, siguiendo a ARMSTRONG (1997) pp. 21 y ss., 38 y ss., aquí se asume una posición “moderadamente realista” acerca de las propiedades en cuanto “universales”, según la cual no existen propiedades no instanciadas por uno o más objetos.



Como ejemplo de la posible concurrencia en “unidad de hecho” del condicionamiento delictivo de un peligro concreto y de una lesión para un mismo bien jurídico en sentido numérico, considérese el caso de quien omite auxiliar a otra persona que, en un lugar deshabitado, se encuentra herida, maltratada o en peligro de muerte, incurriendo así en la falta de omisión de socorro tipificada en el art. 494 N° 14 del CP, que tiene el carácter de un delito de peligro concreto contra la vida o la salud corporal<sup>53</sup>. La particularidad del delito así tipificado consiste en que la situación de peligro concreto para la vida o la salud corporal de la víctima es preexistente al comportamiento omisivo del potencial autor, quien al no suprimir o reducir ese peligro condiciona (pasivamente) su subsistencia. Esto equivale a decir que esa situación de peligro concreto cuenta como el resultado de la respectiva omisión de una acción consistente en prestar socorro o auxilio a la víctima<sup>54</sup>. Y nada obstaría a que, por la vía de omitir semejante acción supresora o reductora del peligro concreto para la vida o la salud corporal de la víctima, el “mal samaritano” pudiera condicionar el acaecimiento de un resultado de muerte o de lesión corporal de la víctima<sup>55</sup>. En este último caso, y de encontrarse el omitente en posición de garante respecto de la vida o la salud corporal de la víctima, a aquel sería imputable, asimismo, un homicidio o una lesión corporal en omisión impropia<sup>56</sup>.

## 2. PELIGRO ABSTRACTO-ESPECIAL *VERSUS* PELIGRO ABSTRACTO-GENERAL

No es igualmente fácil ofrecer ejemplos de situaciones en las cuales la generación delictiva de un peligro abstracto pueda concurrir, asimismo en “unidad de hecho”, con el condicionamiento delictivo de una lesión o un peligro concreto para un mismo bien jurídico en sentido numérico. Esto se explica por una doble circunstancia. Por un lado, y en lo que respecta a los bienes jurídicos colectivos, estos suelen ser exclusivamente protegidos frente al peligro abstracto<sup>57</sup>. Ello vuelve improbable –aunque no imposible– que podamos identi-

<sup>53</sup> Muy claramente en esta dirección, POLITOFF y otros (1993) pp. 276 y ss., 282 y ss., denunciando el “constructivismo teórico” implicado en la sugerencia de que el objeto de tutela aquí relevante tendría que ser identificado con la “función asistencial del Estado” delegada en quien se enfrenta a la persona expuesta al peligro.

<sup>54</sup> Esto se explica por el hecho de que la estructura de una acción cuya omisión pueda resultar típica bajo el N° 14 del art. 494 sería, bajo la descripción aquí relevante, la de una acción **destructiva** del estado de peligro concreto en el cual se encuentra la víctima. Que el resultado del delito consistente en la omisión de semejante acción destructiva del respectivo estado de peligro admita ser identificado con la subsistencia de ese mismo estado, se vuelve inteligible a través de la teoría de la acción –fundada en una correspondiente “lógica del cambio”– presentada por VON WRIGHT (1963b) pp. 17 y ss., 56 y ss., que descansa en un uso (estipulativo) del término “transformación” como designativo de la sucesión de dos estados, entre los cuales podría darse, en lo que aquí interesa, una relación de identidad. Sobre esto, véase MAÑALICH (2014) pp. 34 y ss.; más detalladamente, MAÑALICH (2018a) pp. 99 y ss.

<sup>55</sup> Lo cual equivaldría a decir que la acción omitida por el agente admitiría ser redescrita como una acción **impeditiva** de la muerte o de una lesión corporal de la víctima, de manera tal que la omisión de esa acción pueda ser tenida por resultante en su muerte o lesión corporal. Acerca del problema de la “causalidad de la omisión” bajo un modelo de causalidad explicativa, véase MAÑALICH (2014) pp. 48 y ss., 56 y ss.

<sup>56</sup> Al respecto, POLITOFF y otros (1993) pp. 278 y ss. En tal caso, el concurso entre la omisión de socorro y el homicidio omisivo tendría que ser penológicamente desconocido en la forma de un concurso aparente, según el criterio de la consunción, a favor de la exclusiva condena por el segundo de esos dos hechos punibles.

<sup>57</sup> Véase KINDHÄUSER (2008) pp. 58 y ss., en referencia específica a los bienes jurídicos colectivos de índole institucional; en general al respecto, MAÑALICH (2006) pp. 513 y ss., 522 y ss. Para un planteamiento coincidente, véase HERNÁNDEZ (2016) pp. 174 y ss.

ficar contextos regulativos en los cuales tenga sentido tematizar la concurrencia en “unidad de hecho” de la generación de un peligro abstracto y del condicionamiento de una lesión o un peligro concreto para un mismo bien colectivo. Pero, por otro lado, y en consideración a las particularidades de la protección de bienes jurídicos individuales frente al peligro abstracto, es imprescindible diferenciar dos formas –una “especial” y otra “general”– que puede asumir esa protección<sup>58</sup>, cuya heterogeneidad impacta directamente en el problema ahora considerado.

La protección de un bien jurídico individual frente al peligro abstracto es **especial** cuando lo protegido es el bien en cuanto objeto de una disposición o un aprovechamiento no-peligroso por parte de un titular singularizado de ese mismo bien; su protección es **general**, en cambio, cuando se trata del aseguramiento de la posibilidad de disponer o aprovecharse no-peligrosamente del bien jurídico (individual) por parte de la generalidad de sus titulares. De acuerdo con la distinción previamente introducida, podemos decir que una protección general frente al peligro abstracto es dispensada al respectivo bien jurídico individual en cuanto “mera” propiedad, mientras que una protección especial frente al peligro abstracto –al igual que su protección frente a la lesión o al peligro concreto– le es dispensada en cuanto *tropo*.

Lo anterior implica que solo tratándose de un delito de peligro abstracto-especial contra un bien jurídico individual cabe tematizar la identidad “numérica” del bien jurídico típicamente menoscabado. De ahí que únicamente en referencia a un delito así tipificado sea posible identificar un titular singularizado del bien en cuestión como **víctima** (en sentido estricto), así como reconocer eficacia excluyente del injusto de ese delito al consentimiento que esa misma persona pudiera prestar en la exposición del bien jurídico al peligro abstracto<sup>59</sup>. Y en lo que ahora interesa, ello se traduce en que una posible concurrencia, en “unidad de hecho”, del condicionamiento de un peligro abstracto y de la lesión o un peligro concreto para un mismo bien jurídico en sentido numérico solo pueda plantearse si la protección que se le dispensa frene al peligro abstracto es especial.

A pesar de tratarse de un asunto interpretativamente intrincado, un ejemplo de un delito consistente en el quebrantamiento de una prohibición que dispensa una protección especial a un bien jurídico (individual) frente al peligro abstracto lo encontramos en aquella variante de injuria (*lato sensu*) que admite ser denominada “injuria difamatoria”, y que que-

<sup>58</sup> Fundamental, KINDHÄUSER (1989) pp. 294 y ss. Para una temprana sugerencia de la plausibilidad de la distinción entre “peligro individual” y “peligro común” como modalidades de peligro abstracto contra bienes jurídicos individuales, véase SCHRÖDER (1969) p. 23, nota 26. En la discusión chilena, la necesidad de una distinción como la aquí asumida ha sido detectada, con especial claridad, por BASCUR (2019) pp. 573 y ss.

<sup>59</sup> Así ya CORCOY (1999) pp. 203 y s., bajo una comprensión de los bienes jurídicos “supraindividuales” como bienes de “titularidad compartida”. Ello basta para desactivar el argumento esgrimido por Kuhlen para caracterizar el manejo en estado de ebriedad como un delito contra la seguridad del tráfico *qua* bien jurídico colectivo; véase KUHLEN (2013) p. 4. El carácter general de la protección dispensada a la vida y a la salud corporal, *qua* bienes jurídicos individuales, frente al peligro abstracto es suficiente para explicar la irrelevancia del eventual consentimiento (“en el riesgo”) de algún involucrado en la situación típicamente relevante. Para la correspondiente caracterización del homicidio consentido como delito de peligro abstracto, fundada en que la ineficacia de la declaración de voluntad de quien (autónomamente) consiente en que otro lo mate para hacer inaplicable la prohibición del homicidio es indicativa de que esa prohibición dispensa una protección general a la vida frente al peligro abstracto, véase MAÑALICH (2020) pp. 113 y ss., 117 y ss.

da asociada a la noción de una “expresión proferida o acción ejecutada [...] en descrédito de otra persona”, en los términos del art. 416 del CP<sup>60</sup>. Que la prohibición de la injuria difamatoria protege el honor frente al peligro abstracto, se manifiesta en que la relevancia típica de una imputación informal a ese título sea insensible a la verdad o falsedad de la imputación en cuestión<sup>61</sup>. Y que la protección así dispensada al honor frente al peligro abstracto es especial, se sigue del régimen de acción penal privada al que queda sometida, al igual que las restantes formas de injuria (*lato sensu*) punible, la persecución de la injuria difamatoria. Pues ese régimen de persecución presupone, en lo tocante al reconocimiento de legitimación activa, la individualización del titular del honor pretendidamente menoscabado<sup>62</sup>.

Con esto obtenemos un ejemplo de la posible concurrencia en “unidad de hecho” del condicionamiento delictivo de un peligro abstracto y de una lesión para un mismo bien jurídico individual en sentido numérico. Si la respectiva imputación informal no solo es apta para comprometer el honor de la potencial víctima en la forma de un “descrédito”<sup>63</sup>, sino además proposicionalmente falsa y así resultante en “deshonra” para ella<sup>64</sup>, entonces esa imputación informal no solo será constitutiva de una injuria difamatoria en cuanto delito de peligro abstracto, sino también de una injuria *stricto sensu* en cuanto delito de lesión contra el honor de la víctima<sup>65</sup>.

La conclusión precedente tiene importancia para clarificar cómo debería ser penológicamente tratado un concurso, en unidad de hecho, entre un delito de lesión o de peligro concreto contra un bien jurídico individual, por un lado, y un delito de peligro abstracto contra ese mismo bien jurídico, por otro<sup>66</sup>. Una dificultad asociada a esta pregunta radica en la potencial ambigüedad, ya apuntada, de la referencia al “mismo” bien jurídico de cuyo menoscabo se trata. Una vez que disponemos de la distinción entre la referencia a un bien jurídico individual como una “mera” propiedad, por un lado, y la referencia a un bien jurídico individual como un tropo, por otro, podemos concluir que, para que el injusto de un delito de peligro abstracto contra un bien jurídico individual pueda entenderse “absorbido” por el injusto de un delito de lesión o de peligro concreto contra ese bien jurídico, es necesario que el tipo del correspondiente delito de peligro abstracto imponga su individuación como un tropo, esto es: como la correspondiente propiedad en cuanto exhibida por un objeto (*lato sensu*) singularizado. Y para que tenga sentido tematizar la protección de un bien jurídico individual *qua* tropo frente al peligro abstracto, esa protección necesita ser

<sup>60</sup> En detalle al respecto, MAÑALICH (2020) pp. 60 y ss., 73 y ss., 82 y ss., con múltiples referencias ulteriores.

<sup>61</sup> Ello descansa, crucialmente, en la adopción de un concepto “normativo” de honor; véase MAÑALICH (2020) pp. 21 y ss., 27 y ss.

<sup>62</sup> Al respecto, MAÑALICH (2020) pp. 11 y ss., 17 y ss.

<sup>63</sup> Acerca del estatus de los delitos de aptitud como subclase de delito de peligro abstracto, véase más abajo, IV.1.

<sup>64</sup> Véase MAÑALICH (2020) pp. 21 y ss., 63 y ss.

<sup>65</sup> Del cual la calumnia constituye una especie calificada; véase MAÑALICH (2020) pp. 67 y ss. Acerca de las implicaciones que ello tiene para la reconstrucción del régimen de la *exceptio veritatis*, MAÑALICH (2020) pp. 90 y ss., 96 y ss.

<sup>66</sup> Para un agudo planteamiento del problema, aunque desde premisas dogmáticas solo parcialmente coincidentes con las aquí favorecidas, véase BASCUR (2019) pp. 577 y ss. En la discusión española, véase especialmente CORCOY (1999) pp. 355 y ss.

especial. Retomando el ejemplo ya utilizado: si la imputación informal constitutiva de una injuria difamatoria perpetrada contra X es, al mismo tiempo, constitutiva de una injuria *stricto sensu* perpetrada contra X, entonces el concurso así constituido –en “unidad de hecho”– entre ambos delitos deberá ser penológicamente desconocido, como aparente, según el criterio de la consunción<sup>67</sup>.

Lo mismo no vale, en cambio, tratándose de un delito de peligro **abstracto-general** contra un bien jurídico individual, precisamente porque el bien jurídico de cuyo menoscabo se trata no admite, en ese mismo contexto, ser individuado como un tropo. Y esto determina que el injusto del delito así tipificado no pueda entenderse “absorbido” por el injusto de un delito de lesión o de peligro concreto contra el “mismo” bien jurídico<sup>68</sup>.

#### IV. SUBCATEGORÍAS DE DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

##### 1. LOS DELITOS DE APTITUD

La tesis de que la lesión, el peligro concreto y el peligro abstracto representan formas de menoscabo recíprocamente autónomas –aunque conceptualmente conectadas– tampoco prejuzga cuál sea la respuesta a la pregunta de si ellas son, además, conjuntamente exhaustivas. En la discusión especializada tiende a ser crecientemente puesta en cuestión la suficiencia de la tradicional tripartición como matriz para la reconstrucción dogmática de determinadas formas de comportamiento punible, cuya respectiva estructura típica solo podría ser debidamente elucidada echando mano a categorías de delito no reconducibles a alguna de esas tres formas de menoscabo<sup>69</sup>. Entre las categorías de delito que se resistirían a ser así clasificadas, se dice, figurarían los delitos “de efecto acumulativo” y los delitos de preparación<sup>70</sup>. Es más bien pacífico, en cambio, que lo mismo no se dejaría predicar de los delitos “de aptitud” (o “de idoneidad”), a veces también denominados “de peligro abstracto-concreto”<sup>71</sup>,

<sup>67</sup> Que el criterio pertinente sería el de consunción, y no el de especialidad, se sigue del hecho de que entre los tipos de la injuria *stricto sensu* y de la injuria difamatoria existe una relación lógico-semántica de interferencia, y no de inclusión: no toda injuria *stricto sensu* es constitutiva de injuria difamatoria, puesto que una injuria *stricto sensu* puede asumir, alternativamente la forma de una injuria expresiva (y no “imputativa”), en circunstancias de que una injuria difamatoria solo puede ser perpetrada a través de una imputación informal. Nótese, con todo, que si en nuestro ejemplo la injuria *stricto sensu* fuera, a su vez, constitutiva de calumnia, entonces tanto el concurso aparente entre la calumnia y la injuria *stricto sensu* como el concurso aparente entre la calumnia y la injuria difamatoria resultarían fundamentados por el criterio de la especialidad.

<sup>68</sup> De ahí que un peligro abstracto-general, así entendido, se corresponda con la primera de las formas que, según FEINBERG (1984) pp. 222 y s., podría exhibir un “daño público”, a saber: un daño generado “por una actividad generalmente peligrosa que no amenaza a persona alguna susceptible de ser nombrada de antemano, pero casi a cualquiera que llegue a estar en posición de ser afectada”.

<sup>69</sup> Véase KUHLEN (2012) pp. 226 y ss.

<sup>70</sup> KUHLEN (2012) pp. 227 y ss.; específicamente acerca del recurso a la tipificación de delitos de efecto acumulativo en el contexto del derecho penal medioambiental, fundamental KUHLEN (1993) pp. 711 y ss. Acerca de la categoría de los delitos de efecto acumulativo, véase MALDONADO (2006) pp. 47 y s.; también MAÑALICH (2006) pp. 514 y ss., donde se los caracteriza, empero, como auténticos delitos de peligro abstracto; al respecto, más abajo, IV.2. Acerca de la categoría de los delitos de preparación, véase más arriba, nota 14.

<sup>71</sup> Fundamental al respecto, SCHRÖDER (1969) pp. 22 y s., caracterizándolos como una “auténtica combinación de elementos de peligro abstracto y concreto”. Esto último se explica por la particular comprensión de la distinción entre el peligro abstracto y el peligro concreto que asumiera Schröder, según quien “[los] delitos de peligro

que tienden a ser identificados con una subclase de delito de peligro abstracto<sup>72</sup>. Para advertir por qué esta última categorización es acertada, es necesario desentrañar en qué puede consistir semejante “aptitud” como marca típicamente relevante.

Siguiendo a Kindhäuser, el carácter abstracto de la “relevancia-de-daño” (*Schadensrelevanz*) exhibida por una forma de comportamiento en cuya realización consiste un delito de aptitud se funda en que todo comportamiento que realiza el correspondiente tipo-de-delito tendría que resultar –con arreglo a una o más leyes causales– en la lesión del respectivo bien jurídico, bajo la condición de que el comportamiento tuviera lugar en circunstancias que configurarían un “campo causal” adecuado para el condicionamiento de la lesión del bien<sup>73</sup>. Con ello, la relevancia típica del respectivo comportamiento dependería de que este exhiba la disposición de ser concretamente peligroso para el bien jurídico con cargo a la **hipotética** concurrencia de circunstancias que pudieran acompañar, más o menos “normalmente”, al aprovechamiento del bien protegido por parte de su titular o sus beneficiarios, mas sin que la efectiva concurrencia de esas circunstancias condicione la realización del tipo-de-delito<sup>74</sup>.

Justamente porque el respectivo tipo-de-delito hace **abstracción** de las circunstancias en las cuales el comportamiento habría de resultar en un peligro concreto para el bien protegido –esto es, en una situación en la cual la contingencia de su lesión quedaría entregada al azar–, un comportamiento que realice el tipo no exhibirá más que una aptitud abstracta para la lesión del bien<sup>75</sup>. Esto sustenta la clasificación de los delitos de aptitud como una subcategoría de delito de peligro abstracto<sup>76</sup>, cuya particularidad radica en que la constatación de la realización del tipo en cuestión exige la comprobación de que la erosión de una o más condiciones estandarizadas de seguridad heterónoma tuvo lugar en una situación en la cual, de haber sido azarosamente diferentes las circunstancias concomitantes, el bien ju-

---

abstracto son aquellos en los cuales los elementos de la peligrosidad han sido determinados por la ley misma, mientras que en los delitos de peligro concreto al juez es transferida, en el caso singular, la decisión acerca de si se ha generado un peligro”; así SCHRÖDER (1969) p. 18.

<sup>72</sup> En la literatura alemana, véase KUHLEN (2012) pp. 226 y s.; así también ROXIN (1997) § 11/127. En la doctrina española, es fundamental la contribución de TORÍO (1981) pp. 827 y s., 832 y s., 838 y s., quien favoreciera su denominación como “delitos de peligro hipotético”. En la discusión chilena, véase MALDONADO (2006) pp. 49 y s.; HERNÁNDEZ (2016) p. 179; LONDOÑO (2019) p. 422.

<sup>73</sup> Fundamental al respecto, KINDHÄUSER (1989) pp. 238 y ss., 293 y s. Por “campo causal” cabe entender el conjunto de circunstancias antecedentes, tenidas por no necesitadas de explicación, de cuya presencia depende que el acaecimiento de un evento de cierta clase pueda ser explicado, en conformidad con algún conjunto de leyes causales, a través de la invocación de aquello que, en tal medida, es identificado como causa de ese evento; véase MAÑALICH (2014) pp. 46 y s., con referencias ulteriores.

<sup>74</sup> KINDHÄUSER (1989) p. 293.

<sup>75</sup> Que semejante relevancia-de-daño sea dependiente de la **hipótesis** de la efectividad de circunstancias cuya presencia, empero, no es condición necesaria de la realización del tipo, explica que los delitos de aptitud tradicionalmente hayan sido etiquetados como “de peligro hipotético”. Véase MALDONADO (2006) p. 49.

<sup>76</sup> Muy claramente, TORÍO (1981) p. 838, según quien para la realización del tipo de un delito “de peligro hipotético” sería “necesaria, aunque también suficiente, la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido”, de manera tal que lo distintivo de semejantes delitos sería que “[l]a imposibilidad de la producción del peligro excluye en ellos la tipicidad”.

rídico habría quedado enfrentado, sin más, a un peligro concreto, y así a la contingencia no controlable de su eventual lesión.

## 2. LOS DELITOS DE EFECTO CUMULATIVO

Para cerrar la presente indagación, cabe analizar si los ya aludidos delitos de efecto cumulativo admiten ser entendidos, asimismo, como una subcategoría de delito de peligro abstracto<sup>77</sup>. Según Kuhlen, sería distintivo de un delito de efecto cumulativo “que la acción concreta no sea adecuada para lesionar el bien jurídico protegido”, de manera tal que “la conducta ni siquiera [es] abstractamente peligrosa”<sup>78</sup>. De ahí que Kuhlen sostenga que la caracterización de los delitos de efecto cumulativo como delitos de peligro abstracto solo sería admisible si esta última categoría “se definiera de manera puramente negativa, estableciendo que son delitos de peligro abstracto aquellos que no exigen ni la lesión ni la puesta en peligro concreto”<sup>79</sup>. Esta tesis es problemática, a lo menos por dos razones.

En primer lugar, al sugerir que un comportamiento constitutivo de un delito de efecto cumulativo no generaría peligro abstracto alguno, por “no ser adecuad[o] para lesionar el bien jurídico”, Kuhlen está identificando las nociones de peligro abstracto y de aptitud abstracta de lesión. Esto supone confundir el género con una de sus especies<sup>80</sup>. Y en segundo lugar, no es en absoluto obvio que solo a través de una conceptualización negativa de los delitos de peligro abstracto sea posible categorizar los delitos de efecto cumulativo como una subclase de aquellos.

Como observara Feinberg, la razón susceptible de ser esgrimida para justificar la criminalización de un delito de efecto cumulativo se presenta como una respuesta a la pregunta de “¿qué [sucedería] si todos lo hicieran?”<sup>81</sup>. Esto da cuenta de que el fundamento de semejante decisión de criminalización consiste en lo que cabría denominar un “principio de generalización”. Esta expresión, sin embargo, resiste a lo menos dos interpretaciones, que se corresponden con las dos versiones que puede exhibir el llamado “utilitarismo de la regla”<sup>82</sup>. Según el contraste que de una y otra interpretación nos brinda Hoerster, bajo la primera de ellas el principio rezaría así: “[u]na acción que, en general, tiene malas consecuencias, no debería ser realizada”; bajo la segunda interpretación, en cambio, el principio rezaría como sigue: “[u]na acción cuya realización general tiene malas consecuencias, no debería ser realizada”<sup>83</sup>. La diferencia entre una y otra formulación concierne al objeto de referencia de la generalización plasmada en uno y otro estándar. Bajo la primera formulación, el foco

<sup>77</sup> Afirmativamente, ya KINDHÄUSER (2008) p. 41, quien observa que el rendimiento dogmático de la postulación, entre otras, de los “delitos de acumulación” como una categoría pretendidamente autónoma “es ciertamente bajo, pues no pocas veces la clase de peligro depende de la clase del bien jurídico afectado, de manera que tras la división se esconden, más que modalidades generales de delito, las peculiaridades de los bienes jurídicos afectados”.

<sup>78</sup> KUHLEN (2012) p. 227.

<sup>79</sup> KUHLEN (2012) pp. 227 y s.

<sup>80</sup> Al respecto, véase más arriba, IV.1.

<sup>81</sup> FEINBERG (1984) pp. 225 y s., quien habla de “daños acumulativos”.

<sup>82</sup> Fundamental al respecto HOERSTER (1975), pp. 57 y ss., 67 y ss.

<sup>83</sup> HOERSTER (1975) p. 60.

queda puesto en las consecuencias que, estadísticamente, tenderían a seguirse de la ejecución de una única acción particular de la respectiva clase de acciones<sup>84</sup>; bajo la segunda formulación, en cambio, la generalización queda referida a las consecuencias que seguirían de la **ejecución generalizada** de acciones de la clase en cuestión.

Es en la segunda de sus dos posibles formulaciones que el principio de generalización emerge como la *ratio* subyacente a la tipificación de un delito de efecto cumulativo<sup>85</sup>. El problema de legitimación al que se enfrenta el recurso a esta técnica legislativa consiste en que, por definición, cada instancia de realización del tipo de un delito así tipificado se distinguiría por ser **necesariamente no-lesiva** para el respectivo bien jurídico<sup>86</sup>. Esto hace posible identificar la premisa que subyace al rechazo de la categorización de los delitos de efecto cumulativo como delitos de peligro abstracto, a saber: la premisa según la cual, positivamente, la peligrosidad abstracta de una forma de comportamiento solo podría consistir o bien en su “relevancia-de-daño abstracta” –que es la marca distintiva de los delitos de aptitud– o bien en su “relevancia-de-daño general”. Esta última sería la relevancia predicable de la contravención de una norma de comportamiento fundamentada en el primero de los dos estándares susceptibles de ser etiquetados como “principio de generalización”, y cuya relevancia delictiva tendría que ser dependiente, así, de un juicio de peligrosidad estadística. Y desde este mismo punto de vista, tendría que ser manifiesta, por contraste, la desproporción de la reacción punitiva asociada a la imputación del quebrantamiento de una norma cuya contravención no podría traer aparejado, *ex definitione*, daño alguno<sup>87</sup>.

Pero no es correcto asumir que el fundamento de criminalización de todo delito de peligro abstracto no constitutivo de un delito de aptitud tuviera que reconducirse a la noción de peligrosidad estadística. Pues esta noción no ofrece, en general, una estrategia adecuada para reconstruir el contenido de injusto de un delito de peligro abstracto<sup>88</sup>. Si la forma de menoscabo correspondiente a un peligro abstracto se identifica, en cambio, con la erosión de condiciones de seguridad heterónoma de cuya satisfacción depende la posibilidad de disponer o aprovecharse despreocupadamente del respectivo bien jurídico<sup>89</sup>, entonces la categorización de los delitos de efecto cumulativo como delitos de peligro abstracto dependerá de que entre las condiciones de seguridad cuya satisfacción no admita ser dejada al arbitrio individual figure la adopción generalizada de alguna forma de comportamiento

<sup>84</sup> En palabras de KINDHÄUSER (1989) p. 230, la eventual prohibición de un comportamiento que exhiba semejante “relevancia-de-daño general” tendría que fundamentarse en el hecho de que ese comportamiento, “en razón de sus propiedades, pertenece a una clase de formas de comportamientos que con una frecuencia significativa tiene como consecuencia el menoscabo de un bien jurídico”.

<sup>85</sup> Valga la observación de que Hoerster mismo apunta que, en la literatura especializada, por “principio de generalización” tiende a entenderse el segundo de los dos estándares por él diferenciados; véase HOERSTER (1975) pp. 60 y s., 67.

<sup>86</sup> HOERSTER (1975) p. 58: “Son las consecuencias acumulativas de una serie de acciones singulares las que pueden ser caracterizadas como no deseables. Cada acción individual, considerada en sí misma, es decir, aislada de las otras acciones de naturaleza similar es, por el contrario, inofensiva”. Véase, asimismo, FEINBERG (1984) p. 226.

<sup>87</sup> Así SILVA (2001) pp. 132 y ss. En la misma dirección, CARNEVALI (2000) pp. 141 y ss., 145 y ss.; BASCUÑÁN (2008) pp. 23 y s., con nota 30.

<sup>88</sup> Véase KINDHÄUSER (1989) pp. 233 y ss.; al respecto, más arriba, nota 29.

<sup>89</sup> Al respecto, más arriba, II.2. y II.3.

que la mayor parte de quienes pudieran tomar parte en la correspondiente práctica cumulativamente lesiva preferiría, sin embargo, no adoptar<sup>90</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2002): “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-08. Disponible en: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-08.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf). Fecha de consulta: 10.3.2021.
- ARMSTRONG, David (1997): *A World of States of Affairs* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2008): “Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005”, *Estudios Públicos*, N° 110: pp. 1-81.
- BASCUR RETAMAL, Gonzalo (2019): “Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos”, *Política Criminal*, vol. 14, N° 28: pp. 562-594.
- BUNGE, Mario (2011): *Ontología I. El moblaje del mundo* (Barcelona, Gedisa).
- BURGHARDT, Boris (2018): *Zufall und Kontrolle* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- CABEZAS CABEZAS, Carlos (2013): “El principio de ofensividad y su conexión con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, N° 2: pp. 85-120.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2000): “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 1: pp. 135-153.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (1999): *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ENOCH, David (2008): “Luck between Morality, Law and Justice”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9, N° 1: pp. 23-59.
- ENOCH, David (2010): “Moral Luck and the Law”, *Philosophy Compass*, vol. 5: pp. 42-54.
- FEINBERG, Joel (1984): *Harm to Others* (Nueva York y Oxford, Oxford University Press).
- FINCKE, Martin (1975): *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts* (Berlín, J. Schweitzer).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2016): “Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FERDMAN NIEDMANN, Jorge (coords.), *El derecho penal como teoría y*

<sup>90</sup> En este sentido, MAÑALICH (2006) pp. 517 y ss., con una propuesta de refutación de la objeción, reiteradamente esgrimida contra la tipificación de delitos de efecto acumulativo, según la cual una punición a este título no podría sino descansar en una vulneración del principio de culpabilidad, en la medida que a la condena respectiva subyacería la imputación de un (hipotético) “injusto ajeno”. Véase SILVA (2001) pp. 132, 134 y s.; ALCÁCER (2002) pp. 13 y s.; en la discusión chilena, CARNEVALI (2000) pp. 144 y s. La objeción se sustenta en una confusión de la fundamentación de la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento resulta punible, por un lado, y los supuestos de la imputación de su quebrantamiento, por otro. Como aquí, ya KUHLEN (1993) pp. 718 y s.



- como práctica. *Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 149-188.
- HOERSTER, Norbert (1975): *Problemas de ética normativa* (Buenos Aires, Alfa).
- KINDHÄUSER, Urs (1989): *Gefährdung als Straftat* (Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann).
- KINDHÄUSER, Urs (2008): *Teoría de las normas y sistemática del delito* (Lima, Ara).
- KUHLEN, Lothar (1993): “Umweltstrafrecht- auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 105: pp. 697-726.
- KUHLEN, Lothar (2012): “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en ROBLES, Ricardo (ed.) *Límites al Derecho penal* (Barcelona, Atelier) pp. 225-235.
- KUHLEN, Lothar (2013): “Características, problemas dogmáticos e importancia práctica del derecho penal alemán de la circulación vial”, *InDret 2/2013*. Disponible en: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/968\\_kuhlen.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/968_kuhlen.pdf). Fecha de consulta: 10.3.2021.
- LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (2018): “Justice and Bad Luck”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (citado según versión pdf). Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/justice-bad-luck/index.html>. Fecha de Consulta: 10.3.2021.
- LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando (2019): “Comentario previo al § 14 del Título VI”, “Art. 313 a”, “Art. 313 b”, “Art. 313 c”, “Art. 313 d”, “Art. 314”, “Art. 315”, “Art. 316”, “Art. 317” y “Art. 318”, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo Título VI (arts. 261 a 341)* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 413-524.
- MALDONADO FUENTES, Francisco (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados ‘delitos de peligro’ en el moderno derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 7: pp. 23-63.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2006): “La protección del medio ambiente bajo el nuevo Código Penal de Puerto Rico”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Nº 75: pp. 503-527.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2014): *Norma, causalidad y acción* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons).
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2018a): “Norma, acción y deber: el modelo del silogismo práctico”, en GONZÁLEZ LAGIER, Daniel y FIGUEROA RUBIO, Sebastián (eds.), *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G.H. von Wright a cien años de su nacimiento* (Lima, Palestra) pp. 89-122.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2018b): *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (Santiago, Thomson Reuters).
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2019a): “Verallgemeinerung als Pathos. Zu Günther Jakobs’ Beitrag zur Dogmatik des Besonderen Teils”, en KINDHÄUSER, Urs, KRESS, Claus, PAWLIK, Michael y STUCKENBERG, Carl-Friedrich (coords.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein Kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs* (Tubinga, Mohr Siebeck) pp. 613-643.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2019b): “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, *Isonomía*, Nº 51: pp. 29-64.

- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2019c): “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 3, pp. 821-844.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2020): *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- MAURIN, Anna-Sofia (2018): “Tropes”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (citado según versión pdf). Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/tropes/>. Fecha de consulta: 10.3.2021.
- MOLTMANN, Friederike (2013): *Abstract Objects and the Semantics of Natural Language* (Oxford, Oxford University Press).
- MOORE, Michael (2009): *Causation and Responsibility* (Oxford, Oxford University Press).
- NAGEL, Thomas (1979): *Mortal Questions* (Cambridge, Cambridge University Press).
- NELKIN, Dana (2019): “Moral Luck”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (citado según la versión pdf). Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/moral-luck/>. Fecha de consulta: 10.3.2021.
- POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan (1993): *Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición).
- QUINE, W.V.O. (1960): *Word and Object* (Cambridge, Massachusetts, MIT Press).
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal Parte General*, tomo I (Madrid, Civitas).
- SCHLEIDER, Tobías (2011): *Acción y resultado* (Buenos Aires, Didot).
- SCHRÖDER, Horst (1969): “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 81: pp. 7-28.
- SEARLE, John (2010): *Making the Social World* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2001): *La expansión del derecho penal* (Madrid, Civitas, 2ª edición).
- SOLER, Sebastián (1992): *Derecho Penal Argentino*, tomo IV (Buenos Aires, Tea, 4ª edición).
- TIEDEMANN, Klaus (1992): “Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts”, en ARZT, Gunther et al. (coord.), *Festschrift für Jürgen Baumann* (Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking) pp. 7-20.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel (1981): “Los delitos de peligro hipotético”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XXXIV, facs. 2-3: pp. 825-848.
- TORRETTI EDWARDS, Roberto (2007): *Estudios filosóficos 1986-2006* (Santiago, Ediciones UDP).
- VARGAS PINTO, Tatiana (2007): *Delitos de peligro abstracto y resultado* (Cizur Menor, Navarra, Thomson/Aranzadi).
- VENDLER, Zeno (1967): *Linguistics in Philosophy* (Ithaca y Londres, Cornell University Press).
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1963a): *The Varieties of Goodness* (Londres, Routledge & Kegan Paul).
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1963b): *Norm and Action* (Londres, Routledge & Kegan Paul).
- WILLIAMS, Bernard (1981): *Moral Luck. Philosophical Papers* (Cambridge, Cambridge University Press).
- ZIMMERMAN, Michael (2002): “Taking Luck Seriously”, *The Journal of Philosophy*, vol. 99: pp. 553-576.
- ZIMMERMAN, Michael (2006): “Moral Luck: A Partial Map”, *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 36: pp. 585-608.

# LA TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL CHILENO: PROLEGÓMENO PARA UNA DOGMÁTICA

## *JURIDICAL PERSON'S ENTITLEMENT TO FUNDAMENTAL RIGHTS IN CHILEAN CONSTITUTIONAL LAW: PROLEGOMENON TO A DOGMATIC ELABORATION*

DIEGO PARDO-ÁLVAREZ\*

**RESUMEN:** Este prolegómeno expone la discusión sobre la personalidad jurídica de los colectivos de personas y su impacto en el problema de la titularidad de derechos fundamentales de las asociaciones y las personas jurídicas. Estas consideraciones permiten mostrar dónde se encuentra reconocida la titularidad de derechos fundamentales de los grupos intermedios en el sistema constitucional chileno, así como sus importantes limitaciones.

**Palabras clave:** titularidad de derechos fundamentales, persona jurídica, grupos, corporaciones, grupos intermedios.

**ABSTRACT:** This prolegomenon refers to the scholarly discussion on the legal personality of groups of persons and the impact that this has on the problem of associations and juridical persons' entitlement to fundamental rights. These considerations make it possible to define where the Chilean constitutional system recognizes the entitlement to fundamental rights of intermediate groups, as well as its important limitations.

**Keywords:** entitlement to fundamental rights, juridical person, groups, corporations, intermediate associations.

## I. INTRODUCCIÓN

Por dogmática de los derechos fundamentales de las personas jurídicas se entiende la enunciación sistemática del catálogo de derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República (CPR) con miras a racionalizar su aplicación a las asociaciones, colectivos, grupos y personas jurídicas. Este prolegómeno tiene por objeto exponer los antecedentes necesarios para dicha elaboración dogmática.

Ello supone abordar el problema de la justificación de la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las asociaciones. Los derechos fundamentales emanan de la necesidad de proteger a los individuos frente a las intervenciones arbitrarias del poder público. Frente

---

\* Doctor en Derecho por la Georg-August-Universität Göttingen. Profesor auxiliar de derecho constitucional, Universidad Austral de Chile. Dirección Postal: Los Pinos s/n, Pelluco, Puerto Montt. Correo electrónico: diego.pardo@uach.cl. Orcid: 0000-0002-5869-7133. Este trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt de iniciación en investigación N° 11200291 "Creación y reforma constitucional mediante reglas de la mayoría calificada", del cual el autor es investigador responsable.

a ese paradigma, la justificación de la protección de las asociaciones tiende a ser conceptualizada de manera aditiva: como la suma de las respectivas protecciones individuales. Una diferencia cualitativa entre individuo y colectivos representa, desde el punto de vista histórico y dogmático, una novedad<sup>1</sup>. Cualquier construcción dogmática de los derechos fundamentales de los colectivos supone un análisis de esta evolución.

En segundo lugar, es menester abordar la justificación material de la protección de derechos fundamentales de los colectivos y de las personas jurídicas. Esto requiere un análisis de *constitutio lata* nutrido por ciertas consideraciones de justicia política. En tercer lugar, deberían abordarse los problemas asociados a la estructura jurídica que debe adoptar un colectivo para ser titular de derechos fundamentales<sup>2</sup>. Pues afirmar la protección de los colectivos y las personas jurídicas no implica todavía determinar con precisión cuáles deben ser considerados dignos de protección y cuáles, en cambio, no requieren de, o son incompatibles con, una protección distinta de la dispensada a cada uno de sus miembros<sup>3</sup>.

Estas dimensiones, sin bien analíticamente diferenciables, se encuentran internamente vinculadas. La consideración de cada una impacta en el resto de los niveles de análisis. En este prolegómeno se abordarán la evolución de la protección constitucional de las asociaciones y las personas jurídicas (II y III) con el objetivo ulterior de abordar el problema de la justificación constitucional de la titularidad de derechos fundamentales de los grupos intermedios en el sistema constitucional chileno (IV).<sup>4</sup> Se sostendrá que ella se encuentra alojada en el art. 1 inc. 3° CPR y se discutirán los términos precisos de tal recepción.

## II. LA PERSONALIDAD DE LOS COLECTIVOS EN LA TEORÍA DEL ESTADO

La persona jurídica era desconocida tanto para griegos como para romanos. Recién los canonistas y el derecho natural racional comenzaron a vincular a los grupos derechos y obligaciones jurídicas. Esta evolución tiene dos fases: en la primera se diferenció en su dimensión ontológica la persona individual y los colectivos<sup>5</sup>. Ya Puffendorf había conceptualizado la *persona moralis composita*. A esta persona colectiva, si bien diferenciada ontológicamente de cada uno de sus miembros, proyectaba sin embargo solo los derechos y obligaciones de sus miembros<sup>6</sup>. Recién durante el siglo XIX, en una segunda fase, se introduce el

<sup>1</sup> La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas es catalogada como un “novum” por ISENSEE (2011) p. 912.

<sup>2</sup> Sobre la vinculación entre la esencia del derecho fundamental y la personalidad jurídica colectiva, véase por todos DREIER (2013) pp. 1751-1752, con más referencias.

<sup>3</sup> Un cuarto nivel de análisis se refiere a los problemas concretos que emergen de la formulación de los derechos fundamentales frente a la titularidad de derechos fundamentales de las asociaciones. Este nivel de análisis corresponde al desarrollo de una parte especial de la dogmática de los derechos fundamentales de las personas jurídicas.

<sup>4</sup> El análisis de la forma jurídica de los colectivos reconocidos como titulares y de los derechos fundamentales aplicables en concreto es tarea ya de una dogmática de los derechos fundamentales. Aquí se expone un prolegómeno para la parte especial de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas. Esta segunda investigación requiere de una investigación posterior.

<sup>5</sup> Para un análisis de esta evolución en el medioevo, véase HOFMANN (1974) pp. 214-236.

<sup>6</sup> Véase al respecto DREIER (2013) pp. 1738-1740.

término persona jurídica entendida como un colectivo de personas que goza de un estatus jurídico diferenciable del de sus miembros. Este proceso de diferenciación entre persona individual y colectiva no responde a una sola teoría, sino más bien a la interacción entre un abanico de posturas que conllevan diferentes consecuencias teóricas y prácticas. Este abanico transita desde tendencias anticorporativistas, tanto absolutistas como propias de la democracia posrevolucionaria, pasando por posturas liberales individualistas, ideas corporativistas pluralistas y modelos asociativos románticos.

Las tendencias anticorporativistas se advierten en la teoría política del absolutismo y en la teoría de la democracia radical posrevolucionaria. Para el absolutismo, la existencia de poderes cuasi-estatales dentro de un estado unitario implica un cuestionamiento de la soberanía real. Las corporaciones, luego, debían ser domesticadas por vía de su absorción: su existencia requiere de autorización estatal y su actuar debe inscribirse dentro de los márgenes de tal autorización. Por ello el reconocimiento generalizado de una libertad de asociación se ve severamente restringido. El tránsito desde la soberanía del monarca hacia la soberanía popular trae consecuencias similares para la teoría democrática posrevolucionaria. En la conformación de una voluntad democrática, el reconocimiento de asociaciones y grupos intermedios, frente a la contribución de los ciudadanos individuales, aparece al menos como disfuncional. Los ciudadanos deben deliberar en búsqueda del bien *qua* ciudadanos miembros de un Estado, no *qua* asociados miembros de una corporación<sup>7</sup>. Las agrupaciones de personas con un estado pre-político no alimentarían los procesos de formación de voluntad política, sino al contrario distorsionarían la búsqueda del bien común a causa de la defensa corporativa. Carl Schmitt, como ejemplo posterior, reacciona contra la posibilidad de que la democracia devenga, a raíz de la protección de los grupos intermedios, un “estado corporativo pluralista”<sup>8</sup>. Para una teoría temprana de la democracia radical, toda corporación encarna, desde el punto de vista político-democrático, una afectación de la soberanía popular unitaria<sup>9</sup>.

Conforme a la teoría de la ficción desarrollada principalmente por Savigny, solo corresponde reconocimiento ético-jurídico a la autonomía de la persona individual. Afirma Savigny que “toda persona individual, y solo la persona individual, goza de capacidad jurídica”<sup>10</sup>. Las personas jurídicas son entendidas, así, como una proyección artificial de la persona individual a razón de fines jurídicos particulares. Bajo esta concepción la capacidad jurídica general de las personas jurídicas es conceptualizada primariamente como una ficción contractual. Dado que la ficción de personalidad a favor de las personas jurídicas depende de su estatus privado, queda poco margen para que su protección en términos de derecho público pueda diferenciarse de la protección de los individuos que la componen. En este sentido, la teoría de la ficción es reacia al reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona jurídica: conduce, conceptualmente, al reconocimiento de una titularidad

<sup>7</sup> ROUSSEAU (2010) pp. 61-65 (libro II, cap. 3).

<sup>8</sup> HUBER (2010) p. 1817.

<sup>9</sup> Para la aplicación diferenciada del principio de igualdad entre personas jurídicas y entre estas y personas naturales, véase ISENSEE (2011) pp. 959-963.

<sup>10</sup> DREIER (2013) p. 1739.

limitada de derechos fundamentales en la forma de una reconducción de la situación de afectación de los derechos colectivos a la posible afectación de los derechos individuales de sus miembros<sup>11</sup>.

El contrapunto de las teorías liberales-individuales de los derechos colectivos, derivadas de la teoría de la ficción, es representado por la teoría de la personalidad real de los colectivos, desarrollado principalmente por Otto von Gierke a mediados del siglo XIX<sup>12</sup>. Los grupos y colectivos, conforme a esta posición pluralista temprana, serían “personas reales, no meras invenciones”. Los grupos definen así, por sobre las relaciones privadas individuales, y por bajo la dimensión del poder público, un nivel intermedio de acción colectiva. El Estado<sup>13</sup>, bajo una concepción semejante, sería de hecho un tipo de asociación diferenciable de los grupos intermedios solo a consecuencia de su pretensión general de soberanía<sup>14</sup>. Si los grupos intermedios son esferas de acción diferenciadas ontológicamente (no ficticiamente) de las esferas de acción individual, entonces las asociaciones pueden en primer lugar cumplir funciones de relevancia pública (no solo privadas) y, en segundo lugar, pueden gozar de protección pública (no solo frente a sus acciones en el marco del derecho privado-contractual). Conforme a Gierke, el reconocimiento de titularidad de derechos conforme a la teoría de la personalidad real de los grupos, y a diferencia de la teoría de la ficción, no se limitaría al reconocimiento jurídico de su capacidad (privada) de acción, sino también englobaría el reconocimiento de los derechos de estatus y de los derechos de personalidad<sup>15</sup>. Este pluralismo romántico es, luego, compatible con el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales de las asociaciones.

En la teoría del Estado de la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX es dominante reconocer una analogía entre el estatus personal de los individuos y el de las personas jurídicas. Esta analogía permite extender la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas en la medida en que el contenido de los derechos fundamentales se corresponda con la esencia y la configuración jurídica particular de los colectivos. Este desarrollo teórico, más que al convencimiento de la necesidad de protección de la persona jurídica, se debe al debilitamiento del estatus ontológico de la persona individual como portador natural de derechos fundamentales<sup>16</sup>. Así afirmaba Jellinek a fines del siglo XIX que no habría en los sistemas jurídicos en realidad una personalidad natural, sino solo una personalidad jurídica<sup>17</sup>. En esta dirección afirmó Kelsen que “también la así llamada persona física es una construcción de la ciencia del derecho” y que “la persona física también es una persona jurídica”<sup>18</sup>. Todas las personas, incluso las naturales, requieren de reconocimiento jurídico para ser conceptuadas desde el punto de vista del derecho<sup>19</sup>. Estas afirmaciones

<sup>11</sup> Véase al respecto la sección III, 2.

<sup>12</sup> Brevemente al respecto, DREIER (2013) p. 1740.

<sup>13</sup> Véase RUNCIMAN (2000).

<sup>14</sup> Célebre por esta comprensión, LASKI (2017).

<sup>15</sup> Véase al respecto el análisis de su posición en PETERS (2001) pp. 85-123.

<sup>16</sup> DREIER (2013) p. 1740.

<sup>17</sup> Al respecto, DREIER (2013) p. 1740, nota 25.

<sup>18</sup> KELSEN (1992) pp. 176-178.

<sup>19</sup> Al respecto, DREIER (2013) p. 1738.

pretenden disolver la relevancia de la diferencia ontológica entre individuos y grupos<sup>20</sup>. El punto de partida de esta concepción está en las antípodas del temprano pluralismo —a la existencia real de los grupos, el positivismo eleva la artificialidad del individuo<sup>21</sup>—. Sus consecuencias sin embargo son similares: el reconocimiento y protección de los colectivos de personas se independiza del reconocimiento y protección de la persona individual.

Con esta transformación positivista, la pregunta por la titularidad de las personas jurídicas se invierte. La pregunta ahora es si puede justificarse que las asociaciones, a las cuales el derecho infra-constitucional reconoce capacidad de acción análoga o similar a la de las personas individuales<sup>22</sup>, pueden participar del tráfico jurídico cuando son excluidas de su protección constitucional. Sería desde el punto de vista del sistema jurídico contradictorio reconocer capacidad de acción de derecho privado a las personas jurídicas sin a la vez reconocer protección en virtud de las normas constitucionales constitutivas del tráfico económico. La opacidad de la pregunta moral acerca de los derechos fundamentales, a la que se arriba gracias al positivismo, implica entonces una comprensión institucional del sistema jurídico. Y la pregunta acerca de la titularidad de las personas jurídicas deviene también en una pregunta institucional.

En paralelo a la construcción positivista de la personalidad jurídica, la concepción excluyente de derecho privado de las personas jurídicas comienza a perder terreno frente a la idea de que mediante las asociaciones no solo se expresan relaciones contractuales o patrimoniales, sino también se ejerce la propia autonomía de las personas naturales<sup>23</sup>. A la idea de las personas jurídicas como patrimonio de afectación se superpone la idea de las personas jurídicas como medio para el ejercicio de autonomía, misma autonomía reconocida a la persona natural mediante sus derechos fundamentales<sup>24</sup>. Bajo esta transformación, la protección mediante derechos fundamentales puede mirarse bajo la luz de la protección de la libertad de asociación de los individuos. El derecho protege la autonomía de las personas no solo en términos de su ejercicio individual, sino también por medio de los grupos mediante los que los individuos actúan<sup>25</sup>. El reconocimiento jurídico de los colectivos expresa precisamente el reconocimiento de la libertad de asociación y del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la persona natural. Los colectivos en general son el medio por el cual las personas viven en sociedad, y por medio del cual las personas ejercen su autonomía<sup>26</sup>. Esta transformación paulatina tuvo un impacto inmediato en la evolución del reco-

<sup>20</sup> Sobre la inadecuación de este tipo de aproximaciones, véase DAN-COHEN (2016) pp. 186-192.

<sup>21</sup> BADIOU (2017) pp. 140-141: “Lo real se encuentra, se manifiesta, se construye, pero no se representa. Ése es el escollo. Si toda legitimidad es representativa, la legitimidad no es más que una ficción con respecto a lo real que ella misma reivindica”.

<sup>22</sup> Compárese con RUPP-VON BRÜNNECK (1969) p. 352.

<sup>23</sup> Para un panorama de filosofía analítica de la personalidad de las corporaciones, véase AMARTRUDO (2011).

<sup>24</sup> ISENSEE (2011) p. 913.

<sup>25</sup> ISENSEE (2011) pp. 916-917.

<sup>26</sup> Esto resulta evidente en la protección de los sindicatos, las iglesias, las universidades, los medios de comunicación y las asociaciones intermedias en general. Resulta menos plausible en el caso de las grandes corporaciones, y también en el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada. Al respecto, SACHS (2011) p. 758, con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

nocimiento de la titularidad de derechos fundamentales de los grupos y de las asociaciones intermedias.

### III. LA EVOLUCIÓN DOGMÁTICA-CONSTITUCIONAL EN NORTEAMÉRICA Y EUROPA

En la Francia revolucionaria la conformación de grupos intermedios era considerada no como una realidad digna de protección jurídica, sino como una amenaza a la soberanía popular. Por ello los derechos fundamentales reconocidos por la carta de 1789 se restringen expresamente a la titularidad de las personas individuales. La *loi de Chapelier* de 1791 determinó la prohibición de todo tipo de corporación o asociación de ciudadanos perteneciente al mismo estamento o profesión<sup>27</sup>. Al contrario, se reconocía y protegía en la primera enmienda de la constitución de la unión de estados americanos la libertad de asociación de los ciudadanos de América, sin referencia por cierto a la eventual protección de los grupos de personas.<sup>28</sup> Ella ha sido reconocida sucesivamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana. En Alemania, donde tuvieron desarrollo las principales teorías sobre la personalidad jurídica de las asociaciones, las personas jurídicas cuentan con reconocimiento y protección constitucional desde mediados del siglo XIX mediante el otorgamiento principalmente de derechos de petición y de protección de algunos grupos intermedios particulares, como la iglesia, las universidades y los gremios profesionales. La Ley fundamental de 1949 (de Bonn) reconoce al final de su catálogo de derechos fundamentales su aplicabilidad a las personas jurídicas en la medida en que la protección de colectivos sea compatible con la “esencia” del derecho fundamental en cuestión.

#### 1. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

El reconocimiento de un alto grado de aplicabilidad de los derechos fundamentales a favor de las personas jurídicas se ha desarrollado en la jurisprudencia norteamericana al menos desde inicios del siglo XIX de forma discontinua y asistemática. Su evolución ha estado marcada por la conceptualización, sin desarrollo explícito<sup>29</sup>, de las corporaciones y las agrupaciones primariamente como personas ficticias –creaciones del Estado, en palabras

<sup>27</sup> DREIER (2013) p. 1741.

<sup>28</sup> En el sistema interamericano de derechos humanos la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas ha evolucionado con lentitud. El criterio tradicional de la Corte es que solo las personas naturales son titulares de derechos humanos. Esta interpretación de la convención se denomina “formalista”, pues se entiende como consecuencia del tenor literal del art. 1 n. 2 de la Convención, que afirma que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Es evidente que el sentido primario de la disposición, sin embargo, es considerar a nivel interamericano a todo ser humano como persona; no en cambio considerar que solo los seres humanos son personas. La protección de las personas jurídicas, tanto en la Corte Interamericana como en la Comisión, ha ido ingresando progresivamente mediante una aceptación del criterio de la reconducción de la titularidad apoyado, como es consecuente, en la teoría de la ficción. En el informe de la comisión en el *leading case* William Gómez Vargas, del 31 de marzo del 2011, por ejemplo, la Comisión recondujo la vulneración de la libertad de expresión de una persona jurídica con giro informativo a la vulneración de su redactor en jefe o de su editor de prensa. Para la jurisprudencia a este respecto, véase ZÚÑIGA (2013). La titularidad de derechos humanos en el sistema interamericano requiere de una elaboración propia que excede los objetivos de esta investigación.

<sup>29</sup> ANÓNIMO (1982) p. 1644.



del juez Marshall<sup>30</sup>— y por una construcción casuística de su titularidad, en atención a si ellas podrían o no entenderse incluidas en la descripción del titular correspondiente a las diferentes enmiendas de la Constitución federal, considerando su fin o propósito de protección<sup>31</sup>. En una tercera fase, la más reciente, la jurisprudencia ha reforzado el ámbito de protección de los derechos fundamentales de las corporaciones<sup>32</sup>.

Enmienda alguna menciona las personas jurídicas o las corporaciones. Algunas, como la quinta —que consagra el debido proceso<sup>33</sup>, la prohibición de doble incriminación, la prohibición de autoincriminación<sup>34</sup> y el derecho de compensación a consecuencia de una expropiación— y ciertas disposiciones de la decimocuarta enmienda —que consagra derechos de participación política, el debido proceso y la igual protección ante la ley<sup>35</sup>— protegen a las personas o a la persona en singular<sup>36</sup>. La decimocuarta enmienda menciona también a los ciudadanos: la Corte Suprema norteamericana con frecuencia ha negado a las corporaciones tal calidad<sup>37</sup>. En la cuarta enmienda, que consagra derechos de intimidad frente a investigaciones<sup>38</sup> y detenciones, se protege al “pueblo”, mientras que la sexta enmienda, que consagra el debido proceso, se refiere al “acusado”. En estos casos, la corte se ha preguntado si deberían entenderse incluidas las corporaciones en las referencias a la persona, personas, pueblo, ciudadano o acusado, teniendo en cuenta tanto su propósito específico como los fines de la enmienda en consideración.

Otro grupo de enmiendas, en cambio, como la primera y la séptima, otorgan una protección general, no restringida a ciertos sujetos. La primera enmienda protege la libertad religiosa<sup>39</sup>, de expresión, de reunión y el derecho a petición; la séptima enmienda consagra el derecho a ser juzgado por un jurado conforme al *common law*<sup>40</sup> y la prohibición del *double jeopardy*<sup>41</sup>. La aplicabilidad a las personas jurídicas y corporaciones no depende en estos casos de la formulación específica del titular de la enmienda, pues ella no se encuentra

<sup>30</sup> En *DARTMOUTH COLLEGE v. WOODWARD* (1819), citado por BLOCH y LAMOREAUX (2017) p. 286. También al respecto, BLAIR y POLLMAN (2017) pp. 248-253.

<sup>31</sup> En general sobre el propósito de protección, SCHOEN (2020) pp. 148-150.

<sup>32</sup> SCHOEN (2020) pp. 120 y ss.

<sup>33</sup> Véase el caso *RAILROAD RETIREMENT BOARD v. ALTON RAILROAD CO.* (1935) (un sistema de retiro obligatorio para locomotoristas violaría el debido proceso).

<sup>34</sup> Dos casos donde se ha negado a las corporaciones el derecho a la no autoincriminación son *HALE v. HENKEL* (1906) y *UNITED STATES v. WHITE* (1944). Véase también al respecto BLUMBERG (1989) pp. 96-103.

<sup>35</sup> Importante es el caso *COUNTY OF SANTA CLARA v. SOUTHERN PACIFIC RAILROAD CO.* (1886). Permitir la deducción de la base impositiva de las hipotecas a las personas naturales, pero no a las corporaciones, sería contrario a la cláusula de igual protección garantizada por la decimocuarta enmienda. Véase BLOCH y LAMOREAUX (2017) pp. 289-293.

<sup>36</sup> BLUMBERG (1989) pp. 83-88.

<sup>37</sup> Véase *NORTHWESTERN NATIONAL LIFE INSURANCE CO. v. RIGGS* (1906) y *WESTERN TURF ASSOCIATION v. GREENBERG* (1907). Al respecto, véase BLOCH y LAMOREAUX (2017) pp. 298-311.

<sup>38</sup> Véase *HALE v. HENKEL* (1906). Recientemente la Corte Suprema extendió a las corporaciones la protección garantizada por la cuarta enmienda frente a investigaciones regulatorias sin orden previa en *MARSHALL v. BARLOW'S INC.* (1978).

<sup>39</sup> Fundamental es el caso *Hobby Lobby*, reseñado más abajo.

<sup>40</sup> Para el derecho a ser juzgado por un jurado, véase BLUMBERG (1989) pp. 106-121.

<sup>41</sup> Para este último, véase el caso *UNITED STATES v. MARTIN LINEN SUPPLY CO.* (1977).

redactada en términos restrictivos, como en las enmiendas anteriores (la cuarta, quinta, sexta y decimocuarta).

Frente a estos dos grupos de disposiciones la Corte Suprema estadounidense ha desarrollado una jurisprudencia en muchos casos extensiva y en menos casos restrictiva, continua pero asistemáticamente, arribando en la última década a una significativa protección constitucional de las corporaciones<sup>42</sup>. La evolución jurisprudencial norteamericana se ha desarrollado de forma lábil, sin una teoría general de la titularidad de derechos fundamentales de los grupos y colectivos de personas<sup>43</sup>. La Corte no desarrolló una regla general de titularidad sino hasta el caso *First National Bank of Boston v. Bellotti* de 1978<sup>44</sup>. Desde entonces la práctica constitucional estadounidense se orienta por una regla de apertura, conforme a la cual la aplicación de derechos fundamentales a las corporaciones se da en principio por afirmada, salvo se demuestre que la enmienda respectiva se restringe expresamente a la protección de la persona natural<sup>45</sup>. Esto, desde luego, extiende la titularidad a favor de las personas jurídicas y las corporaciones, al menos en todos los casos en que el texto de la constitución no restringe el sujeto protegido mediante términos específicos –como “pueblo”, “ciudadano” o “acusado”–. Tres casos recientes son particularmente relevantes en esta dirección –dos de ellos relacionados directamente con la libertad de expresión<sup>46</sup>–.

En *First National Bank of Boston v. Bellotti*, el Estado de Massachusetts extendió algunas prohibiciones de la *Federal Election Campaign Act* (FECA) para prohibir que las corporaciones destinaran fondos corporativos para financiar publicidad electoral. Ante una eventual reforma tributaria, el First National Bank of Boston y otras corporaciones recurrieron a la Corte Suprema alegando la inconstitucionalidad de estas disposiciones de la FECA. La Corte Suprema argumentó que ni la protección del derecho de información ni la protección de los miembros (disidentes a la intervención) de las corporaciones justificarían las limitaciones impuestas por la FECA<sup>47</sup>. Luego, la primera enmienda protege también, en principio, el gasto de dinero en avisaje político de las corporaciones como parte de su derecho de libertad de expresión. No la extensión, sino las limitaciones de la titularidad de las corporaciones, a juicio de la Corte, deben ser justificadas.

La jurisprudencia inaugurada por *Bellotti* se desarrolló lentamente hasta el controver- sial caso *Citizen United v. FEC* del año 2010<sup>48</sup>. La *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) de 2002, que modifica la FECA de 1971, prohíbe en su sección 203 a las corporaciones el utilizar su presupuesto general para financiar de manera independiente “comunicaciones

<sup>42</sup> Sobre esta evolución, véase BLAIR y POLLMAN (2017).

<sup>43</sup> Sobre los distintos paradigmas que han dominado la jurisprudencia estadounidense, véase ANÓNIMO (1982) pp. 1645-1651.

<sup>44</sup> Para un análisis coincidente con la argumentación sostenida en este trabajo, véase DAN-COHEN (1986) pp. 102-113.

<sup>45</sup> La Corte considera fundamental la pregunta “whether the corporate identity of the speaker deprives this protection”. Véase SCHOEN (2020) p. 122.

<sup>46</sup> Respecto a la libertad de expresión colectiva, véase el análisis de DAN-COHEN (2016) pp. 209-224.

<sup>47</sup> En contra de esta segunda afirmación, véase ANÓNIMO (1982) pp. 1655-1658.

<sup>48</sup> Para la evolución jurisprudencial que media entre *Bellotti* y *Citizen United*, véase SCHOEN (2020) pp. 127-133. También WINCKLER (2017) pp. 379-381.

electorales” en el plazo de 30 días antes de una primaria o de 60 días antes de una elección federal. *Citizens United*, una asociación de *lobby*, produjo a principios del año 2008 el documental “Hilary: the movie”, donde critican sin clemencia a Hilary Clinton, entonces senadora y candidata a primarias presidenciales demócratas. En enero de 2008 la Corte de Columbia consideró que la exhibición del documental dentro de los 30 días anteriores a las elecciones primarias violaba el parágrafo 203 de la BCRA.

La Corte Suprema decidió que la sección 203 de la BCRA constituía una violación de la primera enmienda, en función de que su contenido era contrario a los derechos de libertad de expresión y de prensa de las corporaciones. Conforme al voto de mayoría, las corporaciones, asociaciones y sindicatos contarían con una protección de libertad de expresión y de prensa que implicaría la libertad de utilizar sus propios recursos para la difusión de su apoyo o rechazo a los candidatos a una elección a través de los medios de comunicación masiva. El voto de mayoría considera en general que la primera enmienda impide al Congreso estadounidense encarcelar o sancionar a los ciudadanos a consecuencia de su discurso político y que no distingue entre personas naturales y corporaciones frente a la titularidad de la protección, ni tampoco admite restringir la libertad de expresión en función de la identidad del emisor (siguiéndose aquí la doctrina de *First National Bank of Boston v. Bellotti*). En segundo lugar, siguiendo la doctrina fundada en el caso de 1976 *Buckley v. Valeo*, la mayoría considera que el derecho de financiar la difusión de ideas es parte de la libertad de expresión y de prensa protegida por la primera enmienda. Nótese que el caso no trata de donaciones a campañas ni de pagos directos a políticos, sino de la exhibición de un documental financiado de manera independiente. Y, al igual que en *Bellotti*, la Corte considera en tercer lugar que la protección de los miembros disidentes de la corporación no constituiría razón suficiente para justificar la restricción de la libertad de expresión de la corporación. Pues los miembros disidentes podrían defender su propia libertad de expresión a través de los mecanismos de “democracia corporativa”.

El voto disidente consideró, al contrario, que el parágrafo 203 es conforme con la constitución federal, en base a cuatro argumentos. En primer lugar, la primera enmienda no protegería a las corporaciones, o al menos no en la misma medida que a las personas naturales. En segundo lugar, el voto de mayoría no consideraría en toda su magnitud los peligros que envolvería para la transparencia del discurso político reconocer a las corporaciones y sindicatos tal poder de influencia política. En tercer lugar, el voto minoritario cuestiona que el gasto de una corporación pueda entenderse como el ejercicio de la libertad de expresión y como discurso político. Sostiene la minoría, en este sentido, que los gastos de una corporación son transacciones comerciales no orientadas al discurso político democrático, sino a la ganancia y el lucro. En la primera enmienda no hay un reconocimiento a estos derechos. En cuarto lugar, y como argumento principal, la minoría considera que una restricción del gasto de las corporaciones en búsqueda de influencia política no necesariamente afecta ni la libertad de expresión de los miembros detrás de la corporación ni la posibilidad de que el votante obtenga libertad de información. Al contrario, la constitución dejaría espacio para que el legislador limite la libertad de expresión de las corporaciones con el objetivo de salvaguardar la calidad y transparencia del discurso político.

En *Burwell v. Hobby Lobby Stores*, la Corte Suprema incluyó las corporaciones ahora bajo la libertad religiosa garantizada en la primera enmienda. Mediante dicha decisión, permitió que Hobby Lobby Stores no proveyera a sus dependientes de un seguro de salud que incluía métodos de contracepción. En primer lugar, porque ni la primera enmienda ni la *Religion Freedom Restoration Act* (legislación que concreta la libertad religiosa a nivel federal) excluyen expresamente, con el uso del término “persona”, a las corporaciones. En segundo lugar, porque no hay razones para excluir de la protección de la libertad religiosa de las asociaciones a las corporaciones con fines de lucro. En tercer lugar, y al igual que en *Bellotti* y en *Citizen United*, porque no habría antecedentes que justificasen considerar que la protección de la libertad de conciencia y religiosa de los miembros disidentes de una corporación no podría garantizarse por medios alternativos, de carácter interno y corporativo. No habría razones, luego, para no considerar a esta empresa como titular del derecho a la libertad religiosa.

Estos últimos casos muestran que la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense ha extendido respecto de buena parte de las enmiendas de la constitución federal la titularidad de derechos fundamentales para favorecer a corporaciones y personas jurídicas. La concepción de las corporaciones ha mutado desde la teoría de la ficción hacia su comprensión como “asociaciones de personas” o grupos intermedios. Así, la extensión de la titularidad ha terminado por desvincularse de la adecuada consideración de la estructura del grupo, corporación o persona jurídica de que se trata y también del fin de protección de la enmienda correspondiente<sup>49</sup>. Hasta el punto en que un banco goza de la misma libertad de expresión que la Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color (NAACP por sus siglas en inglés)<sup>50</sup>; mientras una empresa de *retail* goza de libertad religiosa al igual que una corporación religiosa. La jurisprudencia reciente, por último, no ha profundizado en la salvaguarda de los derechos fundamentales individuales de los miembros frente a los propios de la corporación<sup>51</sup>. El debilitamiento del poder regulatorio del Estado como efecto de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales de las corporaciones –y el posible efecto distorsionador de la opinión pública como consecuencia de su libertad de expresión<sup>52</sup>– no han sido tematizados de forma significativa por esta jurisprudencia<sup>53</sup>.

## 2. DERECHO CONTINENTAL EUROPEO: EL CASO ALEMÁN

Salvo por Portugal (art. 12 inc. 2º), Italia (art. 2) y Alemania (art. 19 inc. 3º) las constituciones europeas no reconocen en explícito la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas. El art. 2º de la Constitución italiana reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en los grupos mediante los cuales desarrolla su personalidad. La Constitución española (Art. 162 N° 1 lit. b) reconoce

<sup>49</sup> BLAIR y POLLMAN (2017) p. 284.

<sup>50</sup> Véase *NAACP v. BUTTON* (1963).

<sup>51</sup> Sobre este problema en la evolución de la jurisprudencia, WINCKLER (2017) pp. 367-375. Para el derecho alemán, véase BETHGE (1985) pp. 43-44.

<sup>52</sup> Desestimando este problema, EPSTEIN (2011) pp. 653-661.

<sup>53</sup> Un intento de hacerlo se encuentra sin embargo en el caso *McCONNELL v. FEC* (2003), decidido durante la Corte del juez William Renquist. Esta jurisprudencia fue expresamente revertida en *Citizen United*.

la titularidad a favor de las personas jurídicas para recurrir de protección a consecuencia de la vulneración de sus derechos fundamentales<sup>54</sup>.

La evolución de la protección de las personas jurídicas en el derecho alemán es acaso el desarrollo sistemático más complejo dentro de los pocos disponibles. Ya se contaba con un reconocimiento de los derechos de los colectivos de personas en Alemania en el constitucionalismo temprano, a principios del siglo XIX, aunque débil y a disposición del legislador<sup>55</sup>. A mediados del siglo XIX había cierto convencimiento teórico, no todavía desarrollado en la praxis, de que las corporaciones debían contar con derecho de petición<sup>56</sup>. La aplicabilidad a las personas jurídicas fue también discutida bajo la vigencia de la Constitución de Weimar (WRV) (1919)<sup>57</sup>, aunque ella no contaba con una disposición expresa a favor de las personas jurídicas<sup>58</sup>. De hecho, el catálogo de derechos fundamentales de la WRV se encontraba contenido bajo el título “el individuo”. Desde el punto de vista jurisprudencial no cupo duda de la aceptación de la titularidad de las personas jurídicas para el derecho de petición del art. 126 WRV (de ejercicio individual o grupal) y del derecho a propiedad del art. 153 WRV (también referido al derecho a recibir una compensación en favor de comunidades y estados parte).

La discusión era en la época sin embargo más intensa a nivel doctrinario<sup>59</sup>. Los argumentos en contra de la protección de las personas jurídicas eran de distinta naturaleza. Schmitt la rechazaba en base a dos argumentos. En primer lugar, a consecuencia de una lectura de los derechos de libertad: para Schmitt los derechos de libertad protegen al individuo de forma pre-estatal, *i.e.*, son válidos con anterioridad a la conformación del poder político. Luego, esta libertad natural no es predicable de las personas jurídicas en tanto ellas son una creación del Estado<sup>60</sup>. El segundo argumento de Schmitt se vincula a una teoría de la democracia radical en términos rousseauianos: el predicar derechos de libertad a favor de las personas jurídicas o de los grupos intermedios sería incompatible con la esencia del Estado. El Estado en la concepción de Schmitt es una entidad cerrada, que conforme a su naturaleza relativiza la existencia y la protección de cualquier otro tipo de entidad grupal<sup>61</sup>. De manera similar, para Rudolf Ernst Huber el reconocimiento constitucional de grupos intermedios privados se encontraría en un espacio contradictorio intermedio entre el reconocimiento público y la forma privada<sup>62</sup>. El Estado no podría entonces, sin afectar su esencia

<sup>54</sup> Sobre esta jurisprudencia, véase GÓMEZ (2000). Como reconoce Gomez Montoro (2002) pp. 62-64, la distinción entre titularidad y legitimación para recurrir de amparo hace del caso español uno cuyas conclusiones no son inmediatamente extrapolables al caso chileno. Por eso en lo que sigue se prefiere el caso alemán. Agradezco la observación realizada por un árbitro anónimo al respecto.

<sup>55</sup> DIETMAIR (1989) pp. 41-42.

<sup>56</sup> Tanto en la Constitución de la Iglesia de San Pablo de Frankfurt como en la Constitución Prusiana de 1850 se reconocía el derecho de petición a favor de las corporaciones. Véase al respecto BETHGE (1985) pp. 21-22.

<sup>57</sup> HUBER (2010) p. 1817.

<sup>58</sup> Para lo que sigue, DIETMAIR (1988) pp. 100-114. Al respecto, también BETHGE (1985) pp. 22-24.

<sup>59</sup> Con más referencias, RÜFNER (2001) p. 55.

<sup>60</sup> Como alternativa, Schmitt elabora su célebre teoría de las “garantías institucionales”. Véase SCHMITT (1957) pp. 170-174.

<sup>61</sup> SCHMITT (1940).

<sup>62</sup> HUBER (1933) pp. 13-15, en directa vinculación con la teoría de Schmitt.

unitaria, reconocer en su interior estatus público a los grupos intermedios y a las personas jurídicas que se posicionan entre el individuo y el Estado<sup>63</sup>. Habría una contradicción entre el reconocimiento del estatus público de una asociación privada dentro del Estado; contradicción que se vería reflejada en la doble naturaleza que adquiriría el acto constitutivo de una persona jurídica: sería una relación contractual que gozaría de reconocimiento público entre los individuos y el Estado.

En la concepción del constituyente de postguerra también había consenso acerca de la vigencia pre-estatal de los derechos fundamentales. Con ello la pregunta sobre el reconocimiento de la titularidad de las personas jurídicas se mantenía abierta. En la discusión antecedente a la *Grundgesetz* (GG) (1949) se afirmó que al menos los colectivos debían contar a su favor con los derechos de igualdad, de libertad religiosa, libertad de residencia, la inviolabilidad de domicilio y la propiedad privada<sup>64</sup>. Se propuso luego extender la protección a la libertad de expresión, a la libertad de emprendimiento educativo privado y el secreto de la correspondencia. En definitiva, se determinó la redacción de un solo artículo general que extendiera la titularidad a favor de las personas jurídicas –el art. 19 inc. 3° de la Ley fundamental alemana: “Los derechos fundamentales son válidos también a favor de las personas jurídicas en tanto estos sean, con arreglo a su esencia, aplicables a ellas”–.

En la jurisprudencia del art. 19 inc. 3° de la Ley fundamental se ha erigido como dominante la teoría de la “reconducción”<sup>65</sup>. La teoría del “controlador” afirma que el art. 19 inc. 3° de la Ley fundamental no protege a la persona jurídica *per se*, sino a las personas naturales detrás de la persona jurídica. El fundamento principal de esta teoría se deja reconducir a una interpretación general de la Ley fundamental por parte del tribunal constitucional federal alemán. La Ley fundamental alemana otorgaría protección al individuo tanto aislado como también al individuo en su desempeño comunitario y social. La protección que recibiría el individuo en su desempeño social, en su relación con otros individuos, sería sin embargo no directa sino mediata. La teoría del controlador pretende reconocer que el verdadero portador o titular de protección constitucional no es la persona jurídica en sí, sino las personas naturales detrás de aquella.

Esta interpretación del art. 19 inc. 3°, sin embargo, parece incompatible con su tenor literal: dispensar de protección a las personas jurídicas de manera autónoma y diferenciada. Y de ello podría derivarse su carácter superfluo. Pues el art. 19 inc. 3° no cumpliría propósito específico alguno si su pretensión fuese proteger a los individuos y a las personas naturales detrás de una persona jurídica<sup>66</sup>. En segundo lugar, esta interpretación abre la pregunta sobre quiénes son los individuos que deben considerarse detrás de la persona jurídica en el sentido del art. 19 inc. 3°. ¿Cuentan solo quienes tienen una cuota de participación en la persona jurídica? ¿O también, por ejemplo, los trabajadores vinculados a una persona jurídica determinada? Estos dos problemas son el precio que tiene que pagarse cuando se

<sup>63</sup> SCHMITT, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (1932) p. 391, citado por HUBER (2010) p. 1817, n. 4.

<sup>64</sup> Sobre esta discusión, véase también BETHGE (1985) p. 24.

<sup>65</sup> La sentencia es la BVerfGE 21, 362 (“Sozialversicherungsträger”) de 1967. Al respecto, DREIER (2013) pp. 1752-1754; TETTINGER (2006) pp. 1206-1212. El término “controlador” no debe interpretarse como término técnico de derecho privado, sino como un término general de lenguaje natural.

<sup>66</sup> RUPP-V. BRÜNECK (1960) pp. 359-360.

considera que los derechos fundamentales están vinculados de manera directa solo a la persona natural, y que son aplicables solo de manera mediata a la persona jurídica.

La interpretación alternativa considera que los derechos fundamentales son aplicables a la persona jurídica en sí, con independencia de una reconducción a las personas naturales detrás de ella. El fundamento normativo de la aplicación de los derechos fundamentales a favor de la persona jurídica vendría dado por disposiciones distintas: la dignidad humana en el caso de las personas naturales, el art. 19 inc. 3° en el caso de las corporaciones. Más que un principio de reconducción al sustrato personal de las corporaciones, lo que constituye la disposición del art. 19 inc. 3° sería un principio de separación<sup>67</sup>: la persona jurídica gozaría de un reconocimiento jurídico separado del de las personas naturales que la constituyen y por medio de las cuales actúa. De esta manera, la persona jurídica debe ser enjuiciada como una entidad autónoma e independiente<sup>68</sup>. De esto se derivaría que a la persona jurídica corresponderían tanto derechos de defensa como derechos de igualdad y de prestaciones positivas del Estado en términos independientes de las personas naturales tras ella. Desde el punto de vista procesal se derivaría también que la persona jurídica contaría tanto con un derecho de petición como con una capacidad procesal autónoma, de propio nombre.

El riesgo que se corre con la teoría de la protección de la persona jurídica sin reconducción es, empero, alcanzar una protección ilimitada o irreflexiva. Pues subyace a la teoría del controlador o de la reconducción que los derechos fundamentales se encuentran primaria y esencialmente al servicio de la persona natural. Subyace en cambio a la teoría de la separación que la persona jurídica gozaría de una protección cuya naturaleza y ejercicio es autónomo respecto de la naturaleza y ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la persona natural. El desafío al que se enfrenta la pregunta acerca de la titularidad de derechos fundamentales de la persona jurídica, y de los colectivos de personas en general, es lograr compatibilizar una protección autónoma de las asociaciones con su consideración equilibrada dentro del sistema general de protección de la persona natural. Ahí es donde está el *quid* del problema de la justificación de su titularidad.

En síntesis, puede apreciarse que la protección constitucional de las personas jurídicas contó con un desarrollo paralelo en la jurisprudencia norteamericana y en la tradición continental. Tres rasgos en esta evolución son fundamentales. Tradicionalmente se ha entendido que la persona jurídica no goza de protección absoluta en idénticos términos a la persona natural. Sin perjuicio de que su protección puede ser equivalente, ella se conceptúa en términos análogos o comparativos, en términos derivados en relación con la protección de la persona natural. En segundo lugar, desde el punto de vista de la parte especial, la evolución constitucional muestra en qué áreas de protección constitucional la titularidad de la persona jurídica resulta dudosa. Mientras más se vincula un derecho fundamental a características que suelen atribuirse exclusivamente a la persona natural (como la libertad ambulatoria o la protección corporal) más complejo resulta justificar la protección constitucional de las personas jurídicas. En tercer lugar, el problema de la justificación de la titularidad

<sup>67</sup> Sobre esta posición crítica, HUBER (2010) pp. 1821-1823.

<sup>68</sup> ISENSEE (2011) pp. 913-914.

de las personas jurídicas se exhibe como una pregunta de armonización. Su núcleo radica en cómo justificar una protección de las personas jurídicas equivalente a la dispensada (principalmente por razones morales) a las personas naturales, siendo que las primeras son consideradas tradicionalmente una construcción del sistema jurídico. La cuestión radica en justificar la técnica de los derechos fundamentales en cierta medida renunciando a su componente deontológico<sup>69</sup>.

#### IV. LA TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS GRUPOS EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas no cuenta con un reconocimiento expreso –equivalente al del derecho alemán– en la ley constitucional chilena. Una primera alternativa podría consistir en afirmar que tal reconocimiento sería innecesario, pues el encabezado del art. 19 de la CPR –“la Constitución asegura a todas las personas”– no distingue el tipo de persona que se trate<sup>70</sup>. Si la Constitución no distingue, entonces sería evidente que el catálogo de derechos fundamentales también se aplica, en principio, a las personas jurídicas. Esta aproximación sin embargo es evidentemente deficiente. Pues que el encabezado del art. 19 no niegue titularidad a las personas jurídicas nada dice acerca de su afirmación.

Para superar este déficit podría considerarse, de manera similar a como se hizo en la república de Weimar o en la evolución jurisprudencial norteamericana, la titularidad de las personas jurídicas o en general de las asociaciones a partir de la formulación particular de cada uno de los numerales del art. 19 CPR. Si se realiza una revisión general de este articulado, puede apreciarse que una redacción favorable a la protección de las personas jurídicas puede encontrarse en el art. 19 N° 2 CPR (igualdad), en el N° 6 respecto a la libertad de culto y en el N° 12 inc. 4° respecto a la libertad de prensa. En estos casos se confiere expresamente protección constitucional a las personas jurídicas o a los grupos de personas<sup>71</sup>. Estos son casos poco generalizables, dado que se trata de la protección particular de cierto tipo de agrupaciones (universidades, partidos políticos, sindicatos, grupos religiosos y corporaciones de información)<sup>72</sup>. El derecho de igualdad de los números 2 y 3 resulta por cierto más interesante. En primer lugar, el inc 1° del N° 2 del art. 19 CPR protege expresamente al “grupo de personas”. El N° 3 a su vez en su inc. 2° protege a “toda” persona. ¿Incluye este artículo también a las personas jurídicas? El inc. 2° sugiere, a *contrario sensu*, una respuesta afirmativa, pues para efectos de la defensa judicial gratuita la Constitución protege exclusivamente a la persona natural. La cuestión aquí radica entonces en determinar si la atribución expresa de un derecho fundamental a la persona natural implica el reconocimiento tácito de la persona jurídica en todo el resto.

<sup>69</sup> Fundamental, DAN-COHEN (1986) pp. 60-78.

<sup>70</sup> Sobre el error de esta aproximación, ALDUNATE LIZANA (2003) pp. 189-193.

<sup>71</sup> Sobre el problema de la “doble protección de derechos fundamentales” en casos análogos del derecho alemán, HUBER (2010) p. 1824-1825.

<sup>72</sup> DREIER (2013) p. 1769 y ss., se refiere al “trío excepcional” (universidades, medios de comunicación e iglesias).



Este ejercicio –derivar o rechazar la titularidad a partir de la redacción del derecho específico materia de la *litis*<sup>73</sup>, al modo de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense–, no solo conlleva evidentes contradicciones<sup>74</sup>, sino que arriesga caer en una petición de principios. El ejercicio se compone de dos preguntas: ¿otorga la Constitución titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas al utilizar operadores gramaticales generales –*v.gr.* todos, nadie o toda persona–? Y, ¿niega la Constitución titularidad a las personas jurídicas allí donde deja de mencionarlas expresamente? La primera pregunta ya se plantea con el encabezado del art. 19 CPR. La segunda es particular a cada uno de sus numerales. Este modo de operar no puede sino funcionar, sin embargo, en ambas direcciones. Por ejemplo: la Constitución menciona en el art. 19 N° 12 inc. 3° a las personas jurídicas. ¿Significa esto que la excluye del resto del articulado (pues este no las menciona expresamente)? La respuesta supone que ya se conceptúa la protección de las personas jurídicas como algo excepcional. Pero es precisamente esa respuesta la que se está buscando. El argumento según el cual el intérprete no debe distinguir donde la Constitución no lo hace no entrega un criterio suficientemente operativo ni siquiera para aquellos derechos fundamentales que incluyen a las personas jurídicas en su formulación<sup>75</sup>.

Otro punto de partida para el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales de la persona jurídica podría encontrarse en el derecho de asociación del art. 19 N° 15 inc. 1° y 3°. Pues el reconocimiento de la autonomía individual implica también el reconocimiento de su ejercicio colectivo. La Constitución protege, así, el derecho (positivo) de formar asociaciones y el derecho (negativo) de rechazar ser parte de una asociación. Ninguno de ambos derechos, sin embargo, parece proteger a la asociación *per se*, sino solo la decisión del individuo de participar o no en una asociación<sup>76</sup>. La libertad de asociación no implica, sin más, que los grupos y colectivos deban ser protegidos constitucionalmente<sup>77</sup>. Luego, la *sede materiae* de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas no se encuentra en el art. 19 N° 15. Aunque constituya un antecedente de significación, la titularidad de la asociación debe buscarse en otro lugar.

## 1. LA TITULARIDAD A PARTIR DEL ART. 1 INC. 3° CPR

El fundamento de la titularidad de derechos fundamentales de la persona natural se encuentra en el art. 1 inc. 1° CPR: “las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”. Este reconocimiento de la dignidad humana subyace al reconocimiento amplio de titularidad de derechos fundamentales a favor de las personas naturales: “el Estado está al servicio de la persona humana” (art. 1 inc. 4°). El catálogo de derechos fundamentales

<sup>73</sup> La Corte Suprema chilena y el Tribunal Constitucional han operado a la manera de estos párrafos. ALDUNATE LIZANA (2003) p. 196.

<sup>74</sup> CONTRERAS (2017) pp. 138-139.

<sup>75</sup> ALDUNATE LIZANA (2003) p. 196.

<sup>76</sup> Compárese con HUBER (2010) p. 1825, quien considera que la libertad de asociación protege la posibilidad de fundar asociaciones, mientras que el art. 19 inc. 3 de la Ley Fundamental protegería el “actuar” de las personas jurídicas ya creadas.

<sup>77</sup> En contra se ha manifestado el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Al respecto, TETTINGER (2006) p. 1208, con más referencias.

consagrado en el art. 19 CPR descansa en este reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Las personas jurídicas, en cambio, ni gozan de dignidad humana ni el Estado está a su servicio: la protección de sus derechos fundamentales no puede encontrarse en el art. 1 inc. 1° CPR. Luego, de ella tampoco pueden predicarse las concreciones particulares de la dignidad humana contenidas en el art. 19 CPR. Extender el catálogo de derechos constitucionales del art. 19 a las personas jurídicas y a las agrupaciones requiere, en términos sistemáticos, de un punto de partida equivalente a la dignidad humana para el caso de la persona natural.

En este trabajo se sostiene, en respuesta a este desafío interpretativo, que la *sede materiae* de la protección de los derechos fundamentales de los colectivos se encuentra en el art. 1 inc. 3° CPR, que señala “el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”<sup>78</sup>. Esta disposición se erige, así, como el fundamento constitucional de la extensión de la titularidad de derechos constitucionales a los “grupos intermedios”<sup>79</sup>.

Esta disposición es rica en contenidos, tanto por lo que afirma expresamente como por lo que sugiere<sup>80</sup>. (i) En primer lugar afirma que el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios. En comparación con la dignidad humana, puede apreciarse que la afirmación de la segunda oración del art. 1 inc. 3° no resulta en igual medida perentoria frente al art. 1 inc. 1° CPR. Que el Estado reconozca y ampare a los grupos intermedios significa que su protección no representa una obviedad, sino más bien que es constituida y dispensada por el ordenamiento jurídico. Ahí yace la diferencia entre estar al “servicio” de la persona natural y meramente “reconocer” y “amparar” a los grupos intermedios. (ii) El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios porque la sociedad “se organiza y estructura” a través de ellos. Bajo este inciso resulta evidente que la protección de los grupos intermedios no solo es secundaria respecto de, sino también que es dependiente de, el primer nivel de protección de la persona natural –la dignidad humana–<sup>81</sup>. Sin embargo, de esta dependencia y de este carácter secundario no se deduce sin más una protección debilitada en comparación a la protección de la persona natural, al menos en aquellos derechos aplicables a ambas. Solo significa que responden a razones normativas distintas. (iii) En tercer lugar, el Estado no asegura en términos absolutos la autonomía de los grupos intermedios, sino en cambio garantiza a los grupos intermedios “la adecuada autonomía para cumplir sus fines específicos”. El art. 1 inc. 3° CPR tiene, luego, una doble función: funciona por una parte

<sup>78</sup> En contra, sin ahondar, ALDUNATE LIZANA (2003) p. 195.

<sup>79</sup> Esta disposición es, así, el fundamento constitucional de la Ley 20.050.

<sup>80</sup> Sugiere, por de pronto, que la Constitución no extiende la titularidad de derechos fundamentales a favor de las “personas jurídicas”, sino solo respecto de aquellas que puedan ser caracterizadas como “grupo intermedio”, y precisamente dentro de los límites de tal caracterización. Las corporaciones de negocios no gozarían en ningún caso de una protección similar a la dispensada a otros grupos intermedios. Al respecto, DAN-COHEN (2016) pp. 193-196. Desarrollar esta consecuencia requiere de una tipología de los grupos intermedios, lo que excede los márgenes del presente prolegómeno. Para una presentación inicial, véase DAN-COHEN (1986) pp. 113-119.

<sup>81</sup> Para un análisis de las consecuencias de la titularidad secundaria de las personas jurídicas al servicio de la persona natural, véase RÜFNER (2006) pp. 56-57, con más referencias.

como extensión de la titularidad de derechos fundamentales a favor de los grupos intermedios; por otra, como límite de tal titularidad.

La Constitución reconoce y protege entonces la autonomía de los grupos intermedios en función de sus fines específicos. La determinación de dichos “propios fines específicos” depende del ejercicio de autonomía de la persona individual, como se deduce del art. 1 inc. 1° en relación con el art. 1 inc. 3° y con la libertad de asociación del art. 19 N° 15 CPR. De esta formulación se deducen algunos rasgos básicos de la protección mediante derechos fundamentales de los grupos intermedios de los que toda elaboración dogmática podría sacar provecho.

## 2. CONSECUENCIAS DE ESTA TESIS INTERPRETATIVA

### *Los grupos intermedios como organización a disposición de la persona natural*

De los incisos 1° y 3° del art. 1 CPR se deduce que el reconocimiento y protección que el Estado otorga a los grupos intermedios se deriva de su carácter de organización a disposición de la persona natural<sup>82</sup>. La Constitución consagra los grupos intermedios como objeto de protección de una forma derivada, solo en la medida en que personifican una entidad organizacional al servicio del ejercicio de la autonomía de las personas naturales<sup>83</sup>. Del carácter derivado de la protección constitucional de los grupos intermedios, sin embargo, no se deduce el carácter secundario –en el sentido de debilitado o mediado– de su titularidad de derechos fundamentales<sup>84</sup>. Los grupos intermedios son fruto del ejercicio de la autonomía individual, mas reclaman una protección independiente de la dispensada a la persona natural<sup>85</sup>. Derivar la protección de los grupos intermedios de la necesidad de realización de la autonomía de la persona natural es perfectamente compatible con la autonomía de la protección de derechos fundamentales a favor de grupos intermedios. A los propios grupos intermedios, no solo a las personas naturales que los componen, reconoce la Constitución autonomía.

Que la protección de grupos intermedios no tenga que ser débil en comparación con la protección de la persona natural se deduce directamente del carácter del grupo intermedio al servicio de la persona natural<sup>86</sup>. Parte del contenido de la autonomía de la persona natural se expresa en que los grupos intermedios de los que forma parte puedan aspirar a la titularidad de derechos fundamentales. Las personas naturales verían en cambio limitada su autonomía si el sistema constitucional no asegurase la autonomía y la titularidad de derechos fundamentales de los grupos intermedios en los que participa. Si este fuera el caso, la personalidad jurídica de los grupos intermedios sería atrofiada. Precisamente a conse-

<sup>82</sup> Al respecto para el derecho alemán, véase ISENSEE (2011) pp. 913-915.

<sup>83</sup> Compárese con CONTRERAS (2017) p. 138: “La Constitución excluye la aplicación de criterios corporativistas en el ejercicio de derechos fundamentales”. También HUBER (2010) p. 1819.

<sup>84</sup> DREIER (2013) p. 1755; TETTINGER (2006) pp. 1213-1214.

<sup>85</sup> Así, RUPP-VON BRÜNECK (1969) pp. 354-362, quien habla de la dignidad humana como *causa principalis* de la protección de la autonomía de los grupos intermedios.

<sup>86</sup> Sobre esta discusión, también BETHGE (1979) pp. 67-75.

cuencia del carácter mediato de los grupos intermedios, el reconocimiento de su autonomía debe ser pleno –por cierto, siempre respecto de aquellos derechos aplicables<sup>87</sup>–.

### *Sustrato personal y principio de separación*

La protección de los grupos intermedios se justifica por su utilidad para la realización de la autonomía de la persona natural. Cabe preguntarse cómo interpretar su titularidad. ¿Se aplica la teoría del controlador o el principio de separación? El Tribunal Federal Alemán ha argumentado a favor de una “reconducción” de la situación de afectación de los derechos fundamentales desde el grupo intermedio hacia las personas que yacen detrás de él<sup>88</sup>. El reconocimiento expresado en el art. 1 inc. 3° CPR, sin embargo, sería baldío si tuviera que depender de una afectación de las personas que yacen tras el grupo intermedio. Esto significa que del “sustrato personal”, gracias al cual se deriva la necesidad de reconocimiento y protección de los grupos intermedios, se deriva el “principio de separación”. Conforme al “principio de separación”, la titularidad de derechos fundamentales de los grupos intermedios está jurídicamente desvinculada de la titularidad de las personas que lo componen. Lo decisivo no radica en que la situación de afectación pueda reconducirse a una afectación de los derechos fundamentales de las personas naturales tras el grupo intermedio. Lo relevante es en cambio que la situación de riesgo de afectación de derechos fundamentales en la que eventualmente se encuentra el grupo intermedio sea equiparable con, análoga o comparable a, una situación de riesgo de vulneración de derechos fundamentales de las personas naturales<sup>89</sup>. Es decir, lo relevante no es que una acción estatal vulnere los derechos de las personas naturales mediante la vulneración de los derechos fundamentales de la persona jurídica, sino que la situación que significa la vulneración de los derechos fundamentales de los grupos intermedios sea una situación que, si afectase a personas naturales, también pudiera entenderse como de riesgo de afectación<sup>90</sup>.

El criterio de la puesta en riesgo equivalente se recomienda como criterio interpretativo para la Constitución vigente sobre todo porque mediante él puede darse cuenta de la autonomía en la protección de los derechos fundamentales de los grupos intermedios. En una sociedad compleja, atravesada por la interacción de diferentes actores sociales y económicos vinculados entre sí, es evidente que los grupos intermedios requieren del estatus jurídico suficiente como para gozar de protección frente a intervenciones arbitrarias estatales, con independencia de si dicha arbitrariedad cuente como una afectación de los derechos fundamentales de una persona natural<sup>91</sup>. Los ciudadanos cuentan –en virtud del art. 1 inc. 3° CPR– con que el tráfico jurídico se desenvuelve en ausencia de intervenciones arbitrarias estatales, tanto en el plano individual como en el grupal. Esto no quiere decir, desde luego, que los derechos fundamentales de los grupos intermedios deban triunfar en caso de

<sup>87</sup> Una postura semejante es defendida por BETHGE (1985) pp. 25-36.

<sup>88</sup> PIEROTH y SCHLICK (2012) p. 41.

<sup>89</sup> DREIER (2013) pp. 1753-1754; KREBS (2012) p. 1372.

<sup>90</sup> SACHS (2011) p. 760.

<sup>91</sup> DREIER (2013) p. 1753.

conflicto con los derechos fundamentales de sus miembros<sup>92</sup> o de otras personas naturales. Menos significa esto que los grupos intermedios tengan garantizada una autonomía ilimitada o una dignidad equivalente a la persona natural. La ley constitucional no considera que la protección de los grupos intermedios sea más importante que la protección de la dignidad humana, sino solo que las situaciones de afectación son mutuamente independientes.

El principio de separación trae consecuencias inmediatas frente a la legitimación activa del ejercicio de derechos fundamentales, *v.gr.*, para la regulación del derecho de petición del art. 19 N° 14 y frente a la regulación del recurso de protección en el art. 20 CPR<sup>93</sup>. La legitimación activa del grupo intermedio es en ambos casos a propio nombre; y la voluntad que se ejerce en el proceso es la propia voluntad del grupo intermedio, que no es idéntica a la voluntad de sus miembros. Una restricción de la titularidad del derecho de petición o de la posibilidad de recurrir de protección a favor de las personas naturales y en desmedro de los grupos intermedios sería contrario con el reconocimiento y protección dispensado en el art. 1 inc. 3° CPR<sup>94</sup>.

#### *La esencia de los derechos fundamentales y los fines específicos de los grupos intermedios*

La Ley fundamental alemana establece que los derechos fundamentales son aplicables a favor de las personas jurídicas en la medida en que sea compatible con la esencia del derecho en cuestión<sup>95</sup>. La pregunta que emerge en el caso alemán es cómo interpretar dicha “reserva de esencia”<sup>96</sup>. En el modelo de titularidad en el marco de la Constitución Política de Chile no existe en principio ninguna disposición equivalente a la reserva de esencia del derecho alemán. La CPR apela a la esencia de los derechos fundamentales en su art. 19 N° 26. Sin embargo, incluso dentro de la doctrina alemana se ha rechazado que la “esencia” de los derechos fundamentales para efectos del art. 19 inc. 2° GG –el equivalente, *mutatis mutandi*, al art. 19 N° 26 CPR– sea similar a la “esencia” de los derechos fundamentales para efectos de la titularidad de las personas jurídicas<sup>97</sup>. Al revisarse la regulación constitucional resulta evidente que la protección de los grupos intermedios no depende de la esencia del posible derecho vulnerado, sino en cambio del alcance del reconocimiento de su autonomía en función de sus fines específicos<sup>98</sup>.

La condicionalidad de la protección de los grupos intermedios se deriva en la ley constitucional chilena del adjetivo “adecuada” y de sus “fines específicos”<sup>99</sup>. ¿Quiere decir

<sup>92</sup> ISENSEE (2011) pp. 968-974.

<sup>93</sup> Brevemente, en el derecho alemán, KREBS (2012) p. 1362; RUPP-VON BRÜNNECK (1969) pp. 354-355.

<sup>94</sup> Esto por cierto es distinto a los casos en que la persona jurídica ejerce acciones constitucionales a nombre o en representación de las personas naturales que la componen.

<sup>95</sup> Sobre esta interpretación, HUBER (2010) p. 1819.

<sup>96</sup> Brevemente, TONIKIDIS (2012) pp. 521-525.

<sup>97</sup> Así, por todos, KREBS (2012) p. 1370.

<sup>98</sup> Podría especularse, sin embargo, que la cláusula de la esencia de los derechos fundamentales en su aplicación a las personas jurídicas resulta fútil. Si un derecho fundamental, con arreglo a su esencia, no resulta aplicable a la persona jurídica, entonces no hace falta una disposición adicional que descarte su aplicación. Originariamente, la cláusula de la esencia posibilitó evitar la discusión sobre un posible catálogo de derechos fundamentales a favor de las personas jurídicas (Al respecto, DREIER (2013) p. 1743).

<sup>99</sup> Véase para el derecho alemán, HUBER (2010) pp. 1823-1824.

esto que la Constitución chilena protege constitucionalmente a los grupos intermedios según los fines que ellos persiguen? La respuesta afirmativa es ciertamente justificada. El art. 1 inc. 3° CPR constituye, así, tanto la *sede materiae* de la titularidad de derechos fundamentales como su límite. Considérese por ejemplo una corporación sin fines de lucro creada con el fin de proveer servicios educativos. Sostener que dicha corporación no goza del derecho fundamental de la libertad de emprendimiento es ciertamente justificable en el sistema constitucional chileno. La condicionalidad de la protección de los grupos intermedios muestra que frente a un eventual caso de protección de uno de ellos se está siempre frente a un triple ejercicio argumentativo: primero debe demostrarse que la extensión de la titularidad de un derecho fundamental a favor de un grupo intermedio se justifica en consideración a que el grupo intermedio es expresivo de la autonomía de la persona natural; debe demostrarse en segundo lugar el grado de protección según el derecho fundamental en cuestión; y debe demostrarse el grado de protección según la “adecuada autonomía” del grupo intermedio en cuestión<sup>100</sup>. Estos tres criterios deben servir a la elaboración de criterios de aplicación racional de los derechos fundamentales a favor de los grupos intermedios y, eventualmente, de las personas jurídicas<sup>101</sup>. En particular, la elaboración de tales criterios de aplicación supone responder por qué ha de atribuirse titularidad a una asociación intermedia determinada y en qué grado tal extensión corresponde a la “adecuada autonomía” que reconoce la Constitución. Siempre considerándose que la protección de los grupos intermedios depende de, y se limita a, su naturaleza al servicio de la persona natural.

## V. CONCLUSIONES

La titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas es un asunto controvertido tanto en el sistema constitucional chileno como en otros sistemas constitucionales. Los tribunales de justicia se ven sometidos con regularidad a la necesidad de decidir acerca de la titularidad y de las posibles afectaciones de los derechos fundamentales de las asociaciones, grupos, colectivos y personas jurídicas. Dicho desafío reclama con urgencia criterios de racionalidad para la aplicación del derecho. La elaboración de estos criterios –de una dogmática de los derechos fundamentales de las asociaciones, grupos y personas jurídicas– reclama como antecedente, por su parte, de ciertas consideraciones jurisprudenciales, doctrinarias, de teoría del derecho y de derecho comparado. Este prolegómeno pretende contribuir a afrontar esta necesidad.

Fundamental a este respecto es abordar la discusión sobre el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones tanto desde el punto de vista de la filosofía política como desde la teoría del Estado. Esto deja algunas lecciones. Solo aquellas teorías asociadas al temprano corporativismo consideran que la protección de derechos fundamentales de las asociaciones, grupos y personas jurídicas es idéntica a la de la persona natural. Solo las teo-

<sup>100</sup> Sobre el abandono de estas diferenciaciones en la jurisprudencia estadounidense reciente, BLOCH y LAMOREAUX (2017) pp. 319-325.

<sup>101</sup> Como tempranamente reconoció el Tribunal Constitucional federal alemán. Al respecto, véase la sentencia del tribunal BVerfGE 6, 273 (“Gesamtdeutsche Volkspartei”) de 1957. Un comentario en TETTINGER (2006) pp. 1205-1206.

rías asociadas a la temprana democracia radical posrevolucionaria consideran que las asociaciones y grupos de personas no solo son indignas de protección, sino que deben ser prohibidas. Entre estos extremos se han desarrollado múltiples aproximaciones que consideran, por distintas razones, que las asociaciones y grupos de personas merecen cierto nivel de reconocimiento de su autonomía en función de ser el producto y encontrarse al servicio de la persona natural. En este prolegómeno se presenta, luego, el impacto que la evolución de esta discusión ha tenido en la forma en que algunos sistemas constitucionales han enfrentado el desafío planteado por la titularidad de derechos fundamentales de las asociaciones, corporaciones y personas jurídicas.

Central para toda elaboración dogmática de los derechos fundamentales de las asociaciones es determinar, adicionalmente, dónde su aplicación se encuentra reconocida o recibida. Este trabajo ofrece una respuesta de *constitutio lata* –no de *constitutio ferenda*–: ni en la formulación general de los derechos fundamentales en el encabezado del art. 19 CPR, ni en la formulación concreta de cada uno de los derechos fundamentales en los distintos numerales del art. 19 CPR, ni tampoco en el derecho de asociación reconocido en el art. 19 N° 15 CPR, se encuentra la *sede materiae* de la extensión de la titularidad de derechos fundamentales a favor de los grupos intermedios. Todos estos constituyen antecedentes normativos necesarios, pero no suficientes ni concluyentes. La titularidad de derechos fundamentales a favor de los grupos intermedios se encuentra en el art. 1 inc. 3° CPR. Dicho artículo configura, a la par, los límites de la titularidad de derechos fundamentales de los grupos intermedios. Su protección es derivada, al servicio de la persona natural: los grupos intermedios no tienen dignidad humana ni personalidad real en el sistema constitucional chileno.<sup>102</sup> Luego, la autonomía que se reconoce a los grupos depende del nivel de vinculación con la autonomía individual. La protección del grupo intermedio es autónoma, pero secundaria y derivada respecto de la dignidad de la persona natural. El catálogo de derechos fundamentales no se les aplica por entero, ni se aplica a todo grupo intermedio sin consideración de sus diferencias específicas. Los derechos fundamentales de la persona natural anteceden a los derechos fundamentales de los grupos intermedios<sup>103</sup>, lo que se refuerza en la medida en que la vinculación del grupo intermedio con la persona natural sea más difusa o se vea debilitada<sup>104</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2003): “La titularidad de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 1, N° 1: pp. 187-201.

<sup>102</sup> Menos se sostiene aquí una defensa de lo que cierta doctrina ha denominado principio de subsidiariedad. Al contrario, se defiende que el art. 1 inc. 3° CPR consagra un principio de reconocimiento de la autonomía de las asociaciones intermedias, nada parecido a un deber de abstención empresarial del Estado.

<sup>103</sup> Anteceden en el sentido en que el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales de los grupos intermedios y de las personas jurídicas es compatible con que “sea posible para el legislador limitar el actuar de las personas jurídicas en función de su respectivo carácter”. Así RÜFNER (2001) p. 61.

<sup>104</sup> En contra, para el derecho alemán, ISENSEE (2011) pp. 975-979; RÜFNER (2001) pp. 58-59. Las razones, sin embargo, por las cuales se rechaza el criterio de la “proximidad personal” entre las asociaciones y la persona natural se encuentran esencialmente vinculadas a la redacción del art. 19 inc. 3° de la Ley fundamental alemana. Dichas razones no parecen válidas para el art. 1° inc. 3° CPR.

- ANÓNIMO (1982): “Constitutional Rights of the Corporate Person”, *Yale Law Journal*, 91: pp. 1641-1658. Disponible en <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol91/iss8/5/>. Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2021.
- AMARTRUDO, Anthony (2011): “Corporate Personality: A Politico-Jurisprudential Argument”, *Ratio Juris*, vol. 24, N° 4: pp. 471-493.
- BADIOU, Alain (2017): *El siglo* (Buenos Aires, Manantial).
- BETHGE, Herbert (1985): *Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach art. 19 Abs. 3 Grundgesetz* (Passau, Passavia Universitätsverlag).
- BETHGE, Herbert (1979): “Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen –Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts–”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 104: pp. 56-111.
- BLAIR, Margaret y POLLMAN, Elizabeth (2017): “The Supreme Court’s View of Corporate Rights. Two Centuries of Evolution and Controversy”, en LAMOREAUX, Naomi y NOVAK, William J. (edits.), *Corporations and American Democracy* (Cambridge, Harvard University Press) pp. 245-285.
- BLOCH, Ruth y LAMOREAUX, Naomi (2017): “Corporations and the Fourteenth Amendment”, en LAMOREAUX, Naomi y NOVAK, William J. (edits.), *Corporations and American Democracy*, (Cambridge, Harvard University Press) pp. 286-325.
- BLUMBERG, Phillip (1989): *The Law of Corporate Groups: Problems of Parent and Subsidiary Corporations Under Statutory Law of General Application* (Boston, Little, Brown and Company).
- CONTRERAS, Pablo (2017): “Titularidad de derechos fundamentales”, en Pablo CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (edits.), *Manual sobre derechos fundamentales, teoría general* (Santiago, Lom editores).
- DAN-COHEN, Meir (2016): *Normative Subjects. Self and Collectivity in Morality and Law* (Oxford, Oxford University Press).
- DAN-COHEN, Meir (1986): *Rights, Persons and Organizations. A Legal Theory for Bureaucratic Society* (Berkeley, University of California).
- DIETMAIR, Alwin (1988): *Die juristische Grundrechtsperson des Art. 19 Abs.3 GG im Licht der geschichtlichen Entwicklung* (Heidelberg, R.v. Decker’s Verlag).
- DREIER, Horst (2013): *Grundgesetz. Kommentar*, Volumen I (Tubinga, Mohr Siebeck, tercera edición).
- EPSTEIN, Richard (2011): “*Citizen United v. FEC*: The Constitutional Right That Big Corporations Should Have But Do Not Want”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 34, N° 2: pp. 639-661.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel (2000): “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, *Cuestiones constitucionales*, 2: pp. 23-71.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel (2002): “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 65, N° 22: pp. 49-105.
- HOFMANN, Hasso (1974): *Repräsentation. Studien zur Wort-und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert* (Berlin, Duncker & Humblot).



- HUBER, Peter Michael (2010): “Art. 19 GG”, en VON MANGOLDT, Hermann, KLEIN, Friedrich y STARCK, Christian (edits.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Volumen I (Múnich, Franz Vahlen, sexta edición).
- HUBER, Rudolf Ernst (1933): “Bedeutungswandel der Grundrechte”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, N° 62: pp. 1-98.
- ISENSEE, Josef (2011): “Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen”, en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul (edits.), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg, C.F. Mueller).
- KELSEN, Hans (1992): *Reine Rechtslehre* (Viena, Österreichische Staatsdruckerei).
- KREBS, Walter (2012): “Art. 19 GG”, en: VON MÜNCH, Ingo y KUNIG, Philip (edits.), *Grundgesetz. Kommentar* (Múnich, C.H. Beck, sexta edición).
- LASKI, Harold (1917): “The Sovereignty of the State”, en LASKI, Harold (edit.), *Studies in the Problem of sovereignty* (Londres, Yale University Press) pp. 1-27.
- PETERS, Martin (2001): *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes (1841-1921)* (Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht).
- PIEROTH, Bodo y SCHLICK, Berndhard (2012): *Grundrechte Staatsrecht II* (Heidelberg, C.F. Müller, vigésimo octava edición).
- ROUSSEAU, Jean-Jaques (2010): *Du contrat social–Vom Gesellschaftsvertrag (Französisch/Deutsch)* (Stuttgart, Reclam).
- RÜFNER, Wolfgang (2001): “Der personale Grundzug der Grundrechte und der Grundrechtsschutz juristischer Personen”, en BADURA Peter y DREIER, Horst (edits.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts* (Tubinga, Mohr Siebeck) pp. 55-76.
- RUNCIMAN, David (2000): “Is the State a Corporation?”, *Government and Opposition*, vol. 35, N° 1: pp. 90-104.
- RUPP-VON BRÜNNECK, Wiltraut (1969): “Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen”, en EHMKE, Horst y otros (edits.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag* (Frankfurt del Meno, Europäische Verlagsanstalt) pp. 349-383.
- SACHS, Michael (2011): *Grundgesetz. Kommentar* (Múnich, C.H. Beck, sexta edición).
- SCHMITT, Carl (1957): *Verfassungslehre* (Berlín, Duncker & Humblot).
- SCHMITT, Carl (1940): “Staatsethik und pluralistischer Staat”, en SCHMITT, Carl, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles 1923-1939* (Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt) pp. 133-145.
- SCHOEN, Edward J. (2020): *Corporations Have Almost as Many Constitutional Rights as Individuals: How Did This Happen?* (Newcastle, Cambridge Scholars Publishing).
- TETTINGER, Peter (2006): “Juristische Personen des Privatrechts als Grundrechtsträger”, en MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jürgen (edits.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (Heidelberg, C.F. Müller) pp. 1203-1254.
- TONIKIDIS, Stelios (2012): “Die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG”, *Jura*, N° 7: pp. 517-525.
- WINCKLER, Adam (2017): “*Citizen United*, Personhood, and the Corporation in Politics”, en LAMOREAUX, Naomi y NOVAK, William J., *Corporations and American Democracy* (Cambridge, Harvard University Press) pp. 359-387.

ZÚÑIGA, Francisco (2013): “Los derechos de asociación y de reunión: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales”, *Revista de Derecho Público*, vol. 79, N° 2: pp. 207-228.

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

ALEMANIA, Ley Fundamental de la República Federal (*Grundgesetz*) (23/5/1949).

ALEMANIA, Constitución del Imperio Alemán (*WRV*) (14/8/1919).

CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980).

ESPAÑA, Constitución española (29/12/1978).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Constitución (17/9/1787).

ITALIA, Constitución de la República (1/1/1948).

PORTUGAL, Constitución política de la República (25/4/1976).

## JURISPRUDENCIA CITADA

### REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Sentencia BVerfGE 21, 362 (“Sozialversicherungsträger”) 2 de mayo de 1967.

Sentencia BVerfGE 6, 273 (“Gesamtdeutsche Volkspartei”) 21 de febrero de 1957.

### ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

*BURWELL v. HOBBY LOBBY STORES*, 573 U.S. 682 (2014).

*CITIZEN UNITED v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010).

*McCONNELL v. FEC*, 540 U.S. 93 (2003).

*FIRST NATIONAL BANK OF BOSTON v. BELLOTTI*, 435 U.S. 765 (1978).

*MARSHALL v. BARLOW'S INC.*, 436 U.S. 307 (1978). *UNITED STATES v. MARTIN LINEN SUPPLY Co.*, 430 U.S. 564 (1977).

*BUCKLEY v. VALEO*, 424 U.S. 1 (1976).

*NAACP v. BUTTON*, 371 U.S. 415 (1963).

*UNITED STATES v. WHITE*, 322 U.S. 694 (1944).

*RAILROAD RETIREMENT BOARD v. ALTON RAILROAD Co.*, 295 U.S. 330 (1935).

*WESTERN TURF ASSOCIATION v. GREENBERG*, 204 U.S. 359 (1907).

*HALE v. HENKEL*, 201 U.S. 43 (1906).

*NORTHWESTERN NATIONAL LIFE INSURANCE Co. v. RIGGS*, 203 U.S. 243 (1906).

*COUNTY OF SANTA CLARA v. SOUTHERN PACIFIC RAILROAD Co.*, 118 U.S. 394 (1886).

*DARTMOUTH COLLEGE v. WOODWARD*, 17 U.S. 481 (1819).

# DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS A LA VERIFICACIÓN DEL SUPUESTO NORMATIVO. HECHOS INSTITUCIONALES Y SANA CRÍTICA

*FROM THE PROOF OF FACTS TO THE NORMATIVE ASSUMPTION  
VERIFICATION. INSTITUTIONAL FACTS AND SOUND CRITICISM*

JOHANN S. BENFELD E.\*

**RESUMEN:** Se afirma en esta investigación que una adecuada comprensión de la sana crítica demanda considerar los aspectos normativos de la prueba judicial. En un proceso judicial la prueba de los hechos se encamina a la verificación de hechos institucionales, cuestión que supone tanto la prueba de las proposiciones empíricas sobre hechos brutos, como su calificación. El tránsito desde el hecho bruto al supuesto normativo implica subordinar, muchas veces, recursos epistémicos a criterios normativos dentro de un proceso argumental. Y es precisamente en esto en lo que consiste la ponderación de la prueba judicial conforme a la sana crítica.

**Palabras clave:** prueba judicial, sana crítica, reglas constitutivas, hechos institucionales, hechos brutos.

**ABSTRACT:** This research states that an adequate understanding of sound criticism requires considering the normative aspects of judicial evidence. In a judicial process, the proof of facts is directed towards the verification of institutional facts, a question that supposes both the proof of empirical propositions on brute facts, as well as their qualification. The transition from brute fact to the normative assumption implies subordinating, many times, epistemic resources to normative criteria within an argumentative process. And this is precisely what the weighting of judicial evidence according to sound criticism consists of.

**Keywords:** judicial evidence, sound criticism, constitutive rules, institutional facts, brute facts.

## I. INTRODUCCIÓN

Una obscenidad fue lo último que se escuchó decir al trabajador justo antes de dirigirse a cargar la camioneta de la empresa. La expresión, que había sido precedida por un conjunto de gestos de hastío y quejas (y, según refiere el empleador, también de otros improperios), dejó sumida la bodega en un absoluto silencio.

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía y Teoría del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Dirección postal: Avenida Brasil N° 2950, Valparaíso. Correo electrónico: johann.benfeld@pucv.cl. Código Orcid: 0000-0001-6109-3878. La presente investigación ha sido realizada dentro de la ejecución del Proyecto Fondecyt Regular N° 1200232, denominado: “El derecho en los hechos. Formulación de un concepto normativo-jurídico de sana crítica como sistema institucional de ponderación libre de la prueba judicial”. Investigador responsable: Johann Benfeld. Proyecto financiado por el Fondo de Desarrollo Científico y Tecnológico de Chile (ANID).

El jefe de bodega, presunto destinatario de la ofensa y supervisor directo del ofuscado trabajador, no dudó en informar la situación a sus superiores. El trabajador fue finalmente despedido. La causa invocada para el despido fue el artículo 160 N° 1 letras c y d del Código del Trabajo chileno.

Más tranquilo, el empleado reconoció lo desafortunado de sus dichos y pidió disculpas. Pero al ver que estas, aunque aceptadas, no le devolverían su trabajo, interpuso una demanda por despido injustificado, como lo permite el artículo 168 del referido código. La demanda fue conocida por el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso en la causa rol O-833-2016.

La cuestión a resolver en este caso era si el trabajador había o no incurrido en los supuestos del artículo 160 N° 1, letras c y d: vías de hecho y calumnias en contra de su superior directo. Para ello se abrió un término probatorio en el que se rindió prueba sobre la “efectividad de los hechos”. Y, de acuerdo con el propio fallo, aunque no se acreditaron las vías de hecho, sí resultó probada “la infeliz expresión final”.

No obstante, la sentencia del tribunal acogió la demanda de despido injustificado junto con las indemnizaciones solicitadas, motivando su decisión en una diversa “calificación de los hechos” conforme a la “sana crítica”. De acuerdo con el tribunal, el acto de habla proferido por el trabajador habría sido más bien exclamativo que ofensivo (en su intención ilocutoria y perlocutoria)<sup>1</sup>.

“Lo que lleva a concluir que efectivamente el actor estaba estresado, como señaló José Manuel Ramos y que la frase tantas veces repetida ‘vale callampa’ no fue dicha con la intención de ofender o insultar directamente a su jefe, sino que fue usada para liberar su estrés al sentirse presionado, en términos de una exclamación o interjección, que se ha hecho muy popular en nuestro país. Sobre todo, si se considera que todos los declarantes señalan

---

<sup>1</sup> En términos de la filosofía analítica del lenguaje ordinario, toda calificación de una expresión deriva, en último término, de su uso. De ahí que dependiendo del contexto un mismo fonema o grafema pueda tener una diversa significación, en tanto ninguna de ellas (significaciones) suponga una suerte de lenguaje privado. WITTGENSTEIN (2017) pp. 83-85 y 137-145. Eso sí, los usos no son inmunes a las prácticas lingüísticas y en ellas los actos del lenguaje aparecen vinculados a expresiones performativas específicas. De ahí que las palabras (en sentido amplio, expresiones lingüísticas) tengan un poder constitutivo y que con ellas podamos no solo comunicar, sino también hacer cosas. AUSTIN (2016) pp. 155-166. ¿Y qué hacemos? Podemos simplemente comunicar (función locutoria del acto); podemos plasmar una cierta intención en la expresión (contenido ilocutorio del acto), o podemos producir una respuesta (esperada o no) en el receptor de nuestra expresión (función perlocutoria del acto). En este juego del lenguaje, con todo, la elección de la expresión no es inocua, pues hay expresiones que son realizativas y otras descriptivas, y aún dentro de las primeras hay lugar para distinciones adicionales: expresiones judicativas, ejercitativas, compromisorias, etc. AUSTIN (2016) pp. 131-140; 213. Pero claro, la sola posibilidad de agrupar semánticamente expresiones en alguna de estas categorías es indicativo que la expresión elegida por un emisor, dentro de una determinada comunidad lingüística, no puede ser simplemente redefinida por un uso no convencional. Y ello porque, aunque se acepte que el significado de una expresión deriva de su uso, ello no transforma a la idea de significado y uso en sinónimos. Y un buen ejemplo de ello lo podemos advertir a propósito de las expresiones soeces. Pues, aunque tanto un insulto como su equivalente culto (una expresión irónica, por ejemplo) puedan tener el mismo significado, el uso de una y otra entraña un acto diferente: una es una ofensa y la otra no. AUSTIN (2017) p. 185 final. Estas breves consideraciones analíticas pueden ofrecer una cierta explicación del razonamiento del tribunal, pero debido a lo último que hemos señalado (distinción significado/uso y fuerza perlocutoria de la expresión de agravio) no queda claro si la conclusión a la que dicho tribunal arriba es la adecuada (por lo menos en términos de análisis del lenguaje).

que había buen clima laboral, que no había insultos, aunque a veces se daban discusiones, sin conflicto y que, en ese medio se desarrolló el actor durante 12 años”<sup>2</sup>.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, fue del parecer del tribunal de instancia y rechazó el recurso de la parte demandada aduciendo que, aun cuando el fallo pudiera contener una diferente calificación de los hechos respecto de la parte recurrente, el juez laboral en caso alguno había infringido de manera “manifiesta” las reglas de la sana crítica<sup>3</sup>.

La decisión del tribunal a *quo* (que por cierto no constituye ninguna excepción en el ámbito del razonamiento probatorio), y su posterior validación por el tribunal de alzada, plantea una interesante cuestión: ¿cuándo una acción (sea esta un fonema, como el ejemplo que hemos elegido, u otra conducta) resulta “calificada” como supuesto normativo?

De acuerdo a lo que expondremos a continuación, un fallo como el que hemos elegido a modo ejemplar se puede entender mejor si se advierte, por una parte, que los **hechos** a probar en un procedimiento judicial, en tanto supuestos de una regla de derecho, no se deben identificar con **hechos brutos** susceptibles de una mera descripción. Y, por otra, que la ponderación de la prueba judicial conforme a la sana crítica supone algo más que la mera prueba de las afirmaciones empíricas sobre “hechos” sin calificación.

En lo que sigue de este trabajo intentaremos precisar la idea de **hecho institucional** como supuesto de la norma jurídica, a fin de diferenciarlo de los llamados hechos brutos con los que trabajan (en teoría) las ciencias factuales. Hecho lo anterior, someteremos a examen la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho a propósito de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica. Luego revisaremos dos estrategias diversas que intentan armonizar, a propósito de la prueba judicial, los aspectos epistémicos involucrados en la averiguación de la verdad de las proposiciones empíricas y los elementos normativos que inciden en la calificación de los hechos como supuestos normativos. Finalmente, veremos cómo, la estrategia que denominamos en este trabajo como **agregativa** tiene, a nuestro juicio, mayor rendimiento explicativo del régimen de ponderación conforme a la sana crítica.

## II. EL SUPUESTO JURÍDICO COMO HECHO INSTITUCIONAL

La actividad probatoria de las partes en un proceso jurisdiccional únicamente tiene sentido en la medida que se encamina a la verificación del supuesto normativo contenido en la disposición objeto de controversia<sup>4</sup>. Y este (el supuesto) no es otra cosa que un hecho natural o social, inserto en una estructura normativa que se expresa en un “conjunto de

<sup>2</sup> ÓRDENES CON ELECTRICIDAD *GOBANTES S.A.* (2016) c. 7º letra c.

<sup>3</sup> ÓRDENES CON ELECTRICIDAD *GOBANTES S.A.* (2017) c. 3º.

<sup>4</sup> Ello no significa que la prueba de las proposiciones empíricas sea irrelevante. De hecho, de dicha prueba pende la existencia del supuesto normativo, pero ella (esa prueba) no tiene la aptitud de probar la ocurrencia del mismo, que es lo relevante en un proceso judicial. En otras palabras, la prueba de los hechos brutos es una condición necesaria de la calificación del supuesto, pero no una condición suficiente. Y ello explica por qué un mismo hecho bruto probado, en nuestro ejemplo del caso laboral, constituye para una de las partes un agravio mientras que para la otra (y para el tribunal) se trata de una expresión de desahogo.

condiciones establecidas por la norma jurídica que, una vez producidas, permiten el surgimiento de las consecuencias normativas contenidas en el precepto o disposición”<sup>5</sup>.

La conceptualización precedente supone, a lo menos, dos cosas. La primera es que los hechos en el derecho siempre forman parte de una estructura normativa compleja en la que interactúan reglas constitutivas y condicionantes por igual<sup>6</sup>. Y en uno y otro caso el evento que sirve de supuesto tendrá siempre un carácter institucional, es decir, su comprensión depende de un conjunto de atribución de significado dentro de complejas estructuras sociales. La segunda, que deriva de la primera, es que no es posible identificar el supuesto normativo con el hecho bruto que, eventualmente, le sirve de sustrato empírico. Esta última afirmación es la que conduce a la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales.

Le debemos a G. E. M. Anscombe el acierto de haber precisado los contornos de los hechos brutos (*brute facts*) en oposición a los hechos que se desarrollan en un contexto institucional supuesto (*institution behind description*).

Supongamos la siguiente situación, tal como la propone Anscombe. Encargamos a un vendedor de verduras que nos traiga a nuestra casa un kilo de papas. El vendedor viene a nuestra casa y deposita las papas frente a nuestra puerta, junto con una boleta por el importe de las mismas. La situación, con todo, admite más de una descripción-calificación. Por una parte, tenemos el hecho cierto del depósito de las papas en la puerta de nuestra casa. Por otra, la posibilidad de calificar dicho hecho como la entrega de lo debido en virtud del contrato de compraventa que hemos celebrado. Pero resulta claro que no existe una relación causal entre los dos eventos: alguien podría por error haber depositado en la puerta de nuestra casa un kilo de papas, cuestión que no transformaría este hecho (descrito) en un cumplimiento obligatorio en razón de un contrato de compraventa (calificación jurídica del hecho).

Esta idea llevó a Gertrude Anscombe a afirmar que “la existencia de la descripción A en el lenguaje (compraventa de un kilo de papas) presupone un contexto, el cual podríamos llamar ‘la institucionalidad tras A’; ese contexto puede o no estar presente en la des-

<sup>5</sup> REALE (1982) p. 16a4.

<sup>6</sup> Esta consecuencia, no ha pasado inadvertida por la teoría. Hans Kelsen afirmó en su Teoría General del Derecho y del Estado de 1949 que “en el mundo del derecho no hay hechos ‘en sí mismos’ o ‘absolutos’; solo hay hechos cuya existencia ha sido declarada por un órgano competente dentro de un procedimiento prescrito por la ley. [...] Si quisiéramos valernos de una formulación un tanto paradójica, podríamos decir que el órgano competente que determina la existencia de los hechos condicionantes, los ‘crea’ jurídicamente”. KELSEN (1995) pp. 160-161. Y, en un análisis más fino sobre el particular, Alf Ross en Sobre el Derecho y la Justicia distinguió con precisión entre los “hechos naturales” y los “hechos operativos”. Estos últimos, de naturaleza creadora o meramente condicionante, son los que forman parte de la estructura de la regla de derecho. “En cada caso de administración de justicia hay un número de hechos operativos. Pero algunos de ellos ocupan una posición especial. En un caso de homicidio no solo es relevante el acto del homicidio (tipo penal: norma creadora). Muchas otras circunstancias acompañantes tendrán que ser consideradas; por ejemplo, posibles fundamentos especiales para la excepción de responsabilidad, o para la no aplicación o reducción de la pena (circunstancias eximentes o atenuantes: hechos condicionantes). Del mismo modo, cuando se trata de hacer cumplir un contrato, el hecho de que se haya celebrado el contrato no es el único importante. También tienen que ser tomadas en consideración otras circunstancias decisivas para la validez de la promesa, tales como la minoría de edad, el error, el dolo, la fuerza, etc. Sin embargo, tanto el acto del homicidio como la promesa ocupan una posición especial. Son los hechos que fundamentan el efecto jurídico específico en cuestión, mientras que las circunstancias acompañantes se limitan a condicionar, modificar o excluir la aplicación del efecto jurídico”. ROSS (2011) pp. 209-210. Los paréntesis son nuestros.

cripción xyz (dejar un kilo de papas en la puerta de mi casa). Por ejemplo, la institución de la compraventa está presupuesta en la descripción ‘emitir una boleta’, como en ‘estar obligado por la mercancía recibida’; pero no en la descripción ‘depositar papas’<sup>7</sup>.

Intrigado por esta brecha entre los hechos brutos y los hechos que suponen un trasfondo institucional, años más tarde, John Searle acometió la empresa de intentar explicar la naturaleza de los hechos que suponen cierta institucionalidad para su comprensión de manera más detallada.

Searle distingue en esta tarea entre hechos brutos (*brute facts*) y hechos institucionales (*institutional facts*). Sobre los primeros no hay mucho que decir. De acuerdo a su ontología ellos existen en su singularidad de manera independiente y son, por una parte, objeto de estudio de las ciencias factuales y, por otra, el supuesto existencial de los hechos institucionales. Esto último quiere decir, simplemente, que todo hecho institucional (desde una perspectiva epistemológica realista) supone en algún nivel un hecho bruto.

Para comprender la naturaleza de los hechos institucionales, Searle realiza un exhaustivo análisis de los elementos involucrados en la génesis y desarrollo de los mismos. Simplificando mucho las cosas, las principales ideas parecen ser las siguientes. La realidad social es diferenciable de la realidad físico natural. No se trata de que existan dos o más mundos, sino que la realidad admite más de una modalidad de comprensión. La realidad social está constituida por un conjunto de **hechos sociales**. Esto es, fenómenos cuya comprensión e interpretación no se reduce a una mera descripción: una compraventa no se explica por la acción material de un intercambio de una cosa por dinero (como vimos en el ejemplo de Anscombe), sino por la forma misma en que se construye la realidad social<sup>8</sup>.

Ahora bien, para comprender la construcción de la realidad social hay que echar mano de algunos conceptos básicos: la intencionalidad colectiva; la asignación de función, y la institucionalización de los hechos (carácter normativo).

La intencionalidad colectiva representa para Searle una condición natural de la especie humana (que comparte, por lo demás, con otros animales superiores). Ella se traduce en la idea de poder coordinar acciones que son susceptibles de ser interpretadas de forma independiente de la intencionalidad individual. Piénsese en un músico de cámara que junto a otros interpreta una pieza musical (de forma coordinada e intencionada), pero con el propósito individual de impresionar a sus nuevos amigos<sup>9</sup>. La atribución de función, a su vez, se refiere a que los objetos naturales o artificiales pueden ser entendidos como realizando cierta función (acción/valor intencional colectivo/individual) que es susceptible de ser emancipada de su naturaleza propia de objeto dado<sup>10</sup>. De tal suerte que es posible distin-

<sup>7</sup> ANSCOMBE (1958) p. 73. En el ámbito de la filosofía analítica del derecho anglosajona, una idea similar se puede encontrar en H.L.A. Hart, en su opción de un “punto de vista interno” como criterio hermenéutico para la comprensión del derecho. Véase HART (2012) p. 87; MACCORMICK (2010) pp. 137-145.

<sup>8</sup> SEARLE (1997) p. 24.

<sup>9</sup> SEARLE (1997) p. 55.

<sup>10</sup> “En lo atinente a nuestras experiencias normales de las partes inanimadas del mundo, hay que decir que no experimentamos las cosas como objetos materiales, y mucho menos como colecciones de moléculas. Ocurre más bien que experimentamos un mundo de sillas y mesas, de casas y automóviles, de salas de lectura, de pinturas, calles, jardines, fincas, etc. Todos los términos que se acaban de usar entrañan criterios de evaluación que,

guir con claridad un agregado molecular complejo cuya forma es la de un martillo carpintero del martillo carpintero en cuanto herramienta útil para la carpintería.

Llegado a este punto, Searle introduce varias distinciones: asignación de función agentiva/no agentiva; asignación de función de propiedades intrínsecas/extrínsecas, y asignación de función simbólica y asignación de función estatus.

Revisemos solo esta última idea. En algunos casos la atribución de función estará muy próxima con la naturaleza propia del objeto (un martillo carpintero pensado como una herramienta); en otras, la atribución de función adquiere un carácter simbólico que poco y nada tiene que ver con la materialidad del objeto: la línea que trazó Rómulo a Remo en el Palatino, por ejemplo, funciona como frontera, aun cuando no tiene la materialidad de una muralla.

Esta atribución de función simbólica es ya un atributo propio de la realidad social humana. Y dentro de esta atribución de función simbólica aparece la atribución de función estatus. De acuerdo a esta, lo que aparece fijado en la función es su valor normativo. Es decir, que el acto X, cuenta como Y en las condiciones C.

“La intencionalidad colectiva asigna un nuevo status a algunos fenómenos, un status con el que va una función que no puede ser cumplida meramente en virtud de los rasgos físicos intrínsecos del fenómeno en cuestión. Esa asignación crea un nuevo hecho, un hecho institucional, un hecho nuevo creado por acuerdo humano”<sup>11</sup>.

El hecho institucional, a su vez, por su propia naturaleza demanda una **regla constitutiva**. En el hecho institucional no solo hay una intencionalidad colectiva que atribuye una determinada función simbólica a un hecho, sino un sistema de reglas que hacen posible e inteligible esa asignación de función. Dichas reglas, por cierto, no comandan meramente un fenómeno dado (reglas regulativas), sino que hacen posible la ocurrencia del hecho.

“Mi tesis es que los hechos institucionales existen solo dentro de sistemas de reglas constitutivas. Los sistemas de reglas crean la posibilidad de hechos de este tipo; y ocasiones específicas de hechos institucionales, tales como el hecho de que yo gane al ajedrez o el hecho de que Clinton sea presidente, son creadas como resultado de la aplicación de reglas específicas, reglas para el jaque mate o para elegir y para tomar juramento a presidentes, por ejemplo. Acaso valga la pena poner de relieve que estoy hablando de reglas, no de convenciones. Es una regla del ajedrez que se gana la partida haciendo jaque mate al rey. Es una convención que la figura del rey sea mayor que la del peón. ‘Convención’ implica arbitrariedad, pero las reglas constitutivas no son arbitrarias en este sentido”<sup>12</sup>.

---

bajo esas descripciones, son internos a los fenómenos en cuestión, pero no internos a las entidades bajo su descripción como ‘objetos materiales’. Se puede incluso asignar funciones a fenómenos naturales, como ríos y árboles, y evaluarlos, así como buenos o malos según las funciones que decidamos asignarles y el virtuosismo con que ellos las sirvan. Tal es el rasgo de la intencionalidad al que llamo ‘asignación –o imposición– de función’. En el caso de algunos artefactos, construimos el objeto para que sirva a una función. Sillas, bañeras y ordenadores son ejemplos obvios. En el caso de muchos objetos que se dan naturalmente, como los ríos y los árboles, asignamos una función –estética, práctica, o del tipo que fuere– a un objeto preexistente. Decimos: ‘este río es bueno para nadar’, o ‘este es el tipo de árbol del que se puede sacar madera’. SEARLE (1997) pp. 32-33.

<sup>11</sup> SEARLE (1997) p. 63.

<sup>12</sup> SEARLE (1997) p. 46. Cabe hacer notar que Searle rescata aquí la distinción fundamental trazada por Hart en el Concepto de Derecho sobre “reglas”, en tanto directivas unidas a un cierto deber o tener que, de otras cons-



Pues bien, a partir de todas estas ideas podemos comprender la naturaleza del supuesto jurídico. Este consiste en ser un hecho institucional, es decir, uno tal que solo cobra significación dentro del conjunto de reglas constitutivas que llamamos derecho. No de otro modo podemos entender secuencias de actos (en las coordenadas espacio temporales) como una compraventa, una promesa, un homicidio, una injuria. En consecuencia, aunque se puede decir con propiedad que la naturaleza de un supuesto jurídico es la de ser “un cierto hecho condicionante”, no se debe confundir esta idea con la de simple “hecho bruto” y, por lo mismo, su verificación en un proceso judicial no puede limitarse a la mera prueba de proposiciones empíricas sobre hechos brutos sino más bien a la ocurrencia de un caso comprendido en la norma. Y decimos “un caso” comprendido en la norma porque el supuesto en cuanto hecho general descrito en el derecho obviamente no se prueba; pero sí debe probarse la ocurrencia singular del hecho comprendido en la descripción general de la norma.

### III. CUESTIONES DE DERECHO Y CUESTIONES DE HECHO A PROPÓSITO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CONFORME A LA SANA CRÍTICA

Que el supuesto jurídico, al cobrar su significación propia dentro del entramado normativo, es un hecho institucional parece estar fuera de discusión. Sin embargo, esta idea no ha sido suficientemente explorada a propósito del razonamiento probatorio judicial. Ello se debe en parte, a que todas las ideas e innovaciones filosóficas y epistemológicas, al ser direccionadas a problemas jurídicos deben sortear un primer obstáculo: la propia cultura jurídica. Dicha cultura, a su vez, ofrece un elenco de conceptos e instituciones que, en algunos casos, son impermeables a las nuevas ideas, precisamente, en cuanto aquellas pueden ir un poco más allá de lo que la tradición afirma<sup>13</sup>.

En el caso del supuesto jurídico y la prueba del hecho comprendido en la clase por él descrita, la idea de reconocerlo como un hecho institucional que torna difusos los contornos entre los hechos y el derecho, se enfrenta a la clásica y muy aceptada distinción (por lo menos a nivel jurisprudencial) entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho. Distinción que sirve, precisamente, para distribuir el trabajo procesal en dos direcciones: la prueba de los hechos y el conocimiento del derecho que permite su calificación.

*Quaestio iuris* y *quaestio facti* es una de aquellas distinciones antiguas que aún gozan de pedigrí en la doctrina, pero todavía más en la judicatura. La distinción de origen romano, inscrita originalmente en la discusión sobre los límites del derecho (la naturaleza y los hechos como límite del *ius civile*), desde temprano sirvió para trazar unos contornos precisos, tanto a la actividad del jurisconsulto como a la de los jueces. Así, las denominadas *quaestio facti* no daban lugar a *responsum* ni a *rescriptio*, junto con dejar fuera de las funciones del *iudex* los problemas sobre la prueba de los hechos (por lo menos durante el período clásico). La razón es que, para el jurista romano, el derecho no puede transformar los he-

tantes sociales (hábitos, convencionalismos, etc.) HART (2012) pp. 55-58. Véase también, MACCORMICK (2010) pp. 105-108. Sobre la diferencia entre “normas sociales” y “convenciones sociales” se puede consultar también a MARMOR (2009) pp. 1-30.

<sup>13</sup> Sobre la forma en que las tradiciones iusfilosóficas funcionan como barreras de entrada para las nuevas teorías, véase, GARCÍA (2003) pp. 192, 195-199.

chos. Estos son lo que son y, aunque una errónea calificación de los mismos pueda traer aparejada unas consecuencias injustas para las partes, dicha calificación no altera la esencia de lo efectivamente acaecido<sup>14</sup>.

La referida distinción históricamente tuvo, al parecer, mayor relevancia en los sistemas dispositivos y de libre ponderación de la prueba judicial. De ahí que, por ejemplo, su importancia haya decrecido con el advenimiento (siempre en el mundo romano) de los procedimientos post clásicos, en los cuales se advirtió un incremento progresivo de elementos inquisitivos (por parte del juez), unidos a la existencia de pruebas tasadas y presunciones legales<sup>15</sup>.

Con todo, como sea que haya sido el camino recorrido por la distinción entre *quaestio iuri* y *quaestio facti*, ella ha llegado hasta nuestros días sin perder su fuerza conceptual y normativa: para los teóricos de la prueba, la distinción sirve actualmente para discernir los métodos de indagación de las cuestiones ventiladas en un proceso judicial (dogmática jurídica para la interpretación del derecho/criterios epistemológicos para la prueba de los hechos); para los tribunales la separación de ambas cuestiones aún sigue siendo relevante en orden a distribuir de manera clara y precisa el trabajo procesal (corresponde a las partes probar los hechos y a los jueces decir el derecho) y para las partes, la distinción determina la competencia de los diversos tribunales (de instancia y de casación).

Sin embargo, ni en la teoría ni en la práctica resulta tan simple discernir ambas cuestiones. Volviendo al ejemplo con el que iniciamos este artículo (el de los pretendidos insultos que un trabajador profiere a su jefe), podemos distinguir con claridad, por una parte, las acciones que un individuo ejecuta en ciertas circunstancias espacio-temporales (proferir ruidos que al uso significan palabras soeces) de, por otra, el trasfondo institucional en el que las mismas cobran un sentido normativo (Código del Trabajo).

Sería una cuestión de hecho probar que el sujeto T efectivamente profirió un improperio ante el sujeto J; y una cuestión de derecho, por ejemplo, la de interpretar el sentido y alcance del artículo 160 N° 1 letras c y d. De manera tal que la pregunta: ¿profirió el trabajador una expresión soez?, se refiere a una cuestión de hecho. ¿Constituyen las letras c y d del artículo 160 del Código del Trabajo chileno causales para poner justificadamente término al contrato de trabajo?, nos remite a una cuestión de derecho. Mientras que ¿ejerció el trabajador vías de hecho en contra de su empleador o profirió palabras soeces que menoscabaron la honra de su jefe?, ya no es una cuestión de hecho o de derecho, sino mixta. Ahora bien, el problema es que la prueba judicial, precisamente, se encamina a resolver esta última cuestión.

Consciente de esta dificultad, desde la propia tradición racional<sup>16</sup> de la prueba, se han hecho ver algunas de las razones que explicarían los problemas que entraña la referida distinción, aunque sin el propósito de descartarla.

<sup>14</sup> Sobre la poca importancia que dieron los juristas romanos a las cuestiones de hecho (de ahí también el éxito de la distinción entre *quaestio iuris et quaestio facti*), véase MAYER-MALY (1997) pp. 228-229.

<sup>15</sup> Sobre el particular, D'ORS (2008) pp. 63-66; 123, 185.

<sup>16</sup> Tomamos como referente a la teoría racional de la prueba judicial por considerarla la teoría contemporánea más sofisticada epistemológicamente hablando y, por lejos, la que en los últimos años ha ejercido el mayor influjo en este tema tanto en el ámbito del derecho anglosajón como del derecho probatorio continental. Inspirada en las ideas de Jeremy Bentham, la tradición racional de la prueba se caracteriza por un compromiso

Twining y Miers, por ejemplo, afirman que “en ningún caso es fácil determinar las bases conceptuales en las que se asienta la distinción. Hay dos razones principales para ello. La primera es que el derecho trata como cuestiones de hecho, cuestiones que en contextos no jurídicos no son pensadas como tales de manera obvia; la segunda es que los tribunales no han establecido criterios objetivos para determinar si una cuestión es de derecho o de hecho”<sup>17</sup>.

Taruffo ha adicionado otros elementos para explicar lo difícil que es sostener de forma simple la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*. “Esto puede deberse a varias razones. Una razón puede ser que los abogados tienden a hablar mucho más del derecho que de los hechos. Otra razón puede ser que la práctica del *story-telling* jurídico, y del *story-telling* judicial también, tienda a borrar varias distinciones, como aquellas existentes entre hecho y derecho y entre hecho y valor. Una tercera razón puede ser que la distinción derecho-hecho sea un antiguo y eterno problema no solo en los sistemas de *common law*, donde tiene que ver básicamente con la separación de funciones entre el juez y el jurado. Aún en los sistemas de *civil law*, en los que no se conoce el jurado civil y donde la distinción entre derecho y hecho se usa especialmente con el fin de definir los límites de facultades de las cortes supremas, ella resulta confusa y problemática y tiene significados diversos en distintos contextos. Una cuarta razón importante es que definir un ‘hecho’ puede dar lugar a un conjunto de preguntas filosóficas, por lo que uno tiende a dejar a un lado cualquier intento de hablar específicamente de ‘hechos’. No hay que asombrarse, por lo tanto, de que la actual teoría del *story-telling* no considere la distinción entre derecho y hecho”<sup>18</sup>.

---

decidido por la búsqueda de la verdad en sede judicial. De acuerdo a esta orientación del derecho probatorio, averiguar la verdad en un proceso judicial no es solo posible sino justo y necesario. Es posible si la búsqueda de la verdad (entendida como aserción que se corresponde con la realidad) se ajusta a los métodos adecuados para cualquier indagación empírica: estrategias y recursos propios de las ciencias factuales. Es justo y necesario averiguar la verdad de los hechos porque sin verdad no puede haber justicia (la efectiva verificación del supuesto normativo es la condición *sine que non* para la correcta aplicación de la norma). Para comprender las características y los propósitos que inspiran a la teoría racional de la prueba judicial, véase: TWINING (2006) p. 76; ANDERSON; SCHUM y TWINING (2015) p. 116. En el ámbito de la teoría probatoria desarrollada en Chile en los últimos años es fácil advertir la influencia que la tradición racional de la prueba judicial ha ejercido sobre el trabajo de los autores nacionales. Solo a modo ejemplar, rastros de la misma se advierten en: CERDA (2009) pp. 143-164; LEPIN (2007) pp. 7-13; LÓPEZ (2004) pp. 22-27; MATURANA (2014); ACCATINO (2019) pp. 85-102. En un registro un tanto diverso y explorando posibilidades narrativas que vayan más allá de los límites de la teoría cognoscitivista, es posible encontrar los trabajos de Coloma y Agüero. Véase, COLOMA (2012) pp. 207-228; COLOMA (2012) pp. 753-781; COLOMA y AGÜERO, (2014) pp. 375-414. En todo caso no siempre los autores hacen suyos todos los postulados de la teoría racional e, incluso, en ocasiones la influencia de esta teoría se manifiesta en una consideración crítica de la misma. Como sea, es indiscutible la importancia que la tradición racional de la prueba judicial ha tenido para el desarrollo del incipiente derecho probatorio chileno.

<sup>17</sup> TWINING y MIERS (2010) p 126.

<sup>18</sup> TARUFFO (2007) p. 239. En otro lugar, Taruffo reconoce la peculiaridad de los “hechos” que forman parte del material probatorio en un proceso judicial. “Decir, como se ha indicado, que las narraciones de los hechos no prexisten al proceso, significa que los sujetos que narran los hechos, en realidad, construyen sus narraciones: estas, entonces, son el fruto de actividades, en cierto sentido, creativas, expresadas por los sujetos que las elaboran. Así, por ejemplo, el abogado del actor en el proceso civil selecciona y organiza en un orden narrativo los hechos que sirven para que la petición propuesta al juez parezca fundada, y el ministerio público selecciona y organiza los hechos que sirven para que la acusación parezca fundada. De la misma manera, los defensores del comparente en el proceso civil y del imputado en el proceso penal elaboran narraciones de los hechos que logren que aparezcan infundadas la petición y la acusación”. TARUFFO (2013) p. 19.

Ahora bien, más allá de las dificultades evidentes que entraña la distinción entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho, ella no ha sido descartada por la tradición racional. Probablemente ello se debe a que la referida distinción sirve también, dentro de la teoría, como una marca de delimitación de campo epistémico. Pues una teoría como aquella, que apuesta por una aproximación principalmente epistemológica a la prueba judicial, no está en condiciones de gestionar de manera fácil la idea de supuesto jurídico como hecho institucional que torna difusos los contornos entre los hechos y el derecho y que, por lo mismo, hace necesaria una revisión del concepto mismo de prueba judicial. Un poco más adelante veremos cómo Jordi Ferrer intenta dar respuesta (de forma desagregativa) a esta dificultad.

Sin embargo, aunque la academia ha formulado diversos<sup>19</sup> reparos a la distinción, la judicatura parece mantenerse fiel a la tradición jurídica (romana clásica) en este punto. Cuestión que, a su vez, genera otros problemas. Ya no de carácter teórico, sino prácticos. Esta división entre cuestiones de hecho y derecho lastra, en efecto, a lo menos dos consecuencias prácticas negativas (sobre todo para las partes). La primera, que se vincula con la distribución del trabajo procesal, tiene que ver con la posibilidad de que los justiciables sufran un menoscabo en la justa defensa de sus intereses en cuanto ellos pueden ser en la práctica sorprendidos por una “diversa calificación de los hechos” por parte del tribunal, más allá de toda “prueba”. La segunda, vinculada ahora con la cuestión de la competencia de los tribunales, es que a partir de la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti* se pueden producir prácticas institucionales que afectan la naturaleza de ciertos regímenes recursivos, los cuales ven limitado su campo de aplicación a partir de la referida distinción.

El primer problema ha sido denunciado en nuestro medio por Hunter. La distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, que propicia una distribución de tareas procesales, concibe al órgano jurisdiccional como el referente absoluto del derecho (el derecho lo conoce el juez) y a las partes como las encargadas de suministrar el material probatorio (por lo menos en los sistemas dispositivos). Sin embargo, los poderes exorbitantes del tribunal en orden a corregir, ampliar, enmendar, actuar de oficio, etc., en lo que al derecho toca, le permite en la práctica, incluso sin intervención de parte, alterar los hechos mismos (cambio de calificación) en el proceso<sup>20</sup>.

El segundo problema, a saber, la afectación de ciertos recursos procesales a propósito de la separación radical entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho, ha sido bien

<sup>19</sup> La distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti* no ha sido únicamente criticada desde una perspectiva dogmático-jurídica o epistemológica, sino también política. Alguna autora ha querido ver en la referida distinción, por ejemplo, una estrategia de usurpación de poder por parte de los altos órganos jurisdiccionales (más específicamente la Corte Suprema) a los otros poderes del Estado. Sobre el particular, véase THORNBURG (2020) pp. 160-165.

<sup>20</sup> Hunter no solo se limita a identificar el problema, sino también a proponer una solución al mismo: “en un sistema ideal el juez debería tener la posibilidad de provocar de oficio el debate preventivo sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho que sean determinantes para la resolución de la controversia. De esta forma, las partes desde sus *parciales* puntos de vista pueden influir en el contenido de la decisión, ayudando a formar la convicción del juez en los aspectos jurídicos relevantes del litigio. Si el juez se aparta del material involucrado en el desarrollo del contradictorio y sorprende con una posición jurídica no discutida ni tratada en el proceso, coarta el derecho de defensa al decidir sin dar la posibilidad a las partes de efectuar sus alegaciones jurídicas”. HUNTER (2010) pp. 215-216. HUNTER (2013) pp. 617-624.

identificado en la doctrina nacional por Del Río. De acuerdo con él, ello es lo que se observa, por ejemplo, a propósito del recurso de casación tanto en el fondo como en la forma. “La cuestión que se describe es la siguiente: en la casación del CPC –como se ha dicho–, la infracción de las reglas de la sana crítica no es una infracción de ley sino de una manera indirecta o refleja, en cuanto no es una norma probatoria de carácter preceptivo, con lo cual no concurren jamás en ella los rasgos distintivos de lo que es una norma reguladora, tal como ha sido considerada de forma invariable por la propia doctrina de la CS. En efecto, si ese fuera el caso, las reglas de la sana crítica se acabarían confundiendo con las criticadas normas reguladoras de la prueba, propias del sistema de prueba legal y tasada. De esta forma, aquella infracción no encuentra lugar en la casación en el fondo. Pero tampoco encontrará acomodo claro en la casación por quebrantamiento de forma, dado que este otro medio de impugnación tampoco fue diseñado pensando en un procedimiento con régimen de valoración judicial de sana crítica, sino en uno inicialmente legal y tasado”<sup>21</sup>.

Así las cosas, bien puede ocurrir (y ocurre) que las partes en un proceso judicial no solo sean sorprendidas por una posición jurídica no discutida ni tratada en el proceso, sino que también sean privadas de la posibilidad de ejercer de manera exitosa ante el máximo tribunal de justicia los recursos de casación debido a que la Corte Suprema considera que el juez de instancia es libre (en un sentido fuerte) al momento de valorar (calificar) la prueba rendida en autos.

Como afirma Del Río la reluctancia del máximo tribunal se debe, en parte, a no considerar la valoración conforme a la sana crítica comprendida dentro de las reglas reguladoras de la prueba, como si la cuestión de la valoración de la prueba quedara únicamente circunscrita a la *quaestio facti*, respecto de la cual el juez goza de un amplio grado de libertad (limitada formalmente por la vacía fórmula canónica de los componentes de la sana crítica). Sin embargo, en realidad lo que ocurre es algo muy diverso: la valoración de la prueba de acuerdo con la sana crítica se realiza siempre en un contexto normativo (desde la propia determinación del supuesto de hecho, pasando por la consagración de medios de prueba, excepciones explícitas o implícitas, hasta las condiciones de aplicación, y un largo etc.). Ello es así, porque la prueba en sede judicial no es nunca solo prueba de hechos brutos sino de la ocurrencia del caso institucional previsto por la regla de derecho como supuesto de consecuencias normativas.

#### IV. DESAGREGACIÓN Y AGREGACIÓN DE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL *ITER* PROBATORIO: DOS ESTRATEGIAS PARA EXPLICAR EL FENÓMENO PROBATORIO JUDICIAL

El hecho de que la **cuestión fáctica** no pueda dissociarse del todo de la **cuestión jurídica**, ya porque la actividad probatoria está condicionada por normas, ya porque en la práctica los límites entre ambas cuestiones (de hecho y de derecho) son difusos, redundan en

<sup>21</sup> DEL RÍO (2019) p. 94. El caso ejemplar con el que iniciamos este trabajo, con todo, muestra que el problema que advierte Del Río a propósito de los recursos de casación (forma y fondo) se hace también extensivo al régimen recursivo de nulidad contemplado en otros dominios procesales.

que las estrategias únicamente epistémicas para resolver la cuestión de hecho parecen no ser suficientes para dar por verificado el supuesto jurídico contenido en la norma, que es, a fin de cuentas, lo relevante en un proceso judicial. Esto, por cierto, no significa que la distinción deba ser abandonada; aunque sí moderada. Así, “sin perjuicio de que la demarcación de estos planos procesales depende de cada sistema jurídico, la *cuestión fáctica* sobre los hechos consiste en establecer dentro de lo posible lo que sucedió, entendido ‘lo posible’ tanto en sentido epistémico como normativo (ya que la prueba está condicionada por normas); mientras que la *cuestión jurídica* consiste en determinar qué consecuencias prescribe el derecho para ellos”<sup>22</sup>.

Ahora bien, ¿cómo se articulan los aspectos normativos dentro del *iter* probatorio? es la cuestión a resolver a fin de comprender de manera adecuada qué significa ponderar la prueba libremente<sup>23</sup>. Bayón, refiriéndose a este punto ha identificado, por lo menos, dos nudos de problemas a los que una teoría (más comprehensiva) del derecho probatorio debiese dar respuesta. “El primero (el de la “valoración racional de la prueba”), exige precisar, más allá de la afirmación genérica de su naturaleza inductiva, cuál es la estructura de las inferencias probatorias (esto es, del enlace –cuando no está determinado por el derecho– entre hechos con valor probatorio y hechos a probar) y cuáles son los criterios que determinan la aceptabilidad de las conclusiones de dichas inferencias. El segundo bloque de cuestiones es el que tiene que ver con la relación entre el fin de la averiguación de la verdad y otros fines diferentes y con los modos concretos de promover cada uno de ellos que se consideran más adecuados”<sup>24</sup>.

Dentro de la propia tradición racional de la prueba judicial no existe un consenso en torno a estas cuestiones. Sin embargo, sí se advierten algunas estrategias de solución<sup>25</sup>. En este trabajo nos concentraremos únicamente en dos que, a falta de un nombre al uso, deno-

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ-TOUBES (2019) p. 14.

<sup>23</sup> Sobre las cuestiones epistemológicas involucradas en la prueba judicial, el moderno derecho probatorio aceptando (en términos generales) la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, ha contribuido a suministrar los insumos epistemológicos necesarios para la prueba de los hechos desde una perspectiva racional y científica. En tal sentido los esfuerzos desplegados por la tradición racional del derecho probatorio resultan de una importancia indiscutida. Y, por cierto, no es poco lo que ha ganado el derecho probatorio en esta empresa.

<sup>24</sup> BAYÓN (2010) pp. 9-10.

<sup>25</sup> Dejamos de lado en este lugar la “solución abolicionista”, inscrita también dentro de la tradición racional. De acuerdo a los abolicionistas, el propio Bentham entre ellos, habría que suprimir las normas que regulan la prueba judicial pues ellas, por su propia naturaleza, siempre han de entorpecer la búsqueda de la verdad. Y siendo la verdad la condición de la justicia, sin verdad el derecho se muestra impotente para la realización de su único cometido. Para Bentham, desde una perspectiva epistemológicamente empírica (los hechos como punto de anclaje científico), la prueba judicial constituye prácticamente el núcleo de todo proceso judicial. Pues, “cuando un particular se dirige a un juez, es para reclamarle una decisión, que no puede sino referirse a un punto de hecho o a un punto derecho. A un punto de hecho, cuando se trata de saber si estima que el hecho que se le somete es verdadero o no; en ese caso la decisión no puede tener otra base que la prueba”. Y luego, “así, pues, el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas”. Y para concluir, “la exclusión de toda prueba sería la exclusión de toda justicia”. BENTHAM (2008) pp. 12, 13, 400. En un contexto más actual y dentro de la tradición del derecho continental una idea equivalente se puede hallar en Sentis Melendo: “Derecho y probatorio, ese sustantivo y ese adjetivo, son términos antagónicos. La prueba es libertad; y en el momento en que el derecho intenta someterla a normas rígidas, deja de ser prueba, para convertirse, si no en una caricatura, en algo que ya no es prueba”. SENTÍS (1979) p. 336.

minaremos estrategias desagregativas y estrategias agregativas<sup>26</sup>. Ambas estrategias reconocen la incidencia que tienen los aspectos normativos en la prueba judicial, aunque difieren en cuanto a la importancia que ha de dárseles.

Un tipo de estrategia desagregativa la podemos encontrar en la propuesta teórica de Jordi Ferrer. Inscrito dentro de la tradición racional de la prueba judicial, Ferrer reconoce la importancia del derecho probatorio (normas que regulan la prueba). Sin embargo, a fin de conciliar las aportaciones epistemológicas de la tradición racional con las obvias restricciones que existen en los procesos judiciales, propone una distinción analítica (lógica, de acuerdo a sus palabras) del curso probatorio en tres etapas (que, en los hechos, en todo caso, se encuentran imbricadas). En primer lugar, se halla una fase de conformación del material probatorio. Esta etapa está fuertemente regulada por el derecho y en ella (para bien o para mal) es posible encontrar reglas de exclusión (prueba ilícita, por ejemplo), privilegios (el derecho a no divulgar información confidencial que asiste al abogado respecto a su cliente, por ejemplo); plazos para la práctica de las diligencias probatorias, etc. A todas estas limitaciones hay que sumar, también desde una perspectiva normativa, ciertas exclusiones epistemológicamente motivadas: prueba no relevante, impertinente, no contradictoria, etc.

A la fase de conformación del material probatorio le sigue la etapa de valoración de la prueba rendida. Aquí, según Ferrer, no caben consideraciones de naturaleza extra epistémicas. En tal sentido, en esta “reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad”<sup>27</sup>. Y, por ello, lo que corresponde en esta etapa es que el sentenciador asigne un valor probatorio (peso) a las diferentes proposiciones empíricas en competencia en atención a su prueba. De forma tal que, “si el primero de los momentos, la conformación del conjunto de elementos de juicio, acoge la gran mayoría de especificidades jurídicas, este segundo momento (siempre que estemos en el ámbito de la libre valoración de la prueba) es *el* momento de la racionalidad (Thayer, 1898). Se trata aquí, insisto, como en cualquier otro ámbito del conocimiento, de evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis o a su contraria. Si tengo, pues, razón en esto, negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en este *momento*, a pesar de las especificidades jurídicas que puedan regir en el primero y el tercero de los *momentos* de la prueba jurídica, supone necesariamente acoger argumentos escépticos generales ante la posibilidad del conocimiento o, más estrictamente, de la decisión racional”<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Estrategias desagregativas, para efectos de esta investigación, son todas aquellas que trazan una clara línea divisoria entre los aspectos normativos del proceso judicial y los elementos epistemológicos característicos de la prueba de los hechos. Ejemplos de estas estrategias son las teorías propuestas por BENTHAM (2008); LAUDAN (2013); FERRER (2016), entre otras. Estrategias agregativas, por el contrario, son aquellas que buscan armonizar, dentro del iter probatorio, elementos institucionales y epistemológicos. Ejemplo de estas teorías son las de STEIN (2005); FALCONE (2009); GONZÁLEZ (2018), entre otras.

<sup>27</sup> FERRER (2007) p. 47. Confróntese también, FERRER (2016) pp. 147-171. En la misma dirección Marina Gascón afirma que “en un modelo cognoscitivista las únicas valoraciones legales admisibles serían aquellas que constituyan un reflejo de los medios de prueba científicamente contrastados y de su fiabilidad prácticamente absoluta. Simétricamente la ‘libre convicción’, al permitirle al juzgador desligarse de cualquier valoración preconstituida, propicia la averiguación de la verdad”. GASCÓN (2010) p. 141.

<sup>28</sup> FERRER (2017) p. 157.

Finalmente, el *iter* probatorio se cierra con la etapa de decisión. En ella el sentenciador debe decidir si la prueba ha sido suficiente para acreditar el hecho controvertido. Ferrer insiste en que no existe una relación necesaria entre la prueba de un hecho y la decisión sobre si dicho hecho es suficiente para dar por probada la hipótesis más congenial con él. Esta última cuestión (la de la suficiencia) tiene que ver con el estándar de prueba y, respecto a este, nuevamente el derecho probatorio es el elemento rector<sup>29</sup>.

La propuesta de Ferrer, nos parece, responde de manera razonable a las cuestiones levantadas por Bayón. La estrategia de desagregar, por una parte, permite distinguir entre los diferentes criterios de enlace (conceptuales y axiológicos en las etapas de acopio del material probatorio y decisión judicial; e inductivo-empíricos en la etapa de valoración) y, por otra parte, resuelve la cuestión axiológica circunscribiendo el problema de la verdad a la fase de valoración; reservando la primacía de otros valores para las dos restantes etapas (derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales, la autonomía individual, las relaciones familiares, etc.)<sup>30</sup>.

Sin embargo, en la teoría de Ferrer hay algunos flancos abiertos a crítica. En primer lugar, la estrategia de Ferrer nos pide considerar el fenómeno probatorio desde una perspectiva teórica y no como este efectivamente se da en la realidad. De ahí que reconozca que en los hechos todas estas fases pueden estar entreveradas<sup>31</sup>. En segundo lugar, la etapa de valoración de la prueba se presenta ascéticamente depurada de elementos normativo-jurídicos a fin de someter a examen la verdad de las proposiciones empíricas sobre los hechos (brutos) controvertidos. Es cierto que respecto de determinados hechos (circunstanciales) es posible una determinada asepsia: volviendo a nuestro ejemplo inicial, ¿estaba el trabajador en la bodega de la fábrica al momento de producirse el altercado con su jefe? ¿Estaba en la bodega de la fábrica el jefe y otros empleados al momento de producirse el altercado?, etc. Sin embargo, no son estos hechos los relevantes en el proceso, sino si el trabajador en cuestión profirió o no una injuria a su empleador conforme lo previene el artículo 160 n°1 letra d. Pero si esto es así, ¿en qué sentido se puede afirmar que en la fase de valoración (por lo menos del hecho llamado a constituirse en supuesto normativo) no operan elementos normativos (siendo el primero de ellos la regla constitutiva del supuesto de hecho mismo)? En tercer lugar, ¿es posible afirmar que probado que sea el hecho supuesto en la norma (caso), este no vincule la decisión jurisdiccional en la fase de resolución? Ferrer parece estar pensando siempre en la prueba circunstancial respecto de la cual, precisamente por no producir plena prueba, bien puede ocurrir que acreditadas ciertas proposiciones empíricas de ello no se siga la validación de una de las hipótesis en la fase de decisión. Cuestión que no ocurre, con prescindencia del estándar, cuando se ha probado el hecho nuclear del caso previsto en el supuesto jurídico. En cuarto lugar, aunque Ferrer insiste de forma explícita en la necesidad de establecer mecanismos de control de la actividad probatoria del órgano jurisdiccional mediante un examen de la motivación de la sentencia; resulta que su estrategia precisamente descarga al órgano jurisdiccional de todo control en la fase de valoración en

<sup>29</sup> FERRER (2017) p. 158.

<sup>30</sup> FERRER (2017) p. 156.

<sup>31</sup> FERRER (2017) p. 154.



virtud de la radical separación entre las cuestiones de hecho y derecho. Y, en tal sentido, la asignación de valor probatorio a ciertas proposiciones empíricas en un régimen de libre valoración de la prueba quedaría fuera, por ejemplo, del régimen recursivo casacional (como lo ha observado Del Río). En quinto lugar, al confinar la valoración de la prueba a una fase intermedia entre la conformación del material probatorio y la decisión sobre el mismo, Ferrer parece afirmar que la valoración racional de la prueba es previa a la decisión sobre la misma, cuestión que resulta altamente problemática: ¿acaso no constituye la decisión la expresión de la valoración misma con todos los aspectos normativos que ello supone? Finalmente, aunque se trata de una cuestión terminológica, el uso restrictivo que hace Ferrer del concepto racional (en clave empírica, propia de la tradición racional de la prueba judicial) es un tanto desorientador. ¿Quiere decir aquello que la fase de acopio y la de decisión no son racionales o lo son en un sentido diverso de la racionalidad probatoria? Si ello es así, encontrándose limitada la fase de valoración por la de conformación del material probatorio y no siendo esta (la valoración) vinculante en la fase de decisión, resulta que la racionalidad probatoria tiene un muy limitado alcance en la prueba judicial como un todo.

En fin, hay como decimos ciertos flancos abiertos a crítica en la propuesta de Ferrer, aunque sin duda se trata de un aporte valioso para la comprensión del fenómeno probatorio y de sus disímiles elementos (derecho y hechos).

Siempre dentro de la teoría racional es posible, con todo, hallar otra estrategia: la agregativa. Esta, nos parece, está bien representada por la propuesta de Daniel González Lagier. Esta propuesta, al igual que la desagregativa de Ferrer, intenta dar respuesta a la cuestión planteada por Bayón (entre otros) sobre cuál es la estructura de las inferencias probatorias y cuáles son los criterios que determinan la aceptabilidad de las conclusiones de dichas inferencias. Sin embargo, a diferencia de Ferrer, González piensa que la cuestión de la valoración de la prueba judicial (en un sentido general) no puede ser explicada única y exclusivamente desde una perspectiva epistemológica (más precisamente, a través de inferencias empíricas). Ello debido a que en la fase de valoración de la prueba es posible distinguir diversas estrategias o insumos teóricos que los jueces usan efectivamente en contextos normativos como garantías de sus deducciones con consecuencias jurídicas. Estas garantías pueden ser, por lo menos, de tres tipos diversos: inferencias inductivas propiamente tales; normas jurídicas que inciden de manera directa en la prueba bajo la forma de presunciones, y conceptos que influyen en la calificación de los hechos.

Así las cosas, puede funcionar como garantía de la deducción algún criterio empírico inductivo. En materia de derecho de familia, un buen ejemplo de esta estrategia se encuentra en la determinación científica de la paternidad. En estos casos el juez puede, mediante el informe de las pruebas de ADN, arribar a una conclusión cuya garantía es precisamente una inducción empírica (artículo 199 del Código Civil de Chile).

En otros casos, sin embargo, el vínculo entre los hechos y las normas ha sido resuelto por el propio legislador. Esto es lo que acontece, por ejemplo, con las presunciones. El mismo artículo 199 dispone, por ejemplo, que la negativa injustificada de una de las partes a practicarse el examen (pericia de ADN) hará presumir legalmente la paternidad o la maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda. En este caso es el derecho el que resuelve el problema del enlace entre los hechos y el supuesto jurídico, pues la garantía inferencial

consiste en una norma de origen legislativo o jurisprudencial que establece que, si se verifican los hechos previstos en el supuesto, entonces se debe dar por probada la hipótesis. Por lo mismo, según González Lagier, este tipo de enlace puede denominarse **normativo**.

Por último, es posible que el juez atribuya consecuencias normativas a unos ciertos hechos mediante una vinculación (o garantía) conceptual. Vale decir, hay un concepto (que generalmente será de carácter difuso o indeterminado) que le permite al juez decidir si los hechos acreditados o presentados por las partes pueden o no ser calificados conforme a los elementos del concepto a fin de ser introducidos como supuesto fáctico de la norma jurídica. En este caso, “la conexión viene establecida por una definición o regla conceptual, que establece que los hechos del tipo de los descritos en la hipótesis ‘cuentan como’ (esto es, son subsumibles en) una cierta categoría de hechos (una acción, una intención, una relación causal, etc.). En estos casos, lo que está en juego no es tanto la ocurrencia o no de un determinado hecho, sino su ‘interpretación’, es decir, su clasificación dentro de una u otra categoría genérica de hechos”<sup>32</sup>.

En consecuencia, la ponderación de la prueba judicial puede tener diversas garantías: unas serán de naturaleza inductivo/empíricas que él no duda en calificar como de sana crítica propiamente tal; otras serán de naturaleza normativo jurídicas, estas son las presunciones (sobre todo las de derecho); y finalmente existen también enlaces conceptuales. Generalmente estos dependerán de manera determinante del contexto normativo mismo.

Ahora bien, volviendo a nuestro ejemplo (caso laboral), para nosotros resulta claro que en la especie estamos en presencia de una conexión de naturaleza conceptual. Esto quiere decir que el conjunto de elementos probatorios aportados por las partes es susceptible de ser subsumido en la hipótesis normativa en la medida en que se aproxime al contenido del concepto (en este caso el de injuria). En este sentido, como dice González, no es tan importante la efectiva ocurrencia o no de unos hechos brutos (la obscenidad proferida por el trabajador), sino la definición misma del concepto (y su interpretación), pues a fin de cuentas es esta y no los hechos la que permite la subsunción de un determinado conjunto de proposiciones fácticas dentro del supuesto. Y en este caso, qué duda cabe, el sentido mismo del concepto (injuria) depende en buena parte del contexto normativo.

Cuando se parte de la base que el enlace, por lo menos en este caso, es de naturaleza conceptual, resulta más simple explicar por qué el tribunal *a quo* y *ad quem* pudieron tener, legítimamente, una interpretación diversa a la del demandado (calificación) sobre unos mismos hechos brutos. El tribunal de instancia, a nuestro entender, valoró la prueba de manera racional, pero la determinación de la aptitud del conjunto probatorio para garantizar la verificación del supuesto lo llevó, de manera legítima y racional, en una dirección diversa de las pretensiones del empleador. Ahora bien, la no calificación de injuria o vía de

---

<sup>32</sup> GONZÁLEZ (2018) pp. 16-18. Este trabajo de González puede ser considerado una exposición refinada de las ideas que este autor ha desarrollado durante los últimos años. Véase también, GONZÁLEZ (2003) pp. 17-26; GONZÁLEZ (2003) pp. 35-50; GONZÁLEZ (2005), pp. 231. En estos dos trabajos, González realiza un fino análisis desde una perspectiva epistemológica de lo que constituiría garantías deductivas e inductivas. No viene al caso que aquí detallemos las “reglas de sana crítica” que desde esa perspectiva es posible identificar. Aunque sí debemos hacer notar que el análisis que efectúa González sobre el particular es de un indudable valor y, por cierto, podría constituir un precioso insumo para el razonamiento judicial.

hecho en la especie, nos parece, se explica por el contexto normativo en el que el tribunal debe atribuir un sentido normativo al concepto injuria, atribución de sentido que, a su vez, en buena medida depende de los principios rectores de la rama, en nuestro caso ejemplar: el principio tuitivo del trabajador<sup>33</sup>.

Un poco más arriba hemos adelantado que, a nuestro juicio, la estrategia que denominamos en este trabajo como “agregativa” tiene mayor rendimiento explicativo del régimen de ponderación conforme a la sana crítica. Para entender esta afirmación es necesario que volvamos sobre algunas de las ideas que hemos desarrollado en esta investigación.

Si el razonamiento que hemos realizado hasta el momento es correcto, entonces resulta que los hechos a probar en un determinado proceso judicial no se limitan a los hechos brutos. Estos, aunque imprescindibles, son únicamente una condición necesaria mas no suficiente de la prueba judicial. Para que la prueba tenga lugar, más bien, se debe verificar el supuesto normativo y este es un hecho institucional. Que el supuesto normativo (o más precisamente, el caso que cae dentro de la clase comprendida en el supuesto) sea un hecho institucional significa que su significación depende en buena medida del conjunto de reglas constitutivas que llamamos derecho.

Ahora bien, llegados a este punto cabe preguntarse, entonces, cómo ha de ser el tránsito desde el hecho bruto afirmado a través de una proposición empírica por una de las partes a la prueba de la ocurrencia del hecho institucional. O, si se prefiere, qué tipo de garantía ha de exhibir el órgano decisor para justificar su decisión en orden a dar por probado un conjunto de proposiciones empíricas en desmedro de otro.

Si se insiste en la separación entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*, entonces la garantía o enlace puede ser una generalización empírica. Un poco en esta línea parece avanzar la estrategia de Ferrer. Pero ya hemos advertidos los inconvenientes a los que esta táctica debe hacer frente. Por el contrario, si se acepta que la prueba judicial se halla indisolublemente ligada a la idea de hecho institucional, entonces la mera generalización empírica (incluso en la fase de ponderación de la prueba) no resulta suficiente para describir lo que efectivamente allí está ocurriendo.

González Lagier, a diferencia de Ferrer, a nuestro modo de ver, advierte con mayor claridad la naturaleza del problema. Por ello, dentro de las garantías por él propuestas dos de tres son de carácter institucional: enlaces normativos y enlaces conceptuales. Estos enlaces socaban, a su vez, tanto los cimientos de la distinción entre hechos y derecho como algunos de los supuestos de la teoría racional (como, por ejemplo, que la prueba judicial está circunscrita solo a la averiguación de la verdad de los hechos).

Ahora bien, la tesis de González Lagier no solo tiene mayor fuerza explicativa teóricamente hablando, sino también en la práctica forense. Ello, porque da cuenta de mejor forma de las particularidades probatorias de los diferentes procedimientos en que opera la sana crítica (prueba racional o prueba libre). En todos ellos, sin excepción, la existencia de enlaces normativos, pero sobre todo conceptuales, explica la mayor o menor facilidad (o dificultad) de las partes para probar sus posiciones. Aunque no es el objeto de este trabajo, es posible adelantar una idea sobre esta última afirmación: cuanto más robustos sean los

<sup>33</sup> Sobre el particular, véase, ARELLANO y BENFELD (2017) pp. 12-22.

principios sustantivos rectores de una rama y los enlaces conceptuales a ellos asociados, la denominada ponderación conforme a la sana crítica se modulará (ante unos mismos hechos brutos) de manera diversa. En este sentido, por ejemplo, el principio de protección al trabajador ejerce un grado no menor de presión normativa sobre la interpretación del 160 N° 1 letras c y d del Código del Trabajo; del mismo modo que el principio del interés superior del niño, niña y adolescente ejerce presión normativa sobre el artículo 199 del Código Civil (en cuanto a la presunción) y dicha presión en uno y otro caso influye en la calificación de los hechos brutos probados.

Sin embargo, no todo es alabanza para la propuesta agregativa de González Lagier. Aunque esta, por cierto, resuelve muchas de las críticas que hemos dirigido a la teoría de Ferrer, no está libre de reparos. En primer lugar, aunque es cierto que en la valoración de la prueba intervienen diversos tipos de enlace (empírico-inductivos, normativo-jurídicos, conceptuales-deductivos), no resulta para nada claro que aquellos enlaces que no corresponden a inferencias empíricas constituyan en propiedad una valoración de la prueba. Más bien alguien podría afirmar que allí donde esos enlaces intervienen no ha habido prueba alguna (salvo la del hecho basal de la presunción o del concepto, respecto del cual el enlace será inductivo-empírico). En segundo lugar, al complejizar la fase de valoración de la prueba con insumos metaepistémicos de carácter normativo-jurídicos, resulta que (por lo menos en dos de los tres tipos de enlace) no habrá diferencia alguna entre ella y la decisión propiamente tal. Pues, por ejemplo, aplicada una presunción legal ¿en qué sentido la decisión podría apartarse de dicha valoración? En tercer lugar, al introducir como uno de los posibles enlaces una regla conceptual, resulta que lo determinante de la prueba en estos casos no será la prueba del hecho sino la interpretación del mismo. Pero incluso aceptando que la interpretación de los hechos es posible, resulta que ella es una idea ambigua. “Pues, interpretar hechos en el ámbito jurídico puede significar principalmente dos cosas: a) calificarlos o valorarlos a la luz del derecho e identificar la norma aplicable cuyo supuesto de hecho los incluye; o b) analizarlos o valorarlos a la luz del conocimiento extrajurídico (lógica, ciencia, experiencia, etc.) y establecer si son o no similares a otros hechos, en particular a los que son objeto de las normas jurídicas. El primer tipo de interpretación de hechos es una evaluación jurídica, equivalente a la interpretación de las normas orientada al caso e indistinguible de ella (veremos esto luego). El segundo tipo es una evaluación extrajurídica, aunque previa a la calificación jurídica y orientada hacia ella”<sup>34</sup>. Ahora bien, si ello es así, resulta que en la primera acepción de “interpretar hechos” no hay prueba alguna de los mismos, sino interpretación jurídica de las normas. En la segunda acepción, a su vez, solo hay prueba de los hechos de acuerdo a criterios inferenciales empíricos. Con lo que, a fin de cuentas, la idea de enlace conceptual no tiene un gran rendimiento teórico ni práctico.

Con todo, de las dos estrategias examinadas (desagregativa y agregativa) nos parece que la última de ellas expresa de mejor manera la relación que media entre los hechos y el derecho en la fase probatoria judicial, toda vez que la multiplicidad de enlaces pone de manifiesto el carácter institucional del hecho a probar (ocurrencia efectiva del caso supuesto en

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ-TOUBES (2019) pp. 10-11.

la norma)<sup>35</sup>. Además, desde una perspectiva funcional, la propuesta de González Lagier se halla más próxima a la forma en que los jueces realmente valoran la prueba. Es muy difícil (salvo en teoría) imaginar a un juez aplicando en su razonamiento probatorio única y exclusivamente estrategias empírico-deductivas, que persiguen la averiguación de la verdad de un hecho, sin atender al contexto normativo en el que dicho hecho es jurídicamente relevante.

## V. CONCLUSIÓN

Llegado a este punto podemos extraer algunas consecuencias de lo que lo que hemos dicho hasta el momento. Es cierto que el supuesto jurídico, en tanto hecho general contemplado en una norma jurídica, no se prueba. Es decir, las partes no deben probar, por ejemplo, que la norma del artículo 160 N° 1 letra d del Código del Trabajo chileno contiene como supuesto la acción de injuriar a otro. Sin embargo, al ser el supuesto jurídico un hecho institucional, la ocurrencia del caso concreto previsto dentro del mismo (el hecho injurioso), demanda una prueba del hecho que supone bastante más que la mera constatación de hechos brutos enlazados causalmente en unas determinadas condiciones espaciotemporales mediante la aplicación de estrategias únicamente epistemológicas.

Los hechos a probar en un caso judicial en particular, en última instancia, cobran sentido única y exclusivamente en tanto sirven para verificar el supuesto jurídico contenido en la norma (o descartar su ocurrencia). De ahí que Bayón tenga razón cuando echa en falta en la teoría racional del derecho probatorio resolver, más allá de las aportaciones de las estrategias epistemológicas de naturaleza empírica, la cuestión sobre la estructura de la inferencia probatoria, sobre todo cuando ella no viene determinada por un enlace jurídico (prueba tasada, por ejemplo). Esta es una cuestión capital para entender la diferencia entre hechos con valor probatorio y los hechos probados por las partes.

Ahora bien, puesto que lo determinante en un proceso judicial son los hechos con valor probatorio (probados por las partes), la llamada *quaestio facti* no puede referirse solo a una cuestión de hecho (en cuanto hecho bruto). Y tampoco puede estar circunscrita solo a la obtención de la verdad de ciertas proposiciones empíricas, pues ella no puede desligarse (por una cuestión de enlace) de los aspectos normativos de la prueba.

En este orden de cosas, lo que aquí hemos llamado teorías agregativas, permiten en buena medida resolver y clarificar estas cuestiones (problemas de enlace y carácter difuso de las cuestiones de derecho y hecho). De ahí que la propuesta de González Lagier, más allá de las críticas que hemos formulado, nos parezca que avanza en la dirección adecuada. En ella la valoración de la prueba aparece modelada por tres diversos tipos de garantías inferencia-

<sup>35</sup> En todo caso, es muy posible que los resultados de uno y otro modelo (desagregativo/agregativo), de aplicarse, no difieran mucho en cuanto a su producto: la valoración misma de la prueba. Sin embargo, nos parece que la gran diferencia que media entre ambos se verifica en la posibilidad de ampliación del régimen recursivo a propósito de la valoración. Ello debido a que González Lagier parece aceptar que dentro de los enlaces usados para valorar la prueba se podrían incluir las normas reguladoras de la prueba judicial (si entendemos, por ejemplo, que las presunciones se inscriben en ese registro). Así las cosas, la estrategia agregativa nos parece más adecuada en orden a atenuar, por una parte, los límites entre las cuestiones de derecho y de hecho (cuestión congenial con el carácter de hecho institucional del supuesto jurídico) y, por otra, a ampliar los mecanismos de control de la fase de ponderación de la prueba judicial.

les: empírico-inductivas (de sana crítica, de acuerdo a su nomenclatura); normativo-jurídicas y deductivo-conceptuales. La importancia que cada una de ellas adquiere en los diversos sistemas y procedimientos, a su vez, probablemente pueda responder (aunque por una vía indirecta) a la otra inquietud que moviliza el razonamiento de Bayón: ¿cómo se articulan y garantizan los diversos valores en competencia dentro de un proceso judicial? Así las cosas, en aquellos procesos en los que la verdad de las proposiciones empíricas sometidas a prueba es lo determinante, las garantías (enlaces que permiten inferencias válidas en el contexto de la prueba judicial) empírico-inductivas prevalecerán sobre las deductivo-conceptuales, en tanto que las normativo-jurídicas estarán reducidas a una mínima expresión. Por el contrario, en aquellos procedimientos en que la averiguación de verdad (como correspondencia con la realidad) no sea el único valor rector (incluso en la fase probatoria), las garantías no empírico-inductivas cobrarán mayor importancia.

En el caso chileno, la forma en que el legislador ha definido en diversos contextos la ponderación conforme a la sana crítica, refrenda las ideas que hemos afirmado. En efecto, compárese las siguientes disposiciones referidas ambas a la sana crítica: El artículo 297 del Código Procesal Penal dispone que “los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”. Por su parte el artículo 456 del Código del Trabajo establece que “el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

Como se observa, en materia laboral la norma que regula el régimen de ponderación de la prueba incorpora de manera explícita un enlace normativo-jurídico (deberá expresar las razones jurídicas), cosa que no ocurre en materia penal.

Finalmente, si nuestro razonamiento no está muy desencaminado respecto a cómo las cosas son en realidad (como razonan los jueces en la fase de prueba), resulta que la prueba racional y libre de los hechos (con valor probatorio) es un método que admite cierta modulación. Es decir, no siempre unos mismos hechos probados adquirirán valor probatorio conforme a la sana crítica. Pues ello no depende de la aplicación de un solo tipo de enlace (el empírico-inductivo), sino de la forma en que se organizan y priorizan los diversos tipos de garantías en un procedimiento. Dicha forma, a su vez, muy probablemente estará condicionada por los principios rectores de la rama (ámbito del derecho). De manera tal que, por ejemplo, el principio de presunción de inocencia en materia penal desactiva enlaces normativo-jurídicos (presunciones de responsabilidad; pruebas tasadas, etc.) y limita

las garantías conceptuales (en la medida que ellas vayan en contra de la presunción). En tanto que el principio tuitivo o de protección al trabajador potencia enlaces conceptuales (de interpretaciones a favor de la parte más débil de la relación) en desmedro de las garantías empírico-inductivas. De ahí que, volviendo por última vez a nuestro ejemplo laboral, aun cuando efectivamente el trabajador profirió un improperio en contra de su empleador (hecho probado) y que dicho improperio (como hemos señalado en la nota 3), desde una perspectiva epistémica no puede ser equiparado a una expresión meramente sarcástica o expresiva, el tribunal de instancia consideró que la acción no se hallaba comprendida en el concepto de injuria (interpretación restrictiva del enlace conceptual). Así las cosas, la sana crítica (o libre valoración racional de la prueba judicial), nos parece, es mejor comprendida cuando se la piensa como un proceso argumental que permite el tránsito de un hecho bruto al caso supuesto en la norma mediante la subordinación de recursos epistémicos a criterios normativos dentro de un determinado proceso judicial.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO, Daniela (2019): “Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, *Revisus*, N° 39: pp. 85-102.
- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret (1958): “On Brute Facts”, *Analysis*, vol. 18, N° 3: pp. 69-72.
- ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William (2015): *Análisis de prueba* (trad. Daniela Accatino, Claudio Agüero, Federico Arena, Flavia Carbonell, Rodrigo Coloma, Juan Pablo Fassnidge y Jorge Larroucau, Madrid, Marcial Pons).
- ARELLANO, Pablo y BENFELD, Johann (2017): “Reflexiones sobre el principio de protección al trabajador y su influencia en el ámbito sustantivo y procesal del derecho laboral: Otra mirada al caso”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 6, N° 2: pp. 3-24.
- AUSTIN, John (2016): *Como hacer cosas con palabras* (trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, Barcelona, Paidós).
- AUSTIN, John (2017): *Actos de habla* (trad. Luis Valdez, Madrid, Cátedra).
- BAYÓN, Juan Carlos (2010): “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario d’ Filippo*, vol. 2, N° 4: pp. 6-30.
- BENTHAM, Jeremy (2008): *Tratado de las Pruebas Judiciales* (trad. Manuel Ossorio, Buenos Aires, Valletta Ediciones).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2008): *Valoración de la prueba. Sana crítica*, (Santiago, Librotecnia).
- COLOMA, Rodrigo (2012): “La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica”, *Revista de Derecho de Valdivia*, vol. XXV, N° 2: pp. 207-228.
- COLOMA, Rodrigo (2012): “Realmente importa la sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3: pp. 753-781.
- COLOMA, Rodrigo y AGÜERO, Claudio (2014): “Fragmento de un imaginario judicial de la sana crítica”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 20, N° 2: pp. 375-414.

- DEL RÍO FERRETI, Carlos (2019): “Rechazo *in limine* de recurso de casación (art. 782, inciso 2°, CPC), las normas reguladoras de la prueba y la sana crítica”, *Revista Ius et Praxis*, año 25, N° 3: pp. 69-112.
- D’ORS, Eugenio (2008): *Derecho Privado Romano* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- FALCÓN, Enrique (2009): *Tratado de la Prueba Judicial*, Tomo I (Buenos Aires, Ed. Astrea).
- FERRER, Jordi (2007): *La Valoración Racional de la Prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER, Jordi (2016): *Motivación y Racionalidad de la Prueba* (Lima, Ed. Jurídica Grijley).
- FERRER, Jordi (2017): “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, vol. 9, N° 18: pp. 150-169.
- GARCÍA AMADO, Juan (2003): “Filosofía hermenéutica y derecho”, *Azafea Revista de Filosofía*, N° 5: pp. 191-211.
- GASCÓN, Marina (2010): *Los Hechos en el Derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2018): “Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba”, en BENFELD, Johann y LARROUCAU Jorge (edits.), *La Sana Crítica Bajo Sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003): “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)”, *Jueces para la democracia*, N° 31: pp. 17-26.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003): “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, *Jueces para la democracia*, N° 43: pp. 35-50.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2005): *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Lima, Palestra).
- HART, Herbert Lionel Adolphus (2012): *The Concept of Law* (Oxford, Oxford University Press).
- HUNTER, Ivan (2010): “Ius curia novit en la jurisprudencia civil chilena”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIII, N° 2: pp. 215-216.
- HUNTER, Ivan (2013): “Iura novit curia y el Proyecto de Código Procesal Civil: ¿Para qué sirve definir los poderes del juez en la aplicación del Derecho?”, *Revista de Derecho* (Valparaíso), vol. XL, 1° semestre: pp. 617-624.
- KELSEN, Hans (1995): *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Maynez, México D.F., UNAM).
- LASO, Jaime (2009): “Lógica y sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 1: pp. 143-164.
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, Error y Proceso Penal* (trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons).
- LEPIN, Cristian (2007): “Breve estudio sobre la sana crítica”, *Gaceta Jurídica*, N° 319: pp. 7-13.
- LÓPEZ, Carlos (2004): “Apreciación de la prueba por la sana crítica y procedencia del recurso de casación en el fondo en los procesos ante los tribunales de familia”, *Gaceta Jurídica*, N° 294: pp. 22-27.
- MACCORMICK, Neil (2010): *Hart* (trad. Juan Manuel Pérez Bermejo, Madrid, Marcial Pons).
- MARMOR, Andrei (2009): *Social Conventions* (New Jersey, Princeton University Press).



- MAYER-MALY, Theo (1997): “De los límites del derecho (ius) y de la ley”, *Persona y Derecho*, N° 36: pp. 228-229.
- MATURANA, Javier (2014): *Sana crítica* (Santiago de Chile, Ed. Thomson Reuters).
- REALE, Miguel (1982): *Introducción al Derecho* (Madrid, Ed. Pirámide).
- RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín (2019): “Interpretación y calificación jurídica de los hechos”, *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, N° XII: 3-31.
- ROSS, Alf (2011): *Sobre el derecho y la justicia* (trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba).
- SEARLE, John (1997): *La Construcción de la Realidad Social* (trad. Antoni Dómenech, Barcelona, Paidós).
- SENTÍS MELENDO, Santiago (1979): *La prueba* (Buenos Aires, EJEA).
- STEIN, Alex (2005): *Foundations of evidence* (Oxford, Oxford University Press).
- TARUFFO, Michele (2007): “Narrativas judiciales”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XX, N° 1: pp. 231-270.
- TARUFFO, Michele (2013): *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (México D.F., Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral).
- THORNBURG, Elizabeth (2020): “Derecho, hechos y poder”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 248: pp. 149-167.
- TWINING, William (2006): *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (Cambridge University Press, segunda edición).
- TWINING, William y MIERS, David (2010): *How to do Things with Rules* (New York, Cambridge University Press, quinta edición).
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2017): *Investigaciones filosóficas* (trad. Jesús Padilla Gálvez, Madrid, Trotta).

#### NORMAS CITADAS

- CHILE, DFL N° 1 (30/05/2000), Código Civil.
- CHILE, DFL N° 1 (16/01/2003), Código del Trabajo de Chile.
- CHILE, Ley N° 19.696 (12/10/2000), Código Procesal Penal.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- ÓRDENES CON ELECTRICIDAD *GOBANTES S.A.* (2016): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 11 de noviembre (despido indebido y cobro de prestaciones laborales), Rol N° O-833-2016.
- ÓRDENES CON ELECTRICIDAD *GOBANTES S.A.* (2017): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de abril (recurso de nulidad), Rol N° 630-2016.



# EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: ¿CÓMO DETERMINAR SUS EFECTOS EN EL TIEMPO?

## *THE OVERRULING OF PRECEDENTS BY THE COMPTROLLER-GENERAL: HOW TO ASCERTAIN ITS EFFECTS OVER TIME?*

JAIME PHILLIPS LETELIER\*

**RESUMEN:** La Contraloría General de la República, al introducir un cambio de criterio, no suele argumentar por qué concreta de una forma u otra los efectos en el tiempo de la nueva jurisprudencia. Lo anterior es problemático dado el efecto normativo que tiene la jurisprudencia de este organismo. Por esto, se proponen criterios que permitirán: resolver cómo concretar los efectos temporales de un cambio de jurisprudencia, limitar la aplicación extensiva de la retroactividad favorable y analizar cómo implementar un cambio de jurisprudencia motivado por la ilegalidad de un criterio anterior.

**Palabras clave:** Contraloría General, Jurisprudencia, Retroactividad, Temporalidad.

**ABSTRACT:** Beyond the arguments that justify a change in the administrative jurisprudence, the Comptroller-General does not usually give reasons to justify a specific over time implementation of a precedent shift. This paper proposes criteria that will allow the following: solving the problem of how to specify the temporal effects of a change of jurisprudence, limiting the extensive application of favourable retroactivity and to analyse how to implement a change of jurisprudence motivated by the illegality of a previous criterion.

**Keywords:** Comptroller-General, Precedents, Retroactivity, Temporality.

## INTRODUCCIÓN

Entre las funciones de la Contraloría General de la República (CGR) está la de velar por la legalidad de los actos de los organismos administrativos<sup>1</sup>. Para cumplir esta función puede emitir informes y dictámenes, que son actos de naturaleza declarativa e interpretativa<sup>2</sup>. Estos actos se entienden incorporados a las leyes o reglamentos interpretados, de ma-

---

\* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Finis Terrae. Dirección postal: Avenida Pedro de Valdivia 1509, Providencia. Código Orcid: 0000-0002-4054-3187. Correo electrónico: jphillips@uft.cl. Agradezco los comentarios de Jaime Arancibia, Cristóbal Aguilera y Alonzo Ramírez a borradores previos de este trabajo; y también las incisivas sugerencias de los árbitros anónimos, que ayudaron mucho a mejorar este trabajo. Asimismo, le doy las gracias a Camilo Mirosevic por sus comentarios y por darme la posibilidad de hablar de estos temas con los funcionarios de la División Jurídica de la Contraloría General de la República, quienes me hicieron muy interesantes observaciones. Todos los posibles errores son de mi responsabilidad. Mi mayor gratitud es para mi hermana Melania, quien me recibió en su casa y acompañó durante la redacción de este trabajo.

<sup>1</sup> Artículo 98, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, Chile; artículo 8º, inciso 1º, LEY N° 10.336 de 1952.

<sup>2</sup> VALDIVIA (2018) pp. 197-198.

nera que no rige para ellos la prohibición de retroactividad<sup>3</sup>. En forma adicional, los precedentes de la CGR conforman el conjunto denominado “jurisprudencia administrativa”, la cual debe ser observada por los órganos administrativos en la resolución de situaciones futuras semejantes<sup>4</sup>.

En un reciente estudio he analizado la forma en que opera esta obligatoriedad general de la jurisprudencia de la CGR consagrada en los artículos 6° y 19 de la Ley 10.336<sup>5</sup>. Esta obligatoriedad no debe ser asimilada a la de las normas generales y abstractas, como las leyes, sino como una jurisprudencia referida a un conjunto de casos particulares que se aplica a otros semejantes; lo que tiene importantes consecuencias desde el punto de vista de la publicidad que deben recibir los precedentes que conforman la jurisprudencia administrativa y de cómo estos deben ser aplicados a casos futuros.

Este carácter obligatorio ha hecho proliferar estudios que analizan las distintas líneas jurisprudenciales adoptadas por la CGR en los más diversos temas<sup>6</sup>. Además, también se han elaborado estudios sobre el estándar de fundamentación que debe observar esta entidad para modificar su jurisprudencia<sup>7</sup>, lo que es necesario por razones de justicia, para evitar una excesiva rigidez del sistema o para hacer frente a un cambio de circunstancias<sup>8</sup>.

La mencionada flexibilidad presenta un problema que hasta ahora ha pasado desapercibido por la doctrina. Si la jurisprudencia de la CGR es una fuente formal del derecho, ¿puede un cambio de jurisprudencia ser aplicado con efecto retroactivo? Ya se señaló que la CGR entiende que sus informes o dictámenes, por ser de naturaleza interpretativa, se entienden incorporados a las normas interpretadas, de manera que pueden ser aplicados con efecto retroactivo. Pero no ocurre lo mismo cuando la CGR abandona la solución primigenia adoptada respecto de cierto asunto y la sustituye por otra. En tal caso, este organismo ha entendido que sus cambios de jurisprudencia no pueden tener efecto retroactivo<sup>9</sup>.

Poca atención se ha prestado al problema de cómo determinar los efectos temporales de un cambio de jurisprudencia de la CGR. Aplicar esta regla de no-retroactividad pareciera ser algo simple: el nuevo precedente no puede cobrar efecto respecto de hechos regidos por el precedente anterior. Una prohibición de retroactividad puede ser aplicada de muchas maneras, dependiendo de los hechos sobre los cuales un cambio de criterio produce sus efectos.

<sup>3</sup> MADARIAGA (1993) p. 181. En contra de esta idea, GUZMÁN (2020) pp. 118-119, aunque, como se verá, en la CGR ha primado la idea de que sus interpretaciones se entienden incorporadas a las normas interpretadas y se aplican con efecto retroactivo, salvo que se verifique un cambio de jurisprudencia.

<sup>4</sup> Artículo 6° y 19, LEY N° 10.336, de 1952. Ver también, GUZMÁN (2019) pp. 22-24.

<sup>5</sup> PHILLIPS (2020b).

<sup>6</sup> Por ejemplo, ver FUENTES (2020) pp. 31-34; PONCE (2020) pp. 43-70; BOETTIGER (2013) pp. 309-326; MILLAR (2012) pp. 417-430.

<sup>7</sup> CORDERO (2020b) pp. 130-133; GUZMÁN (2019), pp. 125-126; BERMÚDEZ (2016) pp. 231-232. y SOTO (1999) pp. 309-403.

<sup>8</sup> CROSS Y HARRIS (2004) p. 104; DÍEZ (2008) pp. 415-416. Ver también, HART (2012) p. 130.

<sup>9</sup> Por ejemplo, ver DICTÁMENES CGR números 74.506 (2021), 62.732 (2020), 25.714 (2019), 26.211 (2018), 40.086 (2015), entre otros. Más adelante, se analizarán en detalle muchos ejemplos sobre cómo se ha concretado la irretroactividad de los cambios de jurisprudencia de la CGR.

La CGR no suele dar una fundamentación específica de por qué concreta los efectos temporales de un cambio de jurisprudencia de una determinada manera, habiendo varias posibles. En este contexto, la hipótesis de este trabajo es que la CGR tiene un deber de fundamentar por qué decide concretar los efectos en el tiempo de un cambio de jurisprudencia de una determinada forma, ya sea cuando determina el espacio temporal de vigencia de un criterio abandonado, cuando aplica la llamada “retroactividad favorable” o cuando abandona un criterio jurisprudencial por razones de legalidad<sup>10</sup>.

Para demostrar esta hipótesis se hará un análisis dogmático de las normas aplicables a la CGR y un análisis jurisprudencial. Para el análisis jurisprudencial se hizo una búsqueda a través de la voz “reconsidera” en la base jurisprudencial de la CGR<sup>11</sup>, y una búsqueda de jurisprudencia judicial de conflictos jurídicos en torno a la reconsideración de precedentes de la CGR. De allí, se hizo una selección cualitativa de las decisiones más representativas de las principales tendencias jurisprudenciales. Tratándose de un análisis dogmático y jurisprudencial, este trabajo no abordará el problema de los elementos (internos o exógenos) que inducen a los funcionarios a introducir un cambio de jurisprudencia, ya que se trata de un análisis de sociología legal que escapa al método que se utilizará.

El objetivo de este artículo es criticar cómo ha sido abordado hasta ahora por autoridades administrativas y judiciales el problema de los efectos temporales de un cambio de jurisprudencia de la CGR, para luego proponer criterios que sirvan de orientación al momento de determinar los efectos en el tiempo de un cambio de criterio. Todo esto se hará en tres partes:

1. En un primer apartado se mostrará cómo ha sido entendido el principio de irretroactividad aplicado a los cambios de jurisprudencia de la CGR. Este análisis demostrará que existen diversas líneas jurisprudenciales al interior de la CGR sobre cómo concretar los efectos temporales de un cambio de precedente, lo que, a su vez, lo anterior ha generado distintas respuestas por parte de los tribunales superiores de justicia.
2. En un segundo apartado, se harán tres críticas a cómo ha sido abordado el problema hasta ahora. Primero, la falta de justificación de por qué se concretan los efectos en el tiempo de un cambio jurisprudencial de una manera sin tener en cuenta otras posibles. Segundo, la cuestionable aplicación extensiva de la idea de retroactividad favorable realizada por la Corte Suprema. Tercero, el silencio de la CGR en torno al problema de la ilegalidad del precedente abandonado.

<sup>10</sup> La literalidad de los artículos 6° y 19 de la LEY 10.336 muestra que lo que tiene efecto normativo es la “jurisprudencia” de la CGR, la que está compuesta por una multitud de dictámenes, informes, decisiones; que son los “precedentes” de la CGR. De este modo, el objeto de este trabajo, en estricto rigor, es el problema de los efectos temporales de los cambios de jurisprudencia provocados por la inserción de un precedente que implica un cambio de criterio. Considerando lo anterior, en este trabajo usaré indistintamente las expresiones “cambio de jurisprudencia”, “cambio de precedente”, “abandono de precedentes”, “cambio de criterio” y otras análogas, para referirme al acto por el cual la CGR introduce un precedente que implica una variación de su jurisprudencia.

<sup>11</sup> La base de jurisprudencia de contraloría se encuentra disponible en: <https://www.contraloria.cl/web/cgr/buscar-jurisprudencia2>. Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2021.

3. En un tercer apartado, se propondrán soluciones que permitirán salvar las críticas formuladas. Primero, se señalará qué elementos es preciso tener en cuenta para determinar los efectos temporales de un cambio jurisprudencial y cómo fundamentar tal decisión. Segundo, se mostrará cómo limitar de modo razonable la retroactividad favorable. Tercero, se analizará cómo determinar cuándo un precedente abandonado es ilegal y en qué casos un cambio de jurisprudencia motivado por razones de legalidad no debe ser aplicado con efecto retroactivo.

## I. EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA Y SUS EFECTOS EN EL TIEMPO

El problema de la retroactividad en nuestro ordenamiento jurídico ha sido estudiado en mayor medida a propósito de los efectos en el tiempo de la ley<sup>12</sup>. Lo anterior es interesante, porque el criterio consagrado en el artículo 9° del Código Civil (“[l]a ley solo puede disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”) tiene múltiples concreciones en su normativa especial: la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes (LER).

Por ejemplo, los artículos 21 y 22 de la LER permiten que un contrato o un acto de adjudicación produzcan sus efectos conforme con la regulación en que se perfeccionaron, aunque esta cambie en forma posterior. Por su parte, los artículos 13 y 16 establecen que el nacimiento de un derecho real se rige por la ley vigente en ese momento, pero en cuanto a sus cargas o extinción se rigen por la nueva ley. De esta manera, a diferencia del caso anterior, la antigua ley no acompaña al derecho real hasta su extinción (como sí ocurre con los contratos), sino que los derechos y cargas de este se pueden ver alterados por una ley sobreviniente. Algo similar ocurre con las normas sobre prescripción, donde se establece un derecho de opción en favor del prescribiente<sup>13</sup>.

Esta dispersión de criterios puede ser explicada porque, en definitiva, existen muchas formas de ver la conexión del pasado con el presente y la relación entre el acto interpretativo y las normas interpretadas<sup>14</sup>. En este sentido, en materia de interpretación administrativa, Guzmán Brito distingue entre el efecto *ad preterita* y el retroactivo<sup>15</sup>. El efecto *ad preterita* es el propio del acto interpretativo (por ejemplo, de una ley interpretativa) que despliega sus efectos antes de su propia vigencia, lo que tiene como límite la fecha de vigencia del acto interpretado; en cambio, retroactividad es el efecto de una norma o decisión con anterioridad a su fecha de vigencia.

Lo anterior es útil para entender los problemas de temporalidad del cambio de precedente de la CGR. Estos problemas siempre se producen en un contexto normativo (legal o reglamentario) estable; de manera que los efectos temporales de un cambio de jurisprudencia siempre tienen como límite la fecha de vigencia de las normas aplicadas en ese caso. Lo anterior no impide que existan muchas formas de concretar los efectos en el tiempo de un cambio de precedente dentro del límite señalado.

<sup>12</sup> CLARO (2013) p. 68; ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2005) p. 233; SILVA (1993) pp. 107-108; AYLWIN y AZÓCAR (1996) p. 50.

<sup>13</sup> Artículo 25, LEY SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES (s/n) de 1861.

<sup>14</sup> SCHNEIDER (2002) p. 261. Ver también, BARRERO (2003) p. 141.

<sup>15</sup> GUZMÁN (2019) pp. 117-119.

Por esto, es útil asumir una nomenclatura que permita diferenciar las distintas formas de retroactividad existentes. Podemos llamar “retroactividad total” al efecto del cambio de jurisprudencia respecto de hechos concluidos con anterioridad a su vigencia. A su vez, podemos llamar “retroactividad parcial” al efecto de un cambio de jurisprudencia que, desde la fecha del cambio, alcanza el normal desenvolvimiento de los efectos de un acto o contrato perfeccionado durante la vigencia de una jurisprudencia anterior. Por último, podemos designar como “efecto prospectivo” a aquel que se refiere a hechos que se ejecuten o actos que se celebren con posterioridad a la vigencia de la nueva jurisprudencia. Estas distinciones tienen utilidad como marco comparativo para entender cómo la CGR ha determinado los efectos en el tiempo de sus cambios de precedente.

### 1. EFECTO PROSPECTIVO

Como punto de partida, se examinará un caso donde la CGR optó por dar solo efecto prospectivo a un cambio de jurisprudencia. Se trata del dictamen 92.308 de 2016, en el caso que denominaré Máquinas de Juego. Antes de este pronunciamiento, la CGR entendía que, para otorgar patentes municipales en negocios con máquinas de juego, cada municipio debía formarse convicción de que las máquinas eran de aquellas donde predominaba la destreza física y no el azar, para efectos de no infringir las normas pertinentes<sup>16</sup>.

Esta jurisprudencia no era satisfactoria, pues daba lugar a decisiones poco objetivas y a una dispersión de criterios. Por esto, la CGR resolvió que, para otorgar estas patentes, se debía tener presente la lista de juegos de azar de la Superintendencia de Casinos y, en caso de dudas, se debía solicitar un informe a este organismo. Con todo, esto no afectó a las patentes ya otorgadas conforme con la antigua jurisprudencia<sup>17</sup>.

La decisión fue impugnada por una asociación gremial, pues implicaba mayores exigencias para el otorgamiento de estas patentes; lo que dio lugar a la causa *FIDEN A.G. con Contralor General de la República*. La Corte Suprema asumió una posición de deferencia hacia lo resuelto por la CGR, al considerar que el cambio de criterio respondía a una necesidad pública manifiesta<sup>18</sup>.

Ahora bien, los tribunales no han siempre sido deferentes con los criterios de la CGR en este tipo de casos. Existen situaciones en que la Corte Suprema ha cuestionado lo decidido por la CGR y ha resuelto darle efecto retroactivo a un cambio de precedente por ser el anterior contrario a derecho.

Lo anterior se puede observar en *Óscar Ulloa y otros con Gendarmería de Chile*, caso que denominaré Descuentos en Gendarmería. Antes de la emisión del dictamen 57.424 de 2009, la CGR consideraba que los descuentos en las remuneraciones de funcionarios de Gendarmería de Chile originados en compromisos financieros con terceros amparados por el artículo 164 de la Ley 14.171 eran de carácter legal y, por tanto, no tenían límite<sup>19</sup>. Des-

<sup>16</sup> Artículos 1466 y 2259, CÓDIGO CIVIL, Chile; LEY N° 19.995 de 2005.

<sup>17</sup> DICTAMEN CGR N° 92.308 (2016).

<sup>18</sup> *FIDEN A.G. CON CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA* (2018), considerando 13<sup>a</sup>.

<sup>19</sup> Esta norma permite deducir de los sueldos de estos funcionarios públicos determinadas sumas por concepto de préstamos, fianzas seguros y otros servicios; de modo que la discusión recaía en si estos descuentos eran le-

pués, haciendo un reestudio del asunto, la CGR concluyó que en realidad tales descuentos sí tenían como límite el 15% de la remuneración del funcionario respectivo<sup>20</sup>. Sin embargo, luego se declaró que tal determinación no afectaba los contratos celebrados con anterioridad<sup>21</sup>. De este modo, el nuevo criterio tuvo solo efecto prospectivo, pues solo debía alcanzar a aquellos actos celebrados con posterioridad a su vigencia.

Aunque se haya decidido que el nuevo criterio no alcanzaba a los contratos anteriores, dándole solo efecto prospectivo, sin decirlo expresamente, la nueva interpretación de la CGR insinúa que el criterio anterior era ilegal. Por esto, los funcionarios recurrieron de protección insistiendo en que los descuentos que excedían el 15% de su remuneración eran ilegales y tales contratos debían estimarse como contrarios a derecho a pesar de haber sido celebrados durante la vigencia del precedente que no contemplaba límites para ese tipo de descuentos. La Corte Suprema declaró la ilegalidad de tales descuentos y los hizo cesar<sup>22</sup>. De este modo, podemos decir que el tribunal optó por ampliar el efecto del nuevo criterio por considerar que el anterior era ilegal<sup>23</sup>.

## 2. EFECTO RETROACTIVO PARCIAL

Hay pronunciamientos de la CGR que permiten darle a un cambio de precedente efecto retroactivo parcial. De esta manera, el nuevo criterio alcanza a actos administrativos emitidos en forma anterior al cambio jurisprudencial. Para esto se puede considerar el caso del dictamen 50.185 de 2007, caso que llamaré Incompatibilidad de Remuneraciones. La solicitante se desempeñaba como directora suplente del Servicio de Salud de Atacama desde el 1 de abril de 2006. A esa fecha, también desempeñaba el cargo de concejal, teniendo derecho a percibir una remuneración por ambos cargos de acuerdo con el dictamen 19.598 de 2004. El 22 de septiembre de 2006 hubo un cambio de jurisprudencia con la emisión del dictamen 44.902 de 2006, donde se indicó que ambas remuneraciones eran incompatibles.

El cambio de jurisprudencia aparece motivado por una reinterpretación de las leyes aplicables. Al respecto, hay que considerar que el artículo 66 de la Ley 19.882 hace aplicables como excepciones a la obligación de dedicación exclusiva en un cargo de alta dirección pública las mencionadas en el artículo 1° de la Ley 19.863. Una de estas excepciones consiste en ser integrante de “consejos de empresas o entidades del Estado”<sup>24</sup>.

Durante la vigencia del dictamen 19.598 de 2004, se entendía que el cargo de concejal municipal se encontraba dentro de la excepción, por lo que su remuneración y cargo eran compatibles con un cargo de alta dirección pública de dedicación exclusiva. Pero el dictamen 44.902 de 2006 rechazó tal interpretación, señalando que, “atendidas las defini-

---

gales por ser autorizados por el artículo 164 de la Ley 14.171 o si eran convencionales por ser originados en los actos jurídicos mencionados en la norma.

<sup>20</sup> DICTAMEN CGR N° 57.424 (2009).

<sup>21</sup> DICTAMEN CGR N° 27.314 (2010).

<sup>22</sup> ÓSCAR ULLOA Y OTROS CON GENDARMERÍA DE CHILE (2012), considerando 6°. Ver también, MAMANI CON MUNICIPALIDAD DE PUTRE Y OTRO (2019) considerandos 5° y 6°.

<sup>23</sup> Otros casos donde se produce esta discusión: CMPC MADERAS S.A. CON SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO (2013) y ABUFRUT LIMITADA CON SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO (2015).

<sup>24</sup> Artículo 1°, inciso 5°, LEY 19.863 de 2003.



ciones dadas por el Diccionario de la Real Academia Española, la denominación de ‘concejo’, del latín concilium, dice relación específica con el ayuntamiento, esto es, el municipio; por el contrario, el ‘consejo’ es cualquier órgano colegiado de la administración al que se le atribuyen funciones”<sup>25</sup>. De este modo, la palabra “concejo” (utilizando la letra “c” en la segunda sílaba) estaría referida al municipio o ayuntamiento, mientras que la palabra “consejo” (utilizando la letra “s” en la segunda sílaba) significa “cualquier órgano colegiado”.

La afectada solicitó la reconsideración de dicho dictamen, señalando, *inter alia*, que se le estaba dando efecto retroactivo, porque afectaba su posición jurídica adquirida con anterioridad. Frente a ello, la CGR resolvió que, conforme con la jurisprudencia anterior al 22 de septiembre de 2006, la solicitante percibió de manera válida ambas remuneraciones, pero que después de esa fecha solo tiene derecho a percibir la remuneración que le corresponde como directora del Servicio de Salud de Atacama<sup>26</sup>.

De este modo, se entiende que la funcionaria percibió ambas remuneraciones de modo válido antes del cambio de jurisprudencia, de manera que se excluye el efecto retroactivo total. Pero se permite el efecto retroactivo parcial, porque la nueva jurisprudencia proyectó sus efectos de modo inmediato sobre actos administrativos perfeccionados en el pasado.

### 3. EFECTO RETROACTIVO TOTAL

Existe un grupo de casos en que la jurisprudencia de la CGR ha admitido darle efecto retroactivo total a un cambio de criterio. Se trata de situaciones en que alguien, desfavorecido por un determinado precedente de la CGR, provoca por medio de una solicitud un cambio en la jurisprudencia. Los hechos sobre los cuales recae el pronunciamiento, lógicamente, ocurrieron durante la vigencia del precedente abandonado. Con todo, la CGR decide darle efecto retroactivo al nuevo criterio para beneficiar a quien lo gatilló.

Un ejemplo bastará para explicar lo anterior. En el caso que llamaré Pensiones de Desahucio, por medio del dictamen 94.432 de 2014, se modificó la forma de calcular las pensiones de desahucio de los miembros de las Fuerzas Armadas, dando un resultado más beneficioso para los militares retirados que el existente antes de la emisión de ese acto. Para determinar los efectos en el tiempo del dictamen más beneficioso, se emitió el dictamen 40.086 de 2015. En este se resolvió que el nuevo criterio se aplicaría a todos los militares retirados a partir de la emisión del dictamen 94.432 de 2014, esto es, aquellos en que el hecho jurídico pertinente (el retiro) se produzca durante la vigencia del nuevo criterio, y a todos aquellos que, a pesar de haberse retirado durante el criterio antiguo, solicitaron la modificación de la pensión de desahucio antes de la emisión del dictamen 94.432 y su solicitud se encontraba pendiente a la fecha de emisión del criterio más beneficioso<sup>27</sup>.

En la situación anterior, en la práctica, se le da efecto retroactivo a un cambio de jurisprudencia, pues se aplica a hechos regidos por el precedente anterior. En efecto, la pensión del personal de las Fuerzas Armadas se determina según el precedente vigente al

<sup>25</sup> DICTAMEN CGR N° 44.902 (2006).

<sup>26</sup> DICTAMEN CGR N° 50.185 (2007).

<sup>27</sup> DICTAMEN CGR N° 40.086 (2015).

momento de verificarse el retiro<sup>28</sup>, ya que la jurisprudencia de CGR “forma parte de las disposiciones” que rigen el retiro<sup>29</sup>. La excepción a la irretroactividad en este caso puede verse como necesaria para beneficiar con la aplicación del nuevo criterio a quien provocó dicho pronunciamiento y, por extensión, a quienes tenían solicitudes pendientes en el mismo sentido. Esta excepción a la irretroactividad configuraría un caso de retroactividad total.

La forma recién mencionada de concretar los efectos en el tiempo de un cambio de precedente ha sido validada por la Corte Suprema en situaciones similares<sup>30</sup>. Sin embargo, ello no ha sido siempre así. El mencionado tribunal ha considerado que la CGR está en obligación de darle efecto retroactivo a un cambio de criterio si tiene un efecto favorable hacia el solicitante. Lo anterior puede ser observado en la causa *Sepúlveda y Cárcamo con Contraloría Regional de los Ríos*<sup>31</sup>, referido al dictamen 20.921 de 2018, en el caso que llamaré Fuero Maternal.

Hasta antes de ese pronunciamiento se consideraba que las funcionarias contratadas en calidad de reemplazo no recibían la protección del fuero maternal contemplada en el artículo 201 del Código del Trabajo. Frente a esto, dos funcionarias alegaron haber sido desvinculadas con infracción a lo dispuesto en ese dictamen. Con todo, la Contraloría Regional de los Ríos resolvió que no era posible aplicar el dictamen 20.921 de 2018 al caso de ellas, pues su situación acaeció durante la vigencia del precedente anterior: el dictamen 19.511 del año 2009.

Conociendo de un recurso de protección, la Corte Suprema resolvió que en este caso era necesario considerar la aplicación del artículo 52 de la Ley 19.880. Esta norma, si bien en principio prohíbe la retroactividad del acto administrativo, permite darle efecto retroactivo a una decisión cuando tiene efecto favorable para el interesado. Por lo tanto, en casos como estos, la autoridad tiene que considerar si el nuevo dictamen favorece o no a los interesados y, sobre la base de ello, decidir si darle efecto retroactivo o no; lo que en este caso la autoridad debió hacer porque de lo contrario “se afectaría gravemente la igualdad ante la ley y el principio de buena fe administrativa”<sup>32</sup>. Con esto, en la práctica se obligó a la CGR a darle efecto retroactivo a su nueva jurisprudencia.

Finalmente, se puede observar un caso de retroactividad total en el dictamen 24.731 de 2019. En virtud de este pronunciamiento la CGR modificó su jurisprudencia relativa al plazo de prescripción aplicable al derecho administrativo sancionador (caso Prescripción de Sanciones Administrativas). El antiguo precedente establecía que tal plazo era de seis meses, aplicando en forma analógica el artículo 96 del Código Penal. Esa interpretación

<sup>28</sup> DICTAMEN CGR N° 14.292 (2007), que modificó la jurisprudencia asentada por los DICTÁMENES CGR N° 51.963 (2005) y 22.437 (2006) respecto de los efectos en el tiempo que tuvo la jurisprudencia iniciada por el DICTAMEN CGR N° 37.859 (2000). Siguieron este criterio los DICTÁMENES CGR N° 60.094 (2008) y 48.688 (2009).

<sup>29</sup> DICTAMEN CGR N° 18.219 (2016). En el mismo sentido, ver también los DICTÁMENES CGR N° 68.704 (2016), 68.075 (2016), 53.891 (2016) y 46.046 (2016), todos en relación con el DICTAMEN CGR N° 22.766 (2016).

<sup>30</sup> *FARMACOLOGÍA EN AQUACULTURA VETERINARIA FAV S.A. CON INAPI* (2020); *NEFTALÍ AGUAYO CON CARABINEROS DE CHILE* (2013).

<sup>31</sup> *SEPÚLVEDA Y CÁRCAMO CON CONTRALORÍA REGIONAL DE LOS RÍOS* (2020).

<sup>32</sup> *MAMANI CON MUNICIPALIDAD DE PUTRE Y OTRO* (2019) considerando 17°.

fue abandonada por otra que consideraba que, a falta de norma expresa referida al derecho administrativo, la prescripción debe ser aquella de cinco años regulada en el artículo 2515 del Código Civil<sup>33</sup>.

Al final del pronunciamiento se establece cómo se desplegarán los efectos en el tiempo del nuevo criterio. Se señala: “en resguardo del principio de seguridad jurídica, este nuevo criterio solo generará efectos para el futuro, sin alcanzar a las infracciones que ya prescribieron conforme al criterio sustituido”. En consecuencia, solo aquellas infracciones en que el plazo de seis meses se hubiese completado antes de este pronunciamiento no se ven alcanzadas por el nuevo criterio. Sin embargo, las infracciones cometidas antes del cambio de jurisprudencia cuyo plazo de prescripción no se hubiese completado se rigen por el nuevo criterio. Esto es una hipótesis de retroactividad total, pues se aplica la nueva jurisprudencia a infracciones cometidas con anterioridad a su vigencia.

## II. IRRETROACTIVIDAD DEL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA: PROBLEMAS Y OBJECIONES

La jurisprudencia administrativa y judicial analizada en el apartado anterior permite observar lo complejo que puede ser la aplicación en el tiempo de un cambio de precedente de la CGR. En este apartado, se argumentará que existen tres deficiencias en cómo se ha abordado este problema hasta ahora: primero, la falta de fundamentación sobre por qué se concretan de una determinada manera los efectos en el tiempo del nuevo criterio; segundo, la aplicación extensiva de la retroactividad favorable, y, tercero, se criticará el silencio de la CGR en torno a la legalidad o ilegalidad del precedente que se abandona.

### 1. EFECTOS EN EL TIEMPO: NECESIDAD DE FUNDAMENTACIÓN

La doctrina en general habla de que un cambio de jurisprudencia debe estar justificado<sup>34</sup>. Con esto, al cambiar de criterio, la CGR suele centrar sus esfuerzos en justificar por qué se debe abandonar el criterio antiguo por el nuevo. Pero al implantar el nuevo criterio, no se suele incluir una justificación de por qué se determinaron los efectos en el tiempo del cambio de una determinada manera.

A modo ejemplar, se pueden analizar dos pronunciamientos de la CGR. El primero de ellos es el dictamen 24.731 de 2019, del caso Prescripción de Sanciones Administrativas. Tal pronunciamiento discurre largamente sobre por qué se debiese abandonar la interpretación que hacía aplicable el artículo 96 del Código Penal (que regula un plazo de 6 meses para la prescripción de las faltas penales) y, en su lugar, aplicar el plazo de 5 años establecido en el artículo 2515 del Código Civil. Sin embargo, al referirse a los efectos en el tiempo

<sup>33</sup> Aunque es claro que el cambio implementado por la CGR en esta materia está influido por un cambio jurisprudencial de la Corte Suprema (al respecto, ver *LABORATORIOS LAFI LTDA. CON INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA* (2018), considerando 28° y *CORDERO* (2020a) pp. 369-370), tal como se dijo en la introducción, este trabajo no tiene por objeto indagar en los argumentos o motivaciones que determinan un cambio de precedente, sino la forma de concretar los efectos en el tiempo de una nueva jurisprudencia de la CGR cuando se verifica dicho cambio.

<sup>34</sup> *CORDERO* (2020b) pp. 134-135; *BERMÚDEZ* (2016) pp. 231-232; *SOTO* (1999) pp. 402-403.

de la nueva jurisprudencia se limita a señalar que regirá solo para el futuro, "sin alcanzar a las infracciones que ya prescribieron".

Con esto, una infracción cometida antes del cambio, respecto de la cual no hubiese transcurrido el plazo de seis meses, se debiese regir por el criterio nuevo. Esto también es problemático pues pareciera que el plazo de cinco años comenzaría a correr antes de su vigencia. De este modo, es cuestionable que el cambio de criterio "genere efectos solo para el futuro", en circunstancias de que se refiere no solo a las infracciones que eventualmente se cometerían en el futuro, sino también a aquellas cometidas en el pasado cuyo plazo de prescripción no se hubiese completado a la fecha de cambio de jurisprudencia.

En lugar de ello, se podría haber adoptado otra regla para determinar los efectos en el tiempo: que las infracciones cometidas bajo el antiguo criterio se rigen por este y las cometidas en forma posterior se rigen por el nuevo. Esto, por lo demás, es el criterio que ha utilizado la Corte Suprema (en antiguos fallos de inaplicabilidad) al determinar los efectos en el tiempo de leyes que establecen sanciones administrativas<sup>35</sup>. Sin embargo, la CGR guarda silencio sobre por qué eligió esa determinada forma de concretar los efectos en el tiempo de una nueva jurisprudencia.

Además de lo anterior, la actual práctica de la CGR permite introducir discriminaciones arbitrarias y afectar el ejercicio de otros derechos. Lo anterior puede verse en la causa *Farmacología en Acuicultura FAV S.A. con INAPI*, referida al cambio de criterio introducido por el dictamen 16.587 de 2019 y al dictamen 25.534 de 2019, que concretó los efectos en el tiempo del primero. A este caso lo denominaré Patente de Invención.

Básicamente, el dictamen 16.587 de 2019 introdujo una interpretación más beneficiosa para los solicitantes de patentes de invención. Esto porque, en ese pronunciamiento, se entendió que el pago de los derechos establecidos en el artículo 18 bis E de la Ley 19.039 constituía una exigencia de tramitación y, en caso de incumplirse ese plazo, la solicitud podía ser desarchivada dentro de los 120 días siguientes sin perder la preferencia. Temporalmente, el nuevo criterio se comenzó a aplicar a las solicitudes archivadas a partir de su vigencia y retroactivamente a aquellas solicitudes que, aunque fueron archivadas durante la vigencia de la jurisprudencia más restrictiva, fueron formuladas por quienes provocaron el cambio de criterio introducido en el dictamen 16.587 y, por tanto, no a la empresa recurrente<sup>36</sup>.

Este criterio tiene problemas que pueden destacarse. La excepción a la irretroactividad consistente en extender la aplicación del nuevo criterio a quien lo provoca y a las solicitudes pendientes similares hace que la frontera de aplicación temporal de un criterio u otro no sea la distinción entre lo pasado y lo presente, sino el momento en que fue ingresada la respectiva solicitud. De este modo, una situación particular, regida por un determinado precedente, termina siendo resuelta en virtud de uno distinto porque con ocasión de ese caso la autoridad decidió modificar su jurisprudencia.

Resulta de esto que terminan existiendo dos situaciones idénticas, regidas por la misma legislación y cuyos hechos se verificaron durante la vigencia del mismo precedente; pero que son resueltas con criterios distintos porque las respectivas solicitudes fueron ingresadas

<sup>35</sup> ALESSANDRI (1965) considerando 2º; *BANCO CRÉDITO E INVERSIONES* (1966) considerando 5º.

<sup>36</sup> *FARMACOLOGÍA EN ACUICULTURA VETERINARIA FAV S.A. CON INAPI* (2020).

en momentos distintos. Con esto, la sola consideración del momento en que fue ingresada una solicitud da lugar a una solución diferenciada para casos similares. Tal forma de concretar los efectos en el tiempo de un cambio de jurisprudencia puede tener resultados azarosos y es arbitraria, pues no existe ninguna explicación de por qué se cambia de criterio en un caso y no en otro. Por ejemplo, frente a diez solicitudes similares, la CGR podría resolver nueve de ellas bajo un criterio y cambiar su jurisprudencia en la décima declarando que esa fue la que provocó el cambio, la que regirá solo para el futuro.

Lo anterior, encierra una discriminación arbitraria prohibida por el artículo 19 N° 2 de la Constitución<sup>37</sup>. Por esto, pienso que es necesario introducir dos mejoras para la mejor gestión de este asunto. Primero, la CGR debiese referirse de explícito al problema de los efectos temporales cuando decide reconsiderar su jurisprudencia anterior y justificar la decisión tomada. Segundo, se debiese abandonar el criterio de aplicar con efecto retroactivo la nueva jurisprudencia a quien provoca el cambio y buscar una regla distinta que conlleve un menor riesgo de arbitrariedad.

## 2. LUCES Y SOMBRAS DE LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE

Para solucionar algunas de las complicaciones surgidas hasta ahora, la Corte Suprema ha ordenado considerar aplicar la excepción de retroactividad del artículo 52 de la Ley 19.880. Esto, por ejemplo, podría ser una solución aceptable para evitar introducir discriminaciones basadas en el momento en que se ingresó una solicitud.

Esto puede mostrarse con claridad si volvemos sobre el caso Fuero Maternal. En este caso, comentado más arriba, dos funcionarias impugnaron la decisión de una Contraloría Regional en virtud de la cual se negó a hacerles aplicable el derecho a fuero maternal que les reconoció el dictamen 20.921 de 2019. Esto porque su designación como reemplazantes había expirado con anterioridad a la fecha del cambio jurisprudencial introducido por el recién citado dictamen. A pesar de ello, la Corte Suprema resolvió en favor de las recurrentes señalando que la autoridad debió considerar aplicar la excepción de retroactividad favorable del artículo 52 de la Ley 19.880<sup>38</sup>.

Con esta sentencia, no se benefició solamente a quienes provocaron el cambio sino también a quienes se encontraban en una situación similar poco antes del cambio. Así, aplicar el artículo 52 de la Ley 19.880 permite soslayar tener que definir la frontera de aplicación en el tiempo del criterio nuevo sobre la base del momento en que se formuló una solicitud.

Sin embargo, es necesario proceder con cautela al dar efecto retroactivo favorable a un cambio de jurisprudencia. El artículo 52 de la Ley 19.880 señala: “[l]os actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”. La norma contiene una prohibición de la retroactividad desfavorable y una habilitación para la retroactividad favorable, pero plantea algunas dudas: ¿se trata de una potestad reglada?, ¿los cambios favorables de

<sup>37</sup> En este sentido, ver el voto de minoría del ministro Muñoz en *NEFTALÍ AGUAYO CON CARABINEROS DE CHILE* (2013).

<sup>38</sup> *SEPÚLVEDA Y CÁRCAMO CON CONTRALORÍA REGIONAL DE LOS RÍOS* (2020) considerando 15º.

jurisprudencia siempre deben ser aplicados con efecto retroactivo? Responder afirmativamente es problemático, pues dar efecto retroactivo sin límites a todo cambio favorable impactaría en muchas decisiones pasadas y sería catastrófico para las finanzas públicas.

Lo anterior es patente en el caso del dictamen 22.766 de 2016 que introdujo el principio de confianza legítima en la no renovación de contrataciones administrativas (caso Contratas Administrativas). Tal principio fue utilizado en ese caso para resolver que la decisión de no renovar una contrata debe ser tomada mediante un acto positivo y fundado, respecto de aquellos funcionarios que hayan sido renovados dos o más veces. La jurisprudencia inaugurada con ese pronunciamiento fue aplicada en ese caso y en aquellos pendientes de resolución. Pero respecto de las no renovaciones ocurridas con anterioridad, respecto de las cuales no existía solicitud alguna a la fecha del dictamen 22.766 de 2016, la jurisprudencia aplicada fue la antigua, es decir, que la contrata expira *ipso iure* sin necesidad de fundamentación por la simple no renovación<sup>39</sup>.

El nuevo criterio se aplicó a quienes provocaron el cambio y a las solicitudes pendientes semejantes. Y aunque esta regla es discriminatoria, tiene una virtud: introduce un límite claro al efecto retroactivo de un cambio de jurisprudencia y así evita tener que revisar decisiones pasadas de un modo extensivo. De lo contrario, ¿qué impediría que un funcionario a contrata, no renovado el año 2009 o 2010 por una simple omisión, solicitase la aplicación del nuevo criterio a su caso particular? Pues nada. Por esto, al buscar una solución al problema de los efectos temporales de un cambio de jurisprudencia favorable, es necesario también encontrar un criterio que no sé lugar a una retroactividad favorable sin límites que sea imposible implementar sin generar graves consecuencias para la buena gestión al interior de la Administración Pública.

### 3. UNA VERDAD INCÓMODA: LA ILEGALIDAD DEL PRECEDENTE

Al modificar su jurisprudencia, muchas veces pareciera que la CGR lo hace por considerar que el antiguo criterio era contrario a derecho. Sin embargo, esta entidad suele guardar silencio sobre el problema de la legalidad o ilegalidad de la jurisprudencia abandonada. De este modo, al ser abandonada una jurisprudencia por razones de legalidad, ¿no se debiese implementar la nueva con efecto retroactivo? Tal es el efecto normal de la infracción al principio de legalidad<sup>40</sup>.

El problema es que la CGR no siempre se hace cargo de las consecuencias temporales que tiene el abandono de un precedente cuando esto se hace por razones de legalidad. Para ilustrar lo anterior, se puede mencionar la causa *Abufrut Limitada con SAG*, que podemos denominar como Tarifas por Inspecciones. En 1990 la CGR tomó razón de un decreto supremo del Ministerio de Agricultura que fijaba determinadas tarifas que el SAG podía cobrar. Años después, por medio del dictamen 18.390 de 2007, la CGR declaró que el SAG no podía cobrar tarifas a los particulares por aquellas inspecciones que debía realizar

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, DICTAMEN CGR N° 68.704 (2016), DICTAMEN CGR 68.075 (2016), DICTAMEN CGR 53.891 (2016) y DICTAMEN CGR 46.046 (2016).

<sup>40</sup> VALDIVIA (2018) pp. 406-407.

de oficio. De este modo, declaró abandonado el criterio según el cual el SAG podía cobrar tarifas por las inspecciones que debía realizar de oficio.

Lo anterior podría ser mirado como una declaración de ilegalidad también de todos aquellos cobros practicados entre 1990 y 2007. Por esto, una empresa demandó su restitución. Con todo, la Corte Suprema entendió que el cambio de precedente de la CGR solo podía tener efecto hacia el futuro y, en consecuencia, solo desde la emisión del dictamen el SAG debía abstenerse de cobrar por las inspecciones que debe hacer de oficio<sup>41</sup>. En contra de lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió una demanda de cobro de pesos en un caso idéntico, ya que entendió que el cambio de criterio implicaba una declaración de ilegalidad de la jurisprudencia abandonada<sup>42</sup>.

En estos casos, es claro que la discusión está en cómo se debiesen proyectar en el tiempo los efectos del nuevo precedente. Si se considera que el cambio de criterio lo es desde uno conforme a derecho a otro también conforme a derecho, el nuevo criterio solo debiese tener efecto prospectivo. Pero si se entiende que el precedente abandonado es contrario a derecho, el cambio de criterio debiese equivaler a una declaración de ilegalidad y, por tanto, el tribunal debiese reconocer las consecuencias patrimoniales que ello tiene.

Por esta segunda alternativa optó la Corte Suprema en el caso Descuentos en Gendarmería, al considerar ilegal el precedente de la CGR sobre descuentos en las remuneraciones de estos funcionarios. Podría argumentarse que esta solución es problemática, pues podría implicar corregir hacia el pasado muchos actos realizados al amparo del precedente declarado ilegal. En esta dirección apunta el voto de minoría de la Corte Suprema en este último caso, en el cual se avala el criterio de la CGR de no impedir que los acuerdos celebrados al amparo del antiguo precedente dejen de producir efectos sobre la base de la confianza legítima<sup>43</sup>.

Considerando lo anterior, una adecuada solución a este problema debiese pasar por abordarlo de modo más explícito. Guardar silencio sobre la legalidad o ilegalidad de la jurisprudencia abandonada es una postura ambigua que genera confusión. Sin embargo, también es importante limitar los efectos retroactivos de una declaración de ilegalidad, para no generar un excesivo desorden administrativo y proteger situaciones jurídicas consolidadas.

### III. PROPUESTAS PARA LOS PROBLEMAS DE TEMPORALIDAD DE LOS CAMBIOS DE JURISPRUDENCIA DE LA CGR

Las objeciones planteadas en el apartado anterior dejan al descubierto tres problemas importantes. El primero es que, aunque existen muchas formas de concretar los efectos temporales de un cambio de jurisprudencia administrativa, la CGR no suele fundamentar su decisión de optar por una u otra forma. El segundo consiste en que la norma de retroactividad favorable del artículo 52 puede ser aplicada a los cambios de jurisprudencia de la

<sup>41</sup> *ABUFRUT LIMITADA CON SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO* (2015) considerandos 16° y 17°.

<sup>42</sup> *CMPC MADERAS S.A. CON SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO* (2013) considerando 4°. El recurso de casación interpuesto contra esta sentencia fue rechazado por la Corte Suprema por razones formales.

<sup>43</sup> *ÓSCAR ULLOA Y OTROS CON GENDARMERÍA DE CHILE* (2012) considerando 4° del voto de minoría.

CGR, pero no queda claro cuál debiese ser el límite de dicha retroactividad. El tercero es que la CGR no suele abordar de modo explícito el problema de ilegalidad del antiguo precedente cuando este es abandonado; lo que deja sin respuesta la pregunta de si el carácter de ilegal de la jurisprudencia abandonada debiese tener algún impacto en cómo se deben determinar los efectos en el tiempo del nuevo criterio. A continuación, se propondrán criterios para solucionar estos problemas.

#### 1. FUNDAMENTACIÓN Y TEMPORALIDAD

La Ley 19.880 consagra un deber de fundamentar todo acto administrativo terminal<sup>44</sup>. El contenido específico de tal deber depende de la decisión que se está tomando. Así hay tantas fundamentaciones como decisiones una autoridad puede tomar. Esto es importante, pues si el concepto de retroactividad aplicado a los cambios de jurisprudencia de la CGR se encuentra en parte indeterminado —y dado que los conceptos jurídicos indeterminados admiten múltiples concreciones<sup>45</sup>—, se puede concluir que los efectos temporales de un cambio de jurisprudencia deben ser concretados mediante una decisión fundada.

De este modo, teniendo en cuenta los problemas de temporalidad analizados, es posible afirmar que las razones que justifican un cambio de jurisprudencia no necesariamente son las que justifican una determinada concreción de los efectos en el tiempo de un nuevo criterio. Es posible desintegrar el deber de fundamentar la necesidad de introducir un cambio de criterio de la forma en que se desplegarán los efectos de ese cambio. Para entender lo anterior, es preciso distinguir entre tres elementos importantes: la idoneidad de un nuevo criterio, la justificación del efecto retroactivo y la justificación del efecto inmediato<sup>46</sup>.

Primero, la idoneidad está constituida por las características que tiene un nuevo criterio que justifican realizar un cambio de jurisprudencia. Puede ser de dos tipos: una idoneidad de necesidad, por la cual la se abandona una determinada jurisprudencia para sustituirla por otra por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, y una idoneidad legal, por la cual la nueva jurisprudencia se introduce para corregir la ilegalidad del precedente que se abandona. Con esta distinción, se busca reflejar que abandonar un determinado precedente no siempre equivale a declarar la ilegalidad del anterior.

Segundo, aunque un nuevo criterio resulte ser más idóneo que los anteriores y, por tanto, haya buenas razones para implementar un cambio de jurisprudencia, no por ello se le puede dar efecto retroactivo total o parcial. Legislar con efecto retroactivo es considerado un anatema en todos los sistemas jurídicos, pero que decisiones con carácter declarativo tengan efecto retroactivo es la regla general<sup>47</sup>. Ello porque la legislación siempre regula conductas desde su vigencia, mientras que la adjudicación de efectos jurídicos siempre se refiere a hechos anteriores al pronunciamiento. Pues bien, la función característica de la CGR no es dar normas generales y abstractas (al modo del legislador) sino resolver situaciones particulares creando una jurisprudencia obligatoria en un contexto normativo estable.

<sup>44</sup> Artículo 41, LEY N° 19.880 de 2003.

<sup>45</sup> HUEPE (2018) pp. 103-110.

<sup>46</sup> Elaborada con inspiración en ÁVILA (2016) pp. 70-71.

<sup>47</sup> CROSS y HARRIS (2004) p. 232.



De lo anterior deriva un dato que es fundamental: el criterio contenido en la nueva jurisprudencia debe haber sido igualmente admisible en el contexto normativo que abrigaba a la antigua. Entonces, ¿de dónde viene la necesidad de una regla de irretroactividad del cambio de precedente? Deriva del artículo 6° y 19 de la Ley 10.336 que le reconocen su valor normativo a la jurisprudencia administrativa. Estas normas impiden introducir un cambio de jurisprudencia haciendo la ficción de que los precedentes anteriores nunca formaron, a su vez, una jurisprudencia también obligatoria.

Las normas citadas también impiden que una nueva jurisprudencia altere en el presente los efectos de actos administrativos válidamente emitidos durante la vigencia del precedente anterior. Esto porque, de lo contrario, la eficacia de estas normas que consagran el valor normativo de la jurisprudencia de la CGR estaría siempre abierta a ser cuestionada en el presente; lo que pondría en duda valor los mencionados artículos como norma jurídica y, en consecuencia, del principio de legalidad. Por lo tanto, más allá de la idoneidad de un nuevo criterio que justifica el cambio, la implementación de un cambio jurisprudencial con efecto retroactivo total o parcial requiere una fundamentación más allá de la sola idoneidad.

Tercero, aunque un cambio de jurisprudencia sea idóneo, ello tampoco justifica en forma necesaria darle efecto inmediato o *in actum* al nuevo criterio. Un cambio brusco de jurisprudencia podría tener un efecto adverso sobre quienes han planificado su conducta sobre la base del precedente abandonado. Por esto, al modificar su jurisprudencia, la CGR puede tener el deber de considerar tal situación para efectos de ofrecer alguna medida de protección a los afectados. Por ejemplo, la entrada en vigor de un nuevo criterio podría ser diferida en el tiempo, pues si la CGR goza de discrecionalidad para determinar en qué momento cambiar de criterio, nada le impide señalar un plazo de vacancia para la entrada el vigor de la nueva jurisprudencia<sup>48</sup>.

Por esto, como forma de asegurar la previsibilidad de un cambio de criterio, la autoridad debe considerar que la mayor idoneidad no necesariamente justifica darle efecto inmediato al nuevo criterio: al respecto debe tener en cuenta la posibilidad de diferir la implementación del nuevo precedente para proteger a quienes han planificado su conducta conforme con el criterio que se propone abandonar, tal como se ha sugerido respecto de la invalidación de actos administrativos y de cambios de criterio de autoridades administrativas en general<sup>49</sup>.

### 1.1. ¿Cómo aplicar estos criterios?

Para responder a la primera crítica formulada en el apartado anterior, podemos decir que la fundamentación de un cambio de criterio debe ser distinta a la de cómo se concretarán sus efectos en el tiempo. Para mostrar cómo debe operar esto en la práctica se volverá sobre dos casos ya analizados. Se comenzará con el caso que denominé Incompatibilidad de Remuneraciones. El dictamen 50.185 de 2007, que resolvió la incompatibilidad de las remuneraciones de los cargos de alta dirección pública con la de los concejales municipales.

<sup>48</sup> SOTO (1996) p. 54; ARANCIBIA (2016) p. 180.

<sup>49</sup> LETELIER (2014) pp. 627-631; BERMÚDEZ (2016) pp. 232-233.

En particular, se trató del caso de una funcionaria que era al mismo tiempo directora de un servicio de salud e integrante de un concejo municipal.

El cambio consistió en que, antes del dictamen citado, se consideraba que, dentro de las excepciones a la obligación de dedicación exclusiva de los cargos de alta dirección pública, estaban los concejales municipales, pues ellos eran integrantes de “consejos de empresas o entidades del Estado”<sup>50</sup>. Pero luego se consideró que la Real Academia de la Lengua considera que el cargo de concejal (con “c” en la segunda sílaba) es una denominación específica para quien integra el concejo del municipio o ayuntamiento y, en consecuencia, los concejales no estaban dentro de la excepción del artículo 1° de la Ley 19.863.

Podríamos preguntarnos si la anterior interpretación fue legal o ilegal, respecto de lo cual la CGR no se pronunció. En este caso, no estamos frente a un precedente ilegal. La palabra “consejo” en su segunda acepción, significa “[ó]rgano colegiado con la función de asesorar, de administrar o de dirigir una entidad”<sup>51</sup>. Así, resulta que el concejo del ayuntamiento o municipalidad es una especie de consejo en el sentido de que es un órgano colegiado con funciones de asesoría, administración o de dirección de una municipalidad. De este modo, no resulta inconcuso, al menos lingüísticamente, que el artículo 1° de la Ley 19.863 no incluya también a miembros de concejos municipales, aunque la denominación específica de estos últimos se escriba distinto.

Con esto, es posible criticar la decisión de la CGR de darle efecto retroactivo parcial a la nueva jurisprudencia. En este caso, el cambio de criterio terminó por afectar a una persona que había adquirido la calidad de concejal y nombrada en un cargo público durante la vigencia de la jurisprudencia que incluía a los concejales en el artículo 1° de la Ley 19.863. En este caso, la CGR solo debió dar efecto prospectivo a la nueva jurisprudencia, sin alcanzar con ello los efectos de elecciones o nombramientos anteriores a su vigencia.

Lo anterior podría ser criticado, pues en general se entiende que las normas del derecho público rigen *in actum*<sup>52</sup>. Sin embargo, es preciso señalar que los actos válidamente perfeccionados durante la vigencia de un precedente conforme con la legalidad generan derechos adquiridos<sup>53</sup>. Por lo anterior, un cambio de jurisprudencia no puede ser aplicado para “revocar” actos que produjeron derechos adquiridos en forma válida<sup>54</sup>, salvo que la jurisprudencia abandonada sea declarada antijurídica.

En el caso que se viene comentando la CGR consideró que era más adecuada una interpretación restrictiva del artículo 1° de la Ley 19.863, lo que no implica una declaración de ilegalidad del criterio anterior. Esto se justifica en lo que llamé “idoneidad de necesidad”. Respecto de esto, podría decirse que, al evaluar la necesidad de un cambio de jurisprudencia (por razones de mérito, oportunidad o conveniencia) la CGR estaría evaluando

<sup>50</sup> Artículo 1° inciso 5°, LEY 19.863 de 2003.

<sup>51</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA (2021) Definición de consejo.

<sup>52</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2005) p. 258; AYLWIN y AZÓCAR (1996) p. 50; SILVA (1993) p. 111. La CGR también lo ha entendido así. Respecto de reglamentos en materia ambiental, ver DICTÁMENES CGR N° 75.903 (2014) y 58.037 (2016).

<sup>53</sup> DICTAMEN CGR N° 7041 (2013), DICTAMEN CGR 77.490 (2011), DICTAMEN CGR 4614 (2004), entre otros.

<sup>54</sup> GUZMÁN (2019) pp. 123-125.

“aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”, lo que está prohibido por su ley orgánica<sup>55</sup>.

Para salvar este problema es necesario determinar el alcance del artículo 21 B de la Ley 10.336 en esta materia. Esta norma le impide a la CGR evaluar aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones de las autoridades sometidas a su fiscalización. Pero la norma en comento no prohíbe que la CGR tome en cuenta cuestiones de mérito o de conveniencia al ejercer sus propias potestades. Por ejemplo, nada impide que la CGR evalúe la conveniencia de fiscalizar o no a determinado organismo, o de hacer una auditoria de tal o cual programa. Siguiendo este razonamiento, nada impide que la CGR evalúe la oportunidad, mérito o conveniencia de abandonar su propio precedente, dentro del marco legal.

El artículo 21 B está dirigido a que la CGR no invada los márgenes de discrecionalidad y apreciación de otras autoridades, pero no le impide evaluar aspectos de mérito de sus propias decisiones. Por lo demás, la interpretación contraria le haría impracticable el cumplimiento de sus funciones a la CGR. De este modo, hay que entender que la CGR sí está habilitada para resolver sobre la necesidad de abandonar o no un precedente.

Sin embargo, que un nuevo criterio tenga idoneidad de necesidad no significa que por ello estará justificado darle efecto retroactivo o inmediato. A pesar de que se trata de elementos que están conectados, una cosa es por qué debiésemos cambiar de criterio y otra es cómo debiesen desplegarse sus efectos en el tiempo.

Un caso donde se podría haber mitigado el efecto inmediato de un cambio jurisprudencial es el que denominé Máquinas de Juego. Como se recordará, en este caso, una asociación gremial impugnó por medio de una acción de amparo económico lo resuelto por la CGR en el dictamen 92.308 de 2016, en lo relativo al procedimiento para autorizar máquinas de juego. En este pronunciamiento, la CGR modificó su jurisprudencia relativa al procedimiento para obtener una patente municipal para operar máquinas de juegos. La jurisprudencia vigente hasta ese momento señalaba que para obtener la patente el solicitante solo debía acreditar ante el municipio respectivo, con cualquier medio de prueba, que la máquina correspondía a un juego donde predominaba la habilidad o destreza, y no la suerte. Lo anterior se debe a que aquellos juegos donde predomina la suerte están, por regla general, prohibidos por ley<sup>56</sup>.

Pero en virtud del citado dictamen se determinó que, para otorgar la patente, la municipalidad debía tener en cuenta el catálogo de juegos de azar de la Superintendencia de Casinos y, en caso de dudas, pedir un informe a la autoridad mencionada. Además, declaró que la nueva jurisprudencia no afectaba a las patentes ya otorgadas<sup>57</sup>. Con esto, el cambio de jurisprudencia no afectó la validez de actos administrativos pasados y así la CGR solo dio efecto prospectivo a su decisión. Además, conociendo de un recurso de protección interpuesto en contra de este dictamen, la Corte Suprema resolvió que el pronunciamiento de la CGR respondía a una “necesidad pública actual y manifiesta” ante la dispersión de

<sup>55</sup> Artículo 21 B, LEY N° 10.336 de 1952.

<sup>56</sup> Artículos 1466 y 2259, CÓDIGO CIVIL, Chile; LEY N° 19.995 de 2005.

<sup>57</sup> DICTAMEN CGR N° 92.308 (2016).

criterios para determinar si las máquinas son de azar o no, lo que justifica en forma suficiente el cambio de criterio<sup>58</sup>.

En este caso, también se puede afirmar que el cambio de precedente no implica una declaración de ilegalidad del anterior. El criterio anterior podía considerarse como más permisivo, pues cada municipalidad debía valorar si la máquina de juego era de aquellas donde predominaba la destreza o el azar<sup>59</sup>. Pero ello no implica que fuese ilegal. Y lo anterior no es óbice para que la CGR introduzca una nueva jurisprudencia que obligue a las municipalidades a coordinarse de mejor manera con la autoridad sectorial especializada, señalándole la necesidad de ejercer sus poderes para solicitar informes<sup>60</sup>, y de abstenerse a autorizar las máquinas que la autoridad especializada considere como sujetas a la prohibición legal.

Sin embargo, esta decisión de la CGR podría ser cuestionada en relación con su efecto inmediato<sup>61</sup>. Para entender esto es necesario tener en cuenta que el precedente de la CGR sirve como norma para la toma de decisiones de las autoridades administrativas y, por tanto, es seguido también por los particulares porque el precedente de la CGR determina el alcance que tienen las potestades de los distintos órganos sobre ellos. Un cambio jurisprudencial con efecto inmediato puede afectar a quién adquirió determinadas máquinas (y, por tanto, hizo algún gasto o inversión) y esperaba una autorización favorable; criterio que se extendería a la resolución de solicitudes pendientes formuladas ante la autoridad bajo la jurisprudencia abandonada.

Se podría pensar que estas son meras expectativas que no merecen protección. Sin embargo, ello puede ser cuestionado. En situaciones de inestabilidad normativa, la autoridad tiene el deber de anunciar o anticipar su cambio de criterio para no lesionar los intereses de quien ha obrado conforme con una norma que se pretende derogar<sup>62</sup>. Incluso, en relación con la declaración de nulidad de un acto administrativo, se ha aceptado la posibilidad de diferir los efectos de tal declaración como forma de proteger expectativas generadas por el acto nulo<sup>63</sup>.

La protección de expectativas de estabilidad o de obtener una determinada decisión sobre la base del precedente de CGR está justificada por la influencia que este tiene en la planificación de conducta de los individuos. Si los particulares ejercen su libertad teniendo en cuenta el precedente administrativo (por ejemplo, haciendo disposiciones patrimoniales o inversiones) y luego son en forma especial afectados por el cambio, podría configurarse una infracción a las garantías de libertad económica e igualdad ante la ley<sup>64</sup>.

Con todo, para proteger estas expectativas es necesario proceder con cautela. No deben ser protegidas como si estuviesen siendo afectadas por decisiones con un efecto re-

<sup>58</sup> *FIDEN A.G. CON CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA* (2018) considerando 13°.

<sup>59</sup> DICTÁMENES CGR N° 1857 (2014) y DICTAMEN CGR 46.631 (2011).

<sup>60</sup> Artículo 37, LEY N° 19.880 de 2003.

<sup>61</sup> En el mismo sentido, se podrían cuestionar los DICTÁMENES CGR N° 39.766 (2020), DICTAMEN CGR 4692.337 (2016) y DICTAMEN CGR 39.341 (2016), en relación con el cambio de jurisprudencia introducido por el DICTAMEN CGR N° 4000 (2016).

<sup>62</sup> BERMÚDEZ (2016) pp. 232-233.

<sup>63</sup> LETELIER (2014) pp. 629-630.

<sup>64</sup> PHILLIPS (2020a) pp. 205-215.

troactivo prohibido o como si se tratase de derechos adquiridos. Si lo que se ha afectado es la libertad individual y la igualdad ante la ley, solo es necesario permitir al particular redirigir su conducta antes de ser afectado por el nuevo criterio. Por esto, pienso que nada impide que la CGR difiera la entrada en vigor de la nueva jurisprudencia, para no afectar a quien se ha planificado o realizado actos conforme con el criterio abandonado. Esto ha sido considerado como una solución en otros sistemas donde la jurisprudencia es fuente formal directa del derecho<sup>65</sup>.

## 2. LÍMITES PARA LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE

Las normas que consagran la obligatoriedad de la jurisprudencia administrativa de la CGR impiden dar efecto retroactivo a un cambio de criterio. Pero, en caso de que el cambio de criterio sea favorable a los interesados en el procedimiento administrativo, se podría aplicar el artículo 52 de la Ley 19.880.

Por ejemplo, en el caso Patente de Invención la CGR entendió en el dictamen 16.587 de 2019 que los derechos derivados del otorgamiento de una patente de invención sí eran una “exigencia de tramitación”. Por tanto, en caso de incumplirse el plazo previsto en el artículo 18 bis E de la Ley 19.039, la solicitud podía ser desarchivada sin perder el derecho a la preferencia establecido en el artículo 45 del mismo cuerpo legal. Con todo, el dictamen 25.534 de 2019 entendió que tal criterio regía para el futuro y solo beneficiaba a quienes provocaron el cambio de criterio y no a quienes cuyo expediente ya se hubiese archivado antes de su vigencia.

En este caso, aquellos particulares cuyo expediente fue archivado poco antes del cambio de criterio no se vieron beneficiados. Con todo, tratándose de un nuevo criterio favorable al interesado, en la medida que nadie hubiese adquirido un derecho de preferencia en el tiempo intermedio, nada impedía dar efecto retroactivo a la nueva jurisprudencia. Esta solución, si bien a primera vista razonable, presenta la pregunta sobre cuáles debiesen ser los límites de esta retroactividad favorable. Una aplicación extensiva de la excepción del artículo 52 de la Ley 19.880 podría implicar dar lugar a una revisión indefinida de expedientes archivados en el pasado, lo que generaría una excesiva inseguridad jurídica. De este modo, aunque beneficiar solo a quien provoca el cambio de criterio suponga una discriminación arbitraria, ello parece ser la única solución aceptable.

No obstante, ello no tiene por qué ser así. Todo depende de bajo qué parámetros la autoridad dé lugar a la aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia. La autoridad no debe estar obligada a aplicar la excepción de retroactividad del artículo 52 de la Ley 19.880 cada vez que ello sea posible, porque de lo contrario se podría dar lugar a una retroactividad favorable sin límites. Para evitar esto, la posibilidad de dar efecto retroactivo favorable a un acto administrativo ha de ser mirada como una potestad discrecional que debe ser usada cautamente.

En el caso que se viene comentando, el contexto normativo permitía dar lugar a la retroactividad favorable con una razonable limitación. El artículo 45 de la Ley 19.039 establece un plazo de 120 días para desarchivar solicitudes que hayan incumplido exigencias

<sup>65</sup> CROSS y HARRIS (2004) pp. 229-230.

de tramitación. En este contexto, nada impide aplicar retroactivamente el nuevo criterio, pero respetando el plazo de 120 días que establece la regulación. Por esto, considero que en la causa *Farmacología en Acuicultura FAV S.A. con INAPI* el recurso interpuesto debió ser acogido, pues la recurrente sí pagó los derechos dentro del plazo de 120 días. De esta manera, se evita introducir un criterio diferenciador azaroso como es aquel del momento en que se hizo una solicitud ante la CGR, se beneficia a aquellos particulares cuyas solicitudes fueron archivadas poco antes del cambio de jurisprudencia y se pone un límite razonable a la aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia.

En este sentido, para responder a la segunda crítica formulada en el apartado anterior, la solución correcta estaría en aplicar los mismos plazos establecidos en la regulación especial o general para que decisiones pasadas puedan ser revisadas conforme con la nueva jurisprudencia aplicando la retroactividad favorable. A falta de una regla expresa, nada impide que la CGR dé lugar a un cambio de criterio solo con efecto retroactivo parcial o prospectivo para casos cuyos hechos se verifiquen en el futuro.

Por ejemplo, en el caso *Pensiones de Desahucio* se ha utilizado el criterio que discrimina según el momento en que se produjo la jubilación, beneficiando a quienes provocaron el cambio<sup>66</sup>. En tal situación, se podría beneficiar a todos los pensionados con el nuevo criterio, modificando sus pensiones con efecto retroactivo parcial o inmediato, pero sin darles efecto retroactivo total, tal como lo ha sugerido una disidencia en la Corte Suprema<sup>67</sup>. Esto permitiría ajustar las pensiones hacia el futuro, pero sin otorgar pagos retroactivos durante la vigencia del precedente anterior.

### 3. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA POR RAZONES DE LEGALIDAD

En principio, los actos administrativos dictados sobre la base de una jurisprudencia contraria a derecho debiesen poder ser retirados con efecto retroactivo, pues la declaración de nulidad tiene por naturaleza ese efecto<sup>68</sup>. Lo anterior puede tener consecuencias difíciles de prever. Por esto, es comprensible que la CGR prefiera guardar silencio sobre este problema y limitarse a declarar que su cambio de jurisprudencia no tiene efecto retroactivo, aunque el cambio se sustente en la idoneidad legal del nuevo precedente. Sin embargo, este silencio es problemático porque le ha significado a la CGR ver impugnadas y revertidas sus decisiones en algunos casos. Por lo anterior, para responder a la tercera crítica formulada en el apartado anterior, es necesario que la CGR aborde de modo explícito el problema de la ilegalidad de la jurisprudencia abandonada cuando ello sea pertinente.

Para que exista un precedente contrario a derecho debe existir una infracción legal, lo que se manifiesta de tres maneras<sup>69</sup>: primero, por una contravención formal, cuando no se ejecuta lo que la ley manda, cuando se ejecuta lo prohibido o se impide realizar lo permitido; segundo, por falsa aplicación, cuando se manda, prohíbe o permite algo en un

<sup>66</sup> Ver DICTÁMENES CGR N° 18.219 (2016), DICTAMEN CGR 40.086 (2015) y DICTAMEN CGR 14.292 (2007).

<sup>67</sup> *NEFTALÍ AGUAYO CON CARABINEROS DE CHILE* (2013) considerando 5° del voto de minoría.

<sup>68</sup> VALDIVIA (2018) pp. 406-407.

<sup>69</sup> MOSQUERA y MATURANA (2017) pp. 354-355. Ver también, artículo 767, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Chile.

supuesto no previsto por la ley; tercero, por errónea interpretación, cuando se entiende de modo erróneo los términos de lo que manda el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, es importante determinar cuándo existe tal contravención formal. Ella no existe cuando una jurisprudencia termina por ser abandonada producto de un cambio de valoración sobre cómo debiese responder el ordenamiento jurídico en un contexto social determinado. Dicho de otro modo, no se trata de situaciones de ilegalidad de la jurisprudencia abandonada, sino que la distinta comprensión que se llega a tener de un fenómeno jurídico es lo que sustenta el cambio de criterio, lo que no equivale a declarar la ilegalidad de un precedente. Así, no estaríamos frente a una situación donde se justifique aplicar el efecto retroactivo de la nulidad.

Como ejemplo de lo anterior, se puede considerar el caso *Contratas Administrativas* y el caso *Prescripción de Sanciones*, ya analizados más arriba. En estos casos no existe una declaración de ilegalidad de un precedente, sino un cambio en la comprensión de un determinado fenómeno jurídico. En este contexto, por razones de seguridad jurídica la CGR debe fijar el momento en que deja de regir la antigua jurisprudencia y comienza la nueva. Esto con una regla, como se ha dicho, que evite tanto la discriminación arbitraria como la lesión de la certeza jurídica dando lugar en forma indiscriminada a la retroactividad.

Más allá de estos casos, la regla general debiese ser la de retirar con efecto retroactivo las decisiones tomadas sobre la base del precedente ilegal. Por ejemplo, en el caso *Tarifas por Inspecciones*, la CGR ordenó modificar un reglamento que permitía al SAG cobrar por inspecciones que estaba obligado a realizar de oficio. El cambio solo debía regir hacia el futuro y la Corte Suprema validó tal planteamiento rechazando una acción por pago de lo no debido<sup>70</sup>. No obstante, en un caso como este se debió entender que la antigua jurisprudencia era ilegal y que la nueva debió ser aplicada con efecto retroactivo, pues de la orden se podía concluir que los cobros eran ilegales. Así, la acción de cobro de pesos debió ser acogida en la medida que lo permitiesen los plazos de prescripción<sup>71</sup>.

También se pueden criticar los argumentos de la Corte Suprema en *Mamani con Municipalidad de Putre y Contraloría Regional de Arica y Parinacota*. La municipalidad demandada hizo un pago retroactivo con ocasión de un cambio de criterio que insinuaba la ilegalidad de la anterior jurisprudencia. Este pago fue estimado como contrario a derecho por la Contraloría Regional de ese lugar por haberse hecho respecto de periodos en que rigió el precedente anterior. Por esto, se terminó por emitir una orden de reintegro en contra del beneficiado por el pago retroactivo. La Corte Suprema dejó sin efecto tal orden de reintegro. Esto porque consideró que la aplicación del antiguo precedente era contraria a la igualdad ante la ley y la buena fe administrativa, pues existía un derecho adquirido a conservar los pagos recibidos<sup>72</sup>.

Al cambiar de criterio, la CGR habla de que el antiguo criterio restringía la aplicación de una nueva ley a la que el legislador quería dar un efecto general<sup>73</sup>. Con esto, se

<sup>70</sup> DICTAMEN CGR N° 18.390 (2007); *ABUFRUT LIMITADA CON SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO* (2015).

<sup>71</sup> PIERRY (2017) pp. 238-242.

<sup>72</sup> *MAMANI CON MUNICIPALIDAD DE PUTRE Y OTRO* (2019) considerandos 5° y 6°.

<sup>73</sup> DICTAMEN CGR N° 81.956 (2014), en relación con el DICTAMEN CGR N° 41.047 (2014).

puede ver que exista una contravención formal a la ley, aunque la CGR no menciona cómo ello debiese afectar en la determinación de los efectos en el tiempo del nuevo criterio. En este contexto, no había ninguna necesidad de acudir a la igualdad ante la ley y la buena fe administrativa para validar el pago retroactivo hecho por la municipalidad. Más bien se debió entender que la municipalidad obró conforme a derecho al otorgar un pago retroactivo aún respecto de periodos anteriores a la vigencia del dictamen 81.956 de 2014, pues tal pronunciamiento obligaba a considerar que el anterior precedente contenía una contravención formal a la Ley 20.742.

En estos casos, la CGR puede perfectamente declarar la ilegalidad de su propio precedente y dar las órdenes que en derecho correspondan. Por ejemplo, invalidar actos administrativos, recuperar dineros entregados ilegalmente o proceder a hacer restituciones, siempre dentro de los plazos de caducidad o de prescripción que corresponda aplicar en cada caso. Más allá de esto, también podría la CGR mitigar los efectos retroactivos de su cambio de jurisprudencia aplicando su propia doctrina sobre protección de la confianza y “situaciones jurídicas consolidadas”, tal como se lo ha sugerido una disidencia de la Corte Suprema<sup>74</sup>. En ese caso, habrá que analizar caso a caso cuándo la confianza depositada en la jurisprudencia de la CGR ha generado expectativas merecedoras de protección<sup>75</sup>.

## CONCLUSIONES

El análisis hecho hasta ahora muestra que el problema de los efectos en el tiempo de un cambio de jurisprudencia merece una cuidadosa atención. La necesidad de fundamentar la decisión en cuanto a su temporalidad y los efectos temporales de la declaración de ilegalidad de un precedente han recibido poca atención. Así, del análisis hecho, se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1. Al modificar su jurisprudencia, la CGR no solo debe justificar la necesidad de cambiar de criterio, sino que además debe incorporar una argumentación que le dé sustento a la determinada forma en que concretó los efectos en el tiempo del nuevo criterio. Para lo anterior es útil la consideración separada de los siguientes elementos: (1) la idoneidad del nuevo criterio, (2) la justificación del efecto retroactivo y (3) la justificación del efecto inmediato.
2. Por regla general, la CGR no puede modificar su precedente con efecto retroactivo total o parcial. La idoneidad de necesidad del nuevo criterio no justifica darle efecto retroactivo a cambios de precedente desfavorables. En caso de que el nuevo precedente sea favorable a los interesados, puede darle efecto retroactivo total o parcial, pero eso no significa que deba hacerlo siempre. La autoridad debe evaluar discrecionalmente la necesidad de aplicar la regla de retroactividad favorable. En ese ejercicio, se debe adoptar una regla que evite tanto la introducción de discriminación

<sup>74</sup> ÓSCAR ULLOA Y OTROS CON GENDARMERÍA DE CHILE (2012), considerando 4º del voto de minoría.

<sup>75</sup> PHILLIPS (2020a) pp. 217-219.



nes arbitrarias como de una excesiva retroactividad favorable que afecte en demasía la seguridad jurídica.

3. La CGR debe modificar con efecto retroactivo su jurisprudencia cuando la jurisprudencia abandonada contenía una contravención formal a derecho. Ello no ocurre cuando la jurisprudencia abandonada era de aquellas que el ordenamiento admitía como posibles o cuando el cambio de criterio obedece al desarrollo de la nueva valoración sobre cómo debiese responder el ordenamiento jurídico a un determinado caso. Más allá de estas situaciones, la legalidad deberá ser restaurada con efecto retroactivo desde la producción del vicio o *ab initio*, procediendo las acciones restitutorias o indemnizatorias correspondientes. Con todo, en esta situación, la CGR y los tribunales de justicia debiesen tener en cuenta la eventual existencia de expectativas protegibles generadas por la jurisprudencia abandonada.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2005): *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición).
- ÁVILA, Humberto (2016): *Certainty in Law* (Switzerland, Springer).
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2016): “Los puntos de prueba en litigios de impugnación de actos administrativos”, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ROMERO SEGUEL, Alejandro (eds.) *La prueba en la litigación pública* (Santiago, Librotecnia) pp. 161-190.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio, y AZÓCAR BRUNNER, Eduardo (1996): *Manual de derecho administrativo* (Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello).
- BARRERO RODRÍGUEZ, María Concepción (2003): “El respeto de los derechos adquiridos”, *Documentación Administrativa*, N° 263: pp. 137-183.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2016): “El principio de protección de la confianza legítima como fundamento y límites a la actuación de la Administración del Estado”, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BERMÚDEZ SOTO, Jorge y URRUTIA SILVA, Osvaldo (eds.) *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 223-239.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2009): “El principio de buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística”, *Revista de Actualidad Jurídica*, vol. 19, N° 1: pp. 309-326.
- CLARO SOLAR, Luis (2013): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CROSS, Rupert y HARRIS, J.W. (2004): *Precedent in English Law* (Oxford, Clarendon Press, cuarta edición).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2020a): “El plazo en la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas ante el principio de proporcionalidad”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 2: 359-384.

- CORDERO VEGA, Luis (2020b): “El control de la Corte Suprema sobre los precedentes de la Contraloría General de la República”, *Revista Chilena de la Administración del Estado*, N° 4, segundo semestre: pp. 125-135.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2008): *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante* (Madrid, Marcial Pons).
- FUENTES MONDACA, Óscar (2020): “La invalidación de los permisos de edificación. Criterios de la jurisprudencia”, *Revista Chilena de la Administración del Estado*, N° 4, segundo semestre: pp. 21-42.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2019): *La interpretación administrativa en el derecho chileno* (Santiago, Legal Publishing Chile, segunda edición corregida y revisada).
- HART, H.L.A. (2012): *The Concept of Law* (Oxford, Oxford University Press, tercera edición).
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2018): *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- LETELIER WARTENBERG, Raúl (2014): “Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2: pp. 609-634.
- MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica (1993): *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- MILLAR SILVA, Javier (2012): “El principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República: una revisión a la luz del Estado de Derecho” en CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)* (Santiago, Contraloría General de la República) pp. 417-430.
- MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristina (2017): *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada).
- PHILLIPS LETELIER, Jaime (2020a): *La protección de expectativas en el derecho administrativo. Una propuesta para la aplicación del principio de protección de la confianza* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- PHILLIPS LETELIER, Jaime (2020b): “La fuerza obligatoria del precedente de la Contraloría General de la República. Una regla chilena de *stare decisis*”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 31, enero-junio 2020: pp. 149-176.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2017): *Derecho administrativo. Obra reunida* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- PONCE CORREA, Patricio (2020): “Delegación de la facultad de destitución. Su revisión a partir de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República”, *Revista Chilena de la Administración del Estado*, N° 4, segundo semestre: pp. 43-70.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA (2020): Definición de consejo. Disponible en: <https://dle.rae.es/consejo>. Fecha de consulta: 16 de diciembre de 2020.
- ROMÁN CORDERO, Cristián (2018): “Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3.283)”, en FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo y LÓPEZ DÍAZ, Francisco (edits.), *Sentencias destacadas 2017. Una mirada desde las políticas públicas* (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo) pp. 389-433.

- SCHNEIDER, Jens-Peter (2011): “Seguridad jurídica y protección de la confianza en el derecho constitucional y administrativo alemán”, *Documentación Administrativa*, N° 263: pp. 249-279.
- SILVA CIMMA, Enrique (1993): *Derecho administrativo chileno y comparado*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1999): “Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXVI, N° 2: pp. 399-403.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018): *Manual de derecho administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch).

## JURISPRUDENCIA

### I. JURISPRUDENCIA JUDICIAL

- FARMACOLOGÍA EN AQUACULTURA VETERINARIA FAV S.A. CON INAPI* (2020): Corte Suprema, 28 de septiembre de 2020, rol 117-167-2020 (recurso de protección).
- FARMACOLOGÍA EN AQUACULTURA VETERINARIA FAV S.A. CON INAPI* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de agosto de 2020, rol 1990-2020 (recurso de protección).
- SEPÚLVEDA Y CÁRCAMO CON CONTRALORÍA REGIONAL DE LOS RÍOS* (2020): Corte Suprema, 10 de junio de 2020, rol 41.254-2019 (recurso de protección).
- MAMANI CON MUNICIPALIDAD DE PUTRE Y OTRO* (2019): Corte Suprema, 14 de agosto de 2019, rol 14.178-2019 (recurso de protección).
- FIDEN A.G. CON CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA* (2018): Corte Suprema, 30 de octubre de 2018, rol 19.054-2018 (amparo económico).
- LABORATORIOS LAFI LTDA. CON INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA* (2018): Corte Suprema, 23 de octubre de 2018, rol 44.510-2017 (reclamación artículo 171, Código Sanitario).
- ABUFRUT LIMITADA CON SAG Y FISCO DE CHILE* (2015): Corte Suprema, 28 de mayo de 2015, rol 21.920-2014 (pago de lo no debido).
- CMPC MADERAS S.A. CON SAG* (2013): Corte Suprema, 30 de enero de 2013, rol 17-2013 (cobro de pesos).
- NEFTALÍ AGUAYO CON CARABINEROS DE CHILE* (2013): Corte Suprema, 25 de julio de 2013, rol 2720-2013 (recurso de protección).
- ÓSCAR ULLOA Y OTROS CON GENDARMERÍA DE CHILE* (2012): Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012, rol 5508-2012 (recurso de protección).
- CMPC MADERAS S.A. CON SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de noviembre de 2012, rol 196-2011 (cobro de pesos).
- BANCO CRÉDITO E INVERSIONES* (1966): Corte Suprema, 12 de julio de 1966 (inaplicabilidad) *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo 63 (1966), sección 3°, pp. 93-95.
- ARTURO ALESSANDRI* (1965): Corte Suprema, 27 de diciembre de 1965 (inaplicabilidad) *Revista de Derecho y Jurisprudencia* tomo 62 (1965), sección 3°, pp. 114-119.

## II. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

DICTAMEN CGR N° 74.506 de 2021.  
DICTAMEN CGR N° 62.732 de 2020.  
DICTAMEN CGR N° 39.766 de 2020.  
DICTAMEN CGR N° 25.714 de 2019.  
DICTAMEN CGR N° 26.211 de 2018.  
DICTAMEN CGR N° 24.731 de 2019.  
DICTAMEN CGR N° 25.534 de 2019.  
DICTAMEN CGR N° 16.587 de 2019.  
DICTAMEN CGR N° 20.921 de 2018.  
DICTAMEN CGR N° 92.337 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 92.308 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 68.075 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 68.704 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 58.037 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 53.891 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 46.046 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 39.341 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 22.766 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 18.219 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 4000 de 2016.  
DICTAMEN CGR N° 40.086 de 2015.  
DICTAMEN CGR N° 81.956 de 2014.  
DICTAMEN CGR N° 75.903 de 2014.  
DICTAMEN CGR N° 41.047 de 2014.  
DICTAMEN CGR N° 1857 de 2014.  
DICTAMEN CGR N° 7041 de 2013.  
DICTAMEN CGR N° 77.490 de 2011.  
DICTAMEN CGR N° 46.631 de 2011.  
DICTAMEN CGR N° 27.314 de 2010.  
DICTAMEN CGR N° 57.424 de 2009.  
DICTAMEN CGR N° 48.688 de 2009.  
DICTAMEN CGR N° 60.094 de 2008.  
DICTAMEN CGR N° 50.185 de 2007.  
DICTAMEN CGR N° 14.292 de 2007.  
DICTAMEN CGR N° 44.902 de 2006.  
DICTAMEN CGR N° 22.437 de 2006.  
DICTAMEN CGR N° 51.963 de 2005.  
DICTAMEN CGR N° 19.598 de 2004.  
DICTAMEN CGR N° 4614 de 2004.  
DICTAMEN CGR N° 37.859 de 2000.

## NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

CHILE, Constitución Política de la República (22/9/2005).

CHILE, Código Civil.

CHILE, Código de Procedimiento Civil.

CHILE, Código Penal.

CHILE, Ley N° 20.742 (1/4/2014), perfecciona el rol fiscalizador del consejo, entre otras materias.

CHILE, Ley N° 19.995 (7/1/2005), establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego.

CHILE, Ley N° 19.882 (236/2003), regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica.

CHILE, Ley N° 19.880 (29/05/2003), establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

CHILE, Ley N° 19.863 (6/2/2003), sobre remuneraciones de cargos de gobierno y cargos críticos de la Administración Pública.

CHILE, Ley N° 19.039 (25/1/1991), establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial.

CHILE, Ley N° 18.575 (5/12/1986), Ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado.

CHILE, Ley N° 14.171 (26/10/1970), Cambia nombre al Ministerio de Economía, entre otras materias.

CHILE, Ley N° 10.336 (12/5/1952), sobre organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

CHILE, Ley s/n (7/10/1861), sobre efecto retroactivo de la ley.



# ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

## *STRUCTURING OF THE NON-CONTRACTUAL CIVIL LIABILITY SYSTEM OF THE LAW ON INTELLECTUAL PROPERTY*

RODRIGO BARRÍA DÍAZ\*

**RESUMEN:** El sistema de responsabilidad civil extracontractual previsto en la ley N° 17.336, de Propiedad Intelectual, contiene diferencias interesantes si se le compara con aquel de derecho común contenido en el Código Civil. Con el objetivo de resaltar esas innovaciones y, además, de procurar una ordenación no siempre lograda por la citada ley ni intentada del todo por la doctrina nacional, es que este artículo propone una organización que permita estudiar y comprender de la mejor manera posible el régimen contenido en la Ley de Propiedad Intelectual.

**Palabras clave:** Responsabilidad extracontractual, propiedad intelectual, derecho de autor.

**ABSTRACT:** The non-contractual liability system provided for in the Chilean statute on Intellectual Property contains interesting differences when compared with the regulation contained in the Chilean Civil Code. With the aim of highlighting these innovations and, in addition, to attempt an order not always achieved by the aforementioned statute nor fully attempted by the national scholarship, this article proposes an organization that allows its study and understanding in the best possible way.

**Keywords:** Non-contractual liability, intellectual property, Copyright Law.

## I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la propiedad intelectual y de los derechos que la componen se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en la ley N° 17.336, de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), con todas sus modificaciones posteriores, la cual contiene un variado sistema de protección frente a vulneraciones que pueda experimentar debido a las infracciones cometidas por terceros. De esta forma, la LPI establece sanciones por la comisión de ilícitos penales, tipificados en los artículos 78 a 84, además de la acción indemnizatoria que emana de dichos delitos. En el orden civil, la ley previene una serie de acciones en favor del titular del derecho de autor que este puede hacer valer a su elección, tanto en el

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Alberto Hurtado. Código Orcid 0000-0003-3776-3995. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago de Chile. Correo electrónico: jbarria@uahurtado.cl. Este artículo forma parte del proyecto "Daños a la Creatividad: Propuesta de un Análisis Funcional del Sistema de Responsabilidad Extracontractual de las Leyes de Propiedad Intelectual e Industrial", financiado por los Fondos Internos de Fomento a la Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

procedimiento civil como en el penal, enumeradas en el artículo 85 B y sin perjuicio de otras acciones que tenga derecho a ejercer: la acción de cesación, consistente en el cese de la actividad ilícita del infractor (tutela preventiva)<sup>1</sup>; la acción de indemnización de los daños patrimoniales y morales causados (tutela resarcitoria); y la publicación de un extracto de la sentencia, a costa del demandado, mediante anuncio en un diario de circulación comercial de la Región correspondiente, a elección del perjudicado. A esto puede agregarse el derecho del actor de solicitar la destrucción o retiro del comercio de ejemplares que hayan sido objeto de una infracción (artículo 85 C) y las medidas precautorias que la ley dispone en el artículo 85 D (tutela cautelar)<sup>2</sup>.

Dentro de este abanico de acciones que la LPI proporciona al titular de los derechos de propiedad intelectual, el régimen de responsabilidad extracontractual por daños o de tutela resarcitoria ha sido escasamente tratado por la doctrina nacional<sup>3</sup>, y dentro de ese estudio no se observa una sistematización del todo completa y ordenada, la cual considero sumamente necesaria si se toma en cuenta que las reglas de la LPI en esta materia adolecen de cierto desorden y de uso a veces poco afortunado de la técnica de redacción legislativa –como ocurre, por ejemplo, en la relación existente entre los artículos 85 A y 85 E, que dicen relación con los criterios de cuantificación de la indemnización de perjuicios–, lo que hace necesario un apoyo para su cabal comprensión.

Por otra parte, este régimen de responsabilidad presenta una buena cantidad de notables diferencias con el sistema indemnizatorio del derecho común, aspecto en el cual la dogmática nacional tampoco ha puesto, a mi juicio, toda la atención que merecen. Así, la LPI contiene innovaciones importantes, tales como el establecimiento de criterios específicos de medición del daño moral; la incorporación de una acción de restitución de ganancias obtenidas por el infractor; una novedosa forma de reparación como lo es la indemnización predeterminada; permite que los daños se consideren probados por la sola comprobación de la infracción; entre otras figuras especialmente llamativas.

Mi impresión es que para poner de relevancia todas las significativas peculiaridades que ofrece el régimen de tutela resarcitoria de la LPI es necesario un doble esfuerzo dogmático: de ordenación de las reglas que lo componen y que permita una mejor comprensión de las mismas, en primer lugar; y que en ese contexto resalte las características que hacen de este régimen un ordenamiento singular y, hasta cierto punto, modernizador en relación al sistema de derecho común de la responsabilidad civil, en segundo lugar.

Con estas ideas en mente, el objetivo de este trabajo es llevar a cabo una estructuración del régimen de responsabilidad civil por daños causados al titular del derecho de autor establecido por la LPI<sup>4</sup>. Se trata de una regulación especial y propia, sin perjuicio que sus reglas puedan ser complementadas por aquellas generales previstas en el Código Civil<sup>5</sup>. La

<sup>1</sup> YZQUIERDO y ARIAS (2006) pp. 53 y ss.; LLAMAS (2020) pp. 146 y ss.

<sup>2</sup> YZQUIERDO y ARIAS (2006) pp. 63 y ss.; LLAMAS (2020) pp. 152-154 y ss.

<sup>3</sup> Señaladamente, WALKER (2020) pp. 289 y ss.; CORRAL (2013) p. 334; BARRÍA (2015) pp. 941 y ss.; BARRÍA (2017b) pp. 177 y ss.; PINO (2019b) pp. 33 y ss.

<sup>4</sup> Sobre las demás acciones que dispone la LPI en favor del titular de los derechos de propiedad intelectual, WALKER (2020) pp. 298 y ss., y PINO (2019b) pp. 38-42.

<sup>5</sup> CORRAL (2013) p. 334.



forma en que expondré todo aquello que creo que debe contener una sistematización de la tutela resarcitoria de la LPI será la que tradicionalmente se utiliza respecto de regímenes de esta naturaleza: una descripción de la tipología de daños, legitimación activa y pasiva de la acción de responsabilidad, criterios de imputación subjetiva, conducta dañosa, para finalizar con los aspectos imprescindibles de la acción indemnizatoria. Pero antes considero necesario anticipar y resaltar algunos aspectos que son de suma importancia para llevar adelante este trabajo y cuya relevancia se apreciará en algún sentido en la medida que se avance en el análisis de las distintas partes de este artículo.

En primer término, quiero enfatizar que se trata de una investigación centrada exclusivamente en la responsabilidad extracontractual que nace de ilícitos contra la propiedad intelectual, con lo que excluyo en esta ocasión la responsabilidad contractual. Los daños a la propiedad intelectual pueden provenir tanto del incumplimiento de un contrato como de hechos ilícitos dolosos o culposos. Este trabajo de investigación no comprenderá los primeros porque las respuestas jurídicas para el campo de los daños contractuales y extracontractuales son las mismas, con el agregado que para el estudio de la responsabilidad contractual en el ámbito de la propiedad intelectual se requiere necesariamente incursionar en los diferentes contratos propios de este campo, como pueden ser, por ejemplo, el contrato de edición o el de representación, lo que excedería las dimensiones razonables de un trabajo de esta índole.

En segundo lugar, el estudio se hace en función del régimen de responsabilidad extracontractual contenido en una ley particular como lo es la LPI. Por lo tanto, se trata de un conjunto de reglas especiales, con algunas peculiaridades respecto a las del derecho común, el cual solamente se aplica frente a vacíos u omisiones que deban ser colmados a partir de las reglas generales y supletorias del Código Civil.

Finalmente, que de acuerdo al artículo 85 B la acción indemnizatoria de la LPI puede ser ejercida por el titular del derecho de autor “sin perjuicio de las otras acciones que le correspondan”, lo que implica la posibilidad de intentar acciones de otra naturaleza no contempladas en la ley –como puede ser, por ejemplo, una acción restitutoria por enriquecimiento injustificado–, en la medida que se cumplan los requisitos necesarios para ello.

## II. TIPOLOGÍA DE DERECHOS Y DE DAÑOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

### 1. TIPOLOGÍA DE DERECHOS: LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y LOS DERECHOS MORALES

Antes de analizar el sistema de responsabilidad extracontractual de la LPI es necesario precisar cuál es su objeto u objetos de protección, así como las infracciones a través de las cuales son atacados y que originan las acciones establecidas en la ley. Así, el artículo 1° de ese texto legal indica, en lo pertinente, que su protección se extiende a todos los derechos que por el solo hecho de la creación intelectual adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, más los derechos conexos que ella determina. Agrega la disposición que el derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que buscan proteger el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.

De lo expuesto fluye que la protección de la LPI tiene como objeto dos clases de derechos, que no define pero describe, y que constituyen el llamado derecho de autor: los derechos patrimoniales y los derechos morales. A estos deben agregarse los derechos conexos.

Los derechos patrimoniales dicen relación con la explotación económica de la obra protegida –por lo que también se les conoce con el nombre de “derechos económicos o de explotación”<sup>6</sup>– y confieren las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir total o parcialmente los derechos sobre ella y de autorizar su utilización a terceros<sup>7</sup>. Por ello es que el titular de esta clase de derecho puede ser el propio autor o un tercero.

El derecho moral, en tanto, conlleva para el autor las siguientes facultades, enumeradas en el artículo 14 de la LPI: reivindicar la paternidad de la obra; oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación hecha sin expreso y previo consentimiento; mantener la obra inédita; autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa; y exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima, mientras no pertenezca al patrimonio cultural común. El titular de estos derechos es el autor de la obra. Se trata de un conjunto de derechos que apuntan a la relación personal entre el autor y su obra<sup>8</sup>, más allá de las posibilidades de explotación de esta por aquel.

Finalmente, derechos conexos, según el artículo 65 de la ley N° 17.336, son aquellas facultades que la ley le otorga a los artistas, intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión o de televisión. Para conocer las facultades que se asocian a los derechos conexos es necesario distinguir entre los diversos titulares de los mismos.

Precisado todo lo anterior, es posible afirmar en esta parte del artículo dos cosas: primero, que al ser el objeto de protección de la LPI el derecho de autor en sus diversas manifestaciones (derechos patrimoniales, morales y conexos), ya sabemos que el daño que genera la tutela resarcitoria de la ley es la lesión a cualquiera de estos derechos; segundo, que, por lo mismo, el daño en el contexto de la LPI no es la sola lesión a un mero interés, como sabemos que ocurre en el ámbito del derecho común<sup>9</sup>, sino que es el ataque y lesión a un derecho específico, el derecho de autor, ya sea en su faceta patrimonial como moral. Por supuesto que esto no implica que las transgresiones a los derechos de autor no puedan, eventualmente, vulnerar algún interés no previsto como un derecho en la LPI, sea del propio titular del derecho como de una tercera persona. Lo que ocurrirá en un caso así es que la responsabilidad que el ofendido considera que tiene derecho a perseguir se regirá por el estatuto del derecho común y no del expresamente previsto por la LPI<sup>10</sup>. Esto es perfectamente posible si consideramos el tenor literal del artículo 85 B, el cual permite el reclamo de una indemnización de perjuicios al titular de los derechos de autor, “sin perjuicio de las otras acciones que le correspondan”. En el caso de personas que no sean el titular de tales derechos, se llega a esa conclusión por aplicación de las reglas generales en la materia.

<sup>6</sup> WALKER (2020) p. 149.

<sup>7</sup> WALKER (2020) pp. 5 y 6.

<sup>8</sup> WALKER (2020) p. 137.

<sup>9</sup> BARROS (2006) pp. 219-222.

<sup>10</sup> En similar sentido, pero respecto del ordenamiento jurídico español, RUBÍ (2015) pp. 679-683.

## 2. TIPOLOGÍA DE DAÑOS: LOS DAÑOS PATRIMONIALES Y LOS DAÑOS MORALES

A partir de la tipología de derechos que conforman el objeto de protección de la LPI descrita en el apartado anterior, podemos ahora hacer la taxonomía de daños derivados de la lesión a tales derechos. La disposición esencial de la LPI en este sentido es el artículo 85 B, que establece las prerrogativas que el titular de un derecho de autor tiene frente a una infracción al mismo. En la letra b) de este artículo se consagra la tutela resarcitoria cuando indica que el titular podrá demandar la “indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados”.

Entonces, los perjuicios que puede sufrir el titular de los derechos son de naturaleza patrimonial o moral.

Desde mi punto de vista y dado que la LPI constituye un cuerpo normativo especial en relación con el derecho común, la clasificación entre derechos patrimoniales y morales condiciona el tipo de daños. De esto se desprende que podemos hablar de daños patrimoniales y morales como la consecuencia de la transgresión a los derechos patrimoniales y morales, respectivamente. Ambas formas de daños pueden presentarse en forma independiente o concurrente, según cómo se configure la lesión a los derechos de autor. Respecto de los daños derivados de la infracción a los derechos conexos, la doctrina nacional ha señalado que la LPI no establece en forma general el derecho moral en favor de los titulares de esta clase de derecho<sup>11</sup>. De modo que para los efectos de este artículo debe entenderse que toda mención a los derechos patrimoniales y a los daños de esta clase, así como su tratamiento legal en materia de responsabilidad civil, es comprensiva de los derechos conexos y de los perjuicios que se deriven de su vulneración.

## 3. SOBRE LOS DAÑOS PATRIMONIALES

En la sistemática de la LPI, los daños patrimoniales son aquellos perjuicios que sufre el titular del derecho de autor debido a la infracción de alguno de los derechos patrimoniales contenidos en su artículo 18. Como se ha dicho en doctrina, tal infracción ocurre cuando un sujeto se apropia de alguna de esas facultades, de las que no es titular, o se extralimita en el ejercicio de los derechos que se le han cedido<sup>12</sup>.

Esta categoría de daños se encuentra completamente circunscrita al ámbito de la LPI y sujeta al estatuto de este texto legal. Esto significa que los daños patrimoniales se rigen por ella en la medida que nazcan como consecuencia de infracciones a los derechos patrimoniales tipificadas en la ley. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que ello no implica que a causa de la vulneración de la propiedad intelectual no puedan nacer para el titular de los derechos otros daños patrimoniales que no tengan su fuente en los derechos patrimoniales de la LPI. Lo que ocurre es que tales daños de carácter patrimonial ajenos a la ley y a los derechos que consagra se regirán por las reglas del Código Civil y no por el estatuto de la LPI.

<sup>11</sup> WALKER (2020) p. 222.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ (1996) p. 30.

#### 4. SOBRE LOS DAÑOS MORALES<sup>13</sup>

La segunda categoría de daños a la propiedad intelectual que menciona el artículo 85 B son los daños morales. La regulación de la LPI no define lo que debe entenderse por daño moral para los efectos de su aplicación en materia de lesiones al derecho de autor. Ante el silencio legal en orden a conceptualizar o describir lo que debe entenderse por daño moral, y haciendo presente que no se encuentra en la doctrina nacional<sup>14</sup> ni en la jurisprudencia una opinión definitiva al respecto, una solución posible sería recurrir a las reglas generales en la materia y hacer íntegramente aplicable aquí la regulación sobre daño moral del derecho común, transformando a esta forma de daño moral en una manifestación más de aquel. Sin embargo, en la experiencia comparada es posible encontrar un modo distinto de entender este daño moral, el que, en mi opinión, se adecúa de mejor manera a la colaboración que los remedios indemnizatorios deben prestar a la protección de la propiedad intelectual. En efecto, en la doctrina extranjera, sobre todo la española, donde es la tesis mayoritaria, se considera que solo son indemnizables como perjuicios extrapatrimoniales aquellos que se deriven de hechos ilícitos o incumplimientos contractuales que vulneren a alguno de los derechos morales que forman parte del derecho de autor, perjuicio que recibe la denominación de derecho moral de autor<sup>15</sup>.

Si trasladamos esta tesis a nuestro sistema de propiedad intelectual ello significa que el titular del derecho respectivo solamente podría reclamar la indemnización del daño moral de autor cuando se ha vulnerado por el infractor alguno de los derechos morales previstos expresamente en el artículo 14 de la ley N° 17.336. De este modo, si el titular sufre a causa del hecho ilícito o del incumplimiento contractual un perjuicio extrapatrimonial que no está consagrado como derecho moral en la ley, tal como ocurre, por ejemplo, con el prestigio profesional o artístico, ese perjuicio no constituye un daño moral de autor, sino que se trataría de una forma de daño moral *strictu sensu*, indemnizable de acuerdo con las normas del derecho común y no según la preceptiva de la LPI<sup>16</sup>. Lo mismo puede decirse de los daños morales que pudieran surgir de la violación de alguno de los derechos patrimoniales que forman parte del derecho de autor o de alguno de los derechos conexos. Cualquier otra forma de daño moral que pueda experimentar el titular del derecho de autor que no sea la infracción de alguno de los derechos morales previstos en la LPI es perfectamente demandable por este. Lo que ocurre en esta situación es que su reclamación se someterá en todo a las reglas del derecho común<sup>17</sup>.

Precisado lo anterior, cabe señalar que el tratamiento que hace la LPI del daño moral es sobresaliente por una importante razón: su inclusión expresa en la regulación legal de la responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual. De sobra conocida es la omisión que el codificador hizo de esta forma de daño, lo que implica que su regulación en el ámbi-

<sup>13</sup> Sobre esta materia, BARRÍA (2015) pp. 941 y ss.

<sup>14</sup> Al respecto, BARRÍA (2015) pp. 947-951, y PINO (2019b) pp. 46 y ss.

<sup>15</sup> En este sentido, Díez-PICAZO (1989) p. 1698; MARTÍNEZ (1996) p. 55; CÁMARA (1998) p. 417; VEGA (2007) p. 197; MACÍAS (2008) pp. 288 y ss.; CARRASCO y DEL ESTAL (2017) p. 1870; FERRER (2017) p. 18.

<sup>16</sup> CORRAL (2013) p. 334.

<sup>17</sup> En contra, PINO (2019b) pp. 47 y 48.

to del derecho común se deba al trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. Por lo tanto, podemos concluir que el daño moral en la LPI es un perjuicio tipificado, lo que tiene especial relevancia en materias probatorias.

### III. SUJETOS DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

#### 1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Como ya he señalado, el artículo 85 en su literal b) establece que frente a una infracción de los derechos establecidos en la LPI el titular de los mismos podrá solicitar una indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados. Esto significa que la legitimación activa de la acción de responsabilidad extracontractual que confiere la ley N° 17.336 está completamente relacionada con la titularidad de los derechos de autor, al ser estos el objeto de protección de tal texto legislativo. Quien sea titular de los derechos de autor, sean patrimoniales o morales, será legitimado activo para el ejercicio de la acción resarcitoria por lesiones causadas a esos derechos. Por el contrario, terceros que se hayan podido ver afectados por la infracción necesariamente deberán recurrir a las reglas del derecho común para obtener la reparación de cualquier daño de índole patrimonial o moral sufrido.

Con el objetivo de identificar con mayor precisión a quien o quienes gozan de esta legitimación es indispensable considerar la distinción que hace el artículo 7 de la LPI entre titular originario y titular secundario. El primero es el autor de la obra, en tanto que el segundo es aquel que la adquiera a cualquier título. Entonces, el autor de la obra y quien la adquiera a cualquier título son los sujetos activos de la acción de responsabilidad extracontractual, a quienes debe agregarse aquellas personas que los sucedan por causa de muerte. Esta última posibilidad está establecida respecto de los derechos morales de manera expresa en el artículo 15 de la LPI, que previene la transmisibilidad del derecho moral al cónyuge y a los sucesores *ab intestato* del autor, precisión que era conveniente hacer respecto de esta clase de derechos por ser inalienables de conformidad al artículo 16. Respecto de los derechos patrimoniales no existe una regla similar a la del artículo 15 puesto que no es necesaria, toda vez que son transferibles y transmisibles a todo tipo de personas<sup>18</sup>.

A lo recién dicho debemos agregar que, en conformidad al artículo 102, inciso primero, de la LPI, las entidades de gestión colectiva de los derechos de autor y conexos tienen la representación legal de sus socios y representados nacionales y extranjeros en toda clase de procedimientos judiciales y administrativos. Estas entidades de gestión colectiva son corporaciones de derecho privado que tienen a su cargo las facultades de administración y protección de los derechos de autor y conexos, las que las ejercerán en la medida que cuenten con la autorización del autor o titular del derecho respectivo<sup>19</sup>. Entre tales facultades se encuentra justamente la mencionada representación judicial de los intereses autorales, que transforma a estas entidades de gestión en legitimado activo de las acciones destinadas a la reparación de los daños causados a los derechos de autor.

<sup>18</sup> WALKER (2020) pp. 111 y 112.

<sup>19</sup> WALKER (2020) p. 253.

## 2. LEGITIMACIÓN PASIVA

La acción de responsabilidad extracontractual se ejerce en contra de quien realiza una acción u omisión en infracción del derecho de autor, sea patrimonial o moral, causando con ello un daño patrimonial o moral al titular del derecho. El carácter de sujeto pasivo de la acción está directamente ligado con la realización de alguna o algunas de las conductas que la LPI describe como atentatorias contra los derechos de autor y que describe de forma bastante detallada, lo que de alguna manera facilita la individualización de quienes incurren en la infracción. Tales conductas pueden constituir un mero delito o cuasidelito civil, como pueden serlo de naturaleza penal, tales como los tipificados en los artículos 78 al 84 de la LPI.

Finalmente, y a pesar de que la LPI no es expresa en este sentido, me parece que es absolutamente razonable sostener que, en caso de que el daño sea consecuencia del accionar de varias personas, naturales o jurídicas, resulta plenamente aplicable en forma supletoria la regla de derecho común del artículo 2317 del Código Civil, que establece la responsabilidad solidaria de todos aquellos que llevaron a cabo el delito o cuasidelito.

## IV. CONDUCTA DAÑOSA

La conducta que origina la responsabilidad extracontractual prevista en la LPI no es cualquier acto u omisión capaz de causar un daño a otro, como ocurre en el campo del derecho común, sino que es la realización de un acto de infracción del derecho de autor que causa un daño material o moral, al tratarse de derechos protegidos específicamente por una ley especial.

No parece haber inconvenientes para que este acto de infracción sea una acción o una omisión<sup>20</sup>. Respecto de esta última, eso sí, no debe olvidarse que ella es procedente como fuente de responsabilidad extracontractual en la medida que exista un deber previo de conducta que debe ser respetado por un individuo que se encuentre en una posición concreta<sup>21</sup>. Por ejemplo, encontramos en la LPI el caso del artículo 80, el cual señala que “[c]omete delito contra la propiedad intelectual [...]”, para disponer en su letra c) que “[e] que obligado al pago en retribución por la ejecución o comunicación al público de obras protegidas, omitiere la confección de las planillas de ejecución correspondientes”<sup>22</sup>. Si bien es cierto que esta conducta omisiva está prevista por la LPI como una figura delictiva penal, lo cierto es que ya hace mucho tiempo que la doctrina nacional y extranjera acepta sin reparos que las omisiones, en general, hacen nacer responsabilidad civil. Por lo tanto, no se vislumbran inconvenientes para que ello también ocurra en el ámbito de los derechos de autor.

A propósito de la conducta dañosa es necesario señalar que el tratamiento que hace la LPI en esta materia no es del todo ordenado. Esto puede entenderse como un defecto de

<sup>20</sup> WALKER (2020) pp. 291 y 292.

<sup>21</sup> BARROS (2006) p. 126; REGLERO y MEDINA (2008) p. 759; DÍEZ-PICAZO (2011) pp. 294-296.

<sup>22</sup> El artículo 5 de la LEY N° 17.336 de 1970, señala: “Para los efectos de la presente ley, se entenderá por: r) Planilla de ejecución: la lista de obras musicales ejecutadas mencionando el título de la obra y el nombre o pseudónimo de su autor; cuando la ejecución se haga a partir de un fonograma, la mención deberá incluir además el nombre artístico del intérprete y la marca del productor”.

origen en la redacción de la ley como también puede deberse a las modificaciones que en esta materia introdujo, entre otras, la ley N° 20.435, de 2010, que incluyó figuras penales con una redacción que no siempre es clara. El asunto es que, para analizar adecuadamente las conductas que pueden originar la responsabilidad civil, se hace necesario hacer algunas distinciones a fin de diseñar un orden que facilite ese estudio, empezando por una forma de comportamiento genérico para, a partir de ahí, diferenciar otras figuras especiales.

#### 1. REGLA GENERAL

Podemos mencionar como una forma de conducta general de atentados en contra de los derechos de autor a la figura prevista en el artículo 19 de la LPI, que dispone que “[n]adie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor”. La utilización de una obra sin autorización genera las consecuencias civiles y penales previstas por la LPI, tal como lo expresa el inciso segundo de la norma, entre las cuales se encuentra la responsabilidad civil. Así, como ha afirmado una autora, es posible sostener que la antijuridicidad de la conducta no tiene como antecedente la transgresión de la obligación genérica de no causar daño a otro dispuesta en el artículo 2314 del Código Civil, sino aquella contenida en el citado artículo de la LPI<sup>23</sup>.

Siguiendo a este razonamiento podemos afirmar que la conducta general típica que origina la responsabilidad civil por infracción al derecho de autor es la utilización no autorizada por el titular del derecho de autor de una obra de dominio privado, utilización que se puede verificar en cualquiera de las formas que detalla el artículo 18 y que configuran los derechos patrimoniales. Esto tiene consecuencias muy relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad civil, siendo la más importante que la conducta genérica que origina esta responsabilidad está tipificada y no se trata de una cualquiera que sea capaz de causar un daño a otro, como la prevista en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, sino que de una específica consistente en la utilización pública de una obra privada sin el consentimiento expreso del titular del derecho de autor. Solo este proceder, además de otros especialmente anticipados en materia penal que veremos más adelante, puede ocasionar la responsabilidad civil que en términos especiales ha previsto la LPI, por aplicación del principio de especialidad de la ley.

Lo anterior tiene otra implicancia, esta vez *a contrario sensu*: no puede generar responsabilidad civil regulada por la normativa especial de la LPI ninguna otra conducta que no se encuentre expresamente contenida en la ley como acción u omisión capaz de causar responsabilidad civil. Por supuesto que esto de ninguna manera significa que otro tipo de conducta no tipificada y que comporte un daño a los derechos de autor no pueda originar responsabilidad civil. Lo que ocurre en este caso es que la responsabilidad civil en tal caso se regirá íntegramente por las reglas de derecho común que se encuentran contenidas fundamentalmente en el Código Civil, lo que tiene como principal consecuencia que, probablemente, algunas de esas reglas serán diferentes a aquellas que se contienen en la LPI y que examinamos durante este trabajo. Por ende, los comportamientos con la suficiencia necesaria para generar responsabilidad pueden ser más que aquel descrito en el artículo 19 de la

<sup>23</sup> WALKER (2020) pp. 293 y 294.

LPI, pero sin duda que no caen bajo el dominio de esta y, en consecuencia, serán regulados en todo aquello que corresponda por el derecho común.

## 2. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DELITOS PENALES

La responsabilidad civil de la LPI también puede nacer por la comisión de delitos penales tipificados por aquella. Los tipos contenidos en los artículos 78 a 84 de la LPI constituyen hipótesis específicas de comportamientos que el legislador estima como transgresiones particularmente graves de los derechos de autor, respecto de los cuales también es posible entender que nace la responsabilidad civil por aplicación de las reglas generales.

Como advertí al iniciar el estudio detallado de las conductas dañosas de la ley, en esta materia también puede observarse un cierto desorden que puede dificultar la comprensión y precisión de aquellas. Por esa razón es que trataré de hacer una distinción que, espero, pueda ayudar a entender de mejor forma esta materia y a despejar algunas dudas que eventualmente puedan aparecer. Entonces, diferenciaré entre conductas delictuales que por mandato expreso de la ley originan responsabilidad civil y aquellas que, al menos en una primera lectura, parecen no hacerlo.

### a) *Responsabilidad civil establecida expresamente en ciertos tipos penales*

En la LPI existe un artículo que contiene tipos penales constituidos por comportamientos a los cuales esta ley asocia expresamente la responsabilidad civil. Se trata del artículo 84 que, en lo pertinente, señala que “[i]ncurrirá en responsabilidad civil el que, sin autorización del titular de los derechos o de la ley y, sabiendo o debiendo saber que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, realice alguna de las siguientes conductas”. A continuación, el precepto enumera tres literales donde se describen conductas constitutivas de faltas contra la gestión de derechos de autor<sup>24</sup>. El inciso final de la disposición sanciona con multas los respectivos comportamientos. Como puede apreciarse, la responsabilidad civil es una consecuencia expresamente contemplada en el evento que la conducta del agente caiga dentro de los tipos penales del artículo 84, lo que, por lo demás, no debería entenderse sino como una aplicación de reglas generales al respecto. Desde ese punto de vista, me parece que no era necesario que la ley incorporara este artículo con ese texto.

### b) *Responsabilidad civil no establecida expresamente en tipos penales*

La LPI establece en el Párrafo II, titulado “De los Delitos Contra la Propiedad Intelectual”, del Capítulo II, “De las Acciones y Procedimientos”, una serie de disposiciones que contienen diversos tipos penales que sancionan conductas atentatorias contra la propiedad intelectual. Tales disposiciones son los artículos 78 a 84 de la ley. En estos preceptos la

<sup>24</sup> Las conductas descritas en el artículo 84 de la LEY N° 17.336 de 1970, son: a) Suprimir o alterar cualquier información sobre la gestión de derechos; b) Distribuir, importar para su distribución, emitir, comunicar o poner a disposición del público copias de obras o fonogramas, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización, y; c) Distribuir o importar para su distribución, información sobre la gestión de derechos, sabiendo que la información sobre gestión de derechos ha sido alterada sin autorización.



LPI no señala expresamente que de los delitos en ellos descritos nazca responsabilidad civil, con excepción de lo que ocurre con el citado artículo 84. Esto podría llevar al intérprete a pensar que la única hipótesis de ilícitos penales previstos por la LPI que origina responsabilidad civil es la de faltas contra la gestión de derechos, porque así lo señala en términos formales el artículo 84, con lo que las demás hipótesis penalmente delictivas no tendrían tal consecuencia por voluntad de la ley. Tal interpretación tendría como consecuencia que la responsabilidad civil que nace por la comisión de un delito contra la propiedad intelectual sufriría una importante restricción en perjuicio del titular originario o secundario de los derechos de autor y de los derechos conexos, que haya sido víctima de algún delito penal no contenido en el artículo 84.

Por esa razón creo que debe plantearse una interpretación diferente a la que acabo de describir. Si bien es cierto que un análisis como el expuesto podría ser plausible desde una perspectiva literal, me parece que lo razonable es descartarlo. Esto porque, como es sabido, las acciones civiles que pueden intentarse a propósito de la comisión de un delito penal, en cualquiera de sus formas, nacen en la medida que, además, se verifiquen los requisitos necesarios para ello, y si se pueden ejercer en un procedimiento penal es solamente por razones de economía procesal<sup>25</sup>. En consecuencia, si se comete un delito en contra de la propiedad intelectual y además se dan los requisitos para el ejercicio de la acción civil, esta debería poder ser utilizada aun cuando ello no se diga expresamente en el catálogo previsto en la LPI<sup>26</sup>. Por el contrario, para que eso no ocurra sería necesario que la LPI excluyera expresamente la responsabilidad civil como consecuencia asociada a los delitos contra la propiedad intelectual, cosa que en ningún momento hace.

Por tanto, creo que la responsabilidad civil nace a propósito de la existencia de un delito contra los derechos de autor aun cuando la ley no lo diga en forma expresa. Esto implica que la totalidad de las diversas conductas tipificadas en los preceptos pertinentes (artículos 78 a 84 de la LPI) originan responsabilidad civil y que complementan la formulación general que el artículo 85 B hace cuando establece el derecho del titular a solicitar la indemnización de perjuicios por los daños patrimoniales y morales causados. Desde mi punto de vista, la redacción del citado artículo 84 solamente corresponde a una poco afortunada técnica de composición legislativa que, probablemente, tiene su origen en las modificaciones que en su texto y estructura ha ido sufriendo el precepto, cuyo análisis no corresponde analizar en esta ocasión<sup>27</sup>, y que, lamentablemente, puede inducir a errores de interpretación como el que he denunciado.

## V. CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

La determinación del criterio de imputación subjetiva debe descartar la posibilidad de que la responsabilidad extracontractual contenida en la LPI sea objetiva. La tentación de dejarse llevar por esta alternativa se explicaría porque esta ley no establece en ninguna

<sup>25</sup> BARROS (2006) pp. 948 y 949; RODRÍGUEZ (1999) pp. 67 y 68.

<sup>26</sup> CORRAL (2013) p. 334.

<sup>27</sup> WALKER (2020) pp. 287 y 288.

de las disposiciones sobre tutela resarcitoria (artículo 85 B, especialmente) regla alguna que exija textualmente y con carácter general la culpa como criterio de imputación. Sin embargo, creo que esta posibilidad debe descartarse. Se repite con frecuencia en la doctrina la idea que la responsabilidad estricta, dada su excepcionalidad<sup>28</sup>, debe ser prevista en forma expresa y en leyes especiales, cosa que no ocurre en el caso de la LPI. Es cierto que la ley no habla literalmente en sus preceptos del dolo o la culpa, pero este silencio tampoco puede llevarnos a concluir tan apresuradamente que nos encontramos frente a un sistema de responsabilidad estricta.

Asumiendo que el criterio de imputación subjetiva escogido por la LPI es la culpa, es necesario precisar que su sistema de responsabilidad se encuentra diseñado en torno a un conjunto de disposiciones que dan origen a lo que se conoce en doctrina con el nombre de culpa infraccional o contra la legalidad. En efecto, se sabe que se denomina de esta manera a aquellas hipótesis en que la culpa se encuentra dada por la infracción de deberes de cuidado específicos establecidos por el legislador, normalmente en leyes especiales. Esto implica que cuando se produce una infracción y el subsecuente daño a alguno de estos deberes de cuidado, el hecho infraccional se considera automáticamente culpable por atentar en contra ese deber legal. Esto trae como repercusión más relevante que la culpa no deberá ser probada, puesto que ella se infiere de la sola vulneración legal. Es decir, estamos frente a una verdadera presunción de culpa, la que, por cierto, admite prueba en contrario<sup>29</sup>.

En nuestra materia, lo anterior significa que la vulneración de los deberes de respeto a los derechos consagrados en la LPI constituye una culpa infraccional, por tratarse precisamente de la infracción de deberes específicos impuestos por el legislador en disposiciones legales especialmente destinadas a ese efecto. Si un daño patrimonial o moral se causa al titular de un derecho de autor a partir de la transgresión de alguno de estos deberes de respeto y cuidado de la propiedad intelectual, estaremos frente a hipótesis de culpa contra la legalidad, lo que importa que esta no deba ser probada por el ofendido en el juicio de responsabilidad civil, sino que solamente debe ser acreditada la infracción.

Puntualmente, el deber de cuidado establecido en la LPI cuya violación implica la culpa infraccional del responsable es el previsto en el artículo 19, que impone la exigencia de obtener autorización previa del titular del derecho de autor para la utilización de una obra en cualquier de las modalidades detalladas en el artículo 18, bajo el apercibimiento de la aplicación de todas las sanciones civiles y penales a que haya lugar. Como se ha dicho en doctrina, el deber de cuidado en este caso no debe ser precisado por un juez, puesto que viene previsto por el legislador, de modo que la utilización de una obra sin la referida autorización denota por sí sola el incumplimiento del deber de cuidado y la culpa consiguiente. No se trata del incumplimiento del deber genérico de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, sino de uno especialmente previsto en la LPI<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> BARROS (2006) p. 446.

<sup>29</sup> BARROS (2006) pp. 97 y ss., y 142-143; y CORRAL (2013) pp. 211 y 212.

<sup>30</sup> WALKER (2020) pp. 293 y 294.

Por otra parte, el deber de conducta del artículo 19 de la LPI debe ser complementado con los artículos 78 a 84, que contienen tipos penales que sancionan diversas conductas que atentan contra la propiedad intelectual y que pueden dar origen a responsabilidad civil.

## VI. LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

A continuación, toca analizar la acción de indemnización en sí misma, sus partidas y la forma en que ellas deben ser evaluadas, entre otros aspectos relevantes. La LPI contiene aspectos sumamente interesantes si se la compara con el sistema indemnizatorio del derecho común, pero también incluye matices desafiantes si se quiere realizar una sistematización adecuada, los cuales tienen su origen, principalmente, en una no muy apropiada técnica de redacción legislativa.

La disposición esencial en este sentido es el ya mencionado artículo 85 B de la LPI, que establece los derechos que el titular de un derecho de autor puede ejercer frente a una infracción. En la letra b) del precepto se consagra la tutela resarcitoria cuando indica que el titular podrá demandar “La indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados”.

Entonces, para llevar adelante la sistematización pretendida es necesario hacer una distinción preliminar entre las dos formas de daños que se pueden observar como consecuencia de la infracción a los derechos de autor y cuya reparación autoriza el literal b) del artículo 85 B: los daños patrimoniales y los daños morales. Inicialmente, me abocaré al análisis de los primeros.

### 1. LOS DAÑOS PATRIMONIALES

He sostenido anteriormente que los daños patrimoniales son aquellos que nacen de la infracción de los derechos patrimoniales que menciona la LPI en el artículo 18, así como de los derechos conexos. De este modo, siendo demostrada por el actor la infracción queda demostrado el daño, restándole solamente acompañar antecedentes del monto de tal perjuicio. La reparación de esta clase de daños no está del todo ordenada en la ley en lo que se refiere a sus partidas y a su cuantificación, por lo que es útil una intervención que clarifique algunas dudas que puedan surgir al intérprete.

Respecto de las partidas indemnizatorias, estas no están detalladas en la LPI. No obstante, me parece claro que el titular del derecho de autor puede reclamar tanto el valor del daño emergente como el del lucro cesante, en cualquier forma en que estos se manifiesten, no solo porque se trata de las partidas clásicas del daño patrimonial<sup>31</sup> –y, por ende, no era necesario que la ley hiciera esta distinción–, sino porque ello se encuentra en consonancia con las reglas sobre cuantificación de este daño, como veremos enseguida.

En cuanto a las reglas específicas sobre valoración de daños patrimoniales, se encuentran contenidas principalmente en el artículo 85 E, pero solo en sus dos primeros incisos, puesto que el inciso final de la norma está dedicado al daño moral. Además, es posible

<sup>31</sup> BARROS (2006) p. 257.

agregar lo dispuesto en el artículo 85 A, precepto que puede crear algún problema de interpretación sobre el cual me referiré.

El inciso primero del artículo 85 E establece que “[a]l determinar el perjuicio patrimonial el tribunal considerará, entre otros factores, el valor legítimo de venta al detalle de los bienes sobre los cuales recae la infracción”. En primer término, el inciso establece como regla que el monto de los daños patrimoniales será establecido por el juez en función a criterios diversos, entre los cuales se encuentra el valor legítimo de venta al detalle de los bienes. La LPI no señala cuáles son o pueden ser esos “otros factores” a que alude la disposición. En consecuencia, lo que parece es que el juez respectivo deberá considerar en su sentencia todos aquellos elementos de juicio que permitan precisar la suma de los daños alegados por el actor, dada la amplitud de los términos empleados por el legislador. A su turno, el actor cuenta con libertad para invocar y comprobar múltiples factores que lleven al convencimiento del juzgador respecto del perjuicio sufrido a causa de la infracción.

Sin embargo, el artículo menciona un factor específico a considerar: el valor legítimo de venta al detalle de los bienes sobre los cuales recae la infracción. Esta expresión hace referencia a un mecanismo de evaluación de los daños patrimoniales denominado “licencias o regalías hipotéticas”<sup>32</sup>, “remuneración hipotética”<sup>33</sup>, o si se prefiere, “royalty”<sup>34</sup>, el cual consiste en un método abstracto de liquidación del daño que utiliza como referencia “el precio de una hipotética cesión del derecho infringido”<sup>35</sup>, de acuerdo con el valor de mercado que tenga la autorización por el uso de los derechos del autor<sup>36</sup>. Frente a esta regla de cálculo, y una vez comprobado el uso de derechos sin autorización, el demandado no podrá alegar la inexistencia del daño, sino solo que el valor de mercado de la autorización o cesión es distinto al sostenido por el actor<sup>37</sup>.

Entonces, conjuntamente con esta regalía hipotética mencionada expresamente por el legislador se puede considerar por el juez cualquier otra manifestación del daño, sea este el daño emergente o cualquier forma de lucro cesante (teniendo presente las conocidas dificultades probatorias que implica esta clase de daño). En síntesis, el régimen patrimonial en la LPI es, en cuanto a partidas indemnizatorias, exactamente igual al del derecho común.

Ahora bien, además del artículo 85 E, la LPI contiene otro precepto relativo al daño patrimonial, que es el artículo 85 A, el cual plantea algún problema de interpretación en relación al cual es necesario detenerse.

Ocurre que el tenor literal del artículo 85 A se encuentra establecido en el Párrafo II, “De los Delitos Contra la Propiedad Intelectual”, del Capítulo II, “De las Acciones y Procedimientos”, Título IV, “Disposiciones Generales”, siendo el artículo que cierra el mencionado Párrafo. Su tenor literal es el siguiente: “El monto de los perjuicios a que se refiere este Título se determinará en base al valor legítimo de venta al detalle de los objetos

<sup>32</sup> PINO (2019b) p. 42.

<sup>33</sup> MORILLO (2020) p. 161.

<sup>34</sup> YZQUIERDO y ARIAS (2006) p. 79.

<sup>35</sup> CARRASCO y DEL ESTAL (2017) p. 1856.

<sup>36</sup> CARRASCO y DEL ESTAL (2017) p. 1856; MORILLO (2020) p. 162.

<sup>37</sup> CARRASCO y DEL ESTAL (2017) p. 1856; MORILLO (2020) p. 161.

protegidos”. A su turno, el artículo 85 E, en su inciso primero, ubicado en el Párrafo III del Capítulo II, señala que: “Al determinar el perjuicio patrimonial el tribunal considerará, entre otros factores, el valor legítimo de venta al detalle de los bienes sobre los cuales recae la infracción”. Como se puede apreciar, el texto de ambos preceptos, salvo alguna pequeña pero importante diferencia de redacción, es muy similar, y ambos hacen referencia a la mencionada licencia hipotética. El asunto es que este instrumento de evaluación del daño patrimonial aparece previsto en dos disposiciones diferentes ubicadas en párrafos distintos, lo que conduce a la interrogante sobre la utilidad, pertinencia y finalidad de este tratamiento diverso. La cuestión es ¿por qué razón la LPI incorpora como herramienta de medición del daño patrimonial a la licencia hipotética en esa forma? El asunto tiene relevancia si se considera que el artículo 85 A dispone, a propósito de los delitos penales, que la indemnización debe calcularse exclusivamente en base a esta regalía hipotética, en tanto que el artículo 85 E permite al juez tomar en cuenta “otros factores” en el cálculo, lo que, evidentemente, repercute en el monto de la indemnización y podría llevar a entender que existen dos indemnizaciones, medidas de manera distinta.

Frente a este cuestionamiento me parece que, en primer lugar, debe seguirse la propuesta del profesor Alberto Pino, quien sostiene que en este caso “lo más razonable sería concluir que el legislador quiso en el artículo 85 E dejar abierta la posibilidad para el titular de los derechos de reclamar la indemnización de los perjuicios por lucro cesante efectivamente sufridos, con prescindencia del criterio de la licencia hipotética”<sup>38</sup>. Esto quedaría vedado a la luz del texto del artículo 85 A. Y, en segundo lugar, me atrevo a proponer una interpretación adicional y compatible con la anterior. Desde mi punto de vista, la colisión entre los artículos 85 A y 85 E se debe a un error de redacción legislativa y no tiene mayor intencionalidad. Sin embargo, como se hace necesario conjugar sensatamente estas dos normas, me parece que el sentido de la existencia del artículo 85 A es hacer una precisión que no hace el artículo 85 E y que dice relación con la expresión “valor legítimo de venta” de los bienes objeto de protección. Como bien ha dicho el profesor Pino, parece que este “valor legítimo” debe entenderse como el valor real de los bienes protegidos y no el valor que podría obtenerse como consecuencia de su venta ilegal o mediante falsificaciones<sup>39</sup>. Pues bien, me parece que el inciso segundo del artículo 85 A complementa el inciso primero señalando que “[c]uando se trate de objetos protegidos que no tengan valor de venta legítimo, el juez deberá prudencialmente determinar el monto de los perjuicios para efectos de aplicar la pena”. Esta precisión no se encuentra en el artículo 85 E. Entonces, lo que creo que debe concluirse es que el sentido del artículo 85 A es complementar al artículo 85 E, en orden a que uno de los factores de cálculo de la indemnización por daños patrimoniales es la licencia hipotética, cuantificada sobre el valor legítimo de venta de los bienes protegidos, y que cuando estos no tengan dicho valor, sea el juez quien lo fije prudencialmente.

La conclusión anterior debe ser entendida sin olvidar que su objetivo es solucionar desafortunados errores en la ubicación y redacción de los preceptos involucrados, lo que permite extender las posibilidades de interpretación que ofrecen sus textos.

<sup>38</sup> PINO (2019b) p. 43.

<sup>39</sup> PINO (2019b) p. 42.

## 2. RESTITUCIÓN DE LAS GANANCIAS OBTENIDAS POR EL INFRACTOR<sup>40</sup>

El artículo 85 E de la LPI establece, en su inciso primero, que al determinar el perjuicio patrimonial el tribunal considerará, entre otros factores, el valor legítimo de venta al detalle de los bienes sobre los cuales recae la infracción para, enseguida, agregar en el inciso segundo que “el tribunal podrá, además, condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido, que sean atribuibles a la infracción y que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios”.

Los términos en que este último precepto se encuentra redactado pueden inducir a equívoco, por cuanto dan margen para pensar que el legislador ha querido establecer como otro criterio de cálculo de la indemnización de perjuicios a las ganancias obtenidas por el infractor y que sean atribuibles a la infracción, posibilidad que se desprende del tenor literal del inciso y de la circunstancia de estar inserto entre los otros dos incisos del artículo, ambos destinados a tratar la cuantificación de la indemnización. De ser así, el inciso segundo del artículo 85 E estaría estableciendo una regla de indemnización con base en ganancias ilícitas, de acuerdo a la cual aquella no estaría compuesta únicamente por el monto del daño sufrido por el titular del derecho de autor, sino también por las ganancias obtenidas por el infractor, partida que normalmente no se encuentra asociada a la tutela resarcitoria, sino que corresponde a una forma de restitución inspirada en el principio de proscripción del enriquecimiento injustificado<sup>41</sup>.

Sin embargo, otra posible interpretación es que lo que en realidad hace el inciso segundo del artículo 85 E es incorporar una acción de restitución de los beneficios obtenidos por el infractor, la cual es independiente de la acción indemnizatoria. La restitución comprende en este caso las ganancias obtenidas por el infractor a propósito de su actuación intromisiva, sin especificar el precepto qué tipo de ganancias son las que deben ser restituidas.

Si seguimos la primera línea interpretativa, el artículo 85 E estaría atribuyéndole a un criterio de medición estrictamente restitutorio como es la devolución de ganancias percibidas injustificadamente, el carácter de módulo indemnizatorio. Conceptualmente esta decisión legislativa no sería acertada, puesto que, en rigor, las ganancias obtenidas por el infractor no constituyen para la víctima un daño que deba ser indemnizado, a menos que se demostrase por el actor que esas utilidades también iban a ingresar a su patrimonio, caso en el cual podría exigir su reparación a título de daño emergente o de lucro cesante.

Pero si efectivamente el dañado tuviera la pretensión de incorporar esos beneficios en la indemnización en esos términos, ocurre que el artículo 85 E dispone que el tribunal condenará al infractor al pago de las ganancias obtenidas, atribuibles a la infracción, que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios. Esto demuestra que, para los efectos de este artículo, el concepto de ganancias no se refiere en realidad a aquellas que al mismo tiempo sean daño emergente y lucro cesante para el ofendido –porque ellas ya debieron haberse incluido en el cálculo de los perjuicios–, sino que todas las demás que haya percibido el demandado, derivadas de la infracción que cometió. Lo dicho implicaría que, acorde con

<sup>40</sup> BARRÍA (2017b) pp. 200-204; PINO (2019a) pp. 387-390, y (2019b) pp. 50-54.

<sup>41</sup> BASOZABAL (1998) pp. 93-100; DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 235 y ss.; BARROS (2009) pp. 11 y ss.; PINO (2016) pp. 227 y ss.

esta primera forma de interpretar el precepto, la indemnización de perjuicios estaría considerando un rubro que, en realidad, corresponde al ámbito restitutorio de ganancias. Configurar de esta forma la indemnización de perjuicios supone confundir dos instituciones diferentes y autónomas como son la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento injustificado. La reintegración de las ganancias provenientes de los derechos usurpados que el actor no pruebe que constituyen para él un daño emergente o un lucro cesante es en realidad ajena a la existencia de daños en el patrimonio del titular. De manera que esta forma de entender la norma no hace sino introducir una confusión conceptual que altera el contenido de la acción.

Por estas razones, me parece que este precepto de la LPI debe ser entendido de acuerdo a la segunda interpretación posible, esto es, como una acción de restitución de ganancias<sup>42</sup>, que autoriza al juez para condenar al infractor a la devolución de todo el provecho obtenido como consecuencia de su intromisión ilegítima en los derechos de autor<sup>43</sup>. Así, la acción de indemnización de perjuicios estaría circunscrita a los daños sufridos, cualquiera sea su naturaleza, mientras que la acción de restitución comprendería toda ganancia o utilidad que el infractor perciba a propósito de la infracción y que el actor no estime (al igual que el juez de la causa) como un perjuicio que corresponda incluir en la primera.<sup>44</sup> Esto significa que la LPI permite el ejercicio combinado de acciones reparatorias y restitutorias por parte del acreedor, posibilidad que ha sido resaltada en la literatura extranjera como una eficaz forma de combatir atentados a la propiedad intelectual<sup>45</sup>, puesto que implica un desincentivo a las infracciones a través de la potencial condena acumulada al deudor al pago de una indemnización de perjuicios y a una devolución de beneficios.

### 3. EL DAÑO MORAL

La compensación del daño moral se encuentra prevista como una partida indemnizatoria en términos expresos en el artículo 85 B letra b) de la LPI. La gran novedad que ofrece la ley consiste en que el artículo 85 E, inciso final, ha establecido una serie de criterios específicos de cuantificación del daño que deberán ser considerados por el juez al momento de determinar su monto: las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión, el menoscabo producido a la reputación del autor y el grado objetivo de difusión ilícita de la obra<sup>46</sup>. Esto, a diferencia de lo que ocurre en el derecho común de la responsabilidad civil, donde no existen parámetros establecidos en el Código Civil para la medición de este daño, imperando el principio de que su valor queda entregado a la prudencia del sentenciador, quien deberá atenerse a su juicio y a las circunstancias del caso.

<sup>42</sup> CORRAL (2013) p. 336; BARRÍA (2017a) p. 405; PINO (2019a) p. 389.

<sup>43</sup> Independientemente del error conceptual que desde mi punto de vista supondría entender el artículo 85 E, inciso segundo, como un módulo indemnizatorio, podría argumentarse que a través de aquel la ley estaría implementando un mecanismo adecuado de prevención de daños. Al respecto, BARRÍA (2017b) pp. 203 y 204.

<sup>44</sup> Han sido propuestos como criterios de limitación a las ganancias restituibles a la víctima: el carácter doloso de la infracción; la naturaleza indirecta de aquellas; y los gastos razonables en que haya incurrido el demandado para obtenerlas. PINO (2019b) pp. 52-54.

<sup>45</sup> YZQUIERDO y ARIAS (2006) pp. 235 y ss.

<sup>46</sup> Sobre la materia, BARRÍA (2015) pp. 956-958.

La redacción de esta regla se inicia con la frase “[c]on independencia de la existencia de un perjuicio patrimonial”, para enumerar a continuación los criterios conforme a los cuales el juez deberá medir el daño moral. Esta expresión puede entenderse en dos sentidos: por una parte, el legislador ha querido poner énfasis en que el daño moral es compensable aun cuando no exista al mismo tiempo un daño patrimonial, resaltando su naturaleza autónoma; por otra, que al momento de determinar su monto, no debe tomarse en cuenta el del daño patrimonial. La verdad es que el alcance hecho en la ley es innecesario, puesto que resulta evidente que el daño moral puede existir separadamente del daño patrimonial y viceversa, y que la cuantía de uno y otro debe ser considerada en forma aislada por tratarse de partidas indemnizatorias autónomas<sup>47</sup>.

Por otra parte, creo que el factor “circunstancias de la infracción” debería ser utilizado por los tribunales con mucho cuidado, puesto que, por su amplitud, podría llevar a incluir en la evaluación del daño moral de autor circunstancias ajenas al daño en sí mismo y, por ende, muy riesgosas —como podría ser, por ejemplo, la situación económica de las partes<sup>48</sup>—, y derivar esto en el otorgamiento de indemnizaciones de monto exagerado y de naturaleza encubiertamente sancionatoria.

#### 4. PRUEBA DE LOS DAÑOS

El aspecto probatorio de los daños a la propiedad intelectual está directamente relacionado con la circunstancia de tratarse de perjuicios típicos, que consisten en lesiones que se verifican por el solo atentado a los derechos morales o patrimoniales previstos en los artículos 14 y 18 de la LPI, respectivamente. Si entendemos, como creo que es así, que el daño moral de autor consiste en la sola infracción de los derechos morales, en tanto que el daño patrimonial lo es respecto de la transgresión de los derechos patrimoniales, ello significa que basta con que quede demostrada la sola infracción a alguno de estos derechos para que quede también comprobado el daño (*res ipsa loquitur*). Así también lo han entendido autores, tanto nacionales<sup>49</sup> como extranjeros<sup>50</sup>.

Lo anterior puede argumentarse, en primer lugar, respecto del daño moral de autor<sup>51</sup>. En la doctrina científica de nuestro país, y sin perjuicio de la volatilidad de las sentencias de los tribunales nacionales al respecto, existe acuerdo en que el daño moral en el derecho común requiere un trabajo probatorio de parte del actor, sin perjuicio de las dificultades que esa prueba le pueda suponer<sup>52</sup>. Una cosa diferente se puede sostener respecto

<sup>47</sup> Una crítica similar respecto de la legislación sobre propiedad intelectual española se encuentra en CARRASCO y DEL ESTAL (2017) p. 1868, e YZQUIERDO y ARIAS (2006) p. 86.

<sup>48</sup> BARRÍA (2014) pp. 519 y ss.

<sup>49</sup> WALKER (2020) pp. 297 y 298.

<sup>50</sup> LYPZIC (2006) p. 577; MORILLO (2020) p. 152. En el mismo sentido, pero circunscrito al lucro cesante, MORENO (2017) p. 181.

<sup>51</sup> Al respecto, BARRÍA (2015) pp. 951-954.

<sup>52</sup> DOMÍNGUEZ (2000) pp. 716-718; CORRAL (2013) pp. 160 y 161; BARROS (2006) pp. 332 y ss.; DÍEZ-PICAZO (2011) p. 323, en la doctrina extranjera.



del daño moral de autor, puesto que autores chilenos<sup>53</sup> y foráneos<sup>54</sup> han afirmado que este se produce por la sola infracción de un derecho moral a través de un hecho ilícito o de un incumplimiento contractual, según el caso. De este modo, si el daño moral de autor consiste en la lesión de un derecho moral, la consecuencia lógica es que por la circunstancia de realizarse una conducta que atente contra ese derecho moral se producirá el daño. Esto significa que el titular no se encuentra obligado a probar la existencia efectiva de un perjuicio extrapatrimonial, entendido como un sufrimiento o un pesar emocional, sino que le bastará con acreditar el hecho ilícito o el incumplimiento contractual que vulnera su derecho de autor para entender que ha se ha producido el daño. No significa esto que al actor se le exima de la prueba del daño o que este se presuma; lo que ocurre es que se entiende que la infracción al derecho moral es el daño mismo, de manera que probada aquella se considera demostrado este último<sup>55</sup>. Por su parte, el demandado siempre podrá desvirtuar la prueba del daño contraatacando con el objetivo de demostrar que en realidad no se ha producido la infracción que se le atribuye.

Como puede observarse, la ventaja que lo recién sostenido significa para el titular del derecho de autor es evidente, puesto que su labor probatoria se limitará a comprobar hechos materiales constitutivos de la infracción al derecho moral, dejando de lado algo tan intangible como es el padecimiento psicológico derivado del atropello de sus prerrogativas. Sin duda que este aligeramiento de la carga probatoria apoya la defensa de los derechos del autor y refuerza la protección de la propiedad intelectual, a diferencia de lo que ocurre con el daño moral *strictu sensu*, que debe ser probado separadamente del hecho que lo produce, en términos tales que de no lograrse esa prueba la pretensión del demandante debería ser desechada. La dificultad de la comprobación del daño moral constituye una justificación adicional para facilitar al titular la prueba del daño moral de autor<sup>56</sup>.

Lo mismo sostenido respecto del daño moral puede predicarse sobre el daño patrimonial. Como consecuencia del carácter típico de esta clase de daño es dable afirmar que la certeza sobre la existencia del mismo se alcanza desde que se acredita la infracción al derecho patrimonial del titular, sin más. A partir de ese momento, lo que el demandante debe hacer es demostrar cuál es el valor de las consecuencias económicas que le atribuye a tal infracción. En el caso del lucro cesante, así como del daño emergente, las reglas probatorias son las comúnmente utilizadas. En el caso de la licencia hipotética (artículo 85 E, inciso primero), su prueba está dada por el valor de mercado de la respectiva autorización<sup>57</sup>.

Por otra parte, es necesario anotar que el artículo 85 K de la LPI otorga al actor la facultad de solicitar que las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales sean sustituidas por una suma única compensatoria que será determinada por el juez dentro de los

<sup>53</sup> WALKER (2020) pp. 297 y 298; BARRÍA (2015) pp. 951 y 952.

<sup>54</sup> MACÍAS (2008) p. 286; MARTÍNEZ (1996) p. 57; LYPSZIC (2006) p. 577; MORILLO (2020) p. 152.

<sup>55</sup> Hay autores que sostienen que en el daño moral de autor existe una presunción de daño, de modo que, verificada la infracción al derecho moral, el daño moral se presumiría automáticamente. En este sentido, MARTÍNEZ (1996) p. 57; CARRASCO y DEL ESTAL (2017) p. 1871; ROVIRA (2013) p. 589. En contra, MACÍAS (2008) pp. 285-291, e YZQUIERDO y ARIAS (2006) pp. 86 y 87.

<sup>56</sup> MARTÍNEZ (1996) p. 57.

<sup>57</sup> CARRASCO y DEL ESTAL (2017) p. 1856; MORILLO (2020) p. 161.

márgenes que el precepto fija. De acuerdo a esta disposición, tal facultad podrá ser ejercida por el demandante "una vez acreditada judicialmente la respectiva infracción", lo que, creo, corrobora lo que he venido sosteniendo, pues establece como hito que hace nacer el derecho a requerir la indemnización de todos los daños sufridos o a optar por su sustitución por la que fije el juez, a la prueba judicial de la infracción, a diferencia de lo que ocurre con las reglas del derecho común, que establecen como hecho procesal fundante de la indemnización a la prueba del daño<sup>58</sup>. La única forma de explicar esta singular norma es entendiendo que la sola infracción de un derecho de autor constituye el daño indemnizable.

También es necesario dejar constancia en este punto que la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre esta materia en el mismo sentido, encontrándose fallos que expresa o implícitamente aceptan que el daño, moral o patrimonial, se dé por comprobado únicamente a través de la prueba de la infracción<sup>59</sup>.

##### 5. INDEMNIZACIÓN PREDETERMINADA O SUMA ÚNICA COMPENSATORIA

Constituye una novedad para nuestro ordenamiento jurídico la incorporación en la Ley de Propiedad Intelectual<sup>60</sup> de la figura conocida en la doctrina nacional como indemnización predeterminada<sup>61</sup> o también como suma única compensatoria<sup>62</sup>. Se trata de una facultad otorgada al demandante en un juicio de responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor que se encuentra tratada en el artículo 85 K de la LPI, en cuya virtud el titular de un derecho podrá solicitar, una vez acreditada judicialmente la respectiva infracción, que las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados sean sustituidos por una suma única compensatoria, que será determinada por el tribunal en relación a la gravedad de la infracción, no pudiendo exceder de 2000 unidades tributarias mensuales por infracción. Su finalidad parece ser especialmente la de liberar al demandante de las dificultades probatorias que pueda enfrentar al momento de probar el monto del daño sufrido a causa de la infracción a su derecho<sup>63</sup>.

Lo primero que cabe anotar es que esta indemnización predeterminada es procedente tanto para la indemnización de daños patrimoniales como los morales, tal como aparece del tenor del precepto. En segundo lugar, la circunstancia que la indemnización predeterminada no pueda superar el monto prefijado de 2000 unidades tributarias mensuales me hace sostener que lo que ha hecho el legislador es tasar el monto máximo indemnizatorio, lo que en cierta forma constituye la introducción de una especie de baremo en el cálculo de la indemnización de los daños<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> BARRÍA (2015) p. 953.

<sup>59</sup> CASTILLO ATENAS CON ISAPRE NORMÉDICA S.A. (2003); EMPRESA PERIODÍSTICA DÍAZ Y OTRO LTDA. CON EMPRESA PERIODÍSTICA EL NORTE (2005); SOCIEDAD CHILENA DEL DERECHO DE AUTOR CON SOCIEDAD COMERCIAL JERIA Y COMPAÑÍA LIMITADA (2010); CERECEDA PARRA Y OTROS CON PRODUCTORA Y COMERCIALIZADORA FONOGRAFICA S.A. (2011).

<sup>60</sup> Sobre su origen, LYPZIC (2006) p. 574; WALKER (2020) p. 306.

<sup>61</sup> WALKER (2020) pp. 305 y 306.

<sup>62</sup> PINO (2019b) pp. 48 y ss.

<sup>63</sup> CORRAL (2013) p. 336.

<sup>64</sup> BARRÍA (2015) pp. 958-960.

Por otra parte, quiero hacer presente que la regla contenida en el artículo 85 K, tal como se encuentra redactada, puede llevarnos a concluir que en su interior se contiene una forma de daño punitivo<sup>65</sup>. En efecto, el precepto indica cuál es la pauta a la que debe ajustarse el tribunal para fijar el monto de la indemnización predeterminada y que es la gravedad de la infracción, y no la gravedad de la lesión, criterio habitual en base al cual se debe valorizar un daño<sup>66</sup>. El problema que acarrea el criterio de la gravedad de la infracción es que implica una apreciación judicial de la conducta del infractor, de modo que el juez deberá indagar si este actuó con dolo o con culpa para aplicar la indemnización. Esto no es sino fijar la cuantía indemnizatoria como una sanción a la conducta del individuo e introducir la figura de los daños punitivos en nuestro ordenamiento jurídico a través de la legislación sobre propiedad intelectual. Por supuesto que se trata de una regla que solamente tendrá aplicación en la medida que el demandante haga uso del derecho que le confiere el artículo 85 K, pero de todas maneras soy de la opinión que si se quiere evitar el efecto negativo que estoy denunciando esta disposición debería ser interpretada por los tribunales de justicia en el sentido de gravedad de la lesión y no de la infracción.

## 6. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

La ley N° 17.336 no establece un plazo de prescripción de la acción para reclamar la indemnización por daños a la propiedad intelectual. En consecuencia, ante el silencio legislativo debe recurrirse a las reglas operativas en el derecho común. Así, frente al caso de un daño derivado del incumplimiento de un contrato, el plazo de prescripción será de cinco años contado desde la fecha de exigibilidad de las obligaciones que emanan de él. En cambio, si los perjuicios derivan de un ilícito extracontractual, que es lo pertinente a los objetivos de este trabajo, la regla aplicable es la contenida en el cuestionado artículo 2332 del Código Civil, de acuerdo al cual el plazo de prescripción es de cuatro años contado desde la perpetración del hecho dañoso. En este sentido, lo razonable sería que se aplique en un caso concreto el parecer de la mayoría de la doctrina nacional en cuanto a que esta forma de computar el plazo de cuatro años debe ser desechada y que lo correcto es tomar como punto de partida la fecha en que se manifiesta el daño y la víctima ha tomado conocimiento del mismo<sup>67</sup>, sentido en el cual también razona la jurisprudencia<sup>68</sup>.

## 7. PROCEDIMIENTO

La responsabilidad civil por infracciones a la propiedad intelectual puede perseguirse por vía penal o civil. La primera vía se sigue de acuerdo a las reglas del Código Procesal Penal. En cuanto a la vía civil, el artículo 85 J de la LPI dispone que “[e]l juez de letras en lo civil que, de acuerdo a las reglas generales conozca de los juicios a que dé lugar la presente

<sup>65</sup> CORRAL (2013) p. 336; BARRÍA (2015) pp. 959 y 960.

<sup>66</sup> La misma observación en PINO (2019b) p. 49.

<sup>67</sup> CORRAL (2013) pp. 400-402; BARROS (2006) pp. 922-924.

<sup>68</sup> DOMÍNGUEZ (2020) pp. 247-255.

ley, lo hará breve y sumariamente”. De lo expuesto se desprende que el procedimiento civil aplicable a esta clase de juicios es el sumario<sup>69</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

Quiero dedicar este apartado final para enumerar, a modo de consideraciones conclusivas, los aspectos más relevantes del sistema de responsabilidad extracontractual de la LPI, en cuanto lo diferencian de aquel del Código Civil y que, como señalé en la Introducción de este trabajo, constituyen singularidades del mismo que deberían ser especialmente resaltadas y que lo transforman en un régimen propio no solo por la circunstancia de encontrarse situado en un texto legal especial.

1. La LPI resguarda mediante las reglas de responsabilidad civil a un conjunto de derechos subjetivos, los derechos de autor, a diferencia del sistema del derecho común, al cual le basta la infracción de meros intereses.
2. La lesión a estos derechos origina una forma específica de daños, los daños patrimoniales o morales, según se atente contra un derecho patrimonial o moral. Se trata de daños tipificados que, por lo mismo, solo requieren la prueba de la infracción para entenderse comprobados, en contraposición a lo que ocurre en el derecho común.
3. Como se trata del ataque a derechos específicos la culpa del responsable es infraccional, lo que significa que no debe ser demostrada, bastando la comprobación de la infracción.
4. Se consagra una forma de daño moral especial, el daño moral de autor, el cual nace de la infracción a los derechos morales de autor. Su evaluación está sujeta al análisis de ciertos criterios específicamente establecidos por la LPI, lo que lo diferencia de la cuantificación del daño moral *strictu sensu*, que no obedece a parámetros fijos.
5. A pesar de que no resulta evidente de una lectura inicial del artículo 85 E de la LPI, este precepto consagra una acción de restitución de ganancias obtenidas por el infractor, que se suma a la acción indemnizatoria con que ya cuenta expresamente, según el artículo 85 B. Además, esta norma permite al afectado ejercer cualquier otra acción que le conceda el ordenamiento jurídico conjuntamente con aquellas que le otorga la LPI.
6. La LPI contiene una figura novedosa, la “indemnización predeterminada”, que permite al actor, una vez probada la infracción, solicitar que la indemnización por daños patrimoniales y morales sea reemplazada por una suma única no superior a 2000 unidades tributarias mensuales.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARRÍA DÍAZ, Rodrigo (2014): “La capacidad económica de las partes como criterio de cuantificación del daño moral en la jurisprudencia chilena”, en TURNER SAELZER, Susan

<sup>69</sup> WALKER (2020) p. 305.

- y VARAS BRAUN, Juan Andrés (coords.), *Estudios de derecho civil IX* (Santiago, Legalpublishing/Thomson Reuters) pp. 519-531.
- BARRÍA DÍAZ, Rodrigo (2015): “Configuración del daño moral de autor en la Ley de Propiedad Intelectual”, en VIDAL, Álvaro (edit.), *Estudios de derecho civil X* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 941-961.
- BARRÍA DÍAZ, Rodrigo (2017a): “La acción de enriquecimiento injustificado por la intromisión en los derechos de propiedad intelectual”, en CORRAL TALCIANI, Hernán y MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (edits.), *Estudios de derecho civil XII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 399-417.
- BARRÍA DÍAZ, Rodrigo (2017b): “La función preventiva o disuasoria de la responsabilidad civil, a propósito de las Leyes de Propiedad Intelectual y de Propiedad Industrial”, en FERRANTE, Alfredo, SAN MARTÍN, Lilian y BARRÍA, Rodrigo (edits.), *Presente y futuro de la responsabilidad civil* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 177-213.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS BOURIE, Enrique (2009): “Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”, en BARROS BOURIE, Enrique; GARCÍA RUBIO, María Paz y MORALES MORENO, Antonio M., *Derecho de daños* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo) pp. 11-78.
- BASOZABAL, Xabier (1998): *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (Madrid, Civitas).
- CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar (1998): *El derecho moral del autor* (Granada, Editorial Comares).
- CARRASCO PERERA, Ángel y DEL ESTAL SASTRE, Ricardo (2017): “Comentario al artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Madrid, Tecnos, cuarta edición) pp. 1855-1872.
- CLEMENTE MEORO, Mario (2009): “Comentario al artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en RODRÍGUEZ TAPIA, J. Miguel (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, segunda edición) pp. 868-881.
- CORRAL, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, LegalPublishing, segunda edición).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1989): “Comentario al artículo 125 de la Ley de Propiedad Intelectual”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Madrid, Tecnos) pp. 1694-1698.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2007): “Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual* (Madrid, Dykinson) pp. 235-254.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2011): *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, Tomo V (Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2020): “Comentario de jurisprudencia. Inicio de la prescripción en caso de cuasidelito civil”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, enero-junio: pp. 247-255.

- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2000): *El daño moral*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FERRER BERNAL, Mercedes (2017): “El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética”. Disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2020.
- LIPSZYC, Delia (2006): *Derecho de autor y derechos conexos* (Buenos Aires, Ediciones UNESCO, CERLALC y Zavalía).
- LLAMAS POMBO, Eugenio (2020): *Las formas de prevenir y reparar el daño* (Madrid, Wolters Kluwer).
- MACÍAS CASTILLO, Agustín (2008): “La reparación del daño moral de autor”, en MACÍAS CASTILLO, Agustín y HERNÁNDEZ ROBLEDOS, Miguel Ángel (coords.), *El derecho de autor y las nuevas tecnologías* (Madrid, La Ley) pp. 271-293.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual (1996): *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual* (Madrid, Tecnos).
- MARTÍNEZ GALLEGOS, Eva (2008): “Protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual”, en MACÍAS CASTILLO, Agustín y HERNÁNDEZ ROBLEDOS, Miguel Ángel (coords.), *El derecho de autor y las nuevas tecnologías* (Madrid, La Ley) pp. 316-329.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (2017): “La evaluación de la indemnización ante la infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual: últimas incidencias legislativas y problemática actual”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), *Problemática actual de la tutela civil ante la vulneración de la propiedad industrial e intelectual* (Madrid, Dykinson) pp. 165-209.
- MORILLO GONZÁLEZ, Fernando (2020): *Las acciones civiles y el procedimiento de tutela administrativa de la propiedad intelectual* (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi).
- PINO EMHART, Alberto (2016): “La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno”, *Revista Ius et Praxis*, año 22, N° 1: pp. 227-270.
- PINO EMHART, Alberto (2019a): “Los supuestos de restitución de ganancias ilícitas en el Derecho Privado Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 2: pp. 373-398.
- PINO EMHART, Alberto (2019b): “Las acciones civiles por infracción a los derechos de propiedad intelectual”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 8, N° 2: pp. 33-58.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando y MEDINA ALCOZ, Luis (2008): “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I (Cizur Menor, Editorial Aranzadi, cuarta edición) pp. 719-930.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROVIRA SUEIRO, María (2013): “Daños a la propiedad industrial e intelectual”, en BUSTO LAGO, José Manuel y REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coords.), *Lecciones de responsabilidad civil* (Cizur Menor, Aranzadi, segunda edición) pp. 563-590.
- RUBÍ PUIG, Antoni (2015): “Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial”, en GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (dir.), *El daño moral y su cuantificación* (Barcelona, Bosch) pp. 653-703.

- VEGA VEGA, José Antonio (2007): “Acciones y procedimientos en defensa de la propiedad intelectual”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Reformas recientes de la Propiedad Intelectual* (Madrid, Editorial Reus) pp. 159-220.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAS MAÍZ, Vicente (2006): *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual* (Madrid, Trama Editorial).
- WALKER, Elisa (2020): *Manual de Propiedad Intelectual* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).

## NORMAS CITADAS

CHILE, Código Civil

CHILE, Decreto N° 312, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 31 de diciembre de 2003, Tratado de Libre Comercio Entre Chile y los Estados Unidos.

CHILE, Ley N° 17.736 (2/10/1970), de Propiedad Intelectual.

CHILE, Ley N° 20.435 (4/5/2010), Modifica la ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- CASTILLO ATENAS CON ISAPRE NORMÉMICA S.A.* (2003): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de mayo de 2004 (acción de indemnización de perjuicios), Rol N° 16.867-2003.
- EMPRESA PERIODÍSTICA DÍAZ Y OTRO LTDA. CON EMPRESA PERIODÍSTICA EL NORTE* (2005): Corte de Apelaciones de Antofagasta (acción de indemnización de perjuicios), 22 de marzo de 2006, Rol N° 1008-2005.
- SOCIEDAD CHILENA DEL DERECHO DE AUTOR CON SOCIEDAD COMERCIAL JERIA Y COMPAÑÍA LIMITADA* (2010): Corte Suprema (acción de indemnización de perjuicios), 29 de octubre de 2010, Rol N° 4898-2008.
- CERECEDA PARRA Y OTROS CON PRODUCTORA Y COMERCIALIZADORA FONOGRAFICA S.A.* (2011): Corte de Apelaciones de San Miguel (acción de indemnización de perjuicios), Rol N° 846-2011.





# JUSTICIA CIVIL EN LA ERA DIGITAL Y ARTIFICIAL: ¿HACIA UNA NUEVA IDENTIDAD?

## *CIVIL JUSTICE IN THE DIGITAL AND ARTIFICIAL ERA: TOWARDS A NEW IDENTITY?*

ÁLVARO PÉREZ RAGONE\*

**RESUMEN:** La justicia civil como marco público y privado de tutela de los derechos y en especial en el ejercicio de la jurisdicción mediante el proceso judicial se ve desafiada en sus cimientos tradicionales. La incorporación en diversos grados de intensidad de la digitalización y la inteligencia artificial (IA) tendría importantes consecuencias. Los desafíos pueden circunscribirse a: (i) la visibilidad y transparencia del proceso judicial al reducir o eliminar la presencia física del tribunal; (ii) la legitimidad de los tribunales de justicia (o de mecanismos privatizados que los subroguen); (iii) los requerimientos del debido y justo proceso en el sistema de justicia estatal como arbitral, en tanto derecho a una justificación razonable y transparente de la toma de decisiones automatizadas.

**Palabras clave:** digitalización, inteligencia artificial, justicia civil, proceso civil.

**ABSTRACT:** Civil justice as a public and private framework for the protection of rights and especially in the exercise of jurisdiction through the judicial process is challenged in its traditional foundations. The replacement of lawyers and judges by digitalization and more by artificial intelligence (AI) would have serious implications. The challenges can be limited to: (i) the visibility and transparency of the judicial process and eliminating the physical presence of the court; (ii) the legitimacy of the courts of justice (or the privatized mechanisms that subrogate them); (iii) the requirements of due and fair process in the state and arbitration justice system and process, as the right to a reasonable and transparent justification of automated decision making.

**Keywords:** Digitalization, artificial intelligence, civil justice, civil procedure.

## I. INTRODUCCIÓN

La justicia civil puede ser entendida en un sentido macro y en uno micro. El primero comprende los mecanismos privados (donde el juego del rol de la autonomía de la voluntad desempeña el rol principal) como públicos de protección y tutela de derechos. El segundo refiere al cauce de ejercicio de la jurisdicción mediante el proceso civil (estatal o arbitral) los principios, estructuras y dinámicas<sup>1</sup>. La justicia civil estatal varía en modelos comparados

---

\* LL.M. y Dr. Iur (U. Köln), Profesor Titular de Derecho Procesal Civil (Universidad de San Pablo-Tucumán/Argentina); Investigador Externo Universidad Católica del Norte (Chile). Contacto: Av. Estado de Israel 1062, CP. 4000, Tucumán, Argentina E-mail: alvaro.perez01@ucn.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6069-4564>.

<sup>1</sup> JOLOWICZ (2000) p. 84.

de sobrecargada a aliviada o con “fuga” de casos a modelos privados independiente del monto de la disputa<sup>2</sup>.

Los sistemas operados por computadoras se utilizan cada vez más para la toma de decisiones en la administración pública, justicia y la empresa privada. Comprenden una variedad de temas técnicos, políticos y controvertidos sobre el acceso y funcionamiento de la justicia. Esta entendida como mecanismos de tutela de derechos, uno de los cuales donde interviene la jurisdicción es el proceso judicial<sup>3</sup>. Las actividades que estaban reservadas a los humanos porque requerían la toma de decisiones en circunstancias variadas e impredecibles ahora pueden ser realizadas por inteligencia artificial (IA). El aprendizaje automático se está desarrollando a un ritmo tal que es concebible que los sistemas operados por algoritmos puedan proporcionar servicios de los procesos judiciales incluso en las resoluciones (decisión judicial)<sup>4</sup>. La sustitución de abogados y jueces por IA tendría serias implicaciones más allá de la pérdida de puestos de trabajo<sup>5</sup>. La justicia civil está bajo presión en grandes y pequeñas causas<sup>6</sup>.

La creciente digitalización de nuestro entorno de vida tiene enormes efectos sobre el Derecho y la aplicación/tutela de los derechos. El impacto real de la digitalización aún está por llegar. Tarde o temprano, tendremos que enfrentarnos a cuestiones fundamentales sobre el diseño del futuro ordenamiento jurídico: ¿Cuáles son las reglas fácticas que rigen las cuestiones del comercio electrónico moderno? ¿Cómo afecta esto a la aplicación e implementación del estado de derecho? ¿Cuáles son las herramientas más adecuadas para satisfacer las demandas legales de los consumidores? ¿Cómo nos sorprende que algún día los abogados-robots comiencen a competir con los abogados y por qué no jueces-robots con los jueces tradicionales? ¿Cómo explicar y hacer comprensibles y legítimas las decisiones (no solo judiciales sino de *E-Governance*)? ¿Hay un derecho a una explicación razonable? Este artículo ofrece una descripción general de las consecuencias de la digitalización y uso de la inteligencia artificial en la justicia, más precisamente en el proceso civil y esboza los desafíos regulatorios más importantes en prospectiva<sup>7</sup>.

Es importante el concepto de transparencia por diseño que sirve como guía práctica para ayudar a promover las funciones beneficiosas en entornos de toma de decisiones automatizada (digitales e inteligencia artificial). Con el auge de la inteligencia artificial (IA) y la capacidad de los sistemas para tomar decisiones automatizadas y auto-aprendidas, se ha hecho eco en los círculos académicos y políticos un llamado a la transparencia sobre cómo estos sistemas toman decisiones<sup>8</sup>. El término transparencia, sin embargo, se relaciona con múltiples conceptos, cumple muchas funciones y encierra diferentes promesas que luchan por realizarse en aplicaciones concretas. De hecho, la complejidad de la transparencia en

<sup>2</sup> STATISTISCHES BUNDESAMT (2019) pp. 12 y ss.; PRÜTTING (2018) p. 62; RÜHL (2020) pp. 809-817; CALLIERS (2014) p. 34 y ss.

<sup>3</sup> ZUCKERMAN (2020) pp. 291-300.

<sup>4</sup> LEGAL TECH (2019).

<sup>5</sup> LEGAL TECH (2019).

<sup>6</sup> STEFFEN (2018) pp. 334 y ss.

<sup>7</sup> FRIES (2016).

<sup>8</sup> ALBU y FLYVERBOM (2019) pp. 68-297; BUHMANN y otros (2019).

este ámbito evidencia una tensión entre un ideal normativo y su traducción en la aplicación práctica<sup>9</sup>. Para abordar esta tensión, se debe hacer una revisión de la transparencia, analizando sus desafíos y limitaciones en relación con las prácticas de toma de decisiones automatizadas, integrándolo como un valor *ex ante* y no como una ocurrencia tardía. En este tópico nos encontramos en un paso más allá que la sola digitalización de la justicia<sup>10</sup>.

La primera parte de este aporte analiza la situación actual y muestra hasta qué punto ha avanzado la digitalización en la justicia civil (infra II). La segunda examina la inteligencia artificial (IA) (Infra III). Luego se presentan los desafíos de la justicia predictiva o mejor dicho “predecible” (Infra IV). Finalmente se cierra con las conclusiones (infra V.).

## II. DIGITALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL

La digitalización de la justicia civil ha estado en la agenda de los legisladores y del propio poder judicial durante muchos años. De hecho, durante las últimas dos décadas, se han ido complementando gradualmente los códigos y leyes procesales con disposiciones destinadas a preparar a los tribunales civiles para la era digital<sup>11</sup>. Hasta ahora, la atención se ha centrado en la comunicación y tramitación electrónica. Como ejemplo, la digitalización en Alemania fue paulatinamente establecida por una serie de leyes bajo el título de transacciones jurídicas electrónicas<sup>12</sup>. Así, ya desde el 1 de enero de 2018, ha sido posible, al menos en teoría, comunicarse electrónicamente con todos los tribunales civiles en Alemania<sup>13</sup>. En particular, las demandas y las presentaciones pueden ser electrónicamente presentadas y notificadas por el tribunal (§§130a, 169 (4) ZPO). También existe la opción de hacer seguimiento hasta su recepción con confirmación digital (§174 (3) ZPO).

La conducción y gestión digitalizadas (el *e-case management*) de los procesos judiciales también se ha convertido en el foco de atención. Los primeros pasos se dieron mediante la apertura de procesos judiciales civiles para transmisiones de audio y video. Desde entonces, las audiencias orales se pueden realizar por videoconferencia previa solicitud –y también por orden del tribunal– de tal forma que las partes, sus representantes autorizados o sus asesores se encuentren en un lugar diferente y la audiencia sea sincrónica<sup>14</sup>. Solo para tomar un ejemplo, en el proceso civil alemán la imagen y el sonido se transmiten a estén los todos participantes y el despacho judicial (§128a (1) ZPO)<sup>15</sup>. Además, los testigos y peritos pueden ser escuchados por videoconferencia (§128a (2) ZPO) y los documentos electrónicos,

<sup>9</sup> PÉGNY y OTROS (2019) pp. 161-178.

<sup>10</sup> CAMPOLO y CRAWFORD (2020) pp. 1-19; EDWARDS y VEALE (2018) pp. 46-54; MALGIERI (2019).

<sup>11</sup> HUBER y GIESECKE (2020) pp. 2 y ss.

<sup>12</sup> GESETZ ZU VERWENDUNG ELEKTRONISCHER KOMMUNIKATIONSFORMEN IN DER JUSTIZ (2005) p. 837; GESETZ ZUR FÖRDERUNG DES ELEKTRONISCHEN RECHTSVERKEHRS MIT DEN GERICHTEN (2013) p. 3786; GESETZ ZUR EINFÜHRUNG DER ELEKTRONISCHEN (2017) p. 2208.

<sup>13</sup> GESETZ ZUR REFORM DES ZIVILPROZESSES (2001) p. 1887; GESETZ ZUR ANPASSUNG DER FORMVORSCHRIFTEN DES PRIVATRECHTS UND ANDERER VORSCHRIFTEN AN DEN MODERNEN RECHTSGESCHÄFTSVERKEHR (2001) p. 1542; GESETZ ZUR REFORM DES VERFAHRENS BEI ZUSTELLUNGEN IM GERICHTLICHEN VERFAHREN (2001) p. 1206.

<sup>14</sup> ZUCKERMAN (2020) pp. 291-304.

<sup>15</sup> GESETZ ZUR EINFÜHRUNG DER ELEKTRONISCHEN AKTE IN DER JUSTIZ UND ZUR WEITEREN FÖRDERUNG DES ELEKTRONISCHEN RECHTSVERKEHRS (2017) p. 2208.

en particular grabaciones de audio y video, pueden presentarse como prueba (§371, párrafo 1, oración 2, §371a, §371b ZPO). Después de todo, los archivos del caso incluso se pueden conservar de forma completamente electrónica (§298a (1) ZPO)<sup>16</sup>. Desde el 1 de enero de 2026, esto deberá –y no simplemente podrá– hacerse (§298a (1a) ZPO)<sup>17</sup>.

Solo como ejemplos extremos en Latinoamérica vale mencionar a Chile y México. En Chile la regulación del proceso digital se realiza primero por autos acordados o reglamentos de la Corte Suprema y recién luego por ley<sup>18</sup>. En México en el 2017 se dio una reforma constitucional en la cual el Congreso de la Unión tuvo la oportunidad de expedir un código único en materia procesal civil y familiar. Sin embargo, hay obstáculos legales que **han ralentizado la transformación digital de la justicia mexicana**, lo que ha dificultado el trabajo remoto para los procesos judiciales durante la pandemia por la COVID-19. A pesar de ello, el Tribunal Superior de Justicia del Estado de México no se ha quedado atrás en el desarrollo de **mecanismos para la justicia digital** en los últimos años<sup>19</sup>. Con la pandemia, la regulación de la justicia digital se ahondó y afianzó, por regla, primero la autoiniciativa del Poder Judicial y luego recién del Legislador<sup>20</sup>.

Por tanto, no se cesado en intentar regular (reglamentaria y/o legislativamente) en los últimos años aspectos de la comunicación judicial y la gestión procesal, teniendo en cuenta el avance de la digitalización en muchos ámbitos. Además, los esfuerzos de digitalización del legislador no se han dirigido hasta ahora –al menos no principalmente– a los ciudadanos que buscan justicia<sup>21</sup>. En tiempos en que las personas hacen casi todo a través de Internet sin pandemias globales, apenas el sistema de justicia civil está actualizado<sup>22</sup>.

Y finalmente el legislador restringe sus esfuerzos de digitalización y no aprovecha plenamente el potencial real que resulta de las posibilidades en constante crecimiento de la tecnología de la información y la informática, en particular de las capacidades de almacenamiento e informática en constante crecimiento, así como de la mejor disponibilidad de datos (*Big Data* y complementos)<sup>23</sup>.

## 1. DESAFÍOS

De lo anterior se desprende que muchos sistemas de justicia civil no han llegado realmente al siglo XXI. Si quiere ofrecerse a una sociedad digitalizada una oferta atractiva para resolver disputas a largo plazo, debe, por lo tanto, aprovechar el potencial de la digitalización con mucha más seriedad, independientemente de las pandemias globales<sup>24</sup>. El proceso telemático (que llamaremos “digitalizado”) ofrece en su diseño e implementación la

<sup>16</sup> GREGER (2019) p. 3429 y ss.

<sup>17</sup> RÜHL (2020) pp. 809-817.

<sup>18</sup> Por un lado, la LEY N° 20.886 de 2015 y por otro lado, en 2019, se presenta el Instructivo de Transformación Digital para los órganos de la Administración del Estado.

<sup>19</sup> Desde la firma electrónica y el Complejo de Transferencia Integrado.

<sup>20</sup> KRANS, NYLUND (2021), pp. 1-5.

<sup>21</sup> RÜHL (2020) pp. 809-817.

<sup>22</sup> Ver en fallo del Supremo Tribunal Federal alemán en BGH NJW-RR (2009) pp. 357, 358.

<sup>23</sup> RÜHL (2020) pp. 809-817.

<sup>24</sup> FRIES (2018); SUSSKIND (2019) p. 15; ASHLEY (2017) pp. 5-25.

facilidad de que en definitiva se trata de gestionar flujos de procedimientos para los cuales es más que idóneo un proceso judicial con ingreso, tramitación, seguimiento, planificación y decisión como ya lo había expuesto Caponi<sup>25</sup>. Lo que eso significa queda claro cuando se mira fuera de los tribunales. En los últimos años, han surgido aquí ofertas digitales para la solución de controversias y la tutela de derechos, que explotan las diversas posibilidades de la digitalización mucho mejor que el sistema de justicia civil tradicional hasta ahora<sup>26</sup>.

## 2. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA

Las primeras que se mencionan aquí son las ofertas que pueden asignarse al campo de la resolución de disputas en línea (*On Line Dispute Resolution*, ODR para abreviar). Dependiendo de la intensidad con la que se utilice la tecnología moderna, se pueden distinguir dos generaciones de procedimientos: ODR electrónicos y automatizados<sup>27</sup>.

### a) *Primera generación: procedimientos ODR electrónicos*

Los procedimientos electrónicos simples de ODR utilizan tecnología para mejorar la comunicación con los involucrados y acelerar el proceso. Las demandas se pueden enviar por correo electrónico o en línea y todo el proceso se realiza por correo electrónico o en línea. Ejemplos de órganos de solución de controversias que aprovechan las ventajas de la digitalización como el caso del arbitraje alemán remoto<sup>28</sup>, el ombudsman austríaco con actuaciones en Internet<sup>29</sup> y, sobre todo, el órgano general de arbitraje del consumidor de los estados federales alemanes (desde el 1 de enero de 2020: órgano de arbitraje universal)<sup>30</sup>, que es responsable de todo tipo de disputas de consumidores en la implementación de la Directiva Europea de Solución de Controversias<sup>31</sup>. Se puede acceder a él a través de un portal central de Internet, mediante el cual el consumidor puede presentar su queja con la ayuda de una plataforma de entrada bien estructurada en pocos minutos, y a través del cual también se maneja el resto del procedimiento y todas las demás comunicaciones. Desde su inauguración en 2016, la Junta de Arbitraje del Consumidor General alemana, por ejemplo, ha recibido de manera constante un poco más de 2000 solicitudes de arbitraje por año<sup>32</sup>.

### b) *Segunda generación: procedimientos ODR automatizados*

Los procesos ODR automatizados van un paso más allá. Usan la tecnología no solo para comunicarse más fácil y rápidamente con los involucrados, sino también para resolver disputas como tales<sup>33</sup>. Utilizan técnicas de negociación asistidas por computadora o crean

<sup>25</sup> CAPONI (2015) pp. 305-313.

<sup>26</sup> SPECHT (2019) p. 153.

<sup>27</sup> BRAEGELMANN (2018) p. 215 y ss.

<sup>28</sup> Ver sitio web <https://www.online-schlichter.de>. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021.

<sup>29</sup> Ver sitio web <https://www.ombudsmann.at>. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021.

<sup>30</sup> Ver sitio web <https://verbraucher-schlichter.de/>. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021.

<sup>31</sup> Dir. 2013/11/EU de 21. 5. 2013 Con modificaciones Reglamento (EU) Nr. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/EU, ABL. EU 2013, L 165/65.

<sup>32</sup> Ver sitio web <https://verbraucher-schlichter.de/>. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021

<sup>33</sup> CARNEIRO y otros (2014) pp. 211, 215 y ss.; ASHLEY (2017) pp. 5-25.

propuestas de comparación que las partes aceptan. El sistema reciente de *SmartsettleONE*<sup>34</sup> de la empresa canadiense *iCan* es considerado disruptivo. En febrero de 2019, en el curso de los procedimientos ante el Tribunal de demandas dinerarias civiles de Inglaterra, este último logró en una hora una solución amistosa de una disputa sobre el pago de una factura de 2.000 libras esterlinas después de que los métodos convencionales de solución de controversias habían fallado previamente.

Los procesos ODR no son las únicas ofertas que entienden cómo utilizar el potencial de la digitalización por sí mismos. A esto se suman las ofertas de los últimos años bajo el eslogan “Tecnología jurídica”, o “Tecnología legal”, *Legaltech* para abreviar<sup>35</sup>. Utilizan tecnologías digitales para automatizar y simplificar el proceso de búsqueda y aplicación de la ley, y así sucesivamente la esperanza de mejorar<sup>36</sup>. De la plétora de proveedores que han surgido aquí en los últimos años, merecen una mención aquellos que se han dado a conocer bajo el título de asesoramiento jurídico automatizado<sup>37</sup>.

Las actividades se resuelven completamente en línea en muy poco tiempo, lo que demuestra de manera impresionante que la resolución de disputas basada en Internet tiene una buena demanda y al menos funciona a satisfacción de aquellos involucrados en disputas de menor cuantía sin intervención de terceros y autocompositivamente<sup>38</sup>.

Al mismo tiempo en paralelo, sin embargo, el ejemplo también muestra naturalmente los peligros que surgen cuando los tribunales estatales no logran hacer una oferta atractiva para los pequeños y medianos litigios. *EBay* y *PayPal* no están sujetos a ningún control público en lo que respecta a la resolución de disputas, al igual que todos los órganos de resolución de disputas extrajudiciales. En palabras de Hazel Genn: “El resultado [...] se trata solo de un arreglo”<sup>39</sup>.

### III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL “ EN Y DE LA JUSTICIA CIVIL ”

¿Qué se sigue de todo esto para la justicia civil? ¿Debería reaccionar a las nuevas ofertas de justicia digital? ¿Debería aceptar los desafíos de la digitalización y más profundo de la IA? No cabe duda de que la respuesta es sí. Se podría objetar que el sistema de justicia civil –y el Estado– podrían estar complacidos de que existan proveedores en el campo de las pequeñas y medianas disputas que ayuden a los ciudadanos a buscar justicia y así cerrar la brecha de protección legal que la justicia civil actualmente deja atrás. Esto, sin embargo, malinterpretaría la importancia primordial de hacer valer los derechos con la ayuda de los

<sup>34</sup> Ver sitio web <https://smartsettle.com/products/smartsettle-one/> Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021. Véase también LODDER y THIESSEN (2013).

<sup>35</sup> WAGNER (2018) pp. 2-28.

<sup>36</sup> WAGNER (2018) pp. 2-28.

<sup>37</sup> WAGNER (2018) pp. 2-28. Otro ejemplo, casi legendario, de resolución de disputas extrajudicial automatizada es el mecanismo de resolución de conflictos de las empresas de Internet eBay y PayPal, la llamada protección del comprador de PayPal. Con su ayuda, supuestamente se desencadenan 60 millones de disputas cada año (Ver al respecto RULE (2017) pp. 354 y ss.)

<sup>38</sup> SUSSKIND (2019) p. 98.

<sup>39</sup> GENN (2012) p. 16.

tribunales civiles<sup>40</sup>. En contraste con la mayoría de las opciones de implementación extrajudicial, los juicios y litigios civiles de acceso público aumentan nuestro conocimiento de la aplicación e interpretación igualitaria de la ley. Crean seguridad jurídica a largo plazo y confianza en el estado de derecho<sup>41</sup>.

Las preocupaciones sobre los algoritmos de aprendizaje automático de “caja negra” han influido en las leyes y regulaciones modernas de protección de datos en el establecimiento del derecho a la intervención humana en la toma de decisiones con el apoyo de la inteligencia artificial. Tales intervenciones brindan a los interesados los medios para proteger sus derechos, libertades e intereses legítimos, ya sea como un requisito mínimo para el procesamiento de datos o como una norma central que rige la inteligencia artificial para la toma de decisiones<sup>42</sup>. Es importante tener en cuenta acá dos tipos de cuestiones con las implementaciones legales actuales del derecho a la intervención humana: (i) Primero es la incertidumbre sobre qué tipo de decisión debería estar cubierta por este derecho: ¿Debería restringirse la intervención a aquellas decisiones sin participación humana, o bien interpretarse en un sentido más amplio, abarcando todas las decisiones que son efectivamente moldeadas por procesamiento automatizado? y; (ii) Segundo, se deriva de las limitaciones prácticas de este derecho a la intervención: incluso dentro de un marco conceptual claro, los interesados aún pueden carecer de la información que necesitan para el ejercicio concreto de su derecho, o la intervención humana en sí misma puede introducir sesgos y limitaciones que dan lugar a resultados indeseables. Así la protección adecuada de los derechos de los interesados es factible solo si existen medios para controlar y objetar las decisiones basadas únicamente en el procesamiento automatizado de un sistema de inteligencia artificial<sup>43</sup>.

En este sentido, la tecnología ya está cambiando la práctica del derecho y puede, por ejemplo, remodelar el proceso de juzgar reemplazando, apoyando o complementando la función judicial. Dichos cambios pueden limitar la medida en que los seres humanos se dedican a juzgar con un énfasis cada vez mayor en la inteligencia artificial para tratar disputas civiles más pequeñas y el uso más rutinario de tecnologías relacionadas en disputas más complejas<sup>44</sup>. En este sentido, ha habido un creciente enfoque en los tribunales en línea y lo que pueden proporcionar. En la actualidad, pocas de estas propuestas se relacionan con el juez con asistencia de IA y normalmente se centran en aumentar la actividad en línea. Sin un foro público y abierto para el servicio de justicia pro el proceso civil ¿sería aceptado por la ciudadanía el ejercicio de estos poderes?<sup>45</sup>.

Los problemas de base se dan en tres ámbitos: (i) la traducción del derecho en códigos informáticos; (ii) el problema de las decisiones o juicios discrecionales o con problemas de ponderación de valores (*hard cases*); (iii) el lenguaje judicial (sintaxis y semántica).

<sup>40</sup> LOOKS y LOUI (2005).

<sup>41</sup> SUSSKIND (2019) pp. 8-10, 140-150.

<sup>42</sup> FELZMANN y otros (2020) pp. 3333-3361.

<sup>43</sup> FELZMANN y otros (2020) pp. 3333-3361.

<sup>44</sup> SOURDIN (2018) p. 1114 y ss.

<sup>45</sup> PERRY (2017) pp. 29 y ss.

En relación a lo primero, se ha planteado la cuestión de cómo traducir con precisión la ley en códigos, comandos y funciones que un programa de computadora pueda comprender. El lenguaje jurídico tiene matices y, a menudo, requiere comprensión contextual. Los programadores de computadoras y los profesionales de TI rara vez tienen calificaciones o experiencia legales, ni son expertos en políticas o administrativos. Sin embargo, son estos profesionales quienes tienen la tarea de traducir la legislación y la jurisprudencia en códigos y comandos informáticos para permitir un proceso autónomo para tomar decisiones.

Con respecto a lo segundo, las fuentes del derecho, aunque complejas por sí mismas, también operan en el contexto de presunciones legales y juicios discrecionales. Asegurar que estas complejidades estén codificadas correctamente en un proceso autónomo es un desafío. Debido a estos desafíos, se enfatiza que más áreas regulatorias de la ley pueden ser más adecuadas para ser transformadas en código informático. Muchos juicios dentro del sistema legal involucran un elemento de discreción. Los programas de computadora operan en base a la lógica y tal rigidez es posiblemente incompatible con decisiones discrecionales<sup>46</sup>.

Finalmente, de manera similar, el uso de la IA en el derecho puede enfrentarse a la distinción filosófica entre sintaxis y semántica. Los programas de computadora poseen sintaxis (una estructura formal de operación), pero no poseen semántica (significado detrás de estas operaciones). La tecnología digital procesa información en forma de símbolos abstractos, a saber, unos y ceros<sup>47</sup>. La tecnología posee la capacidad de procesar y manipular estos símbolos, pero no comprende el significado detrás de estos procesos. En otras palabras, la máquina no comprende la información que está procesando. Esto se puede contrastar con la mente humana, que puede comprender la información que procesa<sup>48</sup>.

#### 1. ACCESO DIGITAL A LOS TRIBUNALES, E-ACCESO A LA JUSTICIA

En la parte superior de la agenda de reformas debería estar la creación de acceso digital actualizado a los tribunales. En particular, se indicaría el establecimiento de un portal de acceso digital y la introducción de procedimientos judiciales (totalmente) digitales. Con ambos, el umbral para reclamar protección judicial se reduciría y la implementación de procedimientos judiciales sería una realidad concreta, no solo en tiempos de pandemias globales.

Por un lado, el material de litigio, como en las páginas de ODR: utilizan máscaras de entrada y cuestionarios (sistemas de orientación legal) bien estructurados para recopilar datos de manera específica<sup>49</sup>. Y por otro, el proceso judicial, al igual que los procedimientos de los proveedores de ODR relevantes, podría llevarse a cabo electrónicamente y, en principio, en una audiencia oral en presencia de todos. Además, el portal de acceso digital y los procedimientos judiciales digitales también podrían mejorarse con procesos automatizados de resolución de disputas, por ejemplo, la opción de subastas judiciales o remates on-line.

Independientemente de estas consideraciones, el establecimiento de un portal de acceso digital y la introducción de procesos judiciales digitales también estarían totalmen-

<sup>46</sup> SOURDIN (2015) pp. 95-116.

<sup>47</sup> GALDIA (2020) pp. 57-76.

<sup>48</sup> SOURDIN (2015) pp. 95-100.

<sup>49</sup> FELZMANN y otros (2020) pp. 3333-3361; Comp. SUSSKIND (2017) pp. 118 y ss.



te en línea con la tendencia internacional. Ello se evidencia porque numerosos países han digitalizado el acceso y el procedimiento ante sus tribunales en los últimos años. En el Reino Unido, por ejemplo, las reclamaciones monetarias de hasta 10.000,00 GBP se pueden hacer cumplir digitalmente a través del portal “*Make a money Claim online*”<sup>50</sup>. También existe acceso digital a los procesos judiciales digitales en Irlanda. El servicio judicial en línea del poder judicial irlandés se puede emplear aquí para disputas hasta por un valor de € 2.000,00<sup>51</sup>. Y en Canadá hay incluso un tribunal en línea independiente para demandas de hasta CAD 5.000,00, que lleva a cabo sus procedimientos completamente en línea<sup>52</sup>. En última instancia, el desarrollo está aún más avanzado en Dinamarca. Desde hace algún tiempo, los tribunales civiles solo emplean un portal de acceso digital. Además, los procedimientos judiciales generalmente se llevan a cabo en formato digital<sup>53</sup>. Un trabajo similar está en plena marcha en los Países Bajos<sup>54</sup>.

Sin embargo, la creación de acceso digital a los tribunales y procedimientos judiciales digitales también plantearía problemas. A continuación, se analizan brevemente dos de ellos:

a) *Derecho de acceso a la justicia*

El primer problema se relaciona con el portal de acceso digital y se refiere al derecho a la justicia y tutela efectiva, que está garantizado por el estado de derecho en el artículo 20 (3) GG alemana, así como en el artículo 6 del CEDH y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Requiere que el Estado proporcione un procedimiento público para la resolución de disputas civiles que sea realmente –y no solo teóricamente– accesible para todos<sup>55</sup>. A la luz del estilo de vida actual, la creación de acceso digital a los tribunales es un derecho fundamental procesal<sup>56</sup>.

Sin embargo, todavía hay personas que no tienen acceso a Internet o que no pueden (o no saben) utilizarlo. De hecho, algunos informes sobre pobreza y riqueza encontraron que la “proporción de personas ‘sin conexión’ que no usan Internet y que no planean hacerlo” “solo ha disminuido marginalmente durante varios años” y “queda una buena quinta parte de la población excluida”<sup>57</sup>. Este hecho no obstaculizaría la creación de un portal de acceso digital. Sin embargo, habría que tenerlo en cuenta en el diseño. En particular, a diferencia de Dinamarca, por ejemplo, no debería haber obligación de presentar demandas

<sup>50</sup> Ver <https://www.gov.uk/make-money-claim>. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021; Practice Directive 51R – Online Civil Money Claims Pilot; igualmente Practice Directive 51S – The County Court Online Pilot.

<sup>51</sup> <https://www.csol.ie/ccms/welcome.html>. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021; Ver además ZUCKERMAN (2020) pp. 291-304.

<sup>52</sup> Ver <https://civilresolutionbc.ca/>. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021

<sup>53</sup> PIROTEK (2018).

<sup>54</sup> Ver <http://www.achmearechtsbijstand.nl/inloggen/Paginas/default>. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2021

<sup>55</sup> RÜHL (2020) pp. 814.

<sup>56</sup> SALTER (2017) pp. 112.

<sup>57</sup> RÜHL (2020) pp. 814-816.

digitalmente. Por tanto, el uso del portal de acceso digital debe ser opcional, al menos por el momento<sup>58</sup>.

### b) *Principio de oralidad y publicidad*

El segundo problema se relaciona con los procesos judiciales digitales y se refiere a los principios de oralidad y publicidad, como también, con el derecho de acceso a los tribunales estatales<sup>59</sup>. En el caso de procesos judiciales civiles en primera instancia, generalmente requieren que se celebren procedimientos orales accesibles al público. Por el contrario, los procedimientos judiciales digitales al menos en principio, pueden llevarse a cabo sin audiencia oral y, por tanto, sin participación pública.

Sin embargo, los principios de oralidad y publicidad no se aplican de manera absoluta y sin excepción, ni desde el punto de vista del proceso civil ni desde el punto de vista del derecho constitucional e internacional<sup>60</sup>. Por ejemplo, los tribunales civiles de acuerdo con el §128 (2) del ZPO alemán, pueden tomar decisiones sin una audiencia oral en aras de la simplificación y la aceleración, si las partes están de acuerdo. Y en el proceso del tribunal de distrito (*Amtsgericht*), de acuerdo con el §495a del ZPO alemán, si el valor en disputa es de € 600,00 solo se puede realizar oralmente a pedido de parte y es admisible una restricción de los principios de oralidad y publicidad con el consentimiento de las partes<sup>61</sup>.

En este contexto, las verdaderas dificultades que supondría la introducción de procesos judiciales digitales se encuentran en el ámbito de la tecnología y la seguridad informática. Permítanme recordar las dificultades iniciales del buzón de correo electrónico especial o el ataque de piratas informáticos que paralizó la Corte de Apelaciones de Berlín durante semanas en 2019 y expuso toda la base de datos judicial al riesgo de filtración y manipulación<sup>62</sup>. Sin embargo, los ejemplos mencionados anteriormente de otros países muestran que es posible superar estas dificultades.

## 2. ACCESO DIGITAL E INTELIGENTE AL DERECHO

Además del acceso a la justicia, las consideraciones de reforma también deben considerar el acceso a la propia ley. En particular, el sistema de justicia civil debe inspirarse en ofertas en el ámbito extrajudicial y hacer un mejor uso de las posibilidades de la informática y la tecnología de la información, en particular las posibilidades de automatización. Por un lado, el uso de algoritmos deductivos y basados en reglas (sistemas expertos), como lo utilizan actualmente muchas empresas de tecnología jurídica, y, de forma prospectiva, el uso de sistemas inductivos y estadísticos de inteligencia artificial<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> RÜHL (2020) pp. 814-816.

<sup>59</sup> RÜHL (2020) pp. 814-816.

<sup>60</sup> RÜHL (2020) pp. 814-816.

<sup>61</sup> RÜHL (2020) pp. 814-816.

<sup>62</sup> T-SYSTEMS, FORENSICS REPORT (2020).

<sup>63</sup> RÜHL (2020) pp. 617 y ss.

a) *Uso de trabajo deductivo y basado en reglas. Algoritmos (sistemas expertos)*

Los algoritmos deductivos y basados en reglas se caracterizan por el hecho de que están programados explícitamente, es decir, traducen pasos conocidos *a priori* para resolver una tarea en código de programa. Pueden realizar tareas simples y también complejas que anteriormente realizaban humanos, resolver, pero de forma mucho más fiable, rápida y económica. En la justicia civil alemana, por ejemplo, los algoritmos de este tipo hasta ahora solo se han utilizado en determinados procedimientos automatizados (§§ 698 y siguientes ZPO). Aquí, la corrección formal de las solicitudes de reclamación se comprueba automáticamente<sup>64</sup>.

Sin embargo, con la aparición de las empresas de tecnología jurídica que se describieron, ha surgido la conciencia de que los algoritmos también se pueden utilizar en el poder judicial y también en el área central de la actividad legal, al examinar (y hasta ponderar) cuestiones jurídicas reales. En detalle, se pueden pensar al menos dos posibles usos diferentes: (i) En primer lugar, los algoritmos podrían acoplarse con el portal de acceso digital que se acaba de describir y los procedimientos judiciales digitales de tal manera que las demandas se verifiquen automáticamente para determinar su admisibilidad y su carácter concluyente antes de que se tengan por presentadas<sup>65</sup>; (ii) En segundo lugar, los jueces podrían utilizar algoritmos en el contexto de la toma de decisiones: al examinar la admisibilidad y el fondo de las demandas<sup>66</sup>.

Las oportunidades que traería consigo el uso de algoritmos también se opondrían, por supuesto, a los problemas. Porque, por un lado, incluso responder preguntas jurídicas más pequeñas requiere la programación de sistemas expertos extremadamente complejos. Y, por otro lado, los juristas a veces dudan de que los algoritmos puedan realmente realizar tareas de subsunción de manera satisfactoria. El proceso de subsunción legal es evaluativo, proceso que no es lineal, sino que se desarrolla en “pasos alternos” y con miras al resultado. Por lo tanto, elude una clasificación simple en “dado” o no “dado”, como es necesario para el uso de algoritmos. Los defensores contrarrestan esto diciendo que no todos los procesos de suscripción son un proceso de valoración difícil. Y, de hecho, se puede decir: si un vuelo se retrasó o si un apartamento está en un área donde se aplica el límite de precio de alquiler, se puede hacer sin evaluaciones importantes. Por lo tanto, un uso de algoritmos que se limite a los casos correspondientes no debería encontrar ningún problema importante<sup>67</sup>.

Tampoco debería haber preocupaciones sobre el derecho a un juez natural o la independencia judicial en estos casos porque en el uso de la inteligencia artificial (IA) simple los algoritmos solo servirían para apoyar al poder judicial y tampoco serían obligatorios. Así, como depende del juez si confía en los portales de investigación y búsqueda relevantes (impulsados por algoritmos) para encontrar literatura y jurisprudencia, el juez debería tener la libertad de utilizar la ayuda de un algoritmo<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> BOURCIER (2011) pp. 37 y ss.

<sup>65</sup> VOGL (2018) pp. 53 y 56.

<sup>66</sup> WARREN (2018).

<sup>67</sup> RÜHL (2020) pp. 814-816.

<sup>68</sup> ENDERS (2018) pp. 721 y 723.

b) *Uso de trabajo inductivo, predictivo y estadístico.*

La aparición de la inteligencia artificial (IA) está cambiando muchos aspectos de nuestras vidas. El poder judicial no está excluido de este desarrollo. Sin embargo, el uso de la IA hoy y en el futuro previsible se limita a tareas específicas, mientras que el trabajo de un juez requiere una amplia gama de habilidades diferentes. Por tanto, es poco probable que el uso de la IA sustituya por completo el trabajo de los jueces humanos de un día para otro. La introducción de la asistencia de IA al poder judicial probablemente será un proceso lento y gradual que comienza con la existencia paralela de la asistencia de IA y jueces humanos. Se debe tener en cuenta la salvedad del peligro de una renuncia oculta al poder de decisión durante esta fase<sup>69</sup>.

Por otro lado, es más difícil usar sistemas que generalmente se describen como artificialmente inteligentes<sup>70</sup>. Se caracterizan por el hecho de que no están programados explícitamente, sino implícitamente, es decir, no especifican con precisión los pasos individuales que conducen al resultado, sino que reconocen las conexiones y correlaciones entre las variables de entrada y salida de una gran cantidad de datos históricos y luego las traducen en el comportamiento del sistema<sup>71</sup>. Ya se utilizan ampliamente en el sistema del mercado jurídico, especialmente cuando se trata de ver y analizar grandes cantidades de datos. Por ejemplo, los despachos de abogados utilizan el *software* de análisis para encontrar cláusulas específicas en los contratos que son importantes para la evaluación de riesgos legales. También aprovechan el trabajo de empresas, que se ocupan del análisis estadístico de las sentencias y la predicción basada en datos de las decisiones judiciales<sup>72</sup>.

Por el contrario, el uso de sistemas de inteligencia artificial en el poder judicial ha sido hasta ahora una existencia oscura en la mayoría de los demás países<sup>73</sup>. La única excepción a esto es Estados Unidos. Los tribunales de varios estados federales utilizan sistemas de inteligencia artificial para evaluar la probabilidad de reincidencia de los delincuentes<sup>74</sup>. En el área de la justicia civil, por otro lado, solo, pero al menos, los tribunales de Internet chinos con sede en Beijing y Hangzhou toman medidas “Jueces de IA”<sup>75</sup>. Estonia también planea tener demandas por un valor de € 7.000,00 decididas por “jueces robots”<sup>76</sup>. Se conoce el desarrollo de sistemas artificialmente inteligentes que están destinados a apoyar o incluso a reemplazar al juez humano en el área central de su actividad, es decir, en la toma de decisiones. En particular, el desarrollo de sistemas se considera posible y deseable. Encontrar y analizar la jurisprudencia existente para un hecho o cuestión jurídica determinada y redactar sentencias, o al menos redactar un proyecto de sentencia<sup>77</sup>.

<sup>69</sup> BUOCZ (2018) p. 41.

<sup>70</sup> RICHARDS y SMART (2016) pp. 5-7.

<sup>71</sup> MILLAR y KERR (2016) p. 104; Comp. RÜHL (2020) pp. y 617 ss.

<sup>72</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (2018) pp. 16 y ss.

<sup>73</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (2018) pp. 16 y ss.

<sup>74</sup> ANGWIN y otros (2016).

<sup>75</sup> YOUNG (2019).

<sup>76</sup> MCFADDEN (2019).

<sup>77</sup> AYIWIN (2016).

Sin duda estos sistemas ofrecerían muchas ventajas para el poder judicial, a los propios abogados y la inclusión de los ADR<sup>78</sup>. Por un lado, podrían ayudar a evitar errores y, por otro, asegurar la unidad del ordenamiento jurídico y el cumplimiento del principio de igualdad. Al mismo tiempo, podrían ayudar a acelerar los procedimientos y aliviar al poder judicial. Sin embargo, lo que suena tentador en teoría se enfrenta a desafíos considerables en la práctica, al menos hasta ahora<sup>79</sup>. Aparte del hecho de que todavía no existen sistemas que puedan siquiera asumir parcialmente la actividad judicial o complementarla de manera significativa. Mientras tanto es bien sabido que la inteligencia artificial puede discriminar a las personas de manera indeseada y, en determinadas circunstancias, legalmente inadmisibles<sup>80</sup>. Además, los sistemas relevantes generalmente se presentan como cajas negras, la forma en que funcionan para el usuario, y generalmente para ellos mismos, para el desarrollador no es (completamente) comprensible: el sistema se alimenta de datos y al final arroja un resultado sin que sea posible explicar qué sucede exactamente en el medio<sup>81</sup>.

### 3. DESAFÍOS DE LA IA EN EL PROCESO CIVIL

No hace falta decir que estos problemas deben resolverse antes de que la inteligencia artificial pueda utilizarse en el poder judicial. Por lo tanto, se deben realizar esfuerzos para desarrollar sistemas que protejan los derechos humanos como fundamentales y eviten discriminaciones inaceptables<sup>82</sup>. Además, se debe garantizar que los sistemas relevantes funcionen con transparencia y que los resultados sean comprensibles para que puedan ser controlados por el juez y los justiciables. Así, se puede justificar un derecho a una inferencia razonable<sup>83</sup>. Los enfoques de investigación, que recientemente han impactado bajo el eslogan IA deben aún profundizarse y expandirse, están dirigidos a desarrollar mecanismos que aumenten artificialmente la transparencia y la comprensibilidad<sup>84</sup>. Los sistemas inteligentes deberían asegurarse, por ejemplo, mediante la creación de los llamados mapas de prominencia que muestren qué datos fueron importantes o menos importantes para el resultado logrado<sup>85</sup>.

Por último, también habría que garantizar que se preserven los derechos procesales fundamentales pertinentes, a saber, el derecho a un juicio justo, así como la independencia judicial<sup>86</sup>. Deben preservarse los resultados y recomendaciones del sistema. En virtud de estas consideraciones: (i) por un lado, el juez no estaría obligado, por lo que tendría que retener la decisión final<sup>87</sup>; (ii) por otro lado, el peligro del sesgo de la automatización

<sup>78</sup> DALKE (2013) pp. 703, 704.

<sup>79</sup> WACHTER y otros (2017).

<sup>80</sup> BALKIN (2015) pp. 45, 59. Por ejemplo, el sistema COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for alternative Sanctions*) los hombres negros tienen más del doble de probabilidades de tener un riesgo de recaída por error que los hombres blancos.

<sup>81</sup> Ver LARSON y otros (2016).

<sup>82</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (2018) nota 92.

<sup>83</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (2018) pp. 16 y ss.

<sup>84</sup> BRAND (2020) pp. 115-132.

<sup>85</sup> BUSCH (2018).

<sup>86</sup> BURRELL (2016) p. 1.

<sup>87</sup> EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (2018) nota 92.

tendría que ser contrarrestado y debería asegurarse que los jueces no acepten automática y ciegamente los resultados de la computadora en casos individuales sin un examen crítico<sup>88</sup>. El diseño apropiado de los sistemas artificialmente inteligentes, así como la capacitación, la información y la educación, tendrían que poner a los jueces en una posición y ser alentados a tratar críticamente las propuestas de decisiones automatizadas. Además, no debe haber duda de que, en última instancia, es el juez, y no el sistema utilizado el responsable de las decisiones tomadas<sup>89</sup>.

Así, se plantea en este aporte una posición escéptica ante las preocupaciones sobre la opacidad de las herramientas de decisión algorítmica. Si bien la transparencia y la posibilidad de explicar justificadamente son sin duda importantes en la gestión algorítmica, debiera preocupar que la toma de decisiones automatizada se mantenga en un estándar alto, posiblemente debido a una estimación irrealmente alta del grado de transparencia que se puede obtener de los tomadores de decisiones humanos<sup>90</sup>. En realidad, gran parte de la toma de decisiones humana está plagada de problemas de transparencia, mostramos en este trabajo aspectos en los que a la IA le va un poco mejor, y argumentando que al menos algunas propuestas regulatorias podrían terminar poniendo el listón más alto que es necesario o de hecho útil<sup>91</sup>. No se debe esperar que las herramientas de decisión que apoyan o reemplazan el razonamiento práctico apunten a un estándar más alto que este. En la práctica, esto significa que el tipo de explicaciones para decisiones algorítmicas que son análogas a las de posturas intencionales deben preferirse a las que apuntan a las entrañas arquitectónicas de una herramienta de decisión<sup>92</sup>.

Debe ser posible mantener los estándares de *procedural fairness*. Los criterios de equidad algorítmica para los modelos de aprendizaje automático están generando un interés de investigación generalizado<sup>93</sup>. Ello en especial por tratarse dentro del contexto de datos personales en línea y muchas veces con procesos algorítmicos opacos y la necesidad de establecer los estándares éticos y jurídicos para la legitimidad del sistema y la confianza del usuario final<sup>94</sup>. Las buenas prácticas de respeto al debido y justo proceso que se integra por la transparencia debieran contemplar<sup>95</sup>: (i) la contemplación de la persona también a partir de valores especiales, minoritarios y no solo de los estereotipos mayoritarios; (ii) usar datos para demostrar la diversidad dentro de una persona y del grupo al que pertenece; (iii) explicar los métodos y sus limitaciones tecnológicas y algorítmicas en forma accesible y transparente; y (iv) triangular la información para aumentar la veracidad y credibilidad de la información<sup>96</sup>. A medida que los algoritmos asumen roles cada vez más gerenciales-decisionales y de gobierno, es cada vez más importante construirlos para que sean percibidos como justos

<sup>88</sup> ISHII (2019) pp. 509-533.

<sup>89</sup> ZERILLI y otros (2018).

<sup>90</sup> TOSONI (2021).

<sup>91</sup> ASHLEY (2017) pp. 25-45.

<sup>92</sup> TRELEAVEN y otros (2019); SELBST y POWLES (2017) pp. 233-242.

<sup>93</sup> SALMINEN y otros (2020) pp. 788-800.

<sup>94</sup> ANANNY y CRAWFORD (2018) pp. 973-989.

<sup>95</sup> ULENAERS (2020), pp. 2-20.

<sup>96</sup> CHOWDHURY y otros (2020).

y adoptados por las personas. Con este objetivo, es posible también acá pensar un marco de justicia o equidad procesal en la toma de decisiones algorítmica<sup>97</sup>.

#### IV. ¿JUSTICIA PREDICTIVA “PREDECIBLE”?: DERECHO A LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA

Resulta central la construcción de datos abiertos para las decisiones judiciales y la relación entre esta y la llamada justicia “predictiva”, así como las consecuencias de esta última en el ejercicio de la abogacía y la justicia. Se debe hacer una precisión semántica crucial de inmediato. La expresión “justicia predictiva”, es una mala traducción de la fórmula anglosajona *predictive justice* que se traduciría más correctamente en “justicia predecible”<sup>98</sup>. De hecho, en la actualidad, no se trata, a través del software, de conducir en un instante a una decisión judicial estándar que el juez solo tendría que firmar, ni siquiera a un “juez robot”, sino solo analiza masivamente decisiones judiciales anteriores para identificar tendencias en un caso específico<sup>99</sup>. Desafortunadamente, no puede dejarse al margen cuestionamientos como: ¿No es eso para fines de marketing y publicidad? Esta es la primera fórmula que fue adoptada y ampliamente difundida, esta que ha alimentado muchas fantasías y temores entre los juristas<sup>100</sup>.

En muchos países por el momento los datos abiertos (*Open Data*) aún no se consideran en la actualidad debido a la falta de difusión de casos y referencias en las decisiones de los tribunales supremos<sup>101</sup>. Como la “justicia predictiva” requiere necesariamente el acceso a tantas decisiones como sea posible para ser eficaz, todavía está lejos de ser muy utilizada.

Austria es uno de los países más avanzado de los términos de datos abiertos ya que cuenta con un portal llamado “RIS” (*Rechtsinformationssystem des Bundes*) donde cualquier individuo puede acceder, en principio, a cualquier decisión judicial austriaca<sup>102</sup>. Sin embargo, esta base de datos debe ser alimentada por los propios tribunales, y no por el gobierno federal o los estados federales. La consecuencia es que en la práctica los tribunales no tienen ni los medios ni el tiempo para proceder con este envío y, en ausencia de obligación para ellos, no lo hacen, lo que implica que este portal deviene en un espejismo de los datos abiertos.

Francia, por su parte, está a la vanguardia de los países de Europa continental en términos de “justicia predictiva”, ya que existen varias *Legaltech* que están desarrollando este tipo de herramientas y están comenzando a comercializarlas, y parecen estar en el camino correcto para cuales son los datos abiertos de las decisiones judiciales. Incluso ya una ley del 2016 regula la “República numérica”<sup>103</sup> que ha previsto efectivamente esta herramienta para dar a conocer al público todas las decisiones de los tribunales judiciales y administrativos de los tres niveles, aunque las decisiones de los tribunales supremos (Consejo Consti-

<sup>97</sup> LEE (2019) pp. 1-24.

<sup>98</sup> DONDERO (2017) p. 532; COTTIN (2019) p. 293; THEVENOT (2019) pp. 321 y s.

<sup>99</sup> MITROU (2019).

<sup>100</sup> ASHLEY (2017) pp. 20-50.

<sup>101</sup> BUAT-MÉNARD y GIAMBIASI (2017) p. 1483.

<sup>102</sup> Ver sitio web de *Rechtsinformationssystem des Bundes*.

<sup>103</sup> Loi N° 2016-1321 del 7/10/2016 “République numérique”.

tucional, Tribunal de Casación y Consejo de Estado) ya son objeto de una provisión total y gratuita. Sin embargo, las modalidades de realización de esta *big data* siguen siendo desconocidas ya que aún no se ha publicado el decreto de implementación, de ahí el misterio en cuanto a su forma y su contenido (¿de qué se tratará? ¿Que las decisiones publicadas serán anonimizadas o “seudonimizadas”?) permanece intacta. Cómo juega la publicidad de la información (publicidad del proceso y la justicia)<sup>104</sup>.

Parecería que, en algunos modelos como el austriaco o el alemán, no les preocupa la difusión de los nombres de los magistrados en las decisiones publicadas en línea, ya que, en sus respectivas legislaciones, existe una pantalla bastante considerable para la elaboración de perfiles: principios constitucionales precisan sobre la distribución de casos entre los magistrados. Estos principios establecen un mecanismo que parece bastante idéntico entre los dos Estados y que se basa en una ausencia total de compartimentación de los asuntos. Cualquier juez puede ocuparse de todos los asuntos, lo que ya complica la elaboración de perfiles<sup>105</sup>.

En realidad, la elaboración de perfiles de jueces (de hecho en el foro o sistematizada por publicaciones) ya existía, pero no de forma automatizada como sería el caso de la “justicia predictiva”. Lo que se llama trivialmente “ruido de pasillo” es un lugar común en los foros entre abogados y todo profesional sabe que tal o cual juez tiende a juzgar de cierta manera<sup>106</sup>. Pero esto es solo una práctica informal y basado en una experiencia y un sentimiento humanos, mientras que la “justicia predictiva” permitiría saber de una manera determinada y precisa cómo, en un caso determinado, decide el juez X y qué cantidad otorga en promedio. Este conocimiento profundo de la jurisprudencia y del sujeto decisor puede tener varias consecuencias, que discutimos a continuación, en forma de una clasificación de pros y contras (aunque muchas de estas consecuencias se incluyen en ambos extremos)<sup>107</sup>.

## 1. ¿JUEZ PREDECIBLE?

Saber exactamente cómo y por qué los magistrados, en un tema dado y en un caso específico, juzgan como juzgan permitiría a los investigadores comprender las tendencias en la jurisprudencia y anticipar mejor los posibles cambios en la posición de los tribunales supremos. Sin embargo, este conocimiento total de la labor de un magistrado puntual a lo largo de su carrera daría a los abogados armas muy poderosas para defender sus reclamos ante dicho magistrado. Podrán “presionar” a este último recordándole que ha estado juzgando en este sentido durante mucho tiempo y que ha concedido tanto, por lo que le resultaría incomprensible juzgar lo contrario en un caso similar que tiene que juzgar ahora<sup>108</sup>.

La cuestión de la valentía de los jueces se puede ver a la inversa: el abogado, pensando que el magistrado cederá a las presiones del pasado, le presenta cifras y casos similares, pero no idénticos; el magistrado podría entonces rebelarse y juzgar de manera completa-

<sup>104</sup> CADJET (2017).

<sup>105</sup> COTTIN (2019) p. 293 y ss.; ZWICKEL (2018), pp. 179-183.

<sup>106</sup> TEUBER (2018) pp. 155, 198 y ss.

<sup>107</sup> SUSSKIND (2019) pp. 100-130; WALDMAN (2019) pp. 613-632.

<sup>108</sup> GÜNTHER (2016) pp. 251 y ss.



mente diferente. Sin embargo, esto sigue siendo poco probable debido a la falta de tiempo de los magistrados y su renuencia a que sus decisiones sean censuradas por tribunales superiores por incumplimiento de la igualdad de trato a y entre los litigantes<sup>109</sup>.

Si todas las decisiones, tan pronto como se dictan, se publican, la revisión por parte de los tribunales supremos de la legalidad de las decisiones inferiores podría cobrar mucha importancia. Esta pregunta en Francia gira por ejemplo en torno a la Corte de Casación que se creó originalmente solo para censurar decisiones dictadas ilegalmente por jueces de apelación. En la actualidad, la Corte de Casación solo conoce de estas sentencias si son objeto de recurso de casación. Por lo tanto, la publicación de todas las decisiones podría permitir a los jueces de derecho supervisar con más detalle todas las decisiones de los tribunales de apelación, incluso las que satisfacen a todas las partes. Sin embargo, esta hipótesis no parece deseable, ya que si la decisión le conviene a todos: ¿Qué interés habría en censurarla y enviar a todos a una audiencia más? Aunque esto es en principio un beneficio porque el respeto a la ley estaría mucho mejor asegurado que antes, es poco probable que los magistrados del tribunal de Casación tengan tiempo para comprobar la legalidad de todos los recursos<sup>110</sup>.

## 2. DERECHO A UNA JUSTIFICACIÓN Y EXPLICACIÓN ALGORÍTMICA RAZONABLE

A medida que aumentan las preocupaciones sobre la injusticia y la discriminación en los sistemas de aprendizaje automático de “caja negra”, ha surgido un verdadero “derecho a una explicación” jurídica justificada como un enfoque convincentemente atractivo para impugnar<sup>111</sup>. Si bien los derechos individuales pueden ser útiles, en el derecho de la privacidad históricamente han sido una carga irrazonable en el sujeto promedio<sup>112</sup>. La “información significativa” sobre la lógica algorítmica es técnicamente más posible de lo que se piensa comúnmente, pero esto exacerba una nueva “falacia de transparencia”: una ilusión de remedios en lugar de algo sustancialmente útil. Si bien los enfoques basados en derechos merecen un lugar firme en la caja de herramientas, otras formas de gestión y políticas públicas al respecto, como evaluaciones de impacto, “*soft law*”, revisión judicial y repositorios de modelos, merecen más atención, junto con agencias catalizadoras que actúan para que los usuarios controlen fácil y efectivamente el diseño de sistemas algorítmicos<sup>113</sup>.

Muchos han pedido responsabilidad algorítmica: leyes que rijan la toma de decisiones mediante algoritmos complejos o inteligencia artificial. El Reglamento General de Protección de Datos de la UE (GDPR) ahora establece exactamente esto. El reciente debate sobre el “derecho a la explicación” (un derecho a la información sobre las decisiones individuales tomadas por algoritmos) ha oscurecido el importante régimen de responsabilidad algorítmica establecido por el GDPR. Las disposiciones sobre responsabilidad algorítmica,

<sup>109</sup> GREGOR (2019) pp. 267 y ss.

<sup>110</sup> SAUVÉ (2018) p. 7.

<sup>111</sup> En general para E-Governance ver PÉGNY y otros (2019) pp. 161-178.

<sup>112</sup> WACHTER y otros (2017) pp. 76-99.

<sup>113</sup> EDWARDS y VEALE (2018) pp. 46-54.

que incluyen el derecho a una explicación, tienen el potencial de ser más amplias, más sólidas y más profundas<sup>114</sup>.

Los datos abiertos de decisiones acoplados a la “justicia predictiva” no solo tendrían inconvenientes, de lo contrario no sería el mercado en crecimiento que es hoy. La primera de estas ventajas es el anverso de la moneda de estandarización de decisiones, que volvería mecánico el trabajo del juez y que se vería favorecido por la falta de coraje y desenvoltura como hemos visto antes<sup>115</sup>. Este otro borde de la estandarización es la potencial reducción de las desigualdades. Dado que la “justicia predictiva” permitiría saber en cada tribunal si, en un caso específico, el actor ha tenido éxito y qué medidas tomó el juez, los abogados podrían hacerlo fácilmente<sup>116</sup>. Promover el argumento de la igualdad entre los ciudadanos para obtener una solución similar a la tendencia general. Esto eventualmente conduciría a un aumento de nivel, ya que todos los abogados se basarían en el rango superior de la tendencia y los jueces encontrarían cada vez más difícil oponerse a esa tendencia, por temor a ser censurados, por provocar una brecha de desigualdad entre los litigantes<sup>117</sup>.

Finalmente, y este es uno de los argumentos de venta más utilizados por *legaltech*, el conocimiento de las probabilidades de éxito y de los montos otorgados (porque esto es lo que muchas veces interesa principalmente a los litigantes) de forma anticipada serían un factor muy persuasivo en el uso de la resolución alternativa de disputas (ADR)<sup>118</sup>. El abogado podría dar cifras bastante seguras sobre las posibilidades de éxito del caso ante el tribunal de que se trate y las cantidades que el cliente podría esperar, lo que le daría lo suficiente para convencerlo de que es mejor intentar negociar directamente con el oponente en caso de que estos números no estén a su favor. Incluso si las posibilidades son medias, la pregunta puede remitirse a los plazos: ¿Es mejor tener un 55% de posibilidades de ganar y obtener una compensación completa por todos sus daños pero esperar unos dos años? o ¿Si no hay apelación, o acepta reducir un poco su reclamo y se resuelve amistosamente en menos de seis meses?<sup>119</sup> Incentivos negativos y positivos en definitiva para tomar una decisión.

### 3. LA TRANSPARENCIA COMO REQUERIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO DIGITAL Y ARTIFICIAL

A medida que la inteligencia artificial y el análisis de *big data* reemplazan cada vez más la toma de decisiones humanas, las preguntas sobre la ética algorítmica se vuelven más urgentes. A muchos les preocupa que una sociedad algorítmica sea demasiado opaca para ser responsable de su comportamiento. A una persona se le puede negar la libertad condicional o el crédito, despedirla o no contratarla por razones que nunca conocerá y que no se pueden articular. En el sector del proceso judicial, la opacidad de la toma de decisiones al-

<sup>114</sup> KAMINSKI (2019) pp. 189-217.

<sup>115</sup> GARAPON (2017) p. 31.

<sup>116</sup> EDWARDS y VEALE (2018) pp. 46-54.

<sup>117</sup> FERRAND y otros (2019) p. 15 y ss.; Comp. en general con PÉGNY y otros (2019) pp. 161-178.

<sup>118</sup> GIACALONE (2016); FERSINI y otros (2014) pp. 228-236.

<sup>119</sup> Comp. KRAUSE (1993) pp. 249-263.

gorítmicas es particularmente problemática, tienen deberes especiales de responsabilidad<sup>120</sup>. Probar los límites de la transparencia en torno al despliegue gubernamental (y en especial de administración de justicia) de análisis de *big data*, contribuyendo a la literatura sobre responsabilidad algorítmica con un estudio exhaustivo de la opacidad de los algoritmos predictivos gubernamentales. Usando procesos de registros abiertos, enfocamos nuestra investigación en la implementación de algoritmos predictivos. Y es aquí donde las agencias limitadas tienen más probabilidades de entregar el análisis de datos a proveedores privados, que pueden tomar decisiones de diseño y políticas invisibles para las agencias clientes, el público o ambos<sup>121</sup>.

La cuestión de la equidad algorítmica más discutida ha sido si es probable que los algoritmos predictivos introduzcan o perpetúen una discriminación injusta por motivos de raza, género u otra característica protegida. Las formas adicionales de discriminación son motivo de preocupación, como si un algoritmo incidentalmente desfavorece (y por tanto, desincentiva) determinadas conductas. La opacidad algorítmica es un problema ampliamente reconocido y definido de diversas maneras. Algunos de los desafíos comunes mencionados incluyeron garantizar la validación y autenticación necesarias de la información, así como la seguridad de los datos. Al mismo tiempo, un acceso más fácil a la información y, por lo tanto, la transparencia del sistema judicial no solo ha sido importante en sí mismo, sino que también ha aumentado la calidad de la justicia. El acceso para monitorear el avance de los procedimientos, bases de datos legales de buena calidad y la disponibilidad de versiones públicas de las sentencias también ha brindado una oportunidad para la conciencia pública y el escrutinio, mejorando la rendición de cuentas de todo el sistema judicial. También han simplificado la recopilación de información estadística y la medición del progreso y los resultados<sup>122</sup>.

Las explicaciones contra-fácticas son un ejemplo destacado de métodos de interpretación *post-hoc* en el campo de investigación explicable de la IA. Surgen de otros tipos de explicaciones, ya que brindan a las personas escenarios alternativos y un conjunto de recomendaciones para lograr el resultado deseado del modelo de aprendizaje automático<sup>123</sup>. Recientemente, la literatura especializada ha identificado desiderata de explicaciones contra-fácticas, como viabilidad, accionabilidad y escasez, que deberían apoyar su aplicabilidad en contextos del mundo real. Sin embargo, se ha descuidado el problema de la dependencia del tiempo de las explicaciones contra-fácticas. Así es posible argumentar que, debido a su dependencia del tiempo y debido a la provisión de recomendaciones, incluso las explicaciones contra-fácticas reales, procesables y escasas pueden no ser apropiadas en aplicaciones del mundo real. Esto se debe a la posible aparición de lo que llamamos “eventos contra-fácticos desafortunados”<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> BRAUNEIS, GOODMAN (2018) p. 103 y ss.

<sup>121</sup> ANANNY y CRAWFORD (2016) pp. 1-20.

<sup>122</sup> CITRON (2008), pp. 1249 y ss.

<sup>123</sup> FERRARIO y otros (2019) pp. 523-539; KAUSHIK y otros (2020).

<sup>124</sup> SAMEK y MÜLLER (2019) pp. 5-22.

Estos eventos pueden ocurrir debido al reentrenamiento de los modelos de aprendizaje de la máquina cuyos resultados deben plantearse a través de explicaciones contra-fácticas. Una serie de eventos contra-fácticos desafortunados frustran los esfuerzos de aquellos individuos que implementaron exitosamente las recomendaciones de explicaciones contra-fácticas. Esto afecta negativamente la confianza de las personas en la capacidad de las instituciones para proporcionar decisiones respaldadas por el aprendizaje automático de manera consistente<sup>125</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La Cuarta Revolución Industrial no sigue una trayectoria de desarrollo lineal, pero debido a la naturaleza diversa y al rápido ritmo de los desarrollos tecnológicos, podría compararse más bien a una serie de redes con múltiples puntos de conexión<sup>126</sup>. Esto ha provocado que el desarrollo del derecho (en especial la ley formal), que se ocupa de estas preocupaciones, sea generalmente lento e incapaz de igualar el ritmo y el alcance de los avances tecnológicos<sup>127</sup>. En el contexto del derecho público, hay muchas cuestiones y desafíos relacionados con los derechos individuales, por ejemplo, el derecho a la privacidad y el papel y las responsabilidades del gobierno en relación con el desarrollo de políticas y la regulación que se ocupan de la Cuarta Revolución Industrial<sup>128</sup>.

Podría decirse que el concepto de *Rechtsstaat* podría proporcionar un marco legal apropiado para dar forma al marco ético, los estándares normativos y un modelo de gobernanza basado en valores para la Cuarta Revolución Industrial, incluso para la toma de decisiones algorítmica. El concepto de rendición de cuentas de derecho debe contextualizarse para aplicarlo a la toma de decisiones algorítmicas<sup>129</sup>. Se concluye que se necesita un amplio conjunto de principios éticos y legales que puedan guiar el desarrollo de marcos legales nacionales e internacionales para regular la toma de decisiones algorítmicas<sup>130</sup>. Muchos de ellos son nuevos componentes del debido y justo proceso.

La digitalización es uno de los grandes desafíos de nuestro tiempo. Tampoco debería detenerse en la justicia civil. Por lo tanto, es de agradecer que el legislador (y el propio poder judicial) haya comenzado hace muchos años a enriquecer con disposiciones sobre transacciones legales electrónicas, por un lado, sobre la conducción electrónica de procedimientos legales, y por fin (aunque mucho menos) sobre la inteligencia artificial aplicada al proceso civil. Sin embargo, los ciudadanos que buscan el derecho apenas reciben ninguna de las muchas opciones. Además, los diversos potenciales de la digitalización aún no se han utilizado seriamente.

A medio y largo plazo también deberían desarrollarse algoritmos y sistemas de inteligencia artificial que puedan ayudar a los tribunales en su toma de decisiones. Por supuesto,

<sup>125</sup> DOSHI-VELEZ y KIM (2017); FERRARIO y LOI (2020).

<sup>126</sup> ZARSKY (2013) pp. 1503-1570.

<sup>127</sup> SCHWAB (2016).

<sup>128</sup> LOOKS y LOUI (2005).

<sup>129</sup> FRIES (2016).

<sup>130</sup> BUTTARELLI (2018).

habrá que discutir y examinar mucho más detalladamente. En particular, será necesario sondear en qué medida los procesos judiciales civiles pueden digitalizarse de manera coherente de conformidad con los requisitos constitucionales y qué requisitos deben cumplir los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial para que puedan ser utilizados en el poder judicial.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBU, Oana y FLYVERBOM, Mikkel (2019): “Organizational transparency: Conceptualizations, conditions, and consequences”, *Business and Society*, vol. 58, N° 2: pp. 268-297.
- ANANNY, Mike y CRAWFORD, Kate (2018): “Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability”, *New Media & Society*, N° 20: pp. 973-989.
- ANGWIN, Julia y otros (2016): “Machine Bias”, *ProPublica*. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- ASHLEY, Kevin (2017): *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in the Digital Age* (Cambridge, Cambridge U. Press).
- AYLWIN, Nicole (2016): “Human Centred Design and the Justice System”. Disponible en: <http://www.slw.ca/2016/06/06/human-centered-design-and-the-justice-system-lessons-from-the-field/>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- BALKIN, Jack (2015): “The Path of Robotics Law”, *California Law Review*, N° 6: pp. 45-59.
- BOURCIER, Danièle (2011): “L’acte de juger est-il modélisable? De la logique à la justice”, en *L’E-justice. Dialogue et Pouvoir*, coll. Arch. phil.dr., t. 54 (Paris, Dalloz) pp. 37-60.
- BRAEGELMANN, Tom (2018): en HARTUNG, Markus, BUES, Micha-Manuel y HALBLEIB, Gernot (coords.), *Legal Tech: die digitalisierung des rechtsmarkts* (München, Beck) pp. 215- 230.
- BRAND, Dirk (2020): “Algorithmic Decision-making and the Law”, *JeDEMEJournal of EDemocracy and Open Government*, vol. 12, N° 1: pp. 115-132.
- BRAUNEIS, Robert, GOODMAN, Ellen (2018): “Algorithmic Transparency for the Smart City”, *20 Yale J.L. & Tech*, pp. 103-140.
- BUAT-MÉNARD, Eloi y GIAMBIASI, Paolo (2017): “La mémoire numérique des décisions judiciaires”, *Recueil Dalloz*: p. 1483.
- BUHMANN, Alexander, PASSMANN, Johannes y FIESELER, Christian (2019): “Managing algorithmic accountability: Balancing reputational concerns, engagement strategies, and the potential of rational discourse”, *Journal of Business Ethics*. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10551-019-04226-4> Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- BUOCZ, Thomas (2018): “Artificial Intelligence in Court: Legitimacy Problems of AI Assistance in the Judiciary”, *Retskraft - Copenhagen Journal of Legal Studies*, vol. 2, N° 1, pp. 41-56.
- BURRELL, Jenna (2016): “How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms”, *Big Data & Society*: pp. 1-25.
- BUSCH, Christoph (2018): “Algorithmic Accountability”, *Abida Gutachten* (Berlin, Bundesministerium für Bildung und Forschung).

- BUTTARELLI, Giovanni (2018): "Choose Humanity: Putting Dignity back into Digital, Opening Speech of Debating Ethics", *Public Session of the 40th Edition of the International Conference of Data Protection Commissioners*, pp. 1-8.
- CADIET, Loïc (2017): "L'open data des décisions de justice"., *Rapport à Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice*. Disponible en: [http://www.justice.gouv.fr/publication/open\\_data\\_rapport.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/open_data_rapport.pdf) Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- CALLIESS, Graf-Petter (2014): *Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß? Gutachten A zum 70. Deutschen Juristentag* (Hannover, München, Beck).
- CAMPOLO, Alex y CRAWFORD, Kate (2020): "Enchanted determinism: Power without responsibility in artificial intelligence", *Engaging Science, Technology, and Society*, N° 6: pp. 1-19.
- CAPONI, Remo (2015): "Il processo civile telematico tra scrittura e oralità", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXIX, Fasc. 1, pp. 305-313.
- CARNEIRO, Davide y otros (2014): "Online dispute resolution: an artificial intelligence perspective", *Artificial Intelligence Review*, N° 41: pp. 211-225 ss.
- CHOWDHURY, Shammur y otros (2020): "Accessing the Ability of Personas to Alter Preconceptions of Audience Attributes", *Proceedings of the HCI International* (Copenhagen, Springer).
- CITRON, Danielle Keats (2008): "Technological Due Process", 85 WASH. U. L. REV., pp. 1249-1269.
- COTTIN, Marianne (2019): "L'open data des décisions de justice: un bouleversement de l'espace jurisprudentiel ?", en FERRAND, Frédérique, KNETSCH, Jonas y ZWICKEL, Martin (coords.), *Die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich* (Erlangen, Fau U. Press) pp. 293-310.
- DALKE, Dean (2013): "Can Computers Replace Lawyers, Mediators and Judges?", *The Advocate*, N° 9: pp. 703-720.
- DONDERO, Bruno (2017): "Justice prédictive: la fin de l'aléa judiciaire ?", *Recueil Dalloz*: pp. 532-530.
- DOSHI-VELEZ, Finale y KIM, Been (2017): "Towards A Rigorous Science of Interpretable Machine Learning", *ArXiv:1702.08608 [Cs, Stat]*.
- EDWARDS, Lilian y VEALE, Michael (2018): "Enslaving the algorithm: From a 'Right to an Explanation' to a 'Right to Better Decisions'?", *IEEE Security and Privacy*, vol. 16, N° 3: pp. 46-54.
- ENDERS, Peter (2018): "Einsatz künstlicher Intelligenz bei juristischer Entscheidungsfindung", *Juristische Ausbildung*: pp. 721-733.
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (2018): "European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment", *CEPEJ*: pp. 16-36.
- FELZMANN, Heike y otros (2020): "Towards Transparency by Design for Artificial Intelligence", *Science and Engineering Ethics*, N° 26: pp. 3333-3361.
- FERRAND, Frédérique, KNETSCH, Jonas y ZWICKEL, Martin (2019): "Introduction", en FERRAND, Frédérique, KNETSCH, Jonas y ZWICKEL Martin (coords.), *Die Digitalisierung des*

- Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich* (Erlangen, Fau U. Press) pp. 15-20.
- FERRARIO, Andrea, LOI, Michel y VIGANÒ, Eleonora (2019): “In AI we trust incrementally. A multi-layer model of trust to analyze human-artificial intelligence interactions”, *Philosophy and Technology*, N° 33: pp. 523-539.
- FERSINI, Elisabetta y otros (2014): “E-Mediation-Towards Smart Online Dispute Resolution”, *KMIS Knowledge Management Information System Conference Paper*: pp. 228-236.
- FRIES, Martin (2016): “Man versus Machine: Using Legal Tech to Optimize the Rule of Law”. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2842726>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- FRIES, Martin (2018): “Legal Tech in der Justiz – Zeit für einen Robo Judge?”, *Legal Tribune Online TO*, vol. 9, N° 3, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/legal-tech-digitalisierung-ziviljustiz-online-gerichtsstand-digitaler-richter/> Fecha de consulta 10 de febrero 2021.
- GALDIA, Marcus (2020): “The Comparative Element in Comparative Legal Linguistic”, *Comparative Legilinguistics*, vol. 43: pp. 57-76.
- GARAPON, Antoine (2017): “Les enjeux de la justice prédictive”, *JCP G Juris Classeur Périodique Generale*: pp. 31-45.
- GENN, Hazel (2012): “Why the Privatisation of Civil Justice is a Rule of Law Issue”, *36th F.A. Mann Lecture, Lincoln's Inn*, 19. 11: p. 16. Disponible en <https://www.ucl.ac.uk/laws/sites/laws/files/36th-f-a-mann-lecture-19.11.12-professor-hazel-genn.pdf>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- GIACALONE, Marco (2016): *Dispute Resolution and New IT Realities*. Tesis para optar al grado de Doctor de la Università di Napoli.
- GREGOR, Reinhard (2019): “Der Zivilprozess auf dem Weg in die digitale Sackgasse”, *Neue Juristische Wochenschrift NJW*: pp. 3429-3435.
- GREGOR, Reinhard (2019): “Richterliche Prozessführung im digitalen Zeitalter”, en FERRAND, Frédérique, KNETSCH, Jonas y ZWICKEL, Martin (coords.), *Die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich* (Erlangen, Fau U. Press) pp. 267-280.
- GÜNTHER, Jan Philipp (2016): *Roboter und rechtliche Verantwortung* (Münchenm Herbert Utz Verlag).
- HUBER, Steffan y GIESECKE, Tim (2020): “Einführung” en EBERS, Martin y otros (coord.), *Künstliche Intelligenz und Robotik* (München, Beck) pp. 2-20.
- ISHII, Kaori (2019): “Comparative legal study on privacy and personal data protection for robots equipped with artificial intelligence: looking at functional and technological aspects”, *AI & Society*, N° 34: pp. 509-533.
- JOLOWICZ, John (2000): *On Civil Procedure* (Cambridge, Cambridge University Press).
- KAMINSKI, Margot (2019): “The Right to Explanation, Explained”, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 34: pp. 189-217.
- KAUSHIK y otros (2020): “Explaining the Efficacy of Counterfactually-Augmented Data”, *ArXiv:2010.02114 [Cs, Stat]*.

- KRANS, Burt, NYLUND, Anna (2021): “Civil Courts Coping with Covid-19 – Exceptional Times, Normal Times, New Times?”, en KRANS, Burt, NYLUND, Anna (Coords.), *Civil Courts Coping with Covid-19* (The Hague, Elven International Publishing) pp. 1-5.
- KRAUSE, Paul, FOX, John y JUDSON, Philip (1993). “An argumentation-based approach to risk assessment”, *IMA Journal. of Management Mathematics*, vol. 5, N° 1 5.1: pp. 249-263.
- LARSON y otros (2016): “How we analyzed the compass recidivism algorithm”, *ProPublica*. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compass-recidivism-algorithm>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- LEE y otros (2019): “Procedural Justice in Algorithmic Fairness: Leveraging Transparency and Outcome Control for Fair Algorithmic Mediation”, *Proceedings. of the ACM on the Human-Computer Interaction*, vol. 3, No. CSCW, Article 182: pp. 1-24.
- LODDER, Aarno y THIESSEN, Ernest (2013). “The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution”. Disponible en: [http://www.mediate.com/Integrating/docs/lodder\\_thiessen.pdf](http://www.mediate.com/Integrating/docs/lodder_thiessen.pdf). Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- LOOKS, Moshe y LOUI, Ronald (2005). “Game Mechanisms & Procedural Fairness”, Conference Paper *JURIX*: pp. 1-10.
- MALGIERI, Gianclaudio (2019): “Automated Decision-Making in the EU Member States: The Right to Explanation and Other “Suitable Safeguards” in the National Legislations”, *Computer Law & Security Review*, vol. 35, N° 5, Elsevier 105327, pp. 1-26.
- McFADDEN, Trevor (2019): “Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks so”, *Wired*. Disponible en: <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- MILLAR, Jason y KERR, Ian (2016): “Delegation, relinquishment, and responsibility: The prospect of expert robots”, en CALO, Ryan, FROMKIN, Michael y KERR, Ian (coords.), *Robot Law* (London, Edward Elgar Publishing) pp. 104-118.
- MITROU, Lilia (2019): “Artificial Intelligence and Cognitive Services: Is the General Data Protection Regulation (GDPR) Artificial Intelligence-Proof?”. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3386914>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- PÉGNY, Maël, THELISSON, Eva y IBNOUHSEIN, Issam (2019): “The Right to an Explanation”, *Delphi*, N° 4: pp. 161-178.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2020): “Justicia Artificial: desafíos y oportunidades”, *REVISTA DE PROCESSO. San Pablo*, Thomson Reuter-Revista dos Tribunais. vol. 301: pp. 401-419.
- PERRY, Melissa (2017): “iDecide: Administrative Decision-Making in the Digital World”, *91 Australian Law Journal*: pp. 29-50.
- PIROTEK, Christian (2018): “Vorbild Dänemark: Digitalisierung des Zivilprozesses”. Disponible en: <https://www.cms-hs-bloggt.de/dispute-resolution/litigation/vorbild-daenemark-digitalisierung-deszivilprozesses/>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- PRÜTTING, Hanns (2018): “Rückgang der Klageeingangszahlen bei den staatlichen Gerichten”, *DRiZ Deutsche Richterzeitung*: pp. 62-75.
- RICHARDS, Neil y SMART, William (2016): “How Should the Law Think About Robots?”, en CALO, Ryan, FROMKIN, Michael, KERR, Ian (coords.), *Robot Law* (London, Edward Elgar Publishing) pp. 5-7.



- RÜHL, Gisela (2020): “Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert”, *JuristenZeitung*, N° 75: pp. 809-817.
- RÜHL, Gisela (2020): “KI in der gerichtlichen Streitbeilegung”, en BRAEGELMANN, Tom y KAULARTZ, Markus (coords.), *Rechtshandbuch Künstliche Intelligenz und Machine Learning* (München, Beck) pp. 617-627ss.
- RULE, Colin (2017): “Designing a Global Online Dispute Resolution System: Lessons Learned from eBay”, *St. Thomas Law Journal*, N° 13: pp. 354 y 366.
- SALMINEN, Joni y otros (2020): “Persona Transparency: Analyzing the Impact of Explanations on Perceptions of Data-Driven Personas”, *International Journal of Human-Computer Interaction*, vol. 36, N° 8: pp. 788-800.
- SALTER, Shannon (2017): “ODR and Justice System Integration: B.C.’s Civil Resolution Tribunal”. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, N° 34: pp. 112-120.
- SAMEK, Wojciech y MÜLLER, Klaus-Robert (2019). “Towards Explainable Artificial Intelligence”, en SAMEK, Wojciech y otros (coords.), *Explainable AI: Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning* (Suiza, Springer International Publishing) pp. 5-22.
- SAUVÉ, Jean Marc (2018): *Ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation, La justice prédictive. Actes du colloque du 12 février* (Paris, Dalloz).
- SCHWAB, Klaus (2016): “The Fourth Industrial Revolution: what it means and how to respond”. Disponible en: [www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/](http://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/). Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- SELBST, Andrew y POWLES, Julia (2017): “Meaningful Information and the Right to Explanation”, *International Data Privacy Law*, vol. 7, N° 4: pp. 233-242.
- SPECHT, Florian (2019): “Chancen und Risiken einer digitalen Justiz für den Zivilprozess”, *Multimedia & RechtMR*: pp. 153-162.
- STADLER, Astrid (2020): “Grenzen der Inkassozession nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz”. *Besprechungsaufsatz zu BGH*, Urt. v. 27.11.2019, VIII ZR 285/18, JZ 7/2020: pp. 321-331.
- STATISTISCHES BUNDESAMT (2019): “Fachserie 10 Reihe 2.1 Rechtspflege”, *Zivilgerichte*: pp. 12-20.
- STEFFEN, Till (2018): “Recht muss auch im Kleinen wirken”, *DRiZ Deutsche Richterzeitung*: pp. 334- 350.
- SOURDIN, Tania (2015): “The Role of the Courts in the New Justice System”, *7 Yearbook on Arbitration and Mediation*, pp. 95-116.
- SOURDIN, Tania (2018): “Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making”, *UNSW Law Journal*, Vol. 4, N° 4: pp. 1114-1133.
- SUSSKIND, Richard (2017): *Tomorrow’s Lawyers. An Introduction to Your Future* (Oxford, Oxford. U. Press).
- SUSSKIND, Richard (2019): *Online Courts and the Future of Justice* (Oxford, Oxford U. Press).
- TEUBER, Gunther (2018): “Mensch-Maschinen-Verbänden und Multi-Agenten-Systemen”, *Archiv für Civilistische Praxis*: pp. 155-198.

- THEVENOT, François (2019): "L'open data et justice prédictive", en FERRAND, Frédérique, KNETSCH, Jonas y ZWICKEL, Martin (Coords.), *Die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich* (Erlangen, Fau U. Press).
- TOSONI, Luca (2021): "The Right to Object to Automated Individual Decisions: Resolving the Ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation", *International Data Privacy Law*, N° 24.
- TRABAJO GRUPAL LEGAL TECH (2019): "Herausforderungen für die Justiz". Disponible en: [https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2019/Fruhjahrenskonferenz\\_2019/index.php](https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2019/Fruhjahrenskonferenz_2019/index.php). Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- TRELEAVEN, Philip, BARNETT, Jeremy y SOARES KOSHIYAMA, Adriano (2019): "Algorithms: Law and Regulation", *Computer*. Disponible en: [www.computer.org/csdl/magazine/co/2019/02](http://www.computer.org/csdl/magazine/co/2019/02). Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- ULENAERS Jasper (2020): "The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?", *Asian J. Law Econ*, vol. 11, N° 2: pp. 2-40.
- VOGL, Roland (2018): "Changes in the US Legal Market Driven by Big Data/Predictive Analytics and Legal Platforms", en HARTUNG, Markus, BUES, Micha-Manuel y HALBLEIB, Gernot (coords.), *Legal Tech: die digitalisierung des rechtsmarkts* (München, Beck) pp. 53-56.
- WACHTER, Sandra, MITTELSTADT, Brent y FLORIDI, Luciano (2017): "Transparent, explainable, and accountable AI for robotics", *2/6 Science Robotics*.
- WACHTER, Sandra, MITTELSTADT, Brent y FLORIDI, Luciano (2017): "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation", *International Data Privacy Law*, vol. 7, N° 2: pp. 76-99.
- WAGNER, Jens, (2018): *Legal Tech und Legal Robots* (Wiesbaden, Springer).
- WALDMAN, Ari Ezra, (2019): "Power, Process, and Automated Decision-Making", *Fordham Law Review*, vol. 88, N° 2: pp. 613-632.
- WARREN, Agin (2018): "Using Machine Learning to Predict Success or Failure in Chapter 13 Bankruptcy Cases", *Annual Survey of Bankruptcy Law*, N° 13 (2018 WL 4293106).
- YOUNG, Chris (2019): "China Has Unveiled an AI Judge that Will 'Help' With Court Proceedings". Disponible en: <https://interestingengineering.com/china-has-unveiled-an-ai-judge-that-will-help-with-court-proceedings>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- ZARSKY, Tal (2013): "Transparent Predictions", *University of Illinois Law Review*, vol. 68, N° 4: pp. 1503-1570.
- ZERILLI, John (2018): "Transparency in Algorithmic and Human Decision-Making: Is There a Double Standard?", *Philosophy & Technology*. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s13347-018-0330-6>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.
- ZWICKEL, Martin (2018): "Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht", en BUSCHMANN, Almuth y otros (coords.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht – 3. Tagung junger Prozessrechts-wissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017*, p. 179-190.

ZUCKERMAN, Adrian (2020): "Artificial Intelligence in the Administration of Justice", en HIGGINS, Andrew (Coord.), *The Civil Procedure Rules at 20*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 291-304.

## NORMAS CITADAS

GESETZ ZU VERWENDUNG ELEKTRONISCHER KOMMUNIKATIONSFORMEN IN DER JUSTIZ (2005): *BGBI*, vol. 22: p. 837.

GESETZ ZUR ANPASSUNG DER FORMVORSCHRIFTEN DES PRIVATRECHTS UND ANDERER VORSCHRIFTEN AN DEN MODERNEN RECHTSGESCHÄFTSVERKEHR (2001): *BGBI*, vol. 13: p. 1542.

GESETZ ZUR EINFÜHRUNG DER ELEKTRONISCHEN AKTE IN DER JUSTIZ UND ZUR WEITEREN FÖRDERUNG DES ELEKTRONISCHEN RECHTSVERKEHRS (2017): *BGBI*, vol. 5: p. 2208.

GESETZ ZUR FÖRDERUNG DES ELEKTRONISCHEN RECHTSVERKEHRS MIT DEN GERICHTEN (2013): *BGBI*, vol. 10: p. 3786.

GESETZ ZUR REFORM DES VERFAHRENS BEI ZUSTELLUNGEN IM GERICHTLICHEN VERFAHREN (2001): *BGBI*, vol. 25: p. 1206.

GESETZ ZUR REFORM DES ZIVILPROZESSES (2001): *BGBI*, vol. 27: p. 1887.

LOI N° 2016-1321 DE 2016, RÉPUBLIQUE NUMÉRIQUE.

LEY N° 20.886 de 2015, MODIFICA EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, PARA ESTABLECER LA TRAMITACIÓN DIGITAL DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES.

DIRECTIVA N° 2013/11/EU DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 2013, RELATIVA A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO Y POR LA QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO N° 2006/2004 Y LA DIRECTIVA N° 2009/22/CE.

ZIVILPROZESSORDNUNG ALEMAN.

## JURISPRUDENCIA CITADA

ALEMANIA

Supremo Tribunal Federal alemán en BGH NJW-RR (2009) pp. 357, 358.

## SITIOS WEB INSTITUCIONALES VISITADOS

<https://www.online-schlichter.de> Fecha de consulta 10 de febrero 2021.

<https://www.ombudsmann.at>. Fecha de consulta 10 de febrero 2021.

<https://verbraucher-schlichter.de/>. Fecha de consulta 10 de febrero 2021.

<https://smartsettle.com/products/smartsettle-one/>. Fecha de consulta 10 de febrero 2021.

<https://www.ris.bka.gv.at/>. Fecha de consulta 10 de febrero 2021.



# LA FORMA COMO DEBE DECIDIR EL JUEZ HÉRCULES. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DESDE LA VISIÓN DE RONALD DWORKIN. ESTUDIO DE CASO BASADO EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

*THE WAY HOW JUDGE HERCULES SHOULD DECIDE. ANALYSIS AND  
DESCRIPTION OF THE THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION FROM  
THE VISION OF RONALD DWORKIN. ESTUDY OF CASE BASED IN  
THE COLOMBIAN JURISPRUDENCE*

DAVID MODESTO GÜETTE HERNÁNDEZ\*  
ANGIE CAROLINA RODRÍGUEZ CUADRADO\*\*

**RESUMEN:** A lo largo de estas líneas se pretende realizar una reconstrucción de la metodología decisoria del juez Hércules, para luego, mostrar a los lectores la importancia que supone la aplicación de los criterios de integridad y coherencia al momento de interpretar las normas jurídicas, así como la incidencia que tienen estos enfoques en las decisiones judiciales, la manera en cómo varían estas cuando se omiten y cuando se toman en consideración; lo anterior se hará aplicado a la interpretación que se le otorgó a la regla contenida en el artículo 121 del Código General del Proceso (Estatuto Procesal Colombiano) por parte de los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes al omitir en su actividad interpretativa los criterios de integridad y coherencia devinieron en la previsible declaratoria de inenforceabilidad de la nulidad de pleno derecho contenida en esta norma por parte de la Corte Constitucional.

**Palabras clave:** Integridad, coherencia, interpretación, norma jurídica, decisiones judiciales.

**ABSTRACT:** Along these lines, it is intended to show to the readers the importance that supposes the application of the criteria of integrity and coherence to the moment to interpret the juridical norms, as well as the incidence that these approaches have in the judicial decisions, the way in which these vary when they are omitted and when they are taken into consideration; the foregoing will be applied to the interpretation that was granted to the rule contained in the article 121 of the General Code of the Process (Colombian Procedural Statute) by the judges of the ordinary jurisdiction, who by omitting the criteria of integrity and coherence, became the foreseeable declaration of non-enforceability of the nullity of full right contained in this norm by the part of the Constitutional Court.

**Keywords:** Integrity, coherence, interpretation, legal norm, judicial decisions.

---

\* Abogado egresado de la Universidad Libre de Barranquilla, especialista en responsabilidad y seguros, Magister en Derecho y Doctor en Derecho Egresado de la Universidad del Norte. Juez de la Republica. Docente Universidad Libre de Barranquilla, e Investigador INCOM. Dirección electrónica: guettedavid@hotmail.com. Código postal: 080002181.

\*\* Abogada egresada de la Universidad del Magdalena, graduada con distinción meritatoria a la mejor egresada de la facultad. Dirección electrónica: angiecrodriguez@gmail.com. Código postal: 080002181.

## I. INTRODUCCIÓN

En las presentes líneas pretendemos describir la manera en la que debe decidir el prototipo de juez dworkiniano, denominado por él cómo juez Hércules. Para esto se realiza una sistematización a partir de las lecturas de Ronald Dworkin con el propósito de reconstruir lo que sería su teoría de la argumentación jurídica, o, dicho de otro modo, la metodología argumentativa que debe utilizarse en las decisiones judiciales. Para realizar la reconstrucción planteada, y con el propósito de ilustrar y concretarla en la práctica judicial, se utilizará como punto de referencia un debate que se suscitó en la jurisprudencia colombiana en torno a la aplicabilidad de una figura procesal denominada como nulidad de pleno derecho.

El trabajo tendrá 2 divisiones fundamentales: (i) la construcción o reconstrucción de lo que sería la teoría de argumentación jurídica de Ronald Dworkin; y (ii) La manera en cómo ella se aplicaría en la práctica judicial. La primera fase, será eminentemente teórica, y abarca una metodología básica bibliográfica. La segunda fase es un análisis jurisprudencial, donde se identifican todas las decisiones que se emitieron en torno a la interpretación del artículo 121 del CGP, para luego realizar una comparación entre estas y la metodología identificada.

## II. LA NOVELA EN CADENA COMO CRITERIO ILUSTRADOR DE LA METODOLOGÍA ARGUMENTATIVA DEL JUEZ HÉRCULES DWORKINIANO

“Muchos de los que estaban en el puerto sabían que a Santiago Nasar lo iban a matar... En realidad, mi hermana Margot era una de las pocas personas que todavía ignoraban que lo iban a matar... Nuestra casa estaba lejos de la plaza grande, en un bosque de mangos frente al río. Mi hermana Margot había ido hasta el puerto caminando por la orilla, y la gente estaba demasiado excitada con la visita del obispo para ocuparse de otras novedades. Habían puesto a los enfermeros acostados en los portales para que recibieran la medicina de Dios, y las mujeres salían corriendo de los patios con pavos y lechones y toda clase de cosas de comer, y desde la orilla opuesta llegaban canoas adornadas de flores. Pero después de que el obispo pasó sin dejar su huella en la tierra, la otra noticia reprimida alcanzó su tamaño de escándalo. Entonces fue cuando mi hermana Margot la conoció completa y de un modo brutal: Ángela Vicario, la hermosa muchacha que se había casado el día anterior, había sido devuelta a la casa de sus padres, porque el esposo encontró que no era virgen. Sentí que era yo la que me iba a morir, dijo mi hermana. Pero por más que volteaban el cuento al derecho y al revés, nadie podía explicarme cómo fue que el pobre Santiago Nasar terminó comprometido en semejante enredo. Lo único que sabían con seguridad era que los hermanos de Ángela Vicario lo estaban esperando para matarlo”<sup>1</sup>.

Relata Gabriel García Márquez, el fatal desenlace de un desprevenido habitante de una pequeña población de inmigrantes, erigida en los albores de un río que servía para esa época en una Colombia rural de canal de comunicación y comercio. Santiago Nasar habría de morir solo con leer el título de la obra y en sus iniciales páginas se podría avistar que los

<sup>1</sup> GARCÍA MÁRQUEZ (1981) p. 65.

hombres que lo esperaban con cuchillos arrojados en hojas de periódico iban a ser quienes perpetraran el brutal acto, justificado en el honor mancillado de su hermana que una noche antes había sido devuelta por quien debiera ser su esposo, aduciendo que previamente había perdido la virginidad.

El lector de la “Crónica de una muerte anunciada”, advertirá desde el título de la obra que alguien va a morir, y no podrá pasar por alto después de las primeras hojas que será Santiago Nasar. Si luego de dos capítulos leídos, se les encomendara la tarea de continuar escribiendo el desenlace de la historia, deberías si eres responsable con la lectura y los personajes, encontrar una forma adecuada para terminar con la vida de Santiago. Sería esta la manera como Dworkin ilustraría a sus lectores como concibe su manera de argumentar, develando dos de sus pilares: la integridad y la coherencia. Así, la metodología, tanto de la novela como de la decisión judicial, están llamadas a conectarse en esos pilares, evitando que sea el azar quien defina ya sea como se continúa con la novela o la decisión emitida por el juez.

La novela en cadena<sup>2</sup> que se construye como una especie de red, en la que muchos novelistas se dedican a escribir en ella, debiendo quien releve a su anterior, interpretar los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente, requiriéndose para escribir el suyo, conocer los anteriores, de esa forma poder conservar la coherencia<sup>3</sup> y preservar la integridad del texto.

A través de esta metáfora pretende ilustrar una metodología de argumentación. La novela en serie es la que escriben los jueces en sus providencias. De esa manera, cada uno deberá tener en cuenta lo que se ha escrito antes, para que el producto de esa novela guarde coherencia e integridad sin dejar de lado ningún aspecto de los que hasta el momento se ha escrito. Haciendo alusión con esta idea, a la mejor manera de producir derecho.

Con esta concepción del derecho, Dworkin pretende asemejar la interpretación de las normas jurídicas a la interpretación literaria, pues en ambos casos el autor debe propender por realizar la mejor interpretación de la obra, y siendo el juez uno de esos autores de la novela en cadena, tiene a su cargo la responsabilidad de determinar cuál es la interpretación que mejor se adapta al capítulo que se está desarrollando. Lo antes mencionado, supone entender que *a simili* las decisiones que conforman el ordenamiento jurídico se moldean teniendo en cuenta las interpretaciones precedentes y la tradición, por lo que no pueden interpretarse de manera aislada sino teniendo en cuenta lo que ha ocurrido para advertir lo que puede ocurrir.

<sup>2</sup> A través de esta metáfora pretende ilustrar la complejidad a la que puede enfrentarse el intérprete a la hora de aplicar una norma jurídica de la cual no es autor, pues “debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varias manos diferentes”: DWORKIN (1988) p. 167.

<sup>3</sup> Para RUIZ (2006) p. 23: “La palabra coherencia o la alusión a que algo es coherente, en un sentido usual y común, hace referencia a la conexión, relación o unión de unas cosas, entres o ideas con otras, sin que se produzcan fisuras o contradicciones”. La coherencia constituye un término con una amplia carga emotiva, y su propósito es indicar una característica positiva, de manera que en un sentido formal “es una cualidad del sistema en cuya virtud cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo dentro del sistema en cuestión”. PRIETO (2011) p. 131; cuando nos referimos a la noción de coherencia, hacemos referencia a la existencia de un derecho vigente constituido por un conjunto heterogéneo de disposiciones asistemáticas, dispersas incompletas, contradictorias e imprecisas, sobre las cuales debe buscarse soluciones en un nivel superior a la sola lógica e identificar los valores, intereses, objetivos y principios que apoyan cada posición.

Vemos que, así como existieron en esta célebre obra de Crónica de una muerte anunciada muchos acontecimientos que permitían conocer el desenlace que le esperaba al protagonista antes de que ocurriera. Lo que Dworkin identifica como coherencia e integridad, como elementos guías para el escritor de novela, constituyen también para el juez al momento de emitir una decisión judicial, las herramientas para elegir la interpretación adecuada a las normas jurídicas que conforman el sistema. No deja de ser, sin embargo, abstracto un modelo argumentativo que utilice como referencia analógica a una novela, requiriéndose delimitar con precisión los pilares que subyacen a ambas y que permitirán precisar la propuesta.

### III. LA NOCIÓN DE INTEGRIDAD. PRIMERO DE LOS PILARES NECESARIOS EN EL MODELO ARGUMENTATIVO DE RONALD DWORKIN

Es importante destacar que para Dworkin el derecho es una práctica interpretativa que toma en consideración la integridad del sistema<sup>4</sup>. Esa práctica interpretativa no es meramente descriptiva, sino por el contrario, incorpora un contenido moral y holista, en el que necesariamente deba identificarse el propósito y los valores que dan sentido al significado de los conceptos. A partir de esta idea sostendremos que la propuesta argumentativa de Dworkin, identifica una fase de metodología jurídica, y otra de metodología ética, ambas imbuidas dentro del concepto de integridad. La noción de integridad es entonces el eje de lo que podemos llamar como su propuesta argumentativa.

La noción de integridad tiene como propósito atribuir un orden o sistematicidad a un conjunto de normas jurídicas positivas, pero, además, constituirse en un ideal ético que debe perseguirse o tratar de alcanzarse en la mayor medida de lo posible al momento de decidir. La primera visión supone entender el sistema normativo como un panorama que amalgama lo legal con lo constitucional; lo que implica cambiar el paradigma hermenéutico realizando un viraje obligatorio de uno literal<sup>5</sup> o sistemático-litera<sup>6</sup>, inclusive uno gené-

<sup>4</sup> DWORKIN (1988) p. 164.

<sup>5</sup> El método literal desarrollado por la escuela de la exégesis propugna la completud y racionalidad *a priori* – de la ley, basado en la idea de un legislador racional y sabio, que se arropaba con un manto de divinidad, producto de la creencia influenciada por el iusnaturalismo teológico medieval según la cual, la ley se conformaba por el contenido del querer de Dios, conllevando a que el juez como aplicador del derecho, debiera atenerse al sentido literal de lo establecido en ella. Sostiene SOLANO (2016) p. 171: esta escuela, que tuvo su origen en Francia con la codificación napoleónica, se soportó en el llamado “mito del legislador racional”; la expresión “exégesis” tiene su origen en la hermenéutica de los textos sagrados; exégesis es, precisamente, “interpretación de los textos sagrados”.

<sup>6</sup> Cuando planteamos el necesario viraje del paradigma interpretativo no nos referimos únicamente al que se lleva a cabo a partir de la interpretación gramatical o exegética, incluimos la genética o intención del legislador e inclusive la sistemática, en esto nos apoyamos con GARCÍA (2003) p. 96 y ss; cuando sostiene que hablar de una interpretación eminentemente sistemática, supone necesariamente deber indagar únicamente en el contexto de lo escrito, lo que implica la letra y la intención del legislador. VALENCIA (1987) Tomo I, p. 48 y ss; por ejemplo, sostiene que tiene como propósito identificar los términos lingüísticos de la norma a interpretar con el grupo gramatical de las normas relacionadas. La referencia necesaria de este viraje, tiene su razón además, en el cambio de ideología política que sirve a cada uno, en tanto, el método literal, y genético surgen históricamente en torno a unos intereses capitalistas que surgieron de la mano con la revolución francesa propugnando por sobre todo, por la previsibilidad de las decisiones de los jueces en concreción del principio democrático, para de esa manera evitar que estos interpretaran, la ley a su arbitrio, e impusieran la voluntad diferente a la



tico<sup>7</sup>, a uno teleológico<sup>8</sup> o sistemático-finalista. Bajo este esquema, y de acuerdo con López Medina, “la aplicación formalista del texto debe ceder ante el propósito cuando, por alguna circunstancia, el texto parezca llevar a resultados contrarios a los que conduciría el fin normativo”<sup>9</sup> de esa manera “el fin o propósito no se encuentra en la intención, sino en una reconstrucción plausible de los fines permisibles y legítimos que las normas deben cumplir en las nuevas circunstancias”<sup>10</sup>. De acuerdo con Alexy, la aplicación de este método “se caracteriza porque quien argumenta se refiere no a fines de personas realmente existentes en el pasado o en el presente, sino más bien a fines racionales o prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente”<sup>11</sup>. Este método supone necesariamente apelar a los fines o causalidad de la ley<sup>12</sup>, se trata de fines sociales que el intérprete debe descubrir, “para lo cual se inspirará en el sentido de la hora presente y en el sentido político, es decir en la comprensión de los valores de la comunidad”<sup>13</sup>.

Así y teniendo en cuenta que la integridad es cuestión de principios; y que los principios son reglas generales que pueden expandirse y contraerse en forma orgánica, y responder a las necesidades de los individuos que hacen parte de la sociedad sin la necesidad de una legislación detallada e inclusive sin adjudicación en cada punto de posible conflicto —que además hacen parte de una red que supedita la coherencia de las decisiones, en tanto se respeten los principios—, se requiere necesariamente identificarlos, debido a que la interpretación de la ley depende de ellos.

La concepción de integridad desde la óptica de la adjudicación impone que “los jueces deben concebir el cuerpo de la ley que administran como una totalidad y no como un conjunto de decisiones discretas que se pueden tomar o enmendar una por una, sin nada más que un interés estratégico en el resto”<sup>14</sup>. Así pues, observar el derecho desde este principio adjudicativo de integridad se puede considerar como una teoría que le permite al juez interpretar las normas desde la mejor perspectiva posible, siendo más cuidadoso, imaginativo y amplio en su búsqueda de los principios y valores que le subyacen<sup>15</sup>.

---

del legislador. MANRIQUE (2014) p. 125 y ss; Así, tal y como lo establece Calvo (1994) p. 68: “La escuela de la exégesis envuelve el principio político de la división de poderes, el principio constitucional básico de las nuevas democracias liberales, y el principio de legalidad sobre el que descansa la legitimación del ejercicio del poder administrativo y judicial”.

<sup>7</sup> Para ALEXY (2007) p. 229; el argumento genético atiende a la voluntad del legislador, o los fines que persiguió el legislador.

<sup>8</sup> ALEXY (2007) p. 231: En su teoría de la argumentación jurídica se refiere al argumento teleológico indicando que el mismo “presupone un análisis detallado de los conceptos de fin y de medio, así como de los conceptos vinculados a éstos de voluntad, intención necesidad práctica y fin”. Lo subdivide en argumentos teleológicos-subjetivos y objetivos. A la primera definición se acerca desde nuestro parecer al argumento genético, indicando que éste se relaciona con las finalidades previstas por el legislador, los segundos y al que nosotros nos referimos como teleológico o finalista.

<sup>9</sup> LÓPEZ (2006) p. 36.

<sup>10</sup> LÓPEZ (2006) p. 38.

<sup>11</sup> ALEXY (2007) p. 232.

<sup>12</sup> MANRIQUE (2014) p. 310.

<sup>13</sup> ISAZA (2020) p. 86.

<sup>14</sup> DWORKIN (1986) p. 125.

<sup>15</sup> DWORKIN (1988) p. 161.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, la interpretación y comprensión del derecho en este escenario cambia, de manera que no puede solamente realizarse desde el ámbito legal. También debe existir una amalgama con lo constitucional, en la medida que en la constitución ya no solo existen criterios negativos en cuanto limitaciones de la función del estado en torno a la restricción de las libertades del individuo sino que además se establecen criterios positivos, en tanto obligaciones del estado para garantizar, ejecutar y concretar los derechos (del individuo) en su relación con el estado, y las diversas a este. Esto conlleva que la constitución se proyecte hacía las relaciones entre particulares de manera que no opera de manera vertical regulando relaciones entre el Estado y el individuo, bajo el binomio libertad-autoridad; y a su vez opera de manera horizontal, regulando relaciones en las que no interviene el estado, como puede ser individuo-individuo<sup>16</sup>.

La segunda visión de la integridad desde la visión de Dworkin<sup>17</sup>, se equipara con la idea de moralidad personal, y apunta al intérprete, invitándolo a convertirse en una persona moral íntegra cuyo actuar es recto e intachable. De esta manera se debe analizar el derecho como un conjunto en donde no solo existen proposiciones normativas dentro del ordenamiento jurídico sino también principios coherentes y directrices políticas que justifican o dan sentido a aquellas reglas. La visión del derecho como integridad de Dworkin implica que el intérprete de la obra conciba a las normas jurídicas como el resultado de las convicciones y los valores que han marcado a una determinada comunidad política a partir de lo que aquella ha vivido. Por ello, los jueces al momento de aplicar el derecho, se encuentran compelidos a interpretar el contenido tanto explícito como implícito que se encuentran condensados en estos preceptos para poder construir la mejor interpretación posible. Lo anterior supone comprender que dentro de su capacidad interpretativa, el juez deba asumir una actitud de respeto frente a la integridad del ordenamiento jurídico para optar siempre por elegir la interpretación más correcta o acertada. De allí que se conciba a la integridad como un valor o ideal en sí mismo que debe estar subordinado a los demás.

En este punto sostiene Dworkin<sup>18</sup> que las interpretaciones son estados de preferencias que necesariamente deben ser una proyección de aquello que se considera lo mejor posible y que por lo tanto permite alcanzar el éxito. Esta idea de interpretación parte del presupuesto del entendimiento de que cuando se interpreta se busca alcanzar el éxito, de manera que la interpretación que se realice debe necesariamente considerarse es la mejor para alcanzar a cumplir determinados objetivos que se representan en los valores subyacentes a las reglas interpretadas. Esta visión de integridad se parece mucho a la idea desarrollada por Finnis<sup>19</sup>, sobre la razonabilidad práctica, claro, sin aglutinar en su idea, sus requerimientos<sup>20</sup>. Desde esta visión el juez cuando elige entre alternativas interpretativas debe

<sup>16</sup> Esta característica la denomina ZAGREBELSKY (2008) p. 81 como eficacia directa horizontal.

<sup>17</sup> DWORKIN (1988) p. 125.

<sup>18</sup> DWORKIN (2014) p. 190 y ss.

<sup>19</sup> FINNIS (2011) p. 100 y ss.

FINNIS (2011) p. 190 y ss.

<sup>20</sup> FINNIS (2011) p. 100 y ss. plantea una categoría de lo razonable que se adquiere luego de cumplir con unas exigencias, que se alcanzan al respetar una metodología de sujeción a 7 principios que él denomina como: bienes básicos, y 9 exigencias de la razonabilidad práctica.

responder a interrogantes como: ¿Qué es lo que quiero para mi vida?, ¿Qué quiero para la vida de los demás?, ¿Qué quiero para el sistema? Al responder esos interrogantes, no puedo querer para mi vida, nada distinto de lo que querría para los demás, de manera que mi plan de vida como individuo, debe acoplarse con el sistema y la sociedad.

#### IV. CONTORNOS MÁS CONCRETOS A LA NOCIÓN DE INTEGRIDAD Y SU ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DE COHERENCIA

Las grandes críticas que se enarbolan contra la propuesta de Dworkin, radican entre otras, en la falta de concreción de sus tesis y en últimas, lo abstracto de sus propuestas. Trataremos en las líneas que siguen, en suplir esas deficiencias. Así, desde la primera visión que anunciamos, la manera de concretar la noción de integridad es relacionándola con la de coherencia. Al hacer esto, le damos un contenido lógico a la noción holista de interpretación, y con ello apropiamos como herramienta para las decisiones, las inferencias o conexiones lógicas entre las reglas del sistema. Tengamos en cuenta que la coherencia, llamada por MacCormick<sup>21</sup> como “consistencia”, es una propiedad lógica y de pertenencia de reglas al sistema, requisito que se satisface cuando la decisión “se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas”<sup>22</sup>. Pérez Bermejo<sup>23</sup> la desglosa en 3 exigencias: (i) Consistencia local; (ii) Interconexión; y (iii) Unidad.

La Consistencia local, se refiere a una determinada área del sistema<sup>24</sup>. Se aplica la consistencia local en una decisión cuando se busca encajar la interpretación en un área, o materia específica del sistema. La interconexión busca encontrar la mayor cantidad de inferencias o conexiones lógicas posibles, de manera que pueda hablarse de una red como un tejido tupido que se proporcione apoyo recíproco. Es algo así como la existencia de los respaldos que apoyen una determinada regla. Desde esta perspectiva, cuando se trata de lograr esta interconexión, se busca apoyo de una decisión en la mayor cantidad de principios. El tercer criterio es la unidad, que supone elegir aquella interpretación que responda de mejor manera al sistema en conjunto, evitando el desorden, y las contradicciones.

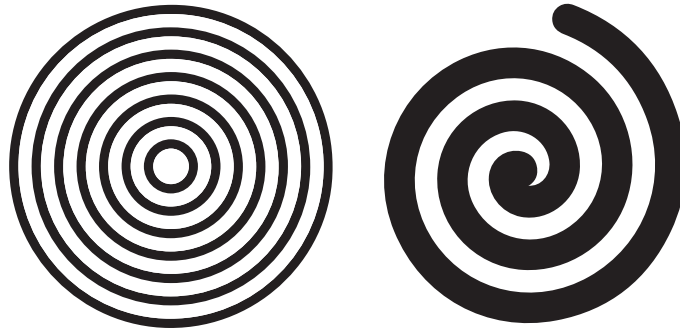
Para ilustrar esta noción de coherencia, pensemos en el sistema como un conjunto de círculos que se conectan con la ayuda de una espiral. Cada círculo constituirá un área del sistema. Por ejemplo, el derecho civil, el comercial, el procesal civil, el constitucional. El espiral tiene la función de interconectar las unidades más pequeñas con las más grandes, para lograr que exista una unidad. El juez al decidir, debe iniciar siempre por las unidades locales que representen el área específica de estudio y explorar todas las posibilidades decisorias en las restantes unidades hasta llegar a la constitución. Lo anterior puede representarse con la siguiente imagen:

<sup>21</sup> MACCORMICK (1978) p. 129 y ss.

<sup>22</sup> ATIENZA (2005) p. 117.

<sup>23</sup> PÉREZ BERMEJO (2015) pp. 191-193.

<sup>24</sup> Para MENDONCA (2008) p. 173; la noción de sistema normativo consiste en lo sustancial, “en la posibilidad que existe de determinar las soluciones jurídicas para una materia dada, de extensión variable pero siempre limitada”. El sistema normativo así, será aquel que correlacione consecuencias (soluciones) con diferentes situaciones (casos).



Pensemos por ejemplo que voy a decidir sobre el mérito probatorio de un contrato que ha sido falsificado, y que la decisión debe tomarla un juez de la especialidad civil. Al decidir, debo explorar posibilidades decisorias no solo del proceso civil, además, del código civil, del código penal, del código de procedimiento penal, y finalmente de la constitución. Luego de ello tendré una serie de posibilidades decisorias sobre las cuales debo elegir. La consistencia tiene como propósito permitirle al decisor, explorar e identificar todas las posibilidades decisorias.

En este escenario la jurisprudencia cumple un papel relevante al identificarse en ella muchas conexiones lógicas, y sobre todo responder al principio de equidad. No significa que sea el único criterio, pues muy a pesar de que puedan existir respuestas en el precedente, siempre debe tenerse en cuenta la segunda dimensión anunciada, tal y como lo veremos.

La segunda dimensión anunciada del concepto de integridad es la ética. Desde esta dimensión, el juez debe elegir de entre las posibilidades decisorias aquella que en mayor medida responda al valor de la justicia. Tengamos en cuenta que la integridad aspira a la equidad, pero también a la justicia material. Es decir, a que se resuelvan los problemas como en el pasado, pero también a abrir la puerta a decisiones distintas, siempre que ellas propicien alcanzar el postulado de justicia material, teniendo en cuenta que a veces la decisión más justa no es la más consistente.

Es muy extenso hablar de una teoría de la justicia en Dworkin, en tanto se trata de uno de los temas más desarrollados en sus obras. Nosotros en aras de plantear una metodología decisonal del juez Hércules, pensaríamos que este luego de cumplida la primera dimensión, deberá siempre preguntarse ¿Cuál de las posibles decisiones es justa? Este planteamiento nos acerca a la aporía fundamental que plantea Viehweg<sup>25</sup>, y aun cuando sigue siendo muy genérico, constituye un buen punto de referencia.

Pues bien, la respuesta a la pregunta estará delimitada por compromisos personales, y la responsabilidad que asumimos ante ellos, teniendo en cuenta, además, que las decisiones que toma el juez, como individuo tienen una incidencia política<sup>26</sup>. Al llevar a un plano político las decisiones se impone la obligación al juez el deber de decidir como lo haría el legislador (no solo el tribunal constitucional, cualquier juez que interprete la constitución

<sup>25</sup> VIEHWEG (2007) p. 56 y ss.

<sup>26</sup> DWORKIN (1988) p. 140.

en virtud de la noción de integridad) y por ende, debe velar por garantizar el beneficio de la comunidad. Este beneficio, se analiza desde la visión democrática desarrollada por Dworkin, quien considera que no se trata de una decisión de mayorías, sino de una decisión asociativa que supone la defensa de los intereses de cada ciudadano<sup>27</sup>, intereses que se definen en caso de desacuerdo, no tomando en cuenta la mayor cantidad que apoyen la una o la otra, sino las razones que se utilizan para apoyarlas. Por lo tanto, la razón que deba elegirse, se define a partir de argumentos.

Esta razón definitoria será elegida por las convicciones de quien decide, y al final, será una cuestión concretada en lo que se considera debe ser lo mejor, y lo será aquella que convierta al derecho en la mejor realización comunicativa posible, que en palabras de Dworkin<sup>28</sup>, responden a aquella refleje a la comunidad desde una mejor perspectiva. Se trata de una decisión dialógica, que toma en cuenta los intereses en conflicto para buscar un punto con el que ambos estén comprometidos, teniendo como referencia siempre, el interés general. La manera más concreta que explica Dworkin<sup>29</sup> referente a esa decisión la denomina pragmatismo jurídico, y supone que el juez al decidir deba mirar al futuro, identificando las consecuencias de las decisiones, eligiendo la que genere mayor bienestar o que logre maximizar en mayor medida los intereses de la población. Se trata de una manera de decidir a partir de consecuencias.

## V. IMPORTANCIA DE UN MODELO ARGUMENTATIVO QUE UTILICE LA INTEGRIDAD Y COHERENCIA

Tengamos en cuenta que en Colombia, la Constitución de 1991 que actualmente rige, supuso un viraje en torno a la estructura del Estado y su relación con los particulares, pues comenzamos a hablar de categorías normativas extrañas a la Constitución de 1886, tales como los derechos fundamentales, y con ello lo que Alexy llama o denomina “el efecto de irradiación”<sup>30</sup>. Esta noción supone entender que los principios iusfundamentales son supremos e influyen en todo el sistema jurídico. Apareció de la mano con esta nueva filosofía, un tribunal constitucional encargado de ser el guarda del nuevo modelo, con los poderes suficientes para hacer valer o privilegiar aquellas interpretaciones que respondieran a ella, expulsando del sistema las que lo contradiga<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> DWORKIN (2008) p. 168.

<sup>28</sup> DWORKIN (1988) p. 185.

<sup>29</sup> DWORKIN (2007) p. 31 y ss.

<sup>30</sup> Para ALEXY (2012) p. 507; las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.

<sup>31</sup> La Corte Constitucional Colombiana de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política de 1991, tiene como funciones: Numeral 4. “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

Esta visión del sistema irradiado por principios implica necesariamente la existencia de una red<sup>32</sup> que se entrelaza entre lo legal y lo constitucional, conllevando que se convierta el derecho en lo que Dworkin conoce como una práctica interpretativa<sup>33</sup> que solo puede entenderse a partir de la noción de integridad y coherencia, lo que por contera supone que el sistema sea la conjunción entre lo sucedido por la jurisprudencia, la ley y los principios constitucionales. Lo anterior justifica la posibilidad de aplicar la metodología del juez Hércules al momento de decidir, y garantizar a partir de ella, resultados favorables. Permite esta nueva visión ayudar a solucionar los problemas por existencia de antinomias<sup>34</sup> y lagunas axiológicas<sup>35</sup>.

Insistimos en que se quiere mostrar es una metodología de interpretación que asume como presupuestos las nociones de novela en cadena, las de integridad y coherencia. Para describir la manera en que consideramos debe aplicarse, reconstruiremos el debate que se anunció al inicio, y que gira respecto a las dos interpretaciones posibles frente al artículo 121 del CGP.

## VI. RECONSTRUCCIÓN DE LA DISCUSIÓN PLANTEADA POR LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 121 DEL CGP

En Colombia a partir de la entrada en vigor del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), se llevó a cabo un viraje en la filosofía que se cimentó a partir del precepto contemplado en el artículo 11<sup>36</sup> del estatuto procesal, el cual quiso constitucionalizar el

---

<sup>32</sup> Para OST y VAN DE KERCHOVE (2018) La validez de un sistema no puede verse ya, simplemente desde la perspectiva piramidal que explicaba en su momento Kelsen (2013); y que hacía depender la validez del sistema de una norma fundante básica no puesta, sino supuesta o presupuesta, que supeditaba la validez del sistema al procedimiento de creación contenido en la constitución; más allá lo supedita a dos elementos adicionales: la efectividad o validez fáctica, y la legitimidad o validez axiológica. Sobre la primera OST y VAN DE KERCHOVE (2018) p. 354; sostienen que ella se entiende como “la capacidad de la norma para orientar el comportamiento de sus destinatarios en el sentido deseado por el legislador”, pero que además comprenda tanto los efectos previstos e imprevistos teniendo siempre en cuenta que con ella se deba alcanzar el objetivo esperado, y evitar resultados simbólicos lo que solo se logra dando una mirada en la sociedad y los efectos producidos por la norma. La legitimidad por su parte la describen como aquel criterio “que pretende apreciar la validez de los actos y normas jurídicas bajo el rasoero de valores metapositivos”: OST y VAN DE KERCHOVE (2018) p. 362.

<sup>33</sup> DWORKIN (1988) p. 164.

<sup>34</sup> Para MORESO y VILAJOSANA (2004) p. 105; las antinomias por su parte surgen cuando un caso tiene, o está correlacionado con al menos dos soluciones incompatibles entre sí.

<sup>35</sup> Según ALCHOURRÓN y BULYGIN (2013) p. 156; existen lagunas normativas y lagunas axiológicas, indicando que las primeras surgen por la falta de solución en el sistema; las segundas surgen en aquellos sistemas que si bien existen soluciones “la solución existente es axiológicamente inadecuada”. De esa manera, en las lagunas axiológicas, el caso tiene una solución (de lo contrario será una laguna normativa) posible en el sistema, sin embargo, una vez llevada a cabo la interpretación de la fuente, y una vez realizado el proceso de normativización, encontramos que la misma es contradictoria con el conjunto de valores, intereses y principios que conforman el sistema.

<sup>36</sup> LEY N° 1564 de 2012, Art. 11. Interpretación de las normas procesales “Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias”.

proceso para dar prelación al derecho sustancial sobre las formas, concretando de esa manera el mandato contenido en el canon 228 constitucional<sup>37</sup>. Dentro de las consecuencias prácticas que se generaron con esta disposición fue cambiar la visión del proceso a aquella que no lo viera como receptor de derechos fundamentales, sino que buscara la defensa de los sujetos que se encuentran inmersos en él; por ende, se flexibilizan los trámites, implicando que no exista vulneración de derechos del proceso, sino vulneración de derechos de los sujetos procesales, de manera que el proceso ya no será un fin en sí mismo sino un medio para un determinado fin<sup>38</sup>.

Con todo esto, se quiso presentar un estatuto con un elevado grado de coherencia interna<sup>39</sup> en orden a priorizar el derecho sustancial; empero, ello no fue del todo así, pues se presentaron contradicciones entre esa filosofía diseñada para caracterizarse por su flexibilidad, con interpretaciones que convertían al proceso en un receptor de derechos fundamentales y a la vez sostenían que la violación a trámites previstos en él, implicaran *per se* vicios que no podrían ser saneados.

La discusión puntual que queremos advertir surgió en torno a la llamada nulidad de pleno derecho contemplada en el artículo 121. La figura tenía como propósito ponerle fin a la problemática de la mora judicial en el país, fijando un límite máximo de un año para proferir sentencia de primera instancia en aras de garantizar la tutela judicial efectiva<sup>40</sup>, contemplando en los eventos que no se respetara, una consecuencia jurídica consistente en una sanción procesal de pérdida de competencia del funcionario judicial y la nulidad insaneable de todas las actuaciones que fueren proferidas con posterioridad a dicho lapso, inclusive, la sentencia.

Frente a esta llamada nulidad de pleno derecho se ventilaban 2 posiciones: (i) una que la consideraba contradictoria a la filosofía del nuevo estatuto procesal; y (ii) otra que la consideraba acorde a ella. A la postre la discusión fue zanjada por una decisión de la Corte Constitucional, en la que asumió la primera postura.

En las líneas que siguen reconstruiremos la discusión que se generó en la jurisprudencia colombiana, haciendo especialmente énfasis en las razones fundamentales esgrimidas en las decisiones, para a la postre justificar la manera en cómo la Corte Constitucional llevó a cabo una metodología argumentativa propia del juez Hércules. Con esto se busca mostrar, cómo se aterriza la propuesta argumentativa en la práctica, haciendo para ello un recorrido en las decisiones erradas tomadas por las Cortes que conforman la jurisdicción

<sup>37</sup> Para TEJEIRO (2017) pp. 1-32; el nuevo estatuto procesal incorpora como pilares los principios de informalidad y elasticidad, el primero contemplado en el artículo 11, le prohíbe al juez exigir formalidades innecesarias, garantizando con ello erradicar la cultura del formalismo inútil; el segundo llamado también de flexibilidad legal le permite al juez manejar el proceso sin encuadramientos ni formulas férreas, exigiéndole al juez el uso del sentido común, el debido proceso, la razonabilidad y la proporcionalidad.

<sup>38</sup> Esta filosofía es reconocida por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-095 de 2001, C-316 de 2002, C-622 de 2004, C-086 de 2016.

<sup>39</sup> ROJAS (2016) p. 19.

<sup>40</sup> CHAMORRO (1994) p. 11: “Entiéndase por tutela judicial efectiva el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales”.

ordinaria, hasta llegar a la decisión tomada por la Corte Constitucional, donde declaró inconstitucional un artículo del código procesal civil vigente, que fue recurrentemente interpretado de manera indebida y que a la postre generó toda la controversia estudiada.

## VII. ANÁLISIS DE LAS DECISIONES EMITIDAS EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 121 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

### 1) SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia<sup>41</sup> en sus diferentes salas, es la máxima autoridad judicial en materia civil, penal y laboral. El primer pronunciamiento que realizó sobre el tema se encuentra en la Sentencia 8849 del año 2018<sup>42</sup> en donde se decidió sobre la impugnación del fallo proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro de la acción de tutela promovida por Hernán Quezada contra los juzgados Tercero Civil Municipal y Noveno del Circuito, a través de la cual pretendía la invalidez de todo lo actuado dentro del proceso declarativo que había promovido el accionante contra la empresa Allianz Seguro S.A pues según él los falladores de instancia, habían incurrido en un defecto sustantivo. El *ad quo* al seguir conociendo del proceso cuando había perdido competencia en virtud del artículo 121 del C.G.P. y el *ad quem* por interpretar de manera errónea tal nulidad, aduciendo que aquella aunque era de pleno derecho, resultaba saneable.

En las consideraciones de esta providencia la CSJ manifestó que los jueces de instancia cometieron un desafuero al desconocer lo reglado por el artículo 121 del Código General del Proceso e incluir una salvedad que no estaba regulada legalmente, vulnerando así el debido proceso del accionante pues el plazo para dictar sentencia contemplado por la norma procesal corre de forma objetiva y por ende la nulidad que allí se establece opera de “pleno derecho”, es decir, no le es aplicable el principio de invalidación o saneamiento porque esto contradiría el querer del legislador de imponer a los jueces la obligación de dictar sentencia en un lapso perentorio.

La Corte interpretó como principio subyacente para amparar su decisión, el de celeridad, pues se consideró que la nulidad prevista como sanción procesal por el artículo 121 del C.G.P debía ser entendida desde la finalidad objetiva que la norma persigue, esto es, la estipulación de plazos perentorios para la resolución de los litigios. Se hace referencia a que la intención del legislador era establecer la obligación en los operadores de justicia de dictar sentencia en un determinado tiempo, sin tener en cuenta las circunstancias o cambio alguno que puedan surgir en el ejercicio de aplicación de la administración de justicia e incluso en la realidad del país, mostrando un criterio interpretativo genético<sup>43</sup>, que denota sobre

<sup>41</sup> En adelante CSJ.

<sup>42</sup> Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil (11 de julio de 2018) Stc8849-2018 [Mp. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo].

<sup>43</sup> Para ALEXY (2007) p. 229; el argumento genético atiende a la voluntad del legislador, o los fines que persiguió el legislador. La voluntad del legislador es solo una razón para una interpretación. Incluyen enunciados sobre la voluntad del legislador. Para aplicarlos se expresa “que una determinada interpretación expresa el tenor de la norma, la voluntad del legislador o el fin de la norma”.



todo un ideal apegado a la escuela de la exégesis<sup>44</sup>. Se advierte que la interpretación utilizada mira únicamente en el microsistema normativo del estatuto procesal civil, por lo que en términos dworkinianos, puede decirse que solo utilizó a una consistencia local.

La Sentencia 14822 del año 2018<sup>45</sup> resolvió en segunda instancia la acción de tutela instaurada por Transportes Armenia S.A. en contra de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá solicitando dejar sin efectos la providencia proferida por ese cuerpo colegiado. Adujo el solicitante que la decisión había desconocido el precedente jurisprudencial proferido por la CSJ, al haberse tenido en cuenta lo manifestado en la sentencia de la Corte Constitucional T-341 de 2018 en donde se establece la posibilidad de ser saneable la nulidad de pleno derecho contenida en la norma en mención, porque se trataba de un pronunciamiento con efectos *inter partes* y no *inter comunis*.

La CSJ en esta sentencia reiteró la hermenéutica de interpretación que fue en principio plasmada en la Sentencia 8849-2018, consistente en que el anotado plazo de la norma procesal para dictar sentencia corre de forma objetiva, salvo interrupción o suspensión del litigio, sin que esta postura fuera cambiada por lo mencionado en la jurisprudencia constitucional (Sentencia T-341/18). Además, consideró que el juez de primera instancia erró en su decisión al establecer una nueva salvedad a la norma consistente en que se había saneado la nulidad porque ninguna de las partes alegó la pérdida de competencia de la autoridad con anterioridad al fallo de primer grado, situación que no contemplaba la norma. Como vemos, en esta providencia la CSJ justifica su sentencia basada simplemente en el principio de equidad, que es un presupuesto lógico de la coherencia, pero que de la manera en que se utilizó, olvida hacer cualquier razonamiento sobre criterios de justicia material, dejando de lado la dimensión ética que debe tener en cuenta el juez al decidir.

La Sala Laboral de la CSJ, a través de la sentencia 3703 de 2019<sup>46</sup> decide sobre la impugnación formulada por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca contra el fallo proferido por la Sala de Casación Civil en el trámite de la tutela que promovió José Arturo Mórtigo Pinzón en contra de un Juzgado Civil del Circuito de Funza. El accionante presentó demanda de prescripción extintiva de acción cambiaria y cancelación de hipoteca en contra del Banco Av. Villas, pretensiones que fueron resueltas de manera favorable por el juzgado promiscuo municipal de Cota y cuya decisión fue objeto de recurso de apelación por parte del demandado. En virtud de ello el proceso fue remitido al juzgado civil del Circuito de Funza, despacho que declaró la nulidad de pleno

<sup>44</sup> Para la escuela de la exégesis la completud y racionalidad *a priori* – de la ley, se basada en la idea de un legislador racional y sabio, que se arropaba con un manto de divinidad, producto de la creencia influenciada por el iusnaturalismo teológico medieval según la cual, la ley se conformaba por el contenido del querer de Dios, conllevando a que el juez como aplicador del derecho, debiera atenerse al sentido literal de lo establecido en ella. Sostiene SOLANO (2016) p. 171: “Esta escuela, que tuvo su origen en Francia con la codificación napoleónica, se soportó en el llamado “mito del legislador racional”; la expresión “exégesis” tiene su origen en la hermenéutica de los textos sagrados; exégesis es, precisamente, interpretación de los textos sagrados. La función del intérprete consiste en descubrir la voluntad del legislador, quien es una “mina inagotable de sabiduría jurídica”, a partir de la literalidad del texto”.

<sup>45</sup> Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. (14 de noviembre de 2018) Sentencia 14822-2018/2018-02896 [Mp. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo].

<sup>46</sup> Corte Suprema De Justicia, Sala Laboral. (13 de marzo de 2019) StJ3703-2019. [Mp. Castillo Cadena, Fernando].

derecho de todo lo actuado al considerar que se había materializado la falta de competencia del despacho según lo establecido en el artículo 121 del Código General del Proceso. El tribunal accionado desestimó la falta de competencia y devolvió el proceso al juzgado Civil del Circuito de Funza manifestando que el término previsto en el artículo 121 del Código General del Proceso para decidir en segunda instancia sobre el asunto no había transcurrido, teniendo en cuenta que el nuevo juez se había posesionado recientemente y por razones hermenéuticas en caso de cambio de titular del despacho judicial debe computarse el término nuevamente a partir de que el funcionario ha entrado a ocupar el cargo.

Teniendo en cuenta los hechos antes mencionados, la sala laboral de la CSJ planteó como problema jurídico determinar si el cambio de funcionario de conocimiento del proceso justificaba un nuevo conteo del término establecido en el artículo 121 del CGP, pues la norma no precisa sobre aquellas circunstancias particulares que pueden presentarse en el curso de un proceso, como acontece en este caso, sobre el cambio de juez del despacho; evidenciándose así un vacío legal. Frente al problema jurídico planteado la Sala consideró que el tribunal no incurrió en ninguna vulneración de los derechos fundamentales del accionante pues las razones para no declarar la nulidad se debieron a las circunstancias particulares del caso como lo fue el cambio de funcionario de conocimiento del proceso. Se apoyó en la tesis de la Corte Constitucional (Sentencia T-341 de 2018), precisando que era necesario flexibilizar la nulidad de pleno derecho, siempre y cuando se respete la garantía del plazo razonable; teniendo en cuenta que las nulidades procesales son una medida de última ratio debido a los efectos adversos que ella genera para los usuarios de la administración de justicia y que repercute en una mayor demora en resolver los procesos a su cargo.

Esta última decisión no asumió idéntica postura a la de los pronunciamientos previamente reseñados<sup>47</sup>, (2 de la CSJ y 1 de la Corte Constitucional) aún así, se mostraron simpatizantes a la tesis de la comisión redactora desarrollada por la Sala de Casación Civil, sin embargo se distanciaban de aquella en su noción de coherencia, en la medida que no se limitaron a identificar relaciones lógicas y una solución interpretativa basada en un criterio de autointegración<sup>48</sup> o consistencia local que denomina Dworkin, más allá acogieron un criterio de interpretación que atendía las diversas circunstancias que pueden acontecer en el desarrollo del proceso, lo que se acompasa con la dimensión ética a la que hicimos referencia.

Finalmente, la Sala de Casación Civil de la CSJ en la Sentencia 12660 de 2019<sup>49</sup> expone una nueva consideración respecto del término para dictar sentencia contemplado en el artículo 121 del C.G.P, manifestando que este no corre de forma objetiva, sino que por su naturaleza subjetiva ha de consultar realidades de cada proceso; como el cambio de titularidad de un despacho vacante. Sostuvo la CSJ que en el caso de que un nuevo funcionario tomara posesión como juez o magistrado de un despacho judicial se reiniciará el cómputo del término de duración del plazo razonable señalado en la norma procesal.

<sup>47</sup> Ver: Sentencia 8849 (2018), Sentencia 14828 (2018), Sentencia 14507 (2018).

<sup>48</sup> Para BOBBIO (1992) pp. 230-231. La integración normativa puede ser de dos tipos: la Auto integración y la Heterointegración. La primera hace referencia aquellos casos en los que las lagunas se superan utilizando reglas de la misma legislación. La segunda se supera a partir de otra ley o a una fuente de naturaleza extralegal, es decir los principios.

<sup>49</sup> Sala De Casación Civil. (18 de septiembre de 2019) Sentencia 12660-2019. [Mp. Luis Alonso Rico Puerta].

Sin embargo, el magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo se apartó de dicha decisión y salvó su voto, pues no compartía el carácter subjetivo que se le dio al término previsto en la norma, para él la Corporación se apartó del reiterado precedente que desde el 11 de julio de 2018 había venido construyendo la Sala acerca de “la forma en que debe implementarse una política pública dirigida a solucionar la mora judicial como uno de los principales problemas que enfrenta la administración de justicia colombiana”. Manifestó que el fenómeno de la mora judicial es un problema estructural (no coyuntural) de nuestra Nación, que amerita soluciones basilares basadas en políticas públicas como la incorporada, precisamente, por el artículo 121 del Código General del Proceso, fundada en la objetividad del término de duración de los trámites y la nulidad de pleno derecho de las actuaciones tardías.

## 2) SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Por su parte y contrario al análisis desarrollado por la CSJ, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-341 de 2018<sup>50</sup>, abordó la revisión del fallo de segunda instancia en el proceso de tutela promovido por Sandra Agudelo contra el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Civil Familia; adujo la accionante que se le vulneró su derecho fundamental al debido proceso, señalando que aun cuando en primera instancia se había dictado sentencia, el Tribunal de segunda instancia declaró la nulidad de lo actuado, sosteniendo que la sentencia de primera instancia se dictó por fuera del término previsto en el artículo 121 del Código General del Proceso. El problema jurídico sustancial que resolvió la Corte Constitucional a través de esta providencia fue determinar si existió defecto orgánico por la presunta pérdida de competencia de la primera instancia como resultado de la violación al término establecido por el artículo 121 del Código General del Proceso, y si en efecto, por tal irregularidad se deben anular todas las actuaciones que fueren surtidas con posterioridad a la impugnación resuelta por el tribunal en segunda instancia.

Al resolver el problema en cuestión, la Corte consideró que si bien el legislador fijó el término del juez para decidir, no debía únicamente este ceñirse al tenor literal, puesto que se conjugan diversos aspectos de relevancia constitucional que deben tenerse en cuenta al momento de construir un criterio hermenéutico, tales como la garantía del plazo razonable y el principio de lealtad procesal. En ese sentido y dentro del marco de tales garantías constitucionales, señaló que era posible que fuere convalidada la actuación judicial extemporánea, cuando lo que se busque sea la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial y la obtención de resultados normativos institucionales.

En la misma providencia, el máximo tribunal Constitucional identificó unas subreglas adicionales que incorporó al sentido literal de la disposición, señalando que los únicos eventos en que la actuación extemporánea del funcionario judicial no podrá ser convalidada y procedía la pérdida de competencia, eran los siguientes: “(i) Que la pérdida de competencia se alegue por cualquiera de las partes antes de que se profiera sentencia de

<sup>50</sup> Corte Constitucional, Sala Primera De Revisión De Tutelas. (24 de agosto de 2018) Sentencia T-341 [Mp. Carlos Bernal Pulido].

primera o de segunda instancia, (ii) que el incumplimiento del plazo fijado no se encuentre justificado por causa legal de interrupción o suspensión del proceso; (iii) así mismo, que no exista prórroga de la competencia por la autoridad judicial; (iv) que la conducta de las partes no evidencie un uso desmedido, abusivo o dilatorio de los medios de defensa judicial durante el trámite de la instancia correspondiente; (v) que la sentencia de primera o segunda instancia, no se haya proferido en un plazo razonable”.

Por lo anterior, es claro que la construcción del criterio hermenéutico de interpretación de la Corte Constitucional, va más allá del sentido literal de la disposición y abre paso a una interpretación global del texto teniendo en cuentas las circunstancias de cada caso en concreto, los principios que rigen el ordenamiento jurídico y los fines prácticos de la administración de justicia.

Pero la discusión no acabó allí, en tanto, como se hizo ver el criterio acogido fue dubitativo, de manera que era unas veces acogido otras no. La definición del tema la realizó la Corte Constitucional en la sentencia T-443 de 2019, en ese momento al resolver una demanda de inconstitucionalidad promovida contra las reglas contenidas en el artículo 121 del Código General del Proceso. Al evaluar la constitucionalidad de la disposición, examinó en primer lugar, la finalidad con la cual el órgano legislativo diseñó la norma y segundo, teniendo en cuenta que la contribución a la eficacia y celeridad de la disposición es directa; el ejercicio analítico se encaminó a sopesar el aporte de la norma en la consecución de dicho objetivo frente al eventual sacrificio iusfundamental en términos de garantías procesales como el derecho al debido proceso y el derecho de acceso a la justicia.

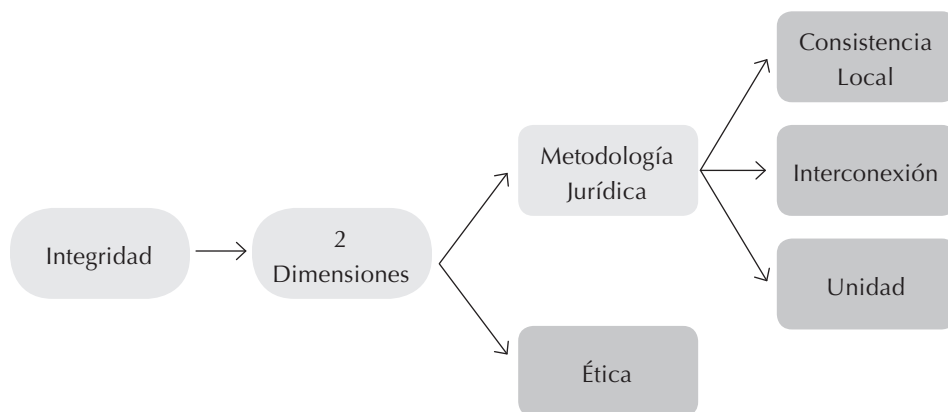
Frente al anterior análisis, la Sala concluyó que la nulidad automática de las actuaciones procesales que se surten con posterioridad a la pérdida automática de competencia del funcionario judicial era una medida legislativa incompatible con la Constitución Política, pues además de no contribuir a la materialización de una justicia oportuna, resulta ser un obstáculo para lograr ese objetivo porque entorpece el desarrollo tanto de los trámites que se surten en la administración de justicia como el funcionamiento del sistema judicial como tal.

Sostuvo que la calificación “de pleno derecho” parece sugerir que la nulidad opera automáticamente y sin necesidad de declaración judicial, lo que en realidad abre un nuevo debate sobre la validez de las decisiones y de las actuaciones adelantadas por el juez que ha perdido la competencia, pero que, pese a lo anterior, ha dado continuidad al trámite judicial; anulando así otros principios sustantivos inherentes a la función jurisdiccional como el derecho a la resolución oportuna de las decisiones judiciales, el derecho de acceso a la administración de justicia, el derecho al debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial.

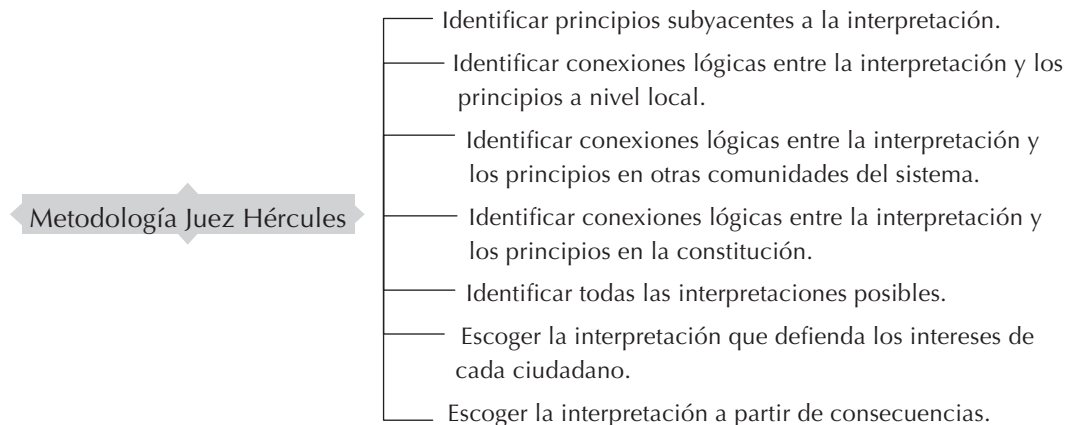
Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, se declaró la inexecutable de la expresión “de pleno derecho” contenida en el inciso 6 del artículo 121 del Código General del Proceso y la exequibilidad condicionada del resto del inciso, en el entendido de que la nulidad que se establece debe ser alegada por las partes antes de proferirse sentencia, esto es, cuando expiren los plazos establecidos por el artículo 121 del Código General del proceso para dictarla y que dicha nulidad es saneable en los términos del artículo 132 y subsiguientes del estatuto procesal.

### VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LAS RAZONES POR LAS QUE CONSIDERAMOS QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL APLICA LA METODOLOGÍA DEL JUEZ HÉRCULES DWORKINIANO

Asumiremos que las decisiones del juez Hércules deben tener en cuenta (i) una dimensión de metodología jurídica y (ii) una dimensión ética. Podemos resumir la metodología anterior con el siguiente gráfico:



La dimensión (i) debe buscar relaciones lógicas tanto a nivel local, como a nivel externo y constitucional. Finalmente debe tomar en cuenta el precedente. Todo con el propósito de ubicar alternativas decisorias posibles. La dimensión (ii) debe analizar las alternativas posibles y escoger entre ellas, teniendo en cuenta la mejor interpretación posible. Para realizar esa elección analizará las razones que utilizan cada una, y escogerá la que mejor defienda los intereses de cada ciudadano. Cuando no pueda encontrar esos equilibrios de manera clara, proyectará su decisión en la sociedad, identificando las posibles consecuencias que tenga cada una en el entorno social, realizando una proyección al futuro, para determinar la que en sus efectos logre maximizar los intereses de la población.



Teniendo en cuenta la metodología descrita, analizaremos las decisiones identificadas, que fueron las siguientes:

RADICADO	SENTENCIA	CORPORACIÓN	SÍNTESIS DE LA DECISIÓN
76001-22-03-000-2018-00070-01	STC 8849-2018	Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil.	La CSJ consideró que la nulidad prevista en la norma debía ser entendida de manera objetiva a partir de la finalidad que con la misma se persigue, consistente en la imposición de un plazo razonable para que los jueces dicten sentencia, sin contemplar ningún tipo de circunstancia que puedan surgir en el ejercicio de aplicación de la administración de justicia.
11001-02-03-000-2018-02896-00	STC 14822-2018	Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil.	Se reitera la hermenéutica de interpretación que justifica que el anotado plazo para dictar sentencia previsto en la norma procesal corre de forma objetiva, sin que puedan alegarse salvedades que no han sido previstas.
T-6.708.920	T-341-18	Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional.	La Corte Constitucional determinó que era posible que fuere convalidada la actuación judicial extemporánea del juez, cuando lo que se busca sea la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, puesto que se conjugan diversos aspectos de relevancia constitucional que deben tenerse en cuenta al momento de construir un criterio hermenéutico.
83305	STL 3703- 2019	Corte Suprema De Justicia, Sala Laboral.	Se toma en cuenta la tesis de la Corte Constitucional (Sentencia T-341 de 2018), precisando que se debe flexibilizar la nulidad de pleno derecho contenida en la norma, siempre y cuando se respete la garantía del plazo razonable; pues los efectos que aquella genera implica una mayor demora del proceso.

11001- 02-03-000-2019-01830	STC 12660-2019	Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil.	Se expone una nueva consideración respecto del término para dictar sentencia, manifestando que este no corre de forma objetiva, sino que por su naturaleza subjetiva ha de consultar realidades de cada proceso; como el cambio de titularidad de un despacho vacante.
D-12981	T-44319	Sala Plena de la Corte Constitucional.	La Corte determina como medida legislativa incompatible a la Constitución Política la nulidad contemplada en la norma, pues además de no contribuir a la materialización de una justicia oportuna, resulta ser un obstáculo para lograr ese objetivo porque entorpece el desarrollo tanto de los trámites que se surten en la administración de justicia como el funcionamiento del sistema judicial como tal.

De las decisiones asumidas en el tema, podemos sostener que los jueces de la CSJ en su sala de Casación Civil, al interpretar el capítulo que les encomendaron de la novela en cadena, no le otorgaron la más conveniente, pues solo tuvieron en cuenta en su enfoque la finalidad que perseguía el legislador, consistente en establecer plazos razonables para dictar sentencia dentro del proceso. Omitieron en la novela que escribían, que dicha norma no aportaba a la consecución de la mejor interpretación posible, sino, la mejor interpretación querida por el legislador. De esa manera, al querer materializar el derecho a un plazo razonable planteando una nulidad con un carácter insaneable, desconocían otras garantías procesales como lo son el acceso efectivo a la administración de justicia, el derecho al debido proceso y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, cuyo propósito esencial es reconocer que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar otros fines.

Lo anterior se explica porque al contener la norma una nulidad insaneable y una sanción de pérdida de competencia del juez por vencimiento del término para concluir la respectiva instancia, en la práctica esto llevaba a tener que anular la decisión judicial aunque con ella se resolviera conforme al derecho positivo la controversia; lo que a su vez implicaba prolongar más allá de los plazos previstos por la norma la resolución del caso, debido a que el funcionario que perdía competencia debía enviar el proceso al juez que le seguía en turno para llevar a cabo nuevamente todas las actuaciones, inclusive las relativas a la recolección del material probatorio, que ya habían sido adelantadas pero que fueron

declaradas nulas de pleno. De esta manera no era posible que los sujetos procesales tuvieran una garantía real y efectiva de que la controversia fuera resuelta en un plazo razonable.

A partir de lo expuesto es plausible deducir que los novelistas de la cadena no tuvieron en cuenta la dimensión ética de la decisión judicial al momento de interpretar el contenido del artículo 121. El desafuero se veía reflejado en las consecuencias sociales de su interpretación, esto como se dijo, producto de olvidar aplicar la dimensión ética. De esa manera y con el fin de imprimirle celeridad a los procesos a través de una sanción procesal, no se tuvo en cuenta, que ello no solo no contribuía a tal objetivo sino que se convertía en un obstáculo para su consecución impactando de manera en otros principios y derechos fundamentales.

La decisión de exequibilidad emitida por la Corte Constitucional al interpretar el mismo artículo, realiza un análisis que introduce en los argumentos, una realidad social y la posibilidad que exista un abuso del derecho en la interpretación asumida por la Sala de Casación Civil de la CSJ, aplicando con esto el sentido pragmático que debe tener la dimensión ética para reflejar la consecuencia de la justicia. Es cierto que juzgar a partir de consecuencias supone necesariamente aplicar un razonamiento empírico<sup>51</sup>, que se asume a partir de una regla de la experiencia, y que en él inciden las convicciones de quien lo realiza. Tengamos en cuenta, que la metodología dworkiniana del juez Hércules, más allá de ser objetiva, propender por llevar un mensaje que debe alcanzarse en la mayor medida de lo posible.

La inexequibilidad de la disposición por parte de la Corte Constitucional, termina demostrando como la falta de entendimiento de la integridad del derecho y la idea de la novela en cadena, inciden en la creación e interpretación de la ley. Si bien se pone de presente en la discusión un conflicto entre principios que sirven de base a una interpretación; la falta de aplicación de lo que debe entenderse como la mejor interpretación posible, de cara a la noción de justicia, incide de manera significativa en las decisiones asumidas. Así, las 2 primeras decisiones de la CSJ, fueron limitadas dentro de su visión de integridad, tomaron en cuenta únicamente la visión del legislador. Este tipo de visiones termina desconociendo la complejidad de la decisión judicial<sup>52</sup>, y redundando gravemente en la concreción del valor de la justicia.

---

<sup>51</sup> Este tipo de razonamiento toma en consideración las reglas de la experiencia del juez. Somos de la tesis que la experiencia es una fuente con la que cuenta el juez al momento de decidir, y ella no se limita únicamente al razonamiento probatorio; esta se caracteriza por constituirse en enunciados universales dentro de un razonamiento, y se componen por percepciones sensoriales construidos a partir de la experiencia perceptiva. Para ABELLUCH (2015) p. 46; se trata de reglas no jurídicas, de carácter valorativo derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano superior. Puede criticarse la idea que la experiencia constituye una fuente de derecho, sin embargo consideramos que es desconocer totalmente la sinergia del juicio de proporcionalidad que toma como base la Corte Constitucional, especialmente cuando aplica el principio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual sosteniéndose en ALEXYS; requiere necesariamente determinar la seguridad de las apreciaciones empíricas al momento de asignar los pesos imaginarios a los derechos fundamentales en conflicto, juicio este que necesariamente incorpora la experiencia de quien lo lleva a cabo.

<sup>52</sup> Sobre la complejidad de la decisión judicial encontramos a GUETTE (2019) pp. 259-279; quien expresa que no puede entenderse el proceso como un mero juicio silogístico, y más allá existen en algunos eventos circunstancias que exceden la previsión del juez al momento de llevar a cabo un control previo del proceso.



Empero, la sala de Casación civil de la CSJ, no solo obvió aplicar una dimensión ética de la decisión; aplicó en indebida forma la dimensión metodológica. Esto en la medida que solo utilizó criterios de coherencia local, sin analizar dentro del sistema en total, si podía encontrar otro tipo de conexiones lógicas que pudieran otorgar diversas respuestas para elegir entre ellas.

Como lo señala Dworkin, cada juez debe verse a sí mismo al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas, son la historia, siendo su responsabilidad la de continuar esa historia hacia el futuro. Debe pensar que debe interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos. Reiteramos, esa empresa debe verse en un conjunto, con todas sus divisiones. En este caso no fue así, insistimos, pues solo con revisar decisiones previas de la Corte Constitucional, era posible preservar la cadena y garantizar la coherencia necesaria para escribir la novela, ¡pero no!, se olvidó la Sala de Casación Civil de la CSJ, que existían una serie de decisiones sobre el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y que ellas ejercían un efecto al interior del sistema.

En efecto, la Corte Constitucional desde 1995 con la sentencia C-029 de 1995 había venido sosteniendo que “las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas”<sup>53</sup>. Si al menos se hubieran tomado en consideración las sentencias que sobre el tema se habían emitido, las posibilidades decisorias hubieran sido distintas.

---

<sup>53</sup> Encontramos además la sentencia C-596 de 2000, y C-131 de 2002 donde se lleva a cabo un recorrido importante para sostener que el derecho procesal se encuentra impregnado por el derecho constitucional, dejando de lado el positivismo riguroso que de otrora guiaba la visión interpretativa de los jueces. Sostuvo la Corte Constitucional: “Uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo es el derecho procesal. En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa; era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales y la protección de las garantías que lo integraban solo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador. Así, no llamaba a interés el hecho de que, en materia de derechos, la sustancia que se tenía entre manos se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían puntos de contacto con lo que era objeto de controversia.

Pero esa dimensión del derecho procesal ha sido superada pues el constitucionalismo ha rescatado las garantías centenariamente elaboradas como contenidos del derecho procesal para vincularlas inescindiblemente a la realización de las normas sustanciales. Las ha dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden. Las ha redimensionado para darles ahora el carácter de facultades irrenunciables, históricamente consolidadas y positivizadas; esto es, para advertir en ellas derechos fundamentales.

Con ello, ha dotado al proceso de una nueva racionalidad pues ya no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera sino de realizarlas reconociendo esas garantías irrenunciables pues su respeto ineludible también constituye una finalidad del proceso (...).”

También se encuentran dentro de todo el desarrollo de la línea existente sobre el exceso de ritual manifiesto. Sin ser exhaustivos podemos citar las siguientes decisiones: T-1306 de 2001, T-1123 de 2002, T-950 de 2003, T-974 de 2003, T-289 de 2005, T-1091 de 2008, T-052 de 2009, T-264 de 2009, T-268 de 2010; entre muchas otras.

Vale decir, y sin la pretensión de tener la última palabra, que de buena fe, tanto la Sala de Casación Civil de la Corte como la comisión redactora, quisieron garantizar decisiones basadas en un criterio de coherencia e integridad, ello al imbuir al proceso una visión de celeridad y eficiencia en el desarrollo de la figura del plazo razonable, fijando para ello términos objetivos de 1 año para la primera instancia y 6 meses para la segunda, cuyo propósito era “condicionar a la justicia a que exprese el fallo en un plazo considerable y razonable”<sup>54</sup>.

La sala de Casación Civil de la CSJ al reafirmar un precedente sobre la mora judicial<sup>55</sup>, quiso siempre desarrollar una tesis que tuviera como finalidad conminar a los operadores judiciales a actuar de manera diligente reflejado en una pronta solución de los procesos que los funcionarios judiciales tienen a su cargo. A esta siempre le preocupó el tiempo requerido para tramitar los juicios, predicando entonces que ellos no se deben someter a plazos interminables, de nunca acabar, y aduciendo que solo habría justicia si las controversias se resuelven rápida y cumplidamente, para que de esta manera la ciudadanía, crea en sus jueces y en el Estado, porque sus litigios se decidirán prontamente y sin dilaciones. Sin embargo, bien anotaba Rueda Fonseca<sup>56</sup> para el 2014, que la fijación de un plazo razonable si bien constituye un logro normativo, el mismo supone al tiempo una talanquera, en tanto se lleva a cabo un presión por vía normativa sobre los jueces, pensando en rebajar tiempos, pero sin hacer una reingeniería del enfoque oral en la administración y gestión del proceso que continúa como modelo que hizo crisis en el CPC<sup>57</sup>; anunciando en ese momento que esa figura “no promete nada” y que a la postre suponía un resquebrajamiento de la justicia al poner un término de caducidad para el ejercicio de la expresión de la soberanía del aparato judicial.

Consideramos que el gran error radicó en este aspecto, al querer sostener la garantía de plazo razonable de manera objetiva, omnímoda, o *prima facie*, sobre toda la estructura principalista del código, la constitucional, e inclusive, sobre la realidad social; al punto de sostener de manera tozuda, que se trataba de un plazo objetivo, que no podía sanearse de ninguna manera, lo que aunado al paradigma hermenéutico que se quiso sostener rompió la cadena que debía seguir la novela, desembocando en la expulsión del sistema de la disposición mediante una sentencia de exequibilidad.

Así las cosas, esta declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión “de pleno derecho”, era una crónica de una muerte anunciada, por su falta de integridad. La sentencia T -341 del 2018 fue el primer anuncio que desembocó con su inconstitucionalidad mediante sentencia C-443 de 2019.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABEL LLUCH, Xavier (2015): *Las reglas de la sana crítica* (Madrid, La ley).  
ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (2013): *Sistemas normativos* (Bogotá, Astrea).

<sup>54</sup> RUEDA (2017) pp. 33-78.

<sup>55</sup> Corte Suprema de justicia Sala de Casación Civil, STC9996, 2019.

<sup>56</sup> RUEDA (2017) pp. 33-78.

<sup>57</sup> Término utilizado para referirse al anterior código procesal civil.

- ALEXY, Robert (2007): *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales).
- ALEXY, Robert (2012): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales).
- ATIENZA, Manuel (2005): *Las razones del derecho* (México, Universidad Nacional de México).
- BERAJANO, Ramiro (2019): “Corte Constitucional vs. Código General del Proceso”. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/procesal-y-disciplinario/corte-constitucional-vs-codigo-general-del>. Fecha de consulta: 13 de enero de 2020.
- BERNAL, Carlos (2008): *El Neoconstitucionalismo a debate* (Bogotá, Universidad Externado).
- BOBBIO, Norberto (1992): *Teoría General Del Derecho* (Bogotá, Temis).
- CALVO, Manuel (1994): *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica* (Madrid, Tecnos).
- CHAMORRO, Francisco (1994): *La Tutela Judicial Efectiva Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución* (Barcelona, Bosch).
- DWORKIN, Ronald (1988): *El imperio de la justicia* (Barcelona, Gedisa).
- DWORKIN, Ronald (1989): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).
- DWORKIN, Ronald (2007): *La justicia con toga* (Madrid, Marcial Pons).
- DWORKIN, Ronald (2008): *La democracia posible* (Barcelona, Paidós).
- DWORKIN, Ronald (2014): *Justicia para erizos* (México, Fondo de Cultura Económica).
- FERRAJOLI, Luis (2006): *Garantismo* (Madrid, Trotta).
- FINNIS, John (2011): *Natural law and natural rights* (Great Britain, Oxford University Press).
- GARCÍA, Juan (2015): “Pidiendo el principio, Dworkin y la teoría del Derecho en serio”, en. SAUCA, Jose (dir.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo* (Madrid, Centro de estudios constitucionales) pp. 127-157.
- GARCÍA, Juan (2003): *Ensayos de filosofía jurídica* (Bogotá, Temis).
- GARCÍA, Gabriel (1981): *Crónica de una muerte anunciada* (Bogotá, La oveja negra, primera edición).
- GUETTE, David (2019): “El sentido del fallo contemplado en el artículo 373.5 del Código general del Proceso: lo inane de la figura”, *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 36: pp. 259-279.
- GUETTE, David (2019): “Si P entonces Q. Lógica, instanciación y norma: la importancia de la lógica en el razonamiento legal y la práctica judicial”, *Revista Filosofía UIS*, Vol. 18, N° 2: pp. 208-233.
- ISAZA, Juan (2020): *Interpretación legal y jurisprudencial* (Barranquilla, Universidad del Norte).
- KELSEN, Hans (2013): *Teoría pura del derecho* (Bogotá, Geminis).
- LOPEZ, Diego (2006): *Interpretación Constitucional* (Bogotá, Unibiblos).
- MANRIQUE, Edgar (2014): *El libro negro de la interpretación jurídica* (Bogotá, Abadía Jurídica Limitada).
- MACCORMICK, Neil (1978): *Legal reasoning and legal theory* (Great Britain, Oxford University Press).
- MENDOCA, Daniel (2008): *Las claves del derecho* (Barcelona, Gedisa).

- MORESO, Jose y VILAJOSANA, Josep (2004): *Introducción a la teoría del derecho* (Barcelona, Marcial pons).
- OST, François y VAN DE KERCHOVE, Michael (2018): *¿De la pirámide a la red? Por una teoría dialéctica del derecho* (México, Libitum).
- PÉREZ BERMEJO, Juan (2015): *El concepto de integridad en la teoría del derecho como integridad* (Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales).
- PORTOCARRERO, Jorge (2016): *La ponderación y la autoridad del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- PRIETO, Luis (2011): *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid, Trotta).
- ROJAS, Miguel (2016): *Salto al Código General del Proceso* (Bogotá, Esaju).
- RUEDA, Maria (2017): “El proceso civil a partir del código general del proceso”, en CRUZ, Horacio (coord.), *La raíz del código general del proceso: una mirada concéntrica* (Bogotá, Uniandes) pp. 33-78.
- RUIZ, Mario (2006): “Coherencia lógica y sistema jurídico”, en GARCÍA, Alonso (coord.), *Racionalidad y derecho* (Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales) pp. 23-44.
- SOLANO, Henry (2016): *Introducción al estudio del derecho* (Medellín, Universidad pontificia bolivariana).
- TEJEIRO, Octavio (2017): “El proceso civil a partir del código general del proceso”, en CRUZ, Horacio (coord.), *Principios generales del nuevo código general del proceso* (Bogotá, Uniandes) pp. 1-32.
- VALENCIA, Arturo (1987): *Derecho civil, parte general y personas*. Tomo I (Bogotá, Temis).
- VIEHWEG, Theodor (2007): *Tópica y jurisprudencia*. (Pamplona, Arazandi).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2008): “La constitución y sus normas”, en CARBONELL, Miguel (Comp.), *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos* (México, Porrúa) pp. 67-92.

## NORMAS CITADAS

- Ley N° 1564 (12/7/2012), Código General del Proceso.  
Constitucional Política de Colombia (4/7/1991).  
Decreto 1400 de 1970 (6/8/1970), Código de Procedimiento Civil.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Constitucional. Sentencia del 31 de enero de 2001. Magistrado Ponente: José Hernández Galindo. Sentencia C-095.
- Corte Constitucional. Sentencia del 30 de abril de 2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-316.
- Corte Constitucional. Sentencia del 29 de junio de 2004. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-622.
- Corte Constitucional. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia C-086.
- Corte Constitucional. Sentencia del 24 de agosto de 2018. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido. Sentencia T-341.

- Corte Constitucional. Sentencia del 21 de octubre de 2019. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia C-433.
- Corte Constitucional. Sentencia del 06 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-1306.
- Corte Constitucional. Sentencia del 12 de diciembre de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Sentencia T -1123.
- Corte Constitucional. Sentencia del 16 de diciembre de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-950.
- Corte Constitucional. Sentencia del 22 de octubre de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-974.
- Corte Constitucional. Sentencia del 31 de marzo de 2005. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-289.
- Corte Constitucional. Sentencia del 6 de noviembre de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-1091.
- Corte Constitucional. Sentencia del 30 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Manuel Cepeda Espinosa. Sentencia T-052.
- Corte Constitucional. Sentencia del 3 de abril de 2009. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-264.
- Corte Constitucional. Sentencia del 19 de abril de 2010. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-268.
- Corte Constitucional. Sentencia del 24 de mayo de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-596.
- Corte Constitucional. Sentencia del 26 de febrero de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-131.
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. Sentencia del 11 de julio de 2018. Magistrado ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Sentencia 8849-2018.
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. Sentencia del 14 de noviembre de 2018. Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Sentencia 14822-2018/2018-02896.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de noviembre de 2018. Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo. Sentencia 14507-2018.
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. Sentencia del 18 de septiembre de 2019. Magistrado Ponente: Luis Alonso Rico Puerta. Sentencia 12660-2019.
- Corte Suprema De Justicia, Sala Laboral. Sentencia del 13 de marzo de 2019. Magistrado Ponente: Fernando Castillo Cadena. Sentencia 3703-2019/83305.



CASTAÑO, Sergio Raúl (2018): *Il potere costituente tra mito e realtà* (Milán, Editorial Giuffrè) 135 pp.

El Profesor Sergio Castaño (Investigador Principal de CONICET, Catedrático de Teoría del Estado en la Universidad Nacional del Comahue, doctor en Derecho Político y en Filosofía) es un destacado académico argentino que ha consagrado buena parte de sus investigaciones a desentrañar las ideas principales del derecho político y del constitucionalismo, desde un punto de vista teórico. A él se deben importantes trabajos anteriores, como “Orden político y globalización. El Estado en la contingencia actual” (2000); “Defensa de la política” (2003); *Principios políticos para una teoría de la Constitución* (prologado por el Profesor Eduardo Soto Kloss, 2006), o *Legalidad y legitimidad en el Estado democrático constitucional* (2015).

La presente obra, que ha tenido dos ediciones castellanas (U. Católica de Cuyo, 2012; Academia de Derecho, U. Santo Tomás, Chile, 2016) aparece ahora también en lengua italiana, revisada y aumentada en la colección *Civiltà del Diritto*, de la prestigiosa editorial Giuffrè. La traducción de la obra está a cargo de Claudia Razza y Renato Cristin, académicos de la Universidad de Trieste. Se agrega además un prólogo del ilustre profesor italiano de Derecho Constitucional, Pietro Giuseppe Grasso. El libro del Profesor Castaño puede ser un gran aporte a la discusión pública por la que atraviesa en estos momentos nuestro país. De ahí el interés añadido para comentar sus interesantes planteamientos.

Desde el punto de vista de su estructura, el trabajo del Profesor Castaño se divide en dos partes: la primera se refiere al poder político en general (capítulo I), mientras que la segunda aborda el poder constituyente en especial. Esta última se divide a su vez en dos capítulos: sobre la naturaleza de la Constitución (capítulo II), y sobre el poder constituyente como función del poder político (capítulo III). Finalmente, se incluyen dos apéndices, sobre el mito de la soberanía del pueblo (capítulo IV) y sobre la objeción contrarrevolucionaria a la realidad del poder constituyente (capítulo V).

El libro contiene una multitud de aspectos que podrían dar por sí solos para una monografía. En lo que resta de este comentario me referiré a los que juzgo más relevantes, por su carácter esencial en torno al tema que aborda. Lo característico del empeño intelectual de Castaño –no solo de la obra que aquí comentamos– es su intención de situar la cuestión política en medio de un discernimiento primariamente filosófico. Semejante motivación hace que, visto en el tiempo, el conjunto de su trabajo ofrezca una utilísima continuidad. Una reflexión filosófica en materias de teoría constitucional resulta en nuestro tiempo cada vez más difícil de encontrar, dados los puntos de vista y los supuestos metodológicos de la ciencia jurídica contemporánea. De allí el aporte que significa en general esta discusión sobre la naturaleza del poder constituyente que nos ofrece el autor en el trabajo que comentamos.

Desde el punto de vista de lo específicamente político, el autor funda su existencia en la naturaleza misma de la comunidad, realizando un argumento de deducción metafísica: porque existe comunidad, hay potestad política, y ésta debe configurarse a través de la autoridad, porque si no fuera así, la muchedumbre se dispersaría. En este sentido, como afirmaba Osvaldo Lira, la autoridad política tiene un papel relevante en el orden de la cau-

salidad eficiente del ente social. Ahora bien, esta autoridad en su dimensión más constitutiva se inscribe también en el orden del accidente, por cuanto consiste en una cierta relación entre quien ejerce el mando y quien debe obedecer. Esta autoridad se vincula con la causa formal de la sociedad, en cuanto existe para dirigir las conductas de los ciudadanos hacia el bien común, concebido como el bien de la persona humana en sociedad (Cf. también, del mismo Castaño, “Notas para una fundamentación finalista del poder político”). La causa formal es este mismo fin, pero en cuanto comprendido y querido por los ciudadanos. Esto no quiere decir que, si los ciudadanos no lo comprenden o no lo quieren en acto, el bien común mute su naturaleza por otra. En aquella parte que es substantiva, el bien común depende de la intrínseca configuración de la naturaleza humana. Lo que ocurre es que, para ser causa formal, requiere una presencia intencional en los hombres que componen una sociedad aquí y ahora. Castaño maneja muy bien esta armazón argumental; su trabajo constituye una importante recuperación de categorías intelectuales sobrias y precisas, que ayudan a comprender el fenómeno político con claridad en su perspectiva más fundante.

Cosa similar ocurre cuando aborda la naturaleza de la acción de la autoridad, y sostiene que “El acto de mando, en quien ejerce el mando, entra en la categoría de *acción*. Su objeto terminativo es el precepto, el cual, por su parte, posee dos modos de existencia: en sí mismo y en su participación en el espíritu del subordinado. De allí que sea lícito decir que el acto de mando se consuma en la moción de la conducta del subordinado, producida por la obligación que genera el anoticiamiento imperativo de que ostenta un título de mando”\*. Fundamental para la “participación en el espíritu” es la comunión con el fin, como se ha dicho antes. ¿Qué ocurre cuando los ciudadanos comprenden el bien en común de distintos modos en sentido substancial? Es el problema de la ausencia de concordia política, que Castaño resuelve apelando, tal como lo hacen los clásicos, a la común unidad proporcionada por la naturaleza humana, en sentido filosófico.

Esclarecido el sentido último del poder político, el autor se concentra en determinar qué es, en sentido teórico, el poder constituyente; cuestión que, por sus propios presupuestos metodológicos, no ha sido tratada de modo radical por el constitucionalismo liberal y racionalista, que lo identifica rápidamente con “poder constituyente del pueblo”. Castaño es consciente de que destacados teóricos, compatriotas suyos, han tratado ya el tema, como Bidart Campos, (*El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*) o Nino (“El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica”). Se pregunta si existe en realidad alguien ungido de antemano con la titularidad de la autoridad suprema. Y considera que esta pregunta es equivalente a tratar de responder *a priori* algo que en realidad está condicionado por las circunstancias espacio-temporales. Pero resulta –argumenta– que no hay ningún miembro de la comunidad política que esté investido de semejante poder, en la medida en que la forma constitucional y la titularidad personal del poder pertenecen al plano de lo histórico, y no de lo esencial. En el rechazo de este principio objetivo se encuentra –afirma– el error de sostener *ex ante* una soberanía en el Estado. Tal error convertiría *a fortiori* en inválida la tesis de una soberanía del pueblo con carácter

\* CASTAÑO (2018) p. 15.



de principio universal. La idea de la soberanía popular sería así, en realidad un mito o un artificio retórico.

Una de las ideas más poderosas del trabajo es que la afirmación de que poder constituyente supone la esencia del poder político. No por su novedad, sino por el sentido que adquiere en la argumentación del autor. La Constitución expresa un conjunto de principios, qué duda cabe. Pero la cuestión que desarrolla Castaño le lleva a concluir que esos principios no son en ningún modo arbitrario, sino que disponen de un marco hermenéutico que pone su base en el modelo antropológico del hombre como un ser esencial, en el que existe un modo de ser que es extensivo a todos los hombres, en todos los tiempos y lugares. Sobre la base de este argumento, la autoridad político-constitucional desempeña lo que podríamos llamar una función racional-directiva que obra sobre la base del bien que expresa dicha naturaleza.

La obra aporta, en resumen, elementos muy interesantes para desarmar algunas de las conclusiones del constitucionalismo racionalista, mostrando su porosidad con razonamientos sólidos y bien contruidos, gracias a la erudición y la clara inteligencia del autor. La propuesta esencial se configura como la recuperación de algunas nociones del pensamiento clásico que pueden ayudar a comprender mejor el problema de la Constitución y el poder político. Este empeño, como decíamos al comienzo, ha sido la hoja de ruta de Sergio Castaño como estudioso y académico de esta área del Derecho. Creo que el libro es un aporte significativo, especialmente por la argumentación del autor, que demuestra a cada paso lo difícil que es elaborar una explicación de la realidad suprimiendo algunos aspectos esenciales de ella.

RAÚL MADRID

*Pontificia Universidad Católica de Chile*



CIANCIARDO, Juan y ZAMBRANO, Pilar, (2019): *La Inteligibilidad del Derecho* (Barcelona, Marcial Pons) 160.

Si concebimos la filosofía como una conversación constante y milenaria entre los grandes pensadores de cada generación, hay pocos temas que hayan despertado más apasionadas defensas y discrepancias que la (des)conexión entre Derecho, Moral y Política. *La inteligibilidad del Derecho* es, aun necesariamente centrada en su dimensión jurídica, una de las últimas voces en sumarse al diálogo. En ella, Cianciardo y Zambrano justificarán, como resumiré inmediatamente, por qué la conexión es una realidad, y luego novedosamente argumentarán que es precisamente esta conexión lo que hace inteligible el Derecho. Por el camino, además, los autores abundan en la naturaleza de la relación entre Derecho y Moral mientras sintetizan las teorías de algunos grandes juristas del siglo XX, identifican sus debilidades y aportan soluciones.

Así pues, el capítulo primero (“Los *a priori* de la cultura de derechos”) se puede dividir en dos partes. La primera analiza en torno a qué fundamentos los sistemas jurídicos contemporáneos articulan el reconocimiento de derechos, para luego argumentar que dichos rasgos característicos de la cultura de derechos obedecen a dos pretensiones; la existencia de un orden axiológico y normativo independiente de toda praxis humana (el OMI u Orden Moral Independiente), y la necesaria adecuación de la cultura de derechos a dicho orden. De esta manera, si el reconocimiento de derechos no asumiera su preexistencia de forma independiente a cualquier fuente social, “todos los derechos serían fruto de la libérrima actividad de aquel o de aquellos a quienes se les reconoce socialmente la autoridad de hacerlo, sin más límite que su imaginación”.

De forma similar, la proyección internacional de la cultura de derechos, impulsada a través del constitucionalismo estatal y el convencionalismo internacional, caería en la circularidad tautológica (“un sistema cerrado de justificación de soluciones”) si no se asume la inteligibilidad y la normatividad intrínseca de cada una de las normas y valores recogidos. A su vez, el reconocimiento de principios y no solo reglas en los sistemas jurídicos exige que dichos principios sean «intrínsecamente razonables», por lo que deben necesariamente remitir a “realidades que se encuentran más allá de la ley positiva”, es decir: un OMI de las prácticas humanas.

La segunda parte del capítulo primero ahonda en la corriente filosófica que ha venido vertebrando los argumentos iniciales. Hablo, por supuesto, del Derecho natural. En primer lugar, los autores rechazan la visión errónea y extendida del Derecho natural como un orden paralelo al Derecho positivo, y argumentan que, en realidad, ambos órdenes “se funden entre sí formando un sistema único”. En segundo lugar, se acude a Robert Alexy para analizar las tesis de la incorporación (todo sistema jurídico tiene necesariamente principios), de la moral (la presencia de principios conduce a la moral) y de la corrección (el Derecho no remite a cualquier moral sino a la que se considera correcta), y su aplicación en el contexto del Estado de Derecho contemporáneo. En este sentido, el libro expone que, para que el discurso de los derechos no se torne autorreferente, no debe apoyarse en instancias como el consenso social sino en el OMI, pues por su naturaleza objetiva puede adecuadamente justificar la cadena de la obligatoriedad del Derecho sin caer en la circularidad.

Por último, el capítulo cierra haciendo un análisis de las presunciones necesarias para validar las pretensiones de corrección y objetividad del OMI. Entre ellas se cuentan; que la validez de un sistema jurídico descansa parcialmente en su capacidad para alcanzar bienes universales (en contraposición con el relativismo), que dichos bienes pueden ser conocidos a través de la razón, que la acción humana es inteligible en cuanto apunta a alcanzar dichos bienes, y que la comunicabilidad del lenguaje sobre la acción implica la primacía de la referencia sobre el significado socialmente construido.

El capítulo segundo (“¿Para qué un Derecho que remite a la moral?”) analiza el pensamiento de Carlos Nino, quien articuló el problema de la relevancia del Derecho frente a la moral en torno a dos paradojas: la de la superfluidad, y la de la “indeterminación radical” del Derecho. En el primer caso, el problema reside en que, si la legitimidad del Derecho emana de su remisión a principios morales aceptables, se incurre en el riesgo de que el mismo Derecho caiga en la irrelevancia, pues sería teóricamente válido acudir directamente al OMI para regular las conductas humanas en sociedad. La segunda paradoja consiste en que, si atendemos únicamente al “dato duro” del Derecho, liberándolo de los pasos valorativos para su interpretación, nos encontraremos ante meros actos lingüísticos, textos y prácticas susceptibles de infinidad de significados jurídicos. Por tanto, se plantea la cuestión de por qué no relegar directamente el papel del Derecho a los principios valorativos. En suma, Nino resuelve ambas paradojas ofreciendo una solución en dos niveles; el cognitivo y el material.

Desde el punto de vista cognitivo, el filósofo argentino defiende que en la medida que el Derecho se genere mediante un proceso democrático, se asegurará el encaje más fidedigno posible a los criterios del OMI. A nivel material, el fin del Derecho consiste en la resolución no de cualquier problema moral, sino de aquellos propios de la interacción social dentro de una práctica colectiva. Finalmente, los autores cierran el capítulo haciendo una importante crítica a Nino y la idea del Derecho democrático como la vía epistémica para llegar a conocer el OMI. Pues si se afirma la obligación moral de obedecer las leyes democráticas, ya que estas con casi toda probabilidad equivaldrán al contenido del OMI, ¿dónde queda, por tanto, el papel iluminador de la moral?.

El capítulo tercero (“El Derecho como razón excluyente para la acción; una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis”) parte desde una vía alternativa en cuanto a cómo el Derecho se relaciona con la moral para formar un sistema único.

Utilizando como base el pensamiento de Finnis, los autores ofrecen una serie de distinciones conceptuales, para luego hacer una matización. En síntesis, Finnis sostiene que, si el bien común es uno de los fines deseables para el hombre, y el ajustamiento de la conducta a lo mandado por la autoridad política la forma más eficiente de alcanzar el bien común, el Derecho solo puede ser una razón para obrar en sentido moral. Pero además es de carácter absoluto, pues no solo pretende cortar la deliberación del agente en cuanto a otras posibles razones para actuar, sino también el mismo acto de deliberar y juzgar. De ser así, el agente solo podría aspirar a conocer la norma, pero no a comprenderla, ni mucho menos a criticarla. Evidentemente, Cianciardo y Zambrano disienten en este último aspecto de la teoría finnisiana. En su opinión, el Derecho debe manifestar una pretensión limitada de obediencia invariable, y no de “asentimiento interno invariable a las reglas”. En caso contrario, entre otras cuestiones, no cabría obrar de forma diferente a la norma extremada-

mente injusta, pero sobretodo, se perdería la capacidad de aspirar a una mayor eficacia en la coordinación social, y a una mayor realización de la justicia en dicha coordinación.

Finalmente, el capítulo cuarto (“La relevancia del Derecho y su conexión interpretativa con la Moral y la Política”) es el más ambicioso del libro. Su objeto es iluminar cómo, aun estando vinculado a la moral y a la política, el Derecho es distinguible frente a ambas. Para ello proponen que la solución radica en la propia capacidad del Derecho para controlar la dimensión creativa de adjudicación intrínseca a la práctica jurídica. Se identifican dos niveles; el juicio de los hechos del caso, y el juicio de la acción imperada en el mandato judicial. El capítulo comienza con la enunciación de algunos desafíos cognitivos que plantean ambos juicios: la variabilidad de lo fáctico, la dificultad del intérprete externo para averiguar la intencionalidad interna del agente, y la indeterminabilidad del futuro. En relación con estos desafíos se analiza la teoría de la discrecionalidad de Kelsen como posible respuesta, concluyendo que dicha teoría es en realidad mucho más amplia de lo que su propio autor estaba dispuesto a aceptar, tornándola incompatible con su confianza en la relevancia práctica del Derecho. En contraposición con Kelsen, Cianciardo y Zambrano defienden que la propuesta teleológica de Ronald Dworkin es más adecuada, pues comprende la naturaleza intencional del discurso y la acción humana, y acierta en acudir a la *ratio teleológica* como criterio que guía las elecciones involucradas tanto en el juicio de los hechos del caso como de la acción impuesta en las sentencias judiciales. Así pues, el criterio cognitivo que guía (y limita) las elecciones interpretativas a realizar en ambos juicios es aquel que atiende al *telos* general del Derecho, y al modo en que las instituciones, las normas y las acciones realizan este *telos*.

Ahora bien, aunque los autores opinan que el marco normativo diseñado por Dworkin es convincente, también señalan que, en sentido último, no supera el riesgo de circularidad tautológica generado por la naturaleza autorreferencial del lenguaje. Cianciardo y Zambrano no comparten la confianza de Dworkin en la capacidad del razonamiento teleológico para, “de un modo casi mágico”, limitar la dimensión creativa del Derecho. Para salvar este último escollo, los autores proponen que el discurso jurídico debe contener elementos conceptuales autónomos del proceso interpretativo. Más concretamente, argumentan que los tres elementos que el intérprete conecta en la interpretación –la acción, el texto y el horizonte teleológico a la luz del cual ambos se contextualizan– deben ofrecer una cierta resistencia al propio intérprete. Solo de esta forma, concluyen, puede salvaguardarse tanto la objetividad del juicio de los hechos del caso como de la acción imperada por el mandato judicial, y, por tanto, realizar del mejor modo “los fines del Derecho *al modo* del Derecho”.

En su conjunto, *La inteligibilidad del Derecho* consigue con extraordinaria agilidad sintetizar y criticar alguna de las principales teorías jurídicas del siglo XX. El principal logro de Cianciardo y Zambrano consiste, en mi opinión, en haber articulado su obra alrededor de teorías del Derecho esencialmente diferentes, sin en ningún momento perder el sentido de la unidad y finalidad del texto, que es proponer una crítica y solución propia al Derecho natural para su fortalecimiento epistemológico. Las críticas a Nino, Finnis y Hervada son especialmente interesantes, pues junto con los autores de este libro, todos ellos defienden la existencia de una conexión entre Derecho y moral, pero no en cómo se produce esta conexión. Esto resulta en apreciaciones más pausadas, profundas y complejas que,

sin perder de vista el valor de cada una de las doctrinas sometidas a análisis, exponen sus contradicciones internas y aportan convincentes respuestas a cómo salvarlas. La disimilitud entre el número de páginas usadas para la descripción y el análisis de las diferentes corrientes iusfilosóficas, y el número de páginas que los autores dedican a la superación de la naturaleza autorreferencial del lenguaje es, quizá, el único aspecto que me atrevería a criticar de este libro. Tal vez esta cuestión sea tratada con mayor sosiego en el futuro. Aún así, *La inteligibilidad del Derecho* es una obra de inmenso valor, pues de sus páginas se desprende una provocadora invitación a la reflexión que, independientemente de si el lector se identifica o no con el iusnaturalismo, no dejará a nadie indiferente.

JAIME LUQUE LORA  
*Universidad de Navarra*

# EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN HIPÓTESIS DE DAÑOS PRODUCTO DE LA ACTIVIDAD EN LOS HOSPITALES AUTOGESTIONADOS EN RED: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE FECHA 3 DE ABRIL DE 2020

## *THE PROBLEM OF THE LEGAL STANDING IN HYPOTHESES OF DAMAGE RESULTING FROM THE ACTIVITY OF SELF-MANAGED NETWORK ESTABLISHMENTS: ANALYSIS OF THE SUPREME COURT RULING DATED APRIL 3, 2020*

AXEL L. EWERT URIBE\*

**RESUMEN:** El presente comentario de jurisprudencia analiza el problema de la legitimación pasiva de los Establecimientos Autogestionados en Red en aquellos casos en que la actividad de estos produce daños. El problema tiene su origen en que estos establecimientos no cuentan con personalidad jurídica propia, sino que corresponden a órganos funcionalmente desconcentrados del correspondiente Servicio de Salud y, por lo tanto, cuando la actividad de dichos establecimientos genera daños, surge la interrogante acerca de si el legitimado pasivo de una acción de responsabilidad es el mismo establecimiento o bien el Servicio de Salud del cual depende. En ese contexto, se analizará una sentencia de la Corte Suprema que sostuvo la legitimación pasiva de ambos organismos en la hipótesis planteada.

**Palabras clave:** hospitales autogestionados, responsabilidad médica, desconcentración de funciones, delegación, legitimación pasiva.

**ABSTRACT:** This commentary on case law analyzes the problem of the legal standing of the Self-Managed Network Establishment in those cases in which their activity produces damage. The problem has its origin in the fact that these establishments do not have their own legal personality but correspond to functionally decentralized bodies of the corresponding Health Service and, therefore, when the activity of these establishments generate damage, the question arises as to which entity that has the passive legitimation, whether it is the establishment itself or the Health Service on which it depends. In this context, an analysis will be made of a Supreme Court's ruling that upheld the legal standing of both bodies in the hypothesis raised.

**Keywords:** Self-Managed establishments, medical responsibility, deconcentration of functions, delegation, passive legitimation.

---

\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Dirección postal: Av. Santa María 200, comuna de Providencia, Santiago. Dirección electrónica: axel.ewert.u@gmail.com.

## I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 3 de abril del año 2020, la tercera sala de la Corte Suprema de Chile, integrada por los ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Gloria Ana Chevesich R., Sra. Andrea Muñoz S., y Sra. Ángela Vivanco M., y el abogado integrante Sr. Julio Pallavicini M., dictó sentencia en autos rol N° 2881-2019, rechazando el recurso de casación en el fondo interpuesto por el demandante, pero que a su vez revocó el fallo de segunda instancia haciendo uso de sus facultades de oficio, dejando sin efecto la resolución de fecha 3 de enero de 2019, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valdivia en autos rol 799-2018, y, en su lugar, dispuso la revocación de la resolución apelada de fecha 4 de octubre de 2018 dictada por el Primer Juzgado Civil de Valdivia en autos rol C-2464-2018, declarando que se rechazaba la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Hospital Base de Valdivia.

El referido fallo de la Corte Suprema es relevante toda vez que se pronuncia acerca de la legitimación pasiva del Hospital o Establecimiento Autogestionado en Red cuando la actividad de dicho establecimiento causa daño y, a su vez, a la mantención de la legitimación pasiva del Servicio de Salud correspondiente cuando se está en la hipótesis precedente.

Este comentario de jurisprudencia se referirá en primer lugar a las razones que tuvo la Corte Suprema para establecer que el Hospital o Establecimiento Autogestionado en Red ostenta la legitimación pasiva en los casos en que su actividad genera un daño, para luego hacer un análisis crítico de dichas razones. Luego abordaremos una de las conclusiones del fallo referido, las cuales sostienen que el Servicio de Salud mantiene igualmente la legitimación pasiva en la hipótesis previamente mencionada, pudiendo entonces el demandante dirigir su acción contra este o el Establecimiento en Red indistintamente. Asimismo, es preciso indicar que esta problemática es trascendental, toda vez que el hecho de determinar quién es el legitimado pasivo de una acción de estas características, nos permite nada menos que saber en contra de quién es posible intentar las acciones de responsabilidad originadas en la actuación de un Hospital o Establecimiento Autogestionado en Red.

En este trabajo sostendremos la hipótesis que es el Servicio de Salud respectivo quien tiene la legitimación pasiva en las hipótesis descritas, y que la Corte Suprema no razona correctamente al otorgarle dicha legitimación también al Establecimiento Autogestionado en Red.

## II. PRINCIPALES ANTECEDENTES Y DECISIONES EN EL CASO RODAS MOREIRA, LEONEL CON HOSPITAL BASE DE VALDIVIA Y SERVICIO DE SALUD VALDIVIA

### 1. ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO

El caso que analizaremos tiene su origen en hechos que se produjeron en el interior del Hospital Base de Valdivia.

El demandante, don Leonel Rodas Moreira, fue víctima de una grave puñalada cerca del corazón, lo cual le provocó un sangrado en el pulmón izquierdo, que clínicamente recibe el nombre de hemotorax izquierdo. Para efectos de drenar la sangre alojada en su pulmón izquierdo, se le practicó una pleurostomía izquierda, la cual fue exitosa y derivó



en que el paciente se encontraba convaleciente en la sección de cirugía del Hospital Base de Valdivia.

En ese contexto, al paciente se le ordenó terapia kinesiológica, con el objeto de continuar con el drenaje de sangre remanente. Lo anterior, según se sostiene en la demanda, es contrario a lo que en la práctica médica se suele realizar para este tipo de casos y condujo a un accidente cerebro vascular que dejó al paciente con secuelas graves.

## 2. ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL CASO PREVIO A SU CONOCIMIENTO POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA

Es por los hechos descritos precedentemente que el paciente interpuso una demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio en contra del Hospital Base de la ciudad de Valdivia, la cual se acogió a tramitación por el Primer Juzgado Civil de Valdivia bajo el rol C-2464-2018, caratulado “Rodas Moreira, Leonel con Hospital Base de Valdivia y Servicio de Salud Valdivia”. La acción referida se encuentra actualmente en tramitación.

Con fecha 31 de agosto del año 2018, el Hospital Base de Valdivia opuso una excepción dilatoria<sup>1</sup> de falta de legitimación pasiva, señalando que dicha legitimación le correspondía al director del Servicio de Salud de Valdivia. Mientras se estaba tramitando dicho incidente, el demandante presentó un escrito de ampliación de su demanda con fecha 11 de septiembre de ese año, incluyendo como demandado al Servicio de Salud Valdivia, ante lo cual el tribunal de primera instancia tuvo por ampliada la demanda con fecha 14 de septiembre del mismo año.

Ante lo anterior, se origina un segundo incidente, esta vez por parte del nuevo demandado Servicio de Salud Valdivia, quien opuso una excepción dilatoria de falta de legitimación pasiva con fecha 1 de octubre del año 2018, arguyendo que dicha legitimación le correspondía al Hospital de Base de Valdivia, representado por su director. Mediante resolución de fecha 21 de diciembre de ese mismo año, el tribunal estimó que el incidente referido debía ser resuelto en la sentencia definitiva, dado que tribunal consideró que la naturaleza del argumento que funda la excepción sobre la falta de legitimación pasiva contenía elementos referidos a materias de fondo que necesariamente correspondían a una excepción perentoria<sup>2</sup>.

El incidente originado a partir de la excepción de falta de legitimación pasiva presentado por el Hospital de Base de Valdivia, por su parte, fue acogido a tramitación, y fue finalmente fallado favorablemente con fecha 4 de octubre de 2018. El tribunal señaló que el Servicio de Salud de Valdivia se había creado mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 (artículo 16), y luego lo describió como un organismo estatal funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, y que, como consecuencia de lo anterior, al Director del Servicio de Salud de Valdivia le correspondía la re-

<sup>1</sup> Una parte de la doctrina estima que la falta de legitimación en general debe alegarse como excepción dilatoria, para así evitar el desgaste procesal que implica llevar adelante un juicio y que al momento de fallar el fondo se determine que una de las partes del juicio no sea correctamente parte. Ver FIGUEROA (1997) p. 68.

<sup>2</sup> Existe otra parte de la doctrina que considera que la falta de legitimación debe alegarse como excepción perentoria dado que, al ser esta una condición de la acción se trata de un presupuesto de fondo que debe ser resuelto por la sentencia definitiva. Ver ROMERO (1998) p. 692.

presentación judicial o extrajudicial del Hospital Base de Valdivia, más aún cuando, como entidad autogestionada, carecía de personalidad jurídica y, por lo tanto, de existencia legal.

En contra de esta última resolución el demandante interpuso un recurso de reposición con apelación en subsidio, reposición que fue rechazada y se concedió la apelación subsidiaria.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, por su parte, conociendo del recurso de apelación referido, confirmó el fallo de primera instancia, sin modificaciones, mediante resolución de fecha 3 de enero del año 2019. En contra de esta última resolución, el demandante recurrió de casación en el fondo ante la Corte Suprema de Justicia, alegando, en síntesis, lo siguiente:

- Infracción de lo preceptuado en los artículos 25 A (establece y define a los Establecimientos Autogestionados en Red), 25 F (establece las facultades del director de un hospital bajo esa categoría) y 15° transitorio (señala los hospitales que serán Establecimientos Autogestionados en Red) de la Ley N° 19.937 y en los artículos 31 y 36 (25 A y 25F) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2005, de Salud, en cuanto la sentencia impugnada confirmó la resolución de primera instancia que acogió la excepción de falta de legitimación pasiva del Hospital Base de Valdivia.
- Falta de aplicación de los artículos 19 y 22 del Código Civil, pues una correcta interpretación de dicha normativa debió conducir a la conclusión que, dado que a la fecha de ocurrencia de los hechos que fundan la demanda el Hospital Base de Valdivia había alcanzado la calidad de “Establecimiento Autogestionado en Red”, este debía ser reconocido como legitimado pasivo en autos.
- Vulneración, además, del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, en tanto dispone que solo son admisibles como excepciones dilatorias las que señala, puesto que la falta de legitimación pasiva no pertenece a ninguno de sus numerales, en tanto se trata de una defensa que afecta el fondo de la acción deducida, hasta el punto que, de acogerse, pone fin al juicio o hace imposible su continuación en contra del demandado Hospital Base de Valdivia.
- Contravención del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto prescribe que las excepciones dilatorias se tramitan incidentalmente, desde que, no correspondiendo la de falta de legitimación pasiva a una excepción dilatoria, no debió ser sometida a dicha tramitación, sino que, por el contrario, tendría que haber sido debatida en juicio, dejando su pronunciamiento para la sentencia definitiva.

### 3. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema, por su parte, en fallo de fecha 3 de abril del año 2020, rechazó el recurso de casación en el fondo deducido, señalando que no obstante haberse declarado la admisibilidad del recurso de casación en el fondo deducido, no podía obviarse que el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil establecía que dicho arbitrio de nulidad sustancial tenía lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas, en lo que interesa en este caso, por Cortes de Apelaciones, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo

dispositivo del fallo. Por lo señalado anteriormente, a juicio de la Corte, la resolución objetada por la vía del recurso de casación en el fondo no revestía la naturaleza jurídica de las sentencias descritas precedentemente, pues evidentemente no era una sentencia definitiva y tampoco se trataba de una interlocutoria de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, puesto que el proceso judicial seguiría adelante en contra del codemandado Servicio de Salud Valdivia, atendido que la excepción de falta de legitimación pasiva que dicho servicio había interpuesto, sería resuelta, en la sentencia definitiva. Este fallo fue acordado con el voto en contra de las ministras Sra. Ana Gloria Chevesich y Sra. Andrea Muñoz.

No obstante lo anterior, si bien la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo, haciendo uso de sus facultades de oficio, acordó dejar sin efecto la resolución recurrida, y en su lugar dispuso la revocación de la resolución apelada de fecha 4 de octubre de 2018, y declaró que se rechazaba la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Hospital Base de Valdivia, lo que en términos prácticos implicó que este último continuaba siendo válidamente emplazado como demandando en la primera instancia.

La actuación de oficio referida precedentemente fue acordada con el voto en contra de las ministras señoras Chevesich y Muñoz Sánchez, quienes estuvieron por no hacer efectiva dicha atribución, atendido que estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo deducido y así lo manifestaron en el voto en contra emitido previamente a la actuación de oficio. Finalmente, es importante destacar que los argumentos utilizados por las ministras disidentes en su voto en contra se basan en las mismas normas y tienen una estructura casi idéntica a la planteada por la actuación de oficio de la Corte Suprema.

### III. LOS ESTABLECIMIENTOS AUTOGESTIONADOS EN RED Y EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN PASIVA

#### 1. SISTEMA DE SALUD ACTUAL, ESTABLECIMIENTOS AUTOGESTIONADOS EN RED Y ORIGEN DEL PROBLEMA

El problema de legitimación pasiva, entendida esta como la cualidad que debe poder encontrarse en el demandado y que se identifica con el hecho de ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a la pretensión hecha valer por el demandante en su contra<sup>3</sup>, ha cobrado especial relevancia desde que algunos hospitales obtuvieron por mandato legal la calidad de Establecimientos Autogestionados en Red<sup>4</sup>. Antes de que ello ocurriera, cuando la actividad de los hospitales públicos causaba algún

<sup>3</sup> VILLALOBOS (2011) p. 244. En derecho comparado, ver MONTERO (1994) pp. 35 y 113-114.

<sup>4</sup> Esto ocurre mediante la dictación de la Ley N° 19.937 de 2004, la cual modifica el Decreto Ley N° 2.763 de 1979, incorporando un nuevo título IV. La Ley se publica el 24 de febrero del año 2004 y entró en vigencia el 1° de enero del año 2005. Asimismo, el artículo 15 transitorio de esta ley estableció un listado de 56 hospitales que tendrían la calidad de Establecimiento Autogestionado en Red cuando cumplieran los requisitos del reglamento y señalaba, además, que en caso que no hayan sido así calificados antes del 31 de enero de 2010, pasarán a tener dicha calidad a contar de esa fecha por el ministerio de la ley (inicialmente esta fecha era al 1° de enero del año 2009, pero luego fue modificada por la Ley N° 20.319 del año 2008).

daño, era pacífico que la legitimación pasiva le correspondía al Servicio de Salud<sup>5</sup>, atendido que se fundamentaba que estos hospitales y centros de salud eran órganos que dependían jurídica y administrativamente del Servicio de Salud respectivo<sup>6</sup> y, en consecuencia, eran estos últimos los que soportaban el impacto pecuniario de su gestión<sup>7</sup>.

Conviene tener presente que fue en el año 1979, mediante el Decreto Ley N° 2.763, cuando se reestructuró el sistema nacional de salud. En efecto, se reorganizó el Ministerio de Salud, se crearon los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud (FONASA), el Instituto de Salud Pública (ISP) y la Central de Abastecimiento (CENABAST)<sup>8</sup>. A todos estos servicios públicos se les dio el carácter de entes funcionalmente descentralizados, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujetos en su funcionamiento a la supervigilancia del Ministerio de Salud, debiendo sujetarse a sus políticas, normas y planes generales en el ejercicio de sus actividades, conforme lo establecen los artículos 16, 26, 35 y 46 del Decreto Ley señalado, respectivamente. En consecuencia, podemos sostener que se descentralizó administrativa y financieramente el sistema público de salud.

En relación a los Servicios de Salud, que son los establecimientos que nos importan para los efectos de este trabajo, la organización como servicios descentralizados funcionalmente implicó que estos actúan con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo, según se consigna en el inciso 3° del artículo 29 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Lo anterior quiere decir que los Servicios de Salud “poseen una autonomía en el ejercicio de sus funciones, relacionándose con el Presidente de la República a través del Ministerio de Salud”<sup>9</sup>. En ese contexto, los hospitales dependían del Servicio de Salud respectivo, dado que no contaban con personalidad jurídica ni patrimonio propio.

Esta estructura cambió cuando en el año 2005 entró en vigencia la Ley N° 19.937 sobre Autoridad Sanitaria y Gestión, la cual modifica el Decreto Ley N° 2.763 de 1979, reestructurando nuevamente el sistema público de salud. Asimismo, conviene precisar que el Decreto Ley N° 2.763 de 1979, así como las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, fueron refundidas conjuntamente en un texto único, coordinado y sistematizado, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, que es el texto que está en vigencia actualmente. El objetivo de esta reforma fue entregarle una mayor autonomía a ciertos hospitales públicos que serían los denominados Establecimientos Autogestionados en Red.

Los Establecimientos Autogestionados en Red son, según el artículo 1° numeral 22 de la Ley N° 19.937 que los crea (y establecen el nuevo artículo 25-A que luego pasaría a ser el artículo 31 del texto refundido indicado precedentemente), aquellos establecimientos de salud dependientes de los Servicios de Salud, que tienen mayor complejidad técnica, desarrollo de especialidades, organización administrativa y número de prestaciones. El mismo

<sup>5</sup> Sobre los distintos legitimados pasivos del sistema chileno, CÁRDENAS (2018) p. 481.

<sup>6</sup> CÁRDENAS y MORENO (2011) p. 14.

<sup>7</sup> Ver VALDIVIA (2019) p. 217 y PIZARRO (2008) p. 173.

<sup>8</sup> MIRANDA (1990) p. 39.

<sup>9</sup> VÁSQUEZ (1999) p. 16.

artículo señala que dichos establecimientos serán órganos funcionalmente desconcentrados del correspondiente Servicio de Salud.

En efecto, dichos establecimientos no cuentan con personalidad jurídica propia, dado que la autonomía señalada se buscaba lograr con la desconcentración<sup>10</sup> funcional referida. Dicha desconcentración se realiza mediante la radicación por ley de atribuciones en determinados órganos del respectivo servicio, conforme lo indica el artículo 33 de la Ley N° 18.575 ya citada.

Asimismo, el inciso 7° del artículo 31 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 (que fija el texto refundido según se indicó) establece que, en el ejercicio de las atribuciones radicadas por ley en la esfera de competencia de los Establecimientos Autogestionados en Red, estos no comprometerán sino los recursos y bienes afectos al cumplimiento de sus fines propios a que se refieren los artículos 42 y 43 del mismo cuerpo legal. Por su parte, el inciso final del artículo 36 de la misma norma radica dentro de las atribuciones del Director del respectivo Establecimiento Autogestionado en Red la representación judicial y extrajudicial del Servicio de Salud respectivo, señalando que dicha representación se entenderá delegada en el Director del Establecimiento cuando ejerza las atribuciones señaladas en dicho artículo.

Finalmente, el inciso final del artículo 36 señalado, establece que, en caso de notificarse una demanda, el director del Establecimiento Autogestionado en Red deberá ponerla en un plazo de 48 horas en conocimiento personal del Director del Servicio de Salud correspondiente, quien deberá adoptar las medidas administrativas que procedieran y podrá intervenir como coadyuvante en cualquier estado del juicio.

## 2. ANÁLISIS CRÍTICO DEL FALLO

A continuación, analizaré el fallo pronunciado por la Corte Suprema, en particular la actuación de oficio que realizó el máximo tribunal, toda vez que es mediante dicha actuación que se pronuncia acerca de la legitimación pasiva del Hospital Base de Valdivia.

En primer lugar, la Excelentísima Corte precisa que, como ya se indicó, de acuerdo con el artículo 31 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, los Establecimientos Autogestionados en Red son órganos funcionalmente desconcentrados y que, como tales, en el ejercicio de las atribuciones radicadas por ley en su esfera de competencia, no comprometerán sino los recursos y bienes afectos al cumplimiento de sus fines propios a que se refieren los artículos 42 y 43 del mismo cuerpo legal. Luego cita el artículo 35 del referido cuerpo legal, para dejar constancia que la administración superior y control de estos establecimientos corresponde a su director, quien tiene dentro de sus atribuciones la representación judicial y extrajudicial del establecimiento respectivo, por cuanto esta se entiende delegada en su director. Asimismo, recalca la circunstancia de que, notificada una demanda, debe el director ponerla en conocimiento personal del director del servicio de salud que correspon-

<sup>10</sup> Ver CÁRDENAS (2018) p. 490 y FERRADA (1998) pp. 116.

da dentro de un plazo de 48 horas, para que este puede adoptar las medidas administrativas que procedieren, pudiendo intervenir en el juicio como coadyuvante<sup>11</sup>.

En atención a todas las premisas indicadas en el párrafo precedente, la Corte Suprema elabora ciertas conclusiones que la llevan a sostener que el Hospital Base de Valdivia si tiene legitimación pasiva para ser demandado. Sin embargo, lo interesante del fallo es que luego de hacer mención a cada una de las razones de por qué estima que el Hospital Base de Valdivia tiene calidad de legitimado pasivo, concluye que entonces tanto el Hospital como el Servicio de Salud Valdivia “se encuentran en situación de responder pecuniariamente de las actuaciones que, con falta de servicio, se hayan llevado a cabo por el personal del primero, pudiendo ser, por consiguiente, válidamente demandados tanto uno como otro, como efectivamente ocurrió en la especie”<sup>12</sup>.

En otras palabras, todo el razonamiento del máximo tribunal no se encamina a eliminar la posibilidad de demandar al Servicio de Salud o señalar que este no es legitimado pasivo, sino que va dirigido a sostener que ambos, es decir, tanto el Establecimiento Autogestionado en Red como el Servicio de Salud, son legitimados pasivos en una demanda por falta de servicio por actuaciones que se lleven a cabo en el establecimiento señalado.

En relación a la posibilidad de que sea el Establecimiento Autogestionado en Red quién debe responder, creemos que el razonamiento de la Corte Suprema no es suficiente.

Los tres argumentos principales sobre los cuales el máximo tribunal sostiene su posición dicen relación con la desconcentración funcional y la consecuente supuesta capacidad financiera de dichos establecimientos para responder pecuniariamente a demandas de este tipo. En ese contexto, la Corte Suprema indica que la legitimación pasiva del Hospital Base de Valdivia se deduce de: (i) la desconcentración funcional con que la ley dota al Establecimiento Autogestionado en Red, por cuanto existe una delegación en su director, y por el solo ministerio de la ley, de la representación judicial y extrajudicial del Servicio de Salud, (ii) que dicho establecimiento cuenta con un patrimonio de afectación establecido en el inciso 6° del artículo 31 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, relacionado a su vez con los artículos 42 y 43 del mismo cuerpo legal, y (iii) que además goza de un presupuesto propio distinto del aprobado por la Ley de Presupuestos para el Servicio de Salud, previsto en el artículo 36 letras d) del mismo cuerpo legal.

Lo anterior creemos que no es correcto por las siguientes razones. En primer lugar, y en relación con el primero de los argumentos indicados en el párrafo precedente, conviene anotar que el hecho de que se defina a los Establecimientos Autogestionados en Red como desconcentrados funcionalmente de los Servicios de Salud respectivos, y luego se indique que su director tiene delegada la representación judicial y extrajudicial de dicho servicio, no implica un cambio en el grado de imputación jurídica de la actuación administrativa. En efecto, ha sido la misma Corte Suprema quien ha señalado que “Debido a que en la desconcentración administrativa hay un cambio en la titularidad de la potestad transferida, al

<sup>11</sup> El fallo sostiene que el hecho de que se permita al director del Servicio de Salud actuar como coadyuvante implica que la calidad de legitimado pasivo la tiene el hospital (considerando 5°). Para mayor detalle de esta problemática ver ASENJO (2019) p. 44.

<sup>12</sup> RODAS MOREIRA, LEONEL CON HOSPITAL BASE DE VALDIVIA Y SERVICIO DE SALUD VALDIVIA (2020).

órgano desconcentrado, se le atribuye la exclusiva responsabilidad por los actos ejecutados en el ejercicio de la potestad que le fue atribuida por ley, sin quedar sujeto en este punto, al control jerárquico de su superior. No obstante, como tanto el órgano desconcentrado, como su superior jerárquico, forman parte de una misma persona jurídica, no cambia el grado de imputación jurídica de la actuación administrativa, razón suficiente, por la cual al Servicio de Salud respectivo, se le puede imputar jurídicamente, las consecuencias de los actos ejecutados por el hospital autogestionado<sup>13</sup>.

Por su parte, la delegación de funciones referida tampoco altera lo señalado en razón de la misma naturaleza de esta institución, pues si bien la delegación implica, en el caso en particular, la transferencia del ejercicio de la función de representar judicial y extrajudicialmente al establecimiento, la titularidad de dicha función continúa en el Servicio de Salud. Así también lo ha entendido la Corte Suprema al señalar que “el órgano de jerarquía superior transfiere al inferior el ejercicio de la competencia que le ha sido asignada previamente por el ordenamiento jurídico. Es decir, no requiere necesariamente de una ley que traspase la competencia, sino que tiene lugar por la sola decisión del superior. Este aspecto, que puede ser excepcional en cuanto a hospitales autogestionados se trata, por cuanto la delegación de atribuciones se hace por ley, no altera la consecuencia lógica de la misma, puesto que pese a la transferencia del ejercicio de la función, su titularidad continúa en el superior, por lo que los efectos jurídicos del delegado, igualmente se reputan del delegante”<sup>14</sup>.

En relación al segundo argumento indicado en el párrafo ante precedente, consideramos que el patrimonio del Establecimiento Autogestionado en Red que se indica ser de propiedad del mismo no es tal, en circunstancias que dicho patrimonio está constituido por bienes que en definitiva no pertenecen a dicho establecimiento, sino que se mantienen en el dominio del Servicio de Salud, tal como lo indica el artículo 43 del citado cuerpo legal al señalar que son bienes de propiedad del Servicio de Salud correspondiente.

Finalmente, en relación al tercer argumento previamente referido, la idea del presupuesto propio tampoco nos parece correcta, toda vez que, tal como lo indica el profesor Cárdenas, “el órgano que tiene la asignación en la Ley de Presupuesto es el Servicio de Salud, y de ese presupuesto se destina una parte al presupuesto de cada uno de los Establecimientos Autogestionados de su Red. La participación del Subsecretario, más que mostrar la autonomía de estos establecimientos, evidencia la dependencia fáctica a la que están sometidos los Servicios de Salud respecto de la Administración Central”<sup>15</sup>.

### 3. PRECISIONES CRÍTICAS RESPECTO DEL FALLO

Por las razones ya señaladas, estimamos que la Corte Suprema se equivoca al establecer que los Establecimientos Autogestionados en Red tienen legitimación pasiva en los casos de falta de servicio dentro de sus recintos, posición que es compartida por cierta parte de la doctrina nacional, la cual ha sostenido que “la persona jurídica, que responde por el establecimiento de salud público, es el servicio de salud respectivo”, agregando que “si se

<sup>13</sup> GUTIÉRREZ CATALÁN Y OTROS CON SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE (2018).

<sup>14</sup> GUTIÉRREZ CATALÁN Y OTROS CON SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE (2018).

<sup>15</sup> CÁRDENAS (2018) pp. 488-489.

intentare demandar directamente al establecimiento mismo o al Fisco se rechazará la demanda por falta de legitimación pasiva”<sup>16</sup>. Asimismo, una parte de la doctrina nacional ha sostenido no solo que la tesis que postula la legitimidad pasiva del Establecimiento Autogestionado en Red en estos casos presenta problemas lógicos de fundamentación, sino que además ha señalado que “la tesis de la legitimación pasiva del Servicio es más acorde con la doctrina administrativa y la regulación chilena (1.2.1), y con los principios que gobiernan la reparación de los daños en nuestro sistema jurídico (1.2.2)”<sup>17</sup> y que ello ha encontrado eco en la jurisprudencia reciente ya que esta “parece orientarse en la dirección correcta, entendiéndose que en los juicios de responsabilidad la legitimación pasiva recae (en cuanto sujeto de derecho demandado) en el servicio de salud, aunque deba emplazarse al director del hospital autogestionado de que se trate”<sup>18</sup>.

Sin embargo, no debemos obviar que el fallo analizado utiliza la argumentación no para sostener la legitimación exclusiva del hospital o establecimiento que ostente la categoría de autogestionado, sino que para concluir que tanto dichos establecimientos como el Servicio de Salud respectivo están en condiciones de ser sujetos pasivos de una acción de este tipo. Lo anterior parece relevante toda vez que la jurisprudencia reciente normalmente se inclina por darle la legitimación pasiva a uno u otro. Así, a modo ejemplar podemos observar el fallo caratulado *MUÑOZ TORRES Y OTROS CON HOSPITAL BASE PUERTO MONTT* donde la Corte Suprema avala la tesis del hospital como legitimado, señalando en su considerando quinto que “al haber ocurrido los hechos objeto de esta acción cuanto el Hospital Base de Puerto Montt ya había alcanzado la calidad de autogestionado, aparece que la demanda se encuentra correctamente notificada en la persona de su Director”, indicando incluso, como respuesta a la alegación de la recurrente que sostenía que la Corte Suprema en otros autos (rol N° 11.079-2015) ya había resuelto declarar como legitimado pasivo al Servicio de Salud, que “...desde ya cabe aclarar que en el caso citado por la recurrente la situación era sustancialmente distinta, en tanto, si bien se demandó en dichos autos también al Hospital Base de Puerto Montt, la base fáctica de la demanda decía relación con hechos ocurridos antes del 1 de febrero del año 2010, esto es, cuando la institución aún no gozaba de la calidad de autogestionado y, por tanto, efectivamente su representación pesaba sobre el Director del Servicio de Salud del Reloncavi”<sup>19</sup>.

Otro ejemplo lo observamos en el fallo *SALDÍAS ARAYA ELSA PABLINA Y OTROS CON SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE Y OTROS*, en que la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la condena de primera instancia en contra del Servicio de Salud Metropolitano Oriente. Por su parte, la jurisprudencia que avala la legitimación del Servicio de Salud se observa, por ejemplo, en el fallo caratulado *Vallejos López Ruth Magaly y Aguilera Rojas Bárbara con Servicio de Salud Metropolitano*, en el cual la Corte Suprema señaló que “el Hospital Dr. L.T.B. y el Hospital del Salvador, poseen la calidad de Establecimiento de Autogestión en Red, de lo que se sigue que el legislador ha delegado en sus Directores la

<sup>16</sup> TOCORNAL (2014) p. 126 y en notas al pie N° 312 y N° 668.

<sup>17</sup> CÁRDENAS (2018) p. 490.

<sup>18</sup> VALDIVIA (2019) pp. 217-218.

<sup>19</sup> *MUÑOZ TORRES Y OTRO CON HOSPITAL BASE PUERTO MONTT* (2016).



representación judicial del Servicio de Salud respectivo, reconociendo, por ende, que tales centros asistenciales pueden ser directamente demandados, representación que, sin embargo, cabe entender delegada de la antedicha forma en la medida que el Director del Establecimiento ejerza las atribuciones mencionadas en ese artículo, esto es, aquellas vinculadas con su dirección, organización y administración, encontrándose excluidas, por consiguiente, las materias relacionadas con la responsabilidad civil en que dichos nosocomios puedan incurrir como consecuencia de su falta de servicio”<sup>20</sup>. La misma postura de este último fallo recién citado se observa en los fallos caratulados *LEPE ALARCÓN CON HOSPITAL SAN JOSÉ CORONEL* (2015) y *DE LA FUENTE GÓMEZ CON SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN* (2015).

En ese contexto, el fallo analizado representa una novedad por cuanto establece que tanto el Establecimiento Autogestionado en Red como el Servicio de Salud respectivo pueden ser legitimados pasivos en una acción por los daños que se originen con ocasión de la falta de servicio del primero mencionado; sin embargo, el fallo no analiza esta doble legitimación, sino que solo se limita a abordar el por qué el Establecimiento Autogestionado en Red también es legitimado pasivo.

Dicho lo anterior, nos parece que la Corte evitó analizar las razones de la doble legitimación en atención a que sus argumentos para dotar de legitimación al Establecimiento Autogestionado en Red serían contradictorios con sostener la tesis dual. En efecto, no puede pretender la Corte señalar que ambos (tanto los Establecimientos Autogestionado en Red como los Servicios de Salud) son legitimados pasivos de una acción por falta de servicio, cuando los argumentos que utiliza en el fallo no hacen sino establecer precisamente las razones que a su juicio existen para que debamos optar por demandar al Establecimiento Autogestionado en Red. En efecto, todos los argumentos señalados por la Corte Suprema, como lo son la desconcentración funcional de los Establecimientos Autogestionados en Red, el hecho de que cuenten con un patrimonio de afectación y que además gozan de un presupuesto propio distinto del aprobado por la Ley de Presupuestos para el Servicio de Salud, van en línea con excluir la posibilidad de imputar la responsabilidad al Servicio de Salud. Así, respecto a la desconcentración funcional, si se sostiene que la administración superior y control de los Establecimientos Autogestionados en Red corresponde a su director, recalcando que el director del Servicio de Salud puede actuar como coadyuvante y no como titular en demandas de este tipo, no hace sino excluir la opción de que sea el Servicio de Salud el legitimado pasivo. En esa misma línea, respecto al patrimonio de afectación, si la Corte estima que los hospitales autogestionados son titulares de un patrimonio de esas características, ello es contradictorio con sostener que los Servicios de Salud tienen legitimación pasiva en estos casos, dado que los bienes con los que podrían responder pertenecen en dominio a uno u otro organismo y no a ambos al mismo tiempo. Finalmente, respecto al argumento relativo al presupuesto propio, también sería contradictorio sostener que los hospitales autogestionados tienen un presupuesto propio y a la vez que el Servicio de Salud es el órgano que tiene la asignación en la Ley de Presupuesto y que de ese presupuesto se destina una parte al presupuesto de cada uno de los Establecimientos Autogestionados de su Red.

<sup>20</sup> VALLEJOS LÓPEZ RUTH MAGALY Y AGUILERA ROJAS BÁRBARA CON SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO (2018).

Finalmente, en atención a lo ya expuesto, estimamos que la solución que propone la Corte en la sentencia expuesta en este artículo no contribuye a precisar con claridad contra quién es posible intentar las acciones de responsabilidad originadas en la actuación de un Hospital o Establecimiento Autogestionado en Red, lo que se debe no solo a la novedosa posición dual planteada por la Corte en el fallo analizado, sino que además es producto de las diferentes posiciones que ella ha adoptado en un corto lapso de tiempo. Lo anterior representa un problema adicional desde un punto de vista práctico, dado que agrega más interpretaciones que, previo al fallo analizado, no debían ser observadas. Asimismo, la argumentación usada por la Corte es contradictoria con sostener una posición dual, por lo que se produce una contradicción entre las razones que da la Corte para incluir a los Establecimientos Autogestionados en Red como legitimados pasivos y pretender mantener la legitimación de los Servicios de Salud.

Es por lo anterior que creemos que el fallo es erróneo en la lectura que realiza del caso en concreto. Bajo nuestro parecer, las razones que hemos indicado sustentan de una mejor manera la tesis de legitimación del Servicio de Salud para casos como el estudiado y no pueden, por su misma fundamentación lógica, servir de base para sustentar a la vez la legitimación pasiva de los Establecimientos Autogestionados en Red.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ASENJO ASENJO, Karen (2016): *El problema de la legitimación pasiva en el contencioso administrativo de responsabilidad sanitaria: El caso de los Hospitales Autogestionados*. Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público de la Universidad Austral de Chile.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y MORENO MOLINET, Jaime (2011): *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio* (Santiago, LegalPublishing Chile, 1ª edición).
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2018): “La legitimación pasiva de la administración médico-sanitaria en la era de los establecimientos autogestionados en red”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 2: pp. 479-503.
- CARVAJAL TADRES, Carolina (2014): “La Legitimación pasiva de los hospitales autogestionados”, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, N° 6: pp. 137-158.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (1999): “El Estado Administrador de Chile: De unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado”, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol. 10: pp. 115-123.
- FIGUEROA, Juan Agustín (1997): “¿En qué momento procesal puede alegarse la falta de legitimación activa?”, *Revista de Derecho de Procesal, Universidad de Chile*, N° 19: p. 68.
- MIRANDA RADIC, Ernesto (1990): “Descentralización y privatización del sistema de salud chileno”, *Centro de Estudios Públicos, Revista de políticas públicas*, N° 39: pp. 5-66.
- MONTERO AROCA, Juan (1994): *La legitimación en el Proceso Civil* (Madrid, Editorial Civitas).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008): “Responsabilidad profesional médica: diagnóstico y perspectivas”, *Cuadernos de Análisis Jurídico: Colección Derecho Privado*, vol. 4, pp. 173-180.

- ROMERO SEGUEL, Alejandro (1998): “Notas sobre la Legitimación en la Jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25: pp. 691-693.
- TOCORNAL COOPER, Josefina (2014): *La responsabilidad civil de clínicas y hospitales* (Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters, 1ª edición).
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2019): “La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 87, N° 246: pp. 213-246.
- VÁSQUEZ ROGAT, Andrés (1999): *Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud*, (Santiago, LexisNexis).
- VILLALOBOS INDO, Senda (2011): “Legitimación activa y reforma procesal civil: una oportunidad”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 14: pp. 243-266.

### NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CHILE, Decreto Ley N° 2.763 (3/8/1979), Reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud.
- CHILE, Ley N° 18.575 (5/12/1986), Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- CHILE, Ley N° 19.937 (24/2/2004), Modifica el D.L. N° 2.763, de 1979, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana.
- CHILE, Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (24/4/2006), Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469.
- CHILE, Ley N° 20.319 (31/12/2008), Modifica la Ley N° 19.937, impidiendo que los establecimientos de salud no calificados como de autogestión en red al 1 de enero de 2009, pasen a tener dicha calidad por el solo ministerio de la ley.

### JURISPRUDENCIA CITADA

- DE LA FUENTE CON SERVICIO DE SALUD CONCEPCIÓN* (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de julio, Rol N° 485-2015 (apelación), en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 30 de diciembre de 2020.
- LEPE ALARCÓN CON HOSPITAL SAN JOSÉ CORONEL* (2016): Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de julio, Rol N° 2.097-2015 (apelación), en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 30 de diciembre de 2020.
- MUÑOZ TORRES Y OTRO CON HOSPITAL BASE PUERTO MONTT* (2016): Corte Suprema, 12 de diciembre, Rol N° 27.985-2016 (casación en la forma y en el fondo), en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 30 de diciembre de 2020.
- SALDÍAS ARAYA ELSA PABLINA Y OTROS CON SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO ORIENTE Y OTROS* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago (apelación), 21 de diciembre, Rol N° 7.879-2016, en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 30 de diciembre de 2020.

*GUTIÉRREZ CATALÁN Y OTROS CON SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO OCCIDENTE* (2018): Corte Suprema, 5 de septiembre, Rol N° 18.941-2018 (casación en el fondo), en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 26 de diciembre de 2020.

*VALLEJOS LÓPEZ RUTH MAGALY Y AGUILERA ROJAS BÁRBARA CON SERVICIO DE SALUD METROPOLITANO* (2018): Corte Suprema, 2 de abril, Rol N° 36.111-2017 (casación en la forma y en el fondo), en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl), fecha de consulta 2 de enero de 2021.