



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE DERECHO[®]

■ ESTUDIOS

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

■ RECENSIONES

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

2021 • Enero - Abril • Vol. 48 - N° 1

REVISTA CHILENA DE
DERECHO[®]

Pontificia Universidad Católica de Chile

COMITÉ EDITORIAL

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

Director

Álvaro Paúl Díaz

Cristóbal García-Huidobro Becerra

Coordinador General

Beatriz E. López Ríos

Francisco Rubio Varas

Ayudantes de Redacción

Américo Ibarra Erpel

Luciano Zúñiga García

Ayudantes de la Edición Electrónica

Pía Ruiz-Tagle Donoso

Community Manager y Ayudante

María José Gómez Álvarez

Bibliotecóloga de Investigación y Publicación

Andrea Valenzuela Niemann

Secretaria de la Revista

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

Esta revista 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, DOAJ, Latindex (catálogo y directorio) y Scielo-Chile.

La Revista Chilena de Derecho[®] es una marca registrada.

ISSN 0716-0747 (versión papel)

ISSN 0718-3437 (versión 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: redaccionrhd@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

ÍNDICE

Volumen 48 N° 1

■ EDITORIAL

PAÚL, Álvaro: *Nueva Constitución y Derecho Internacional* [V-XXV]

■ ESTUDIOS

Derecho Constitucional

COVARRUBIAS, Ignacio y DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel: *La igualdad antes las cargas públicas como criterio para evaluar la constitucionalidad de limitaciones al derecho de propiedad* [1-28]

PONCE DE LEÓN, Viviana: *El nudge desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación* [29-53]

Derecho Procesal

CARBONELL, Flavia y VALENZUELA, Jonatan: *La prueba de la inocencia y las defensas probatorias: el caso de la revisión* [55-80]

VERA SÁNCHEZ, Juan: *El principio de inclusión de la prueba relevante en el CPP chileno* [81-106]

Derecho Administrativo

GIL, Diego y BUCAREY, Nicolás: *Derecho urbanístico y exclusión social* [107-131]

Derecho Civil

ANRÍQUEZ, Álvaro y VARGAS, Ernesto: *Bases conceptuales para una doctrina presupuesto y justificación del secreto profesional del abogado en Chile* [133-150]

Derecho Penal

OLIVER CALDERÓN, Guillermo Ramiro y CORREA, Tomás: *Legitimidad del sistema chileno de justicia penal, negociada a la luz de la jurisprudencia internacional de derechos humanos* [151-203]

Historia del Derecho

POBLETE, José Antonio y GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: *Variabilidad del derecho natural y retención de Las Indias* [181-203]

Derecho Administrativo

SOTO, Pablo: *La deformación del principio de especialidad de la empresa pública y su imposible fundamentación en el principio de subsidiariedad* [205-231]

■ RECENSIONES

CORRAL TALCIANI, Hernán: *Campos Micin, Sebastián Nicolás, Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos, DER ediciones, Santiago, 2020, 251 págs.* [233-231]

PEÑA, Carlos: *Vergara Blanco, Alejandro ; Teoría del Derecho: Identidad y transformaciones. Santiago, Ediciones UC. 2019, 301 pag., Santiago 10 de julio 2019.* [237-243]

NOUGUÉS COSSIO, Rosario Josefina: *Riquelme Portilla, Eduardo (2019), El cohecho parlamentario, Pamplona, Aranzadi, 245 páginas.* [245-248]

DE REMENTERÍA, Tomás: *Rousseau Dominique (2019). Radicalizar la democracia. Propuestas para una refundación, prólogo de Juan Carlos Henao, Universidad Externado de Colombia, 202 pág.* [249-252]

ARÁNGUIZ VILLAGRÁN, Matías: *Susskind, Richard (2019) Online Courts and the Future of Justice, Oxford, Oxford University Press, 368 páginas.* [253-255]

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PONCE MÁRQUEZ, Matías: *Indemnización de perjuicios a consumidores financieros en juicios de interés colectivo. El olvido del caso Sernac con Cencosud* [257-278]



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

2021 • Enero - Abril • Vol. 48 - Nº 1

EDITORIAL

NUEVA CONSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL

Las elecciones para seleccionar a los miembros de la Convención Constituyente de Chile deberían haber sido llevadas a cabo a mediados de abril. Sin embargo, en estos tiempos de pandemia, el refrán “uno propone y Dios dispone” exhibe mejor su sabiduría. En efecto, las elecciones fueron aplazadas para los días 15 y 16 de mayo, y solo en el próximo editorial veremos cómo ha avanzado la agenda constitucional. Mientras tanto, atendida la relevancia del momento constituyente, los juristas tenemos la responsabilidad de involucrarnos y contribuir a este proceso. La Revista Chilena de Derecho está constantemente aportando al debate jurídico, lo que indirectamente contribuye al proceso constituyente, pero nos pareció apropiado aportar algo más. La Revista no publica números temáticos, y por diversos motivos no es posible hacer una excepción y dedicar uno al proceso de reforma constitucional. Por ello, aportaremos mediante el editorial de este número, dedicado al ámbito donde el director de la Revista se desempeña académicamente.

El Derecho internacional adquirió un rol bastante protagónico en el procedimiento para la elaboración de la futura carta magna, porque el nuevo artículo 135 de la Constitución estableció que el texto que se someta a plebiscito deberá respetar “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Atendido esto, sería razonable pensar que esta área es muy relevante y bien tratada en la Constitución actual. Sin embargo, el Derecho internacional, si bien relevante, no alcanza a tener ni un solo artículo completo en la Constitución. Está regulado solamente en un par de números de dos artículos (32.15 y 54.1), en una frase del artículo 5.2, y en un par de otras referencias al tratar del Tribunal Constitucional (Arts. 93 y 94). Las Constituciones anteriores regulaban la materia aun menos.

La carta magna chilena es relativamente completa en algunas materias técnicas del Derecho internacional público, por ejemplo, regula el procedimiento que debe seguir el Congreso para aprobar o desechar los tratados que les proponga el presidente de la República; se refiere a que el Congreso puede proponer la formulación de reservas o declaraciones interpretativas, así como a la posibilidad de retirarlas de un tratado ya ratificado; señala un procedimiento para denunciar un tratado, entre otros¹. Sin embargo, la Constitución no es clara en cuestiones fundamentales del Derecho internacional, como su incorporación al ordenamiento patrio y su jerarquía. Esto ha hecho que, en gran medida, esta área del Derecho haya sido normada jurisprudencialmente, lo que genera una regulación inorgánica y poco clara. Por ello, la actual discusión constitucional es una buena oportunidad para normar adecuadamente el Derecho internacional.

¹ Consideramos conveniente mantener esta regulación. Otros piensan que parte de ella –en particular, la de las reservas– puede ser más propia de una regulación infraconstitucional. Véase CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. y CARVAJAL GÓMEZ, Ignacio (2021): “Derecho Internacional y Constitución”, *Actualidad Jurídica*, vol. 43: pp. 93-107, pp. 122-124.

DERECHO INTERNACIONAL Y BIEN COMÚN

El Derecho internacional público es un conjunto de normas que rige el actuar de los Estados y otros sujetos internacionales. A grandes rasgos, esta área constituye el mecanismo a través del cual los actores internacionales se autorregulan. Mediante el Derecho internacional público, los Estados pueden, entre otras cosas, coordinar su actuar, resolver conflictos, crear organizaciones intergubernamentales y fijar reglas sobre el tratamiento que hacen de sus propios nacionales, por ejemplo, en materia económica o de derechos humanos. El Derecho internacional permite que los Estados se unan para conseguir el bien común, cuando ellos no pueden alcanzarlo por sí mismos.

Un principio ligado al bien común enseña que conviene que sean las comunidades menores o inferiores las que atiendan a sus propios fines o necesidades, y que los cuerpos más complejos no se inmiscuyan en tales asuntos, a menos que aquellas se lo hayan pedido o no puedan atenderlos por sí mismas². Este principio es el de subsidiariedad, y tiene dos facetas, una que dispone que la comunidad superior se abstenga de actuar, y otra que le exige actuar. Dicho principio permite que los más cercanos a un determinado problema, quienes mejor lo conocen, sean los que encuentren el modo más apto de resolverlo, contribuyendo a que las soluciones sean más eficaces. El principio de subsidiariedad también evita que las sociedades mayores se inmiscuyan en los asuntos de las comunidades más pequeñas, evitando así totalitarismos. En otras palabras, es un principio que favorece el desarrollo de una sociedad civil más viva, diversa, fuerte, libre e independiente.

El Derecho internacional y el principio de subsidiariedad se relacionan, pues dicho ordenamiento es útil y necesario, pero debe procurarse que no regule áreas que los Estados pueden normar adecuadamente. En efecto, los Estados son comunidades más pequeñas y cercanas a los problemas que la comunidad internacional, por lo que tienen un derecho y un deber previo de coordinar los esfuerzos de sus cuerpos intermedios para alcanzar el bien común. Podemos ilustrar este principio con un tema actual: el Covid-19. Será útil que los Estados establezcan o encarguen a un órgano internacional el rol de coordinar los esfuerzos estatales para superar la pandemia, pero la extensión de los poderes de este órgano internacional debiera limitarse a las cuestiones que los Estados no puedan resolver por sí mismos. Así, por ejemplo, debe evitarse que este órgano, regulado por el Derecho internacional, determine qué actividades públicas deben prohibirse, en atención a que los Estados están más capacitados para hacerlo, debido a su conocimiento de las condiciones de su población, y de los valores y bienes que le son más preciados.

En definitiva, el Derecho internacional es muy necesario para regular asuntos que los Estados no pueden enfrentar individualmente, como el comercio internacional, los asuntos medioambientales de carácter global, el funcionamiento de correos o el tráfico marítimo. No obstante, los Estados no deben desligarse de sus deberes de regulación y encargárselos a la comunidad internacional. En parte, esto es así porque los ciudadanos eligieron democrá-

² Pío XI (1931): *Quadragesimo Anno*. Disponible en: http://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2021, párr. 79. Sobre el tema, véase ORTÚZAR, Pablo (ed.) (2015): *Subsidiariedad. Más Allá del Estado y del Mercado* (Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad).

ticamente a las autoridades estatales, no a las internacionales, para regular el mejor modo de alcanzar el bien común. Por ello, sería un despropósito y un quiebre en la confianza de los votantes que el Estado renuncie a sus propios poderes, alejando así de las autoridades electas democráticamente la toma de decisiones. En consecuencia, los Estados deben obligarse conforme al Derecho internacional, pero solo cuando sea imprescindible para alcanzar el bien común, cuando procure un beneficio real para los gobernados y las sociedades intermedias. Esto también evitará que las autoridades nacionales utilicen el Derecho internacional para presionar cambios normativos a nivel interno, alegando frente a los gobernados que ciertas decisiones son exigidas por normas u organizaciones sobre las que no se tiene mayor control.

INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL Y AUTOEJECUTABILIDAD

Nuestra Constitución dispone que el presidente de la República es el encargado de conducir las relaciones políticas internacionales³, lo que es razonable en virtud de la historia nacional y las características del Poder Ejecutivo, tales como su dinamismo y potencial eficiencia. No obstante, en atención a sus importantes efectos, la Constitución dispone que los tratados solo pueden ratificarse –salvo excepciones menores⁴– una vez que el Congreso los ha aprobado con el quórum correspondiente. Para hacer esta aprobación, el Congreso sigue el mecanismo de tramitación de una ley, pero con las particularidades que se derivan de la naturaleza de los tratados (por ejemplo, el Congreso no puede modificar su texto, y no tendría sentido que el Presidente pudiera ejercer el veto). Si el tratado fuera contrario a la Constitución habría que hacer una reforma constitucional en forma previa, como ocurrió cuando se aprobó el tratado que creó el Tribunal Penal Internacional, que iba en contra de lo dispuesto en la Constitución en materia de jurisdicción de nuestros tribunales⁵. No obstante estas varias reglas sobre la aprobación de tratados, la regulación constitucional del Derecho internacional es lacónica en Chile. Por ello, incluso, existen dudas sobre si nuestro sistema es principalmente monista o dualista en materia de incorporación del Derecho internacional.

Se afirma que los tratados internacionales se incorporarían a nuestro ordenamiento jurídico siguiendo el modelo dualista, una vez que, después de ratificados internacionalmente, sean promulgados y publicados por el Ejecutivo⁶. Sin embargo, esta fórmula es insuficiente, pues no distingue entre la ratificación de tratados que ya están en vigor, y la de tratados que requieren aún del cumplimiento de otros requisitos para entrar en vigor

³ Art. 32 N° 15, CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980).

⁴ La Constitución dispone en su artículo 54, número 1, inciso cuarto: “Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria”. CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980).

⁵ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, ADOPTADO EN DICHA CIUDAD EL 17 DE JULIO DE 1998 (2002): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 346, 8 de abril de 2002, cons. 59 a 75 (particularmente el 74).

⁶ VARGAS CARREÑO, Edmundo (2017): *Derecho Internacional Público* (Santiago, El Jurista, segunda edición) p. 202.

(como podría ser la ratificación por un determinado número de Estados o el paso de un lapso de tiempo). Atendido que un tratado no es equivalente a una ley interna, y que generalmente busca obligar a los Estados en forma recíproca, en un *quid pro quo*, sería más razonable afirmar que los tratados se incorporan a nivel interno una vez que, promulgados y publicados por el Ejecutivo, han entrado en vigor en el ámbito internacional. En efecto, no sería razonable, por ejemplo, que el Estado de Chile se vea obligado a rebajar tasas arancelarias en virtud de la ratificación de un tratado multilateral de libre comercio, cuando los demás Estados aún no están obligados a hacer lo mismo. Sin perjuicio de ello, la Constitución podría hacer excepciones. Por ejemplo, sería razonable considerar que ciertos tratados que no establecen un *quid pro quo*, como los de protección de los derechos humanos, se incorporen a nuestro ordenamiento desde el momento de la ratificación, si así lo dispusiera el Congreso.

En todo caso, la incorporación de un tratado no implica que éste sea directamente aplicable o autoejecutable. En efecto, en muchas ocasiones los redactores de tratados incluyen normas que son solo programáticas, que son declaraciones de buenas intenciones que buscan tener un efecto político más que una aplicación directa. Los tratados pueden también contener normas poco precisas, que hagan imposible aplicarlas sin que medie legislación. Por ejemplo, una convención internacional puede establecer un derecho a la seguridad social, pero no disponer si un Estado debe adoptar un sistema de reparto o uno de capitalización individual. Así, un tribunal que fallara sobre la base de dicha norma internacional estaría legislando. El concepto de la autoejecutabilidad ha sido recogido por nuestro Tribunal Constitucional⁷, pero no está claro qué tratados tienen dicha naturaleza. Los tribunales chilenos suelen considerar que los tratados internacionales son autoejecutables⁸, sin plantearse las complejidades que puede tener dicha determinación⁹. Como consecuencia, incluso ha ocurrido que algún juez ha aplicado directamente normas que el Tribunal Constitucional definió expresamente –fundado en el mismo texto del tratado– como no autoejecutables¹⁰.

Nuestra Constitución debiera regular el tema de la autoejecutabilidad, por ejemplo, disponiendo que el Congreso deba definir expresamente qué normas son autoejecutables al momento de aprobar la ratificación de un tratado. Podría también exigirse que el decreto promulgatorio señale expresamente cuáles son las normas que buscan ser aplicadas por los tribunales o por órganos administrativos. Para tomar esta decisión, el legislador debiera cumplir con los quórums respectivos y sujetarse a principios constitucionales o jurídicos

⁷ REQUERIMIENTO PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL CONVENIO N° 169, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES, ADOPTADO POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, EL 27 DE JUNIO DE 1989 (2000): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 309, 4 de agosto de 2000, considerando 48.

⁸ FUENTES TORRIJO, Ximena y PÉREZ FARIAS, Diego (2018): “El Efecto Directo del Derecho Internacional en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 25, N° 2: p. 122.

⁹ V.gr., FUENTES TORRIJO, Ximena y PÉREZ FARIAS, Diego (2018): “El Efecto Directo del Derecho Internacional en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 25, N° 2: pp. 140-144.

¹⁰ PAÚL DÍAZ, Álvaro (2014): “Tradiciones Indígenas en la Aplicación de la Ley Penal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 27, N° 2: pp. 275-276.

básicos. Por ejemplo, en atención al principio según el cual las penas pueden imponerse solo existiendo norma legal expresa, no debiera considerarse autoejecutable la norma de un tratado que exija el establecimiento de delitos¹¹. Asimismo, entendiendo que ni la Administración ni el Poder Judicial tienen competencia para legislar, no debieran considerarse autoejecutables las disposiciones de un tratado que fueran muy abiertas. También debieran tenerse en cuenta otros factores para determinar la autoejecutabilidad, como la intención de los Estados al acordar las normas del tratado.

En relación con la costumbre internacional –otra fuente principal del Derecho internacional–, nuestra jurisprudencia ha definido que ella se incorpora inmediatamente a nuestra legislación, sin necesidad de acción estatal alguna. Bastaría solo que la costumbre exista a nivel internacional para poder aplicarla, lo que revelaría una práctica monista. Esta forma de entender la vigencia de la costumbre a nivel nacional puede evitar que actos estatales conlleven la responsabilidad internacional por violarla. Sin embargo, se ha discutido si ella es una práctica adecuada, considerando que nuestros tribunales pueden no contar con la capacidad para determinar qué norma ha alcanzado los requisitos básicos de toda costumbre internacional: la práctica constante y uniforme, y la necesaria *opinio juris*¹². Por ello, para favorecer la certeza jurídica, aplicar correctamente el Derecho consuetudinario y dar una cierta garantía democrática a la aplicación del Derecho, podría convenir involucrar al Congreso, al Senado o al Ministerio de Relaciones Exteriores al momento de determinar la existencia de una costumbre internacional. Por ejemplo, podría establecerse un sistema que requiera que los tribunales consulten al Senado si una determinada norma ha alcanzado o no rango de costumbre internacional –y cuál es su alcance–, antes de poder aplicarla.

¿PUEDE EL DERECHO INTERNACIONAL TENER RANGO SUPRACONSTITUCIONAL?

Hoy en día, el segundo inciso del artículo quinto de la Constitución dispone que los tratados internacionales vigentes en Chile que reconozcan derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía. Esto llevó a autores a considerar que los tratados de derechos humanos gozaban de una jerarquía constitucional o, incluso, supraconstitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional dispuso que tienen una jerarquía superior a la ley, pero inferior a la Constitución¹³. Esto no ha

¹¹ FUENTES TORRIJO, Ximena (2015): “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”, en CHÍA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (edits.) *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung) p. 183.

¹² FUENTES TORRIJO, Ximena (2015): “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”, en CHÍA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (edits.) *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung) pp. 180-182.

¹³ *REQUERIMIENTO FORMULADO POR DIVERSOS DIPUTADOS CON EL OBJETO DE QUE EL TRIBUNAL DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, ADOPTADO EN DICHA CIUDAD EL 17 DE JULIO DE 1998, DE ACUERDO AL ARTÍCULO 82, N° 2, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA* (2002): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 346-2002, cons. 59 a 75.

impedido que algún autor siga manteniendo la tesis del rango supraconstitucional¹⁴, y que parte de la doctrina y la jurisprudencia que no emana del Tribunal Constitucional sigan considerando a los tratados de derechos humanos como de rango constitucional¹⁵ (a pesar de que la definición del Tribunal Constitucional fue debidamente justificada y es razonable). Lo anterior hace necesario preguntarse si los tratados pueden realmente tener un valor superior al de la Constitución en el ámbito interno.

Antes de hacerlo, debemos despejar un error frecuente, especialmente a nivel de constitucionalistas. Al hablar de la jerarquía de los tratados, suele recurrirse al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que un Estado “parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”¹⁶. Muchos piensan que esta regla indica que en casos de colisión entre el Derecho interno y el internacional, prima el Derecho internacional en todo caso, incluso a nivel interno. Esa forma de entender dicha regla es un error. En efecto, el artículo 27 “solo establece una norma obvia de responsabilidad internacional que se basa en el hecho de que el derecho doméstico de los Estados no tiene fuerza normativa en el derecho internacional”¹⁷. Dicha norma no buscó ni darle aplicación directa al Derecho internacional ni establecer la jerarquía de éste en el ámbito interno¹⁸. Prueba de ello es que Estados dualistas como el Reino Unido, y Estados que conceden a los tratados jerarquía simplemente legal, como Estados Unidos, no tuvieron dificultad en firmar dicho tratado (a pesar de la seriedad y conocimiento de sus cancillerías).

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados busca ser aplicado a nivel internacional. Lo que ocurra a nivel interno dependerá de la Constitución del Estado, la que es libre para regular la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico nacional, así como para determinar el rango de éstos en el Derecho interno. Esto es sin perjuicio de que darle preferencia a la normativa nacional puede generar responsabilidad a nivel internacional. Así, por ejemplo, si un tratado dispone que el arancel entre

¹⁴ Por ejemplo, Nogueira afirma: “El artículo 54 N° 1 inciso 5° impide la adopción de toda norma de derecho interno incluida una reforma constitucional que afecte la fuerza normativa del tratado internacional vigente en el derecho interno”. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013): “Consideraciones Jurídicas sobre la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y Derechos Esenciales Contenidos en Tratados Internacionales, Después de la Reforma Constitucional de 2005”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2: pp. 108-109 (cursivas en el original).

¹⁵ En materia de jurisprudencia de los tribunales ordinarios y cortes, véase NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2009): “La Función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la Argumentación de la Jurisprudencia Constitucional. Práctica y Principios Metodológicos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXII, N° 1: pp. 491-495.

¹⁶ Art. 27 de la CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (23 de mayo de 1969).

¹⁷ FUENTES TORRIJO, Ximena (2015): “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”, en CHÍA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung) pp. 174 y 175.

¹⁸ Según Aldunate, el artículo 27 es solo una “aplicación del principio en virtud del cual nadie puede alegar su propia culpa o dolo para liberarse de una obligación”. ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “La Posición de los Tratados Internacionales en el Sistema de Fuentes del Ordenamiento Jurídico Chileno a la Luz del Derecho Positivo”, *Ius et Praxis*, vol. 16, N° 2, p. 190.

dos Estados debe ser del 2%, pero la normativa nacional indica que será del 5%, habrá una antinomia que tendrá que ser resuelta por la autoridad aduanera atendiendo a si su Estado considera que las normas de los tratados son inmediatamente ejecutables o no, y cuál es el valor de las leyes al enfrentarse a tratados. Si el ordenamiento nacional considerara que los tratados se incorporan inmediatamente y tienen una jerarquía superior a la de la ley, la autoridad no podría aplicar el arancel del 5%, lo que evitará incurrir en responsabilidad internacional. Este ejemplo muestra que darle aplicación directa a los tratados puede evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Sin embargo, por otro lado, la incorporación inmediata de los tratados puede hacer más difícil conocer el contenido del Derecho en un momento dado, y resta protagonismo al Congreso. Como se desprende de lo anterior, todo sistema de incorporación y jerarquía tiene sus pros y contras, pero el constituyente tiene libertad para decidir el sistema que establezca.

En casos en que la legislación nacional y la internacional dispongan algo opuesto en una determinada situación, debe procurarse hacer que ambos ordenamientos estén en línea. Algunos dan a entender que el mejor modo de hacerlo será modificando el Derecho interno (o dándolo por derogado)¹⁹. Sin embargo, también es posible poner en línea los ordenamientos modificando el Derecho internacional, por ejemplo, denunciando un tratado internacional que no sea compatible con la legislación nacional. La decisión sobre el mecanismo a adoptar será una definición prudencial que tendrá que hacer el constituyente.

Habiendo ya aclarado que el artículo 27 de la Convención de Viena no le quita al constituyente su poder para determinar soberanamente cuál es el mecanismo de incorporación y la jerarquía del Derecho internacional, veremos si es posible que exista la supraconstitucionalidad de los tratados. Para hacerlo, debemos notar que sería la misma Constitución Política la que establecería la supraconstitucionalidad. Por eso, es aplicable el aforismo según el cual “nadie da lo que no tiene”, pues la Constitución no puede dar un valor superior al que ella posee. Así, la norma constitucional que estableciera el rango supraconstitucional podría ser modificada por una simple reforma constitucional. En consecuencia, si hablamos desde un punto de vista sustantivo, la norma fundamental no puede establecer una jerarquía superior a sí misma.

No obstante lo anterior, es físicamente posible que el texto constitucional disponga que ciertos tratados internacionales tengan un valor superior a la misma Constitución. Como vimos, tal disposición no podría darle un valor realmente superior a la Constitución en un sentido sustantivo. Sin embargo, tendría efectos prácticos, pues exigiría preferir lo dispuesto en un tratado internacional en caso de que hubiera una antinomia con la Constitución. Dicha “supraconstitucionalidad” sería una ficción jurídica y no una realidad sustancial, por lo que dijimos previamente: una simple reforma constitucional podría reducir la jerarquía de tales tratados “supraconstitucionales”.

¹⁹ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2014): “El Reconocimiento del *Ius Cogens* en el Ordenamiento Jurídico Chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2, p. 567.

LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS Y EL *JUS COGENS*

Desde la perspectiva del Derecho natural, los ordenamientos jurídicos deben incluir algunos derechos y obligaciones que son anteriores al Derecho positivo, que se derivan de la naturaleza humana. Hoy en día, parte de este planteamiento del Derecho natural se recoge en el concepto de los derechos humanos; no existe identidad entre éste y el Derecho natural, pero hay una importante intersección²⁰. Ello ocurre, a pesar de que en el Derecho natural se pueden observar algunos preceptos que se relacionan más con la moral que con el Derecho positivo (como el deber de honrar a los padres), y que entre los derechos humanos se encuentran prescripciones que no se derivan del Derecho natural, sino de consideraciones prácticas (como podría ser el deber de registrar el nacimiento de los niños²¹, el derecho a recurrir de un fallo ante un juez o un tribunal superior²², o que el delincuente se beneficie de reducciones a la pena cuando la ley sancionatoria se modifique con posterioridad a la comisión del delito²³).

La Constitución chilena acogió la postura del Derecho natural en el segundo inciso de su artículo quinto, donde dispone:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes²⁴.

El Derecho natural nos enseña que, aunque el nuevo constituyente no asegure los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, éstos seguirán existiendo. En dicho caso, las personas tendrán que luchar por que el Derecho positivo los recoja, y la consagración de tales derechos en algunos tratados de derechos humanos puede ayudar en dicha lucha, aunque no asegura jurídicamente la victoria, pues el valor de los tratados incorporados en el ámbito nacional –incluidos los de derechos humanos– dependerá de lo que establezca la Constitución. Ésta puede darles un valor “supraconstitucional” (haciendo la ficción que describimos más arriba), constitucional, suprallegal o simplemente legal²⁵.

Como decíamos, la Constitución de Chile les da a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana un estatus especial en su artículo quinto inciso segundo, recién citado. Bastante se ha escrito sobre la extensión de esta norma, por ejemplo, si otorga un valor especial a los tratados de derechos humanos o a las normas sobre la materia, con

²⁰ Véase ORREGO, Cristóbal (2008): “La ‘Gramática de los derechos’ y el Concepto de Derechos Humanos en John Finnis”, *Persona y Derecho*, vol. 59, pp. 141, 153-154.

²¹ Art. 24.2 del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16 de diciembre de 1966).

²² Art. 8.2.h, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22 de noviembre de 1969).

²³ Art. 9, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22 de noviembre de 1969).

²⁴ La adopción de la doctrina del Derecho natural también se observa en el enunciado del artículo 19 de la Constitución, pues allí no se dispone que ella “concede” derechos, sino que los “asegura”.

²⁵ Hipotéticamente podría considerarse que los tratados tienen un valor infralegal, pero es poco probable que haya Estados que adopten esta posición.

independencia del tipo de tratados en que se encuentren²⁶. También hay aspectos de esta norma que no han sido debidamente analizados, por ejemplo, a qué se refiere el adjetivo “esenciales”, que califica los derechos que emanan de la naturaleza humana, pues indicaría que no todos los derechos humanos tendrían esta jerarquía especial²⁷. No obstante, la discusión sobre el artículo quinto inciso segundo perdió cierta relevancia producto de dos cuestiones: que la doctrina –impulsada por la aprobación de esta norma– empezó a considerar que todos los tratados tienen un valor superior al de la ley nacional²⁸, y que, como dijimos, el Tribunal Constitucional declaró que los tratados de derechos humanos tendrían un valor superior a la ley, pero inferior a la Constitución.

Algunas constituciones incluyen referencias explícitas a tratados o instrumentos de derechos humanos. Por ejemplo, la Constitución argentina menciona ciertos tratados y declaraciones en la materia, y señala que ellos tienen valor constitucional²⁹. Sin embargo, esta técnica es inadecuada, pues podría ocurrir que la Constitución mencione un tratado, pero que luego el Estado decida retirarse de él. Esto ocurrió con Venezuela, que denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero seguía mencionándola en su Constitución. ¿Qué ocurriría en dicho caso? ¿seguiría considerándose que el texto de la Convención Americana era parte de la Constitución?³⁰ En Argentina no se generarían estas interrogantes, ya que su Constitución dispone que los tratados que indica tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”. No obstante, sería igualmente confuso que una Constitución mencione un tratado que ya no vincula al Estado en cuestión.

En caso de que se mantenga la norma del artículo 5.2, convendría incluir alguna disposición que aclare que la mayor jerarquía la tienen las disposiciones de los tratados, pero no las lecturas que de ellos hagan los órganos que los interpreten (a menos que el tratado correspondiente les otorgue expresamente valor vinculante a tales interpretaciones). Recalcamos esto porque existen muchos órganos que interpretan tratados de derechos humanos en su labor cotidiana, por ejemplo, al revisar informes presentados por los Estados, pero que no están mandatados para hacerlo con un valor vinculante (y tales interpretaciones, a diferencia de los tratados, no cuentan con la aprobación del Congreso). Estas interpretaciones pueden generar confusión en los operadores locales del Derecho, por lo que conviene que se explicita que solo tienen valor de *soft law*.

²⁶ En esta materia, coincidimos con Troncoso y Vial, quienes consideran que el artículo 5.2 se aplica a las normas específicas que garantizan este tipo de derechos, con independencia de si los tratados en que se encuentran son de derechos humanos o no. TRONCOSO REPETTO, Claudio y VIAL SOLAR, Tomás (1993): “Sobre los Derechos Humanos Reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, pp. 696 y 701.

²⁷ Ello, por cuanto las palabras en los textos jurídicos deben tener algún significado.

²⁸ FUENTES TORRIJO, Ximena (2015): “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”, en CHÍA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung) pp. 173-174.

²⁹ Art. 75.22, ARGENTINA, Constitución de la Nación Argentina (1 de mayo de 1853).

³⁰ Esta discusión sobre la vigencia de las normas del tratado a nivel interno se observa en AYALA CORAO, Carlos (2012): “Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, N° 2.

Siguiendo en relación con el artículo 5.2, las normas de derechos humanos pueden no solo encontrarse en tratados, sino que también en la costumbre internacional. En dicho caso, a menos que se establezca una regla especial, tales normas de derechos humanos se incorporarían siguiendo el mecanismo que se establezca para las normas consuetudinarias. Asimismo, compartirían la jerarquía de las demás normas consuetudinarias. Por eso, en caso de que quiera mantenerse una norma como la del artículo 5.2, podría establecerse que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados en el Derecho internacional vigente, lo que también incluiría lo dispuesto en la costumbre internacional.

Por último, atendido que muchos confunden las normas de derechos humanos con las normas *jus cogens*, nos referiremos brevemente a éstas. Las normas *jus cogens* o imperativas de Derecho internacional general son normas que tendrían una jerarquía superior a las demás fuentes del Derecho internacional. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue el primer tratado en regularlas, y dispone que una norma *jus cogens* “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”³¹.

Ningún instrumento internacional vinculante explicita qué normas son *jus cogens*, y no es fácil saber cuáles son, pues su misma naturaleza ya es algo bastante discutido³². Sin embargo, está claro que ellas son muy pocas. Algunos tribunales internacionales se han aventurado a calificar algunas normas como *jus cogens*³³, pero esas calificaciones sólo son útiles como mecanismos auxiliares para la determinación de dicha naturaleza³⁴. La Comisión de Derecho Internacional da una lista no exhaustiva de las normas que, según ella, son de *jus cogens*, a saber:

- “a) La prohibición de la agresión;
- “b) La prohibición del genocidio;
- “c) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- “d) Las normas básicas del derecho internacional humanitario;
- “e) La prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*;
- “f) La prohibición de la esclavitud;
- “g) La prohibición de la tortura;

³¹ Art. 53, CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (23 de mayo de 1969).

³² Más aún, Francia se opuso a su tratamiento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. WEIL, Prosper (1983): “Towards Relative Normativity in International Law?”, *The American Journal of International Law*, vol. 77, p. 428, nota al pie 60.

³³ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy audaz al calificar, sin mayores argumentos, algunas normas como *jus cogens*. En general, véase CONTRERAS-GARDUNO, Diana y ALVAREZ-RIO, Ignacio (2014): “A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on *Jus Cogens*”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 14, N° 14.

³⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2019): “Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Ius Cogens)”, en NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 71^{er} período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019)*, A/74/10, pp. 186-189.

“h) El derecho a la libre determinación”³⁵.

Como puede observarse, la mayoría de estas normas de *jus cogens* podrían considerarse de derechos humanos. Ello no significa, sin embargo, que las normas de derechos humanos sean todas *jus cogens*, pues lo cierto es que solo una minoría lo son.

No es necesario que la Constitución haga una referencia explícita a las normas *jus cogens*, pues ya las consagran las fuentes del Derecho internacional general vigentes en Chile. Así, si la Constitución ya establece mecanismos para incorporar la costumbre y los tratados internacionales, no es necesario referirse al *jus cogens*. Esto es especialmente así porque el que una norma sea *jus cogens* tiene efectos a nivel internacional (no se puede pactar en contra de ella), pero actualmente no genera diferencias frente a otras normas de derechos humanos vigentes en Chile. La Constitución podría querer referirse a las normas *jus cogens* si ella decidiera no darle una jerarquía especial a las normas de derechos humanos, y quisiera concederle especial jerarquía, al menos, a esta categoría. En cambio, si la Constitución ya les da un tratamiento especial a las normas internacionales de derechos humanos, es preferible no incluir una referencia a las normas *jus cogens*, para evitar confundir más al intérprete de la Constitución, que puede no tener gran conocimiento del Derecho internacional.

JERARQUÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Tradicionalmente en Chile se sostenía que los tratados tenían valor de ley, pero después de 1989 se empezó a afirmar que tendrían valor superior a la ley³⁶. La reforma de 2005 habría resuelto dicha discusión, pues la vida de un tratado a nivel nacional ya no puede verse afectada por lo que disponga la ley, por lo que, en la práctica, tienen rango supralegal. En efecto, desde 2005 la Constitución de Chile establece que “[l]as disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”³⁷. El puro texto citado no deja claro si se refiere a la validez del tratado a nivel internacional o si se refiere a la vigencia de las normas convencionales en el Derecho interno. La primera lectura no diría nada nuevo en relación con el Derecho internacional, por lo que el principio del efecto útil haría más razonable entender que dicha norma se dirige a la vigencia de la normativa internacional en el Derecho interno. Además, la historia fidedigna del establecimiento de esta norma nos muestra que esta disposición buscaba darle primacía a los tratados internacionales por sobre las leyes en el ámbito interno. En efecto, esta norma

³⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2019): “Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Ius Cogens)”, en NACIONES UNIDAS, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 71^{er} período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019)*, A/74/10, pp. 160 y 161. Algunas de estas normas no son claras, y resta definir su contenido, por ejemplo, en distintas sociedades se tienen conceptos muy diversos de qué constituye tortura.

³⁶ FUENTES TORRIJO, Ximena (2015): “Una Nueva Constitución para Chile y el Diseño de un Esquema de Incorporación del Derecho Internacional al Sistema Jurídico Chileno”, en CHÍA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (eds.) *Propuestas para una Nueva Constitución (Originada en Democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad - Facultad de Derecho Universidad de Chile - Friedrich Ebert-Stiftung) pp. 173 y 174.

³⁷ Art. 54, N° 1, inc. 5, CHILE, Constitución Política de la República (11/08/1980).

proviene de un proyecto de ley presentado por los senadores Chadwick y Prokurica³⁸, que fue apoyado por la Canciller Alvear al momento de discutir el proyecto que dio origen a la reforma constitucional de 2005³⁹. Como se observa desde el inicio de la discusión de esta reforma, la Canciller buscaba que se hiciera referencia a la derogación o modificación de un tratado, de modo que se resolviera “claramente el problema de la primacía de los tratados internacionales en relación con las normas legales del Estado, evitando que una ley posterior pueda derogar o modificar un tratado existente”⁴⁰.

En consecuencia, el Congreso perdió prácticamente toda influencia en las disposiciones de un tratado promulgado y publicado, pues no puede aprobar una ley que lo deje sin efecto a nivel interno. Así, un tratado solo perderá efecto a nivel nacional si el presidente de la República decide denunciarlo o retirarse de él, en caso de que esto sea posible. En consecuencia, aunque los tratados se aprueben con los trámites propios de las leyes, incluyendo sus quórum, en la práctica prevalecerían por sobre éstas, ya que su aprobación derogaría tácitamente las disposiciones legales que les fueran contrarias⁴¹, y las leyes posteriores no podrían derogarlos, en atención a que los tratados sólo podrían dejarse sin efecto siguiendo las reglas del Derecho internacional. Esto no obsta a que los tratados estén por debajo de la Constitución, pues nuestra Constitución no les concede un rango constitucional ni supra-constitucional –si seguimos la lectura que hace el Tribunal Constitucional–.

No obstante la realidad recién descrita, el constituyente puede preferir que el Congreso tenga el control de lo que ocurra con la normativa interna, de modo que una ley pueda dejar sin efecto la disposición de un tratado a nivel nacional, al igual como ocurre en naciones como Estados Unidos⁴². Esta solución haría más probable que se incurra en responsabilidad internacional, pero el constituyente podría tolerar tal situación buscando dotar al Congreso de un mecanismo para presionar al presidente del país para que ponga

³⁸ CHILE, Proyecto de Reforma Constitucional que Modifica el N° 1) del Artículo 50 de la Carta Fundamental, en los Relativo a Aprobación de Tratados Internacionales. Boletín N° 3025-07.

³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2020): *Historia de la Ley N° 20.050. Reforma Constitucional que Introduce Diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República*, Primer Trámite Constitucional: Senado; Segundo Informe de Comisión de Constitución, pp. 106, 109-110. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelay/fileadmin/file_ley/6131/HLD_6131_d1ef0a5e8adaea66a33cc04b987d5ce2.pdf. Fecha de consulta 6 de julio de 2021.

⁴⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2019): *Historia de la Ley N° 20.050. Reforma Constitucional que Introduce Diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República*, Primer Trámite Constitucional: Senado; Primer Informe de Comisión de Constitución, p. 259. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelay/fileadmin/file_ley/6131/HLD_6131_e47ba7d45468d4ea63633103d9452aed.pdf. Fecha de consulta 6 de julio de 2021.

⁴¹ Siendo el mismo Congreso el que aprueba tanto la ley como los tratados, es razonable considerar que dicha autoridad conocía la norma previa y buscó derogarla tácitamente al aprobar el tratado. Ello, aunque Eduardo Aldunate afirma que esto no sería necesariamente así. ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2010): “La Posición de los Tratados Internacionales en el Sistema de Fuentes del Ordenamiento Jurídico Chileno a la Luz del Derecho Positivo”, *Ius et Praxis*, vol. 16, N° 2, pp. 206-208.

⁴² En dicho Estado, la ley posterior prevalecerá sobre el tratado (aunque los tribunales tratan de interpretar el tratado y la ley en forma conforme cuando ello sea posible), a menos que el Congreso haya manifestado una voluntad distinta al aprobar dicha ley. MURPHY, Sean D. (2012): *Principles of International Law* (Saint Paul, Minnesota, West - Thomson Reuters, segunda edición) pp. 253-254.

fin a un tratado mediante alguno de los mecanismos prescritos por el mismo Derecho internacional público.

La Constitución de 1980 no regula el valor jerárquico de la costumbre internacional dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, suele entenderse que ella prevalece sobre la ley ordinaria⁴³. Esto es complejo desde el punto de vista de la legitimidad democrática, pues el derecho consuetudinario no ha sido sometido a la aprobación del Congreso ni a la supervisión de su constitucionalidad. No obstante, gran parte de la costumbre internacional se aplica a los Estados en sus relaciones entre sí y no requiere ser aplicada internamente, lo que hace menos relevante contar con normas sobre su incorporación. Por otro lado, de entre aquella costumbre susceptible de ser aplicada a nivel nacional, una parte significativa se encuentra ya codificada en tratados internacionales ratificados por Chile, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas o las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho internacional humanitario. Sin perjuicio de lo anterior, hay también materias tradicionales del Derecho internacional consuetudinario, que pueden tener efectos a nivel interno, que aún no han sido codificadas, por ejemplo, en materia de inmunidad soberana⁴⁴. Por eso, convendría que la nueva Constitución fuera explícita al momento de referirse a la incorporación y jerarquía del Derecho internacional consuetudinario.

La claridad de la regulación constitucional del Derecho internacional facilitaría resolver antinomias que se generen entre éste y el Derecho nacional. También sería deseable que la Constitución se refiriera expresamente al modo como debe actuar el operador jurídico cuando se encuentre frente a antinomias entre normas internacionales, como ocurre actualmente con algunos tratados ratificados por Chile⁴⁵. Puede ser útil considerar que para determinar cuál es la normativa aplicable en sede internacional, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas tomó una actitud marcada por la preminencia de principios interpretativos como el de *lex posterior*, *lex specialis* y la integración sistémica⁴⁶.

Dependiendo de la decisión que tome el constituyente sobre la jerarquía de los tratados, habrá que definir qué tipo de controles podrá ejercer el Tribunal Constitucional. Atendido que la misma existencia y funciones de este órgano deberán ser determinados por el constituyente, no trataremos detalladamente en este editorial los poderes que debiera tener dicho órgano en relación con los tratados internacionales. Sólo diremos que es razonable que el órgano que revise la constitucionalidad ejerza un control constitucional preventivo, antes de que el tratado sea ratificado, pues una vez que éste lo sea, es posible que el Estado

⁴³ VARGAS CARREÑO, Edmundo (2017): *Derecho Internacional Público* (Santiago, El Jurista, segunda edición) p. 201.

⁴⁴ La CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS INMUNIDADES JURISDICCIONALES DE LOS ESTADOS Y SUS BIENES (17 de enero de 2005) no ha alcanzado las 30 firmas que requiere para entrar en vigor. Chile no la ha ratificado.

⁴⁵ Por ejemplo, Contreras y García describen una contradicción entre la Convención de los Derechos del Niño y el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y GARCÍA PINO, Gonzalo (2020): *Estudios sobre Control de Convencionalidad* (Santiago, Der Ediciones) pp. 140-142.

⁴⁶ Véase COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2006): "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, pp. 192-202.

no pueda hacer nada para dejarlo sin efecto (pues muchos tratados no permiten la denuncia o retiro, y requerirían de un acuerdo muy amplio para que un Estado deje de ser parte).

En relación con el control represivo de un tratado internacional, parte de la doctrina afirma que la acción de inaplicabilidad sería procedente, y el Tribunal Constitucional afirma tener competencia para hacerlo, lo que sería consistente con la historia de la ley⁴⁷. Este asunto requeriría de un estudio detallado, y ya hay algún autor que se ha dedicado a ello⁴⁸. En este editorial solo afirmaremos que declarar inaplicable un tratado en una situación concreta no generaría necesariamente la responsabilidad del Estado de Chile por no cumplir con el Derecho internacional⁴⁹, pues existen situaciones reguladas en ese mismo Derecho que permiten hacer excepciones a lo que dispone un tratado en ciertas circunstancias⁵⁰.

SOFT LAW⁵¹

El concepto *soft law* se refiere generalmente a un instrumento internacional distinto de un tratado, que haya sido elaborado por Estados o por órganos internacionales, “que contenga principios, normas, estándares, o cualquier otra declaración sobre un comportamiento esperado”⁵². La concepción actual de *soft law* incluye decisiones de organismos internacionales, conclusiones de conferencias internacionales, planes de acción, resoluciones de la Asamblea General de la ONU, trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, recomendaciones de comités de monitoreo de tratados, sentencias internacionales respecto de Estados que no están obligados por ellas, y declaraciones conjuntas de Estados en alguna cumbre internacional, entre otros. Lo interesante es que ninguno de esos instrumentos es realmente Derecho, pues no generan derechos u obligaciones internacionales.

No hay que despreciar el *soft law*, pues distintos motivos hacen importante tenerlo presente, por ejemplo, la posibilidad de que contribuya a crear *opinio juris* para la gene-

⁴⁷ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, ADOPTADO EN DICHA CIUDAD EL 17 DE JULIO DE 1998 (2002): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 346, 8 de abril de 2002, cons. 63 y 73. El Tribunal reiteró su competencia en PROYECTO QUE MODIFICA LA LEY N° 17.997 ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1288, 25 de agosto de 2009, cons. 49.

⁴⁸ Sebastián Soto estudia el tema en su capítulo “El Control Preventivo y La Inaplicabilidad de los Tratados Internacionales en Chile. Estado de la Cuestión y Proyecciones”, que será publicado prontamente en la obra *Temas de Derecho Internacional para el Dialogo Constitucional Chileno*, de Ediciones UC.

⁴⁹ Se ha afirmado que dicho control sería inconveniente porque podría exponer al Estado a un reclamo de responsabilidad por incumplimiento del Derecho internacional. LÓPEZ E., Sebastián (2021): “Constitución y Derecho Internacional”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO. FACULTAD DE DERECHO. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, *Conceptos Fundamentales para el Debate Constitucional* (Santiago, Ediciones UC) p. 344.

⁵⁰ Por ejemplo, se encuentran las circunstancias que excluyen la ilicitud de los actos del Estado (reguladas en Arts. 20 ss., NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL (2001): “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, AG/56/83 (12 de diciembre de 2001)), además de los mismos principios que dan preferencia a un tratado por sobre otro, como sería la aplicación del principio de la *lex posterior* o la *lex specialis*.

⁵¹ Parte de la sección sobre el *soft law* en este editorial es obtenido del manuscrito de mi autoría “Soft Law: Ni Derecho ni Tan Blando”, que será publicado en la obra *Temas de Derecho Internacional para el Dialogo Constitucional Chileno*, de Ediciones UC.

⁵² SHELTON, Dinah (2014): “International Law and ‘Relative Normativity’”, en Malcolm D. Evans (ed.) *International Law* (Oxford, Oxford University Press, cuarta edición) p. 159.

ración de una costumbre internacional⁵³. Además, si bien el *soft law* no es una fuente de Derecho formal, puede ser una fuente material que influye en la creación de normas de Derecho. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁴, que tiene naturaleza jurídica de *soft law*, fue fundamental para preparar el camino para la posterior aprobación de los dos pactos principales de derechos humanos⁵⁵. Más aún, no es infrecuente que algunos tratados sean precedidos de declaraciones en la materia⁵⁶. Además, el *soft law* es el medio preferido para regular algunas áreas, como la ambiental. Por último, suele usarse el *soft law* como un mecanismo para presionar por cambios legales a nivel nacional.

A grandes rasgos, podría decirse que existen dos tipos de *soft law*. El primero expresa un acuerdo político entre Estados o entre éstos y organizaciones internacionales. En segundo lugar, se encuentran las resoluciones de organismos internacionales que no tienen poder para vincular a un Estado, como podrían ser las recomendaciones de los comités de monitoreo de tratados. Aquí incluimos sentencias judiciales internacionales respecto de Estados que no fueron parte en el juicio (a menos que el tratado que creó el tribunal haya establecido un sistema de precedentes vinculantes).

El *soft law* puede ser muy ventajoso para pavimentar el camino a normas vinculantes o para que los Estados se autorregulen, pero tiene también sus desventajas. Atendida la diversidad de órganos que generan *soft law*, no es difícil que estos instrumentos se contradigan, lo que genera una falta de certeza jurídica⁵⁷. Otro problema se deriva de que la creación de *soft law* no requiere de la aprobación del Congreso, con lo que los gobernantes pueden acordar *soft law* con la finalidad de esquivar los pocos resguardos democráticos que tiene la aprobación de normas internacionales. Por otro lado, los órganos que crean *soft law* pueden estar ideológicamente cargados, lo que teñirá sus recomendaciones supuestamente técnicas. Además, aunque no sea vinculante, el *soft law* puede ser usado como argumento en discusiones doctrinales o para hacer activismo (tratando de dar la impresión de que tales instrumentos son vinculantes).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de cierto tipo de *soft law*. Se refirió a recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, con ocasión de una

⁵³ La *opinio juris* es la convicción estatal de que una práctica es jurídicamente obligatoria. BENADAVA, Santiago (1993): Derecho Internacional Público (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, cuarta edición) p. 45.

⁵⁴ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: “Declaración Universal de Derechos Humanos”, A/RES/217(III) (10 de diciembre de 1948).

⁵⁵ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁶ Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, fue precedida por la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959.

⁵⁷ A modo meramente ejemplar, pueden observarse interpretaciones contrapuestas entre el Tribunal Europeo de DD.HH. y el Comité de DD.HH. En materia de vestimenta islámica, compárense *S.A.S. vs. FRANCIA* (2014): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 43835/11, sentencia, 1 de julio, con *YAKER C. FRANCIA* (2016): Comité de DD.HH., CCPR/C/123/D/2747/2016, dictamen, 22 de febrero. En materia de un tipo de velo islámico, véanse *LEYLA ŞAHİN C. TURQUÍA* (2005): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 44774/98, sentencia, 10 de noviembre y *HUDOYBERGANOVA C. UZBEKISTÁN* (2005): Comité de DD.HH., CCPR/C/82/D/931/2000, dictamen, 18 de enero. En materia de aborto, compárense *A, B Y C V. IRLANDA* (2010): Tribunal Europeo de DD.HH., N° 25579/05, sentencia, 10 de diciembre, párrs. 231 a 238 y 249 y *MELLETT C. IRLANDA* (2016): Comité de DD.HH., CCPR/C/116/D/2324/2013, dictamen, 17 de noviembre.

reforma laboral. En ella afirmó que las recomendaciones de dicho organismo, “al no tener ratificación por los Estados no constituyen, de acuerdo a nuestro derecho interno, normas vinculantes de rango legal”⁵⁸. Afirmó también que es improcedente la “interpretación extensiva” de los tratados internacionales a la luz de tales recomendaciones, puesto que ellas son solo guías o pautas para los Estados, no decisiones vinculantes⁵⁹.

Como hemos afirmado, la Constitución no entra en detalles sobre las fuentes del Derecho internacional y su valor en Chile. Tampoco se refiere al *soft law*, lo que es entendible, ya que éste no es vinculante. Sin embargo, hay motivos para inclinarse por regularlo explícitamente, pues en muchas ocasiones nuestros legisladores y magistrados se ven confundidos por estos instrumentos internacionales. Atendido que hoy en día el *soft law* es mucho más profuso de lo que era al momento de redactarse la Constitución de 1980, la nueva carta magna podría aclarar su valor. Existen dos modos de regularlo: implícitamente, indicando cuáles son las fuentes del derecho internacional que generan obligaciones al interior del país (lo que excluiría el *soft law*), o explícitamente, lo que dejaría en claro que el *soft law* no obliga internacionalmente ni crea obligaciones al interior del Estado.

Podría aclararse el valor de estos instrumentos estableciendo expresamente cuál es el uso que pueden darle los órganos nacionales. La buena fe recomendaría que los órganos del Estado evalúen lo que dice el *soft law* al interpretar normas dentro de su competencia —especialmente cuando éste contó con la concurrencia de la voluntad estatal—, aunque el *soft law* no debiera determinar su decisión. Sería necesario recalcar que el *soft law* no puede usarse como argumento para actuar en contra de lo que dispone la ley patria (ya sea explícita o implícitamente), pues debe respetarse el principio de juridicidad, establecido actualmente en el artículo 7 de la Constitución Política. El *soft law* podría usarse para tratar de interpretar la ley en armonía con el instrumento internacional, cuando el órgano competente lo considere recomendable, sin vulnerar el texto o el sentido de la norma interna. Una norma constitucional de estas características no solo autorizaría claramente a que los tribunales hagan referencia al *soft law*, sino que también dejaría en claro —*a contrario sensu*— que dichos instrumentos no pueden aplicarse *contra legem* ni para “suplir” la falta de actuación del legislativo.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Hemos afirmado que los fallos de tribunales internacionales pueden considerarse *soft law* cuando se usan como argumentos respecto de Estados que no fueron parte del proceso (a menos que el tratado que regule el tribunal disponga algo distinto, lo que ocurre en raras

⁵⁸ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE SENADORES RESPECTO DE LAS NORMAS QUE INDICA CONTENIDAS AL PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES, INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CORRESPONDIENTE AL BOLETÍN N° 9835-13 (2016): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 3016, cons. 53.

⁵⁹ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE SENADORES RESPECTO DE LAS NORMAS QUE INDICA CONTENIDAS AL PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES, INTRODUCIENDO MODIFICACIONES AL CÓDIGO DEL TRABAJO, CORRESPONDIENTE AL BOLETÍN N° 9835-13 (2016): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 3016, cons. 54.

ocasiones⁶⁰). En efecto, respecto de terceros Estados, los fallos judiciales pueden ser medios auxiliares para la determinación de las reglas del Derecho, pero no fuentes en sí mismos⁶¹, a menos que los Estados le hayan dado al tribunal un poder especial. No obstante carecer de este poder, la Corte Interamericana de Derechos Humanos elaboró su doctrina del control de convencionalidad. Según dicha Corte, el control de convencionalidad exigiría que los órganos estatales llamados a aplicar la normativa nacional evalúen *ex officio* si ésta es compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos y los fallos en los que la Corte Interamericana interpreta dicha convención (aunque ésta lo haga en un caso que no involucre al Estado cuyo órgano ejerza el control de convencionalidad)⁶². Si la normativa nacional resulta ser incompatible con la Convención o la interpretación de la Corte, la doctrina del control de convencionalidad exigiría al operador nacional aplicar con preferencia la Convención o la jurisprudencia de la Corte, con independencia de la jerarquía que tenga la normativa nacional que se deja sin efecto –aunque sea constitucional–⁶³, y sin importar si la legislación le concede o no dicho poder al operador nacional⁶⁴.

Existen varias razones por las que la doctrina del control de convencionalidad (en el sentido que le da la Corte Interamericana de Derechos Humanos) es contraria a Derecho, además de que su uso sea desaconsejable. Ya nos referimos a estas razones en otro trabajo⁶⁵, por lo que aquí solo mencionaremos un par que dé cuenta de la relevancia de dichos problemas. En primer lugar, la aplicación de la doctrina de la Corte Interamericana es contraria al Estado de Derecho, tanto a nivel internacional como nacional. En efecto, es contraria al Estado de Derecho en el ámbito transnacional, pues un órgano internacional no puede darse a sí mismo poderes que no le fueron expresamente conferidos por los Estados al momento de crearlo. También vulnera el Estado de Derecho en el ámbito nacional, pues le confiere a una infinidad de autoridades el poder de dejar sin aplicación normas nacionales (incluyendo la Constitución), a pesar de que el ordenamiento interno no le haya dado dicho poder a tales autoridades. También es criticable que el control de convencionalidad, tal como es entendido por la Corte, le quitaría al ordenamiento jurídico nacional la posibilidad de determinar la relación entre el Derecho internacional y el interno. Otro problema de la doctrina del control de convencionalidad es que se basa en la idea de que la Corte In-

⁶⁰ Un ejemplo se observa en el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, cuyo artículo 3 dispone que la doctrina de dicha corte “tendrá efectos vinculantes, para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el ‘Sistema de la Integración Centroamericana’, y para sujetos de derecho privado”. ESTATUTO DE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA (10 de diciembre de 1992).

⁶¹ Art. 38.1.d, ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (26 de junio de 1945).

⁶² PAÚL DÍAZ, Álvaro (2019): “Los Enfoques Acotados del Control de Convencionalidad. Las Únicas Versiones Aceptables de esta Doctrina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 87, N° 246, p. 52.

⁶³ PAÚL DÍAZ, Álvaro (2019): “Los Enfoques Acotados del Control de Convencionalidad. Las Únicas Versiones Aceptables de esta Doctrina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 87, N° 246, pp. 52-53.

⁶⁴ Esta cuestión se discute, pero la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es bastante clara en que sería así, sin perjuicio de que esta interpretación pueda cambiar en el futuro. PAÚL DÍAZ, Álvaro (2019): “Los Enfoques Acotados del Control de Convencionalidad. Las Únicas Versiones Aceptables de esta Doctrina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 87, N° 246, pp. 61-67.

⁶⁵ PAÚL DÍAZ, Álvaro (2019): “Los Enfoques Acotados del Control de Convencionalidad. Las Únicas Versiones Aceptables de esta Doctrina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 87, N° 246.

teramericana es la intérprete auténtica de la Convención Americana de Derechos Humanos en general y en abstracto, cuando ella solo puede interpretarla con efectos vinculantes en los casos concretos que se le presentan. Por último, el control de convencionalidad tiene el problema práctico de que la Corte no sigue un sistema de precedentes, por lo que sus interpretaciones pueden ser cambiantes y difíciles de usar como parámetros.

La creación de esta doctrina de la Corte Interamericana ha hecho común usar el concepto control de convencionalidad, aunque muchas veces se usa sin el contenido que le da el tribunal que lo creó. Así, algunos tribunales nacionales usan la expresión control de convencionalidad para referirse al ejercicio racional de comparar la legislación interna con las normas de los tratados ratificados por el Estado, para determinar qué norma aplicar, según lo que disponga la normativa nacional sobre la relación entre el Derecho internacional y el interno. Esta forma de entender el concepto control de convencionalidad es aceptable, a diferencia del uso que le da la Corte Interamericana. Sin embargo, a pesar de que este nuevo significado sea razonable, el uso de la expresión control de convencionalidad puede generar equívocos, ya que habrá que determinar si se quiso darle el sentido que usa la Corte Interamericana o si se quiere darle este nuevo significado. Por ello, conviene que la Constitución no use esta expresión. Ello no impide, sin embargo, que la carta fundamental exija que los jueces, al aplicar la normativa nacional, tengan en consideración lo que dispone el Derecho internacional, de modo que hagan una interpretación conforme en caso de que sea posible, o apliquen la normativa internacional en caso de que tenga una mayor jerarquía, y los jueces tengan el poder de hacerlo.

SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS INTERNACIONALES

Las sentencias que los tribunales internacionales dictan dentro del ámbito de su competencia obligan a los Estados parte. Esta realidad es más frecuente hoy que en la época de los redactores de la Constitución de 1980, quienes nada escribieron sobre el punto. Convendría que la nueva Constitución regule o le ordene al legislador regular un sistema para cumplir con las sentencias dictadas por tribunales internacionales o arbitrales. Dicho sistema, después de confirmar que el fallo no padezca de nulidad⁶⁶, tendría que distinguir según cuál es la reparación ordenada, pues los modos de cumplimiento varían mucho. Por ejemplo, no es lo mismo fijar límites territoriales del país, que ordenar el pago de indem-

⁶⁶ Es muy infrecuente que un Estado alegue la nulidad de un fallo, pero no es algo impensable. En efecto, el Modelo de Reglas sobre Procedimiento Arbitral de la Comisión de Derecho Internacional reconoce expresamente esta posibilidad respecto de arbitrajes, al señalar que podría haber nulidad en casos de exceso de poder, corrupción de un miembro del tribunal, falta de motivación, infracción grave de una regla fundamental de procedimiento, y nulidad del compromiso o cláusula compromisoria. Art. 35, NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: "Proyecto sobre Procedimiento Arbitral Aprobado por la Comisión" (1958). Disponible en inglés en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/10_1_1958.pdf. Fecha de consulta: 10 de mayo de 2021. Esto que se predica sobre los arbitrajes que sigan el modelo de la Comisión de Derecho Internacional podría también decirse respecto de otras sentencias (incluso las dictadas por tribunales internacionales permanentes), aunque en dicho caso el reclamo de nulidad probablemente generaría una nueva controversia internacional. Véase CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel (2013): *Compendio de Derecho Internacional Público* (Madrid, Tecnos), p. 326.

nizaciones, que ordenar dejar sin efecto una sentencia judicial. Las reparaciones variarán según el tribunal que las dicte, por ejemplo, las sentencias de la Corte Internacional de Justicia suelen exigir mecanismos de cumplimiento de corte político, los arbitrajes internacionales en materia de inversión ordenarán principalmente el pago de indemnizaciones, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuenta con reparaciones más variadas. Atendido que solo esporádicamente se sanciona al país en el ámbito internacional, convendría encargar este mecanismo de cumplimiento a instituciones ya existentes, como podría ser la Corte Suprema o el Ministerio de Relaciones Exteriores o de Justicia.

Regular el cumplimiento de sentencias internacionales evitaría situaciones reprochables como la ocurrida en 2019, donde la Corte Suprema actuó *ultra vires* para dar cumplimiento a un fallo internacional. En efecto, en el caso *Norín Catrimán (Lonkos y Otros Comuneros Mapuches)*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó dejar sin efecto ciertas penas penales y civiles, así como sus consecuencias⁶⁷. Moviada por esto, la Corte Suprema determinó que las sentencias nacionales reclamadas habían “perdido los efectos que les son propios”⁶⁸. Debe notarse que la Corte Suprema no afirmó estar dejando sin efecto sus sentencias debido a lo dispuesto por la Corte Interamericana, sino que dio a entender que ella solo reconocía que las sentencias habían perdido sus efectos. Esto implica, erróneamente, que las decisiones de la Corte Interamericana tienen un efecto directo a nivel nacional. Al hacer esta determinación, la Corte Suprema contrarió el artículo 7 de la Constitución, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene competencia para dejar sin efectos una sentencia nacional, y la Corte Suprema no tiene poder para declarar que una sentencia ha “perdido sus efectos” en virtud de lo dispuesto por la Corte Interamericana⁶⁹. Se traiciona el sistema constitucional cuando se desatiende el principio democrático de la Constitución y la distribución de competencias que ésta hace, aunque sea alegando el respeto por los derechos fundamentales⁷⁰. En su decisión, la Corte Suprema buscó excusarse alegando que debía encontrar la forma de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Interamericana, supliendo la falta de actuación del Poder Legislativo. Sin embargo, la única forma jurídicamente aceptable de actuar en este caso habría sido que la Corte Suprema dejara constancia de que ella se encontraba atada de manos, por lo que el Congreso debía darle tal atribución, por ejemplo, modificando las causales del recurso de revisión.

⁶⁷ *NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE) VS. CHILE* (2014): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 279, párr. 422.

⁶⁸ CORTE SUPREMA DE CHILE (2019): Antecedente Administrativo, AD-1386-2014, visto N° 5°.

⁶⁹ El ordenamiento chileno solo permite a un tribunal internacional (la Corte Penal Internacional) tener la última palabra –pasando por sobre lo que disponga la Corte Suprema–. Para que ello fuera así, fue necesario reformar previamente la Constitución chilena. Véase la disposición transitoria vigesimocuarta de CHILE, Constitución Política de la República (11/08/1980), así como REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, ADOPTADO EN DICHA CIUDAD EL 17 DE JULIO DE 1998 (2002): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 346, 8 de abril de 2002.

⁷⁰ CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y LOVERA PARMO, Domingo (2018): “Nueva Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Problemas y Desafíos”, en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Una Nueva Constitución para Chile. Libro Homenaje al Profesor Lautaro Ríos Álvarez* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 115.

Convendría también institucionalizar más la defensa del Estado ante tribunales internacionales. Actualmente esta labor se lleva a cabo por distintos órganos. Por ejemplo, en materia de derechos humanos ante el Sistema Interamericano se involucran la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, la División de Protección de la Subsecretaría de Derechos Humanos y la Agregaduría de Derechos Humanos de la Misión de Chile en la Organización de los Estados Americanos. Estos órganos podrían estar más preparados para la diplomacia y la defensa de los derechos humanos, que para enfrentar litigios. Por eso, podría convenir entregar esta misión a un órgano como el Consejo de Defensa del Estado. Atendido que esta cuestión es de carácter más bien de detalle, habría que regularla en una ley. Sin embargo, la Constitución debiera ordenar dicha regulación, pudiendo exigir que se consagre en una norma de quorum especial, si es que dichas normas siguen existiendo en la posible nueva Constitución.

LENGUAJE

El constituyente debe ser muy cuidadoso con el uso de las palabras. Es necesario recalcar esto en un proceso como el actual, en que no serán necesariamente abogados quienes se encarguen de la redacción de la nueva carta magna. Esta necesidad de contar con un lenguaje preciso también se aplica en materia de Derecho internacional. Así, por ejemplo, es desaconsejable usar expresiones como “instrumentos internacionales” para referirse al Derecho internacional, pues esa expresión no incluiría la costumbre internacional, e incluiría el *soft law*. Esto ocurrió en Ecuador, donde se consagró el deber de garantizar los derechos establecidos en “instrumentos internacionales”⁷¹, en lugar de referirse a los derechos establecidos en el Derecho internacional. Con ello, cualquier instrumento, aunque sea originado por un grupo políticamente motivado, o aunque sea un simple acuerdo político del jefe de Estado, puede terminar representando una traba al ejercicio democrático de la soberanía.

También en relación con el lenguaje, debe notarse que algunos conceptos del Derecho internacional suelen ser más comúnmente usados en otro idioma, como *soft law* o *non-refoulement*. Convendría que la Constitución use expresiones castizas, por lo que habría que buscar buenas traducciones. Por ejemplo, podría designarse el *soft law* con una expresión como “instrumentos internacionales no vinculantes”.

CONCLUSIONES

Nos encontramos en un momento histórico clave para el país, por lo que conviene que quienes nos especializamos en Derecho aportemos para que el resultado de este proceso constitucional sea jurídicamente adecuado. Por eso, la Revista trató de aportar dedicando este editorial a dar algunas ideas que podrían ser relevantes en el área del Derecho internacional público, que es el área de especialización de su director.

La Constitución chilena tiene varios vacíos en el ámbito del Derecho internacional. Algunos se justifican porque ciertos temas no eran muy relevantes al momento de aprobar

⁷¹ Art. 3.1, ECUADOR, Constitución de la República del Ecuador (20/10/2008).

la Constitución actual, como ocurría con los tribunales internacionales o el *soft law*. Por ello, es un lugar común afirmar que la Constitución debiera contemplar algunos temas adicionales, como el de la jerarquía del Derecho internacional en el ordenamiento nacional. Nos sumamos a quienes sostienen que la nueva Constitución debiera regular adecuadamente el Derecho internacional público, de modo que exista más claridad sobre esta área que cobra cada día mayor relevancia.

Este editorial comenzó refiriéndose a un tema fundacional en la materia, como es la relación entre el Derecho internacional público y el bien común. Luego, trató de explicar y aclarar algunos conceptos, como el de *soft law* y el del control de convencionalidad, para así evitar malentendidos. También hicimos referencia a aspectos que están deficientemente regulados en la Constitución actual, y a aspectos que generalmente no se cuestionan, por ejemplo, si una Constitución puede o no otorgar el rango de supraconstitucionalidad a ciertas normas internacionales. No buscamos hacer un examen de todos los elementos que debieran regularse, sino solo de aquellos que, a juicio de este autor, requieren un examen más minucioso por parte del constituyente. Esperamos que estas páginas puedan constituir un aporte a la discusión que se dará sobre este tema en los próximos meses.

ÁLVARO PAÚL

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

LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS COMO CRITERIO PARA EVALUAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD

THE EQUALITY OF PUBLIC BURDENS AS A STANDARD FOR EVALUATING THE CONSTITUTIONALITY OF REGULATIONS TO THE RIGHT OF PROPERTY

IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS*
JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS JULIA**

RESUMEN: A la luz de casos abordados por la Corte Suprema de EE.UU., el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de DD.HH., este trabajo busca identificar criterios que pueden contribuir a evaluar la constitucionalidad de las normas legales que limiten el ejercicio del derecho de propiedad en virtud de estándares contenidos en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas, de modo que no respetar estos criterios de igualdad podría conducir a vulnerar el derecho de propiedad en su función social.

Palabras clave: derecho de propiedad, función social, igualdad ante las cargas públicas.

ABSTRACT: This paper attempts, drawing from the case law of the US Supreme Court, the German Constitutional Court and the European Court of Human Rights, to identify criteria for assessing the constitutionality of the legal rules affecting property, according to standards imposed by the constitutional right of equality of public burdens. Thus, ignoring these criteria may result in an infringement of property and its social function.

Keywords: right to property, social function, equality of public burdens.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo intenta identificar elementos del principio de igualdad ante las cargas públicas que puedan ser pertinentes para evaluar la constitucionalidad de limitaciones, cargas u obligaciones¹ impuestas al titular de un bien, normalmente invocando la función social del derecho de propiedad.

Lo anterior nace de constatar que la discusión sobre limitaciones a la propiedad gira casi exclusivamente sobre el estatuto de este derecho². Se echa en falta incorporar al análisis

* Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. Actualmente es Decano y profesor de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Código Orcid: 0000-0002-3369-7284, Dirección postal: Av. San Ramón Sur 2910-3, Santiago, Chile. Dirección electrónica: icovarrubias@uft.cl.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Oxford. Actualmente es Director del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Código Orcid: 0000-0002-1258-0319. Dirección postal: Av. Santa María 6270 depto. 912, Santiago, Chile. Dirección electrónica: jdiazvaldes@udd.cl.

¹ Usaremos indistintamente las expresiones “restricciones, obligaciones, cargas y regulaciones” como sinónimos de “limitaciones” impuestas al ejercicio del derecho.

² ALDUNATE (2006); CORDERO (2006); ZÚÑIGA (2013) pp. 145 y ss.

ciertas garantías o doctrinas, tales como la igualdad ante las cargas públicas, el contenido esencial del derecho³, o la proporcionalidad, para discernir casos de regulaciones inconstitucionales a la propiedad⁴.

Así, algunos autores han señalado que un acto que afecta excesivamente la propiedad, sin prever la correspondiente indemnización, podría incurrir en inconstitucionalidad por lesión a la igualdad ante las cargas públicas⁵. La inconstitucionalidad y la eventual reparación pecuniaria, constituirían el modo de restablecer la igualdad ante las cargas públicas quebrantada, dado el sacrificio que para el titular del derecho importa una norma que busca beneficiar a la comunidad toda⁶. Otros autores coinciden en atribuir a la igualdad ante las cargas públicas un rol clave, pero para controlar si una norma legal ha cumplido con el equilibrio que la función social de la propiedad lleva consigo.

Nuestro trabajo pretende continuar estas líneas doctrinales, recogiendo elementos del derecho comparado que pueden ser útiles para esta discusión. Adicionalmente, sin pretender ser un trabajo de doctrina y jurisprudencia nacional⁷, su referencia será indispensable para exhibir el aporte que contienen las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán, de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos⁸, para perfilar los criterios de la igualdad ante las cargas públicas como parámetros para discernir la constitucionalidad de las regulaciones al derecho de propiedad.

2. LA FUNCIÓN SOCIAL IMPLICA UN EQUILIBRIO ENTRE DUEÑO Y SOCIEDAD

Desde Galletué, algunas sentencias de nuestros tribunales han señalado que ciertas limitaciones al derecho de propiedad, aunque “loables” en cuanto a su finalidad, no podían ser soportadas “por algunos ciudadanos, alterando con ello el principio de la igualdad en la repartición de dichas cargas”⁹.

Más recientemente en Chile, en *Constructora Santa Beatriz con Monumentos Nacionales* (2014)¹⁰, el Tribunal Constitucional (TC) recordó que las limitaciones al derecho

³ FERMANDOIS (2006); DELAVEAU (2006) p. 413; ALDUNATE (2006) p. 296; MATUTE (2014) p. 205.

⁴ FERMANDOIS (2006); MARMOLEJO (2008), GARCÍA (2011) p. 101; BRONFMAN (2012) p. 250.

⁵ ALDUNATE (2006) pp. 296 y 298. PONCE DE LEÓN (2014) p. 450; QUEZADA (2018) p. 113.

⁶ ALDUNATE (2006) p. 301; PONCE DE LEÓN (2015) p. 864: la carga pública opera como fundamento de exigencia de equilibrio a favor de quien soporta el gravamen en pos de la comunidad. Véase también RAJEVIC (1996) p. 46 y GUILOFF (2018) pp. 280 y ss.

⁷ Creemos que la igualdad ante las cargas públicas, del artículo 19 N° 20, es una iteración específica de la garantía general de igualdad en y ante la ley, del artículo 19 N° 2. Por tanto, lo dicho para esta última, extensamente tratada por la doctrina y la jurisprudencia nacional, aplica a la igualdad ante las cargas.

⁸ Coincidimos con LÓPEZ ESCARCENA (2015) p. 44, quien afirma que en la mayoría de las sentencias en que la Corte Interamericana de DD.HH. aborda el derecho de propiedad individual, lo ha hecho “únicamente después de haber encontrado violaciones a otras disposiciones de su tratado constitutivo, y en gran medida como consecuencia de dichos incumplimientos” y además “sigue normalmente los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos”, motivo por el cual no se previó abordar la jurisprudencia de la Corte Interamericana dentro de resultados comprometidos para este Proyecto de Investigación.

⁹ *QUINTANA OLIVARES Y OTROS CON FISCO* (2000).

¹⁰ *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 17.288, ROL 2299-12* (2014) c. 7° y 8°.

de propiedad, fundadas en la función social, debían respetar el adecuado equilibrio entre aquél y otros derechos o principios que puedan verse comprometidos, como la igualdad y el principio de proporcionalidad. El TC ha destacado, también, que la carga debe ser evaluada según “las limitaciones que puedan sufrir otros propietarios que se encuentren en la misma situación en atención a la entidad o naturaleza de la razón involucrada en el ejercicio de la función social de la propiedad”. Agregó que las cargas deben “ser repartidas entre todos los llamados a soportarlas, de manera igualitaria y equitativa. Por lo que la igualdad ante las cargas públicas [...] es, pues, una aplicación del principio general de isonomía o de igualdad ante la ley”¹¹.

Tal y como ha señalado el TC en diversas ocasiones, la función social es inherente al dominio¹², se traduce en “deberes y responsabilidades que buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad”, y no se estimaría como un daño indemnizable, debiendo el titular del derecho soportarla en pos del bien común¹³.

Estas nociones se corroborarían en otra sentencia del TC, al estimar la constitucionalidad de una carga pública impuesta a una empresa inmobiliaria de ceder gratuitamente una porción de sus terrenos para fines de urbanización. Dicha cesión gratuita, dice el TC, es un modo “de conciliar en forma prudente y justa los intereses personales del urbanizador con los de la sociedad toda, arbitrando los medios necesarios para que el Estado cumpla su fin primordial, cual es el bien común”¹⁴.

Similarmente, en otro caso declaró que el carácter gratuito de las servidumbres mineras concretizan un ejemplo de restricción, no de privación, a la propiedad minera, por lo que la obligación impuesta “no sería indemnizable”¹⁵, sin perjuicio que, en este caso existiría indemnización en virtud de disposición legislativa expresa¹⁶.

Destacamos dos conclusiones extraíbles de estos fallos. Primero, que la función social supone una relación armonizadora entre el derecho de propiedad y las exigencias impuestas en su nombre, se forma de “balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada”, conforme a la Constitución¹⁷. Segundo, que hay una exi-

¹¹ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 18.549, ROL 790-07 (2007) c. 38° y REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 17.288, ROL 2299-12 (2014) c. 11°.

¹² Véase REQUERIMIENTO DE DIPUTADOS Y SENADORES, DECRETO SUPREMO N° 1 DE 1996 DEL MINISTERIO DE BIENES NACIONALES, ROL 245-96 (1996) y REQUERIMIENTO DE DIPUTADOS Y SENADORES, DECRETO SUPREMO N° 1 DE 1996 DEL MINISTERIO DE BIENES NACIONALES, ROL 246-96 (1996) c. 22° y 25°; REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, DECRETO CON FUERZA DE LEY 850, ROL 1991-11 (2012) c. 42°; REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, DECRETO CON FUERZA DE LEY 850, ROL 1993-11 (2012) c. 42° y REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 17.288, ROL 2299-12 (2014) c. 7°.

¹³ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 17.288, ROL 2299-12 (2014) c. 8°.

¹⁴ REQUERIMIENTO DE SENADORES, DECRETO SUPREMO N° 171 DE 1996 DEL MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, ROL 253-97 (1997) c. 10°.

¹⁵ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 18.097, ROL 1284-08 (2009) c. 21°.

¹⁶ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 18.097, ROL 1284-08 (2009) c. 21°.

¹⁷ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 19.949, ROL 505-06 (2007) y REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 19.949, ROL 506-06 (2007) c. 17° a 19°. Asimismo REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, ART. 309 DEL CÓD. DE AGUAS, ROL 1309-09 (2010) c. 2° y 4° y REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, DECRETO CON FUERZA DE LEY 850, ROL 1993-11 (2012), REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, DECRETO CON FUERZA DE LEY 850, ROL 2043-11 (2012), REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, DECRETO CON FUERZA DE LEY 850, ROL 2077-11 (2012), REQUERIMIENTO DE

gencia constitucional de que las limitaciones a la propiedad en virtud de su función social sean repartidas de manera igualitaria entre quienes se encuentran en la misma situación en atención a la naturaleza de la razón invocada por la legislación.

3. EQUILIBRIO ENTRE EL BIEN COMÚN Y LOS INTERESES DEL DUEÑO EN DERECHO COMPARADO

3.1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El justo equilibrio entre los intereses de la comunidad y los de la persona afectada es uno de los criterios fundamentales que emplea el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) para decidir si una norma que incide en el derecho de propiedad se encuentra o no justificada¹⁸. El justo equilibrio opera si la norma es legal y no es arbitraria¹⁹, y se rompe si el acto implica una carga excesiva al afectado²⁰, por muy importante que sea el fin, debiendo haber una proporcionalidad entre este y los medios previstos para lograrlo. Si bien se admite un amplio margen de apreciación a los Estados en elegir los fines y medios en materia de políticas económico-sociales que puedan afectar la propiedad²¹, esta deferencia no inmuniza el control sobre si el acto cumple el justo equilibrio. Además, el justo equilibrio no sirve para decidir si hay una privación, una regulación al uso de la propiedad u otro tipo de interferencia, sino que debe cumplirse cualquiera sea el modo de afectación²².

Forminster (2008) delineó ciertos factores para evaluar si el acto impone una carga excesiva: “la intensidad de la interferencia, el fin perseguido, la naturaleza de los derechos de propiedad afectados, y la conducta del reclamante como de las autoridades del Estado”²³. La intensidad de la interferencia varía dependiendo de si existe una privación, una regulación al uso u otra injerencia. Si hay privación, los términos de la compensación “son cruciales para discernir si la normativa objetada respeta el justo equilibrio de los intereses en juego y, notoriamente, si ella no impone una carga desproporcionada”²⁴. Hay derecho a una adecuada y pronta compensación²⁵, entendiéndose que ha de ser completa y según el valor de mercado del bien privado²⁶. Una compensación así es el modo de cumplir el justo equilibrio si hay una privación –directa o indirecta (*de facto*) a la propiedad²⁷. Si no hay privación, no hay de-

INAPLICABILIDAD, DECRETO CON FUERZA DE LEY 850, ROL 2078-11 (2012), REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, DECRETO CON FUERZA DE LEY 850, ROL 2079-11 (2012) c. 44º.

¹⁸ SPORRONG Y LÖNNROTH VS. SUECIA (1982) párr. 69; MONASTERIES VS. GRECIA (1994) párr. 70; ALLEN (2007) pp. 294-298 y LÓPEZ (2014) pp. 60-61.

¹⁹ SERVAVIN Y OTROS VS. UKRANIA (2011) párr. 107; BEYELER VS. ITALY (2000) párr. 107.

²⁰ MONTT (2009) p. 220. El autor estima que el *fair balance* no aplica en caso de privaciones.

²¹ Sobre el margen de apreciación: ARAI-TAKAHASHI (2002), GARCÍA ROCA (2010), LEGG (2012).

²² SPORRONG Y LÖNNROTH VS. SUECIA (1982) párr. 69; MONASTERIES VS. GRECIA (1994) párr. 70.

²³ FORMINSTER ENTERPRISES LIMITED VS. CZECH REPUBLIC (2008) párr. 77.

²⁴ JAMES VS. REINO UNIDO (1986) párr. 54; PERDIGÃO VS. PORTUGAL (2010) párr. 68.

²⁵ TRE TRAKTÖRER AKTIEBOLAG VS. SWEDEN (1989).

²⁶ TURGUT AND OTHERS VS. TURQUÍA (2008) y ALTHOFF AND OTHERS VS. ALEMANIA (2011). Véase SLUYSMANS, VERBIST y DE GRAAF (2014) pp. 3-33.

²⁷ Solo en los denominados “casos de transición”, el TEDH ha admitido una salvedad al deber de compensar si hay una privación. Véase SLUYSMANS, BOSMA, TIMMER y VAN TRIET (2015) pp. 379-399.

ber de compensar por el valor total, aunque los términos de la compensación son relevantes para determinar si se ha cumplido o no con el justo equilibrio.

Otro factor, el fin perseguido, se vincula a la proporcionalidad de la compensación. Afirma que si bien no se “garantiza a todo evento el derecho a una compensación total, el Tribunal estima que [...] hay una ligazón directa entre la relevancia o naturaleza preponderante del interés público y la compensación que ha de ser prevista [...] Una escala decreciente debería ser aplicada al respecto, equilibrando el alcance y grado de importancia del interés público con la naturaleza y monto de la compensación prevista para las personas involucradas”²⁸.

Sobre la base de estos criterios, existe una interesante jurisprudencia posterior del TEDH. En *Immobiliare* (1999), declaró que una ley que autorizó suspender por años la ejecución de desalojos supuso una carga excesiva para el propietario que, habiendo obtenido una orden de desalojo, no pudo ejecutarla²⁹. En *Chassagnou* (1999), dijo que el acto que restringió el uso de pequeños propietarios fue excesivo al haber una diferencia de trato entre estos y otros propietarios³⁰. En *Hutten-Czapsk* (2006), la limitación a la facultad de los dueños de ciertos inmuebles para aumentar la renta de arriendo o para ponerle fin, no logró el justo equilibrio, pues la “carga no puede, en este caso, ser soportada por un grupo social en particular, no obstante, lo relevante que sean los intereses del otro grupo o de la comunidad en su conjunto”³¹.

En *Saliba* (2011), se afirmó que el motivo que durante la posguerra había legitimado que el Gobierno ocupara forzosamente bienes raíces de terceros, ya no se justificaba, pues la norma primitiva hacía que actualmente los afectados “soportaran la mayor parte de los costos sociales y financieros del suministro de viviendas”³². En *Lindheim* (2012), se puso en duda que los fines sociales de una ley justificaran actualmente las restricciones al arriendo de viviendas, en beneficio de los arrendatarios, pues ello no produjo “una distribución equitativa de la carga social y financiera, sino más bien que la carga recayó exclusivamente en los arrendadores”³³. Hay otros casos en que se estimó que el Estado no había logrado el justo equilibrio, sea porque desconoció el pago de un beneficio social otorgado por sentencia judicial³⁴, sea porque no se respetó el contenido esencial del derecho³⁵ o, por el atraso del pago de la pensión, que, unido a la alta inflación, agudizó el desequilibrio por la desvalorización del beneficio³⁶.

Respecto de injerencias que no sean privaciones, también pueden identificarse criterios para evaluar si se cumple el justo equilibrio: la ley estatal puede ser desproporcionada si impone una carga cuyo fin ya no es tan relevante como el primitivamente concebido.

²⁸ *URBÁRSKA OBEC TRENČIANSKE BISKUPICE VS. ESLOVAQUIA* (2007) párr. 115.

²⁹ *INMOBILIARIA SAFFI VS. ITALIA* (1999) párr. 74.

³⁰ *CHASSAGNOU VS. FRANCIA* (1999) párr. 92.

³¹ *HUTTEN-CZAPSK VS. POLONIA* (2006) párr. 225.

³² *SALIBA AND OTHERS VS. MALTA* (2011) párr. 67.

³³ *LINDHEIM AND OTHERS VS. NORUEGA* (2012) párr. 134.

³⁴ *PRAVEDNAYA VS. RUSIA* (2004) párr. 40-41. Véase *BARCELONA LLOP* (2017) pp. 334-335.

³⁵ *DRUZSTEVNI ZÁLAZNA PRIA AND OTHERS VS. REPÚBLICA CHECA* (2008) párr. 93.

³⁶ *SOLODYUK VS. RUSIA* (2005) párr. 28 y ss. Véase *GÓMEZ HEREDERO* (2007) pp. 30-31.

Similarmente, podría serlo al extenderse el carácter transitorio de una carga. Ésta también podría tornarse excesiva si es soportada por un grupo de personas que se encuentran en situación de compartir con otros semejantes dicho gravamen, o si la carga perjudica a una persona aisladamente considerada. Estos criterios también han sido aplicados por el TEDH frente a actos que han suspendido o recortado beneficios sociales legítimamente adquiridos.

3.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN (TCA)

El TCA ha afirmado, como principio, que respecto de la función social del derecho de propiedad “el legislador debe lograr un justo equilibrio y una relación equitativa entre los legítimos intereses de las partes involucradas”³⁷, lo que “se cumple si las obligaciones que emanan del derecho de propiedad son consistentemente razonables [...] tales regulaciones no pueden dar lugar a una carga excesiva que afecte irrazonablemente los derechos del propietario”³⁸. En regulaciones a la propiedad, añade, “el principio de igualdad ante la ley debe ser respetado como principio del Estado de Derecho”³⁹.

Así, en Ley de Pequeños Huertos (1979), se declaró inconstitucional una norma que restringía el derecho de poner fin anticipado a contratos de arriendo. La ley se dictó en una época en que era habitual que los dueños de grandes terrenos arrendaran pequeños lotes como huertos, cuya explotación fue clave para promover la provisión más barata de alimentos, tanto para los arrendatarios como para Alemania. Con el advenimiento de la producción alimentaria masiva y el crecimiento de las ciudades, los arrendadores prefirieron dar a sus tierras un uso más intensivo para fines comerciales, pues la renta era mucho mayor que para el uso agrícola.

El regulador rechazó una solicitud de los dueños de los lotes para terminar anticipadamente los arriendos, pues la ley no preveía el cambio de circunstancias como fundamento para poner fin al contrato. Llevado el asunto ante el TCA, la declaró inconstitucional ya que la magnitud de la restricción a la libertad de los dueños era actualmente desproporcionada respecto del fin público primitivamente perseguido, esto es, que los huertos fueran fuente de alimentación en tiempos de necesidad, y ahora tales lotes no cumplían sino una función recreativa de relevancia social, menos poderosa que la función originalmente concebida⁴⁰. Así, la inconstitucionalidad emanaba de no cumplir un estándar mínimo de razonabilidad: la restricción prevista originariamente ya no cumplía su cometido⁴¹.

En Cesión de Ejemplares (1981), se estimó inconstitucional la carga impuesta a todos los editores de libros, de ceder gratuitamente a la biblioteca pública un ejemplar de cada edición para que los nuevos textos estén al alcance de todos y se garantice su conservación. Un editor de libros de lujo reclamó que la norma le ocasionaba un perjuicio, dadas las características de su negocio. El TCA afirmó que, si bien la ley era una delimitación a la propiedad, no una expropiación, no se ajustaba al principio de proporcionalidad y de

³⁷ *Cesión de Ejemplares* (1981) BVerfGE 58, 137, en BRÖHMER (2012) p. 692.

³⁸ *Cesión de Ejemplares* (1981) BVerfGE 58, 137, en BRÖHMER (2012) p. 692.

³⁹ *Cesión de Ejemplares* (1981) BVerfGE 58, 137, en BRÖHMER (2012) p. 692.

⁴⁰ *Pequeños Huertos* (1979) BVerfGE 52, 1, en SCHWABE (2009) pp. 412-413.

⁴¹ ALEXANDER (2006) p. 136.

igualdad, al gravar por igual a todos quienes se dedican a la actividad editorial sin reparar que la carga era desproporcionada y discriminatoria para el editor a quien le era imposible cumplir con la obligación, pues editaba colecciones de lujo con un reducido tiraje de venta.

Junto con admitirse que la norma buscaba un fin legítimo y que ceder gratuitamente copias de cada edición era en principio razonable, dijo que la “deficiencia” observada aquí “representa una carga significativa en comparación con los editores a bajo costo y a gran escala” por lo que su situación “no puede ser considerada aisladamente de las características de su producción”⁴². Se infringía así la igualdad ante la ley, la que exigía “en este caso que los elementos de la regulación [...] se encuentren ordenados de modo tal que las diferencias generadas en la carga impuesta a los dueños y que las diferencias en el peso de sus intereses en comparación con los intereses del público, sean tomadas en consideración con las necesarias distinciones, evitando una carga desigual”⁴³.

En Monumentos Nacionales (1999), el TCA señaló que la norma que buscaba proteger el patrimonio histórico de ciertos inmuebles, produjo un “vaciamiento material de las facultades del dominio y la exclusión de cualquier posibilidad de aprovechamiento”, estimándola inconstitucional al imponer carga desproporcionada infractora de la igualdad. Una regulación a la propiedad puede ser inconstitucional, no solo por ser expropiatoria⁴⁴, sino por verificarse una “restricción injustificada”⁴⁵ al derecho. La norma en cuestión invocaba el interés público histórico y cultural en conservar ciertas propiedades. Su artículo 13 disponía que solo por motivos de bien común, y sin considerar el interés privado, podía autorizarse la alteración del bien raíz protegido. Como el dueño no había encontrado compradores y la propiedad estaba vacía desde 1981, solicitó autorización para demolerla, dado el costo altísimo de mantención y que le estaba prohibido usarla para fines distintos al residencial. La solicitud le fue denegada, fundada en que, bajo esta ley, la autoridad solo debía considerar el interés público en demoler y no el interés del dueño.

El fallo parte por afirmar que, al regular el contenido y límites del derecho de propiedad, la ley “debe lograr un justo equilibrio y una equitativa relación entre el legítimo interés del dueño y las necesidades del bien público. Al hacerlo, el legislador debe ser consistente con todas las otras [...] garantías constitucionales; en especial, debe sujetarse al principio constitucional de proporcionalidad y al principio de igualdad ante la ley”. Añade que las “limitaciones al derecho no pueden exceder aquello que sea suficiente para lograr el propósito buscado por la regulación legal. No lo está permitido vaciar el aspecto nuclear del derecho de propiedad”⁴⁶.

La inconstitucionalidad de la norma no reside en el fin ni en el deber del dueño de soportar la carga de conservar el inmueble declarado monumento, pues “[l]a prohibición de demoler el monumento arquitectónico no restringe su uso habitual” y “la Ley Funda-

⁴² *Cesión de Ejemplares* (1981) BVerfGE 58, 137, en BRÖHMER (2012) pp. 693-694.

⁴³ *Cesión de Ejemplares* (1981) BVerfGE 58, 137, en BRÖHMER (2012) p. 694.

⁴⁴ Para el TC alemán una ley es expropiatoria solo si persigue formalmente una expropiación.

⁴⁵ *ADVERTENCIA DE GLICOL EN LOS VINOS* (2002).

⁴⁶ *Monumentos Nacionales* (1999) BVerfGE 100, 226, en BRÖHMER y otros (2012) p. 698.

mental no protege el uso más rentable de la propiedad⁴⁷. Cosa distinta ocurre “cuando ya no es posible un uso significativo del monumento arquitectónico protegido”. Si el dueño “no puede darle un uso razonable”, ni “disponer del mismo por motivos prácticos, la posibilidad de un usufructo privado por el dueño se encuentra virtualmente excluido del todo. Si se añade el deber legal de conservar la propiedad, el derecho se transforma en una carga que el dueño tendrá que soportar con fundamento en el interés general, sin poder gozar de las ventajas del uso privado. La posición jurídica del afectado se parece a una situación en que no merece denominarse ‘propiedad’⁴⁸. Así, garantizar el aprovechamiento privado es un límite absoluto a la regulación de la propiedad⁴⁹.

La compensación prevista en la ley tampoco impidió la inconstitucionalidad, pues “las normas que establecen compensaciones no son generalmente un modo aceptable de asegurar la consistencia de limitaciones no razonables al derecho de propiedad. Las normas que definen el contenido y los límites de la propiedad deben en principio preservar la sustancia de los derechos de propiedad, aunque haya compensación, y cumplir con el principio de igualdad ante la ley”⁵⁰.

3.3. CORTE SUPREMA DE EE.UU.

No es fácil identificar estándares uniformes en las decisiones de este tribunal, acerca de si una norma que interfiere con el derecho de propiedad constituye o no una expropiación regulatoria. Con todo, es posible detectar ciertos criterios en materia de igualdad ante las cargas públicas, que han contribuido a evaluar la constitucionalidad de las regulaciones a la propiedad. Así, desde 1922, este tribunal ha sido estable en afirmar que la enmienda que establece que la propiedad “no será *quitada [taken]* para el uso público sin una justa compensación”, opera como una garantía que busca que las potestades regulatorias no vayan “demasiado lejos” al establecer normas al uso del derecho. Si bien la determinación de criterios para esto ha sido confusa⁵¹, la Corte ha sido uniforme en reiterar uno de ellos –de igualdad– según el cual evaluar la constitucionalidad de una norma que afecta la propiedad.

Desde *Pennsylvania Coal* (1922) se afirma que la cláusula constitucional de propiedad sirve para limitar el poder estatal de imponer restricciones al derecho. Se han identificado ciertos factores para decidir si la norma iba “demasiado lejos” y debía ser expropiatoria. Un punto es la idea de balanceo entre el interés público y el derecho de propiedad, esto es, la idea de equilibrio entre la regulación y el efecto en la propiedad⁵². Se estableció entonces que un factor crucial para evaluar la constitucionalidad de dicho equilibrio exi-

⁴⁷ *Monumentos Nacionales* (1999) BVerfGE 100, 226, en BRÖHMER y otros (2012) p. 699.

⁴⁸ *Monumentos Nacionales* (1999) BVerfGE 100, 226, en BRÖHMER y otros (2012) p. 699.

⁴⁹ LUBENS (2007) p. 417.

⁵⁰ *Monumentos Nacionales* (1999) BVerfGE 100, 226, en BRÖHMER y otros (2012) p. 700.

⁵¹ Si bien subrayaremos aquellos aspectos favorable a nuestra hipótesis en las decisiones de la Corte Suprema norteamericana, cabe advertir que hay una extensa doctrina crítica de distinta intensidad sobre criterios utilizados por dicho tribunal en materia de regulaciones expropiatorias. A modo ejemplar, cabe señalar ROSE (1984); ROSE-ACKERMAN (1988); WENAR (1997); MERRILL (2000); DOREMUS (2003), entre otros.

⁵² GABA (2007) p. 574.

ge que “en la acción estatal [concurra] una equitativa distribución de beneficios y cargas, como es característico en las leyes de zonificación y en la legislación de sitios históricos”⁵³.

Esta idea de *Pennsylvania Coal* fue retomada en varios casos. En *Armstrong* (1960) se dijo que la prohibición de establecer privaciones (takings) a la propiedad sin una justa compensación “fue diseñada para impedir que el Estado imponga a algunos a llevar solos las cargas públicas que, en equidad y justicia, deberían ser llevadas por el público como un todo”⁵⁴. Esta fórmula fue reiterada en la mayoría como en la disidencia de *Penn Central* (1978), un caso clave sobre la constitucionalidad de la ley de monumentos históricos, que impedía a los propietarios de la estación *Penn* introducir cambios mayores al edificio declarado monumento histórico.

Afirmó que la carga era una ventaja para la ciudad como para los dueños, pues “la preservación de monumentos beneficia a los ciudadanos de Nueva York como a sus construcciones, tanto económicamente como por la mejora de la calidad de vida de la ciudad”⁵⁵. El disidente afirmó que los dueños habían sido injustamente tratados al hacerles cargar individualmente el costo de un beneficio público. El punto “es si el costo derivado del fin [...] de preservar un número de monumentos históricos [...] debe ser soportado por todos los contribuyentes o puede recaer totalmente en los propietarios individuales”⁵⁶. Esta ley, dijo, era distinta a la mayoría de las normas de zonificación, que se justifican por el hecho que, en un área delimitada, todos los propietarios están sujetos a las mismas restricciones, pero no únicamente en beneficio de la municipalidad, sino en aras del beneficio compartido de cada uno⁵⁷. Tal mutua reciprocidad no existe, concluyó, cuando “edificios singulares [...] son excluidos y tratados de modo diferente que el resto de los edificios”⁵⁸.

Interesante es observar que el asunto de “reciprocidad en las ventajas” como factor relevante para evaluar si el balance previsto por la norma es constitucional, fue invocado por la mayoría y por el disidente. Esta interpretación contrapuesta sobre su aplicación se debe probablemente al carácter prudencial que supone apreciar el equilibrio o proporcionalidad entre lo que la norma quita por un lado y lo que da o mantiene por otro. Así, “[a]unque una regulación puede imponerme una carga para beneficiar a otro, la misma regulación puede beneficiarme. La reciprocidad, examina en parte, la magnitud de la pérdida”⁵⁹.

Así, el factor de reciprocidad en las ventajas puede conducir a otro factor que ha considerado el tribunal en la regulación a la propiedad: la “magnitud de la pérdida”. La reciprocidad busca evaluar si la carga impuesta se ve compensada con el beneficio que la misma norma establece⁶⁰, por lo que, si existe un aporte al bien común y la carga impuesta es mínima, difícilmente puede decirse que el dueño ha sido desproporcionadamente afectado por la regulación. En tal caso, podría no ser necesario acudir a la “magnitud de la pérdida”:

⁵³ *PENNSYLVANIA COAL CO. v. MAHON* (1922).

⁵⁴ *ARMSTRONG v. UNITED STATES* (1960).

⁵⁵ *PENN CENTRAL TRANSPORTATION CO. v. NEW YORK CITY* (1978).

⁵⁶ *PENN CENTRAL TRANSPORTATION CO. v. NEW YORK CITY* (1978).

⁵⁷ *PENN CENTRAL TRANSPORTATION CO. v. NEW YORK CITY* (1978).

⁵⁸ *PENN CENTRAL TRANSPORTATION CO. v. NEW YORK CITY* (1978).

⁵⁹ GABA (2007) p. 585.

⁶⁰ GABA (2007) p. 585.

al no haber pérdida o al ser mínima, se entiende que debería ser tolerada en pos de un bien común que beneficia incluso –directa o indirectamente– al mismo propietario que soporta el costo de la norma.

En materia de regulación urbanística, uno de los elementos considerados para determinar la magnitud de la pérdida ha sido el porcentaje de disminución del valor del bien raíz, pero no hay un criterio que permita delinear si la pérdida es de tal magnitud como para considerarla inconstitucional si no se ha previsto una compensación. Los casos suelen abordarse mediante una ponderación entre el interés público y el del propietario, por lo que son escasas las hipótesis de regulaciones inconstitucionales *per se*. Una, es la disminución de un 100% del valor de la propiedad⁶¹. Otra, es la invasión física permanente, no autorizada por el dueño, en su propiedad⁶².

Si bien en Lucas (1992) el impacto de la norma fue clave (la pérdida total de valor), según algunos el caso no se entiende del todo sin el siguiente aspecto: una carga desigual no justificada⁶³. El reclamante fue afectado por una ley, sobreviniente a la compra de su terreno, que le impidió construir, esto es, hacer aquello que los vecinos que estaban en una situación similar habían hecho⁶⁴. Por ello, las expectativas del propietario aquí eran más fuertes que las del dueño en el caso Penn. Un enfoque que se esgrime en limitaciones a la propiedad es la justificación de imponer una carga no compensada, que genera el efecto de impedir al dueño hacer lo que la mayoría de los dueños vecinos habían hecho lícitamente⁶⁵. Michelman echa en menos un mayor control judicial aquí y dice que un punto clave para evaluar si la lesión causada por una norma a la propiedad es inconstitucional exige comparar el carácter de la lesión con la afectación de otros que estarían en una situación similar⁶⁶.

Más allá de las controversias que la igualdad suscita en estas materias⁶⁷, su influencia es indudable⁶⁸. Ello se debe a que el control jurídico de las regulaciones a la propiedad siempre lleva consigo la posibilidad de evaluar la igualdad en la distribución de cargas y beneficios. De hecho, el influyente caso *Lingle v. Chevron* (2005) delineó los dos elementos claves que debe incorporar cualquier revisión judicial de la propiedad: “la magnitud o carácter que impone la carga de una regulación específica sobre los derechos de propiedad” y “cómo una carga regulatoria es distribuida entre los dueños de la propiedad”⁶⁹. En fin, aunque la doctrina jurisprudencial sobre regulaciones expropiatorias “es ampliamente vista como una defensa del individuo contra actos estatales excesivos y arbitrarios”, también “puede ser vista como un resguardo del derecho a la igualdad frente al Estado”⁷⁰.

⁶¹ *LUCAS V. SOUTH CAROLINA COASTAL COUNCIL* (1992).

⁶² *LORETTO V. TELEPROMPTER MANHATTAN CATV CORP.* (1982).

⁶³ SINGER (2015) pp. 653-654.

⁶⁴ *LUCAS V. SOUTH CAROLINA COASTAL COUNCIL* (1992).

⁶⁵ SINGER (2015) p. 654.

⁶⁶ MICHELMAN (2012) pp. 221-222.

⁶⁷ HANOCH (1999) pp. 778-792, FEE (2004) pp. 1049-1060, GABA (2007) pp. 576-583.

⁶⁸ DANA y MERRILL (2002) pp. 33-34.

⁶⁹ *LINGLE V. CHEVRON U.S.A. INC.* (2005).

⁷⁰ FEE (2004) pp. 1004 y 1007.

4. LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE A LAS CARGAS PÚBLICAS

Entre las concepciones de igualdad constitucional que conviven en la actualidad⁷¹, veremos que dos de ellas podrían proveer criterios para fundar la igualdad ante las cargas públicas.

4.1. IGUALDAD ARISTOTÉLICA

La igualdad constitucional se funda en la noción aristotélica de tratar igual a los iguales y desigual a los iguales⁷². Un rasgo de esta igualdad es su “autonomía”: permite juzgar la constitucionalidad de un acto o norma por sí misma, sin necesidad de acudir a otro derecho afectado⁷³. Siguiendo el artículo 19 N° 2 de la Constitución, una diferencia de trato será inconstitucional cuando resulte arbitraria, esto es, caprichosa, irracional o no suficientemente justificada⁷⁴. No es necesario, por tanto, que de esa diferencia arbitraria emane, adicionalmente, daño para otro derecho fundamental.

Ello es relevante en el tema que abordamos, pues, en materia de igualdad ante las cargas públicas, las limitaciones impuestas a las mismas en virtud de los derechos fundamentales, emanan tradicionalmente de la propiedad. Así, se considera que la igualdad ante las cargas protege a individuos cuando los efectos de aquélla sobre su propiedad, son excesivos o desproporcionados. Se omite así un análisis complementario: que la igualdad ante las cargas supone una exigencia mínima de igualdad de trato, independientemente de sus efectos. Por tanto, la imposición de cargas queda también sujeta a la observancia de exigencias propias de la igualdad constitucional, independientemente de su lesión adicional a la propiedad. En síntesis: una carga pública vulnerará la igualdad si establece una diferencia arbitraria.

El patrón de razonabilidad utilizado para evaluar una diferencia arbitraria presenta varias formulaciones, unas más estrictas que otras. En Chile, destaca la desarrollada por el TC desde Gratuidad Universitaria⁷⁵, que identifica tres elementos: la diferencia de trato específica, su finalidad y el factor o criterio de distinción. Estos factores deben tener una relación sustancial y directa para excluir la arbitrariedad. Supongamos que una ley impone, a los dueños de terrenos aledaños a los cerros fiscales, la carga de permitir el libre acceso del público. La diferencia de trato sería dar libre acceso a la propiedad cuando otros propietarios no lo hacen. La finalidad sería permitir el uso público de ciertos bienes fiscales (cerros). El factor de diferencia sería la contigüidad de la propiedad a tales cerros. La relación entre los tres criterios es directa y sustancial, por lo que no habría una diferencia arbitraria. Ello no impide que surjan problemas de constitucionalidad desde la perspectiva de la propiedad.

A la inversa, supongamos que la ley impone a los Testigos de Jehová la carga de dejar un 0,001% de su propiedad, con un tope de 1 metro cuadrado fuera de los cercos de sus

⁷¹ MCCRUDDEN y PRECHAL (2009).

⁷² ARISTÓTELES (2009) p. 684.

⁷³ MCCRUDDEN y PRECHAL (2009) p. 11.

⁷⁴ La afirmación no es exclusiva del derecho nacional. Por ejemplo, el TC alemán desde sus inicios usó la arbitrariedad para decidir si había infracción a la igualdad. MCCRUDDEN y PRECHAL (2009) p. 15.

⁷⁵ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD, LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO, ROL 2935-15 (2015) c. 36 y ss.

inmuebles, con el fin de mejorar el espacio público. Desde la perspectiva de la propiedad, la carga es insignificante, pero no lo es desde la igualdad: la diferencia de trato no guarda una relación evidente con la finalidad, y peor aún, el criterio de diferenciación (religión), no evidencia conexión alguna con los otros factores. La carga sería inconstitucional, aunque su impacto en la propiedad fuese ínfima.

El estándar de racionalidad posee múltiples formulaciones en el Derecho comparado, pero un patrón admitido es la exigencia de conexión racional entre medios y fines. En cuanto a la intensidad del control, mientras más importante sea el derecho o bien en juego, más estricto habrá de ser el examen jurisdiccional sobre los motivos esgrimidos por la autoridad⁷⁶. Un caso ilustrativo es *Nollan* (1987). La Comisión de Costa de California exigió a los dueños de un sitio costero la cesión gratuita de una porción del terreno para establecer una servidumbre que favoreciera proteger la vista a la playa y permitir el libre paso del público hacia ella. La cesión gratuita era la exigencia que les permitiría erigir su vivienda en el terreno. El fallo sostuvo que la carga –ceder parte del terreno para servidumbre de paso– como condición para levantar la prohibición de construir, simplemente no contribuía a mitigar el bloqueo de la vista, por lo cual la condición impuesta no guardaba conexión causal con fin perseguido por la norma. Como dice la sentencia:

“Es del todo imposible comprender de qué modo permitirle a la gente que se encuentra en la playa cruzar la propiedad de los *Nollan* sirve para reducir los obstáculos a la vista causados por la construcción de la nueva casa. Asimismo, es imposible comprender cómo ello debilita la ‘barrera psicológica’ para acceder a las playas públicas, o cómo ello ayuda a reducir la congestión que adicionalmente les causaría la construcción de la casa de los *Nollan*”⁷⁷. El fallo dice que la construcción de la casa de los *Nollan* no era la causa que generaba el problema de acceso y vista del público a la playa, por lo que imponer la servidumbre a su propiedad mal podía servir como medio y condición para lograr el fin esgrimido que justificaría la prohibición⁷⁸.

El estándar de conexión causal entre los fines y los medios adoptados parece exigir tres requisitos: (1) la concurrencia de un fin o interés estatal legítimo; (2) la conexión entre este interés y la restricción de uso de suelo adoptada para alcanzarlo; y (3) una mínima conexión entre el impacto de la construcción de la casa y la restricción al uso de suelo⁷⁹. En efecto, el fallo rechaza la condición impuesta (cesión de parte del terreno) en gran medida porque tal limitación no reduce “los obstáculos a la vista causados por la nueva construcción de los *Nollan*”⁸⁰. A falta de dicha exigencia de racionalidad, “la exacción adoptada por la autoridad administrativa “no podía considerarse como un ejercicio legítimo del poder de

⁷⁶ McCrudden y Prechal (2009) pp. 49-50.

⁷⁷ *NOLLAN V. CALIFORNIA COASTAL COMMISSION* (1987).

⁷⁸ *NOLLAN V. CALIFORNIA COASTAL COMMISSION* (1987) c. 837: “la propiedad protegida desaparece, con todo, si la condición [ceder parte del sitio] que sustituyó a la prohibición [de construir] fracasa notoriamente en lograr el fin promovido como justificación de la prohibición”.

⁷⁹ *NOLLAN V. CALIFORNIA COASTAL COMMISSION* (1987).

⁸⁰ *NOLLAN V. CALIFORNIA COASTAL COMMISSION* (1987).

policía”⁸¹. En fin, un límite relevante a la igualdad antes las cargas es la prohibición de las diferencias arbitrarias⁸², protegidas por el derecho a la igualdad, autónomamente considerado, sin perjuicio del impacto de tales diferencias sobre la propiedad.

4.2. IGUALDAD DE DERECHOS

La igualdad de derechos constitucionales se enfoca en la titularidad y goce de éstos⁸³. No tiene carácter autónomo, pues su objeto no es proteger la igualdad en sí misma, sino la igualdad en función de otro derecho, el cual concentra la atención.

Nos parece que esta es la noción de igualdad tradicionalmente aplicada en materia de igualdad de cargas públicas. Como se ha ilustrado abundantemente, lo relevante en estos casos no ha sido la igualdad en sí, sino que la igualdad en el ejercicio y disfrute de la propiedad. En la medida que ese disfrute se entorpecía en forma excesiva, desproporcionada, etc., se estaría vulnerando la igualdad en el ejercicio del derecho.

No obstante, creemos que esta noción de igualdad ofrece aún nuevas posibilidades para limitar la imposición de cargas públicas. Primero, permite considerar otros derechos. Como decíamos, hasta ahora el foco ha estado centrado en la propiedad. Con todo, la igualdad de derechos puede extenderse a otros. Así, una carga pública podría vulnerar la igualdad de derechos por limitar excesivamente, por ejemplo, la libre iniciativa económica, la inviolabilidad del hogar, etc. Así, es posible un escrutinio más holístico de la carga y de su impacto sobre el conjunto de derechos.

En segundo lugar, la igualdad de derechos podría dar mayor flexibilidad argumentativa. Si bien esta igualdad se centra en el derecho afectado, siempre hay espacio para plantear problemas de igualdad, cuestión que puede convenir por razones estratégicas o de prueba. La experiencia de nuestro Tribunal Constitucional ilustra que, en ocasiones, el problema “accesorio” de igualdad sí puede ser suficientemente relevante para centrar la atención del juez, o para decidir casos difíciles. Más aún, el Tribunal Constitucional ha declarado con insistencia que las limitaciones a los derechos fundamentales deben someterse, entre otros requisitos, precisamente a la igualdad⁸⁴.

Tercero, la igualdad de derechos permite gradualizar el control de las diferencias: desde la racionalidad a la proporcionalidad. Cuando algunos jueces lidian con derechos, suelen acudir a la proporcionalidad, no a la racionalidad. Así, mientras la igualdad nos lle-

⁸¹ *NOLLAN V. CALIFORNIA COASTAL COMMISSION* (1987) c. 837: “a menos que la condición impuesta por la autoridad sirva el mismo fin estatal al que sirve la prohibición de desarrollo inmobiliario, la restricción de construcción no es una regulación válida para el uso de suelo”.

⁸² SAX (1964) p. 64. Quienes cuestionan la incidencia que podría tener la igualdad ante a las cargas en materia de regulaciones a la propiedad, lo hacen en gran medida porque admiten que el control judicial de la igualdad en la distribución de las cargas y beneficios públicos conduce inexorablemente a examinar la racionalidad de las distinciones y criterios adoptados por el legislador. DAVIDSON (2008) p. 5.

⁸³ McCRUDDEN y PRECHAL (2009) pp. 17 y ss.

⁸⁴ *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 19.970, ROL 1365-09* (2010), *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, DECRETO CON FUERZA DE LEY 164, ROL 541-05* (2006), *REQUERIMIENTO DE DIPUTADOS, PROYECTO DE LEY SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y EJERCICIO DEL PERIODISMO, ROL 226-95* (1995), *REQUERIMIENTO DE SENADORES, LEY 18.695, ROL 228-95* (1995).

va a aplicar un estándar habitualmente menos exigente, el involucramiento de un derecho “principal” permitiría elevar ese estándar de control.

5. CRITERIOS DE IGUALDAD IDENTIFICADOS PARA EVALUAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD

5.1. INSUFICIENCIA DE LA GENERALIDAD ABSTRACTA DE LA NORMA LEGAL COMO CRITERIO DE IGUALDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PÚBLICAS

Como toda norma legal, las regulaciones que limitan la propiedad, están concebidas para regir sobre un número indeterminado de destinatarios, por lo que no solo genera sus efectos en el reclamante. Esta generalidad suele entenderse como una “presunción” de su igualdad: como se aplica a todos, no podría contener un trato o intención discriminatoria.

Con todo, estimamos que en esta materia, la generalidad tiende a perder densidad. No es que la carga se aplique a toda la población por igual, sino a sectores de ella que caen dentro de las hipótesis fácticas previstas en la norma (e.g., los propietarios de terrenos que deslindan con el mar). Por tanto, la “presunción” de igualdad de la generalidad, se atenúa en estas situaciones. Adicionalmente, la generalidad de las normas no parece un criterio suficiente que asegure el cumplimiento de la igualdad constitucional. A este respecto debe rescatarse la segunda parte de la fórmula aristotélica: los desiguales requieren un trato desigual, por lo que entregarles el mismo trato que al resto puede vulnerar la igualdad.

Así, hay ocasiones en que ciertos efectos derivados de aplicar una norma dan cuenta de la necesidad –desde la igualdad– de incorporar ciertas distinciones relevantes no previstas en la ley general y abstracta. Cesión de ejemplares (1981) es claro ejemplo. Allí, la categoría relevante para la ley, *in abstracto*, eran todos los editores, en el entendido que la carga era ínfima y el fin era razonable para la gran mayoría de los destinatarios de la norma. Sin embargo, no considerar la aplicación de la norma a la situación concreta de un grupo de editores –categoría no prevista en la ley– les habría significado soportar un sacrificio excesivo al pretender afectar con una carga semejante a un grupo de editores que no se encuentran en una situación similar a la de la generalidad de ellos. En fin, identificar la categoría efectivamente relevante de destinatarios de la norma es clave.

Ahora bien, esta reflexión tiene un correlato interesante en materia de igualdad constitucional, vinculada a la igualdad material, que exige considerar la realidad fáctica de los afectados por la norma.

Sin embargo, la igualdad material puede ser problemática, pues exige otorgar un tratamiento diferente, escapando así a la regla general en materia de igualdad constitucional. En otras palabras, lo normal es el trato igualitario, y por tanto, el trato desigual es lo excepcional y requiere justificación adecuada. En nuestro país, el desafío es mayor, ya que la Constitución no hace una mención expresa a la igualdad material. Más aún, el Tribunal Constitucional ha sido renuente a imponer al legislador la necesidad de establecer diferencias de trato para los diferentes⁸⁵.

⁸⁵ DÍAZ DE VALDÉS (2019) pp. 118-123.

5.2. LA CATEGORÍA RELEVANTE *IN ABSTRACTO* NO CONTRIBUYE A DISCERNIR QUIENES ESTÁN EN UNA SITUACIÓN DE DESIGUALDAD EN CONCRETO

Vimos que identificar la categoría relevante de destinatarios de una norma es clave para evaluar si la afectación que padece el propietario es comparable a la situación de los dueños que se encuentran en una situación similar. Esto se observa en Lucas (1992). El dueño de un lote frente al mar, reclama de una ley que, aprobada después de adquirir su terreno, le impide construir. Aunque el *holding* del fallo que declaró inconstitucional la norma se centró en la pérdida total del valor del bien, la perspectiva de igualdad fue relevante, tanto para la mayoría como para la disidencia.

El disidente dijo que la ley no “tenía como destinatarios a ningún propietario en particular, sino que regulaba el uso de las playas de todo el Estado”⁸⁶. Como estaba destinada a todos los dueños que tuvieran terrenos en la zona de playa, se entendía que la carga era similar, pues la prohibición de construir regía indistintamente sobre los dueños de sitios construidos como de los terrenos no construidos⁸⁷: mientras a los primeros se les impedía agrandar la edificación, a los segundos se les impedía levantar una nueva construcción. La prohibición *in abstracto* era la misma para todos los destinatarios de la norma legal.

Para la mayoría, en cambio, la categoría relevante eran los propietarios efectivamente afectados *a posteriori* por la prohibición legal, sin importar cuán amplia o reducida fuese la categoría de dueños de sitios en zonas costeras en cuanto destinatarios generales de la ley. En el hecho, al propietario-reclamante le estaba impedido hacer (construir) aquello que todos los vecinos habían podido hacer, en circunstancias que la prohibición era posterior a la adquisición del terreno.

Lo relevante para la igualdad ante las cargas públicas no es que el afectado no pudo hacer lo que todos sus vecinos habían podido, sino que estaba prohibido hacer aquello que todos quienes se encontraban en una situación similar habían hecho. Para la mayoría, determinar la categoría relevante de destinatarios de la ley dependía de la situación fáctica de su aplicación: se encontraban en igualdad los propietarios que habían adquirido el bien raíz mientras no estaba afecto a la prohibición de construir. Esta decisión es consistente con un criterio jurisprudencial bastante extendido: que las regulaciones a la propiedad, aunque intensas, son constitucionales si la carga era inherente o estaba contenida en el título de adquisición del bien⁸⁸.

Haber afrontado el caso en la perspectiva de igualdad abstracta habría significado equiparar al reclamante con aquellos que habían adquirido o adquirirían la propiedad con posterioridad a la vigencia de la norma, esto es, a sabiendas de la prohibición que les afectaba. La mayoría dijo que una ley “que prive a un terreno de todo uso económicamente beneficioso, puede no ser expropiatoria únicamente si los antecedentes muestran que la prohibición de uso de suelo existía al momento de adquirir el título”⁸⁹. Esto muestra que identificar la categoría relevante a partir de los destinatarios abstractos de la ley debilita el

⁸⁶ *LUCAS V. SOUTH CAROLINA COASTAL COUNCIL* (1992) c. 1074.

⁸⁷ *LUCAS V. SOUTH CAROLINA COASTAL COUNCIL* (1992) c. 1074-1075.

⁸⁸ *LUCAS V. SOUTH CAROLINA COASTAL COUNCIL* (1992) c. 1029.

⁸⁹ *LUCAS V. SOUTH CAROLINA COASTAL COUNCIL* (1992) c. 1027.

discernimiento del juicio de igualdad –la igualdad entre iguales– atendido los efectos que su aplicación produce en concreto.

En fin, una carga legítimamente concebida in abstracto no está exenta de constituir en concreto una carga excesiva si las diferencias generadas por la ley dejan de considerar las distinciones relevantes que eviten que la carga dispar sea al mismo tiempo desigual, como ocurrió en *Cesión de ejemplares* (1981)⁹⁰. Al editor de libros de lujo, la ley hizo inviable su actividad económica y al dueño del sitio costero le impidió obtener provecho alguno. Al no estar en similar posición de soportar la carga, difícilmente ambos eran “iguales” al resto de los destinatarios genéricos de las respectivas normas legales.

5.3. LA RECIPROCIDAD ENTRE VENTAJAS Y PÉRDIDAS SUPONE UN EQUILIBRIO ENTRE CARGAS Y BENEFICIOS

Suele discutirse si la carga impuesta por una ley al propietario puede verse compensada por el beneficio que la norma le irroga. En el marco conceptual que utilizamos, esto puede vincularse a la igualdad de derechos. Como dijimos, esta igualdad pone el foco en el impacto del acto en cuestión sobre el derecho “adicional” a la igualdad. Una metodología para apreciar jurídicamente tal impacto podría considerar tanto los daños como los beneficios irrogados por la norma, sobre el dominio del afectado. Los casos de Monumentos históricos son ilustrativos.

Una ley que busca conservar y proteger el patrimonio histórico o arquitectónico no necesariamente infringe la igualdad al imponer al dueño del inmueble una carga considerablemente mayor que la de sus vecinos. A menos que el peso de la carga sea tanto como para impedirle seguir gozando de las ventajas que la propiedad le reporta en la dimensión que no sufre la limitación, una norma así parecería cumplir con el equilibrio ínsito de la reciprocidad: que la norma que establece la carga, junto con dejar subsistente las restantes facultades dominicales del afectado, le irroga, aunque indirectamente, el beneficio representado por el aspecto del bien común consistente en conservar el patrimonio cultural.

Para no generar problemas con la igualdad ante las cargas, la reciprocidad entre ventajas y cargas de una norma no puede perder de vista el equilibrio que ha de mantenerse entre la pérdida directa y el beneficio o ventaja indirecta. Siguiendo el mismo ejemplo, si mi propiedad es declarada Monumento, mi vecino como yo nos veríamos semejantemente beneficiados por una ley que busca conservar el patrimonio arquitectónico de ciertos edificios. Aunque la carga sería significativamente dispar en mi caso, el sacrificio que debo soportar parece justificarse en aras de un bien común que se alcanza permitiéndome seguir aprovechando las prerrogativas de la propiedad.

Al advertirse que parte del derecho de propiedad es, asimismo, parte de la contribución del bien público a alcanzar, difícilmente puede decirse que el propietario ha padecido una privación total o que ha sido tratado desigualmente. Esto, siempre que el sacrificio

⁹⁰ *Cesión de Ejemplares* (1981) BVerfGE 58, 137, en BRÖHMER y otros (2012) p. 694: “igualdad ante la ley exige [...] que los elementos de la regulación [...] estén ordenados de modo que las diferencias generadas en la carga impuesta a los dueños y que las diferencias en el peso de sus intereses en comparación con los intereses del público, sean consideradas con las necesarias distinciones, evitando una carga desigual”.

exigido para contribuir al bien común no le irroge una carga excesiva, como sería el caso que el establecimiento de la carga le impidiera aprovechar las ventajas que le reporta el uso y goce del derecho. No habría beneficio directo como contrapartida de su sacrificio.

En la determinación de tales exigencias está el equilibrio que supone la función social de la propiedad. Si se le impone al dueño una carga significativa que no le permite aprovechar las ventajas que la propiedad le provee, se produce una situación como la de Monumentos Nacionales (1999), en que “el deber legal de conservar la propiedad, el derecho se transforma en una carga que el dueño tendrá que soportar con fundamento en el interés general, sin poder gozar de las ventajas del uso privado.”. Así, la carga de sobrellevar la conservación de la propiedad se torna excesiva al no brindar como contraparte la posibilidad de “gozar de las ventajas de un uso privado”⁹¹.

La reciprocidad entre ventajas y pérdidas parece no cumplirse si la carga que el dueño soporta en pos del bien común es de tal entidad que hace ilusorio el beneficio que, como contrapartida, le correspondería en aquella porción restante del derecho. Se infringe así la exigencia constitucional de que “los intereses del dueño afectado se encuentren equitativamente equilibrados con aquellos del público en general”⁹², que implica que “las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales”. Así, como dice el TC chileno, “la función social es un límite intrínseco de la propiedad”⁹³.

Sin la exigencia de equilibrio, el criterio de reciprocidad, aplicado bajo la modalidad implícita de una ponderación entre costo-beneficio, corre el riesgo de transformarse en un estándar que pueda validar cualquier legislación de política pública por el hecho de conferir un beneficio público a gran escala⁹⁴. En fin, si la carga impuesta por la norma es menor, esta podría verse compensada por el beneficio que la misma irroga a la sociedad y, por tanto, al mismo afectado. La cuestión se complejiza cuando el fin que busca la norma conlleva una carga o pérdida de tal magnitud o intensidad que altera el equilibrio que debe existir entre las ventas y cargas que se establecen. Algún grado de pérdida debe admitirse, pero una de gran magnitud impediría que se alcance la justa distribución entre ventajas y cargas, lo que podría constituir una infracción no solo a la igualdad ante las cargas, sino también al equilibrio que supone la función social de la propiedad.

5.4. LA SEVERIDAD VERTICAL DE LA CARGA PÚBLICA COMO CRITERIO DE IGUALDAD

Hasta aquí hemos evaluado cuando la carga pública es distribuida entre propietarios que se encuentran en una situación semejante⁹⁵. Sin embargo, hay ocasiones en que

⁹¹ *Monumentos Nacionales* (1999) Sentencia BVerfGE 100, 226, en SCHWABE (2009) p. 435.

⁹² *Cesión de Ejemplares* (1981) BVerfGE 58, 137, en BRÖHMER y otros (2012) pp. 693-694.

⁹³ *REQUERIMIENTO DE DIPUTADOS Y SENADORES, DECRETO SUPREMO N° 1 DE 1996 DEL MINISTERIO DE BIENES NACIONALES, ROL 245-96* (1996) y *REQUERIMIENTO DE DIPUTADOS Y SENADORES, DECRETO SUPREMO N° 1 DE 1996 DEL MINISTERIO DE BIENES NACIONALES, ROL 246-96* (1996) c. 22° y 25°; *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, DECRETO CON FUERZA DE LEY 850, ROL 1991-11* (2012) c. 42°; *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, DECRETO CON FUERZA DE LEY 850, ROL 1993-11* (2012) c. 42° y *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, LEY 17.288, ROL 2299-12* (2014) c. 7°.

⁹⁴ OSWALD (1997) p. 1522.

⁹⁵ BALL y REYNOLDS (2006) p. 1533.

el carácter desigual de la carga emana de la severidad del impacto concreto que la norma produce en uno de sus destinatarios. El impacto de una ley puede ser muy significativa para el afectado, aunque el sacrificio sea marginal en términos comparativos. A la inversa, una reducción comparativamente considerable que padezca el afectado, puede no ser excesiva para él, aisladamente considerado.

Así, una reducción salarial porcentualmente leve y aplicada proporcionalmente a todo el sector público, podría ser más o menos significativa para la mayoría, pero devastador para los funcionarios de rentas más bajas. A esto se ha referido el TEDH en casos de reducción o suspensión de remuneraciones o beneficios sociales del sector público, cuando se ha pronunciado exigiendo que las señaladas políticas públicas deben mantener los medios suficientes de subsistencia de los afectados.

Vimos que para el TEDH no se cumple el justo equilibrio entre el individuo y la sociedad cuando los reclamantes soportan “una carga individual y excesiva”⁹⁶. El factor crucial para evaluar una regulación al derecho de propiedad es que como “carga individual” no sea excesiva. La determinación de la desproporción depende de considerar los efectos de la carga en el afectado, individualmente considerado.

Durante la crisis económica europea, y con el fin de equilibrar los déficits presupuestarios, algunos países adoptaron medidas de reducción y/o suspensión de salarios y pensiones que tenían como destinatarios a los funcionarios públicos. Las normas significaron recortes de beneficios ya existentes, especificados indubitadamente como propiedad⁹⁷ según el TEDH. Focalizado el control jurídico en el impacto concreto de la norma respecto del reclamante, no de su situación comparativa, lo relevante no fue evaluar cuán representativa era la disminución dentro del total del beneficio o de la remuneración, sino que su situación concreta no fuese inferior a cierto estándar, aunque el recorte o pérdida haya sido ínfimo.

Tanto en los casos en que se declaró inadmisibles la acción como en los que ésta prosperó, el exceso se determinó en base a si la medida dejaba al reclamante con suficientes medios de subsistencia⁹⁸. Así, en *Koufakis y ADEDY vs. Grecia (2013)* la acción es desestimada tras observarse que el recorte no puso a los reclamantes en una situación de carecer de medios suficientes para vivir⁹⁹ y en *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal (2015)*, se estimó que el reclamante no había padecido una merma sustancial en sus ingresos por lo que no se verifica la desproporción¹⁰⁰. Por su parte, en *Da Conceição Mateus vs. Portugal (2013)* considera que la medida no altera la tasa de pensión básica de los afectados, que sigue per-

⁹⁶ *WILLIAM LITHGOW ET AL. vs. REINO UNIDO (1986)* párr. 120.

⁹⁷ El TEDH ha dado al término “posesiones”, del art. 1° del Protocolo un alcance amplio, que no solo protege la cosa, sino también los intangibles. *STEC Y OTROS vs. REINO UNIDO (2006)* párr. 49-56: en la Convención, el término “posesión” debía ser interpretado según el concepto de derechos pecuniarios del artículo 6 de la Convención. *KOUA POIRREZ vs. FRANCIA (2003)* párr. 33 y 42, dijo que es propiedad un beneficio para discapacitados.

⁹⁸ *PALMSTORFER (2014)* p. 130.

⁹⁹ *KOUFAKIS Y ADEDY vs. GRECIA (2013)* párr. 46.

¹⁰⁰ *DA SILVA CARVALHO RICO vs. PORTUGAL (2015)* párr. 45.

cibiéndose por 12 meses, suspendiéndose por dos años las cuotas 13 y 14¹⁰¹. Por último, en *Savickas y otros vs. Lituania* (2013) también fue decisivo que el acto fuera transitorio y, lo relevante, que no supusiera una amenaza para los medios de vida de los afectados¹⁰².

Siguiendo la misma tónica, *N.K.M. vs. Hungría* (2013) y *R.S.Z. vs. Hungría* (2013) fueron acogidos, al estimarse que se trataba de una reducción visiblemente significativa de ingresos de los reclamantes. Aplicada en un momento de particular dificultad como es el desempleo, los expuso, “de forma probable”, a dificultades personales sustanciales¹⁰³. En ambos casos, se añadió, como un factor adicional de la infracción, el trato diferente recibido por el reclamante en comparación a la mayoría de la población, que “no fue obligada a contribuir, en una medida comparable, a la carga pública”¹⁰⁴.

Desde la teoría de la igualdad, podemos apelar a la noción de igualdad material o fáctica, la cual apunta a lograr la equiparación de las condiciones de facto de las personas, más allá de la formalidad del Derecho¹⁰⁵. Para ello, introduce tratamientos desiguales que intentan forzar una mayor igualdad en la realidad concreta. Esta noción de igualdad es excepcional, y debe ser exhaustiva y convincentemente justificada.

En fin, en su aplicación a las cargas públicas, podemos señalar que, si aquellas se presentan como un avance hacia la mayor igualdad fáctica, entonces requieren una cuidada justificación capaz de sostener su excepcionalidad. Por otra parte, cargas públicas que, en su aplicación a la realidad fáctica, causen un impacto sustantivamente desigual –en su intensidad– entre sus destinatarios, incluso privándolos de condiciones mínimas para el ejercicio efectivo de sus derechos (como en algunos de los casos descritos más arriba), serían incompatibles con esta visión de igualdad. Así, la igualdad material o fáctica se convertiría en un límite adicional a las cargas públicas. Destacamos, en todo caso, que la naturaleza excepcional de esta igualdad en el ámbito constitucional, dificulta recurrir a ella como límite efectivo a la labor del legislador.

CONCLUSIONES

1. La garantía de la igualdad ante las cargas públicas exige la formulación de límites a los gravámenes o restricciones que se imponen a la propiedad en nombre de su función social.
2. Si bien la invocación a la función social implica suponer que las cargas que se imponen en su nombre benefician también al afectado, ya que persiguen el provecho de la Sociedad en su conjunto, aquellas no pueden redundar en un desequilibrio excesivo en el

¹⁰¹ *DA CONÇEICÃO MATEUS Y SANTOS JANUÁRIO vs. PORTUGAL* (2013) párr. 27-28. Aquí, el trato “especialmente ventajoso” para un grupo de personas en comparación al resto fue digno de una mención secundaria en la sentencia, como se observa en párr. 24.

¹⁰² *SAVICKAS Y OTROS vs. LITUANIA* (2013) párr. 94.

¹⁰³ *N.K.M. vs. HUNGRÍA* (2013) párr. 70; *R.S.Z. vs. HUNGRÍA* (2013) párr. 59.

¹⁰⁴ *PALMSTORFER* (2014) p. 128. En ambos casos, el TEDH desecha pronunciarse separadamente respecto del art. 14 del CEDH (Prohibición de discriminación), pues dice que se hará cargo de la desigualdad al evaluar la aplicación del acto reclamado y así reforzar su juicio de desproporcionalidad del mismo (*N.K.M. vs. HUNGRÍA* (2013) párr. 84 y *R.S.Z. vs. HUNGRÍA* (2013) párr. 70)

¹⁰⁵ *MCCRUDDEN Y PRESCHAL* (2009), *FREDMAN* (2001b).

tratamiento de los intereses del afectado y del resto de la Sociedad, quién recibe los beneficios –pero no los costos– de la carga pública.

3. Abundan ejemplos, tanto en la jurisprudencia nacional como comparada, acerca de cómo la función social de la propiedad supone equilibrar los intereses del dueño afectado con los de la Sociedad. El análisis será siempre contextual al caso concreto.

4. Este equilibrio exige que la imposición de cargas públicas quede sujeta a diversos límites constitucionales. Si bien lo tradicional ha sido desprender aquellos del respeto al derecho de propiedad, la igualdad constitucional –en sus diversas especies– provee límites adicionales a la imposición de cargas públicas. Así, lo ilustran diversos casos de derecho comparado, tanto alemán como norteamericano.

5. Desde una perspectiva de igualdad constitucional tradicional, no basta que la carga pública no afecte severamente la propiedad, sino que además no debe constituir, en sí misma, una diferencia arbitraria. Ello es independiente de la magnitud de sus efectos sobre la propiedad. En cuanto al examen de racionalidad para excluir la arbitrariedad, la experiencia comparada demuestra que, si bien varía en componentes e intensidad, exige siempre una sólida conexión entre principios y medios legítimos.

6. Desde una perspectiva de igualdad constitucional como igualdad de derechos, sería posible someter a las cargas públicas a examen respecto de la infracción de otros derechos diversos a la propiedad. Adicionalmente, permitiría elevar el estándar de control, desde la racionalidad –propia de la igualdad–, al exceso que suele aplicarse en la protección de otros derechos fundamentales.

7. Desde la perspectiva de la igualdad material, excepcional en nuestro sistema, podría ser inconstitucional imponer una carga pública que, en los hechos, afecte desproporcionadamente –en su intensidad– a personas o grupos desaventajados. A la inversa, la igualdad material, exigentemente justificada, podría dar pie para imponer cargas públicas que produzcan, en la realidad, una mayor igualdad en la población.

8. Por último, que legislador y juez pueden colaborar en la determinación de los límites a las cargas públicas. El primero, brindando criterios generales que orienten al segundo. La judicatura, por su parte, no sólo será siempre insustituible en la apreciación y resolución del caso concreto, sino que también está llamada a desarrollar criterios y estándares uniformes que provean mayor certeza en esta incierta área del derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALDUNATE LIZAMA, Eduardo (2006): “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 2: pp. 202-215.

ALDUNATE LIZAMA, Eduardo (2000): “Consecuencias constitucionales de la Doctrina sobre la responsabilidad objetiva del Estado”, *Revista de Derecho*, vol. 1, N° 2: pp. 1-8.

ALEXANDER, Gregory (2006): *The Global debate over Constitutional Property: Lessons from American Takings Jurisprudence* (Chicago, Chicago University Press).

ALLEN, Tom (2005): *Property and the Human Rights Act 1998* (Oxford, Hart Publishing).

- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2002): *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Antwerp, Intersentia).
- ARISTÓTELES (Siglo IV a.c): *La Política* (trad. Pedro Simón, Madrid, Ediciones Nuestra Raza).
- ARISTÓTELES (2009): *Ética a Nicómaco* (4ª ed. Madrid, Tecnos).
- BALL, Carlos. & REYNOLDS, Laurie (2006): “Exactions and burden distribution in takings law”, *William & Mary Law Review*, vol. 47: pp. 1513-1585.
- BARAK, Aharon (2015): *Human Dignity* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BARCELONA LLOP, Javier (2017): “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pobreza”, *Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 20: pp. 323-370.
- BRÖHMER Jürgen, HILL, Clauspeter y SPITZKATZ, Marc (2012): *60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights* (Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung).
- BRONFMAN, Alan, MARTÍNEZ, José Ignacio y NUÑEZ, Manuel (2012): *Constitución Política Comentada* (Santiago, Abeledo Perrot).
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones UC, 2ª edición).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2006): “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Valdivia*, vol. 19, N° 1: pp. 125-148.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2014): “¿Puede la dignidad humana ser un principio comúnmente compartido en materia de adjudicación constitucional?”, *Actualidad Jurídica*, vol. 15, N° 29: pp. 147-165.
- DANA, David y MERRILL, Thomas (2002): *Property takings* (Foundation Press; 1st Edition).
- DAVIDSON, Nestor M. (2008): “The problem of equality in takings”, *Fordham University School of Law*, vol. 102, N° 1: pp. 1-53.
- DE GRAAF, Regien (2014): “Compensation for expropriation: how compensation reflects a vision on property”, *European Property Law Journal*, vol. 3: pp. 3-33.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2006): “La expropiación regulatoria en la experiencia norteamericana”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 33, N° 3: pp. 411-438.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIA, José Manuel (2019): *Igualdad Constitucional y No Discriminación* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- ECHEVERRÍA, John (2006): “The triumph of Justice Stevens and the principle of generality”, en BROOKS, Richard (edit.), *The Supreme Court and taking: four essays* (Vermont Law School) pp. 22-40.
- FEE, John E. (2003): “The takings clause as a comparative right”, *Southern California Law Review*, vol. 76, N° 5: pp. 1003-1066.
- FERMANDOIS VHÖRINGER, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I (Santiago, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 2ª edición).
- GABA, Jeffrey M. (2007): “Taking justice and fairness seriously: distributive justice and the takings clause”, *Craigthon Law Review*, vol. 40: pp. 569-594.
- GARCÍA ROCA, Joaquín (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración* (Madrid, Civitas).

- GÓMEZ HEREDERO, Ana (2007): *La seguridad social como derecho humano: la protección ofrecida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Estrasburgo, Consejo de Europa).
- GUILOFF TITIUN, Matías (2018): “La privación de atributos y facultades esenciales del dominio como estándar de control sobre las intervenciones al derecho de propiedad privada”, *Estudios Constitucionales*, vol. 16, N° 2: pp. 271-306.
- HANOCH, Dagan (1999): “Takings and distributive justice”, *Virginia Law Review*, vol. 85, N° 5: pp 741-804.
- LEGG, Andrew (2012): *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality* (Oxford U.K., Oxford University Press).
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2014): *Indirect expropriation in international law. Leuven global governance* (Cheltenham UK, Northampton MA USA, Edward Elgar).
- LUBENS, Rebeca (2007): “The social obligations of property: a comparison of German and U.S. Law”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 24, N° 2: pp. 389-449.
- MARMOLEJO GONZÁLEZ, Crispulo (2003): “El problema de las expropiaciones regulatorias y sus implicancias en el sistema de Inversión Extranjera”, *Gaceta Jurídica*, N° 282: pp. 7-12.
- MATUTE, Claudio (2014): *Expropiaciones Regulatorias* (Santiago, Thomson Reuters 1ª edición).
- MCCRUDDEN, Christopher (2014): *Understanding Human Dignity* (Oxford, Oxford University Press).
- MCCRUDDEN, Christopher y PRECHAL, Sacha (2009): *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach* (Brussels, European Commission).
- MICHELMAN, Frank (2012): “Constitutional protection for property rights and the reasons why: distrust revisited”, *Brigham-Kanner Property Rights Journal*, vol. 1: pp. 217-237.
- MILLÁN PUELLES, Antonio (1982): *Persona Humana y Justicia Social* (Madrid, Rialp).
- MOHOR ABUAUAD, Salvador (1989): “Taxonomía a las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 16, N° 2: pp. 283-308.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2009): *State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the bit generation* (Oxford, Hart Publishing).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, *Revista de Estudios Constitucionales*, N° 2: pp. 143-205.
- OSWALD, Lynda (1997): “The role of the harm/benefit and average reciprocity of advantage rules in takings analysis”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 50: pp. 1450-1524.
- PALMSTORFER, Rainer (2014): “Austerity measures on trial: On the compatibility of austerity measures with the European Convention of Human Rights”, *Revista electrónica de Direito Público*, vol. 1, N° 3: pp. 122-134.
- PEÑA TORRES, Marisol (2016): “La jurisprudencia de valores del Tribunal Constitucional”, en FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo (edit.), *Principios, Valores e Instituciones* (Ediciones Universidad Católica de Chile) pp. 173-184.
- PONCE DE LEÓN, Viviana (2014): “La problemática invocación a la confianza legítima como límite a la potestad legislativa”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 12, N° 1: pp. 429-471.

- PONCE DE LEÓN, Viviana (2015): “La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3: pp. 843-872.
- QUEZADA RODRÍGUEZ, Flavio (2018): “Bases constitucionales de la expropiación”, en HENRÍQUEZ, Miriam y RAJEVIC, Enrique (Coord.), *Derecho de Propiedad: Enfoques de Derecho Público* (Santiago, DER-Universidad Alberto Hurtado) pp. 87-103.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar (2018): “¿Nulidad o responsabilidad?: El desfiladero de las limitaciones del derecho de propiedad”, en HENRÍQUEZ, Miriam y RAJEVIC, Enrique (coord.) *Derecho de Propiedad: Enfoques de Derecho Público* (Santiago, DER-Universidad Alberto Hurtado) pp. 147-163.
- ROSE, Carol M. (1984): “Mahon reconstructed: why the takings issue is still a muddle”, *Southern California Law Review*, vol. 57: pp. 561-599.
- SAX, Joseph (1964): “Taking and the police power”, *Yale Law Journal*, vol. 74: pp. 36-76.
- SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Berlín, Konrad Adenauer-Stiftung).
- SINGER, Joseph W. (2015): “Justifying Regulatory Takings”, *Ohio Northern University Law Review*, vol. 41: pp. 601-670.
- SLUYSMANS, Jacques, BOSMA, Willem, TIMMER, Matthijs y VAN TRIET, Nikky (2015): “The rule of law: Protection of property”, en HAENTJENS, Matthias y WESSELS, Bob (eds.), *Research handbook on Crisis Management in the Banking Sector* (Edward Elgar Publishing) pp. 348-371.
- SLUYSMANS, Jacques, VERBIST, Stijn y DE GRAAF, Regien (2014): “Compensation for expropriation: how compensation reflects a vision on property”, *European Property Law Journal*, vol. 3, N° 1: pp. 3-33.
- ZUÑIGA URBINA, Francisco (2013): “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre requerimiento de inaplicabilidad del inciso final del artículo 41 del DFL 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas”, *Anuario de Derecho Público*, N° 1: pp. 143-172.

JURISPRUDENCIA CITADA

JURISPRUDENCIA EUROPEA

- SPORRONG Y LÖNNROTH VS. SUECIA* (1982). Corte Europea de DD.HH., N° 7151/75, 23 de septiembre de 1982.
- JAMES VS. REINO UNIDO* (1986). Corte Europea de DD.HH., N° 8793/79, 21 de febrero de 1986.
- WILLIAM LITHGOW ET AL. VS. REINO UNIDO* (1986). Corte Europea de DD.HH., N° 9405/81, 8 de julio de 1986.
- TRE TRAKTÖRER AKTIEBOLAG VS. SWEDEN* (1989). Corte Europea de DD.HH., N° 10873/84, 7 de julio de 1989.
- MONASTERIES VS. GRECIA* (1994). Corte Europea de DD.HH., N° 13092/87, 9 de diciembre de 1994.
- CHASSAGNOU VS. FRANCIA* (1999). Corte Europea de DD.HH., N° 25088/94, 29 de abril de 1999.

- IMMOBILIARE SAFFI VS. ITALIA* (1999). Corte Europea de DD.HH., N° 22774/93, 28 de julio de 1999.
- BEYELER VS. ITALY* (2000). Corte Europea de DD.HH., N° 33202/96, 5 de enero de 2000. Sentencia BverfG 1, BvR 558/91 del 26 de junio de 2002.
- KOUA POIRREZ VS. FRANCIA* (2003). Corte Europea de DD.HH., N° 40892/98, 30 de septiembre de 2003.
- PRAVEDNAYA VS. RUSIA* (2004). Corte Europea de DD.HH., N° 69529/01, 18 de noviembre de 2004.
- SOLODYUK VS. RUSIA* (2005). Corte Europea de DD.HH., N° 67099/01, 12 de julio de 2005.
- STEC Y OTROS VS. REINO UNIDO* (2006). Corte Europea de DD.HH., N° 65731/01, 12 de abril de 2006.
- HUTTEN-CZAPSK VS. POLONIA* (2006). Corte Europea de DD.HH., N° 35014/97, 19 de junio de 2006.
- URBÁRSKA OBEC TRENČIANSKE BISKUPICE VS. ESLOVAQUIA* (2007). Corte Europea de DD.HH., N° 74258/01, 27 de noviembre de 2007.
- TURGUT AND OTHERS VS. TURQUÍA* (2008). Corte Europea de DD.HH., N° 1411/03, 8 de julio de 2008.
- DRUZSTEVNI ZALAZNA PRIA AND OTHERS VS. REPÚBLICA CHECA* (2008). Corte Europea de DD.HH., N° 72034/01, 31 de julio de 2008.
- FORMINSTER ENTERPRISES LIMITED VS. CZECH REPUBLIC* (2008). Corte Europea de DD.HH., N° 38238/04, 9 de octubre de 2008.
- PERDIGÃO VS. PORTUGAL* (2010). Corte Europea de DD.HH., N° 24768/06, 16 de noviembre de 2010.
- SERYAVIN Y OTROS VS. UKRANIA* (2011). CORTE EUROPEA DE DD.HH., N° 4909/04, 11 DE FEBRERO DE 2011.
- SALIBA AND OTHERS VS. MALTA* (2011). Corte Europea de DD.HH., N° 20287/10, 22 de noviembre de 2011.
- ALTHOFF AND OTHERS VS. ALEMANIA* (2011). Corte Europea de DD.HH., N° 5631/05, 8 diciembre 2011.
- LINDHEIM AND OTHERS VS. NORUEGA* (2012). Corte Europea de DD.HH., N° 13221/08, 12 de junio de 2012.
- KOUFAKIS Y ADEDY VS. GRECIA* (2013). Corte Europea de DD.HH., N° 57665/12, 7 de mayo de 2013.
- N.K.M. VS. HUNGRÍA* (2013). Corte Europea de DD.HH., N° 66529/11, 14 de mayo de 2013.
- R.S.Z. VS. HUNGRÍA* (2013). Corte Europea de DD.HH., N° 41838/11, 2 de julio de 2013.
- DA CONCEIÇÃO MATEUS Y SANTOS JANUÁRIO VS. PORTUGAL* (2013). Corte Europea de DD.HH., N° 62235/12, 8 de octubre de 2013.
- SAVICIKAS Y OTROS VS. LITUANIA* (2013). Corte Europea de DD.HH., N° 66365/09, 15 de octubre de 2013.
- DA SILVA CARVALHO RICO VS. PORTUGAL* (2015). Corte Europea de DD.HH., N° 13341/14, 1 de septiembre de 2015.

JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

PENNSYLVANIA COAL CO. v. MAHON, 260 U.S. 393, 415 (1922).

ARMSTRONG v. UNITED STATES, 364 U.S. 40, 49 (1960).

PENN CENTRAL TRANSPORTATION CO. v. NEW YORK CITY, 438 U.S. 104, 133-134 (1978).

LORETTO v. TELEPROMPTER MANHATTAN CATV CORP., 458 U.S. 419 (1982)

NOLLAN v. CALIFORNIA COASTAL COMMISSION., 483 U.S. 825, 838-839 (1987).

LUCAS v. SOUTH CAROLINA COASTAL COUNCIL, 505 U.S. 1003, 1015-20 (1992).

LINGLE v. CHEVRON U.S.A. INC., 544 U.S. 528, 542 (2005).

JURISPRUDENCIA CHILENA

REQUERIMIENTO DE DIPUTADOS RESPECTO DEL ARTÍCULO 1º, INCISO TERCER; ARTÍCULO 9º, INCISO PRIMERO; ARTÍCULO 20, INCISO SEGUNDO, Y ARTÍCULO 43, INCISO SEGUNDO, DEL PROYECTO DE LEY SOBRE “LIBERTAD DE EXPRESIÓN, INFORMACIÓN Y EJERCICIO DEL PERIODISMO” (1995): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 226-95, 30 de octubre de 1995.

REQUERIMIENTO DE SENADORES RESPECTO DEL ARTÍCULO 1º, No 4 y 8 DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, QUE CONTENIDO EN EL BOLETÍN N° 1674-06, EN LO RELATIVO A LA GENERACIÓN DE AUTORIDADES (1995): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 228-95, 15 de diciembre de 1995.

REQUERIMIENTO DE DIPUTADOS Y SENADORES RESPECTO DEL DECRETO SUPREMO N° 1, DE 10 DE ENERO DE 1996, DEL MINISTERIO DE BIENES NACIONALES, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE 6 DE AGOSTO DEL MISMO AÑO (1996): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 245-96, 2 de diciembre de 1996.

REQUERIMIENTO DE DIPUTADOS Y SENADORES RESPECTO DEL DECRETO SUPREMO N° 1, DE 10 DE ENERO DE 1996, DEL MINISTERIO DE BIENES NACIONALES, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE 6 DE AGOSTO DEL MISMO AÑO (1996): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 246-96, 2 de diciembre de 1996.

REQUERIMIENTO DE SENADORES RESPECTO DEL DECRETO SUPREMO N° 171, DE FECHA 5 DE DICIEMBRE DE 1996, DEL MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE 17 DE ENERO DE 1997 (1997): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 253-97, 15 de abril de 1997.

QUINTANA OLIVARES, ELIA Y OTROS CON FISCO (2000): Corte Apelaciones de Santiago, Rol 11144-2002.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD PRESENTADO POR LA CORTE DE APELACIÓN DE SANTIAGO RESPECTO DEL INCISO DEL ARTÍCULO 42 DEL DFL N° 164, DE 1991 (LEY DE CONCESIONES), EN RELACIÓN A LA CAUSA CARATULADA AUTOPISTA CENTRAL S.A. CON SERVICIO DE MECÁNICA MANTENCIÓN TRACK S.A., ROL N° 2097-2006, SEGUIDA ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2006): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 541-05, 26 de diciembre de 2006.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD PRESENTADO POR EMPRESA ELÉCTRICA PANGUIPULLI S.A. RESPECTO DEL ARTÍCULO 3º TRANSITORIO DE LA LEY N° 19.940, EN LA CAUSA CARATULADA “HQI TRANSELEC S.A. CON EMPRESA ELÉCTRICA PANGUIPULLI S.A.” QUE SE SIGUE ANTE LA CORTE DE

APELACIONES DE SANTIAGO (2007): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 505-06, 6 de marzo de 2007.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD PRESENTADO POR EMPRESA ELÉCTRICA PANGUIPULLI S.A. RESPECTO DEL ARTÍCULO 3º TRANSITORIO DE LA LEY N° 19.940, EN LA CAUSA CARATULADA “HQI TRANSELEC S.A. CON EMPRESA ELÉCTRICA PANGUIPULLI S.A.” QUE SE SIGUE ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2007): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 506-06, 6 de marzo de 2007.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR FERNANDO COLOMA REYES Y OTROS RESPECTO DEL ARTÍCULO 4º DE LA LEY N° 18.549 Y EL ARTÍCULO 29 DE LA LEY N° 18.669 EN LA CAUSA CARATULADA LAGOS, HIPÓLITO Y OTROS CON INP, ROL N° 18.828-06, SEGUIDA ANTE EL 7º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (2007): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 790-07, 11 de diciembre de 2007.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE AGRÍCOLA BAUZÁ S.A. RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 124 Y 125 DEL CÓDIGO DE MINERÍA Y 8º, INCISO QUINTO, DE LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE CONCESIONES MINERAS, N° 18.097, EN EL JUICIO ANTE EL TECER JUZGADO DE LETRAS DE OVALLE, ROL 85-2004, CARATULADO DOMANCIC DRAGICEVIC, DRAGO, CON BAUZÁ ÁLVAREZ, LORENZO (2009): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1284-08, 24 de septiembre de 2009.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE GUSTAVO IVAN QUILAQUEO BUSTOS RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 5º, 6º, 16º, 17º, 18º Y 1º TRANSITORIO, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 19.970, QUE CREA EL SISTEMA NACIONAL DE REGISTROS DE ADN, EN CAUSA EN ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA CORTE SUPREMA BAJO EL ROL DE INGRESO N° 1.972-2009 (2009): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1365-09, 8 de abril de 2010.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE SILVIA QUIROZ LOZANO, RESPECTO DEL ARTÍCULO 309 DEL CÓDIGO DE AGUAS, EN LA CAUSA ROL N° 2373-04, SEGUIDA ANTE EL SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS EN LO CIVIL DE CURICÓ, ACTUALMENTE ANTE LA CORTE SUPREMA EN RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA Y EL FONDO (2010): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1309-09, 20 de abril de 2010.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR JORGE BEYTIA MOURE EN REPRESENTACIÓN DE METROGRAS S.A., RESPECTO DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 41 DE DFL N° 850 DE 1997 DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, QUE FIJA TEXTO REFUNDIDO DE LAS LEYES 19.474, 15.840, 19.020 Y LOS DFL N° 206 DE 1960, N° 870 DE 1975 Y 164 DE 1991, ACTUAL LEY ORGÁNICA DE DICHO MINISTERIO, EN LOS AUTOS ROL N° 34.594-2009 SOBRE JUICIO DE HACIENDA, CARATULADOS FISCO DE CHILE CON METROGAS S.A., DEL QUE CONOCE EL 7º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (2011): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1991-11, 24 de julio de 2012.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. ENTEL, RESPECTO DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 41 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 850 DE 1997, QUE FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 15.840, DE 1964, Y DEL DFL N° 206 DE 1960, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, ACTUAL LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (EN ADELANTE LOMOP), EN LOS AUTOS ROL N° 286-2011 SOBRE RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA Y EN EL FONDO CARATULADOS FISCO CON EMPRESA NACIONAL DE TELECO-

MUNICACIONES S.A., DEL QUE CONOCE LA CORTE SUPREMA (2012): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1993-11, 24 de julio de 2012.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. “ENTEL”, RESPECTO DEL “INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 41 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 850 DE 1997, QUE FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 15.840, DE 1964, Y DEL DFL N° 206 DE 1960, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, ACTUAL LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (EN ADELANTE LOMOP)”, EN LOS AUTOS ROL N° 3819-2010 SOBRE RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA Y APELACIÓN CARATULADOS “FISCO CON EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A.”, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2012): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 2043-11, 24 de julio de 2012.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. “ENTEL”, RESPECTO DEL “INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 41 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 850 DE 1997, QUE FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 15.840, DE 1964, Y DEL DFL N° 206 DE 1960, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, ACTUAL LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (EN ADELANTE LOMOP)”, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA Y APELACIÓN CARATULADOS “FISCO CON EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A.”, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL N° 5696-2010 (2012): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 2077-11, 24 de julio de 2012.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. “ENTEL”, RESPECTO DEL “INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 41 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 850 DE 1997, QUE FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 15.840, DE 1964, Y DEL DFL N° 206 DE 1960, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, ACTUAL LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (EN ADELANTE LOMOP)”, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA Y APELACIÓN CARATULADOS “FISCO CON EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A.”, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL N° 4519-2010 (2012): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 2078-11, 24 de julio de 2012.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A. “ENTEL”, RESPECTO DEL “INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 41 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 850 DE 1997, QUE FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA LEY N° 15.840, DE 1964, Y DEL DFL N° 206 DE 1960, SOBRE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DE CAMINOS, ACTUAL LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS (EN ADELANTE LOMOP)”, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA Y APELACIÓN CARATULADOS “FISCO CON EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES S.A.”, DE QUE CONOCE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL N° 4277-2010 (2012): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 2079-11, 24 de julio de 2012.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ S.A., RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 29 Y 30 DE LA LEY 17.288, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN, CARATULADOS “CONSTRUCTORA SANTA BEATRIZ S.A. CON CONSEJO DE MONUMENTOS NACIONALES Y MINISTERIO DE EDUCACIÓN”, DE QUE CONOCE LA CORTE

DE APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO EL ROL N° 16.593-2014 (2014): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 2299-12, 29 de enero de 2014.

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de parte de las glosas que indica correspondiente al proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público, para el año 2016, correspondiente al boletín N° 10.300-2015 (2015): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 2935-15, 21 de diciembre de 2015.

EL *NUDGE* DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IGUALDAD COMO NO SUBORDINACIÓN

NUDGING FROM AN EQUALITY AS ANTI- SUBORDINATION STANDPOINT

VIVIANA PONCE DE LEÓN SOLÍS*

RESUMEN: En las últimas décadas, el *nudge* (regulaciones no coercitivas inspiradas en los aportes de las ciencias del comportamiento) ha recibido creciente aplicación, tanto a nivel nacional como comparado, en diversos ámbitos de interés general. Sin embargo, algunos estudios sugieren que esta técnica podría tener un impacto negativo sobre grupos sociales desaventajados. Estas observaciones contrastan abiertamente con la escasa atención que la literatura del *nudge* da a consideraciones de igualdad en general y de desventaja grupal en particular. Este trabajo aborda esta desatención desde una perspectiva teórica, analizando en qué medida los presupuestos descriptivos y prescriptivos subyacentes al *nudge* son compatibles con aquellos que subyacen al enfoque de la igualdad como no subordinación.

Palabras clave: *nudge*, arquitectura de decisiones, igualdad, no subordinación, grupos desaventajados.

ABSTRACT: In the last decades, nudging (non-coercive regulations inspired by insights from behavioral sciences) has received growing use, both at national and comparative level, in diverse areas of general interest. However, some studies suggest that this technique could have a negative impact on disadvantaged social groups. These observations overtly contrast with the scant attention that nudging literature gives to equality issues in general and group disadvantage issues in particular. This paper addresses this inattention from a theoretical perspective, analyzing the extent to which the descriptive and prescriptive assumptions underlying nudging are compatible with those underlying the approach of equality as anti-subordination.

Keywords: *nudge*, choice architecture, equality, anti-subordination, disadvantaged groups.

I. INTRODUCCIÓN

En el último par de décadas, el empleo del *nudge* –denominación popular que se da a un conjunto regulaciones no coercitivas inspiradas en los aportes de las ciencias del comportamiento– se ha hecho cada vez más frecuente. En efecto, esta clase de regulaciones ha proliferado en distintos países, en ámbitos tan diversos como el ahorro previsional, la disminución del consumo energético y la promoción del reciclaje, solo por mencionar algunos ejemplos. Su creciente popularidad se explica porque, de acuerdo con sus promotores, se trataría de una técnica de regulación capaz de influir de forma estadísticamente predecible

* Doctora en Derecho. Profesora Auxiliar de la Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Escuela de Derecho, Universidad Austral, Los Pinos s/n, Balneario Pelluco, Puerto Montt. Correo electrónico: viviana.ponce-deleon@uach.cl. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7574-1717>. Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT Iniciación N° 11190199, en el cual la autora es investigadora responsable.

en el comportamiento de sus destinatarios, a bajo costo y con una afectación mínima de la libertad individual.

Pese a lo anterior, algunas investigaciones teóricas y empíricas sugieren que esta técnica podría tener un impacto negativo sobre grupos sociales desaventajados. Según esas investigaciones, ciertos factores socioeconómicos o barreras estructurales podrían impedir sistemáticamente a los individuos pertenecientes a determinados colectivos sociales adherir (o no) libremente a ella. Esta situación, a su vez, podría redundar en un goce diferenciado de los beneficios derivados de esta técnica y, potencialmente, en un agravamiento de las brechas ya existentes entre los distintos grupos en que se estructura la sociedad.

Estas observaciones contrastan marcadamente con la escasa atención que la literatura del *nudge* da a consideraciones de igualdad en general y de desventaja grupal en particular. Así las cosas, parece conveniente que dicha literatura subsane esa desatención y entable un diálogo con los estudios sobre igualdad. Este trabajo pretende formular una primera contribución para propiciar ese diálogo, mediante un análisis de la compatibilidad entre la teorización subyacente a la figura del *nudge* y el marco teórico en que se apoya la concepción de igualdad como no subordinación. A partir de este análisis, se busca precisar si aquella admite consideraciones relativas a la desigualdad estructural de sus destinatarios, que luego se puedan proyectar en el diseño de *nudges*, o si, por el contrario, excluye categóricamente tal posibilidad.

Al efecto, el trabajo se divide en cuatro partes. En la primera parte se identifican las premisas centrales que justifican el uso de técnicas de regulación inspiradas en los aportes de las ciencias del comportamiento. Luego, en la segunda parte se expone que la igualdad ha tenido una posición muy marginal en la construcción doctrinaria del *nudge*, a diferencia de otros derechos, principios y valores constitucionales. Esta exposición permite establecer una conexión con la literatura que llama la atención sobre los potenciales efectos redistributivos negativos que podría tener esta figura. A continuación, en la tercera parte se analizan los presupuestos teóricos en que se sustenta el enfoque de la igualdad como no subordinación, bajo el entendido de que constituye la teorización más idónea para canalizar las inquietudes de los críticos al *nudge*. Finalmente, en la cuarta parte se comparan las dos teorizaciones, destacando sus principales puntos de convergencia y divergencia.

La hipótesis que se pretende demostrar es que algunos de los postulados descriptivos sobre los cuales reposa el *nudge* no solo son ciegos a consideraciones de desigualdad estructural, sino que pueden incluso estimarse contrarios a ellas. No obstante, existe una consideración clave común al empleo de regulaciones inspiradas en las ciencias del comportamiento y al enfoque de la igualdad como no subordinación, que podría posibilitar su articulación. Esa articulación, en cualquier caso, supondría introducir ajustes o modificaciones a las concepciones dominantes en la actualidad en torno al *nudge*.

II. APROXIMACIÓN TEÓRICO-CONCEPTUAL AL *NUDGE*

Cualquier aproximación teórico-conceptual al *nudge* tiene como referencia ineludible el texto de R. Thaler y C. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (2008), así como algunos de los trabajos posteriores del último en la mate-

ria. De acuerdo con la primera de estas obras, un *nudge* “es cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos”¹. La arquitectura de decisiones, a su vez, alude al modo en que las decisiones son afectadas por el contexto, manera y secuencia en que son presentadas las opciones a elegir, así como por el rango de opciones disponibles.

La construcción doctrinaria del *nudge* se nutre sobre todo de las contribuciones de las ciencias del comportamiento, como la economía del comportamiento, la psicología cognitiva y la neurociencia social, entre otras². Particularmente significativa entre tales contribuciones resulta la idea central de que la racionalidad humana no es plena ni perfecta, como lo afirmaba el enfoque del análisis económico del derecho. Al contrario, ella se ve afectada por diversos errores o sesgos cognitivos, que pueden influir decisivamente en nuestras decisiones. La promesa de esta figura, entonces, es diseñar regulaciones que tomen en cuenta esos errores o sesgos, a fin de incrementar su eficacia³.

1. TEORÍA DEL PROCESO DUAL

El punto de partida para la construcción doctrinaria del *nudge* se encuentra en los aportes de la psicología cognitiva y, más específicamente, en la denominada teoría del proceso dual. Bajo esta denominación se comprende una serie de postulados de carácter descriptivo, y a veces también de carácter prescriptivo, en torno al razonamiento humano⁴. La idea fundamental de esta teoría, según la tradición iniciada por D. Kahneman en su obra *Thinking, Fast and Slow* (2011), se puede resumir en la distinción entre dos mecanismos modulares de operaciones cognitivas: el Sistema 1 y el Sistema 2.

Bajo el dominio del Sistema 1 se encuentran diversas tareas cognitivas rutinarias que requieren una respuesta veloz, como comprender una expresión en nuestro idioma nativo o dirigir nuestra atención a un sonido fuerte e inesperado⁵. Es por eso que se caracterice al Sistema 1 como rápido, automático e inconsciente⁶.

Para lograr su cometido y evitar la sobrecarga cognitiva, el Sistema 1 se apoya en una serie de intuiciones, heurísticas y sesgos⁷.

Las intuiciones pueden definirse como el reconocimiento de una experiencia previa, directa o indirecta, ante una determinada situación presente. Dicho en otras palabras, la intuición opera cuando una situación nos ofrece una señal que nos conduce (inconscientemente) a información almacenada en nuestra memoria, y esa información nos da la respuesta de cómo actuar en tal situación⁸.

¹ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 5.

² JOLLS, SUNSTEIN y THALER (1998) p. 1473.

³ JOLLS, SUNSTEIN y THALER (1998) pp. 1473-1476.

⁴ KAHNEMAN (2011) pp. 236-237.

⁵ KAHNEMAN (2011) p. 22.

⁶ KAHNEMAN (2011) p. 20.

⁷ TVERSKY y KAHNEMAN (1974).

⁸ KAHNEMAN (2011) p. 20.

Las heurísticas, a su turno, pueden ser descritas como “atajos mentales” basados en la experiencia práctica. Estos atajos permiten reducir la complejidad de operaciones de evaluación probabilística de la ocurrencia de un evento incierto, simplificándolas y automatizándolas⁹. Con todo, dado que la experiencia en que se basa la heurística posee una validez limitada, puede conducir a errores de juicio. Así, por ejemplo, la heurística de representatividad consiste en estimar la probabilidad de que un objeto A pertenezca a una categoría B, considerando la medida en que A es similar o representativo del estereotipo de B¹⁰. Por su parte, la heurística de disponibilidad supone juzgar la probabilidad de ocurrencia de un evento en atención a la facilidad con que un ejemplo o caso se viene a la mente –a partir de la experiencia personal reciente o la mera contingencia, por ejemplo–, pero ignorando otros ejemplos o casos relevantes¹¹. Finalmente, la heurística de anclaje y ajuste implica asumir un valor o una información como punto de referencia inicial (anclaje), al cual se van adaptando las creencias y juicios posteriores (ajuste)¹².

Los sesgos, por último, constituyen desviaciones predecibles, sistemáticas y, en ocasiones, inconscientes en la interpretación de algún aspecto de la realidad objetiva¹³. Ellos resultan de los procesos de categorización y búsqueda de coherencia que subyacen a la cognición humana en general. Su propósito es simplificar la tarea de captar y retener información sobre la realidad circundante y evitar que nuestra capacidad de procesamiento cognitivo se vea abrumada por una cantidad inmanejable de datos. Así, es posible deducir rasgos o propiedades que no son fácilmente observables, inferir relaciones de causalidad entre distintos eventos y, en definitiva, adoptar un determinado curso de acción ante un problema en concreto, incluso antes de tener información completa y precisa a su respecto.

Aunque la literatura especializada ofrece listados prácticamente infinitos de sesgos, tres ejemplos –que corresponden a los sesgos que figuran de manera más prominente en los textos sobre *nudge*– pueden ser pertinentes para ilustrar su operación. En primer lugar, el sesgo presente implica sobrevalorar una gratificación inmediata a expensas del logro de una meta a largo plazo o la consecución de un bien futuro, aun si el beneficio que conllevan los segundos supera el beneficio de la primera¹⁴. En segundo lugar, el sesgo *statu quo* consiste en la tendencia a preferir el estado actual de cosas, por sobre su variación¹⁵. En tercer lugar, el sesgo optimista se traduce en la inclinación a sobrestimar la probabilidad de eventos positivos y a subestimar eventos negativos futuros¹⁶.

Como se puede apreciar, las intuiciones, heurísticas y sesgos propios del Sistema 1 actúan como verdaderas estrategias de supervivencia, toda vez que estar “constantemente cuestionando nuestro propio pensamiento sería imposiblemente tedioso”¹⁷. Mas, pese a su

⁹ TVERSKY y KAHNEMAN (1974) p. 1124.

¹⁰ TVERSKY y KAHNEMAN (1974) pp. 1124-1127.

¹¹ TVERSKY y KAHNEMAN (1974) pp. 1127-1128.

¹² TVERSKY y KAHNEMAN (1974) pp. 1128-1130.

¹³ HASELTON, NETTLE y ANDREWS (2015) p. 968.

¹⁴ ZAMIR y TEICHMAN (2014) pp. 88-93.

¹⁵ ZAMIR y TEICHMAN (2014) pp. 48-50.

¹⁶ ZAMIR y TEICHMAN (2014) pp. 61-64.

¹⁷ KAHNEMAN (2011) p. 28

evidente utilidad, ellas no garantizan decisiones óptimas. Y aquí radica la importancia del segundo mecanismo modular de operaciones cognitivas: el Sistema 2. Este último se asocia con tareas que requieren atención y concentración, como operaciones matemáticas y estadísticas o comprender un idioma distinto al nativo. Es así como, en contraste con el Sistema 1, el Sistema 2 se caracteriza como lento, controlado y consciente o, más generalmente, como racional. Esto no significa, en todo caso, que el Sistema 2 sea infalible; es también susceptible a sesgos y puede cometer errores. Sin embargo, es posible reconocer situaciones en las que los errores son más probables y hacer un esfuerzo por disminuir los errores significativos cuando los bienes en juego así lo ameriten¹⁸.

2. RACIONALIDAD LIMITADA

Una de las implicancias normativas más importantes de asumir la teoría del proceso dual como premisa del *nudge* radica en el concepto de racionalidad limitada (*bounded rationality*). Este concepto sugiere que la capacidad de las personas para tomar decisiones se encuentra restringida por la cantidad de información que tienen disponible, el tiempo finito con que cuentan y sus propias limitaciones cognitivas, en los términos expuestos en el apartado anterior. He ahí la explicación de porqué algunas personas adoptan ciertos cursos de acción (como gastar en exceso o fumar) aun cuando son inconsistentes con sus metas a largo plazo (ahorrar) o con sus preferencias declaradas (dejar de fumar). También aquí radica la explicación de porqué algunas personas adoptan ciertos cursos de acción aun cuando resultan abiertamente arriesgados y potencialmente peligrosos para otras personas (como conducir a exceso de velocidad).

El origen del término se atribuye a H. A. Simon, autor de la obra *Models of Bounded Rationality* (1982). En ella, la idea de racionalidad limitada es presentada como una reacción frente a los postulados centrales de la economía neoclásica y, más específicamente, frente a la premisa de racionalidad perfecta que subyace al paradigma del *homo economicus*. De hecho, es interesante notar que para Simon la noción de racionalidad limitada era una parte importante y adaptativa de la condición humana. En cambio, en la lectura que Thaler y Sunstein hacen de la obra de Simon, la racionalidad limitada de las personas constituye un error, una desviación o una “falla conductual de mercado” (*behavioral market failure*), que justificaría una intervención estatal correctiva de las decisiones contrarias a las preferencias de quien las adopta o contrarias a los intereses del público en general¹⁹.

La solución que la figura del *nudge* ofrece frente a la premisa de racionalidad limitada es el diseño de medidas que obedezcan a una de dos configuraciones. Por un lado, se encuentran las medidas que se apoyan en el Sistema 1 –o, de manera más precisa, en los sesgos, intuiciones y criterios heurísticos distintivos del Sistema 1–, que inducen los procesos automáticos de toma de decisiones en un sentido predeterminado. Son ejemplos de esta primera clase de medidas²⁰:

¹⁸ KAHNEMAN (2011) p. 28.

¹⁹ SUNSTEIN y THALER (2008) p. 7. También en SUNSTEIN (2014) p. 16.

²⁰ SUNSTEIN (2016a) p. 128-129.

(a) La reglas por omisión, que predeterminan la posición jurídica de una persona, a falta de una manifestación de voluntad en un sentido diverso. Las reglas por omisión explotan el sesgo *statu quo*, en cuanto se aprovechan de la inercia de las personas y su preferencia por el estado actual de cosas.

(b) La alteración de espacios físicos (o virtuales), que consiste en introducir modificaciones en la configuración de determinados lugares o zonas, para facilitar o dificultar ciertas elecciones.

(c) El encuadre (*framing*) de información, que significa presentar la información de modo tal que ciertos datos sobresalgan o destaquen por sobre otros. El encuadre de información puede operar como un *nudge* en la medida que aprovecha la heurística de anclaje y ajuste.

(d) La transmisión de normas sociales, que consiste en presentar información relativa a la conducta que se estima deseable y sobre la cual se espera influir, en términos de lo que otros ya están haciendo.

Por otro lado, se hallan las medidas dirigidas a estimular o activar el Sistema 2, con miras a incentivar la reflexión y la deliberación en la adopción de decisiones. Entre los ejemplos típicos de esta segunda clase de medidas se encuentran²¹:

(a) La provisión y simplificación de información fáctica, dirigida a promover generalmente la toma de decisiones informadas y, en algunos casos, a contrarrestar el sesgo presente. Este último sería el caso, por ejemplo, del etiquetado nutricional en alimentos envasados.

(b) El uso de advertencias gráficas o textuales, especialmente cuando están destinadas a desactivar el sesgo optimista y resaltar los riesgos que acarrea una determinada actividad, como las advertencias en las cajetillas de cigarrillos.

(c) Las estrategias de compromiso previo (*precommitment strategies*), en virtud de las cuales una persona se compromete consigo misma a seguir un determinado curso de acción.

(d) Los recordatorios.

Gracias a estas dos categorías de estrategias, a juicio de los promotores del *nudge*, este se erigiría en un paradigma regulatorio superior a los que le han precedido. Una de sus ventajas consistiría en ser más eficiente que otras técnicas de regulación (particularmente aquellas basadas en la coerción o en incentivos económicos), ya que conduciría a resultados estadísticamente predecibles en la conducta de sus destinatarios, a un bajo costo. Por otro lado, tendría también la ventaja de ser más eficaz que otras técnicas regulatorias, en la medida que lograría alinear los intereses a largo plazo de sus destinatarios con la consecución de fines de interés general²². Por último, ya que no privaría coactivamente a las personas de la posibilidad de escoger alternativas menos óptimas de conducta ni elevaría los costos de escoger en uno u otro sentido, presentaría la ventaja de preservar de mejor manera la libertad individual.

3. ARQUITECTURA DE DECISIONES

El empleo del *nudge* como técnica regulatoria se adscribiría a la corriente filosófica denominada paternalismo libertario, por Thaler y Sunstein. Dicha corriente alude a “un

²¹ SUNSTEIN (2016a) pp. 127-128.

²² THALER y SUNSTEIN (2008) p. 7.

tipo de paternalismo relativamente débil y blando, y que no supone ninguna intromisión porque las opciones no se bloquean ni se eliminan, ni se gravan de forma significativa”²³. En lugar de ello, el paternalismo libertario propone utilizar como táctica la arquitectura de decisiones, que consiste en seleccionar, organizar y presentar las opciones, con el propósito de facilitar la adopción de ciertas decisiones y disuadir otras.

El componente libertario de esta estrategia “radica en la convicción de que, en general, las personas deben ser libres para hacer lo que desean”²⁴. Esa libertad, en principio, es concebida en términos acotados, como la mera ausencia de restricciones formales que reduzcan el rango de opciones que pueden ser seleccionadas por un individuo o que hagan su selección más costosa en términos de tiempo, esfuerzo o en cualquier otro sentido²⁵. Las personas, entonces, serían “libres para hacer lo que quieran” en la medida que no haya opciones prohibidas ni sanciones o premios significativos asociados a la elección de una o más opciones en particular.

El componente paternalista, por otro lado, estriba en afirmar que es legítimo que los arquitectos de las decisiones influyan en las decisiones de las personas para protegerlas de sus propios errores y sesgos cognitivos. Empero, la protección que se puede proporcionar mediante esta técnica es calificada, pues aspira a “que quienes deciden salgan beneficiados, *a juicio de ellos mismos*”²⁶. El sentido de esta última expresión es enfatizar que se trata de una forma especial de paternalismo en la que el juicio acerca de lo que cuenta como una protección para sus beneficiarios es determinado por ellos mismos y no por el Estado u otro agente.

Ahora bien, establecido que es posible influir en las decisiones de las personas, quedaría por determinar cómo se justifica tal práctica y, muy especialmente, cómo se justifica que el Estado se involucre en tal práctica. Para abordar la cuestión, Thaler y Sunstein apelan especialmente a los potenciales escépticos al componente paternalista de su propuesta, exponiendo que tras la posición escéptica se esconde un supuesto falso y dos equivocaciones.

El supuesto falso es que “casi todas las personas, casi todo el tiempo, eligen lo que es mejor para ellas o, al menos, mejor que si eligieran otras en su lugar”²⁷. La falsedad de este supuesto es graficada aludiendo a la dieta y al consumo de tabaco y de alcohol. Respecto de estos dominios, los autores sostienen que “no puede pretenderse razonablemente que las opciones actuales de la gente sean la mejor forma de promover su bienestar”²⁸. En esos dominios sería legítimo usar el *nudge*, para ayudar a las personas a tomar mejores decisiones, según sus propias preferencias. Sería igualmente falso, por extensión, suponer que las opciones actuales de la gente sean la mejor forma de promover el interés general. Así lo evidenciaría la conducta de la mayoría de las personas en ámbitos como el consumo ener-

²³ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 5.

²⁴ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 5.

²⁵ Nótese que esta concepción de la libertad difiere de aquella que la entiende como el control que un individuo tiene sobre su propia evaluación de las opciones disponibles, la deliberación y la elección, como lo señalan HAUSMAN y WELCH (2010) p. 124.

²⁶ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 5.

²⁷ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 9.

²⁸ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 7.

gético doméstico, el reciclaje o la donación de órganos. Por tanto, también sería legítimo emplear el *nudge* para proteger el medio ambiente o preservar la salud de las personas²⁹.

Por lo que refiere a la primera equivocación, esta consistiría creer que es posible evitar influir en las decisiones de las personas. Los autores puntualizan que “ninguna elección carece de contexto”, de modo que “no tiene sentido pedir al Gobierno que se mantenga al margen”³⁰. En términos más generales, ellos concluyen que “la posición *antinudge* es improductiva, [porque] literalmente no lleva a ningún sitio”³¹. En obras posteriores, Sunstein ha profundizado en este punto, reiterando que es infructuoso discutir si emplear el *nudge* resulta ético o no. En lugar de ello, a su juicio, la pregunta que debería plantearse es cuándo resulta ético emplearlo. Y, para responder a este último interrogante, él propone cuatro valores que podrían emplearse como criterios de evaluación: el bienestar, la autonomía, la dignidad y el autogobierno³².

Finalmente, en cuanto a la segunda equivocación, esta radicaría en asumir que el paternalismo siempre implica coerción. Thaler y Sunstein subrayan que existen múltiples ejemplos de arquitectura de decisiones que demostrarían que el *nudge* no fuerza ni impone decisión alguna a sus destinatarios³³. Siendo así, concluyen: “algunos tipos de paternalismo deberían ser aceptables incluso para quienes más valoran la libertad de elección”³⁴.

III. NUDGE E IGUALDAD

Mediante el recurso al *nudge*, el Estado puede definir una serie de cualidades y prácticas socialmente deseables, en diversos órdenes de la vida en comunidad. Por ejemplo, en el ámbito del desarrollo de virtudes cívicas destacan las intervenciones dirigidas a impulsar la caridad, a promover el voluntariado, fomentar prácticas inclusivas y concitar el debate, la deliberación y la participación democrática³⁵. Respecto de los hábitos de consumo de las personas, se encuentran aquellos que buscan incentivar el reciclaje y compostaje, inducir al ahorro e incitar la austeridad en el consumo de energía, reducir la huella de carbono individual³⁶, estimular la ingesta de alimentos saludables, propiciar la actividad física y desincentivar el consumo de alcohol, tabaco u otras sustancias adictivas³⁷. Incluso, pueden tener por objeto disuadir determinadas decisiones reproductivas y alentar otras³⁸.

En este contexto, no obstante el avivado interés y entusiasmo que suscita el uso del *nudge* como técnica alternativa de regulación de conductas sociales en ciertos círculos aca-

²⁹ SUNSTEIN (2015) p. 427.

³⁰ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 237.

³¹ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 11.

³² SUNSTEIN (2016b) pp. 105-145.

³³ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 11.

³⁴ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 11. Sin perjuicio de lo anterior, se ha clarificado que no todo *nudge* es por definición paternalista más recientemente en SUNSTEIN (2015) p. 433.

³⁵ BUTTON (2018) pp. 1034-1052; JOHN y otros (2011) pp. 43-54.

³⁶ JOHN, SMITH y STOKER (2009) pp. 361-370.

³⁷ QUIGLEY (2013) pp. 588-621.

³⁸ PERSAD (2014) pp. 273-298.

démicos y políticos, existen severas críticas a esta figura. Las críticas surgen debido a que la definición de los fines de interés colectivo cuya satisfacción se persigue con la creación de *nudges* puede conllevar una definición estatal del “bienestar individual” e incidir de manera significativa en las opciones de vida de las personas. Ello, a su vez, podría significar una afectación ilegítima de diversos derechos, principios y bienes constitucionales.

1. EL ROL DE LA IGUALDAD EN EL DESARROLLO TEÓRICO DEL *NUDGE*

Desde una perspectiva constitucional, los cuestionamientos al *nudge* suelen apuntar al menos a tres aspectos. En primer lugar, se teme un menosprecio por la dignidad humana, en especial tratándose de aquellos *nudges* que se aprovechan de los sesgos propios del Sistema 1³⁹. En segundo lugar, se advierte un riesgo de afectación de la libertad individual, en cuanto a su proyección en el control sobre la valoración de las opciones disponibles al tomar una decisión⁴⁰. Y, en tercer lugar, se repara en una amenaza de invisibilización del actuar estatal, que podría determinar su sustracción del control democrático y jurisdiccional, sobre todo cuando consisten en intervenciones en espacios físicos o virtuales que no son fácilmente perceptibles⁴¹.

Llama la atención que en el desarrollo de estos cuestionamientos se ha prestado escasa atención a la garantía de igualdad. Algunas publicaciones han puesto de relieve esta omisión, formulando una crítica generalizada a la misma, particularmente desde la perspectiva de la filosofía jurídica⁴². Otras, de carácter empírico, han puesto de relieve el potencial impacto redistributivo desfavorable que ciertas modalidades específicas de *nudge* podrían tener sobre determinados grupos sociales⁴³. Así puede verse, por ejemplo, respecto de la provisión de información y del uso de advertencias gráficas o textuales en alimentos envasados⁴⁴ o en relación con el uso de advertencias gráficas o textuales en los empaques de las cajetillas de cigarrillos⁴⁵.

La omisión apuntada no deja de ser interesante si se considera que la igualdad se encuentra íntimamente vinculada a otros valores y principios que tienen un rol preponderante en la construcción teórica del *nudge*, como la autonomía y la libertad individual. Más interesante todavía es observar que el propio Sunstein admite en varias ocasiones, aunque sin profundizar en absoluto en el punto, que ciertos factores estructurales de desigualdad pueden incidir en la eficacia del *nudge*⁴⁶. Pero, pese a ello, al identificar y desarrollar los

³⁹ ALEMANNI y SPINA (2014) p. 446; BROWNSWORD (2014) pp. 355-358; CASSESE (2016) p. 245; GOODWIN, (2016) p. 285; SUNSTEIN (2015) p. 430; VAN AAKEN (2015) p. 123; YEUNG (2011) pp. 1-29.

⁴⁰ BALDWIN (2014) pp. 836-837; BOVENS (2009) p. 208; HANSEN (2013) pp. 3-28; HAUSMAN y WELCH (2010) p. 128; JOHN y STOKER (2017) p. 12; MCCRUDDEN y KING (2016) pp. 104-111; WALDRON (2014); WILKINSON (2012) pp. 341-355; YEUNG (2012) p. 136.

⁴¹ ALEMANNI y SPINA (2014) p. 432; BALDWIN (2014) p. 845; CASSESE (2016); VAN AAKEN (2015) p. 108.

⁴² ROBERTS (2018) pp. 1045-1066; WELLS (2010) pp. 115-116.

⁴³ Por ejemplo, en este sentido, NATIONAL ADVISORY COMMITTEE ON BIOETHICS (2015) p. 15.

⁴⁴ ARAYA y otros (2018); DRICHOUTIS, LAZARIDIS y NAYGA (2005); KIM, NAYGA y CAPPS (2001).

⁴⁵ CANTRELL y otros (2013) pp. 1-11; THOMAS y otros (2008) pp. 230-237.

⁴⁶ SUNSTEIN (2016b) pp. 174-175, 179, 193-194.

principios y valores que a su entender deberían guiar el diseño e implementación del *nudge* –bienestar, autonomía, dignidad y autogobierno–, la igualdad queda excluida⁴⁷.

2. EL IMPACTO DEL *NUDGE* SOBRE GRUPOS DESAVENTAJADOS

Existe una explicación relativamente plausible para la desatención a la garantía de igualdad en la literatura sobre el *nudge*. Dicha literatura asume como punto de partida un presupuesto igualitario implícito: que todas las personas conducen por igual sus procesos de toma de decisiones, conforme a las operaciones propias de los dos sistemas de pensamiento y que, por lo tanto, son igualmente susceptibles a la influencia del *nudge*. Por ende, siguiendo todavía a Thaler y Sunstein en este punto, todas las personas serían igualmente capaces de escapar o adherir libremente a él, según sus preferencias personales⁴⁸. En vistas a este presupuesto igualitario, podría pensarse equívocamente que esta figura está a salvo de reparos en clave de igualdad constitucional. Sin embargo, diversas circunstancias pueden incidir de modo determinante en la manera en que distintos individuos responden a esta clase de medidas.

Una de las ventajas teóricas que supone el *nudge*, en comparación con otras técnicas alternativas de regulación, es que sus destinatarios cuentan con la posibilidad de escapar a él y sustraerse de sus efectos, si es que estos no se ajustan a sus genuinas preferencias. Mas, esta caracterización del *nudge* no considera suficientemente que pueden existir barreras y obstáculos materiales que impidan a determinados individuos esquivarlo. Así, por ejemplo, la exigencia de renunciar por escrito a una regla por omisión podría representar un obstáculo considerable para personas analfabetas, pertenecientes a minorías lingüísticas o con cierto tipo de discapacidades sensoriales⁴⁹. Otros factores estructurales de desigualdad pueden tener un efecto similar. En este sentido, existe una “creciente evidencia de que aquellos que son menos educados, y menos sofisticados, son más propensos a adherir a una regla por omisión”, aun cuando les resulte perjudicial⁵⁰.

Del mismo modo, aunque la decisión hacia la cual se orienta la medida sea ajustada a las preferencias de sus destinatarios, pueden existir barreras u obstáculos materiales que les impidan adherir a la misma⁵¹. Esta hipótesis puede ser graficada por el comportamiento de ciertos segmentos de consumidores frente al sistema de etiquetado nutricional y a los sellos gráficos de advertencia “alto en”, en los alimentos envasados. En este sentido, algunas investigaciones sugieren que “los individuos de mayores ingresos, más educados, tienden a responder en mayor medida a la presencia de las etiquetas en la parte frontal de los envases”, en comparación con los individuos de menores ingresos⁵². Otro tanto ocurre con ciertos tipos de recordatorios que, según lo evidencian algunos estudios en el ámbito del pago

⁴⁷ SUNSTEIN (2016b) pp. 105-145.

⁴⁸ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 37.

⁴⁹ BALDWIN (2014) p. 847.

⁵⁰ SUNSTEIN (2016b) pp. 174-175.

⁵¹ ROBERTS (2018) p. 1059.

⁵² DRICHOUTIS y otros (2005) pp. 93-118; KIM y otros (2001) pp. 346-363.

de multas por estacionar en lugares prohibidos, son desproporcionadamente menos eficaces tratándose de grupos desaventajados⁵³.

Todo lo anterior, a su vez, podría redundar en un desigual goce de los beneficios sociales que se persiguen mediante la adopción de esta clase de medidas. Esta desigualdad desde luego resulta problemática en cuanto a su impacto inmediato sobre grupos desaventajados que, por lo demás, suelen ser el grupo social en que se presenta con más prevalencia el hábito o conducta que se pretende modificar con el *nudge*. No obstante, resulta aún más problemático considerar el impacto a largo plazo de esa desigualdad⁵⁴. Considérese, una vez más, el caso del etiquetado nutricional y de los sellos en alimentos envasados. Uno de los principales grupos objetivos de la medida serían las personas de menores ingresos, pues entre ellas se concentrarían las tasas más altas de obesidad⁵⁵. Con todo, si es efectivo que las personas de menores ingresos responden de peor manera al etiquetado y a los sellos, los beneficios sociales de la medida terminarían concentrándose entre las personas de mayores ingresos, con lo cual se ampliará progresivamente la brecha de salud entre unas y otras. Más generalmente, en el ámbito de la salud, cierta evidencia sugiere que las intervenciones estatales centradas en el cambio de comportamiento no son aptas para reducir las desigualdades sociales y que, incluso, podrían agravarlas⁵⁶.

Estas observaciones conducen ineludiblemente a la necesidad de hacer una relectura del *nudge*. Ellas ponen de manifiesto que la eficacia de estas medidas no depende tan solo de su aptitud para apelar a –o corregir– las intuiciones, sesgos y heurísticas que guían los procesos de adopción de decisiones. Antes bien, tal eficacia se encuentra en alguna extensión condicionada por ciertos factores socioeconómicos y barreras estructurales que son causa de desigualdad social.

IV. IGUALDAD COMO NO SUBORDINACIÓN

La igualdad es un principio ampliamente aceptado, pero que carece de significado unívoco⁵⁷. En la mayoría de los textos constitucionales contemporáneos se han incorporado cláusulas de igualdad formal y de no discriminación, que reflejan una concepción de la igualdad de corte eminentemente individualista y centradas en la razonabilidad de las diferencias de trato⁵⁸. Pero este aspecto de la igualdad no parece ser el que preocupa a los críticos del *nudge*. Al contrario, sus inquietudes se centran más en los grupos que en los individuos. En este sentido, la lectura de la igualdad como no subordinación podría resultar más adecuada para canalizarlas.

El origen de esta interpretación del derecho a la igualdad se atribuye especialmente a la obra de Owen Fiss, *Groups and the Equal Protection Clause* (1976), y sus subsiguientes

⁵³ HEFFETZ, O'DONOGHUE y SCHNEIDER (2020) pp. 1-31.

⁵⁴ ROBERTS (2018) p. 1061.

⁵⁵ ARAYA y otros (2018) pp. 1-43.

⁵⁶ LORENC y otros (2011) p. 191.

⁵⁷ Para una caracterización de las distintas interpretaciones que admite la igualdad, véase ESPARZA (2017) pp. 23-44.

⁵⁸ FISS (1976) pp. 108.

reelaboraciones. Según este autor, el derecho a la igualdad debe ser entendido sobre todo, aunque no exclusivamente, como un mecanismo protección para grupos desaventajados frente a situaciones de discriminación estructural. Para él, el problema central no está en las normas jurídicas en sí mismas sino que en ciertas jerarquías que se perpetúan en la estructura social, las cuales simplemente se proyectan al derecho positivo. La idea central de su tesis es que la garantía constitucional deviene irrealizable bajo condiciones de estratificación social generalizada. De ahí que su propuesta se dirija a dismantelar estructuras sociales injustas, por medio de la impugnación de prácticas estatales o privadas aparentemente neutras y la adopción medidas de acción afirmativa.

1. GRUPOS SOCIALES

La concepción de la igualdad como no subordinación se construye a partir de dos presupuestos fundamentales. El primero es que la sociedad se organiza o estructura a partir de distintos grupos sociales. El segundo es que, entre el universo de grupos sociales existentes, algunos de ellos se encuentran en una especial posición de desventaja o vulnerabilidad en comparación con los demás. Resulta así central bajo esta concepción determinar qué rasgos o características permitirían calificar a un grupo social como desaventajado o vulnerable. La cuestión es sin duda controversial y existen múltiples propuestas al respecto⁵⁹. Pese a lo anterior, parece existir cierto consenso entre los adherentes al enfoque de la igualdad como no subordinación en considerar como relevantes al menos tres factores.

El primer factor consiste en que el grupo en cuestión debe calificar como grupo social. Siguiendo a FISS, los grupos sociales son colectivos de personas, que presentarían ciertas características distintivas que permitirían diferenciarlos de una simple conglomeración accidental o transitoria de personas. Así, en primer lugar, un grupo social constituye una entidad en sí mismo, lo cual significa que tiene una existencia que trasciende a la existencia de sus integrantes en un momento dado y que tiene una identidad que lo hace reconocible⁶⁰. Luego, en segundo lugar, un grupo social se caracteriza porque existe una condición de interdependencia entre sus miembros, de modo que la identidad y bienestar de estos depende de la identidad y bienestar de aquel, y viceversa⁶¹.

Es posible definir a los grupos desaventajados a partir de distintos tipos de rasgos. Esos rasgos pueden tener raíces biológicas y ser inmutables (por ejemplo, ciertas discapacidades o la raza), pero no es imprescindible que sea así (por ejemplo, la religión)⁶². Antes bien, lo importante es que se trate de rasgos moralmente irrelevantes para definir la posición de un individuo en sociedad⁶³.

El segundo factor consiste en que el grupo debe haber experimentado una historia de discriminación, hostilidad o exclusión, cuyos efectos subsisten y se proyectan a su situación

⁵⁹ Para una discusión, véase FISS (2004) pp. 1-25.

⁶⁰ FISS (1976) p. 148. Para una profundización en la noción de identidad como componente central de un grupo social, véase YOUNG (1990) p. 172.

⁶¹ FISS (1976) p. 148.

⁶² FISS (1976) p. 155.

⁶³ FISS (1976) p. 159.

actual. Dicha historia, a su vez, genera dinámicas sociales que producen resultados sistemáticamente desfavorables para los integrantes del grupo y que conducen, en definitiva, a la estratificación de la sociedad. En este contexto, no es posible atribuir la situación de desventaja grupal a una conducta o trato en concreto que pueda calificarse jurídicamente como discriminatorio. El derecho, por su parte, no es necesariamente la causa de esas dinámicas, pero sí un factor que contribuye a reproducirlas y exacerbarlas.

Fiss está consciente de que la orientación retrospectiva de la igualdad como no subordinación conlleva serias dificultades probatorias. Exige que los tribunales reconstruyan nexos causales entre comportamientos agregativos –que incluyen marcos institucionales como prácticas sociales informales– y la minusvaloración de ciertos grupos sociales por períodos extensos de tiempo⁶⁴. Requiere, además, una evaluación de su estatus económico y de su poder político. Ante estas dificultades, Fiss propone el concepto de discriminación de facto como estrategia alternativa no orientada al pasado. Este concepto atiende al impacto desfavorable que ciertas decisiones (por ejemplo, los procesos de selección universitaria o laboral) tienen sistemáticamente sobre determinados grupos.

El tercer y último factor consiste en que el grupo social debe encontrarse en una posición de subordinación persistente. Bajo el enfoque de la igualdad como no subordinación, una vez que un individuo es adscrito socialmente a un determinado grupo, esa adscripción será decisiva en la posición social y económica que ocupará en su comunidad y en el tratamiento que recibirá por parte de sus miembros. Dicha adscripción limitará su nivel de ingreso, sus posibilidades de acceso a bienes básicos (por ejemplo, la educación, la salud, el empleo y la justicia), el ejercicio de sus libertades políticas y, más generalmente, sus proyectos de vida⁶⁵. De acuerdo con Fiss, esas limitaciones proceden de tres fuentes, que pueden operar en forma alternativa o acumulativa: su carencia de poder político, su estatus económico y los prejuicios sociales que existen en su contra⁶⁶.

Sobre esta última cuestión, Fiss destaca que los grupos vulnerables son vistos con “miedo, odio y disgusto”⁶⁷. Efectivamente, la pertenencia a esos grupos suele estimarse indiciaria de ciertas características socialmente indeseables o minusvaloradas (debilidad, proclividad al comportamiento criminal, inutilidad, etc.), cuyo concreto contenido depende del grupo de que se trate. Esta clase de asociaciones, “provoca que les resulte difícil formar coaliciones y alianzas con otros grupos [...] y contribuye a que los demás les inflijan daños o los utilicen como chivo expiatorio”⁶⁸.

2. JUSTIFICACIONES DE LA IGUALDAD COMO NO SUBORDINACIÓN

La igualdad como no subordinación supone que ciertas prácticas sociales (que incluyen la discriminación, pero que no están limitadas a ella) deben ser condenadas porque

⁶⁴ Fiss (1976) p. 145.

⁶⁵ Fiss (1976) p. 162.

⁶⁶ Fiss (1976) p. 152. A falta de un mayor desarrollo del concepto de subordinación por parte del autor, puede resultar esclarecedora la sistematización de sus cinco dimensiones (explotación, marginación, falta de poder, imperialismo cultural y violencia) en YOUNG 1990 pp. 39-65.

⁶⁷ Fiss (1976) p. 152.

⁶⁸ Fiss (1976) p. 152.

crean, agudizan o perpetúan las causas estructurales de desventaja que afectan de manera especial a ciertos grupos⁶⁹. En términos generales, el sentido de esta lectura de la igualdad es lograr la igualdad efectiva o material en el goce de los derechos. Bajo este respecto, la erradicación de las estructuras de subordinación puede considerarse como un imperativo de justicia social⁷⁰.

En concreto, Fiss justifica los esfuerzos por mejorar el estatus de los grupos desaventajados en una teoría sobre la compensación. Esta compensación –manifestada en medidas redistributivas o en medidas de acción afirmativa, según se explicará en el siguiente apartado– es debida por la sociedad como un todo al grupo en cuestión, por haber situado a este último en una posición de subordinación⁷¹. Dicho en otras palabras, la sociedad tendría una responsabilidad colectiva frente a los grupos desaventajados, en cuanto partícipe de una serie de prácticas e instituciones que históricamente les han mantenido en una situación de inferioridad jerárquica⁷². Se trata, entonces, de una justificación que atiende al pasado; a la historia de discriminación sufrida por el grupo.

Sin embargo, este razonamiento no explicaría por qué se debería mejorar el estatus de grupos sociales que, aun siendo blanco de exclusión y prejuicios actuales, no se han encontrado en una posición histórica de subordinación (por ejemplo, migrantes recién llegados). Por ello, Fiss ofrece una segunda justificación que prescinde de la noción de compensación y que, en cambio, se apoya en tres valores comunitarios cuya consecución podría vincularse con la erradicación de la subordinación⁷³. Entre tales valores se encuentran:

(a) La preservación de la paz social. Para ilustrar esta idea, Fiss utiliza el ejemplo de la prohibición de la difusión de imágenes y materiales sexualmente explícitos que puedan conducir a la violencia sexual⁷⁴. La razón por la que ciertas jurisdicciones prohíben esta clase de prácticas no es precisamente porque causen un daño directo, sino porque generan o refuerzan ciertas asociaciones mentales que perpetúan la subordinación. En un sentido opuesto, Fiss asocia también la preservación de la paz social con la mantención del orden público. La idea detrás de esta asociación es que ciertos grupos atribuirían una importancia de tal magnitud a su inclusión, que estarían dispuestos a obtenerla incluso por medios violentos⁷⁵. Por ende, si el derecho no posibilita tal inclusión, se corre el riesgo de que aquellos grupos busquen obtenerla por medios ilícitos.

(b) La mantención de la comunidad como un todo cohesivo. Así, por ejemplo, Fiss sostiene que la discriminación basada en el género es reprochable no solo porque implica un tratamiento injusto para ciertas personas, sino porque ese tratamiento injusto subordina al grupo al que pertenecen como un todo, generando jerarquías sociales⁷⁶. Por otro lado, el autor sostiene que la sociedad parece comprometida con la integración en la educación, en

⁶⁹ Fiss (2004) p. 4.

⁷⁰ Fiss (2004) p. 8.

⁷¹ Fiss (1976) p. 150.

⁷² Fiss (1971) p. 248.

⁷³ Fiss (1976) p. 151.

⁷⁴ Fiss (1992) pp. 2048 ss.

⁷⁵ Fiss (1971) p. 246.

⁷⁶ Fiss (1994) pp. 417-418.

el entendido de que las políticas educacionales segregacionistas son indeseables en términos educativos o que constituyen una vulneración de la igualdad ante la ley⁷⁷.

(c) Permitir el más pleno desarrollo de los miembros individuales del grupo. El principio de no subordinación condena las estructuras sociales jerárquicas porque impiden el ideal de autorrealización individual y porque violentan las concepciones de comunidad basadas en ese ideal⁷⁸. Por el contrario, a medida que los miembros de grupos desaventajados ganan acceso a posiciones originalmente reservadas a grupos privilegiados (en educación, empleo, política, etc.), desarrollan autoconfianza y orgullo. Ello, a su vez, podría tener consecuencias sociales beneficiosas⁷⁹. Bajo esta perspectiva, como lo ha explicado Fiss en reiteradas oportunidades el fundamento de la no subordinación sería la igual capacidad de autogobierno de las personas⁸⁰. Por ende, el sentido de la garantía constitucional de la igualdad sería permitir a cada individuo perseguir el más amplio rango de oportunidades para construir y desarrollar el proyecto de vida de su elección. Desde esta perspectiva se subraya que las decisiones individuales están socialmente condicionadas por patrones de discriminación estructural y no son del todo libres.

En línea con lo anterior, se ha propuesto también sustentar la prohibición de la subordinación en el principio democrático. El vínculo entre aquella y este resultaría evidente si se toma en cuenta que una de las proyecciones de la subordinación es la ausencia de poder político. Desde este punto de vista, la marginación estructural de ciertos grupos sociales puede impedir el funcionamiento de la democracia⁸¹ al desconocer el derecho de sus integrantes a ser tratados como un miembros respetados, responsables y participantes de la sociedad organizada⁸².

3. ACCIONES AFIRMATIVAS

A la luz de todo lo anterior, Fiss concluye que la cláusula constitucional de la igualdad debe interpretarse como una prohibición de subordinación. En consecuencia, dicha cláusula no solo prohibiría la acción estatal discriminatoria, sino que tendría un alcance más amplio. Cualquier conducta estatal que genere, agrave o perpetúe la subordinación de grupos vulnerables constituiría una violación de aquella⁸³. Más concretamente, esta prohibición de subordinación se traduciría en dos clases de deberes:

En primer lugar, el Estado tendría un deber negativo o de no hacer, que consistiría en no dar un trato arbitrario desfavorable o de no discriminar con base a la sola pertenencia de un individuo a un determinado grupo social⁸⁴. Por ende, el Estado debería abstenerse de excluir directamente a los miembros de un grupo desaventajado del goce y acceso a bie-

⁷⁷ FISS (1971) p. 247.

⁷⁸ FISS (1994) p. 421.

⁷⁹ FISS (1971) p. 247.

⁸⁰ FISS (1992) p. 2044; (1987) p. 785; (1986) p. 1410.

⁸¹ BREYER (2005) p. 83.

⁸² KARST (1977) p. 4.

⁸³ FISS (2004) p. 11.

⁸⁴ FISS (1976) p. 157-160.

nes e instituciones públicos⁸⁵. Adicionalmente, el Estado debería abstenerse de promover e incurrir en prácticas que tengan un efecto excluyente en los hechos, aun cuando no involucren una discriminación directa y aun cuando tales prácticas se basen en criterios aparentemente neutrales o inocentes⁸⁶.

En segundo lugar, el Estado tendría un deber positivo o de hacer, que admitiría dos proyecciones. Por un lado, este deber positivo incluiría la prevención y reparación de las vulneraciones a los derechos de los integrantes de grupos desaventajados. De esta manera, la prohibición de la subordinación se extendería también a la acción privada, imponiendo al Estado la obligación de contrarrestarla⁸⁷. Por otro lado, el Estado tendría un deber de adoptar medidas redistributivas o medidas de acción afirmativa, dirigidas a superar la situación de subordinación del grupo.

En la obra de Fiss el énfasis está puesto fundamentalmente en las medidas de acción afirmativa. Estas últimas brindan un trato preferencial a los integrantes de los grupos desaventajados, dándoles una mayor participación en las posiciones de poder, prestigio e influencia en la sociedad, que aquella a la que podrían acceder por sí mismos, de no mediar la intervención estatal. Constituyen ejemplos de esta clase de medidas las cuotas electorales, los programas de ayuda económica y el acceso preferencial a la educación superior o a ciertos empleos. Su propósito no es tan solo mejorar la posición de sus beneficiarios concretos, individualmente considerados, sino mejorar la posición relativa del grupo como un todo dentro de la comunidad. Ello ocurriría progresivamente, en la medida que cada vez más miembros del grupo ocupen posiciones que en algún momento fueron ocupadas de forma exclusiva por los integrantes de los grupos sociales más privilegiados⁸⁸.

La lógica que inspira a estas medidas es remediar las injusticias pasadas que han experimentado los grupos desaventajados y protegerlos de las consecuencias de carecer de poder, especialmente político⁸⁹. Al efecto, Fiss asigna un rol particularmente prominente a los tribunales, justamente para rectificar su exclusión del proceso político. Para hacer operativas estas ideas, los tribunales “tendrían que imaginar un universo de posibles medidas que podrían ser adoptadas (por el legislador) a nombre del grupo desaventajado, hacer una elección entre las permisibles, imponer su ejecución y luego controlar a las fuerzas policiales”⁹⁰. En este sentido, en su opinión, los jueces tendrían un rol crucial en la concreción del ideal de igualdad⁹¹.

⁸⁵ Fiss (1976) p. 160-164.

⁸⁶ Fiss (1976) p. 158.

⁸⁷ Originalmente esa hipótesis se había descartado en Fiss (1976) pp. 168-170. Sin embargo, con posterioridad el autor rectificó su postura inicial e incorporó a las conductas de los particulares dentro del alcance del principio de igualdad como no subordinación. Véase Fiss (1996a) p. 21; (1996b) p. 11 y (2004) p. 8.

⁸⁸ Fiss (2004) p. 6.

⁸⁹ Fiss (1976) p. 153.

⁹⁰ Fiss (1976) p. 170.

⁹¹ Fiss (1976) p. 176-177.

V. ¿ADMITE EL *NUDGE* CONSIDERACIONES DE DESVENTAJA GRUPAL?

En este punto del desarrollo de la presente investigación, es posible discutir en qué medida las premisas teóricas subyacentes al *nudge* son compatibles con las premisas teóricas subyacentes al enfoque de la igualdad como no subordinación. Esa discusión es relevante para atender adecuadamente a las críticas en torno a los potenciales impactos desfavorables del primero sobre grupos desaventajados. En efecto, si se concluyera que unas y otras son incompatibles, podría suponerse razonablemente que esos impactos desfavorables son inevitables, en cuanto se deben a discrepancias conceptuales y normativas irreconciliables entre ambos constructos, que inciden de manera determinante en el diseño del *nudge*. A la inversa, si se concluyera que unas y otras son compatibles, esos impactos desfavorables podrían verse como tensiones específicas que pueden ser resueltas o armonizadas en el diseño de estas clase de medidas.

1. AUTONOMÍA, INTERVENCIÓN ESTATAL Y CATEGORÍAS DE DESTINATARIOS

Una primera diferencia que salta a la vista al comparar la teorización en torno al *nudge*, según Thaler y Sunstein, con la tesis de la igualdad como no subordinación, según Fiss, es que una y otra toman como punto de partida presupuestos descriptivos radicalmente distintos. La primera concibe a las personas como sujetos neutros en cuanto a sus rasgos individuales y sociales, cuya autonomía se ve restringida por barreras cognitivas (sus propias intuiciones, heurísticas y sesgos), que determinan su racionalidad limitada. En cambio, la segunda concibe a las personas como sujetos cuya autonomía se ve restringida por barreras sociales de carácter estructural, dadas por su adscripción a un determinado grupo social que se encuentra en una posición histórica de subordinación. Como se puede apreciar, la autonomía constituye un valor clave en ambas construcciones, pero con un sentido y objetivo muy distinto en cada caso.

Esta primera diferencia, a su vez, se proyecta en una segunda, ahora en cuanto a los presupuestos prescriptivos y las implicancias normativas que derivan de asumir un enfoque u otro. De acuerdo con la literatura sobre el *nudge*, la racionalidad limitada de las personas plantea un problema de déficit de autonomía cuya raíz se encuentra en cada individuo; no en el mercado, la sociedad u otras instituciones. La consecuencia práctica que se sigue de ello es que la intervención estatal ha de centrarse, precisamente, en los individuos, dándose por descontada su capacidad material para elegir y decidir. Por el contrario, desde el enfoque de la igualdad como no subordinación, el déficit de autonomía está dado por condiciones estructurales o barreras sociales; factores externos a los individuos. Es así como, en este caso, la intervención estatal está dirigida a erradicar las condiciones sociales que generan subordinación grupal.

En directa relación con lo anterior, la tercera diferencia tiene que ver con la posición que cada teorización adopta frente a la intervención estatal. Para el caso del *nudge*, esa posición se resume en la filosofía del paternalismo libertario, que aspira a un compromiso entre el bienestar social y la libertad de elección. Dicha filosofía apela especialmente al *ethos* individualista de la cultura jurídico-política norteamericana y promueve una intervención estatal excepcional y mínima. Por su parte, la tesis de la igualdad como no subordinación

promueve la intervención estatal enderezada a mejorar el estatus del grupo, sea en la forma de medidas redistributivas que contrarresten su posición de desventaja o en la forma de represión de actos discriminatorios que perpetúen o agraven esa posición. Desde esta perspectiva, la intervención estatal sistemática y regular es vista como una herramienta indispensable para dismantelar estructuras sociales de subordinación.

Para cerrar este punto, existe una cuarta diferencia en torno al modo en que discursivamente se construyen las categorías de destinatarios de cada una de estas intervenciones. Así, los destinatarios del *nudge* no son definidos en atención a sus características individuales o grupales, sino que son definidos en función de fallas conductuales de mercado. Dicho de otro modo, ellos son definidos en función de aquellas categorías de comportamientos en los cuales las decisiones individuales puedan tener efectos desfavorables para quienes las adoptan o para otros⁹². Por otro lado, la lógica del enfoque de la igualdad como no subordinación es distinta. La intervención estatal se justifica por ciertas características individuales y grupales de sus destinatarios, que han determinado su posición histórica de desventaja social. Desde esta perspectiva es posible distinguir a los destinatarios teóricos del *nudge*, en cuanto segmentos de la población que *constituyen un riesgo* para sí y para otros, de la categoría de grupos desaventajados, en cuanto segmentos de la población que se encuentran *en* una situación de riesgo.

Sobre la base de estas diferencias es posible concluir que hay ciertos elementos en la configuración teórica del *nudge* que se encuentran en clara contradicción con aquellos en que se sustenta la concepción de la igualdad como no subordinación. Estos elementos impedirían incorporar a la primera, sin más, consideraciones de desigualdad estructural o desventaja grupal. Incluso podría conjeturarse que los impactos negativos del *nudge* sobre grupos desaventajados que parte de la doctrina denuncia no son la sola consecuencia de una mera inadvertencia u omisión teórica, sino el resultado inevitable de aplicación práctica de sus premisas básicas. Con todo, esta conjetura podría resultar prematura. Queda todavía por examinar, según se explica en el siguiente apartado, otro aspecto de la comparación que podría ser relevante para resolver el asunto.

2. IMPORTANCIA DEL CONTEXTO

Un aspecto adicional de la comparación entre la teorización relativa al *nudge* y la tesis de la igualdad como no subordinación apunta a la importancia que una y otra atribuyen al contexto. En el primer caso, esa importancia se puede apreciar a partir de la propia noción de arquitectura de decisiones, en cuanto se refiere a la manera de organizar el contexto en el que se toman las decisiones⁹³. Aquí, el contexto alude al formato (sencillez, tamaño, ubicación espacial, etc.), la secuencia (orden o preferencia) o el énfasis (mayor o menor prominencia) con que se presentan las opciones. En el segundo caso, en cambio, el contexto tiene relación con la historia de determinados grupos sociales y con las distintas barreras que enfrentan, en términos del acceso a bienes básicos y del ejercicio de sus derechos

⁹² GANDY y NEMORIN (2018) p. 2119.

⁹³ Véase arriba la nota 1 y el texto a que se refiere.

fundamentales. Este no es fijo para quienes integran el grupo en cuestión, sino que puede variar según su pertenencia simultánea a otros grupos u otros factores.

La irrelevancia del contexto personal de quien toma las decisiones (su sexo, raza, edad, etc.) en la teorización relativa al *nudge* no es accidental. Es el resultado esperable de asumir una preferencia explícita por la economía del comportamiento, entre todas las posibles disciplinas que integran las ciencias del comportamiento, como principal enfoque disciplinar para desarrollar aquella teorización. Efectivamente, tal como lo ha destacado alguna doctrina, los postulados económicos en general tienden a servir de base para la construcción de modelos abstractos de comportamiento, que son indiferentes a las particularidades de cada individuo⁹⁴. En este orden de ideas, conviene recordar que la versión del *nudge* popularizada por Thaler y Sunstein no pretendía apartarse radicalmente de los postulados básicos de la economía clásica y del análisis económico del derecho –entre los que destacan el individualismo metodológico y la figura del *homo economicus*–, sino mejorarlos y hacerlos más realistas⁹⁵. No es de extrañar, entonces, que esta específica versión del *nudge* tenga un fuerte foco en los individuos (o, más bien, en un modelo abstracto sobre cómo se comportan los individuos) y no en los grupos. Es más, el énfasis de Thaler y Sunstein en la calificación de los sesgos y heurísticas como errores o desviaciones que deben predecirse y corregirse ha sido interpretado como un intento por preservar, antes que superar, la centralidad de los referidos postulados⁹⁶.

Con todo, esta opción metodológica tiene un costo no menor, en cuanto puede conducir a una excesiva simplificación de los fenómenos psicológicos⁹⁷. Así las cosas, la economía del comportamiento solo ofrece una visión parcial de la complejidad del comportamiento, emoción, percepción, cognición, intención y acción humanas, con particular énfasis en la idea de racionalidad y en la respuesta de las personas a incentivos económicos en términos amplios⁹⁸. De ahí su desatención a la manera en que factores culturales, sociales y políticos influyen en el comportamiento de las personas⁹⁹.

Pese a lo dicho, la importancia que las dos construcciones objeto de la presente investigación asignan al contexto es el punto que ofrece mayor potencial para establecer una conexión entre ellas. Así lo refiere alguna literatura sobre *Behavioral Law and Economics* que ha tratado de apartarse de los modelos que marcan una distinción categórica entre racionalidad e irracionalidad y que, en lugar de ello, propone una comprensión más matizada de los procesos de toma de decisiones¹⁰⁰. Esta literatura comienza por admitir que existirían brechas en la comprensión científica de tales procesos, toda vez que los mismos varían entre distintas culturas y entre individuos dentro de esas mismas culturas¹⁰¹. Según esta visión, las desviaciones de la asunción de racionalidad plena no son erráticas, sino que se presentan

⁹⁴ MITCHELL (2018) p. 459.

⁹⁵ JOLLS, SUNSTEIN y THALER (1998) p. 1474.

⁹⁶ PYKETT, JONES y WHITEHEAD (2017) p. 7.

⁹⁷ MITCHELL (2018) p. 459.

⁹⁸ PYKETT, JONES y WHITEHEAD (2017) p. 6.

⁹⁹ PYKETT, JONES y WHITEHEAD (2017) p. 6.

¹⁰⁰ ZAMIR y TEICHMAN (2014) p. 151.

¹⁰¹ MITCHELL (2018) p. 461; RACHLINSKI (2008) pp. 870-875.

en patrones predecibles y sistemáticos, pero que a su vez difieren en atención a factores individuales, sociales, demográficos, organizacionales y culturales¹⁰². En particular, puede ser útil tener en cuenta las denominadas teorías de las preferencias descubiertas, que solo admiten la validez de los axiomas de racionalidad respecto de quienes tienen incentivos adecuados y oportunidades efectivas para llegar a conocer y revelar sus verdaderas preferencias¹⁰³.

Estas reflexiones plantean un serio cuestionamiento a la idea según la cual todas las personas son susceptibles por igual a la influencia del *nudge* y desafían las aproximaciones rígidas en torno a la aplicabilidad de las contribuciones de las ciencias conductuales al derecho¹⁰⁴. Sin embargo, al mismo tiempo, ellas representan un margen para incorporar consideraciones relativas a la vulnerabilidad grupal en la teorización que subyace a estas regulaciones, con lo cual potencialmente podría incrementar su eficacia. Considerando este margen, las críticas al *nudge* fundadas en su potencial impacto negativo sobre grupos desaventajados no han necesariamente de tomarse como argumentos decisivos en contra de esta técnica. Antes bien, dichas críticas constituyen inquietudes legítimas que pueden y *deben* ser tomadas en cuenta.

Ahora bien, ¿qué aspectos en concreto de la teorización en torno al *nudge* ameritarían ser reinterpretados o modificados para incorporar el enfoque de la igualdad como no subordinación?

(a) En primer término, en línea con lo señalado más arriba, sería necesario abandonar concepciones rígidas acerca de la naturaleza humana y de la racionalidad humana. Esto obligaría a los arquitectos de decisiones a poner especial atención en la definición de los grupos destinatarios del *nudge*, en consideración a sus específicas características, entornos y necesidades. De igual manera, les exigiría considerar minuciosamente la evidencia empírica disponible en relación con la medida en que las observaciones de las ciencias conductuales en que se sostiene la intervención son generalizables a individuos que se encuentran en distintos contextos.

(b) Como segunda cuestión, la arquitectura de decisiones habría de redirigir sus esfuerzos y centrarse en promover la inclusión social y suprimir estereotipos y prácticas de subordinación, y no solo en incrementar el bienestar personal de los individuos “a juicio de ellos mismos”. Ello, a su vez, implicaría aceptar que no todo *nudge* deba adscribirse a la filosofía del paternalismo libertario. De esta forma, podría morigerarse el componente individualista que suele asociarse a esta figura.

(c) Luego, en tercer lugar, sería preciso reconocer que existe una relación de complementariedad y refuerzo recíproco entre las distintas herramientas de regulación de las conductas sociales, a saber: mandatos, prohibiciones e incentivos. Este ajuste, una vez más, demandaría apartarse de la filosofía del paternalismo libertario y de su énfasis en una intervención estatal mínima. En vez, supondría admitir la necesidad de robustecer los efectos del *nudge* con otras aproximaciones regulatorias.

¹⁰² ZAMIR y TEICHMAN (2014) p. 152.

¹⁰³ Por todos, MITCHELL (2018) p. 471.

¹⁰⁴ KOROBKIN (2011) pp. 1668-1673.

Sin duda, todo lo anterior redundaría en un *nudge* con un rol bastante más modesto y menos que protagónico que el que promueven autores como Thaler y Sunstein. Pero, al mismo tiempo, se trataría de uno más sensible a las efectivas capacidades materiales de sus destinatarios para adherir o escapar a él y, por ello, acaso más eficaz. Sobre todo, sería uno cuyos eventuales beneficios podrían distribuirse de manera más igualitaria en la sociedad.

VI. CONCLUSIÓN

1. En este trabajo se ha examinado la compatibilidad entre la teorización subyacente a la figura del *nudge*, por un lado, y los postulados en que se apoya la concepción de la igualdad como no subordinación, por el otro. El objetivo de este análisis era precisar si la primera admitía consideraciones relativas a la desigualdad estructural de sus destinatarios que pudieran orientar su diseño o, si por el contrario, excluía categóricamente tal posibilidad. Una de las principales motivaciones detrás de esta investigación radicó en la constatación de posibles efectos redistributivos desfavorables derivados de la aplicación de esta técnica, en desmedro de ciertos grupos sociales desaventajados.

2. Las ideas centrales a partir de las cuales se estructura el desarrollo teórico del *nudge* en Thaler y Sunstein dan cuenta de una determinada concepción de la persona, la sociedad y el Estado. Así se puede apreciar, sobre todo, en las nociones de racionalidad limitada y de arquitectura de decisiones, guiada por la filosofía del paternalismo libertario. De acuerdo con la primera, las personas son vistas como sujetos cuyos principales obstáculos a sortear en el libre desarrollo de sus proyectos de vida están dados por la configuración de los mecanismos modulares que dominan sus operaciones cognitivas. La segunda, por su parte, asume que el Estado puede y debe intervenir en la superación de tales obstáculos, pero que su intervención debe ser mínima y excepcional. De no ser así, se correría el riesgo de que la definición del bienestar individual quede enteramente en manos del Estado.

3. Por lo que respecta a la tesis de Fiss de la igualdad como no subordinación, por otro lado, ella refleja una comprensión de la sociedad como entidad estructurada en grupos. De acuerdo con esta lectura, los principales obstáculos que enfrentan los individuos en el libre desarrollo de sus proyectos de vida están dados por su adscripción a un determinado grupo social y a las dinámicas de dominación que se producen entre este y los demás. El derecho y las demás instituciones sociales tienden a reproducir esas dinámicas, haciéndolas más profundas y potencialmente perpetuándolas. De ahí que se justifique una intervención estatal robusta dirigida a erradicar los patrones de subordinación social, por medio de medidas de acción afirmativa que aspiren a mejorar el estatus social de los grupos desaventajados.

4. A partir de la comparación entre estas dos teorizaciones es posible concluir que –al menos en las respectivas versiones de Thaler y Sunstein, por una parte, y de Fiss, por la otra– ellas presentan discrepancias significativas en aspectos esenciales de su construcción. Desde este punto de vista, es muy difícil imaginar un *nudge* en cuyo diseño se puedan incorporar consideraciones de desventaja grupal y no subordinación. Pese a ello, en este trabajo se ha argumentado que ambas teorizaciones coinciden en asignar un rol clave al contexto en sus presupuestos descriptivos. Pero, si se toma en serio el contexto, no podría obviarse que los procesos de toma de decisiones no son determinados únicamente por fac-

tores cognitivos, sino también por factores individuales y culturales. Esa observación, avalada por parte de la literatura sobre *Behavioral Law and Economics*, posibilitaría el diseño de *nudges* más eficaces y cuyos efectos sociales beneficiosos podrían distribuirse más igualitariamente en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA, Sebastián y otros (2019): “Identifying Food Labeling Effects on Consumer Behavior”. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=3195500>> [consulta: 1 de junio de 2020].
- BALDWIN, Robert (2014): “From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree”, *The Modern Law Review*, vol. 77, N° 6: pp. 831-857.
- BOVENS, Luc (2009): “The Ethics of Nudge”, en GRÜNE-YANOFF, Till y HANSSON, Sven Ove (eds.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology* (Dordrecht, Springer) pp. 207-219.
- BREYER, Stephen (2005): *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution* (New York, Knopf).
- BROWNSWORD, Roger (2014): “Human Dignity, Human Rights, and Simply Trying to Do the Right Thing”, en MCCRUDDEN, Christopher (ed.), *Understanding Human Dignity* (Oxford, Oxford University Press) pp. 345-358.
- BUTTON, Mark E. (2018): “Bounded Rationality without Bounded Democracy: Nudges, Democratic Citizenship. and Pathways for Building Civic Capacity”, *American Political Science Association*, vol. 16, N° 4: pp. 1034-1052.
- CANTRELL, Jennifer y otros (2013): “Impact of Tobacco-Related Health Warning Labels across Socioeconomic, Race and Ethnic Groups: Results from a Randomized Web-Based Experiment”, *PLoS One*, vol. 8, N° 1: pp. 1-11.
- CASSESE, Sabino (2016): “Exploring the Legitimacy of Nudging”, en KEMMERER, Alexandra y otros (eds.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging* (Oxford, Hart Publishing) pp. 241-245.
- DRICHOUTIS, Andreas C., LAZARIDIS, Panagiotis y NAYGA, Rodolfo M. (2005): “Nutrition knowledge and consumer use of nutritional food labels”, *European Review of Agricultural Economics*, vol. 32, N° 1: pp. 93-118.
- ESPARZA REYES, Estefanía (2017): *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional* (Tirant lo Blanch, Ciudad de México).
- FISS, Owen M. (1971): “A Theory of Fair Employment Laws”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 38, N° 2: pp. 235-314.
- FISS, Owen M. (1976): “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, N° 2: pp. 107-177.
- FISS, Owen M. (1984): “Against Settlement”, *The Yale Law Journal*, vol. 93, N° 6: pp. 1073-1090.
- FISS, Owen M. (1986): “Free Speech and Social Structure”, *Iowa Law Review*, vol. 71: pp. 1405-1425.
- FISS, Owen M. (1987): “Why the State?”, *Harvard Law Review*, vol. 100: pp. 781-794.

- FISS, Owen M. (1992): “Freedom and Feminism”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 80: pp. 2041-262.
- FISS, Owen M. (1994): “What is Feminism?”, *Arizona State Law Journal*, vol. 26: pp. 413-428.
- FISS, Owen M. (1996a): *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power* (Routledge, New York).
- FISS, Owen M. (1996b): *The Irony of Free Speech* (Cambridge, Harvard University Press).
- FISS, Owen M. (2004): “Another Equality”, *Issues in Legal Scholarship: The Origins and Fate of Antisubordination Theory*, vol. 2, N° 1: Art. 20. Disponible en: <<https://doi.org/10.2202/1539-8323.1051>> [consulta: 1 de junio de 2020].
- GANDY, Oscar y NEMORIN, Selena (2018): “Toward a political economy of nudge: smart city variations”, *Information, Communication & Society*, vol. 22, N° 14: pp. 2112-2126.
- GOODWIN, Morag (2016): “Architecture, Choice Architecture and Dignity”, en KEMMERER, Alexandra y otros (eds.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging* (Oxford, Hart Publishing) pp. 285-308.
- HANSEN, Pelle Guldborg y JESPERSEN, Andreas Maaløe (2013): “Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 4, N° 1: pp. 3-28.
- HASELTON, Martie G., NETTLE, Daniel, ANDREWS, Paul W. (2015): “The evolution of cognitive bias”, en BUSS, David M.(coord.), *The Handbook of Evolutionary Psychology* (New York, John Wiley & Sons) pp. 968-987.
- HAUSMAN, Daniel M. y WELCH, Brynn (2010): “Debate: To Nudge or Not to Nudge”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 18, N° 1: pp. 123-136.
- HEFFETZ, Ori, O’DONOGHUE, Ted y SCHNEIDER, Henry S. (2020): “Reminders Work, But for Whom? Evidence from New York City Parking-Tickets Recipients”. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2889749>> [consulta: 1 de junio de 2020].
- HORTON, Tim (2009): “The darker side of nudging”, *The Political Quarterly*, vol. 80, N° 2: pp. 295-298.
- HUSAK, Douglas (2015): “Paternalism”, en MARMOR, Andrei (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (New York, Routledge) pp. 467-480.
- JOHN, Peter y otros (2011): *Nudge, nudge, think, think: Experimenting with ways to change civic behaviour* (London, Bloomsbury Academic).
- JOHN, Peter; SMITH, Graham; STOKER, Gerry (2009): “Nudge nudge, think think: two strategies for changing civic behaviour”, *The Political Quarterly*, vol. 80, N° 3: pp. 361-70.
- JOHN, Peter y STOKER, Gerry (2017): “From nudge to nudge plus: behavioural public policy for a self-guiding society”, *IPAA 2017 Research and Practice*. Disponible en: <<http://www.governanceinstitute.edu.au/magma/media/upload/ckeditor/files/From%20nudge%20to%20nudge%20plus%20behavioural%20public%20policy%20for%20a%20self-guiding%20society.pdf>> [consulta: 1 de junio de 2020].
- KAHNEMAN, David (2011): *Thinking Fast and Slow* (New York, Macmillan).
- KARST, Kenneth L. (1977): “Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment”, *Harvard Law Review*, vol. 91, N° 1: pp. 1-68.

- KIM, Sung-Yong, NAYGA, Rodolfo M. y CAPPS, Oral (2001): “Food label use, self-selectivity, and diet quality”, *The Journal of Consumers Affairs*, vol. 35, N° 2: pp. 346-363.
- KOROBKIN, Russell (2011): “What Comes after Victory for Behavioral Law and Economics”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2011, N° 5: pp. 1653-1674.
- LOEWENSTEIN, George y CHATER, Nick (2017): “Putting nudges in perspective”, *Behavioural Public Policy*, vol. 1, N° 1: pp. 26-53.
- LORENC, Theo y otros (2012): “What types of interventions generate inequalities? Evidence from systematic reviews”, *Journal of Epidemiology and Community Health*, vol. 67, N° 2: pp. 190-193.
- MCCRUDDEN, Christopher y KING, Jeff (2016): “The Dark Side of Nudging: The Ethics, Political Economy, and Law of Libertarian Paternalism”, en KEMMERER, Alexandra y otros (eds.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging* (Oxford, Hart Publishing) pp. 67-132.
- MITCHELL, Gergory (2018): “The price of abstraction”, en TEITELBAUM, Joshua C. y ZEILER, Kathryn (eds.), *Research Handbook on Behavioral Law and Economics* (Cheltenham, Elgar) pp. 459-475.
- MORGAN, Myfanwy y otros (2013): “Attitudes to deceased organ donation and registration as a donor among minority ethnic groups in North America and the UK: A synthesis of quantitative and qualitative research”, *Ethnicity & Health*, vol. 118, N° 4: pp. 367-390.
- NATIONAL ADVISORY COMMITTEE ON BIOETHICS (2015): *A Report by the National Advisory Committee on Bioethics* (Dublin, Department of Health).
- PERSAD, Govind (2014): “Libertarian Patriarchalism: nudges, procedural roadblocks and reproductive choice”, *Women's Rights Law Reporter*, vol. 35, N° 2: pp. 273-298.
- PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana (2019): “El nudge, su aplicación en el derecho chileno y sus potenciales problemas de constitucionalidad”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 2: pp. 345-371.
- PYKETT, Jessica, JONES, Rhys y WHITEHEAD, Mark (2017): “Introduction: psychological governance and public policy”, en PYKETT, Jessica, JONES, Rhys y WHITEHEAD, Mark (eds.), *Psychological Governance and Public Policy: Governing the Mind, Brain and Behaviour* (Abingdon, Routledge) pp. 1-20.
- QUIGLEY, Muireann (2013): “Nudging for health: on public policy and designing choice architecture”, *Medical Law Review*, vol. 21, N° 4: pp. 588-621.
- RACHLINSKI, Jeffrey (2008): “Heuristics, Biases, and Philosophy”, *Tulsa Law Review*, vol. 43, N° 4: pp. 865-883.
- ROBERTS, Jessica L. (2018): “Nudge-Proof: Distributive Justice and the Ethics of Nudging”, *Michigan Law Review*, vol. 116, N° 6: pp. 1045-1066.
- SIMON, Herbert A. (1982): *Models of Bounded Rationality. Volume 1: Economic Analysis and Public Policy* (Cambridge, The MIT Press).
- JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard (1998): “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, vol. 50: pp. 1471-1550.
- SUNSTEIN, Cass R. (2014): *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism* (New Haven, Yale University Press).

- SUNSTEIN, Cass R. (2015): “The Ethics of Nudging”, *Yale Journal of Regulation*, vol. 32, N° 2: pp. 414-450.
- SUNSTEIN, Cass R. (2016a): “People Prefer System 2 Nudges (Kind of)”, *Duke Law Journal*, vol. 66, N° 1: pp. 121-168.
- SUNSTEIN, Cass R. (2016b): *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science* (New York, Cambridge University Press).
- THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R. (2008): *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (New Haven, Yale University Press).
- THOMAS, Sian y otros (2008): “Population tobacco control interventions and their effects on social inequalities in smoking: systematic review”, *Tobacco Control*, vol. 17: pp. 230-237.
- TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, David (1974): “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, vol. 185, N° 4157: pp. 1124-1131.
- VAN AAKEN, Anne (2015): “Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU”, en ALEMANNI, Alberto y SIBONY, Anne-Lise (eds.), *Nudge and the Law, A European Perspective* (Oxford, Bloomsbury) pp. 100-136.
- WALDRON, Jeremy (2014): “It’s all for your own good”, *The New York Review of Books*.
- WILKINSON, T. M. (2013): “Nudging and Manipulation”, *Political Studies*, vol. 61: pp. 341-355.
- YEUNG, Karen (2011): “Can We Employ Design-Based Regulation While Avoiding *Brave New World?*”, *Law, Innovation and Technology*, vol 3, N° 1: pp. 1-29.
- YEUNG, Karen (2012): “Nudge as Fudge”, *The Modern Law Review*, vol. 75, N° 1: pp. 122-148.
- YOUNG, Iris Marion (1990): *Justice and the Politics of Difference* (Princeton, Princeton University Press).
- ZAMIR, Eyal y TEICHMAN, Doron (2018): *Behavioral Law and Economics* (Oxford, Oxford University Press).

LA PRUEBA DE LA INOCENCIA Y LAS DEFENSAS PROBATORIAS: EL CASO DE LA REVISIÓN*

PROOF OF INNOCENCE AND EVIDENTIARY DEFENCES: THE CASE OF THE REMEDY OF REVISION

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO**
JONATAN VALENZUELA SALDIAS***

RESUMEN: A partir de una conceptualización del razonamiento defensivo en los procesos judiciales, el trabajo analiza el rol de las defensas probatorias en el proceso penal. Dentro de este tipo de defensas, la alegación de la inocencia en el contexto de la acción de revisión revive la discusión teórica sobre los distintos estándares probatorios disponibles en el proceso penal. El estudio de la práctica de la Corte Suprema chilena sobre este punto, a su vez, revela algunas contradicciones y problemas de sobrevaloración de la prueba científica aportada para probar la inocencia de una persona (erróneamente) condenada por sentencia firme. Este trabajo persigue mostrar la necesidad de contar con un estándar probatorio para la inocencia que sirva de coordenada para su prueba en la revisión en particular y en el proceso penal en general.

Palabras clave: proceso penal, prueba, defensas, acción de revisión.

ABSTRACT: This work analyses the role of evidentiary defences in criminal procedures using a general conceptual framework of defensive reasoning in judicial procedures. Within this type of defences, the claim of innocence in the Chilean regulation of the remedy of revision revives the theoretical debate concerning different standards of proof in criminal procedures. The study of decisions of the Supreme Court on this matter, in turn, reveals some contradictions and problems of overestimation of scientific or expert evidence offered to demonstrate the innocence of a (wrongly) convicted person by a final judgment. This work aims to show the need to have an evidentiary standard for innocence that serves as a coordinate for its proof in the remedy of revision in particular and in the criminal procedure in general.

Keywords: criminal trial, evidence, defences, revision action.

* Este artículo forma parte del Fondecyt Regular N° 1191634, titulado "Error y proceso judicial", del que los autores son investigadora y coinvestigador, respectivamente. Los autores quisieran agradecer los comentarios de los árbitros anónimos, así como la dedicada labor de edición que nos proporcionó Ivana Peric.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Profesora de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Código Orcid: 0000-0001-6834-043X. Dirección postal: Santa María 076, 5° piso, Santiago; Abdón Cifuentes 217, Santiago. E-mail: fcarbonell@derecho.uchile.cl.

*** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Girona. Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Chile. Código Orcid: 0000-0002-9792-5637. Dirección Postal: Santa María 076, 5° piso, Santiago; Capellán Abarzúa 95, Santiago. E-mail: jvalenzuela@derecho.uchile.cl.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Dos de los pilares fundamentales del proceso penal son el principio acusatorio y el principio de culpabilidad. En términos simplificados, corresponde al ente persecutorio probar la culpabilidad del imputado y si el tribunal estima que se ha superado el estándar probatorio “más allá de toda duda razonable”, dictará sentencia condenatoria para sancionar a la persona culpable.

A la hipótesis acusatoria de culpabilidad se suma una hipótesis defensiva que, a diferencia de aquella, puede adoptar distintas modalidades: a) la negación de los hechos de la acusación; b) la aceptación de los hechos de la acusación pero cuestionando su calificación jurídica; c) la aceptación de los hechos de la acusación y de su calificación jurídica, pero incluyendo circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal (atenuantes y/o eximentes); d) la alegación directa de la inocencia del imputado o acusado, incompatible con la hipótesis acusatoria.

Todas ellas son mecanismos defensivos que pueden desplegarse fundamentalmente en el juicio oral, durante la tramitación del recurso de nulidad o en la acción de revisión. Los dos últimos requieren, desde el punto de vista procesal, de actividad probatoria por parte de la defensa en juicio.

La acción de revisión es un escenario privilegiado para el estudio de las defensas que requieren actividad probatoria, ya que una de sus causales, que a su vez es la más alegada, exige presentar nuevas pruebas. Concretamente, cuando la causal se funda en la alegación de la inocencia de la persona condenada y, en un caso específico, cuando se exige la prueba de la inocencia a través de los medios establecidos por el legislador¹.

Este artículo tiene por objeto ofrecer una conceptualización y clasificación genérica de las defensas en el proceso (1), para luego destacar algunas características del proceso penal que influyen en el modo en que se desarrolla el razonamiento defensivo en dicha sede (2). Este aparato conceptual será necesario para identificar el tipo de defensas que permiten dar por probada la inocencia. Seguidamente, se presentará la acción de revisión como escenario para explorar un tipo particular de defensas que denominaremos “defensas probatorias”, y se abordará, desde el punto de vista teórico y práctico la prueba de la inocencia de un condenado por sentencia firme (3). La reflexión sobre prueba de la inocencia conducirá a descartar que deba aplicarse el mismo estándar de prueba que el fijado por el legislador para dar por probada la culpabilidad. El último apartado analizará críticamente las sentencias de la Corte Suprema chilena que han acogido la acción de revisión por la causal de la letra d) del artículo 473 del Código Procesal Penal, con especial atención al tipo de pruebas que se utiliza para fundar la inocencia (4). La hipótesis que se intentará verificar a través de este análisis es que la Corte Suprema chilena en las sentencias en las que ha acogido la acción de revisión fundada en la causal indicada, no reproduce el razonamiento utilizado para alcanzar sus conclusiones, no analiza las defensas presentadas para acreditar la inocencia y no se pronuncia sobre la regla de suficiencia probatoria que ha empleado, lo que muestra la necesidad y la urgencia de desarrollar una noción de estándar de prueba para la inocencia.

¹ CÓDIGO PROCESAL PENAL, artículo 473 letra d).

II. LA CUESTIÓN CONCEPTUAL

Tradicionalmente, la doctrina procesal se ha ocupado de las defensas en el proceso a través de dos vías. Una primera ha consistido en subsumir el concepto de “defensa” en el de “excepción”, oponiendo este último al concepto de “acción”. Las reflexiones sobre las excepciones han sido más bien técnicas y han dado lugar a clasificaciones sub-teorizadas a partir de la regulación positiva respectiva. Así ha ocurrido en la doctrina procesal chilena que, a partir de una definición de excepción como “toda defensa que el demandado opone a la pretensión jurídica del actor”², esto es, como cualquier razón o argumento que se oponga a la petición fundada que el actor realiza al tribunal mediante una acción procesal³, ha elaborado distinciones entre excepciones nominadas e innominadas –según se encuentren o no previstas expresamente por el legislador– y entre excepciones dilatorias y perentorias –según su fundamento sea una cuestión de forma o de fondo–⁴. En ambos casos, y dentro de la estructura de un proceso contradictorio, el objetivo es impactar en la decisión de la sentencia y, más precisamente, en el juicio que afirma o niega la responsabilidad o culpabilidad de una de las partes. Las excepciones o defensa en tanto razones que se oponen a la pretensión del actor o a la acusación del ente persecutor se dirigen, pues, a impedir la condena⁵ o a evitar la satisfacción total o parcial de la pretensión o acusación⁶. Los estudios sistemáticos sobre defensas y excepciones son casi inexistentes, y los que hay no profundizan en la cuestión conceptual⁷.

Una segunda vía asocia la noción de “defensa” al derecho a la defensa material, resguardado constitucional e internacionalmente a través de su regulación como parte de la garantía del debido proceso. Este derecho a la defensa “consiste en que las partes en un proceso civil (demandante y demandado) y los intervinientes en un proceso penal (imputado y víctima) puedan hacer uso de las oportunidades procesales y medios legales para acreditar la existencia de hechos que sirven de fundamento a las normas cuyas consecuencias jurídicas se persiguen a través del proceso, a proporcionar interpretaciones de los textos normativos aplicables al problema de relevancia jurídica en cuestión, a desvirtuar imputaciones de responsabilidad en su contra y a contradecir alegaciones de la otra parte o interviniente. Este derecho a presentar pretensiones ante tribunales que tengan por objeto la declaración o

² STOEHLER (1995) p. 48.

³ Rodríguez caracteriza la excepción como la contracara de la acción que niega que la pretensión que aquella contiene sea conducente, RODRÍGUEZ (1995) p. 66.

⁴ Se trata de terminología que se usa en los procesos civiles entendidos como procesos no penales. Las excepciones perentorias, sustantivas o de fondo se dirigen a negar el fundamento de la pretensión, objetando los hechos que le sirven de base o afirmando nuevos hechos. Las excepciones dilatorias, adjetivas o de forma identifican vicios en el procedimiento, algunos de los cuales, de ser alegados y acogidos por el tribunal, impiden que el juicio siga tramitándose (CPC, artículo 303). En el ámbito del proceso penal, la regulación chilena permite al acusado deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento, algunas que miran a la forma (incompetencia y litis pendencia) y otras al fondo (cosa juzgada, extinción de la responsabilidad penal, en CÓDIGO PENAL, artículo 93).

⁵ La expresión “condena” se aplica aquí tanto a sentencias penales como no penales, sentencias todas estimatorias de responsabilidad de una de las partes o intervinientes (“acusado” o “demandado” respectivamente).

⁶ ORTELLS (2001) pp. 315 y ss., y COUTURE (1958) pp. 89 y ss.

⁷ Véase, por ejemplo, BENABENTOS (1998).

protección de un derecho, o la condena de un tercero, así como el derecho a protegerse de las pretensiones que se hagan valer en juicio se denomina, usualmente, derecho a la defensa material⁸. El derecho a la defensa material incluiría, a lo menos: a) el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable⁹; b) el derecho a formular alegaciones; c) el derecho a ofrecer y a rendir prueba; d) el derecho a contradecir alegaciones y prueba (bilateralidad); y e) el derecho a una sentencia motivada. En materia procesal penal, la regulación positiva internacional es incluso más detallada.

Estas vías para abordar la noción de “defensa” en el proceso, sin embargo, no permiten visibilizar ni identificar, ya sea por estrechez o por amplitud, los distintos mecanismos defensivos que operan en un proceso judicial ni menos sistematizarlos de acuerdo con determinados criterios. La primera perspectiva asocia la noción de defensa a los argumentos de diversa naturaleza con los que cuenta el demandado para negar plausibilidad total o parcial a la pretensión del demandante, y que puede esgrimir en diversas oportunidades procesales. La segunda perspectiva configura el derecho de la defensa como un derecho que los jueces se encuentran obligados a respetar, ya que forma parte de la garantía del debido proceso como mecanismo de control frente al ejercicio de la jurisdicción.

Desde otra vereda, la filosofía jurídica se ha ocupado tempranamente de la idea de defensas, excepciones y excusas a propósito de la adscripción de responsabilidad¹⁰, de la noción de “derrotabilidad”, del carácter general de las normas jurídicas y de la posibilidad de identificar *a priori* todas las condiciones necesarias y suficientes para su aplicabilidad. En la literatura reciente destacan los trabajos de Gardner y Duarte d’Almeida.

A partir de la estipulación de una definición de derrotabilidad¹¹, Duarte d’Almeida ofrece una diferenciación entre “excepciones” y “defensas”¹². Este autor propone separar conceptualmente, por una parte, aquella clase de hechos relevantes cuya consideración impacta en cualquier decisión judicial (a los que llama hechos-P y hechos-D¹³), y por otra, aquellos hechos que en cada caso concreto concurren y que el juez debe considerar al adoptar su decisión. Así, y alejándose de la terminología de la dogmática procesal, reserva “excepción” para dar cuenta de los hechos relevantes, incluidas las circunstancias de derrotabilidad o hechos-D, cuya identificación permite la construcción de una regla general compleja que incluya *a priori* las condiciones necesarias y suficientes para obtener una decisión correcta. Y emplea el término “defensa” para referirse a las objeciones, contraargumentaciones o respuestas que esgrime cualquier persona que, en el contexto de un proceso, es confrontada con afirmaciones o acusaciones concretas¹⁴.

⁸ CARBONELL y LETELIER (2020) p. 36.

⁹ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, San José (22 de noviembre de 1969) artículo 8.1; y PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS POLITICOS Y CIVILES, Nueva York (16 de diciembre de 1966) artículo 14.1.

¹⁰ HART (1949) y (1957).

¹¹ DUARTE D’ALMEIDA (2015b) p. 29.

¹² DUARTE D’ALMEIDA (2015b).

¹³ En palabras del autor, ‘P’ representa la conjunción (P_1 y P_2 y . . . P_n) de aquellos elementos cuya presencia es requerida para la decisión del juez (“condiciones necesarias”, en la terminología de Hart) y ‘D’ representa la disyunción (D_1 y D_2 y . . . D_n) de las excepciones admisibles. Ambas clases de hechos pueden ser positivos o negativos, DUARTE (2015b) p. 50.

¹⁴ Véase también DUARTE D’ALMEIDA (2015a).

Siguiendo a Fletcher y Gardner, Duarte d’Almeida se propone distinguir entre defensa en sentido amplio y defensa en sentido estricto¹⁵. La primera se corresponde con el uso casual del término “defensa” en el ámbito penal, entendida como cualquier gestión defensiva del imputado, incluyendo la coartada, la negación de culpabilidad, la negación de causalidad, la coacción, las inmunidades diplomáticas o ejecutivas, y la excepción de cosa juzgada. La segunda, en cambio, designa argumentos en que se reconoce que el delito fue cometido, excluyéndose por tanto los argumentos que niegan la comisión de este. Dentro de este último sentido, se encontrarían las justificaciones, las excusas (frente a “errores razonables”), las exculpaciones (e.g. incapaces) y las defensas no exculporias (como las inmunidades o la cosa juzgada)¹⁶. En otro lugar, pero siguiendo la misma intuición, Gardner propone que es correcto distinguir casos de: 1) negación de haber cometido el delito (*denial of wrongdoing*); 2) aceptación de haber cometido el delito, pero contando con una justificación (*justification*); 3) aceptación de haber cometido el delito, sin tener una justificación, pero contando con una excusa (*excuse*)¹⁷; y 4) negación de la responsabilidad propia (*denial of responsibility*)¹⁸.

A partir de estas propuestas, en lo que sigue adoptaremos un concepto de defensa en sentido amplio: defensa es todo enunciado y todo elemento probatorio que le dé respaldo dirigido a oponerse, negar, cuestionar o introducir matices y modificaciones relevantes a aquello que se le atribuye a una de las partes en un proceso civil (demandante o demandado) o al imputado en un proceso penal a través de afirmaciones o acusaciones concretas. Una defensa bien podría consistir en invocar, en el proceso concreto, cualquiera de los cuatro casos identificados por Gardner. A su vez, los casos 2) y 3) no hacen más que dar cuenta de una excepción, en la terminología de Duarte d’Almeida, contemplada legalmente como causal de exculpación o justificación.

Un concepto como el propuesto pone el foco en los modos o razonamientos defensivos con relativa independencia a la posición procesal de las partes, siendo, por lo tanto, también predicable del demandante que quiera defenderse de afirmaciones del demandado o refutar prueba aportada por aquel. Así, el razonamiento defensivo consiste en el despliegue de defensas en distintas oportunidades y escenarios procesales.

¹⁵ GARDNER (2004).

¹⁶ Otros autores han clasificado las defensas en el proceso penal entre aquellas que invierten la carga de producción de prueba (“burden of production”) y aquellas que invierten tanto la carga de producción de prueba como la carga de persuasión (“burden of persuasion”). A estas últimas se les denomina “affirmative defenses”. Las defensas que se fundan en hechos exculporios, se argumenta, invierten la carga probatoria hacia el imputado o acusado. En este sentido, suelen definirse estas defensas como “circunstancias inusuales que, cuando son alegadas por la defensa, evidencian una situación en la que el propósito del derecho penal no se satisfaría con la condena del acusado”. JEFFRIES y STEPHAN (1979) p. 1332, nota 13; y pp. 1334-1335. Sobre las nociones de “burden of production” y “burden of persuasion”, véase McNAUGHTON (1955) y FLETCHER (1968).

¹⁷ Una interesante distinción entre justificación y excusa en materia penal, una teoría de las excusas y una clasificación de ellas puede verse en MOORE (2010) pp. 482 y siguientes. Excusas legales son, para este autor, argumentos que el acusado puede presentar para derrotar muestras de responsabilidad *prima facie*.

¹⁸ GARDNER (2007) pp. 86-88. Un análisis más profundo de las tesis de Gardner nos llevaría a cuestiones de teoría del derecho penal que, interesantes como son, nos alejan del objetivo más modesto de este artículo. Otro esbozo de clasificación de las defensas, ahora en materia contractual, es la que propone HART (1949) pp. 175-176.

Es posible emplear distintos criterios para clasificar las defensas que pueden invocarse en un proceso judicial. Un primer criterio, tradicionalmente usado por la dogmática procesal, es el tipo de regla que invoca quien se defiende, que puede ser de fondo o sustantiva, o de forma o adjetiva (que equivalen, aproximada y respectivamente a las excepciones perentorias y dilatorias en el proceso civil). Los hechos que constituyen estas excepciones requerirán de prueba y las disposiciones que las regulan pueden requerir de interpretación.

Un segundo criterio clasificatorio es el fin protegido a través del despliegue de la defensa: existen defensas “epistémicas” que tienen por objeto mejorar la información relevante para el proceso y contribuir, por esta vía, a la averiguación de la verdad, por ejemplo, la prueba de descargo; y existen defensas destinadas a proteger otros valores, bienes o intereses, pudiendo incluso afectar el fin epistémico del proceso, por ejemplo, la posibilidad de excluir prueba y la preclusión.

Un tercer criterio se refiere a la oportunidad procesal en que se articulan las defensas. El estadio natural para defenderse de las afirmaciones de la contraparte es ante el denominado “juez de fondo”. Por ejemplo, con ocasión de la solicitud de una medida cautelar en contra del imputado, la defensa tiene la posibilidad de articular un razonamiento defensivo para evitar que sea decretada por el juez de garantía. En los alegatos de apertura y de clausura, el defensor se dedica, más que a rendir prueba, a presentar argumentos defensivos. No obstante, el razonamiento defensivo está especialmente presente en los mecanismos de impugnación ante el tribunal revisor, pero aquí lo que se “ataca” es la sentencia (aunque, de manera indirecta, pueden serlo las alegaciones de la contraparte). Excepcionalmente, además, existe razonamiento defensivo que permite incluso anular una sentencia firme y que se cristaliza en las causales de la acción de revisión.

Un cuarto criterio atiende al efecto que se persigue con la defensa, que puede ser, entre otros: a) hacer imposible la prosecución del proceso, de ser acogida (e.g. litispendencia, incompetencia del tribunal); b) subsanar tempranamente errores (e.g. ineptitud del libelo); c) reconocer un estado de cosas (e.g. prescripción); d) derrocar enunciados o hipótesis vertidos en el proceso (objetando el mal uso de una máxima de la experiencia o el recurso a una generalización espuria que no constituye una máxima); y, e) impugnar la aplicabilidad o interpretación de normas presentadas por la contraparte.

Para los efectos de este artículo conviene detenerse en las defensas probatorias, que son aquellas que específicamente tienen por objeto negar o modificar los enunciados fácticos vertidos en el proceso, o alegar nuevos “hechos” (e.g. circunstancias modificatorias de la responsabilidad, eximentes de responsabilidad, o extinción de la responsabilidad). La regla general es que los hechos sobre los que se funda la defensa deben probarse para que se produzca el efecto buscado de restar plausibilidad a los enunciados de la contraparte. Sin embargo, en un modelo procesal penal en el que la carga de la prueba recae sobre el órgano persecutor y en el que se presume la inocencia del imputado hasta que no se dé por probada su culpabilidad, la defensa podría permanecer pasiva en materia probatoria, simplemente negando los hechos de la acusación o instalando dudas sobre su culpabilidad. Por cierto, el defensor puede oponer una hipótesis defensiva incompatible con la acusatoria, caso en el cual requerirá probarla, como se verá más adelante.

Al presentar defensas probatorias, las partes o intervinientes articulan razonamientos que toman la forma de inferencias y que conectan la información disponible. Una inferencia probatoria es un razonamiento que conecta la información disponible con la hipótesis fáctica o enunciado sobre hechos a probar mediante un enlace¹⁹. En sede judicial, la información disponible –denominada también “elementos de juicio”, “pruebas” o “hechos probatorios”– es aquella que se aporta en el proceso. El enlace es una regla o enunciado general que correlaciona la hipótesis a probar con la información disponible.

Es precisamente la distinta naturaleza del enlace, al que se llama también garantía²⁰, la que permite clasificar a las inferencias probatorias en epistemológicas, normativas e interpretativas, según el enlace sea empírico, normativo o conceptual respectivamente. En el primer caso, el enlace es una generalización que da cuenta de una regularidad empírica, y que puede formar parte del conocimiento común (“máxima de la experiencia”) o del conocimiento científico. En el segundo caso, el enlace es una norma, sea una norma de presunción (legal o jurisprudencial) o una norma que asigne valor tasado a una prueba. En el tercer caso, el enlace es una regla conceptual o una definición (del legislador, de la dogmática o jurisprudencia, o de otro tipo). Estos enlaces presentan las siguientes estructuras: “Si se da el hecho ‘p’, entonces probablemente se dará el hecho ‘q’” (generalización empírica); “Si ‘p’, entonces debemos dar por probado ‘q’” (norma); “‘p’ cuenta como ‘q’” (definición).

De acuerdo con este esquema, es posible que una defensa probatoria pueda estar destinada a objetar la credibilidad de los datos probatorios²¹, a desconocer la validez o solidez del enlace empleado por la contraparte o por el juez (i.e. regla de presunción, la máxima de la experiencia, conocimiento científico o concepto), a impugnar la suficiencia de los elementos probatorios para dar por probada una determinada hipótesis en vista al estándar de prueba aplicable, o a proveer nuevas inferencias para apoyar enunciados sobre hechos.

III. EL ESCENARIO PROCESAL PENAL

Como ya se ha sugerido, desde el punto de vista epistémico la prueba persigue la averiguación de la verdad. Esta finalidad está íntimamente conectada con la manera de justificar racionalmente las decisiones judiciales y, específicamente, con la forma de justificar externamente la premisa fáctica²². La verificación de la hipótesis en juego, y su calificación como una instancia de los hechos genéricos (clase de hechos) incluidos en el antecedente de la norma jurídica aplicable, son operaciones indispensables para que consideremos la decisión judicial como un auténtico ejercicio de jurisdicción: “el poder de determinar qué es lo que en derecho corresponde a cada uno”, a través de la aplicación de la ley (abstracta y general) a casos particulares y singulares²³.

¹⁹ GONZÁLEZ LAGIER (2007).

²⁰ Véase, TOULMIN (1958) tercer ensayo.

²¹ Véase ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015) pp. 98 y siguientes.

²² La clásica distinción entre justificación interna y externa es de WRÓBLEWSKI (1974).

²³ ATRIA (2007) p. 37. Un desarrollo completo de esta noción en ATRIA (2016), en especial, pp. 150-154 y pp. 219 y siguientes.

Junto con posibilitar la averiguación de la verdad como objetivo epistémico, las reglas procesales sirven a otros fines diversos, tales como la protección de un derecho fundamental o la necesidad de ir cerrando distintas etapas hasta obtener la clausura del proceso en un período determinado. Las reglas procesales que permiten excluir prueba y las que establecen plazos y oportunidades procesales se fundan en estos otros fines que también se tienen a la vista al diseñar cualquier proceso.

Como institución vertebral que da forma al conflicto, también las defensas sirven a distintos fines dentro del proceso. Así, la existencia de argumentos de defensa permite optimizar la información del juez a la hora de decidir el caso concreto y, al hacerlo, coadyuvan a la averiguación de la verdad. Las hipótesis alternativas presentadas por el defensor en favor del imputado y la existencia de prueba de descargo son argumentos defensivos que sirven a este fin epistémico, posibilitando una mejora de la calidad de la sentencia y evitando errores judiciales. La alegación de la nulidad procesal de una diligencia o la denuncia de haberse cometido infracciones a derechos fundamentales en la etapa de investigación (e.g. inviolabilidad del hogar), en cambio, sirven a otros fines, tales como velar por el cumplimiento de ciertas formalidades legales para dar validez a ciertos actos y proteger derechos fundamentales.

El razonamiento defensivo en el proceso penal tiene algunas características particulares que vienen dadas por los principios que lo estructuran y, en especial, por el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia²⁴. Solo debe sancionarse al culpable y a nadie más que al culpable. En caso de que no se supere el estándar de prueba de “más allá de toda duda razonable”, entonces el tribunal deberá absolver al imputado, quien seguirá considerándose inocente desde el punto de vista probatorio²⁵.

El estatuto de inocente abarca no solamente una obligación de trato congruente con tal calidad durante el proceso, sino que también la exigencia de que debe ser probada su culpabilidad y superado el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, con lo que se desvirtúa la presunción²⁶. Este escenario de alta exigencia probatoria y de distribución inequitativa del riesgo error (evitación de falsos positivos aún a riesgo de aumentar los falsos negativos) se explicaría, además de por el bien jurídico afectado por la imposición de una consecuencia jurídico-penal, por el carácter retributivo de la imposición de la pena en el proceso penal²⁷.

Resulta también característico del proceso penal la manera en que se regula el “ámbito de la defensa”. El artículo 8 inciso 2 del CPP precisamente garantiza al imputado el

²⁴ Sobre este último principio, la literatura es abundante. Véase, e.g., FERNÁNDEZ (2005), FERRER (2010), VALENZUELA (2013), y GONZÁLEZ LAGIER (2014).

²⁵ La distinción y posibles combinaciones entre inocencia material, inocencia probatoria; culpabilidad material y culpabilidad probatoria; y culpable material e inocente las realiza, entre otros, LAUDAN (2005).

²⁶ A esto se refiere la multidimensionalidad de la “presunción de inocencia” como regla de trato, regla de prueba y regla de juicio a la que se refieren los autores citados *supra* n. 28.

²⁷ No se trata de un punto pacífico en la filosofía del derecho penal, sino de uno que cuenta con un largo debate a su haber entre prevenciónistas y retribucionistas, del que no es posible hacerse cargo aquí. Sobre estos debates véase, entre nosotros, MAÑALICH (2007) y (2010). De todos modos, debemos remarcar que ese debate, desde el punto de vista de la definición del acto de imposición de la pena, tiene un carácter definido por el concreto merecimiento del autor del delito.

derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás etapas del procedimiento. Se trata de una noción de defensa en sentido amplio que incluye el derecho a la defensa técnica y material, también respaldada por normativa internacional²⁸.

Como se ha sugerido, el proceso penal puede ser descrito como un “rito contra la incertidumbre” al estructurarse en torno a dos extremos en tensión: ser responsable o no ser responsable, o entre inocencia y culpabilidad. El juez debe decidir, con toda la información vertida en el proceso y en este escenario de dudas, acerca de la verdad o falsedad de la hipótesis acusatoria. Tanto la sentencia condenatoria como la absolutoria disuelven esta incertidumbre: o bien se es culpable o bien se es inocente.

Desde el punto de vista del razonamiento probatorio, la sentencia de un proceso penal puede adoptar las formas siguientes: a) “está probado que ‘p’”; b) “no está probado que ‘p’”; c) “está probado que no ‘p’”, siendo “p” la hipótesis de la acusación. Para llegar a cualquiera de estas conclusiones respecto de la premisa fáctica se requiere valorar la prueba rendida y determinar si se ha satisfecho o no el estándar de prueba que corresponda.

En el primer caso (“está probado que ‘p’”), esa premisa de hecho es el resultado de haberse valorado racionalmente la prueba y haberse comprobado que se ha superado el estándar de prueba respecto de “p”. Lo que quiere decir que, si se intentó desplegar alguna clase de defensa probatoria, estas fracasaron.

En el segundo caso (“no está probado que ‘p’”), la premisa fáctica es el resultado de haberse valorado racionalmente la prueba y haberse comprobado que no se ha superado el estándar probatorio. Que no se haya alcanzado el umbral de suficiencia probatoria puede deberse a consideraciones distintas que podrían o no concurrir de manera conjunta. Por una parte, si se desplegaron defensas probatorias y la o las hipótesis defensivas no fueron refutadas, entonces ello podría explicar aquella conclusión en tanto persistirían dudas razonables acerca de la culpabilidad del acusado. En este caso, no se requiere que se tengan por probadas las hipótesis defensivas. Por otra parte, es posible que la prueba de cargo simplemente se considere débil e insuficiente, en su conjunto, para dar por acreditado el hecho y/o la participación del acusado²⁹.

En el tercer caso (“está probado que no ‘p’”) se ha probado una hipótesis defensiva que resulta total o parcialmente incompatible con la existencia de “p”, impidiendo la condena. En este caso, no se trata de probar la falsedad o insuficiencia probatoria de “p”, sino de comprobar la verdad de la hipótesis alternativa³⁰. En concreto, la incompatibilidad total puede conducir a: (a) la prueba de la concurrencia de elementos que conduzcan a la exculpación del acusado o a la justificación de la conducta; o (b) la prueba que demuestre la imposibilidad física de la hipótesis acusatoria. En cambio, la incompatibilidad parcial consiste en probar hipótesis de hecho que conduzcan a una morigeración de las consecuencias ju-

²⁸ Véase *supra* n. 8. Sobre la relevancia del derecho a la defensa del imputado, véase HORVITZ y LÓPEZ (2002) pp. 76 y ss., y GARDNER (2007).

²⁹ ACCATINO (2011) pp. 484-489.

³⁰ FERRER (2005) pp. 79-101.

rídicas pretendidas por la acusación, o bien a un nuevo escenario probatorio, por ejemplo, por recalificación y redefinición de la hipótesis acusadora.

En este tercer caso, ¿cuál debiese ser la regla de estándar probatorio para evaluar la suficiencia probatoria de una hipótesis de hecho alternativa incompatible con la acusatoria? Dicho de otra manera, ¿cuáles son las condiciones que permiten dar por probada esta hipótesis de hecho defensiva y que justifican una sentencia absolutoria, o bien un cambio en el escenario probatorio que impide una sentencia condenatoria? En estas, que pudiéramos llamar defensas para probar la inocencia, quisiéramos concentrarnos. El proceso penal no requiere que el defensor pruebe la inocencia, sino que esta es una facultad de la defensa ante el tribunal de juicio oral en lo penal, o ante el juez revisor que conozca de un recurso de nulidad o de la acción de revisión. En este último caso, hay una hipótesis específica que se funda en la prueba de la inocencia de un condenado por sentencia firme.

IV. LA ACCIÓN DE REVISIÓN

Los mecanismos de impugnación son medios para cuestionar la corrección de una resolución judicial, alegando la existencia de errores o abusos en su dictación, con el objetivo de lograr que se subsane el error, se purgue el vicio, se corrija la falta o abuso grave, o se anule o revoque la decisión injusta. Especial relevancia adquieren los mecanismos de impugnación en contra de sentencias definitivas, es decir, de aquellas que ponen fin a un proceso resolviendo la cuestión o asunto controvertido³¹.

La interposición de un recurso judicial supone explicitar un razonamiento impugnatorio, es decir, requiere articular las razones que respaldan la solicitud de examen de la decisión judicial respectiva. Este razonamiento impugnatorio es intrínsecamente defensivo y consiste, en la mayoría de los casos, en la denuncia de tipos de errores cometidos por el juez o tribunal durante la tramitación del proceso o en la dictación de la sentencia, y que se encuentran expresados como causales o criterios legales de impugnación, sean éstos genéricos o específicos. Ejemplos de estas causales en el ámbito del proceso penal son que haya existido una vulneración a los derechos fundamentales, una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la ausencia del defensor en alguna de las oportunidades procesales exigidas por el legislador, o que el juez no haya valorado toda la prueba rendida o que dicha valoración no permita la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones fácticas a las que se llega³².

La acción de revisión constituye un mecanismo de impugnación extraordinario que permite revocar sentencias firmes en los casos contemplados por el legislador³³. En materia

³¹ CPC, artículo 158.

³² CPP, artículos 473 y 474.

³³ Sobre la acción de revisión, véase clara descripción que realiza CALAMANDREI (2019). En el ámbito nacional, existe un trabajo monográfico de la revisión penal de PAILLAS (2001), además del tratamiento en los manuales de recursos procesales. Por todos, MATURANA, y MOSQUERA (2018) capítulo XIII. Una reciente investigación que examina las sentencias de la Corte Suprema en el período 2007-2017 y critica la práctica judicial como desconocedora de un “modelo adversarial de revisión” es la de FERNÁNDEZ, y OLAVARRÍA (2018). Quien mejor ha estudiado la revisión y el caso de condena de inocentes en Chile es DUCE (2015a), (2015b), y (2017).

procesal penal se puede solicitar la revisión de sentencias condenatorias firmes en cualquier momento (i.e. es imprescriptible), argumentándose que concurren los elementos de una o más de las causales del artículo 473 del CPP. Algunas de las hipótesis son casos de errores (sean ellos excusables o no), mientras que otras hipótesis son casos de abusos o faltas graves (claramente lo es el supuesto de prevaricación contenido en la letra e)). Todas las causales se fundan en una “valoración asimétrica del riesgo de injusticia del resultado del proceso” penal, que valora “como más grave el riesgo de un “falso positivo”³⁴. Este mismo principio de valoración asimétrica, pero referida al riesgo de una decisión errónea no firme, es el que tiene en cuenta el legislador procesal penal para la fijación de un estándar de prueba exigente para la sentencia condenatoria³⁵.

En lo que sigue, analizaremos la causal que se funda en la demostración de la inocencia del condenado. El CPP prescribe que podrán revisarse sentencias condenatorias firmes cuando “con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado”³⁶.

Tal como se ha señalado, este es un caso de injusticia sustantiva que se funda en la falsedad de la premisa fáctica de la sentencia condenatoria, que en el caso concreto resulta de la demostración positiva de la inocencia del condenado³⁷. El razonamiento defensivo de quien acciona se despliega, entonces, presentando defensas probatorias que demuestren la inocencia del condenado. La finalidad de esta acción es precisamente modificar la atribución de responsabilidad de una sentencia que ya goza de autoridad de cosa juzgada y de la que se denuncia haber cometido un error material consistente en la condena de un inocente³⁸. Desde el punto de vista de la manera en que la causal se encuentra regulada, puede colegirse que se trata de un error material que solo se ha podido apreciar sobrevinientemente. En efecto, esta hipótesis nada dice acerca de si, al momento de dictarse la decisión, se cometieron o no errores inferenciales. Desde el punto de vista de la sentencia que acoge la revisión, se realiza un juicio retrospectivo acerca de la sentencia impugnada que afirma la falsedad de la premisa fáctica en la que aquella se fundó, reconociendo que ahora existe más y/o mejor información disponible que la existente al dictarse la sentencia impugnada.

Ahora bien, hay dos cuestiones que resultan relevantes con relación a esta causal. En primer lugar, qué se entiende por “hechos o documentos desconocidos durante el proceso”. Y, en segundo lugar, cuál es el estándar de prueba aplicable a la hipótesis de inocencia.

Hechos o documentos desconocidos durante el proceso son aquellos que no forman parte del expediente judicial, o no integran el acervo probatorio que ha podido tener a la vista el tribunal o no han servido de base para la formación de la convicción del tribunal³⁹.

³⁴ MAÑALICH (2020).

³⁵ CÓDIGO PROCESAL PENAL, artículo 340.

³⁶ CÓDIGO PROCESAL PENAL, artículo 473 letra d).

³⁷ MAÑALICH (2020).

³⁸ FERRER (2018) pp. 419-420.

³⁹ MAÑALICH (2020) pp. 40-41.

Con relación a la segunda cuestión, y pese a que la tentación sería hacer aplicable el estándar de “más allá de toda duda razonable”, ello debe ser descartado, toda vez que esta alta exigencia probatoria está diseñada para la hipótesis acusatoria y expresa la necesidad de evitación de la condena de inocentes.

La verificación de las hipótesis de hecho de las defensas debe seguir, en algún sentido, esa preferencia general del sistema, contando con una regla de baja exigencia probatoria para la inocencia que resulte compatible con la evitación de la condena del inocente. Así, la inocencia debe situarse en un escenario probatorio que mantenga su posición de ventaja frente a la prueba de la hipótesis acusadora. Con lo dicho, podría inferirse que la regla debiese ser la de preponderancia de la evidencia en tanto regla probatoria mínima, estándar supletorio⁴⁰ o regla de defecto (“*statu quo*” en la terminología de Letelier)⁴¹. El estándar de probabilidad prevaleciente es, por lo demás, un estándar que evita en general el error en tanto lo distribuye de manera simétrica entre las partes y que se aplica a falta de razones para valorar de manera más negativa un falso negativo que un falso positivo. Por ello, pareciese ser el apropiado para dar por probada la verdad de la hipótesis de inocencia.

Sin embargo, deberíamos incluir otra dimensión en la discusión sobre el estándar de prueba de la inocencia. Suele sostenerse en el contexto de estándares poco exigentes, que la hipótesis de hecho debe ser tendiente a la completitud o la integridad. Es decir, debe ser capaz de clausurar, en gran medida, el hallazgo de nuevos datos que modifiquen el estado de cosas definido por la inocencia. Una hipótesis comparativamente mejor que otra puede ser, en términos de su peso y apoyo en las evidencias, todavía una mala tesis. La noción de completitud se incorpora, precisamente, como una manera de evitar esta posible objeción.

En el contexto de la acción de revisión, sin embargo, se podría renunciar a la exigencia de completitud: si los avales probatorios de la inocencia son suficientes para la derrota de la tesis de culpabilidad contenida en la sentencia, y si es clara la necesidad de evitar la condena de inocentes, aquella exigencia es excesiva. Precisamente, el sentido de la revisión es canalizar un argumento defensivo de cara a la afirmación de una mejor información probatoria que aquella que ha sido tenida en cuenta para condenar. Esto supone considerar la acción de revisión como un mecanismo impugnatorio que formula un juicio relativo a la disponibilidad de una mejor explicación del caso que conduce a la afirmación de inocencia del acusado.

V. LA CORTE SUPREMA Y LOS HECHOS NUEVOS

Llegados a este punto, vale la pena preguntarse cómo se ha comportado la Corte Suprema chilena respecto de la hipótesis de la letra d) del artículo 473 antes citado. Si miramos los casos de revisión de los últimos ocho años, podremos advertir algunos hallazgos de interés. El principal es que la falta de definición relativa a la exigencia probatoria que debe alcanzarse para la verificación de una hipótesis defensiva genera vaivenes en el razonamiento de la Corte e intentos por invocar un alto estándar de suficiencia probatoria.

⁴⁰ ACCATINO (2011) p. 487.

⁴¹ LETELIER (2018). En el mismo sentido, MAÑALICH (2020) p. 43.

Como veremos, la falta de definición del estándar probatorio impacta ciertamente en un punto central en el marco de la decisión probatoria relativa a la inocencia en el contexto del conocimiento de la revisión penal⁴².

Una aproximación general a la acción de revisión en Chile, que también ha abordado algunos problemas probatorios, es la elaborada por Duce. Sin perjuicio del completo panorama de la revisión que realiza, no se detiene en las debilidades y efectos que generan los argumentos a través de los cuales se justifica la concesión de las revisiones, sino que más bien se concentra en el problema general de la justificación de condenas de inocentes que se develan en dicha práctica⁴³.

Como se indicó con anterioridad, nos hemos centrado exclusivamente en las sentencias que acogen la acción por la vía de la letra d) del artículo 473 CPP. Su análisis consistió en detectar razonamientos recurrentes a la hora de considerar que existe un “hecho nuevo” como prueba de la inocencia. En el contexto de reconocimiento de la inocencia a través de la verificación de un “hecho nuevo” y sus correlativas exigencias, se torna crucial la pregunta sobre las defensas probatorias. En este sentido, se trata de un aspecto más acotado que los trabajos del Duce ya citados, pero muestra un rasgo que resulta llamativo en la manera de conceder la revisión por esta causal en el sistema judicial chileno.

Un segundo hallazgo es que la prueba de la inocencia en el contexto de la acción de revisión suele hacerse a través de “información pericial”, la cual, además, es considerada como prueba suficiente para dar por verificada la hipótesis de la inocencia.

La Corte Suprema suele considerar que, para revisar una sentencia por existir un hecho nuevo que permite establecer la inocencia, necesita tener a la vista una prueba de alto valor y suele asociar esta necesidad a la presencia de prueba pericial. En el periodo de funcionamiento del sistema procesal penal inaugurado el año 2000, es altamente recurrente aplicar esta etiqueta de prueba “de alto valor o fiabilidad” para la información producida por expertos, que, sin embargo, perfectamente podrían ser considerados simples documentos o testimonios⁴⁴.

Ahora bien, si la pregunta es qué es lo que ha entendido la Corte Suprema por “información suficiente” para acreditar la inocencia, veremos que la prueba pericial surge como la respuesta natural o intuitiva para este fin. En este punto, es conveniente adelantar que dicha consideración es equivocada, y que seguramente proviene del alto valor que suele asignársele a la prueba pericial por los intervinientes y jueces en el contexto del proceso penal.

⁴² Si este es el problema fundamental, no es el único. Hemos querido dar cuenta también de ciertos rasgos en la búsqueda de suficiencia probatoria realizada por la Corte. Esto la ha llevado al campo de la sobrevaloración de la prueba pericial, aunque es claro, no se trata de una consecuencia que pueda derivarse solamente de esta vaguedad en la conceptualización del estándar de prueba.

⁴³ Véase, especialmente, DUCE (2015a, 2015b y 2017). Un punto muy relevante de estos estudios es que muestran que todas las acciones de revisión acogidas lo son por la causal del artículo 473 letra d) y que el 68,7% de las revisiones acogidas son presentadas por el Ministerio Público. DUCE (2017) p. 34.

⁴⁴ Existe una amplia literatura que discurre sobre el problema de sobrevaloración epistémica y semántica de la prueba científica. Véase GASCÓN (2013), TARUFFO (2010), VÁZQUEZ (2015) y DUCE (2018).

La siguiente tabla⁴⁵ da cuenta de las acciones que terminaron con sentencias que acogieron la revisión por la causal del artículo 473 letra d):

Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Total
Nº Casos	9	4	2	1	1	3	1	4	1	26

Una cuestión llamativa es la falta de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema chilena sobre el grado de corroboración que debe alcanzar una hipótesis defensiva como lo es aquella que consiste en afirmar que existe un hecho nuevo que, por su naturaleza, basta para acreditar la inocencia del condenado. Así, ninguna sentencia concibe la exigencia probatoria de la inocencia de un modo autónomo. Al contrario, es recurrente la cita a la disposición del artículo 340 del CPP para sostener que la prueba que es tenida en cuenta para respaldar la acción muestra que ese estándar no se encontraría cumplido.

Sin embargo, esa mención es insuficiente de cara a la comprensión de la prueba de la inocencia, pues esconde una comparación hipotética entre la noción de falta de culpabilidad y la verificación de una hipótesis de hecho compatible con la inocencia. El caso más recurrente es el de la suplantación: la Corte Suprema suele revisar sentencias condenatorias a solicitud del Ministerio Público y en las cuales existe un error en la persona, y por tanto la condena producida en contra de un sujeto no se justifica, simplemente, porque ese sujeto no realizó los hechos.

Así, la indefinición de la suficiencia probatoria parece poner a la Corte en situación de buscar alguna indicación o coordenada con lo que pudiera enfrentar la decisión sobre prueba de la inocencia asumiendo la satisfacción, previa, del estándar de prueba de duda razonable. Esta búsqueda por parte de la Corte parece haberse dirigido al campo de los medios de prueba y su valor. En particular, pareciera razonarse recurriéndose a un medio probatorio que tenga asociado algún juicio general sobre alto valor.

Por ello, junto a la ausencia completa de digresiones sobre la prueba de la inocencia en términos de suficiencia general, se suelen fundamentar las sentencias que conceden las revisiones en información que tenga el carácter de “científica” o pericial. De hecho, en los últimos dos años, en todos los fallos se menciona un informe pericial para constituir las “probanzas” a partir de las cuales se fundamenta la decisión de la sentencia.

Como panorama general, existen tres clases de fenómenos que aparecen en la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema: a) el conocimiento científico está fuertemente mediado; b) se asume que la pericia es capaz de definir una hipótesis defensiva; y c) la concurrencia de la pericia oculta una investigación defectuosa.

1. ALTA MEDIACIÓN

El proceso penal está diseñado con la consideración importante del denominado principio de inmediación. Sin embargo, en el caso de la revisión, la prueba que da lugar a

⁴⁵ Se utilizó como criterio de clasificación el año de la dictación de la sentencia que resuelve la revisión respectiva.

la acción basándose en la causal contenida en la letra d) del artículo 473 CPP se caracteriza por una alta mediación.

La Corte Suprema suele aceptar como suficiente la concurrencia de una prueba de cargo que da por probado un caso de suplantación, si logra establecer que se encuentra “científicamente establecido” que un supuesto de la prueba de la revisión ha quedado fijado. En algún sentido, se considera que la prueba de la acusación por suplantación que supera la regla de la duda razonable respecto de una persona es un dato suficiente para dar por acreditada la inocencia de otro que sufre condena por quien lo ha suplantado.

Así, la Corte Suprema ha afirmado, por ejemplo: “Aduce que de lo anterior se tomó conocimiento por la denuncia efectuada por Marcelino Harry Cárdenas Ramos el 28 de junio de 2011 ante la Fiscalía Local de Pudahuel, lo que dio origen a la investigación RUC N° 1100650146-1, donde resultó condenado Robin Tibor Godo Ramos como autor del delito de usurpación de nombre, a sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, luego de **comprobar** que fue él la persona que realmente cometió el delito a que se refiere el fallo recaído en la causa RUC N° 1100354232-9, **decisión que se apoyó principalmente** en el Informe Pericial Caligráfico N° 1685, del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones, que comparó la firma estampada en el Acta de Información de Derechos al Detenido y Apercibimiento del artículo 26 del Código Procesal Penal, de 28 de julio de 2009, con la escritura y firma genuina de Robin Tibor Godo Ramos, **cuyo resultado indicó** la correspondencia entre éstas, luego de la comparación con la escritura y firma genuina de Marcelino Harry Cárdenas Ramos”⁴⁶.

Este escenario le permite a la Corte Suprema considerar que concurre una prueba pericial para dar por acreditada la inocencia de quien ha denunciado la suplantación. Sin embargo, esta argumentación no explica por qué esa prueba es capaz de justificar la veracidad de la tesis defensiva, es decir, de la inocencia del condenado, ante una regla de suficiencia probatoria.

Esta práctica de alta mediación no sería problemática *per se*, sino que el defecto de fundamentación proviene de la ausencia de pronunciamiento sobre las credenciales científicas de su fuente de información en casi todos los casos en que la Corte Suprema se ha basado en pericias para dar por establecida la inocencia del acusado. Así, por ejemplo, el año 2012 sostuvo que “se realizó un informe pericial de comparación de rostro N° 1309-2011 de fecha 6 de diciembre del mismo año, realizado por la Policía de Investigaciones de Chile y en la hoja de ruta de Gendarmería de Chile de 16 de marzo del mismo año, concluyendo que dicha fotografía corresponde en realidad al rostro de Robin Tibor Godo Ramos, C.I. N° 14.909.754-6.2”⁴⁷.

La existencia de ese informe de “comparación de rostros” y la denuncia por suplantación hecha por un tercero constituyen para la Corte:

⁴⁶ FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA CENTRO NORTE CON 7 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO (2012). El destacado es de la sentencia, al igual que en los extractos que luego se transcriben en el texto principal.

⁴⁷ FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA OCCIDENTE CON 1 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO (2012).

“hechos nuevos, desconocidos durante el pleito, que se descubrieron con posterioridad al pronunciamiento condenatorio, medios todos que son bastantes para **comprobar** la inocencia de Marcelino Harry Cárdenas Ramos”⁴⁸.

Esta estructura aparece constantemente repetida en las decisiones de la Corte en cuestión: se duda de la existencia de un dato condenatorio y se asume que debe tenerse en cuenta el carácter pericial o “científico” de una evidencia, que se considera capaz de entregar datos que justifiquen la inocencia del condenado. Un tal razonamiento es, cuanto menos, dudoso.

La falta de avales acerca de la científicidad de las pruebas permitiría que, en realidad, cualquier clase de medio probatorio pueda, por el solo hecho de haber sido calificado de pericial o científico, ser capaz de corroborar una hipótesis de hecho que justifique la absolución del acusado.

Parece claro que debiera avanzarse hacia una práctica en la que se dé cuenta de todos los datos que permiten realizar las inferencias probatorias que conducen, por ejemplo, a la absolución en el marco de la revisión, mostrando que la prueba de la acusación en un caso es derrotada por la prueba de una hipótesis alternativa en otro, aunque se haya producido ya la condena.

La conclusión ahora más evidente es que la Corte Suprema no necesita como condición *sine qua non* de “pruebas científicas” para dar por acreditada la hipótesis de hecho que justifica la revisión, sino que cualquier medio probatorio puede ser suficiente si es capaz de probar la hipótesis de hecho de la inocencia.

2. PERICIA E HIPÓTESIS DEFENSIVA

Por otra parte, la Corte Suprema considera que la pericia que tiene en cuenta como fundamento de la revisión es capaz de dar por establecida, es decir, que puede probar, una hipótesis defensiva. Esta es, también, una forma de razonar que se reitera en las sentencias revisadas, y que puede ser ilustrada con el siguiente pasaje:

“en el caso se ha producido la situación que regla el artículo 473 letra d) del Código Procesal Penal, toda vez que con posterioridad a la fecha de la sentencia se descubrió que la persona que fue detenida y puesta a disposición del tribunal, no correspondía efectivamente a Pontigo Peña, sino que era un sujeto distinto de aquél que usurpó su identidad, persona que no ha podido ser identificada, pero existiendo certeza absoluta de que no fue quien resultó condenado, **lo que se pudo establecer a través de una prueba pericial** caligráfica respecto de la firma estampada por el detenido en el Acta de Intimación de Orden de detención Verbal, además de un **peritaje de voz** con el material recopilado en la audiencia respectiva”⁴⁹.

Conforme a esta sentencia, la pericia que dio lugar a la prueba de la suplantación es capaz de producir “certeza absoluta” de la hipótesis de hecho que debe probarse. En ningún

⁴⁸ Considerando cuarto, *FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA OCCIDENTE CON 1 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2012).

⁴⁹ *FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA CENTRO NORTE CON 6 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2012).

momento la Corte Suprema se detiene a definir qué significa esta certeza absoluta, pero pareciera que se refiere a la relación entre lo establecido en ambas sentencias.

Como se ha condenado a alguien en un proceso, y esa condena se opone en términos de coherencia con la sentencia anterior, entonces procede absolver a uno de los sujetos. La absolución respecto del caso en que se ha producido la condena descansa en la prueba de una hipótesis defensiva, que ahora toma la forma de la prueba de una hipótesis alternativa incompatible con la hipótesis acusatoria probada y que condujo a la condena. Pero esto aparece como un exceso de exigencia para la hipótesis defensiva.

No parece razonable que la hipótesis alternativa de la defensa deba probarse hasta satisfacer la duda razonable en otro procedimiento. Lo que es más llamativo es que, aunque esto se produzca, la Corte Suprema no se pronuncia otra vez sobre la concurrencia de esa hipótesis y su prueba en concreto. La asocia a una pericia y con eso tendríamos “certeza absoluta”.

Por cierto, dicho razonamiento es extremadamente llamativo. Por un parte, la confusión entre el plano de la falta de justificación de la hipótesis de la sentencia y la de la acción de revisión impide enfrentar el problema del establecimiento de una regla o noción acerca de la suficiencia de los datos que justifiquen una revisión. Por otra parte, la idea de certeza en tanto ideal inalcanzable, esconde una desproporcionada exigencia de revisión. Como veíamos anteriormente, la prueba de la inocencia en tanto hipótesis defensiva es tributaria de la distribución del error en términos de evitación de la condena de inocentes. Por ello, la prueba de la inocencia no debe dirigirse, en realidad, a superar altos niveles de exigencia probatoria, pues de este modo tendríamos que el sistema exige lo mismo para la prueba de la inocencia en este nivel de revisión de sentencias firmes, como respecto de la culpabilidad en la sentencia.

3. PERICIA E INVESTIGACIÓN

Con un tratamiento como el descrito parece ocultarse un dato muy relevante para el proceso penal: la acción de revisión muestra un despliegue defectuoso de la investigación y no se está produciendo en esta sede una sofisticación de criterios probatorios, como sin embargo pudiera esperarse.

Existen casos donde se ha condenado a personas, por ejemplo, por conducir con licencia falsa, siendo ésta verdadera. La definición de la autenticidad de esa licencia pasa por un “informe pericial documental”. Así, la Corte ha sostenido:

“con posterioridad a los hechos y al fallo condenatorio se realizó un informe pericial documental por el Departamento de Criminalística de Carabineros de Chile a la licencia que portaba el sentenciado el día de su detención, signado con el N° 2564-2013, el que **concluyó** que el documento es original”⁵⁰.

Pero esta consideración, pareciera, debió ser tenida en cuenta durante el proceso de condena. Y ello porque una parte del supuesto de hecho sustentado por una acusación de uso de un documento falso pasa por definir si el documento es, efectivamente, falso.

Así aparece repetido invariablemente en las sentencias consultadas: toda revisión por hecho nuevo parece entrañar la prueba de un hecho particularmente relevante de la hipó-

⁵⁰ DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA CON 7 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO (2013).

tesis acusadora. La Corte Suprema ha dado lugar a la revisión cuando aprecia que el cuadro probatorio de la condena aparece claramente afectado en términos de probar una hipótesis alternativa. Así ocurre cuando se realiza un informe caligráfico para definir si la persona sometida al proceso es o no quien dice ser, caso paradigmático de revisión en los últimos años. En todos ellos parece que el diagnóstico es que existen investigaciones de baja calidad y un apresuramiento en la condena.

Pero la letra de la ley no parece comprender una práctica como ésta. Antes bien, el legislador diseñó un sistema de revisión de sentencias y por tanto de decisiones finales del proceso penal. Es claro que los errores que se cometen durante la etapa de investigación redundan y contribuyen a producir errores en la sentencia, pero si la revisión solo es capaz de expresar esta dimensión, se transforma en un mecanismo corrector de errores procedimentales, alejándose de su configuración de recurso extraordinario para subsanar injusticias graves. El asunto es que, sobre todo en el contexto de la letra d) del artículo 473 del CPP, esta herramienta debería dar luces sobre el significado de las condiciones para probar la inocencia y, por tanto, también debería servir de referencia para la comprensión de las condiciones para condenar.

VI. CONCLUSIONES

La aproximación tradicional que asocia la noción de defensa a la de “excepciones” en el proceso es, como se sugirió en lo precedente, excesivamente reduccionista. En primer lugar, porque implica asumir una clasificación binaria de los argumentos defensivos como si se tratara simplemente de afirmar la correlación entre acciones y pretensiones, por una parte, y las excepciones como modos de defensa, por otra. En segundo lugar, porque se atribuye aquel ejercicio defensivo al demandado, como una actividad centrada exclusivamente en la parte. Esto es insuficiente para dar cuenta de la importancia que el razonamiento defensivo tiene en las distintas etapas de un proceso judicial y en los mecanismos de impugnación de la decisión del juez o tribunal que resuelve la controversia. En alguna medida el tribunal se enfrenta a la necesidad de razonar desde el punto de vista defensivo sin que ese ejercicio se agote en la parte que debe exponer este punto de vista ante una determinada pretensión procesal.

En este trabajo se ha perseguido oponer a la aproximación tradicional una concepción más amplia y con mayor capacidad explicativa, bajo el supuesto que puede ser un punto de partida para construir una taxonomía de las defensas comprensiva de distintos tipos de procesos y etapas procesales. Asimismo, una conceptualización de defensa sensible a estos factores permite reconducir diversas causales de impugnación a la categoría de defensas probatorias. Ello, a su vez, es necesario, por una parte, para determinar cuáles son sus condiciones de corrección, y, por otra parte, para analizar críticamente cómo se emplean en la argumentación judicial. Una práctica judicial dotada de un claro aparato conceptual eleva la calidad de sus decisiones.

El escenario recursivo en general es particularmente pertinente para realizar dichos objetivos y, la acción de revisión en el ámbito penal es el punto más preclaro del sistema jurídico a este respecto, como hemos intentado mostrar. En el ámbito penal, el dilema del

castigo del inocente –que se ha visto impactado por la concepción más común del principio de presunción de inocencia y del principio de culpabilidad en las reglas procesales y sustantivas– condiciona la producción de elementos probatorios por parte de los intervinientes y la valoración de la decisión probatoria del juez o tribunal penal. Tal es así que la decisión política de contar con un estándar de alta exigencia probatoria se funda, como se sabe, en evitar al máximo los falsos positivos sin por ello paralizar la persecución penal estatal.

En este contexto procesal, la carga de producir prueba suficiente recae en la acusación y, por ende, la defensa no está obligada, en principio, a aportar más prueba que aquella necesaria para desvirtuar la hipótesis acusatoria o para generar dudas razonables sobre la culpabilidad. Sin embargo, en ciertos casos, la defensa articula hipótesis defensivas que suponen (durante el juicio oral) o requieren (por ejemplo, al accionar de revisión) la prueba de la inocencia. Una tal inversión del escenario probatorio hace que el fundamento de un estándar de prueba diseñado para la decisión de culpabilidad no sea aplicable a un estándar de prueba para la decisión de inocencia.

La causal de revisión que requiere demostrar la inocencia del que ha sido condenado por sentencia firme a través de hechos o documentos ocurridos o conocidos con posterioridad a su dictación nos enfrenta, así, a la necesidad de fundamentar un estándar de prueba para la inocencia. Igualmente, exige una reflexión detenida de lo que significa hecho o documento nuevo y de los criterios para, en casos concretos, darles fuerza probatoria. Sin embargo, en las sentencias en las que la Corte Suprema chilena ha acogido la acción de revisión por la causal del artículo 473 letra d), no se aprecia la existencia de un ejercicio de valoración de la prueba que determine el grado de confirmación de la hipótesis de acuerdo con criterios de solidez epistémica, ni que permita afirmar que aquel grado de confirmación de la hipótesis sea suficiente para superar el umbral probatorio exigido⁵¹.

La Corte Suprema se ampara fuertemente en la denominada “prueba pericial” o científica para corregir los errores materiales de sentencias condenatorias, asumiendo que cuenta con fiabilidad reforzada respecto a otros medios probatorios, sin que se ofrezcan mayores razones sobre esta intuición. No hay indicación respecto de la manera de delimitar entre buena y mala ciencia ni sobre las tasas de error de estas conclusiones expertas. Menos se ha detenido en describir la relación entre prueba y decisión o en determinar el estándar de prueba a aplicar a la hipótesis defensiva. El uso de prueba pericial produce la paradoja de que es usada confiando en su “cientificidad” u “objetividad” cuando la evidencia demuestra que su uso incorrecto, en realidad, aumenta la probabilidad de errores judiciales⁵².

La principal conclusión que ofrecemos es que urge el desarrollo a nivel doctrinario y luego jurisprudencial de una noción de estándar de prueba para la inocencia que fije una exigencia probatoria de probabilidad prevaleciente. Una noción de este tipo permitiría, en particular, dar cuenta del tipo de decisión y, por lo tanto, del tipo de error que la Corte Suprema enfrenta en el preciso campo de la acción de revisión estudiada. Además, permitiría

⁵¹ Sobre estos criterios, *vid.* GONZÁLEZ LAGIER (2020) pp. 83-84.

⁵² DUCE (2018) p. 254. Aunque el estudio se ocupa del error en las sentencias condenatorias firmes, nada impide extender estas conclusiones a la sede de revisión de aquellas sentencias y alertar sobre los peligros del uso incorrecto de la prueba pericial también en el momento de “corregir sentencias erróneas”.

dar una coordenada importante acerca de la prueba de la inocencia en el proceso penal en general. En este segundo sentido, dicha noción daría luces en el contexto del juicio oral acerca de las condiciones probatorias a las que se enfrenta la prueba de la hipótesis alternativa defensiva que resulta incompatible con la hipótesis acusadora. Todo esto muestra que no es irrelevante cuál es la noción de defensa que se asuma y, por lo tanto, la importancia de considerar la aquí propuesta.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO, Daniela (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVII: pp. 483-511.
- ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William (2015): *Análisis de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- ATRIA, Fernando (2007): “La improbabilidad de la jurisdicción”, en COUSO, Javier, y ATRIA, Fernando (ed.) *La judicatura como organización* (Santiago, Expansiva).
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- BENABENTOS, Omar (1998): *Excepciones y defensas procesales* (Rosario, Juris).
- CALAMANDREI, Piero (2019): “Revocazione”, en *Altri studi sulla cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni, Opere giuridiche di Piero Calamandrei* (Roma, Roma-TRE Press, vol. VIII) pp. 483-486.
- CARBONELL, Flavia (2015): “Sobre la idea de decisión judicial correcta”, *Analisi e diritto*, N° 2015: pp. 11-46.
- CARBONELL, Flavia, y LETELIER, Raúl (2020): “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en CONTRERAS, Pablo, y SALGADO, Constanza (eds.): *Curso de derechos fundamentales* (Santiago, Tirant Lo Blanch) pp. 345-378.
- COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires, Depalma, tercera edición).
- DUARTE D’ALMEIDA, Luis (2015a): “Defining ‘Defences’”, en DYSON, Andrew; GOUDKAMP, James; WILMOT-SMITH, Frederick (eds.), *Defences in Tort* (Oxford, Hart Publishing) pp. 35-52.
- DUARTE D’ALMEIDA, Luis (2015b): *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law* (Oxford, Oxford University Press).
- DUCE, Mauricio (2015a): “La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el periodo 2007-2013”, *Política Criminal*, vol. 10, N° 19: pp. 159-191.
- DUCE, Mauricio (2015b): “Algunas lecciones a partir de cuatro casos de condena de inocentes en Chile”, *Revista de Derecho* (Coquimbo), vol. 22, N° 1: pp. 149-208.
- DUCE, Mauricio (2017): “Los recursos de revisión y la condena de inocentes en Chile: Una Aproximación Empírica en el Período 2007-2016”, *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 30: pp. 3-40.

- DUCE, Mauricio (2018): “Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate”, *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 2: pp. 223-262.
- FERNÁNDEZ, José Manuel, y OLAVARRÍA, Malva (2018): “Examinando de nuevo la acción de revisión”, *Política criminal*, vol. 13, N° 26: pp. 1190-1285.
- FERNÁNDEZ, Mercedes (2005): *Prueba y presunción de inocencia* (Madrid, Iustel).
- FERRER, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER, Jordi (2010): “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, vol. 4, N° 1: pp. 1-26.
- FERRER, Jordi (2018): “Prolegómenos para una teoría de los estándares de prueba”, en PAPAYANNIS, Diego, y PEREIRA, Esteban (eds.) *Filosofía del derecho privado* (Madrid, Marcial Pons) pp. 401-430.
- FLETCHER, G. (1969): “Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases”, *The Yale Law Journal*, vol. 77, N° 5: pp. 880-935.
- GARDNER, John (2004): “Fletcher on Offences and Defences”, *Tulsa Law Review*, vol. 39: pp. 817-827.
- GARDNER, John (2007) [2002]: “In Defence of Defences”, en GARDNER, John, *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 77-89.
- GASCÓN, Marina (2013): “Prueba científica. Un mapa de retos”, en VÁZQUEZ, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (Barcelona, Marcial Pons) pp. 181-203.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2007): “Hechos y conceptos”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N° 15.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2014): “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y BONORINO, Pablo Raúl (coords.) *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho. Debates sobre abducción* (Granada, Comares) pp. 85-117.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2020): “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 23: pp. 79-97.
- HART, Herbert Lionel Adolphus (2008) [1957]: “Legal Responsibility and Excuses”, en *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 28-53.
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1949): “The Adscription of Responsibility and Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49: pp. 171-194.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2002): *Derecho procesal penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo I).
- JEFFRIES, John Calvin; STEPHAN, Paul B. (1979): “Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 88, N° 7: pp. 1325-1407.
- LAUDAN, Larry (2005): “The presumption of innocence: Material or Probatory?”, *Legal Theory*, N° 11: pp. 333-361.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2007): “La pena como retribución”, *Revista de Estudios Públicos*, N° 108: pp. 117-205.

- MAÑALICH, Juan Pablo (2010): “Retribución como coacción punitiva”, *Derecho y Humanidades*, N° 16, vol. 1, pp. 49-67.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2020): “Justicia, procedimiento y acción de revisión. El principio de culpabilidad frente a la cosa juzgada”, *Ius et Praxis*, año 26, N° 1: pp. 28-56.
- MATURANA, Cristián, y MOSQUERA, Mario (2018): *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- MCCAUGHTON, John T. (1955): “Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion”, *Harvard Law Review*, vol. 68, N° 8: pp. 1382-1391.
- MOORE, Michael S. (2010): *Placing Blame: A General Theory of Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press).
- ORTELLS, Manuel (2001): *Derecho Procesal Civil* (Madrid, Aranzadi, octava edición).
- PAILLÁS, Enrique (2011): *La revisión en materia penal* (Santiago, LexisNexis).
- RODRÍGUEZ, Ignacio (2015): *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- STOEHRER, Carlos Alberto (1995): *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TARUFFO, Michele (2005): “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, N° 114: pp. 1285-1312.
- TOULMIN, Stephen (1958): *The Uses of Argument* (Cambridge, Cambridge University Press)
- VALENZUELA, Jonatan (2013): “Inocencia y razonamiento probatorio”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 18: pp. 13-23.
- VALENZUELA, Jonatan (2017): *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno* (Santiago, Rubicón Editores).
- VÁZQUEZ, Carmen (2015): *De la prueba científica a la prueba pericial* (Madrid, Marcial Pons).
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1974): “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, N° 1: pp. 33-46.

NORMAS CITADAS

- CÓDIGO CIVIL DE CHILE (31/5/1856).
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE CHILE (30/8/1902).
- CÓDIGO PENAL DE CHILE (12/11/1874).
- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHILE (12/10/2000).
- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, San José, Costa Rica (22 de noviembre de 1969).
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS POLÍTICOS Y CIVILES, Nueva York, Estados Unidos (16 de diciembre de 1966).

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- SIN INDICACIÓN DE PARTES (2012): Corte Suprema, 23 de febrero (revisión) Resolución N° 17328 en Vlex, Fecha de consulta 16 de enero de 2020.

- A.A.S. (2012): Corte Suprema, 23 de febrero (revisión) Resolución N° 17326 en Vlex, Fecha de consulta 16 de enero de 2020.
- SIN INDICACIÓN DE PARTES (2012): Corte Suprema, 5 de abril (revisión) Resolución N° 27515 en Vlex, Fecha de consulta 16 de enero de 2020.
- SIN INDICACIÓN DE PARTES (2012): Corte Suprema, 5 de abril (revisión) Resolución N° 27518 en Vlex, Fecha de consulta 16 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL SUBROGANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN EL PENAL DE ANGOL* (2012): Corte Suprema, 7 de mayo (revisión) Resolución N° 35277 en Vlex, Fecha de consulta 16 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA CENTRO NORTE CON 6 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2012): Corte Suprema, 14 de mayo (revisión) Resolución N° 37739 en Vlex, Fecha de consulta 17 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA CENTRO NORTE CON 7 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2012): Corte Suprema, 14 de mayo (revisión) Resolución N° 37730 en Vlex, Fecha de consulta 17 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA OCCIDENTE CON 1 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2012): Corte Suprema, 14 de mayo (revisión) Resolución N° 37755 en Vlex, Fecha de consulta 17 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ZONA METROPOLITANA OCCIDENTE CON 9 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2012): Corte Suprema, 14 de mayo (revisión) Resolución N° 37719 en Vlex, Fecha de consulta 17 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA OCCIDENTE CON 9 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2012): Corte Suprema, 14 de mayo (revisión) Resolución N° 37800 en Vlex, Fecha de consulta 17 de enero de 2020.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA CON JUZGADO DE GARANTÍA DE QUILPUÉ* (2012): Corte Suprema, 6 de septiembre (revisión) Resolución N° 73632 en Vlex, Fecha de consulta 17 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL CON 9 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2012): Corte Suprema, 10 de septiembre (revisión) Resolución N° 74804 en Vlex, Fecha de consulta 17 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA CENTRO NORTE CON 6 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2012): Corte Suprema, 11 de octubre (revisión) Resolución N° 83567 en Vlex, Fecha de consulta 20 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL CON JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN BERNARDO* (2013): Corte Suprema, 23 de enero (revisión) Resolución N° 7312 en Vlex, Fecha de consulta 20 de enero de 2020.
- J.E.S.B. CON 8 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2013): Corte Suprema, 18 de febrero (revisión) Resolución N° 11832 en Vlex, Fecha de consulta 20 de enero de 2020.
- W.B.B.* (2013): Corte Suprema, 2 de abril (revisión) Resolución N° 20740 en Vlex, Fecha de consulta 20 de enero de 2020.
- M.I.P.M. CON 1 JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LA FLORIDA* (2013): Corte Suprema, 28 de mayo (revisión) Resolución N° 35247 en Vlex, Fecha de consulta 20 de enero de 2020.
- G.D.R. CON TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE COLINA* (2013): Corte Suprema, 4 de julio (revisión) Resolución N° 44915 en Vlex, Fecha de consulta 20 de enero de 2020.

- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA CON 7 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2013): Corte Suprema, 22 de agosto (revisión) Resolución N° 58413 en Vlex, Fecha de consulta 21 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA CENTRO NORTE CON 5 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2013): Corte Suprema, 19 de noviembre (revisión) Resolución N° 102653 en Vlex, Fecha de consulta 21 de enero de 2020.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE COPIAPÓ* (2014): Corte Suprema, 14 de enero (revisión) Resolución N° 11126 en Vlex, Fecha de consulta 21 de enero de 2020.
- J.A.B.C. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE COYHAIQUE* (2014): Corte Suprema, 30 de enero (revisión) Resolución N° 24485 en Vlex, Fecha de consulta 21 de enero de 2020.
- C.A.G.G. CON 1º TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO* (2014): Corte Suprema, 15 de abril (revisión) Resolución N° 68808 en Vlex, Fecha de consulta 21 de enero de 2020.
- C.G.R. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL TALAGANTE* (2014): Corte Suprema, 15 de abril (revisión) Resolución N° 68811 en Vlex, Fecha de consulta 21 de enero de 2020.
- L. y J.D.C. CON 14º JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2014): Corte Suprema, 15 de abril (revisión) Resolución N° 68810 en Vlex, Fecha de consulta 21 de enero de 2020.
- M.C.S. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE TALCA* (2014): Corte Suprema, 15 de abril (revisión) Resolución N° 68798 en Vlex, Fecha de consulta 21 de enero de 2020.
- G.M.L. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTA CRUZ* (2014): Corte Suprema, 28 de abril (revisión) Resolución N° 78435 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- J.R.L. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LOS ANDES* (2014): Corte Suprema, 28 de abril (revisión) Resolución N° 78417 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- C.G.G. CON 1º TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO* (2014): Corte Suprema, 5 de mayo (revisión) Resolución N° 85290 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- N.R.A. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL VIÑA DEL MAR* (2014): Corte Suprema, 5 de mayo (revisión) Resolución N° 85389 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- Á.A.V. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE TALCA* (2014): Corte Suprema, 11 de junio (revisión) Resolución N° 114925 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- C.R. CON 7º TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO* (2014): Corte Suprema, 11 de junio (revisión) Resolución N° 115104 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- M.V.G. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE TALCA* (2014): Corte Suprema, 11 de junio (revisión) Resolución N° 115097 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- A.M.O. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LOS ANDES* (2014): Corte Suprema, 24 de septiembre (revisión) Resolución N° 216222 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.

- C.M.P. CON 6º TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SAN MIGUEL* (2014): Corte Suprema, 2 de octubre (revisión) Resolución N° 220997 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- J.M. Y A.H.T.J. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANGOL* (2014): Corte Suprema, 2 de octubre (revisión) Resolución N° 221103 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- J.P.P. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA* (2014): Corte Suprema, 2 de octubre (revisión) Resolución N° 220998 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- M.B.F. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL TALAGANTE* (2014): Corte Suprema, 2 de octubre (revisión) Resolución N° 220982 en Vlex, Fecha de consulta 22 de enero de 2020.
- C.A.J. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE QUILLOTA* (2014): Corte Suprema, 15 de octubre (revisión) Resolución N° 227326 en Vlex, Fecha de consulta 23 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA SUR CON 12 TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO* (2014): Corte Suprema, 21 de octubre (revisión) Resolución N° 233589 en Vlex, Fecha de consulta 23 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA ORIENTE CON 7 TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO* (2015): Corte Suprema, 31 de marzo (revisión) Resolución N° 46591 en Vlex, Fecha de consulta 23 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA CENTRO NORTE CON 7 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2016): Corte Suprema, 3 de mayo (revisión) Resolución N° 236776 en Vlex, Fecha de consulta 23 de enero de 2020.
- A.A.S.M. CON TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE TALCA* (2016): Corte Suprema, 5 de julio (revisión) Resolución N° 360487 en Vlex, Fecha de consulta 23 de enero de 2020.
- M.Á.G.D. CON 7 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2017): Corte Suprema, 3 de abril (revisión) Resolución N° 124076 en Vlex, Fecha de consulta 23 de enero de 2020.
- FISCAL REGIONAL DE LA ZONA METROPOLITANA CENTRO NORTE CON 7 JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO* (2017): Corte Suprema, 5 de abril (revisión) Resolución N° 126942 en Vlex, Fecha de consulta 23 de enero de 2020.
- M.I.B. DEL S. CON JUZGADO DE GARANTÍA DE VILLA ALEMANA* (2017): Corte Suprema, 24 de abril (revisión) Resolución N° 195356 en Vlex, Fecha de consulta 24 de enero de 2020.
- R.E.L.R CON JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LA UNIÓN* (2017): Corte Suprema, 31 de julio (revisión) Resolución N° 357414 en Vlex, Fecha de consulta 24 de enero de 2020.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA CON JUZGADO DE GARANTÍA DE S.J.* (2018): Corte Suprema, 5 de marzo (revisión) Resolución N° 27 en Vlex, Fecha de consulta 24 de enero de 2020.
- R.R.A.C. CON TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE LA SERENA* (2019): Corte Suprema, 4 de marzo (revisión) Rol de ingreso: 26070/2018 en Vlex, Fecha de consulta 24 de enero de 2020.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA CON TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE C.* (2019): Corte Suprema, 25 de abril (revisión) Rol de ingreso: 12664/2018 en Vlex, Fecha de consulta 24 de enero de 2020.

- PÉREZ CON FISCALÍA* (2019): Corte Suprema, 3 de septiembre (revisión) Rol de ingreso: 16570/2018 en Vlex, Fecha de consulta 24 de enero de 2020.
- ARMENDÁRIZ CON VALDEBENITO* (2019): Corte Suprema, 10 de septiembre (revisión) Rol de ingreso 9485/2019 en Vlex, Fecha de consulta 24 de enero de 2020.
- ARMENDÁRIZ CON VALDEBENITO* (2019): Corte Suprema, 10 de septiembre (revisión) Rol de ingreso: 9486/2019 en Vlex, Fecha de consulta 28 de enero de 2020.
- ARMENDÁRIZ CON VALDEBENITO* (2019): Corte Suprema, 10 de septiembre (revisión) Rol de ingreso: 9487/2019 en Vlex, Fecha de consulta 28 de enero de 2020.
- MINISTERIO PÚBLICO* (2019): Corte Suprema, 2 de octubre (revisión) Rol de ingreso: 9760/2019 en Vlex, Fecha de consulta 28 de enero de 2020.
- PROVIDEL CON TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL RANCAGUA* (2019): Corte Suprema, 24 de octubre (revisión) Rol de ingreso: 18580/2019 en Vlex, Fecha de consulta 28 de enero de 2020.
- MINISTERIO PÚBLICO CON TRIBUNAL DE LETRAS Y GARANTÍA DE POZO ALMONTE* (2019): Corte Suprema, 23 de diciembre (revisión) Rol de ingreso: 11671/2019 en Vlex, Fecha de consulta 28 de enero de 2020.
- ARMENDÁRIZ CON ORTEGA* (2020): Corte Suprema, 11 de marzo (revisión) Rol de ingreso: 17311/2019 en Vlex, Fecha de consulta 08 de mayo de 2020.

EL PRINCIPIO DE INCLUSIÓN DE LA PRUEBA RELEVANTE EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO

THE PRINCIPLE OF INCLUSION OF RELEVANT EVIDENCE IN CHILEAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

JUAN SEBASTIÁN VERA SÁNCHEZ*

RESUMEN: En este trabajo desarrollaré argumentos para sostener que el CPP, en sede de admisibilidad, adopta el principio de inclusión de la prueba relevante como criterio general de depuración epistémica. Los argumentos que daré se basarán en consideraciones epistémicas, normativas y extraepistémicas.

Palabras clave: Prueba, admisibilidad, criterio de relevancia.

ABSTRACT: In this essay I will develop arguments to hold that in the Chilean criminal procedure law, the principle of inclusion of relevant evidence is adopted as an epistemic criterion of depuration. The arguments that I will provide will be based on epistemic, normative and extra epistemic considerations.

Keywords: *Evidence, admissibility, criteria of relevance.*

INTRODUCCIÓN

Es relativamente pacífico asumir que las reglas de exclusión, aplicables en sede de admisibilidad, pueden basarse en fundamentos epistémicos o extraepistémicos¹, si se busca con ello cautelar la búsqueda de la verdad de lo sucedido o resguardar otros valores o intereses importantes para el sistema normativo, respectivamente.

Damaška denomina a las primeras reglas de exclusión intrínsecas; a las segundas, reglas de exclusión extrínsecas². Este trabajo versará principalmente respecto de las primeras con el objetivo de preguntarse si las normas del CPP recogen un principio general epistémico en la materia.

En efecto, aceptar que hay reglas de exclusión presupone lógicamente, y desde el punto de vista conceptual, que hay una regla de inclusión que pueda ser identificada, respecto de la cual se haga necesaria precisar su sentido y alcance. Ello, con la finalidad de de-

* Doctor en Derecho Universidad de Barcelona. Profesor Asistente de Derecho procesal, Universidad de Chile. Dirección postal: Av. Santa María 076, Providencia, Chile. Correo electrónico: jsvera@derecho.uchile.cl. Este artículo fue escrito en el contexto de la ejecución del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11180563: “Las condenas fundadas en el testimonio de la víctima en materia penal: ¿epistémicamente posible? ¿jurídicamente aceptable?”.

Abreviaturas: Código Procesal Penal chileno= CPP; Corte Suprema de Chile= CS; Constitución Política de la República de Chile= CPR; Federal Rules of Evidence= FRE; Juez de Garantías= JG; Strafprozeßordnung= StPO; Tribunal de Juicio Oral en lo penal= TJOP.

¹ Por ejemplo, FERRER (2007) pp. 42 y s; TARUFFO (2008) p. 37; TARUFFO (2010) p. 167; HERNÁNDEZ (2010) p. 26.

² DAMAŠKA (2015) pp. 30 ss. En igual sentido respecto de los intereses en juego, STEIN (2013) p. 249.

finir adecuadamente la función de control que al respecto le compete al juez que conoce de la fase intermedia en nuestro proceso penal.

La distinción entre fundamentos epistémicos y extraepistémicos de las reglas de exclusión no nos puede llevar a pensar equivocadamente que ambas perspectivas están completamente diferenciadas, por un lado, y que la racionalidad probatoria, en este punto, incentiva un análisis puramente epistémico del sentido y alcance de estas reglas, por otro. Las distintas reglas probatorias contenidas en nuestro CPP también pueden ser vistas como un sistema, a partir de cual el legislador configura una serie de opciones políticas entre los diversos intereses en juego. Lo anterior incluso cuando con ello se intenta zanjar cuestiones epistemológicas³. En este sentido, el legislador a través de las reglas probatorias busca equilibrar el potencial demostrativo de las pruebas con otros muchos factores⁴. Ello, quizá, ha contribuido a que en el ámbito anglosajón se comparen las reglas de prueba con el “gato Cheshire”, el “queso Gruyère”⁵ o con “barcos navegando de forma desintegrada en el mar de la prueba libre”⁶, porque muchas veces parecen un laberinto de normas desconectadas, llenas de excepciones y contraexcepciones⁷. Lo anterior, especialmente considerando las complejas tensiones entre diversos intereses concurrentes en dicha sede probatoria.

La cuestión aumenta en complejidad de forma exponencial cuando se reconoce que, por ejemplo, muchas de las reglas de prueba del CPP combinan elementos de diversas culturas jurídicas. De hecho, la intensa selección preliminar de las pruebas –de la que da cuenta, en parte, la fase de admisibilidad y la aplicación de las reglas de exclusión en el CPP– ha sido señalado por algunos como un rasgo sobresaliente del modo angloamericano de investigar los hechos⁸. De igual forma se ha reconocido que la libertad probatoria ha tenido más impacto en los enjuiciamientos del *civil law*⁹. Esta confluencia e interacción de tradiciones también ha de tenerse en cuenta.

En la primera parte de este trabajo me referiré a los criterios empleados en el derecho probatorio para excluir prueba por razones epistémicas. En la segunda parte, abordaré una serie de consideraciones que permiten reconstruir un adecuado contexto institucional de la aplicación de las reglas de exclusión epistémicas en nuestro sistema de enjuiciamiento penal. En la tercera parte, basado en todo lo anterior, desarrollaré el que considero el criterio de inclusión o principio epistémico general que ha recogido nuestro CPP en las normas que regulan la fase intermedia.

³ FERRER (2007) p. 44; TWINING (1997) p. 457.

⁴ DAMAŠKA (2015) p. 27.

⁵ Véase, TWINING (2006) pp. 211 ss; JACKSON (1996) p. 324; STEIN (2013) p. 246.

⁶ STEIN (2005) p. 110.

⁷ DAMAŠKA (2015) p. 27.

⁸ DAMAŠKA (2015) p. 27.

⁹ DAMAŠKA (1995) pp. 343 ss.

I. CRITERIOS GENERALES DE DEPURACIÓN PROBATORIA POR RAZONES EPISTÉMICAS EN SEDE DE ADMISIBILIDAD

En el ámbito del “*evidence*” anglosajón se ha recurrido principalmente al concepto de relevancia como criterio general de depuración epistémica de la prueba en sede de admisibilidad. En el ámbito continental, la misma labor se ha llevado a cabo a través de los conceptos de pertinencia, utilidad e idoneidad. De otro lado, también es posible identificar en la doctrina iberoamericana posiciones sincréticas de ambas tradiciones.

1. EL CRITERIO DE LA RELEVANCIA

El concepto de relevancia como criterio que permita depurar la prueba, presenta un carácter indeterminado¹⁰, y se le ha retratado como una de las más problemáticas cuestiones en relación con el *evidence* anglosajón¹¹, con un pasado bastante confuso¹². No obstante ello, igualmente es posible identificar algunas nociones o tendencias basales que se asocian a su empleo.

Un elemento importante de la relevancia es su fuerte carácter lógico, a partir del cual la prueba que se admite debe presentar un carácter relacional con los hechos del litigio, de forma que pueda basarse en ella una conclusión acerca de la verdad de los hechos¹³. De igual forma, es posible identificar en la relevancia una noción utilitarista instrumental, pues serán medios de prueba relevantes aquellos que permitan entregar una base cognitiva mínima que posibilite establecer una probabilidad superior a cero respecto de los hechos debatidos¹⁴. Es decir, la prueba será relevante si su información puede hacer más o menos probable la existencia de cualquier hecho de importancia para el caso¹⁵. En otras palabras, la prueba es relevante si aporta apoyo o refutación respecto de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y de la ciencia¹⁶, especialmente considerando el “stock” social de conocimiento disponible¹⁷.

El *Model Code of Evidence* en su Regla 1 define prueba relevante como aquella que tiene alguna tendencia en razón de probar cualquier asunto material incluyendo opiniones (“*opinion evidence*”) y testimonios de oídas (“*hearsay evidence*”)¹⁸. La regla 401 de las FRE señala que es prueba relevante si: a) si tiene alguna tendencia para hacer los hechos más o

¹⁰ MAY (1999), p. 8.

¹¹ TWINING (2006) p.121

¹² BURGESS-JACKSON (1986) p. 465.

¹³ TARUFFO (2008) p. 38; INGRAM (2012) p. 46; NEMETH (2001) p. 6; TWINING (2006) p.121; BURGESS-JACKSON (1986) p. 465.

¹⁴ TARUFFO (2008) p. 38.

¹⁵ MAY (1999) p. 8.

¹⁶ FERRER (2007) p. 42.

¹⁷ TWINING (2006) p.122

¹⁸ NEMETH (2001) p. 6.

menos probables de lo que sería sin la prueba, y b) el hecho es de importancia para la determinación de la acción¹⁹.

2. EL CRITERIO DE LA PERTINENCIA, UTILIDAD E IDONEIDAD DE LA PRUEBA

Por su parte, la función de depuración epistémica en un estadio preliminar de juicio, en el ámbito de los procedimientos penales de herencia románica continental, se ha llevado a cabo a partir del empleo de las nociones de pertinencia, utilidad e idoneidad de la prueba. Así, se ha afirmado que la prueba es pertinente cuando exhiba una relación con el *thema probandum*, es decir, cuando se vincule con el objeto del proceso²⁰. La importancia de ello es que el CPP expresamente señala que se debe excluir la prueba “manifiestamente impertinente” (art. 276 inciso 1°). Por su parte, se habla de inutilidad de la prueba cuando esta es inadecuada respecto del fin que persigue o cuando es superflua²¹. Lo primero se daría cuando el medio de prueba no es adecuado para verificar con él las afirmaciones de los hechos que se discuten; lo segundo, cuando el medio de prueba es sobreabundante o dilatorio, porque contiene una información a la que se ha accedido o se puede acceder por otros medios de prueba. Por ejemplo, El artículo 283.2 de la Ley 1/2000, 7 de enero “Ley de Enjuiciamiento civil española”, señala expresamente que “tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos”. En este sentido, la importancia del criterio de la utilidad vendría dado por su utilización, de parte de la doctrina y jurisprudencia, en un sentido sinonímico respecto del concepto pertinencia²².

En lo que refiere a la inutilidad, este es uno de los criterios por los cuales se habilita en el proceso penal alemán la exclusión de prueba (§244, III StPO). El medio de prueba es inútil cuando es completamente inidóneo o inasequible para los fines que persigue. Para parte de la doctrina alemana, por ejemplo, la completa inidoneidad podría vincularse con la apreciación de la credibilidad de los testigos²³. En lo que refiere a la prueba pericial, por ejemplo, la declaración de un vidente como un dictamen parapsicológico sería completamente inidóneo como medio de prueba²⁴, al igual que la observación de los pájaros practicada en Roma por los augures, por los oráculos, en sesiones espiritistas o astrológicas o luego en los juicios del féretro²⁵. La importancia del tratamiento de este criterio para este trabajo es que los autores han llamado la atención de que, por ejemplo, la completa inidoneidad debe apreciarse de forma restrictiva y cuidada, pues no se debe con ello realizar una

¹⁹ Las FRE dispone “*Rule 401 – Test for Relevant Evidence. Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and, (b) the fact is of consequence in determining the action*”.

²⁰ MONTERO (2005) p. 151.

²¹ MONTERO (2005) p. 156.

²² MONTERO (2005) p. 156.

²³ GÖBEL (2013) p. 175; PETERS (1985) pp. 309 y 310.

²⁴ ROXIN (2000) p. 387.

²⁵ CORDERO (2006) p. 47.

actividad que signifique un adelantamiento de la valoración de la prueba²⁶. En otro sentido, UBERTIS, equipara idoneidad a relevancia probatoria²⁷.

3. CRITERIOS DE DEPURACIÓN EPISTÉMICA EN LA DOCTRINA LATINOAMERICANA

Algunos autores del consorcio latinoamericano dan cuenta de un cierto sincretismo entre las tendencias anglosajonas y continentales en la materia. Entre otras razones, porque la cuestión de la “relevancia” de la prueba es algo común a diversos sistemas de enjuiciamiento²⁸.

Así, CAFFERATA considera que la idoneidad conviccional es conocida como “relevancia” o “utilidad” de la prueba²⁹. Para JAUCHEN, la utilidad de la prueba está directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga con relación al objeto que deba probarse³⁰. Para MAIER, la utilidad es llamada en ocasiones relevancia, y no se mide por un solo parámetro³¹. Especialmente uno de los sentidos, según el mismo autor, está vinculado con características empíricas. Ello ocurriría en el caso de los hechos notorios y sus significados próximos como cuando se permite excluir la prueba por evidente o manifiestamente superabundante o superflua³². Por su parte, para Binder, el tribunal tiene un poder de policía sobre el ofrecimiento de pruebas. Si la prueba es inútil, impertinente, superabundante o ilícita, el tribunal tiene la facultad de que esa prueba no se produzca. Para el mismo autor, la prueba inútil es aquella que no contiene información que sirva para probar las distintas hipótesis, a diferencia de la prueba impertinente, que contiene información no referida a la hipótesis de prueba³³. Para Horvitz y López, la prueba impertinente es aquella en que no existe ninguna relación lógica o jurídica entre el hecho y el medio de prueba³⁴. Por su parte, Duce señala que la pertinencia de una prueba también puede ser conocida como la relevancia de la misma³⁵. En este sentido, la pertinencia o relevancia admitiría dos niveles de análisis: el primero, la relevancia en el sentido lógico que ya le es tradicional; el segundo, el que denomina relevancia legal en la cual el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de la prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera generar la incorporación al mismo (análisis de costo-beneficio)³⁶.

Todo lo anteriormente anotado da cuenta de ciertas asunciones que conviene ser explicitadas. En primer lugar, la preocupación de depuración epistémica no es algo propio ni exclusivo de la teoría racionalista de la prueba de corte anglosajón³⁷. De hecho, ni siquiera

²⁶ PETERS (1985) p. 309; KÜHNE (2015) p. 508.

²⁷ UBERTIS (2017) p. 118.

²⁸ TARUFFO (2008) p. 38. En relación con el *common law*, véase, ROBERTS y ZUCKERMAN (2010) pp. 99 ss.

²⁹ CAFFERATA (1998) p. 22.

³⁰ JAUCHEN (2006) p. 25.

³¹ MAIER (1996) p. 93.

³² MAIER (1996) p. 93.

³³ BINDER (1999) p. 258.

³⁴ HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 45.

³⁵ DUCE (2017) p. 57.

³⁶ DUCE (2017) p. 59. En un sentido similar, HERNÁNDEZ (2010) pp. 43 y s.

³⁷ En este sentido, TARUFFO (2010) p. 174; DAMASKA (1995) p. 348.

tampoco lo son –*per se*– las reglas de exclusión³⁸. De ello dan cuenta los conceptos de utilidad, pertinencia e idoneidad de la prueba. En segundo lugar, los conceptos de relevancia, impertinencia, inutilidad e idoneidad muestran que la cuestión del control epistémico de la prueba en sede de admisibilidad no puede desconocer su carácter relacional. Es decir, una estrecha conexión, –mayoritariamente asumida como una relación lógica– entre la prueba y el enunciado fáctico a acreditar como parte integrante del *thema probandum*. En tercer lugar, la confluencia de tradiciones y la amplitud del entendimiento del concepto de relevancia muestran que, quizás, en la delimitación del mismo, también entran en juego elementos extraepistémicos³⁹.

En suma, pareciera ser común a todos los criterios de depuración probatoria en sede de admisibilidad la circunstancia que la prueba que debiera ser admisible sea aquella cuya información presente una conexión lógica con los hechos del caso, y que pueda aportar a la determinación de la probabilidad de acaecimiento, aunque sea de forma mínima. A lo primero llamaremos relevancia “lógica” o “formal”; a lo segundo, relevancia “probabilística” o “material”.

II. OTROS INTERESES CONFLUYENTES EN LA EXCLUSIÓN PROBATORIA

Para determinar el alcance normativo de las reglas de exclusión por razones epistémicas, y su posible principio inclusivo, es necesario determinar los otros intereses que pueden entrar en conflicto en sede de admisión. Así, los más importantes en la materia, a mi modo de ver, son el derecho a la prueba y/o debido proceso, la titularidad de la decisión sobre los hechos, una diferenciación de la competencia epistémica entre diversos tribunales que conocen de cuestiones probatorias y el empleo de las reglas de exclusión como método de diseño específico de distribución del riesgo de error.

1. DERECHO A LA PRUEBA Y/O DEBIDO PROCESO

El derecho a la prueba está constituido por la garantía que reconoce a cualquier ciudadano con derecho de acción a aportar los medios de prueba que estime idóneos para apoyar su pretensión en juicio. El derecho de acción, canalizado a través de un derecho de tutela judicial, sería una previsión inútil, una garantía de letra muerta, si no se permitiera a los ciudadanos apoyar sus pretensiones con los medios de prueba que ellos mismos consideren óptimos para tal efecto. Ello, por lo demás, no es una habilitación ilimitada, en cuanto los medios de prueba ofrecidos y aportados deben ser relevantes y/o pertinentes para resolver el *thema probandum*. En este sentido, las reglas de exclusión también pueden ser vistas como una limitación al derecho a la prueba que, como tal, debe estar justificada de acuerdo con los cánones del sistema jurídico al que pertenece.

A mi modo de ver, los esfuerzos interpretativos más importantes incluyen el derecho a la prueba en el ámbito de protección del debido proceso que se encuentra consagrado

³⁸ DAMAŠKA (2015) p. 33.

³⁹ Como sucede con el testimonio de oídas. Véase, FERRER (2007) p. 44.

en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República de Chile⁴⁰. En este sentido, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución dejó constancia que entendía que las garantías mínimas del debido proceso eran a lo menos: un oportuno conocimiento de la acción por parte del demandado, una defensa racional y adecuada, y la posibilidad de producir las pruebas cuando sea conducente⁴¹. El derecho a la prueba es una exigencia de justicia de la decisión jurisdiccional, por lo que asiste a este una aplicación amplia (incluido el Ministerio Público⁴²) y no solo referida al imputado⁴³. Así, la CS ha señalado que “En torno a los aspectos que abarca el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituyen el derecho de ser oído, de **presentar pruebas** para demostrar las pretensiones de los intervinientes y de recurrir contra toda sentencia que estime agravante a sus derechos. De esta manera, el derecho de probar los aspectos de hecho de las cuestiones en discusión es consustancial a la racionalidad y justicia de todo procedimiento y, por consiguiente, nadie puede arbitraria o ilegalmente privar a uno de los litigantes de la facultad de presentar y obtener la posibilidad de demostrar sus pretensiones”⁴⁴. En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Constitucional⁴⁵. Igualmente, TARUFFO considera que el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso⁴⁶. Algunos autores nacionales también adhieren a esta última postura⁴⁷.

Ahora, el artículo 19 N° 3 inciso 6 CPR, en su última parte, expresamente exhorta al legislador a dispensar una protección de la garantía, lo que también incluye la determinación de las limitaciones a la misma. Es decir, al tratarse de un derecho fundamental, su limitación solo debe ser establecida por medio de la ley, y de una forma que no se afecte su núcleo de protección *iustificadamente* como una forma de optimizar su operatividad. Ello alcanza –sin duda– al debido proceso y al derecho a la prueba, cuestión que sugiere, bajo esta perspectiva, considerar las reglas de exclusión probatoria como un medio de establecer dichas limitaciones.

2. DIFERENCIACIÓN DE TRIBUNALES Y SUS COMPETENCIAS COGNITIVAS

El JG, al resolver cuestiones sobre la admisibilidad de la prueba, con ello también afecta directa o indirectamente la decisión probatoria del caso que debe llevar a cabo el TJOP. ¿Por qué la identificación de una prueba epistémicamente deficiente debe someterse

⁴⁰ Artículo 19 N° 3 inciso sexto CPR: “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.*”

⁴¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1975) p. 556; CAROCCA (2002) p. 24.

⁴² En el mismo sentido, MATURANA Y MONTERO (2017) p. 46. También, MINISTERIO PÚBLICO CON RIGOBERTO VILLABLANCA (2005).

⁴³ Como parte del debido proceso en relación con el derecho de defensa, véase, BORDALÍ (2016) p. 206.

⁴⁴ MINISTERIO PÚBLICO CON RIGOBERTO VILLABLANCA (2005); ANDREA CIFUENTES CON BELÉN ANDRADES Y OTROS (2016), entre otras.

⁴⁵ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD (2017); REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD (2015); REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD (2014), entre otras.

⁴⁶ TARUFFO (2008) p. 56.

⁴⁷ Por ejemplo, MATURANA Y MONTERO (2017) p. 42; CHAHUAN (2012) p. 27; VALENZUELA (2017) p. 130.

a un primer filtro en sede de admisibilidad? ¿Cómo podría justificarse epistémicamente ello? ¿Cómo se aborda la cuestión en el *common law*?

La configuración normativa de las reglas de prueba en el ámbito anglosajón está vinculada con la manera en que se aplican; es decir, con su contexto institucional⁴⁸. En un principio, la mayoría de las reglas de exclusión del *common law* dependen en buena medida de que la decisión sobre los hechos sea adoptada por un jurado lego⁴⁹. De forma más precisa, en lo anterior impacta la interacción entre jueces profesionales y jueces legos que, cuanto más pronunciada es la separación entre estos dos tipos de juzgadores, el clima institucional se muestra más proclive a la utilización de reglas de exclusión con la finalidad de sustraer información al jurado, incluso, predefiniendo la forma en cómo se debe valorar la prueba a través de ciertas instrucciones⁵⁰. Dichas reglas tendrían como fundamento evitar que los miembros del jurado atribuyan un peso epistémico distorsionado o equívoco⁵¹. Es decir, con ello se busca reducir el riesgo de error en la decisión sobre los hechos. WIGMORE señalaba que los principios de la prueba representan el proceso natural de la mente en relación con “*the evidential facts*” después de que ellos son admitidos por el jurado, mientras que las reglas de admisibilidad son reglas particulares y artificiales para el sistema angloamericano del jurado⁵². ROBERTS y ZUCKERMAN señalan que el juez de la fase intermedia está en una posición para limitar el alcance de la discreción del jurado, para volver a veredictos cuestionables, a través de la exclusión de la prueba perjudicial no fiable o injusta, la cual podría llevar al jurado por un mal camino y así socavar la precisión factual de la adjudicación en materia penal⁵³.

Ahora, esta desconfianza en la capacidad cognitiva del jurado⁵⁴ podría –también– explicar los fundamentos de la decisión Daubert en Estados Unidos en materia de exclusión de la prueba pericial científica por ausencia de científicidad. Dicho fallo reconoce que el juez tiene la función de “*gatekeeper*” o custodio de la calidad de la prueba, pues se asume que un jurado compuesto por legos o laicos presenta menores competencias cognitivas para reconocer una prueba pericial científica de mala calidad, que pueda estar amparada por el sesgo de la “cientificidad” o “mito de la infalibilidad”⁵⁵. Por ello se haría necesario mantener al jurado en la ignorancia de la existencia de la información, a partir de datos que sean perceptualmente excluidos⁵⁶. Así, se considera que la decisión Daubert ha servido para trasladar la cuestión de la valoración de la prueba pericial científica hacia la fase de admi-

⁴⁸ DAMAŠKA (2015) p. 25.

⁴⁹ ROBERTS y ZUCKERMAN (2010), p. 93; FERRER (2007) p. 44; DAMAŠKA (2015) p. 42; TWINING (1997) p. 44; LANDSMAN (1990) p. 1149; DAMAŠKA (1995) pp. 349 ss. En contra, MURPHY (2010) p. 546.

⁵⁰ DAMAŠKA (2015) p. 41.

⁵¹ Así, DUCE (2010) p. 49; HO (2008) p. 47.

⁵² WIGMORE (1937) p. 5.

⁵³ ROBERTS y ZUCKERMAN (2010) p. 75.

⁵⁴ HAND (1901) p. 54: “*But how can the jury judge between two statements each founded upon an experience confessedly foreign in kind to their own? It is just because they are incompetent for such a task that the expert is necessary at all.*”

⁵⁵ Véase, GASCÓN (2013) p. 182; DWYER (2008) p. 2.

⁵⁶ HO (2008) p. 43.

sibilidad, frente a las dudas que al respecto exhibe el jurado⁵⁷. Ahora, la aplicación de los criterios Daubert, y sus presupuestos, han dejado varias dudas respecto de la solidez de sus fundamentos, porque no hay criterios de consenso que permitan distinguir adecuadamente lo que es ciencia de lo que no es (dilema de la demarcación⁵⁸) por lo que, bajo una exclusiva mirada epistémica, es peligrosa la utilización de reglas de exclusión basada e inspiradas exclusivamente en dichos criterios. En efecto, estas interrogantes han llevado a algunos autores anglosajones a reinstalar el estándar previo en la materia (“*Frye*”)⁵⁹ o, a derechamente desconocer los criterios del fallo Daubert.

Damaška critica que las reglas de exclusión del *evidence* anglosajón puedan explicarse cabalmente a partir de la desconfianza de las capacidades cognitivas del jurado pues, entre otras consideraciones, ello se opondría tanto a la evolución histórica del derecho probatorio angloamericano como a la legitimidad democrática que se suele atribuir a que la decisión sobre los hechos –en el plano organizativo de la justicia– sea adoptada por un grupo compuesto por ciudadanos (jurado)⁶⁰. Todo ello precisa una suerte de matización: si se duda de la capacidad de los miembros del jurado para determinar los hechos, la formación técnica no inhibe completamente de dichos cuestionamientos a los jueces profesionales⁶¹. Las únicas reglas útiles al respecto serían aquellas que buscan blindar al jurado de información capaz de abrumar a sus miembros emocionalmente (“pruebas macabras”), como las que puedan generar una hostilidad y una excesiva simpatía⁶², por la falta de experiencia de los juzgadores. Ahora, si se repara en la forma especial de adopción de la decisión del jurado sobre los hechos (a partir de la unanimidad y por medio de un veredicto sin motivación⁶³, deliberación en secreto, etc.), las reglas de exclusión pueden ser mejormente concebidas como instrumentos dirigidos a influir en la decisiones colectivas que se adopten al amparo de dicha forma de administración de justicia⁶⁴. Así, las reglas de exclusión también podrían justificarse en la intención de reforzar –a *priori*– la legitimidad de los veredictos inmotivados de los jurados⁶⁵.

Aun cuando Damaška pudiera estar en lo correcto y la necesidad de blindar a los jueces de una sobrevaloración epistémica asiste a jueces legos y letrados, ello no resuelve la justificación de que esta tarea necesariamente tenga que llevarse a cabo en fase anterior a Juicio Oral con la misma fuerza que la cuestión exhibe en el sistema de justicia penal norteamericano. Ello generaría una preferencia epistémica odiosa y peligrosa en la materia en favor de JG, una suerte de paternalismo epistémico, en defecto de quien en nuestro sistema tiene la titularidad de la decisión de los hechos: el tribunal de juicio oral en lo penal. ¿Por qué el juez de la fase intermedia está en una mejor posición para no solo detectar los po-

⁵⁷ DWYER (2008), p. 2.

⁵⁸ Véase, VÁZQUEZ (2015) pp. 86 ss.

⁵⁹ STEIN (2005) p. 197; STEIN (2013) pp. 255 y ss.

⁶⁰ DAMAŠKA (2015) p. 43. En un sentido similar HO (2008) p. 235.

⁶¹ DAMAŠKA (2015) pp. 44 ss.

⁶² DAMAŠKA (2015) p. 45.

⁶³ FERRER (2007) p. 44; DAMAŠKA (2015) pp. 34 y 54.

⁶⁴ DAMAŠKA (2015) p. 54.

⁶⁵ DAMAŠKA (2015) p. 59. En el mismo sentido, STEIN (2005) p. 26.

sibles sesgos de las pruebas –que parecieran no afectarle porque puede detectarlos (!)– sino también para excluir prueba a partir de una proyección de efectos perniciosos que ellos puedan generar en el TJOP? Excluyendo el control sobre los mínimos, no parecen haber buenas razones epistémicas para dicha diferenciación. Ahora, una razón plausible –que comparto– puede encontrarse en el efecto de “contaminación” que se generaría si el mismo tribunal que decide sobre los hechos, a su vez, conoce de la exclusión de la prueba ilícita⁶⁶, por ejemplo. Sin embargo, en el mejor de los casos, ello trazaría una justificación de la aplicación de las reglas de exclusión por parte del JG –como tribunal diferenciado respecto del TJOP– pero solo respecto de las reglas cuyos fundamentos son genuinamente extraepistémicos. No logro apreciar igual efecto de contaminación respecto de la exclusión de prueba por motivos epistémicos. Ahora, distinto es si la detección de dichos mínimos se asume como una decisión política, en cuyo caso deben establecerse expresamente por la ley, pues esa es la vía idónea de distribución de intereses en juego.

Desde esta perspectiva, nuestro CPP en materia de reglas de exclusión ha dado al JG competencias para excluir aquellas pruebas que no cumplan con un grado mínimo de utilidad de la información. No creo replicable en nuestro sistema asumir una desconfianza cognitiva respecto de la valoración de la prueba que hace el TJOP ni una necesidad de legitimar su decisión por la vía de la robustez de las reglas de exclusión como sucede con el jurado angloamericano.

3. LA TITULARIDAD DE LA DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS. DIFERENCIAS ENTRE EL JUICIO DE ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

En el modelo de enjuiciamiento del CPP la decisión jurisdiccional sobre los hechos del caso es de titularidad exclusiva del TJOP y ello, sin duda, ha impactado en la estructura procedimental. En efecto, las atribuciones del JG son especialmente limitadas respecto del control de fondo de la acusación y la oportunidad de su ejercicio en coherencia con esta distribución estructural, porque el CPP asume un modelo preparatorio de etapa intermedia con elementos decisionales aislados⁶⁷. Así, especialmente en lo referido a la depuración probatoria, el CPP acoge la distinción entre admisión y valoración probatoria, entregando la primera al JG en fase intermedia y la segunda al TJOP. Con ello se blindó a este último de la contaminación que se pueda dar en el caso que, además de valorar, tuviera que resolver, por ejemplo, de la cuestión de la prueba ilícita.

Podríamos cuestionar y debatir si efectivamente la “admisión” de los medios de prueba es algo cognitivamente diferenciado y distanciado de la “valoración probatoria” propiamente tal⁶⁸. Como veíamos, muchos filtros de admisibilidad consideraban incluidos en ellos cuestiones más propias de la valoración de la prueba, como la apreciación de la credibilidad de ciertos testigos. Sin embargo, el CPP asume dicha diferenciación, poniendo límites y características especiales de una en relación con la otra. La intención legislativa se centra, a mi modo de ver, en el interés de cautelar que, no obstante, se excluyan pruebas

⁶⁶ Véase, DAMAŠKA (1995) p. 352.

⁶⁷ VERA (2017) p. 171.

⁶⁸ En este sentido, HO (2008) p. 33.

por motivos epistémicos y extraepistémicos, esto por ningún modo debe constituir un prejuzgamiento de la cuestión de los hechos de forma de evitar un adelantamiento de la valoración probatoria propia de la fase de Juicio⁶⁹. El JG resuelve sobre la exclusión solicitada sobre la base de antecedentes que son germinales en relación con el concepto jurídico de “medio de prueba” (rendidos en juicio oral bajo contradicción), constituyendo con ello una decisión conectada que afecta la valoración probatoria, pero claramente diferenciada de esta última. Ello podría explicar por qué en sede de admisión no hay prueba sobre las causales de exclusión de la prueba. De otro lado, sin razón aparente, el régimen recursivo respecto del auto de apertura de juicio oral es limitadísimo, no pareciendo cubrir la revisión de la decisión de exclusión por razones epistémicas, dejando a salvo por cierto el recurso de nulidad. Ello nos lleva a pensar que la labor epistémica del JG es limitada y mínima atendiendo al diseño estructural del proceso penal chileno.

Ahora, desde el punto de vista del discurso justificatorio de la decisión en lo relativo a los hechos, hay algo que estructuralmente falta en fase intermedia en lo relativo a la admisión probatoria: la valoración conjunta o visión holista o coherencial de la cuestión de los hechos⁷⁰, a partir de la rendición y contradicción de todos los medios de prueba. Si se quiere, la cuestión de la exclusión de la prueba en fase intermedia se desarrolla en el CPP asumiendo una perspectiva epistémica exclusivamente atomista o particular de cada medio de prueba cuando muchas veces, para valorar un antecedente en particular, hace falta vincularlo con la información proporcionada por otro medio de prueba en un sentido *ex post*. Quizás por eso se afirma que la decisión sobre la admisibilidad de los medios de prueba es una cuestión hipotética⁷¹ o que solo se puede resolver *ex ante*.

Por su parte, una perspectiva holista –complementaria a la atomista– puede identificarse claramente en sede de juicio oral al exigir al tribunal hacerse cargo de toda la prueba, y no solo de la útil para fundar su pretensión (art. 297, inciso 2° CPP). Repárese en lo importante de esto. Un buen cúmulo de casos complejos, especialmente en los contextos de escasas probatoria, obligan a recurrir a la prueba circunstancial o indirecta –*ad initio* conjunta– para dar por acreditado un supuesto donde no hay prueba directa o donde esta no puede llegar (p. ej. la prueba del dolo). O, desde otra perspectiva, algunos casos probatoriamente complejos obligan a echar por tierra limitaciones derivados de nuestra formación jurídica (p. ej. *testes unnus testes nullus* en el caso de las condenas basadas en el testimonio de la víctima). Todas las cuestiones anteriores, a mi juicio, pueden abordarse desde el punto de vista del peso de la prueba de mejor forma en sede de juicio oral. Ello muestra que un control de admisibilidad *ex ante* robusto, basado en exclusiva en un enfoque atomista, puede ser extremadamente peligroso más allá de los mínimos.

De otro lado, también influye en la cuestión en comento un rasgo propio de los procedimientos penales de herencia románica continental: la motivación de la decisión de los hechos y su posibilidad de control *ex post facto*⁷². Lo primero, sin duda, es una forma

⁶⁹ KÜHNE (2015) p. 508; DENBEAUX y RISINGER (2003) p. 23.

⁷⁰ VALENZUELA (2017) p. 105.

⁷¹ TARUFFO (2008), p. 39; HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 46; UBERTIS (2017) pp. 114 ss.

⁷² FERRER (2007) p. 44; IGARTÚA (2013) p. 21; FERRER (2010) p. 17.

de control de las asunciones sobre la prueba y los hechos que, específicamente en nuestro sistema, debe ser acordada por un tribunal colegiado. Como se puede apreciar, este tipo de control puede ser considerado un filtro *a posteriori* de la calidad epistémica de la prueba en relación con los hechos⁷³. Precisamente, esta perspectiva es mayoritariamente ausente en los enjuiciamientos por jurado. De ello podría derivarse la justificación de que en el ámbito del *common law* se de tanta importancia a las reglas de exclusión, apareciendo ellas configuradas de una manera robusta⁷⁴, porque la adopción de la decisión del jurado es algo misterioso, muchas veces incontrolable, que a veces se le ha comparado con la mecánica operativa de las ordalías⁷⁵. Por ello se señala que la motivación del veredicto por parte de los jurados privaría de justificación a los recortes en la práctica de la prueba, ya que aquella serviría de contención a los sesgos y permitiría detectar *a posteriori* el influjo de todas ellas y de ser neutralizadas por el procedimiento que corresponda⁷⁶. Hasta los comentaristas angloamericanos más escépticos reconocen que la exteriorización de las razones hace el ejercicio del poder de decisión sobre los hechos algo menos impenetrable frente a un veredicto inmotivado⁷⁷, pese a que este último en ningún caso habilitó para que los jurados adoptaran decisiones irracionales acerca de los hechos⁷⁸. Así, la motivación en relación con los hechos admitiría un test de validez⁷⁹, de forma que su control también lo es respecto a cómo el juez da por probado los hechos. Con ello se quiere aludir cuando se dice que la decisión sobre los hechos se expresa en un razonamiento que tiene una función demostrativa⁸⁰ que, además, puede y debe ser intersubjetivamente controlable. Así, considerando la motivación como control epistémico *ex post facto*, decae la necesidad de que la cautela epistémica se de casi en exclusiva en fase intermedia, como sucede en los juicios por jurado. Ello también acarrea otra exigencia en nuestro sistema: todo lo que tenga que ver con la valoración de la prueba y la decisión del asunto, en un contexto normativo que obligue a los jueces a motivar sus decisiones, no debe ser abordado anticipadamente en el momento de la selección del material probatorio⁸¹.

4. DISTRIBUCIÓN DEL MARGEN DE ERROR A PARTIR “LECTURA” INTEGRAL DE LAS REGLAS PROBATORIAS DEL CPP

El escenario epistémicamente inhóspito que el legislador muchas veces enfrenta al establecer reglas probatorias muestra que muchas de ellas también presentan componentes decisionales políticos y/o morales. Ello pone en contacto a las reglas de exclusión intrínseca con intereses o valores extraepistémicos.

⁷³ En este sentido, FERRER (2010) p. 17.

⁷⁴ DAMAŠKA (2015) p. 59.

⁷⁵ Así, TARUFFO (2010) p. 36.

⁷⁶ IGARTÚA (2013) p. 21.

⁷⁷ DAMAŠKA (2015) p. 58.

⁷⁸ HO (2008) p. 37.

⁷⁹ TARUFFO (2011) pp. 234 y s.

⁸⁰ Así, IGARTÚA (2003) p. 147.

⁸¹ FERRER (2007), pp. 42 ss.

En este sentido, la articulación de las diversas reglas probatorias en el proceso penal, especialmente las reglas de exclusión y/o de satisfacción de estándar de prueba, parecen un instrumental utilizado por el legislador para distribuir adecuadamente el riesgo de error respecto de la decisión sobre los hechos, en atención a las serias y graves consecuencias penales derivadas de una condena. De hecho, la labor de decisión sobre los hechos en un contexto de incertidumbre siempre conlleva un riesgo de error, que se asigna y administra a través de las reglas que permiten admitir o excluir prueba o a partir de las que determinan un estándar de prueba que debe satisfacerse⁸². En efecto, según STEIN, las razones que identifican a la situación probatoria portadora del riesgo de error y determinan la medida en que ellas se realizarán presentan un carácter moral y político⁸³. Muchas veces la asignación del riesgo de error viene a graficar la decisión que los jueces deben tomar en orden a asentar los hechos precisamente allí donde los criterios epistémicos fallan⁸⁴. En este sentido, si se quiere, la moral recoge allí donde la epistemología deja fuera⁸⁵.

Esta visión de conjunto o de sistema de reglas distributivas del riesgo de error se altera cuando en la interpretación de un precepto se torna en exceso particularista, desconociendo con ello la visión sistemática de su normatividad en materia probatoria.

Las reglas probatorias aplicables en fase intermedia son un presupuesto o condición normativa de la aplicación de las normas que cierran el sistema probatorio, como las que regulan el estándar de prueba. Así, si la interpretación poco precisa de las reglas de exclusión intrínsecas de fase intermedia redundaría en una robustez injustificada de las mismas, ello también puede afectar a la aplicación del estándar de prueba, distorsionándolo y, quizás, haciéndole más exigente que lo originariamente querido. La prueba, en este sentido, es siempre contextual, por lo que, si cambia el conjunto, por adición o sustracción de algún elemento, el resultado puede ser perfectamente otro⁸⁶.

La alteración del sistema de distribución del riesgo de error contenidas de las normas probatorias puede generar resultados indeseados o, derechamente, un daño⁸⁷. Ello podría explicar por qué algunos autores abogan que las reglas probatorias debieran ser más estrechas que laxas⁸⁸, para alterar en lo mínimo posible el material probatorio disponible puesto al servicio de la decisión sobre los hechos. Desde esta perspectiva, la robustez injustificada de la relevancia, por ejemplo, puede condicionar de forma indeseada la decisión final sobre los hechos.

También es una atribución legislativa administrar el riesgo de error de la decisión probatoria en relación con otros intereses. En este sentido, la exclusión de prueba también podría estar motivada por razones de economía procesal o correcta inversión de los fondos públicos en el ejercicio de la jurisdicción. La doctrina procesal señala que el proceso, que es

⁸² STEIN (2005) pp. 12 y 127; STEIN (2013) p. 251.

⁸³ STEIN (2005) p. 13.

⁸⁴ STEIN (2005) p. 13.

⁸⁵ STEIN (2005) p. 13.

⁸⁶ FERRER (2010) p. 8.

⁸⁷ STEIN (2005) p. 16, en un sentido similar, lo asume planteando que el vínculo utilitario en prueba y regla supresiva y la asimetría entre falsos positivos y falsos negativos puede producir un daño.

⁸⁸ STEIN (2005) p. 118.

un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son un fin. Así, una necesaria proporción entre fin y los medios debe presidir la economía del proceso, siendo una aplicación de este principio la limitación de las pruebas en ciertos supuestos⁸⁹. Para TARUFFO, la justificación básica del criterio de relevancia, por ejemplo, es práctica, y se funda en normas de economía procesal: *frustra probatur quod probatum non relevans*⁹⁰. Ello, entre otras razones, porque implica la posibilidad de excluir prueba que no hubiese resultado útil para determinar los hechos y, por consiguiente, no impone limitación a la selección de las informaciones que sirven para determinar la verdad⁹¹.

De otro lado, ello también podría ser la justificación de la exclusión de la prueba sobreabundante, inútil o la referida a hechos públicos o notorios⁹², o en todos los casos en que el medio de prueba, pese a ser relevante, no es eficiente y/o necesario⁹³ —en concreto— para aportar información de importancia para la resolución del *thema probandum*.

En este sentido, en el contexto del proceso penal chileno, la concreción de la decisión de esta distribución de intereses y del riesgo de error es una atribución exclusivamente legislativa⁹⁴, que se expresa a partir de normas probatorias específicas, concretas y delimitadas, siendo ello coherente con la limitación que implican las reglas de exclusión respecto del derecho a la prueba.

III. EL PRINCIPIO DE LA INCLUSIÓN DE PRUEBA RELEVANTE COMO CRITERIO RECTOR DE DEPURACIÓN EPISTÉMICA EN SEDE DE ADMISIÓN EN EL CPP CHILENO

1. PERSPECTIVAS EPISTÉMICAS

El *evidence* anglosajón ha sido tradicionalmente visto como un conjunto de reglas de exclusión, que cualifican el principio general que toda prueba relevante debe ser presentada ante los jueces que adoptan la decisión sobre los hechos⁹⁵. El principio de inclusión de la prueba relevante señala que toda la prueba relevante debe ser admitida a juicio. Y este, a su vez, ha sido conceptualizado como uno de los rasgos más importantes del “*Anglo American Evidence Scholarship*” que ha dominado la discusión probatoria a lo largo de todo el siglo XX⁹⁶.

Para BENTHAM, la exclusión de toda prueba sería la exclusión de toda justicia⁹⁷. La razón de ello arrancarían en que la prueba de los hechos es una cuestión epistemológica en

⁸⁹ COUTURE (2005) p. 155

⁹⁰ TARUFFO (2008) p. 39; TARUFFO (2010) p. 163; HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 45; UBERTIS (2017) p. 117.

⁹¹ TARUFFO (2010) p. 163.

⁹² Sobre la prueba referida a los hechos notorios, véase, STEIN (1990) pp. 133 ss. Su exclusión como ejemplo del principio de economía, véase, COUTURE (2005) p. 193. En relación con la justificación de la prueba superflua, véase, TARUFFO (2010) p. 164.

⁹³ Ello se puede ver, entre otras cosas en la vinculación que hace COUTURE (2005) p. 191, de la prueba sobre el hecho notorio con el aforismo *notoria non eget probatione*.

⁹⁴ STEIN (2005) p. 16.: “Moral and political controversies over the apportionment of the risk of error ought to be resolved by the law”.

⁹⁵ ROBERTS y ZUCKERMAN (2010) p. 73.

⁹⁶ TWINING (2006) p. 210; JACKSON y SUMMER (2012) p. 37.

⁹⁷ BENTHAM (2001) p. 391. Véase, LANDSMAN (1990) p. 1177.

donde el derecho no tiene mayor cabida. Desde esta perspectiva, las reglas de exclusión expresarían un mal, al igual que las penas⁹⁸, por lo que hay que limitarla a los mínimos posibles. BENTHAM, en materia de prueba, retorna hacia el natural sistema de prueba libre, basado en la experiencia diaria en el razonamiento de sentido común⁹⁹, entendiendo que en la apreciación de la prueba no tienen cabida las reglas probatorias. De ahí que a esta corriente se la denomine abolicionismo probatorio¹⁰⁰. Así, la reconstrucción que hace BENTHAM de las reglas de exclusión señala que estas pueden estar basada en los siguientes motivos: a) para desechar los testimonios engañosos, b) para prevenir las dilaciones, los vejámenes y los gastos que resultarían de la admisión de tales o cuales testimonios. Agrega: “El primero de estos motivos, mal fundado; el segundo, justo y razonable”¹⁰¹. Desde esta perspectiva, la exclusión es admisible si satisface la condición de excluir prueba irrelevante, superflua o cuando su producción podría involucrar vejámenes, dilaciones o costos excesivos, desde la perspectiva del estándar de utilidad¹⁰². Considera, además, que encontrar reglas de prueba infalibles a partir de las cuales se asegure una decisión correcta, desde el punto de vista de la naturaleza de las cosas, es absolutamente imposible. La mente humana es demasiado susceptible a establecer reglas las cuales incrementan las probabilidades de malas decisiones¹⁰³. BENTHAM se opuso a la existencia de las reglas de exclusión que gobiernen la credibilidad, peso y quantum de la prueba¹⁰⁴ porque todas ellas son en alguna medida negativas o traviesas (“*mischievous*”)¹⁰⁵.

Ahora, la restricción del ámbito aplicativo de las reglas de exclusión se basa mayoritariamente en la asunción que la probabilidad de alcanzar una decisión correcta respecto de la verdad sobre los hechos aumenta en la medida en que lo hace la información de lo ocurrido¹⁰⁶.

En este sentido, en un proceso ideal, el principio de relevancia sería suficiente con toda probabilidad para filtrar adecuadamente la prueba en atención a maximizar la finalidad de la búsqueda de la verdad¹⁰⁷. Así, el criterio que debiera regir la investigación es el de la búsqueda de información libre y sin restricciones, que se ha formulado a través de la historia de las instituciones jurídico-probatorias a través de reglas epistemológicas que reconoce la función inclusiva de la relevancia¹⁰⁸. Se trata de obtener un cúmulo de elementos de juicio (o pruebas) lo más rico posible, entendiendo que ello se satisface cuando el proceso

⁹⁸ BENTHAM (2001) p. 398.

⁹⁹ TWINING (1985) p. 3; STEIN (2005) p.109.

¹⁰⁰ En este sentido, FERRER (2010), p. 5.

¹⁰¹ BENTHAM (2001) p. 441.

¹⁰² BENTHAM (1843), VI, p. 89 ss; TWINING (1985) p. 68.

¹⁰³ BENTHAM (1825) p. 180. En el original: “*To find infallible rules for evidence, rules which insure a just decision is, from the nature of things, absolutely impossible; but the human mind is too apt to establish rules which only increase the probabilities of a bad decision. All the service that an impartial investigator of the truth can perform in this respect is, to put the legislators and judges on their guard against such hasty rules*”.

¹⁰⁴ FERRER (2010) p. 4.

¹⁰⁵ TWINING (1985) p. 43.

¹⁰⁶ FERRER (2010) p. 12.

¹⁰⁷ TARUFFO (2010) p. 165.

¹⁰⁸ En este sentido, GASCÓN (2010) p. 116.

judicial facilita la incorporación al proceso del máximo número de pruebas relevantes¹⁰⁹. Así vista, la relevancia es una condición de la admisibilidad probatoria¹¹⁰.

Para LAUDAN, excluir pruebas relevantes, y no redundantes, por la razón que sea, disminuye la probabilidad de que personas, en principio, racionales lleguen a conclusiones correctas¹¹¹.

Por su parte, STEIN critica la asunción Benthamiana de que “más prueba es mejor”, porque no hay ni puede haber un paralelo cuantitativo entre la información completa e incompleta de un caso¹¹². De otro lado, porque lo que importa es una valoración cualitativa de la prueba y no se pueden establecer *a priori* consecuencias epistémicas a partir de criterios cuantitativos de los elementos disponibles, además, como reverso, porque el concepto de información incompleta es ubicuo¹¹³. Más bien, lo importante y trascendente en este caso es la identificación de riesgos de errores tolerables e intolerables¹¹⁴. Por el contrario, TARUFFO señala que las críticas a Bentham pueden llegar a ser ciertas, pero también lo es que excluir la posibilidad de utilizar pruebas relevantes es una forma segura de excluir la posibilidad de descubrirla¹¹⁵. En este sentido, no hay que dejar de confiar en que la probabilidad de la información disponible podría minimizar los resultados erróneos considerando la extensión temporal de muchos casos¹¹⁶. En efecto, reglas de exclusión demasiado robustas pueden generar una falsa sensación de confianza respecto de la evitación de los errores en lo que respecta a la decisión sobre los hechos¹¹⁷.

El programa epistémico contenido en el procedimiento penal es definido por el legislador¹¹⁸. Sin embargo, no puede desconocerse que, prescindiendo de la exactitud de lo ocurrido, tal parece ser que el aumento de la información relevante incrementa la probabilidad de que adopte una decisión adecuada materialmente, considerando probados enunciados verdaderos sobre los hechos¹¹⁹. Así, si alguna importancia tiene la búsqueda de la verdad como interés epistemológico propio del modelo cognoscitivista, ello impone una contención a las fórmulas legales de limitación de prueba, y allí donde no exista limitación expresa, una interpretación favorable a la “entrada de la verdad en el proceso”¹²⁰.

Para mí, desde una mirada inicialmente epistémica, el CPP adopta el principio de la inclusión de la prueba relevante, entendiendo, a su vez, relevancia y/o pertinencia en el doble sentido ya desarrollado y que reúne el espíritu de los criterios de los filtros que en

¹⁰⁹ FERRER (2007) p. 68.

¹¹⁰ BURGESS-JACKSON (1986) p. 466; THAYER (1898) p. 266.

¹¹¹ LAUDAN (2013) p. 46.

¹¹² En un sentido similar, HAACK (2008) p. 58: “*It doesn't follow that more evidence is always better than less, so that the policy should be to let it all in; for additional-but-still-incomplete evidence may lead us in the wrong direction, while the previously available even-more-incomplete evidence would have led us in the right direction*”.

¹¹³ STEIN (2005) p. 123.

¹¹⁴ STEIN (2005) p. 123.

¹¹⁵ TARUFFO (2010) p. 166. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ (2010) p. 38; FERRER (2010) p. 9.

¹¹⁶ DAMAŠKA (1995) p. 355.

¹¹⁷ TWINING (1985) p. 70.

¹¹⁸ Para HO (2008) p. 47, el juicio es estudiado como un proyecto de epistemología naturalizada.

¹¹⁹ FERRER (2010) p. 15.

¹²⁰ GASCÓN (2010) p. 120.

ámbito del civil y *common law* se han utilizado para ello: relevancia en un sentido lógico y la relevancia en su sentido probabilístico. La relevancia en su sentido lógico o formal, como relación de la información con el *thema probandum*, es una cuestión ínsita a la valoración racional de la prueba (no una regla artificial¹²¹, más bien de acuerdo con el estándar de la experiencia general¹²²), y puede ser estimada más bien como una precondition de la investigación lógica de los hechos. No se define con ello un concreto estándar de admisibilidad en su sentido probatorio¹²³. La relevancia, en su sentido probabilístico o material, implica que la información emanada del medio de prueba sirva para determinar la probabilidad de acaecimiento de algunas de las hipótesis fácticas que componen el *thema probandum*. Redmayne señala que la prueba es relevante si puede ser entendida en los términos de la *ratio* de dos tipos de probabilidades: aquella referida a la inocencia y aquella referida a la culpabilidad del acusado¹²⁴. La propiedad probabilística de la relevancia como criterio de admisibilidad solo se satisface controlando que el medio de prueba contribuya a la determinación de la probabilidad de los hechos objeto del juicio, aunque sea en un mínimo sentido¹²⁵. Esto último también se aviene con la cautela de la economía procesal en esta materia, como señalábamos. Todo lo que exceda del control de ese mínimo epistémico es materia de valoración de prueba, propia del juicio oral, y no podría calificarse incluida dentro de la fase de admisibilidad, porque, además con ello se tensiona el derecho a la prueba de los intervinientes. Tampoco parece un lugar adecuado incluir dentro de la relevancia cuestiones más propias de consideraciones genuinamente extraepistémicas, como lo que la doctrina ha denominado “relevancia legal”. El complejo escenario normativo donde las reglas de exclusión operan no parecen ser compatibles con interpretaciones que cobijen o amparen intereses morales o extraepistémicos que el legislador, atendido el debido proceso, debió consignar expresamente dentro de sus atribuciones que les son propias.

De otro lado, el principio de admisión de la prueba relevante sería la regla general, y la exclusión de la prueba irrelevante sería solo excepcional¹²⁶, porque con ello se aviene mejor que la decisión de los hechos esté radicada en el TJOP y porque, además, un sentido general y amplio de este tipo de reglas de exclusión podría otorgar una posible atribución de paternalismo epistémico al JG, cuestión que se haya injustificada en nuestro sistema jurídico, como veíamos.

Además, la excepcionalidad de estas reglas de exclusión también asume que su utilización general puede llegar a ser peligrosa, no solo por condicionar el resultado probatorio final del juicio y por el peligro de constituir un prejuizamiento de la cuestión, sino porque

¹²¹ ROBERTS y ZUCKERMAN (2010) p. 101.

¹²² THAYER (1898) pp. 265, 516.

¹²³ ROBERTS y ZUCKERMAN (2010) p. 98. En similar sentido, TARUFFO (2010) p. 161, quien sostiene que es un principio epistémico obvio determinar la verdad de los hechos a partir de las informaciones útiles para dicho objetivo.

¹²⁴ REDMAYNE (2002) p. 686.

¹²⁵ ROBERTS y ZUCKERMAN (2010) p. 101. Estos autores indican, si la probabilidad de “y” es una en 10 millones, y la prueba de “x” incrementa la probabilidad en el minúsculo monto de otro uno en 10 millones, x es relevante respecto de y.

¹²⁶ BURGESS-JACKSON (1986) p. 466.

la epistemología presenta conflictos internos acerca de la definición de los criterios respecto de cuándo una prueba es óptima o no. Recuérdese en este sentido la cuestión del dilema de la demarcación en el ámbito de la prueba pericial científica.

En efecto, *per se*, la exclusión presupone impedir el acceso del TJOP a cierta información, lo que en cierto punto dificulta la adecuada realización de la función jurisdiccional. Desde esta perspectiva, dichas reglas deben ser excepcionales, justificadas¹²⁷ y de carácter restrictivo, porque en nuestro sistema quién decide sobre los hechos en el TJOP y se estaría condicionado de algún modo el cumplimiento de sus deberes. Twining señala que casi todos los cambios que se han ido introduciendo desde la época de Bentham van en dirección de abolir o disminuir la importancia de las reglas de exclusión, tendencia que ha ido más lejos en Inglaterra que en Estados Unidos, aunque el principio general de la no exclusión no ha sido aceptado¹²⁸.

Así, frente a la cuestión epistémica, el legislador parece haber optado en sede de fase intermedia solo por el control de los mínimos epistemológicos de la prueba, que nosotros hemos llamado relevancia en su sentido lógico y probabilístico. Ello, por lo demás, parece apoyarse en que el legislador solo haya permitido la exclusión de no cualquier prueba impertinente, sino solo la “manifestamente” impertinente, lo que sugiere el empleo de criterios de exclusión más o menos seguros, de carácter evidente¹²⁹, y estrictos. Y ello se consigue, en mi opinión, aplicando el criterio de relevancia como filtro en los dos sentidos anotados. Lo anterior, además, es coherente con la potencia normativa en nuestro sistema jurídico del derecho a la prueba en relación con el debido proceso, considerando, a mayor abundamiento, la titularidad de la decisión jurisdiccional sobre los hechos y la posibilidad de control epistémico *ex post* a través de la motivación de la sentencia.

2. PERSPECTIVAS NORMATIVAS

En el proceso penal chileno los principales criterios que se refieren a la exclusión de la prueba por falta de calidad epistémica se sitúan en el artículo 276 CPP. En efecto, el citado artículo señala: “El juez de garantías, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido en la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios”. Es decir, como ya he señalado en reiteradas veces, el criterio general de depuración epistémica es el de “pertinencia” y/o “relevancia”. El citado texto normativo contiene, además, una cláusula de cierre respecto de la admisión probatoria en su último inciso: “Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral” (art. 276 parte final CPP). A través de la interacción entre estos dos enunciados normativos es que es posible entender que, por todo lo expuesto con anterioridad en este trabajo, el inciso final del citado artículo establece el principio general de la inclusión de la prueba relevante, que se muestra coherente con el aseguramiento del derecho a la prueba

¹²⁷ TWINING (1985) p. 70.

¹²⁸ TWINING (2006) p. 44; STEIN (2005) p. 196.

¹²⁹ HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 46.

vinculado al debido proceso. Pero este principio de admisión de prueba se haya limitado por la exclusión de prueba manifiestamente impertinente. Con ello se termina por configurar el principio general de admisión de la prueba relevante, siendo únicamente posible excluir la que es irrelevante (manifiestamente impertinente). Desde esta perspectiva, se puede llegar a afirmar en nuestro sistema que la relevancia en materia de admisión es un criterio incluyente (función inclusiva), con prioridad lógica, de modo que las normas específicas cuyo objeto es excluir ciertos medios de prueba deben ser consideradas como excepciones a ese principio general¹³⁰. Así, una prueba relevante debe ser excluida porque así lo prevé una norma específica¹³¹ que, además, debe estar debidamente justificada¹³².

Lo anterior, también debe ser confrontado con lo que señala el artículo 295 CPP cuando regula la libertad de prueba: “Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”. Como se ve, esta norma, señalando un principio general del sistema probatorio, hace referencia al criterio de la pertinencia, por un lado, y a ratificar el principio de admisión como corolario del derecho a la prueba, por otro.

Esta organización de enunciados normativos en la materia no es exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 402 de FRE dispone: “*Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: The United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible*”. En efecto, como reconoce el Comité asesor de proposición de estas normas –valiéndose de las palabras de Thayer–, la provisión de que toda la prueba relevante es admisible, con ciertas excepciones, y que la prueba que no es relevante no es admisible, “es una presunción contenida en toda la concepción de un sistema de prueba racional”¹³³. En efecto, la doctrina señala que existe una especie de principio general de relevancia en todos los sistemas probatorios¹³⁴. De otro lado, KIRKPATRICK considera consistente la regulación de las FRE con la posición de Bentham en los términos de aceptar la relevancia como criterio de admisión¹³⁵.

Piénsese lo similar en términos estructurales de la regulación nacional y de las FRE. Si bien es cierto en el ámbito continental por un buen tiempo ha existido un rechazo a incorporar aportes normativos del *common law*, especialmente en materia de derecho probatorio, hay antecedentes que contribuyen a sembrar la duda al respecto¹³⁶. Por otro lado, como anotaba, la cuestión de la relevancia y/o pertinencia ha sido común a los enjuiciamientos de diversas tradiciones jurídicas y, por lo bajo resulta llamativa la similitud estruc-

¹³⁰ En este sentido, aunque refiriéndose a las FRE, TARUFFO (2008) p. 41; TARUFFO (2010) p. 163.

¹³¹ TARUFFO (2010) p. 167; FERRER (2010) p. 7.

¹³² HERNÁNDEZ (2010) p. 23, pone de manifiesto que estas reglas son conceptualmente sospechosas y requieren siempre de una justificación especial y convincentes.

¹³³ THAYER (1898) p. 264.

¹³⁴ TARUFFO (2008) p. 39. Agrega, p. 41: “...no hay duda de que el principio de relevancia determina la primera condición general para la admisibilidad de las pruebas”.

¹³⁵ KIRKPATRICK (1992) p. 840.

¹³⁶ Véase, ANDRÉS (1992) p. 279; VÁSQUEZ SOTELO (1984) p. 456.

tural y la adaptabilidad del principio de inclusión de la prueba relevante a lo previsto por el CPP chileno¹³⁷.

3. PERSPECTIVAS EXTRAEPISTÉMICAS

Otra forma de justificar el principio de inclusión de la prueba relevante en el CPP chileno es analizando la cuestión desde la perspectiva extraepistémica y/o moral aun cuando, en un principio, nos encontremos en el campo de una cuestión *prima facie* epistémica. En efecto, las reglas de exclusión de la prueba por motivaciones epistémicas también pueden ser un instrumento utilizado por el legislador para situar el riesgo de error de la decisión, como veíamos. Es más, STEIN llega a sostener que las reglas de prueba del ámbito anglosajón y sus principios asociados tienen una sola importante función: asignar o distribuir el riesgo de error¹³⁸. De otro lado, HO señala que la principal función de las reglas probatorias es controlar la deliberación al interior del juicio¹³⁹. En efecto, la materialización del riesgo de error se traduce en un fallo erróneo que prive a alguien injustificadamente de sus derechos, por lo que el reparto del riesgo de error debe considerarse como una decisión ligada a valores¹⁴⁰. Como señala Damaška, en materia probatoria, el empleo de procesos ordinarios de cognición no es simplemente una cuestión de preferencia epistémica, sino también de carácter político y ético¹⁴¹.

Con independencia de estas opiniones, es claro que muchas reglas de exclusión están basadas en motivaciones extraepistémicas, incluso aquellas que *prima facie* pueden ser conceptualizadas como epistémicas, si se ve en ellas una intención legislativa de optar por alguna tesis debatida al interior de la epistemología. Desde esta perspectiva, las consideraciones prácticas y morales tienen un rol complicado e interdependiente que jugar¹⁴².

A mayor abundamiento, el mismo STEIN señala que las reglas de exclusión son una forma de distribuir el riesgo de error, de segunda categoría. Estas se refieren al control respecto del peso epistémico de la prueba sobre la cual los jueces del juicio hacen su estimación de probabilidad de acaecimiento respecto de los hechos¹⁴³. Para HO, el empleo de las reglas de exclusión es una de las tres técnicas más importantes utilizadas en el *common law* de control de la deliberación¹⁴⁴.

Desde esta perspectiva, el principio de inclusión de la prueba relevante, permitiéndose solo una exclusión excepcional en el caso de prueba manifestamente impertinente, es un sistema de control *a priori* de la calidad de la prueba por el cual ha optado el legislador chileno. Y dicha elección también puede ser vista como una decisión política, extraepisté-

¹³⁷ Así, también, CORDERO (2006), p. 46. En un sentido similar en lo que refiere al Código Modelo para América Latina que contiene una referencia expresa a la exclusión de “pruebas manifestamente inconducentes”, véase, TARUFFO (2008) p. 39.

¹³⁸ STEIN (2005) p. 138.

¹³⁹ HO (2008) p. 32.

¹⁴⁰ STEIN (2013) p. 251.

¹⁴¹ DAMAŠKA (1995) p. 357.

¹⁴² HO (2008) p. 37.

¹⁴³ STEIN (2005) p. 134.

¹⁴⁴ HO (2008) p. 40.

mica, porque se ha elegido un solo sistema de todos los disponibles. Desde esta perspectiva, la adopción del principio de inclusión de la prueba relevante puede ser vista como una solución justificada legislativamente a partir de la cautela de diversos intereses no exclusivamente epistémicos¹⁴⁵.

En línea con lo anterior, considero que el criterio general de exclusión intrínseco está dado por la relevancia y/o pertinencia, siendo la exclusión de prueba de hechos notorios o públicos y de la prueba dilatoria regulaciones que responden más bien a justificaciones genuinamente extrínsecas pues, en todos estos casos, dichas hipótesis no son incompatibles con la relevancia de la prueba que se excluye. Más bien estas pruebas, en concreto, no son útiles para averiguar la verdad de lo sucedido, con independencia de su relevancia analizada *ex ante* y desde una perspectiva genérica.

La distribución del riesgo de error en fase de admisión también se concreta con una estrechez o poca entidad de las reglas de exclusión intrínsecas, con la finalidad de erradicar un proceso de averiguación sobre los hechos que, atendido el nivel de discusión de las cuestiones epistémicas y su poca seguridad, contenga riesgos de fallo inaceptables e intolerables por la exclusión de información relevante y/o útil. El legislador ha optado solo por un control de mínimos epistémicos en sede de fase intermedia. Es decir, en mi opinión, por todas las consideraciones anteriores es válida en sede de admisión probatoria la asunción de que “más prueba es mejor”.

La cuestión aludida se realiza a partir de la facultad que asiste solo al poder legislativo¹⁴⁶ de concretar por vía legal la forma que adoptará el debido proceso, con clara alusión dentro de él al derecho a la prueba. Si estoy en lo correcto, entonces tiene mucho sentido que estas reglas, desde la mirada moral y/o política, solo sean concebidas como excepcionales y de interpretación estricta. Ello, además, porque forman parte de un sistema conjunto o unitario de distribución del riesgo de error en relación con la prueba en el proceso penal chileno. Y, como veíamos, cualquiera alteración injustificada puede generar un desbalance o distorsión que altera el sistema en su totalidad, generándose con ello un posible daño a los intervinientes.

El legislador, a partir de los enunciados legales descritos, ha zanjado políticamente que el tema del control epistémico lleva ínsito la perspectiva lógica –implícita a la valoración racional de la prueba– pero también que la cuestión epistémica se refiera a la constatación de mínimos, cuyo incumplimiento vuelva inútil el empleo de dicha prueba para averiguar la verdad y genere con ello un riesgo intolerable de injusticia. Y ese control de mínimos debe circunscribirse a la relevancia en su sentido probabilístico o material.

Por lo demás, también ello es coherente con el principio de economía procesal, la potencia normativa del derecho a la prueba y la titularidad de la decisión sobre los hechos por medio de una motivación que ha hecho al TJOP. El legislador también podría optar por excluir una específica prueba por razones epistémicas, como ocurre en el ámbito anglosajón con la exclusión del testimonio de oídas¹⁴⁷, o la prueba sobre hechos públicos o

¹⁴⁵ En este sentido, BURGESS-JACKSON (1986) p. 464: “The law of relevance is, in short, multi-valued”.

¹⁴⁶ Así, FERRER (2010) p. 11.

¹⁴⁷ Véase, HO (2008) pp. 231 ss.; TARUFFO (2008) p. 43.

notorios y la exclusión de la prueba dilatoria en nuestro sistema. Pero en todo caso, se debe tener claridad que ello solo puede ocurrir a partir de una regla específica que permita la exclusión, atendiendo la protección de otros valores, porque esa es la forma que se expresa la administración de la distribución del riesgo de error y, en definitiva, la prevalencia de otro interés por sobre el de la averiguación de la verdad. Así, no se debe descuidar que, por más que existan razones poderosas para el empleo de una regla de exclusión en atención al interés que intenta proteger, ello siempre se traduce en una limitación de la búsqueda de la verdad¹⁴⁸. Y, como sostiene FERRER, el valor de la averiguación de la verdad no tiene estructuralmente la misma posición que los otros intereses en juego, porque ello es necesario para que el derecho funcione como mecanismo de motivación de la conducta de los ciudadanos¹⁴⁹. Para mí, sin desconocer la opinión anterior, ello se fundamenta en que la búsqueda de la verdad de los hechos condiciona la justicia de la decisión sobre los hechos.

Desde esta perspectiva, el CPP chileno sería tributario del principio de inclusión de la prueba relevante, por lo que las exclusiones probatorias basadas en filtros epistémicos o extraepistémicos, además de expresamente consignadas, deben ser interpretadas estrictamente al haber optado el legislador solo por el control de mínimos epistémicos en sede de admisibilidad probatoria.

CONCLUSIONES

En este trabajo he intentado mostrar y justificar que el legislador chileno, en sede de admisión de prueba en el proceso penal chileno, en lo referente a la depuración epistémica, ha adoptado el principio de inclusión de la prueba relevante, cuya función inclusiva se desarrolla a través de control de una relación lógica de la información de la prueba con el *thema probandum* y una relación de probabilidad de la misma, de forma que esta pueda aportar aunque sea un mínimo dato para determinar la probabilidad de acaecimiento de algún enunciado fáctico de importancia para la decisión sobre los hechos del caso. Para ello, luego de despejar algunas cuestiones metodológicas, he intentado proporcionar diversas razones. Por ejemplo, epistémicas, al asumir que el legislador opta por la conveniencia de privilegiar la mayor entrada de información posible a juicio, porque con ello se aumenta la probabilidad de arribar a la verdad de la decisión. De otro lado, el diseño normativo-positivo contiene reglas de exclusiones más bien estrictas (“manifiesta impertinencia”) y una regla de cierre que parece ratificar el principio de inclusión (art. 276 CPP inciso final). Por último, frente a la diversidad de problemáticas epistemológicas, el legislador ha decidido asignar un riesgo de error a partir de estas reglas que solo habilite para controlar en sede de admisión un mínimo epistemológico de la prueba entre otras razones, también considerando el derecho a la prueba como parte integrante del debido proceso, principios de economía procesal y la titularidad de la decisión jurisdiccional de los hechos que corresponde al TJOP.

¹⁴⁸ TARUFFO (2010) p. 162.

¹⁴⁹ FERRER (2010) p. 13. En el mismo sentido, dándole primacía a la búsqueda de la verdad, BURGESS-JACKSON (1986) p. 479.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1992): “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, N° 12: pp. 257-299.
- BENTHAM, Jeremy (1843): *The work of Jeremy Bentham*, Vol.VI (Edinburgh, London, Simpkin, Marshall & Co).
- BENTHAM, Jeremy (1825): *A treatise of judicial evidence* (London, Messrs, Baldwin, Craddock, and Joy, Paternoster-Row).
- BENTHAM (2001): *Tratado de las pruebas judiciales* (Trad. Manuel Ossorio, Granada, Comares).
- BINDER, Alberto (1999): *Introducción al Derecho procesal penal* (Buenos Aires.Ad-hoc, 2ª edición).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2016): *Derecho jurisdiccional* (Valdivia, Universidad Austral).
- BURGESS-JACKSON, Keith. (1986): “An epistemic approach to legal relevance”. *St. Mary's Law Journal*, N° 18, Vol. 2: pp. 463-480.
- CAFFERATA NORES, José (1998): *La prueba en el proceso penal* (Buenos Aires. Ediciones Depalma, 3ª edición).
- COUTURE, Eduardo (2005): *Fundamentos del Derecho procesal civil* (Montevideo, Buenos Aires, B de F).
- CORDERO, Franco (2006): *Procedura penal* (Milano, Giuffrè, Ottava edizione).
- CAROCCA PEREZ, Alex (2002): *La defensa penal pública* (Santiago, LexisNexis-Conosur).
- CHAHUÁN SARRAS, Sabas (2012): *Manual del nuevo procedimiento penal* (Santiago, Thomson Reuters, 7ª edición).
- DAMAŠKA, Mirjan (1995): “Free proof and its detractors”, *American Journal of Comparative Law*, N° 43, Vol. N° 3: pp. 343-358.
- DAMAŠKA, Mirjan (2015): *El derecho probatorio a la deriva* (trad. Joan Picó, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons).
- DENBEAUX, Mark y RISINGER, D. Michael (2003): “Kumho Tire and Expert Reliability: How the Question You Ask Gives the Answer You Get”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 34. Iss. 1: pp. 15-75.
- DUCE JULIO, Mauricio (2010): “Admisibilidad de la prueba pericial en juicio orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional”, en ACCATINO SCAGLIOTI, Daniela (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Santiago, LegalPublishing).
- DUCE JULIO, Mauricio (2017): *La prueba pericial* (Buenos Aires, Ediciones Didot).
- DWYER, Déirdre (2008): *The judicial assessment of expert evidence* (Cambridge, Cambridge University Press).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Barcelona, Marcial Pons).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2010): “La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, en ACCATINO SCAGLIOTI, Daniela (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Santiago, LegalPublishing).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010): *Los hechos en el derecho* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 3ª edición).

- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2013): “Prueba científica. Un mapa de retos” en VÁZQUEZ Carmen (ed.) *Estándares de prueba y prueba científica* (Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons).
- GÖBEL, Klaus (2013): *Strafprozess* (München, Verlag C.H. Beck, 8 Auflage).
- HAACK, Susan (2004): “Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way”, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 49: pp. 43-62.
- HAND, Learned (1901): “Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony”, *Harvard Law Review*, N° 15: pp. 40-58.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2010): “Pertinencia como garantía: prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”, en ACCATINO SCAGLIOTI, Daniela (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Santiago, LegalPublishing).
- HO, Hock Lai (2008): *A Philosophy of Evidence Law* (Oxford, Oxford University Press).
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- IGARTÚA SALAVERRIA, Juan (2003): *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- IGARTÚA SALAVERRIA, Juan (2013): *La “sucinta explicación” en el veredicto del jurado* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- INGRAM, Jefferson (2012): *Criminal Evidence* (Waltham, Elsevier, 11th Edition).
- JAUCHEN, Eduardo (2006): *Tratado de la prueba en materia penal* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).
- JACKSON, John (1996): “Analysing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, N° 2 (Summer, 1996): pp. 309-328.
- JACKSON, John y SUMMER, Sarah (2012): *The Internationalizations of Criminal evidence* (Cambridge, Cambridge University Press).
- KIRKPATRICK, Laird C. (1992): “Scholarly and institutional challenges to the law of evidence: From Bentham to the ADR movement”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 25, N° 3: pp. 837-852.
- KÜHNE, Hans-Heiner (2015): *Strafprozessrecht* (Heilderberg, C. F. Müller, 9 Auflage).
- LANDSMAN, Stephan. (1990): “From Gilbert to Bentham: The reconceptualization of evidence theory”, *Wayne Law Review*, Vol. 36, N° 3: pp. 1149-1186.
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal* (Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons).
- MAIER, Julio (1996): *Derecho procesal penal*. Tomo III (Buenos Aires, Del Puerto, 2ª edición).
- MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2017): *Derecho procesal penal*. Tomo I (Santiago, Librotecnia, 3ª edición).
- MAY, Richard (1999): *Criminal evidence* (London, Sweet & Maxwell).
- MONTERO AROCA, Juan (2005): *La prueba en el proceso civil* (Madrid, Thomson/Civitas, 4ª edición).
- MURPHY, Peter (2010): “No free lunch, no free proof”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, N° 2: pp. 539-574.
- NEMETH, Charles (2001): *Law & Evidence* (New Jersey, Prentice Hall).

- PETERS, Karl (1985): *Strafprozess* (Heilderberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 4 Auflage).
- REDMAYNE, Mike (2002): “The relevance of bad character”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 61, N° 3 (Nov. 2002), pp. 684-714.
- ROBERTS, Paul y ZUCKERMAN, Adrian (2010): *Criminal evidence* (Oxford, Oxford University Press).
- ROXIN, Claus (2000) *Derecho procesal penal* (trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires, Editorial del Puerto).
- STEIN, Friedrich (1990): *El conocimiento privado del juez* (trad. Andrés de la Oliva, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces).
- STEIN, Alex (2013): “Con la prueba libre”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVI, N° 2: pp. 245-261.
- STEIN, Alex (2005): *Foundations of Evidence Law* (Oxford: Oxford University Press).
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2010): *Simplemente la verdad* (trad. Daniela Accatino, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2011): *La motivación de la sentencia civil* (trad. Lorenzo Córdoba, Madrid, Editorial Trotta).
- THAYER, James (1898): *A Preliminary Treatise on Evidence at the common law* (Boston. Little, Brown and Company).
- TWINING, William (1985): *Theories of evidence: Bentham and Wigmore* (London, Weidenfeld & Nicolson).
- TWINING, William (1997): “Freedom of Proof and the Reform of Criminal Evidence”, *Israel Law Review*, N° 31, Issues 1-3: pp. 439-463.
- TWINING, William (2006): *Rethinking evidence* (Cambridge, Cambridge University Press, 2° edition).
- UBERTIS, Giulio (2017): *Elementos de Epistemología del proceso judicial* (Trad. Perfecto Andrés, Madrid, Editorial Trotta).
- VALENZUELA SALDIAS, Jonatan (2017): *Hechos, pena y proceso* (Santiago, Rubicón).
- VÁZQUEZ ROJAS, Carmen (2015): *De la prueba científica a la prueba pericial* (Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons).
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis (1984): *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal* (Barcelona, Editorial Bosch).
- VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián (2017): “Naturaleza jurídica de la Fase Intermedia del proceso penal chileno. Un breve estudio a partir de elementos comparados”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 49: pp. 141-184.
- WIGMORE, John Henry (1937): *The Science of judicial proof, as given by logic, psychology, and general experience, and illustrated in judicial trials* (Boston, Little, Brown, 3° ed.).

JURISPRUDENCIA CITADA

- MINISTERIO PÚBLICO CON RIGOBERTO ANTONIO VILLABLANCA IBÁÑEZ (2005): Corte Suprema, 14 de septiembre, Rol N° 3666-2005 (Recurso de Nulidad).

ANDREA CIFUENTES DOMÍNGUEZ CON BELÉN ANDRADES RIQUELME Y OTROS (2016): Corte Suprema, 26 de enero, Rol N° 37635-2015 (Recurso de Nulidad)

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR ROSSANA DONOSO MURA RESPECTO DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 196 DE LA LEY N° 18.290, EN EL PROCESO PENAL RUC 1510041999-5, RIT 3759-2015 DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE LOS ANDES, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, POR RECURSO DE APELACIÓN, BAJO EL ROL IC 1740-2016 (2017): Tribunal Constitucional, 5 de octubre de 2017, Rol N° 3251-2016.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR PABLO DUVINGELO ALFARO RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 387, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y 158 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, EN LOS AUTOS SOBRE RECURSO DE QUEJA, DE QUE CONOCE LA CORTE SUPREMA, BAJO EL ROL N° 3105-2015 (2015): Tribunal Constitucional, 26 de febrero de 2015, Rol N° 2802-15.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR LEONARDO RODRÍGUEZ SEPÚLVEDA RESPECTO DE LAS PARTES QUE INDICA DEL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL RIT N° 2171-2010 DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DEL LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, POR RECURSO DE HECHO EN ROL N° 28-2014 (2014): Tribunal Constitucional, 30 de diciembre de 2014, Rol N° 2628-2014.

NORMAS CITADAS

CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980).

CHILE, Código procesal penal (12/10/2000).

ESPAÑA: Ley 1/2000, “Ley de Enjuiciamiento civil española” (07/01/2000).

ESTADOS UNIDOS, Federal Rules of Evidence (2/1/1975).

DERECHO URBANÍSTICO Y EXCLUSIÓN SOCIAL

URBAN LAW AND SOCIAL EXCLUSION

DIEGO GIL MC CAWLEY*
NICOLÁS BUCAREY ILABACA**

RESUMEN: Este artículo explora la relación entre el derecho urbanístico y procesos de exclusión social, a través del análisis de tres conflictos urbanos recientemente producidos a propósito del intento de construir viviendas sociales en comunas de altos y medianos ingresos en Santiago, Chile. Los casos descritos dan cuenta de algunos aspectos de la práctica del derecho urbanístico que constituyen fuertes obstáculos para la promoción de viviendas sociales en barrios bien localizados. El artículo sugiere que el derecho urbanístico chileno no cuenta con herramientas suficientes para contrarrestar procesos de exclusión social urbana en favor del interés público que representa la generación de viviendas sociales adecuadamente integradas en la ciudad.

Palabras clave: derecho urbanístico, segregación urbana, vivienda social.

ABSTRACT: This article explores the relationship between urban law and processes of social exclusion, through the analysis of three recent urban conflicts occurred because of the attempt to construct low-income housing units in high and middle-income districts in Santiago, Chile. The cases described show some aspects of the practice of urban law that constitute strong obstacles for the promotion of low-income housing in well-located neighborhoods. The article suggests that Chile's urban law does not have sufficient tools to counteract processes of urban social exclusion in favor of the public interest represented by the generation low-income housing adequately integrated in the city.

Keywords: urban law, urban segregation, affordable housing.

I. INTRODUCCIÓN

La segregación residencial socioeconómica es ampliamente reconocida como uno de los principales problemas de la vida urbana en Chile¹. En la mayoría de las ciudades del país, criterios socioeconómicos inciden significativamente en cómo las personas se ubican geográficamente. Así, existen barrios con alta concentración de familias de altos ingresos,

* Doctor en Derecho, Universidad de Stanford; Profesor Asistente de la Escuela de Gobierno de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Dirección postal: Avda. Vicuña Mackenna 4860 - Edificio Mide, piso 3 - Macul, Santiago. Dirección electrónica: diego.gil@uc.cl.

** Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado Seremi Minvu RM; Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins 874, piso 8, Santiago, 8330097. Dirección electrónica: nibucare@uc.cl. Agradecemos los comentarios recibidos en el I Congreso de Derecho y Sociedad realizado en la Universidad Adolfo Ibáñez, sede Viña del Mar, en agosto de 2018, y en el Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile dirigido por el Profesor José Miguel Valdivia. Guillermo Jiménez y Jaime Phillips nos hicieron llegar agudas observaciones sobre una versión preliminar del artículo. Esta investigación se enmarca dentro del proyecto FONDECYT de iniciación N° 11180489, del cual Diego Gil es el investigador responsable.

¹ MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2014) p. 23.

otros predominantemente habitados por individuos de clase media, y otros donde la gran mayoría de los residentes viven en situación de pobreza y vulnerabilidad². En la medida en que el barrio en el que un individuo vive afecta significativamente sus oportunidades de desarrollo³, el hecho de que miles de familias de bajos ingresos vivan en zonas socialmente homogéneas, ubicadas en la periferia de las ciudades chilenas, con inadecuada provisión de servicios públicos y privados, constituye un problema relevante para el derecho y las políticas públicas.

La segregación social urbana es, en parte, el resultado de las preferencias habitacionales de las personas expresadas dentro de las dinámicas del mercado urbano. Sin embargo, la segregación también tiene un importante componente institucional. El derecho y las políticas públicas influyen significativamente en las preferencias que expresan los individuos por dónde y cómo habitar la ciudad. Las dinámicas del mercado habitacional se producen en el contexto de un marco y una práctica regulatoria que inciden en los procesos de desarrollo urbano y producción de viviendas.

El objetivo de este artículo es examinar la relación entre el derecho urbanístico y los procesos de exclusión social que se producen en zonas urbanas. El derecho urbanístico se refiere a los principios y reglas jurídicas cuyo objetivo es la organización racional del espacio urbano. La pregunta que motiva este trabajo es si, y cómo, el derecho urbanístico puede constituir un obstáculo para la inclusión de viviendas sociales en barrios bien localizados en la ciudad. Para responder esa pregunta, este artículo adopta una perspectiva socio-jurídica⁴. Para ello, contrasta el marco normativo y los instrumentos propios del derecho urbanístico –de acuerdo a cómo están regulados “en los textos”– con la práctica concreta de esta área del derecho. Para analizar la práctica del derecho urbanístico describimos y comparamos tres conflictos urbanos recientes que se han producido en Santiago con motivo del intento de construir viviendas sociales en comunas de ingresos medios y altos.

Uno de los principales argumentos que desarrollamos en este artículo es que el derecho urbanístico desencadena una práctica institucional en la cual se pueden generar fuertes obstáculos para la instalación de viviendas sociales en barrios bien localizados. Esa práctica institucional es fuertemente influenciada por propietarios y residentes con alto capital social. Como buena parte de las potestades urbanísticas recaen sobre autoridades locales, estas pueden ser ejercidas para obstaculizar la generación de viviendas sociales si la influencia de propietarios y residentes triunfa sobre el interés público. En consecuencia, debido a su posición institucional, los gobiernos locales tienen fuertes incentivos a oponerse a la llegada de viviendas sociales, a diferencia del gobierno central, quien en el derecho chileno tiene la posibilidad de velar por el interés de la ciudad como un todo. Incluso en casos en los cuales las autoridades locales no se oponen a la llegada de viviendas sociales, propietarios y residentes pueden utilizar otros mecanismos jurídicos para bloquear la llegada de grupos

² Algunos trabajos que han intentado caracterizar las desigualdades territoriales de las zonas urbanas chilenas son SABATINI *et al.* (2001), ECHEÑIQUE y URZÚA (2013), AGOSTINI *et al.* (2016).

³ Una amplia literatura económica y sociológica ha demostrado la importancia del barrio como un factor diferenciado en las oportunidades de desarrollo de una persona. Ver, por ejemplo, SAMPSON (2012), MASSEY *et al.* (2013) y CHETTY *et al.* (2016).

⁴ Véase FRIEDMAN (1986).

de bajos ingresos a sus barrios. A pesar de algunas reformas legales recientes, el derecho urbanístico chileno no cuenta con mecanismos jurídicos suficientes para contrarrestar esas dinámicas políticas en favor del interés público que representa la generación de viviendas sociales bien localizadas.

Una de las contribuciones centrales de este trabajo es enfatizar la importancia del diseño y práctica del derecho urbanístico en las dinámicas de exclusión social que se producen en las ciudades. Los problemas de segregación urbana han sido asociados principalmente a la política habitacional implementada en las últimas décadas en Chile, que ha incentivado, a través de subsidios habitacionales a la oferta y a la demanda, la producción privada de condominios de viviendas sociales con alta densidad construidos en suelo barato, ubicado principalmente en la periferia de las ciudades del país⁵. En años recientes, se han implementado programas especiales de subsidios que intentan promover la integración social urbana en las ciudades del país, con resultados que aún requieren evaluación⁶. Sin embargo, como intentamos argumentar en este artículo, la segregación urbana también tiene que ver con las reglas que definen el uso del suelo urbano y con cómo los principales operadores jurídicos implementan esas reglas. En ese sentido, el artículo propone ampliar la mirada respecto de los factores que inciden en los niveles de exclusión social que presentan nuestras ciudades, la que no solo se relaciona con los instrumentos de financiamiento que el gobierno central emplea para promover el acceso a la vivienda de grupos de bajos ingresos, sino también con las reglas y los procesos institucionales a través de los cuales se definen los usos del suelo urbano y la organización del crecimiento de las ciudades.

El artículo se desarrolla de la siguiente forma. En la segunda sección describimos el marco normativo del derecho urbanístico chileno y los principales instrumentos que autoridades públicas pueden utilizar para orientar el desarrollo urbano en el país. En la tercera sección revisamos investigaciones relevantes de los Estados Unidos que explican como el derecho urbanístico incide en procesos de segregación urbana. En la cuarta y quinta sección, que constituyen el núcleo de este trabajo, describimos y analizamos tres conflictos urbanos producidos recientemente a propósito del intento de construir viviendas sociales en comunas de ingresos medios y altos. En la quinta sección concluimos.

II. EL DERECHO URBANÍSTICO CHILENO “EN LOS TEXTOS”

Chile es hoy un país esencialmente urbano. Alrededor del 90% de los habitantes del país viven en zonas urbanas, lo que es una tasa comparable a la de países desarrollados como Japón, Francia y Estados Unidos⁷. La población urbana se concentra en un número reducido de ciudades. En Santiago vive cerca del 40% de la población del país⁸. 2 de cada 3 habitantes viven en Santiago, Valparaíso y Concepción, las 3 ciudades más grandes⁹.

⁵ Ver, por ejemplo, GIL (2019).

⁶ Ver DECRETO N° 116 de 2015 y DECRETO N° 19 de 2016, Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

⁷ OECD (2013) p. 41.

⁸ Véase en OECD (2013).

⁹ Véase en OECD (2013).

No es extraño que, dada las características de la vida contemporánea y las externalidades positivas que puede generar, las personas tiendan a concentrarse en zonas urbanas¹⁰. En general, las ciudades generan menores costos de transporte de bienes, permiten a los individuos participar en mercados laborales diversos y con mayores grados de especialización, y producen redes de información a través de las cuales individuos y organizaciones aprenden de otros debido a las interacciones que inevitablemente se producen en zonas urbanas densas¹¹.

La predominancia de la vida urbana hace particularmente importante examinar las características y funcionamiento del derecho urbanístico chileno, ámbito en el cual no existe una extensa literatura académica en el país¹². El derecho urbanístico se refiere a las reglas jurídicas que organizan el desarrollo físico de las ciudades. El objeto de su regulación son las técnicas de intervención de autoridades públicas en el espacio urbano¹³. El contenido exacto del derecho urbanístico, sin embargo, no es fácil de definir, debido a su asociación con un grupo heterogéneo de normas y actos que tienen incidencia en el proceso de desarrollo urbano.

El marco normativo del derecho urbanístico lo componen normas constitucionales, legales y reglamentarias. La Constitución establece un conjunto de normas que influyen en el ejercicio de las potestades públicas urbanísticas¹⁴. El artículo 3, por ejemplo, establece un mandato para que el desarrollo territorial sea equitativo en Chile a nivel de regiones, provincias y comunas. Otra norma importante es el artículo 19 N° 24, que otorga protección constitucional al derecho de propiedad, pero que permite que la ley establezca limitaciones y obligaciones a este derecho en la medida que se justifique por la función social que la propiedad cumple. En el artículo 115 se reafirma el principio de un desarrollo territorial equitativo al interior del país, mientras que en los artículos 118 y siguientes se establecen algunas normas sobre la administración comunal, que el texto constitucional encarga a las municipalidades. Estas son instituciones claves en el derecho urbanístico en tanto buena parte de las normas que regulan el desarrollo de las zonas urbanas son dictadas a través de las potestades normativas de las municipalidades. Por su parte, el artículo 123 reconoce la necesidad de coordinación entre los municipios, y también entre ellos y los demás servicios públicos, asumiendo que hay algunos aspectos del desarrollo urbano que requieren de una mirada de la ciudad como un todo más que una fragmentada en distintas municipalidades.

Ahora bien, el grueso de las normas que regulan el ejercicio de la intervención pública en las ciudades se encuentra contenido en cuerpos legales dictados a través de la potestad legislativa, principalmente la Ley General de Urbanismo y Construcción (LGUC), que fue

¹⁰ La teoría de la aglomeración económica asociada a los economistas E. Glaeser, P. Krugman, R. Lucas y P. Romer parte de la premisa que las decisiones respecto de la ubicación geográfica de los individuos son, al menos en parte, racionales. Para una síntesis de esa literatura y un análisis de sus implicancias para la regulación urbana ver SCHLEICHER (2010).

¹¹ SCHLEICHER (2010) pp. 1515-1529.

¹² Recientemente el derecho urbanístico ha generado mayor atención académica en la doctrina nacional. La mayoría de los trabajos constituyen esfuerzos por delinear los contornos de esta área del derecho. Ver, por ejemplo, RAJEVIC (2000), CORDERO (2015), CORDERO (2017).

¹³ Ver RAJEVIC (2000) p. 531, y CORDERO (2015) p. 104. A la misma conclusión llegan autores de tradiciones jurídicas similares, como la española. Ver CARCELLER (1992) p. 18, y PONCE (2002) p. 26.

¹⁴ Ver artículo 3 y artículo 19 N° 24.

establecida en virtud de facultades legislativas delegadas por un Decreto Ley durante la dictadura, y cuyo texto fue fijado por el Decreto Supremo N° 458 el año 1976. Ese texto recoge normas que habían sido establecidas en cuerpos legales anteriores y desde entonces ha sido modificado en numerosas ocasiones¹⁵.

El marco normativo del derecho urbanístico también lo componen reglas establecidas a través de la potestad reglamentaria. La más relevante es la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), establecida a través del Decreto N° 47 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU) que también ha sido objeto de numerosas reformas. El rol de la OGUC –como toda norma emanada de la potestad reglamentaria de ejecución– es implementar las normas generales establecidas en la LGUC. Por su parte, el MINVU también dicta circulares que instruyen sobre la aplicación de las reglas de la Ley General y la Ordenanza.

El marco normativo del derecho urbanístico regula un conjunto de instrumentos de intervención pública en el espacio urbano¹⁶. El instrumento por antonomasia es la planificación urbanística, que se refiere a los planes que distintas autoridades pueden elaborar para guiar el desarrollo de una determinada zona urbana (LGUC, artículo 27). La LGUC reconoce tres niveles en los cuales opera la planificación urbanística: nacional, intercomunal y comunal (LGUC, artículo 28). A nivel nacional nunca ha existido un plan urbanístico propiamente tal. Lo que ha existido son políticas nacionales de desarrollo urbano, que establecen objetivos generales que debieran guiar el diseño e implementación de políticas y programas en el ámbito urbanístico¹⁷. Los planes reguladores intercomunales son instrumentos que regulan el desarrollo físico de unidades urbanas que comprenden más de una comuna (LGUC, artículo 34). Se denominan metropolitanos cuando el grupo de comunas que regulan representa un área metropolitana. Por su parte, los planes reguladores comunales son instrumentos que organizan el desarrollo del espacio urbano correspondiente a una municipalidad (LGUC, artículo 41).

Los planes urbanísticos, especialmente los planes reguladores intercomunales y comunales en el sistema jurídico chileno, contienen lo que la doctrina llama “régimen del suelo”, que se refiere a las normas que definen los usos del suelo urbano, estableciendo derechos y deberes para los propietarios de ese suelo. El mecanismo típico a través del cual se establece el régimen del suelo es la zonificación urbana. Esta consiste en reglas que dividen el espacio urbano en distintas zonas a las que se les asignan usos que definen el tipo de construcción que se puede hacer en esa respectiva zona.

Los planes urbanísticos y las reglas contenidas en el régimen del suelo establecen directrices, obligaciones y derechos que buscan incidir en el proceso de desarrollo de una ciudad, pero la materialización de estas normas depende de la gestión que se realice por los sujetos destinatarios de esas normas. En el caso del derecho chileno, una buena parte de la gestión urbana la realizan actores privados. Estos son quienes, en la práctica, bajo la lógica

¹⁵ RAJEVIC (2000) p. 542.

¹⁶ CORDERO (2015) pp. 109-116.

¹⁷ La última política nacional de desarrollo urbano fue publicada el año 2014, a partir del trabajo de una Comisión Asesora Presidencial que fue nombrada en 2012. Véase MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2014).

del mercado y dentro de las restricciones que imponen las reglas del derecho urbanístico, definen el desarrollo físico de una ciudad. Algunos organismos públicos, sin embargo, tienen potestades para llevar a cabo procesos que materializan las normas y directrices de los planes urbanísticos. Los organismos principales son los Servicios Regionales de Vivienda y Urbanización (SERVIU), que corresponden a servicios públicos descentralizados cuya principal labor es la construcción de viviendas sociales y obras comunitarias¹⁸. En la mayoría de los casos, sin embargo, los SERVIU no construyen directamente viviendas sociales, sino que se encargan de asignar y pagar subsidios habitacionales a personas beneficiarias, y de supervisar el adecuado cumplimiento de las obligaciones de las organizaciones y empresas que construyen con el financiamiento de los subsidios.

El derecho urbanístico también confiere potestades a determinados órganos para autorizar la construcción de obras en la ciudad y fiscalizar el cumplimiento de las normas establecidas en los planes.

El marco normativo y los instrumentos descritos en los párrafos anteriores son aquellos tradicionalmente identificados como objeto del derecho urbanístico. Sin embargo, existen varias otras entidades administrativas que tienen potestades para establecer normas o para realizar actos que tienen incidencia en la organización y fisonomía del espacio urbano¹⁹. Lucas Sierra, en un trabajo publicado en el año 2006, identifica 19 órganos administrativos que juegan algún tipo de rol en la regulación urbana, lo que revela el grado de complejidad de esta área del derecho²⁰.

A lo anterior hay que agregar que en el funcionamiento del derecho urbanístico existen amplios espacios para la intervención de actores privados. Enrique Rajevic ha descrito recientemente los ámbitos en los cuales actores privados ejercen funciones públicas en vivienda y urbanismo²¹. La planificación urbanística es una potestad que en general está reservada a organismos públicos, sin embargo, en algunos casos muy excepcionales se ha admitido la participación privada en la preparación de algunos planes específicos²². Asimismo, existen varias figuras establecidas por la LGUC en las cuales actores privados intervienen en el proceso de autorización y control de los usos urbanísticos²³. Finalmente, y como señalamos anteriormente, la gestión urbana es delegada casi en su totalidad al sector privado de acuerdo al derecho vigente. La construcción de viviendas sociales, por ejemplo, que a mediados del siglo XX era una actividad llevada a cabo por corporaciones habitacionales públicas hoy se ejecuta mayoritariamente por el sector privado con y sin fines de lucro²⁴.

El objetivo de esta investigación es explorar el impacto distributivo del derecho urbanístico, es decir, cómo este sistema regulatorio puede incidir en la distribución geográfica de las viviendas sociales en el entramado urbano. La siguiente sección utiliza la literatura comparada para ilustrar cómo este sistema normativo puede generar procesos de exclusión social.

¹⁸ Ver artículo 27, DL 1305.

¹⁹ SIERRA (2006) pp. 311-321.

²⁰ SIERRA (2006) p. 320.

²¹ RAJEVIC (2013) pp. 221-255.

²² RAJEVIC (2013) pp. 231-234.

²³ RAJEVIC (2013) pp. 236-246.

²⁴ RAJEVIC (2013) pp. 246-250.

III. EL IMPACTO SOCIAL DEL DERECHO URBANÍSTICO

El derecho urbanístico dice relación con normas e instrumentos de intervención pública que inciden directamente en el desarrollo físico de una ciudad. Es decir, se trata de un sistema regulatorio que determina la distribución de los distintos usos del espacio urbano, las posibilidades de construcción, la densidad y altura de una ciudad, entre otros parámetros. Es por ello que el derecho urbanístico tiene un impacto social muy significativo. Las normas y actos que componen el derecho urbanístico inciden en el tipo de relaciones económicas y sociales de quienes habitan un asentamiento urbano.

En este trabajo nos concentramos en un tipo de impacto social del derecho urbanístico, que tiene que ver con la distribución territorial de los residentes de una ciudad. El derecho urbanístico al definir usos, alturas, densidades, entre otros estándares, influye en cómo los individuos se localizan en una ciudad, determinando en forma relevante las preferencias habitacionales de quienes viven o quieren vivir en una ciudad.

El derecho urbanístico puede influir en la distribución territorial de las personas en una ciudad generando procesos de segregación urbana que ocurren cuando grupos sociales viven separados unos de otros en distintas zonas de una ciudad. La segregación urbana socioeconómica, que es el patrón típicamente latinoamericano, se refiere normalmente a la aglomeración de familias desfavorecidas en determinadas zonas urbanas, en barrios que se encuentran separados territorialmente de familias de mayores ingresos y con inadecuada provisión de servicios públicos y privados. La literatura ha demostrado que la segregación urbana de personas de bajos ingresos o pertenecientes a minorías étnicas tiene un efecto negativo sobre las oportunidades de desarrollo de esos individuos²⁵.

¿Cómo el derecho urbanístico puede incidir en procesos de segregación urbana? Esta es una pregunta que ha sido escasamente tratada en la literatura nacional²⁶. En el derecho comparado, sin embargo, esta pregunta ha recibido bastante más atención. Para lo que sigue de esta sección nos centraremos fundamentalmente en la literatura académica de los Estados Unidos, país donde el vínculo entre regulación urbana y segregación social ha sido una preocupación relevante de la investigación sobre urbanismo en el derecho y otras ciencias sociales²⁷.

Varios autores en los Estados Unidos han argumentado que el derecho y la política urbana han favorecido procesos de segregación urbana de familias desaventajadas²⁸. A nivel federal, por ejemplo, políticas de financiamiento de infraestructura pública –como carreteras– y de incentivos a la adquisición de propiedades estimularon la creación de pe-

²⁵ Dos trabajos muy citados en la literatura que examinan el impacto de la segregación urbana en familias afroamericanas de bajos ingresos en las ciudades de los Estados Unidos son WILSON (1987) y MASSEY y DENTON (1993). Algunos trabajos que han intentado analizar los efectos de la segregación urbana socioeconómica en Chile son LARRAÑAGA y SANHUEZA (2007), SIERRALTA (2008) y SABATINI y WORMALD (2013).

²⁶ Con la excepción de algunos trabajos de Enrique Rajevic. Ver, por ejemplo, RAJEVIC (2010a) y RAJEVIC (2010b).

²⁷ Ver, por ejemplo, FORD (1994), CASHIN (1999), FRUG (2001), SCHUCK (2003), BEEN (2005).

²⁸ Aquí nos basamos fundamentalmente en el trabajo de FRUG (2001) pp. 115-164. Ver también MASSEY y DENTON (1993) pp. 17-59.

queñas ciudades (suburbios) ubicadas en la periferia de zonas metropolitanas donde residen familias de ingresos medios y altos y que exhiben alta homogeneidad social²⁹. Por su parte, la política federal de vivienda en los Estados Unidos implementada desde fines de los años 30 hasta los años 70 es responsable de la creación de barrios altamente segregados de minorías raciales en las ciudades de ese país³⁰. Esta política, conocida como “el programa de la vivienda pública”, era financiada federalmente y operaba localmente a través de agencias locales que administraban edificios de vivienda construidos con alta densidad cuyos departamentos eran arrendados a personas de bajos ingresos. El problema con ese modelo de provisión de vivienda social era que las municipalidades incentivadas a participar eran aquellas con mayores residentes de bajos ingresos y grupos minoritarios, y su respuesta fue promover la construcción de edificios con alta densidad en barrios donde tradicionalmente se ubicaban familias desaventajadas, lo que incentivó fuertemente la segregación de esos proyectos de viviendas sociales³¹.

De acuerdo a Gerald Frug, las normas e instrumentos urbanísticos implementados a nivel local, es decir por municipalidades, han sido el factor jurídico y político que ha tenido mayor impacto en producir segregación urbana³². Uno de los instrumentos de mayor impacto en este sentido ha sido la zonificación y regulación del suelo urbano. Estos instrumentos han sido utilizados por muchas municipalidades, especialmente suburbios socialmente homogéneos de familias de ingresos medios y altos, para mantener sus jurisdicciones como barrios principalmente residenciales de baja densidad y altura, lo que ha tenido el efecto de prevenir la inclusión de viviendas de bajos ingresos, que tienden a construirse con alta densidad y altura³³. La práctica de excluir grupos sociales a través de la potestad de zonificación urbanística es conocida como “zonificación excluyente” (*exclusionary zoning*).

La razón por la cual municipalidades de ingresos medios y altos utilizan sus potestades regulatorias para prevenir la inclusión de viviendas sociales tiene que ver con la presión que ejercen los propietarios sobre las autoridades de la comuna. Esa es la hipótesis conocida como la teoría del “propietario-votante” (*the homeowner theory*)³⁴. En comunas residenciales de baja densidad, típicamente los suburbios en los Estados Unidos, los propietarios constituyen la mayoría del electorado de la comuna y ejercen su influencia para proteger el valor de sus residencias. Esto sucede incluso en comunas o ciudades donde los propietarios no son la fuerza electoral más grande pero igualmente ejercen mayor influencia sobre las autoridades locales en comparación con otros grupos u organizaciones debido a sus redes, nivel educacional, estatus socioeconómico, etc.³⁵.

Las razones por las cuales los propietarios de zonas residenciales ejercen su influencia para obstaculizar la llegada de viviendas sociales son varias. Una razón tiene que ver

²⁹ FRUG (2001) pp. 132-133.

³⁰ Ver, por ejemplo, el trabajo de FRIEDMAN (1966) y de SCHILL y WACHTER (1995).

³¹ SCHILL y WACHTER (1995) pp. 1292-1300.

³² FRUG (2001) pp. 143-149.

³³ FRUG (2001) pp. 143-145.

³⁴ Ver FISCHER (2001).

³⁵ Recientemente, BEEN *et al.* (2014) demostraron empíricamente la importante influencia política de propietarios-votantes en el desarrollo urbano de la ciudad de Nueva York.

con la percepción de que sus propiedades disminuirán su valor debido a la localización de viviendas de bajos ingresos cerca de ellas, percepción que no necesariamente se ajusta a la realidad³⁶. Otra razón tiene que ver con la situación fiscal de la municipalidad. La llegada de viviendas sociales puede, potencialmente, alterar el gasto público de una municipalidad, debido a que los nuevos residentes podrían requerir mayores niveles de provisión de servicios públicos. Esto podría implicar una reducción de otros servicios que benefician a los propietarios originales o la búsqueda de nuevas fuentes de financiamiento municipal. Esa alteración de la situación fiscal de una municipalidad también podría, eventualmente, tener un impacto en el valor de las propiedades de una comuna³⁷.

Otro grupo de razones para prevenir la llegada de viviendas sociales a una comuna de mayores ingresos son de corte más sociológico o culturales. La preferencia por vivir en un barrio socialmente homogéneo se ha relacionado con cierta predisposición psicológica que las personas desarrollan durante la adolescencia y que se caracteriza por el miedo a la complejidad e incerteza de la vida social. Esto llevaría a que muchos adultos opten por vivir en un ambiente ordenado, estable y coherente³⁸. A nivel más sociológico, la preferencia por barrios residenciales homogéneos estaría asociada a la histórica percepción social que enfatiza los aspectos negativos de la vida urbana: el ruido, el tráfico, la contaminación, el crimen, la suciedad, etc.³⁹.

En suma, varias razones –económicas, fiscales, psicológicas, sociológicas– explicarían el uso de reglas y prácticas locales para evitar la inclusión de viviendas sociales en barrios de mayores ingresos. La siguiente sección describe esas prácticas en el contexto de tres conflictos urbanos recientes ocurridos en Santiago.

IV. EL DERECHO URBANÍSTICO CHILENO “EN LA PRÁCTICA”

En esta sección describimos y analizamos tres conflictos urbanos recientes originados por la eventual construcción de un proyecto de viviendas sociales en barrios de medianos y altos ingresos en Santiago, Chile. El objetivo de la descripción es identificar cómo las reglas e instrumentos del derecho urbanístico pueden ser usadas con propósitos socialmente excluyentes. Esto requiere examinar el “uso” del derecho urbanístico en la práctica, es decir, como los actores principales encargados de tomar decisiones jurídicas en el ámbito urbano le dan sentido y realidad a las reglas e instrumentos de esta área del derecho.

La decisión de estudiar tres conflictos urbanos recientes tiene que ver con dos razones fundamentales. La primera dice relación con el acceso a la información. En un escenario ideal, uno quisiera estudiar todos los conflictos urbanos vinculados a la inclusión de viviendas sociales en áreas de mayores ingresos. Sin embargo, la información respecto de esos conflictos es limitada. Es por ello que hemos seleccionado conflictos que tuvieron cierta repercusión mediática. En cualquier caso, la posibilidad de ocurrencia de uno de esos conflic-

³⁶ BEEN *et al.* (2014) 231-233.

³⁷ BEEN *et al.* (2014) p. 232.

³⁸ FRUG (2001) pp. 119-122.

³⁹ FRUG (2001) pp. 122-132.

tos no es alta en las ciudades chilenas, porque, como bastante evidencia lo ha demostrado, el precio de los subsidios habitacionales no permite competir por suelo bien localizado, salvo casos muy excepcionales de proyectos que cuentan con financiamiento complementario, como los que se estudiarán⁴⁰. La segunda razón es que el examen de tres conflictos permite estudiar con mayor profundidad los procesos institucionales que intentamos identificar en este trabajo. En otras palabras, existe un *tradeoff* entre, por un lado, estudiar un número limitado de casos en profundidad, y, por otro lado, estudiar un número mayor de casos pero a nivel más superficial, asumiendo la existencia de recursos limitados de investigación⁴¹. La limitación obvia de esta decisión metodológica es que las generalizaciones que uno pueda hacer con el análisis comparativo de estos casos deben tomarse con cautela.

Para el examen de los casos hemos acudido a diversas fuentes de información pública tales como reportes de prensa, información en sitios web, documentos oficiales, etc. También hemos recopilado antecedentes que no se encuentran disponibles en sitios web a través de varias solicitudes de acceso a la información pública que fueron acogidas. En ocasiones específicas hemos recolectado información acudiendo a ciertos informantes claves con conocimiento de los casos en estudio. Como algunos de estos conflictos aún no están cerrados, para este trabajo, hicimos seguimiento de estos casos hasta diciembre de 2018.

1. CONFLICTOS EN LA COMUNA DE PEÑALOLÉN

En la comuna de Peñalolén, ubicada en el sector sur-oriente de la ciudad de Santiago, se han producido varios conflictos urbanos motivados por la potencial construcción de proyectos de viviendas sociales en barrios de mayores ingresos.

La zona de la ciudad que hoy cubre la comuna de Peñalolén fue históricamente un área de baja densidad poblacional con un carácter cuasi rural. La población de esta área urbana comenzó a aumentar en los años 60 cuando muchas familias de bajos ingresos que vivían en otras partes de la ciudad fueron trasladadas ahí, en algunos casos creando asentamientos irregulares o campamentos, que después fueron formalizados a través de distintos programas habitacionales⁴². El año 1981 fue creada la Municipalidad de Peñalolén para gobernar esa zona urbana, que hasta entonces era parte de la jurisdicción de la Municipalidad

⁴⁰ En los últimos años la política habitacional del MINVU ha realizado esfuerzos para implementar programas de subsidios habitacionales que promuevan la integración social urbana. Dos programas recientes que tienen ese objetivo son el DS 116 (2015) y el DS 19 (2016). Estos programas establecen subsidios habitacionales para que personas con distintas realidades socioeconómicas sean incluidas en un mismo conjunto habitacional, el que debe cumplir con ciertos criterios en términos de localización y calidad de las viviendas y equipamiento. Ver DECRETO N° 116 de 2015 y DECRETO N° 19 de 2016, Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Hasta donde llega nuestro conocimiento, no existen evaluaciones sistemáticas sobre la implementación de estos subsidios. Información anecdótica sugiere que si bien se ha producido cierto grado de integración social en los conjuntos construidos (aunque dentro de familias que califican para recibir subsidios habitacionales), la localización de estos en general no ha sido muy distinta de la de proyectos habitacionales financiados con los programas de subsidios tradicionales. Sobre la experiencia de integración social de algunos proyectos habitacionales, ver CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC (2010) y GRANDON y ASTABURUAGA (2017).

⁴¹ En el lenguaje de la metodología de las ciencias sociales, esto se conoce como el *tradeoff* entre maximizar validez interna versus validez externa.

⁴² SALCEDO (2010) p. 100

de Ñuñoa⁴³. Durante los 80, la comuna siguió siendo destino de viviendas subsidiadas para familias vulnerables. Sin embargo, en los años 90 Peñalolén comenzó a atraer el interés de residentes de mayores ingresos, debido a su cercanía con las comunas de ingresos altos ubicadas en el sector oriente de Santiago, sus precios relativamente bajos en comparación con esas comunas, y la oportunidad de vivir en desarrollos inmobiliarios de baja densidad⁴⁴.

Debido al creciente interés de grupos medios y altos por vivir en la comuna, y al consiguiente aumento en el precio de los terrenos, la Municipalidad de Peñalolén ha enfrentado un escenario progresivamente complejo para promover la construcción de viviendas sociales en la comuna. La presión por acceso a vivienda formal ha sido alta en los últimos años, debido al significativo número de familias que viven como allegados o en asentamientos irregulares, y que muestran una fuerte preferencia por quedarse en esa comuna.

Una de las presiones más fuertes por acceso a la vivienda surgió desde las familias que habitaban la Toma de Peñalolén, lo que dio origen a un conflicto urbano que atrajo bastante interés público. La Toma de Peñalolén se originó el año 1999, cuando un grupo de alrededor de 1.700 familias invadió un terreno privado. El caso atrajo mucha atención porque representaba la creación de uno de los asentamientos irregulares de mayor tamaño creado varios años después del regreso a la democracia en 1990 y al final de una década de alto crecimiento económico, procesos que, en teoría, deberían desincentivar más que incentivar la aparición de estos asentamientos.

La Municipalidad de Peñalolén y el MINVU se encontraron sujetos a una fuerte presión por otorgar una solución habitacional definitiva a las familias de la Toma, las que obraron con un alto nivel de organización. Como la alternativa de trasladar a las familias de la Toma a otras comunas fue rechazada, la decisión final tomada por el MINVU fue comprar terrenos en otros lugares dentro de Peñalolén para construir las viviendas sociales requeridas.

Uno de los terrenos que el MINVU compró para proveer soluciones habitacionales a los residentes de la Toma estaba ubicado en un condominio privado de familias de altos ingresos conocido como la “Comunidad Ecológica”. Eso generó una fuerte tensión entre el gobierno y los residentes de ese condominio, quienes argumentaron que el proyecto medioambiental que motivó la creación de esa comunidad habitacional se vería por completo destruido con la construcción de un proyecto de viviendas sociales de alta densidad. Después de un largo proceso de negociación, el interés de los residentes del condominio prevaleció. Una empresa inmobiliaria compró el terreno que había sido adquirido por el MINVU y entregó un monto de dinero a cada una de las familias contempladas en el proyecto habitacional subsidiado para que pudieran acceder a viviendas ubicadas en otros barrios de la comuna. Así, con ese bono adicional de dinero complementario a los subsidios habitacionales, quienes eran parte del proyecto pudieron financiar la construcción de viviendas en otra zona de la comuna.

A pesar de la solución que se otorgó a las familias de la Toma de Peñalolén, el conflicto por incluir viviendas sociales en terrenos de la Comunidad Ecológica continuó. Debido a la necesidad de construir viviendas sociales para familias de allegados de la comuna,

⁴³ SALCEDO (2010) p. 100.

⁴⁴ SALCEDO (2010) pp. 100-101.

la Municipalidad decidió hacer un cambio al Plan Regulador Comunal para aumentar la densidad en varias zonas y organizar mejor las reglas que gobiernan su jurisdicción. Los cambios propuestos incluían el aumento de densidad en un sector de la Comunidad Ecológica⁴⁵. El alcalde de ese entonces decidió someter la modificación al Plan Regulador a un plebiscito, el cual fue realizado el 11 de diciembre de 2011⁴⁶. La votación de los residentes de la comuna dio como resultado el rechazo al cambio al plan regulador por un 52%⁴⁷. La resistencia al cambio del plan regulador tuvo distintas motivaciones. Algunos dirigentes de movimientos sociales consideraron que el principal beneficiario del aumento de densidad en varias partes de la comuna iba a ser la industria inmobiliaria, lo que atentaba contra el interés público de los habitantes de ese distrito⁴⁸. Otros grupos, como algunos residentes de la Comunidad Ecológica, rechazaron el cambio por sus implicancias en la potencial construcción de proyectos de viviendas sociales en zonas residenciales de baja densidad y de mayores ingresos, como las de ese sector de la comuna.

La Municipalidad de Peñalolén, junto con el MINVU, siguió buscando opciones para organizar la construcción de proyectos de viviendas sociales dentro del municipio que pudieran alojar a familias en situación de allegamiento. Para ello, el MINVU expropió un terreno ubicado en la Comunidad Ecológica. El problema del terreno es que en esa zona las normas del Plan Regulador permiten una densidad máxima de 50 habitantes por hectárea, lo que no hacía factible la construcción de un proyecto de viviendas sociales. Por ello, la Municipalidad, junto con organizar a las familias interesadas en la postulación a los subsidios y planificación del proyecto, decidió cambiar el plan regulador para aumentar la densidad de ese terreno. Así, cumpliendo con todos los procedimientos legales vigentes para realizar el cambio al plan regulador, dictó el Decreto Alcaldicio N° 1200/3326 del año 2016, que aumentó la densidad de ese sector de la comuna.

Sin embargo, un propietario de la Comunidad Ecológica decidió interponer un recurso de protección para dejar sin efecto ese Decreto Alcaldicio por una supuesta infracción de los principios de probidad y veracidad administrativa, y por una supuesta amenaza cierta e inminente al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación establecido en el artículo 19 número 8 de la Constitución Política. El recurso de protección fue rechazado por la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, pero acogido por la Tercera Sala de la Corte Suprema⁴⁹. Los argumentos principales entregados por la Corte Suprema para acoger el recurso fueron que el Decreto Alcaldicio alteraba el resultado del plebiscito comunal vinculante que se había realizado algunos años atrás que había mantenido la densidad baja de ese sector de la comuna, y que no había considerado que el aumento de la densidad alteraba los asentamientos humanos y de animales, y la flora protegida existente.

⁴⁵ EMOL (11/12/2011b).

⁴⁶ EMOL (11/12/2011a).

⁴⁷ EMOL (11/12/2011b).

⁴⁸ RADIO UCHILE (12/12/2011).

⁴⁹ *NACIF CON MUNICIPALIDAD PEÑALOLÉN* (2018).

Al término de la recopilación de información para este trabajo, la Municipalidad se encontraba evaluando qué acciones tomar después de la decisión de la Corte Suprema⁵⁰.

2. CONFLICTO EN LA COMUNA DE MAIPÚ

El segundo caso que describiremos corresponde al conflicto urbano ocurrido a propósito de la promoción de un proyecto de viviendas sociales en la comuna de Maipú, ubicada en el sector poniente de la ciudad de Santiago. La comuna de Maipú alberga en su mayoría familias de ingresos medios.

En el año 2014 el Comité de Allegados⁵¹ “Flor del Valle” conformado por un grupo de habitantes de campamentos ubicados en las comunas de Maipú y Cerrillos de la Región Metropolitana, acudió ante las autoridades de la Municipalidad de Maipú con el objeto de obtener financiamiento complementario a los subsidios habitacionales otorgados por el MINVU para adquirir el predio ubicado en dicha comuna, en el cual se desarrollaría un proyecto de viviendas para 850 personas. Con el financiamiento de los subsidios habitacionales no era posible adquirir el terreno y cubrir los costos de la construcción del condominio de viviendas sociales.

Los fondos públicos a los que buscaban acceder provenían del “Programa Mejoramiento de Barrios”, en cuyo reglamento⁵² se establecen distintas vías de acción para contribuir a la reducción de las condiciones de marginalidad sanitaria con déficit de servicios básicos. Dentro de ellas se contempla la construcción de infraestructura sanitaria y la entrega de sitios con su respectivo título de propiedad a cada beneficiario. En la asignación de fondos intervienen distintos órganos públicos, dentro de los cuales la Municipalidad es la encargada de realizar estudios de diagnóstico y de promover la organización de los beneficiarios del Programa, así como también de la elaboración de los proyectos.

El Comité fue asesorado desde un comienzo por la Fundación TECHO-Chile, que en el ámbito de la organización de proyectos de viviendas sociales opera como una Entidad Patrocinante⁵³. Gracias a las gestiones del Comité y de TECHO-Chile, el alcalde de la Municipalidad de Maipú remitió el 23 de junio de 2014 al Subsecretario de Desarrollo Regional y Administrativo de la Región Metropolitana la postulación del proyecto de Conjunto de Viviendas Económicas “Flor del Valle”.

La postulación del comité “Flor del Valle” resultó seleccionada y, por tanto, se le asignó a la Municipalidad de Maipú la suma de \$492.959.236 para la adquisición del terreno en la misma comuna. Este predio cuenta con una superficie de 16.585,16 metros

⁵⁰ EMOL (14/7/2018).

⁵¹ El allegamiento se define como la estrategia utilizada por los hogares y núcleos familiares para solucionar la falta de vivienda, compartiendo una vivienda con otro hogar o núcleo (ver sitio web “Observatorio Social”, MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL).

⁵² DECRETO N° 829 de 1998, Ministerio del Interior.

⁵³ Las Entidades Patrocinantes son personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro, cuyas principales funciones son: asesorar individual o colectivamente a las familias en el proceso de postulación a un subsidio del MINVU, elaborar los proyectos técnicos de vivienda y/o de urbanización, prestar asesoría legal durante el desarrollo del proyecto y acompañar socialmente a las familias desde la postulación hasta el término definitivo del proyecto (ver sitio web “Proveedores Técnicos MINVU”, MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO).

cuadrados y se encuentra localizado en el límite sur de la comuna de Maipú, rodeado de viviendas de clase media y media-baja que se emplazaron en dicho lugar en la década de los 80 y 90.

Habiendo recibido los dineros, la Municipalidad de Maipú se encontraba habilitada legal y económicamente para adquirir el terreno ubicado en la misma comuna. Sin embargo, con fecha 11 de noviembre de 2016, la Municipalidad no procedió a la adquisición del predio, sino que, por el contrario, decidió restituir los fondos asignados para ello⁵⁴. Esta decisión se tomó en la Sesión Ordinaria N° 1032 del Concejo Municipal de Maipú llevada a cabo el 29 de julio de 2016. En ella, los integrantes del Concejo debatieron en extenso sobre la adquisición del predio y la posterior construcción de viviendas sociales en la comuna. Finalmente, la discusión se zanjó en una votación que tuvo el siguiente resultado: 5 votos de rechazo –entre ellos, el del Alcalde–, 4 votos a favor y una abstención.

La votación de rechazo fue adoptada por autoridades de distintos partidos políticos quienes no comparten necesariamente la misma sensibilidad ideológica⁵⁵. Ahora bien, dentro de las razones expresadas por quienes rechazaron adquirir el predio para la construcción del proyecto de viviendas se pueden identificar, por un lado, que no habría existido suficiente diálogo entre las partes involucradas –Fundación TECHO-Chile, el comité Flor del Valle y los habitantes del sector– y, además, que no estaban dadas las condiciones para la construcción del proyecto, ya sea porque podrían ocurrir hechos de violencia, o bien, porque el municipio sería incapaz de satisfacer las necesidades de los nuevos vecinos del sector. En cualquier caso, la decisión del Concejo Municipal en orden a rechazar la adquisición del inmueble para llevar adelante la construcción del proyecto habitacional pareció reflejar los temores de los habitantes del sector donde este se llevará a cabo respecto de sus nuevos vecinos, más que expresar razones atendibles que hubieran justificado la inviabilidad de llevarlo a cabo⁵⁶.

⁵⁴ A través del DECRETO ALCALDICIO N° 4184.

⁵⁵ Votaron a favor de adquirir el predio los concejales Carol Bortnick (PPD); Antonio Neme (UDI); Ariel Ramos (PC); Mauricio Ovalle (DC). Por su parte, votaron en contra el alcalde Christian Vittori (DC) y los concejales Herman Silva (DC); Carlos Jara (PPD); Abraham Donoso (DC); y Marcela Silva (PS). Se abstuvo de votar el concejal Alejandro Almendares (Ind.).

⁵⁶ A modo de ejemplo de las razones entregadas, los motivos que esgrimió el concejal, don Herman Silva (DC), para justificar su voto de rechazo fueron los siguientes: “...yo recibí a las dos partes, conozco el pensamiento de uno y de otro y con ninguno de los dos bandos me he comprometido, pero ahora si lo traen al Concejo hay que tomar una resolución al respecto y yo parto con respecto a eso diciendo que en cuanto a mí se refiere y en lo que voy a exponer que me pasó a mí siendo Alcalde de la comuna y viviendo yo en el sector, también hubo algo parecido sacaron gente de las turbinas y de otros lugares del gran Santiago y yo cuando vi el asunto que era bien complejo, obtuve que el 90% de los que llegaron ahí fueran de Maipú, creí que con eso solucionaba todo el problema y no fue así el asunto, llegó, se asignaron las viviendas, había que ir de parte del Serviu hacerse cargo, un día X y un día menos pensado yo estaba en mi casa, vivía en la Villa Arturo Godoy y muy cerca donde se están construyendo y sentí un bullicio violento y alrededor de 400 pobladores de allá llegaron esperaron que se abriera una puerta y pasaron todo y coparon todo, indudablemente que cuando la cosa se puso muy peligrosa, aparecieron dos helicópteros sobre volando (sic), porque el Alcalde en el fondo estaba secuestrado y después llegaron tres buses de Carabineros, yo hablé con ellos”. “...de acuerdo a lo que me pasó a mí, ahora está mucho más grande la Villa Jardín Los Héroes que antes, tiene mucho más gente, pero no quiero pasar por lo que pasé antes y tener que dejar mi casa, irme a otro lugar por el ataque constante digamos sobre todo los días festivos o los sábados, por lo

A pesar de la decisión adoptada por la Municipalidad de Maipú de rechazar los fondos y por tanto obstaculizar la construcción del proyecto de viviendas sociales, finalmente el MINVU decidió comprar directamente el predio para permitir el desarrollo del proyecto. Para ello, este órgano adquirió el inmueble por aplicación de la Ley 16.391, que en su artículo 50 habilita al MINVU para expropiar predios que se encuentren afectos a utilidad pública, tal como se consideró en este caso. Al término del levantamiento de información usada en este artículo, el proyecto se encontraba en una etapa avanzada de construcción.

3. CONFLICTO EN LAS COMUNAS DE VITACURA Y LAS CONDES

El tercer conflicto que describiremos ocurrió a propósito de un proyecto de viviendas sociales promovido por la Municipalidad de Las Condes para ser emplazado en un barrio ubicado dentro de la comuna de Vitacura, uno de los sectores con viviendas de mayor valor en la Región Metropolitana.

La curiosa situación en la cual una Municipalidad pretendía localizar un proyecto de viviendas sociales en otra comuna se produjo porque previo a la creación de la Municipalidad de Vitacura en 1991, el terreno donde se emplazarían las viviendas subsidiadas se encontraba dentro de los límites de la comuna de Las Condes. Ese terreno fue adquirido por la Municipalidad de Las Condes el año 1971, y ha permanecido en su patrimonio hasta el día de hoy, puesto que cuando se creó la Municipalidad de Vitacura ese predio nunca le fue transferido, a pesar de ubicarse dentro de su territorio.

En su calidad de propietario del inmueble en cuestión, la Municipalidad de Las Condes puede legítimamente usarlo y destinarlo a cualquier fin que no vaya contra la ley o derecho ajeno. Previo a una reforma al Plan Regulador Comunal de Vitacura del 23 de marzo de 2018, el terreno perteneciente a Las Condes (ubicado en Vitacura) permitía una densidad media de 200 viviendas por hectárea. En consecuencia, era perfectamente lícito para las autoridades locales de la comuna de Las Condes que se promoviera un proyecto de viviendas que cumpliera con dichos parámetros.

Así fue como a finales del mes de marzo y principios del mes de abril del año 2017, la Municipalidad de Las Condes presentó dos anteproyectos ante la Dirección de Obras de Vitacura con el propósito de construir entre 450 y 562 viviendas subsidiadas para recibir aproximadamente a 2000 residentes provenientes de la comuna de Las Condes, principalmente del sector Colón Oriente. Los habitantes de dicho sector, ubicado al suroriente de la comuna entre las calles Río Guadiana, Cristóbal Colón, Padre Hurtado y Paul Harris, sufren el estigma de ser un barrio al que se le asocia varios problemas sociales.

El primer paso para llevar a cabo un proyecto inmobiliario es la presentación de un anteproyecto de edificación ante la Dirección de Obras Municipales. Una vez aprobado por el Director de Obras Municipal, dicho acto le asegura al requirente que la normativa urbanística vigente al momento de la aprobación del anteproyecto no sufrirá cambios siempre que presente el proyecto definitivo dentro del plazo de 180 días, el que puede ampliarse a un

tanto, yo lo siento mucho, pero como sufrí algo en carne propia, no voy a aprobar digamos lo que está propuesto en este momento” (Acta de la Sesión Ordinaria N° 1032 del Concejo Municipal de Maipú).

año⁵⁷. En atención a ello, la Municipalidad de Las Condes ingresó los anteproyectos mencionados arriba. Sin embargo, el Director de Obras no se pronunciaría respecto a ninguno de ellos debido a que con fecha 7 de abril de 2017 el alcalde de Vitacura dictó el Decreto 3/764 a través del cual decidió postergar por tres meses el otorgamiento de permisos de subdivisión, loteo, urbanización y de construcción en la zona donde se desarrollaría el proyecto de Las Condes. El alcalde se encontraba habilitado para tomar la decisión de postergar los permisos en base a lo dispuesto en el artículo 117 de la LGUC, dado que en el sector donde iba a emplazarse el proyecto de viviendas se había aprobado recientemente el estudio de modificación del Plan Regulador Comunal y, además, la Secretaría Regional del MINVU aprobó dicha determinación.

Por lo demás, según se deriva de las palabras que el alcalde de Vitacura, don Raúl Torrealba, entregó a los medios de prensa, aquél no estaba de acuerdo con que se realizara un proyecto de viviendas sociales en su comuna, por las siguientes razones: “El precio impide que puedan construirse viviendas sociales. La vivienda social está regulada y determinada. No se pueden hacer viviendas sociales a ese precio. Es lo que dije desde el principio”⁵⁸. “¿Viviendas sociales? No, viviendas sociales, jamás. Y no es porque Torrealba sea insensible, es porque la ley no lo permite. No es cuestión de voluntad”⁵⁹. “Me he sentado a la mesa con la mejor disposición, aplaudo a Lavín, ojalá pueda hacer muchas viviendas sociales en Las Condes. Me parece súper bien lo que hace. Cada alcalde es soberano en su comuna y Joaquín tiene que decidir qué hace en Las Condes [...] desde hace años que Vitacura está pensada como una comuna que aporta parques a la ciudad. No es que yo sea un insensible; es el proyecto que hemos impulsado desde hace años, desde el puente Lo Saldes hasta el San Francisco”⁶⁰.

Sin perjuicio de la voluntad de las autoridades de la comuna de Vitacura de obstaculizar el proyecto de viviendas sociales en su comuna, a la fecha de presentación de los anteproyectos de construcción por parte de Las Condes en la Dirección de Obras de Vitacura, las normas de uso de suelo y edificación eran plenamente compatibles con el proyecto de viviendas que se pretendía realizar⁶¹.

Así, a través del Decreto N° 3/646 de fecha 23 de marzo de 2018 se materializó la modificación del Plan Regulador Comunal de Vitacura, cambiando tanto el uso de suelo como también las condiciones de edificación de la zona donde se ubica el predio de Las Condes. En virtud de esta modificación, dicho lugar pasó de constituir un Área de Edificación Aislada Media (E-Am5) a ser un Área de Edificación Especial N° 2 (Ee2), equivalente al Parque Metropolitano de Santiago. Eso implica que ahora en el terreno no se puede construir sino edificaciones compatibles con el carácter de área verde de uso público, las cuales tampoco pueden superar en su conjunto más del 1% de la superficie total del pre-

⁵⁷ Ver artículo 116 inciso 9° LGUC y artículo 1.4.11 de la OGUC.

⁵⁸ EL MERCURIO DE SANTIAGO (6/5/2018) p. D 11.

⁵⁹ EL MERCURIO DE SANTIAGO (6/5/2018) p. D 11.

⁶⁰ EL MERCURIO DE SANTIAGO (6/5/2018) p. D 11.

⁶¹ De hecho, en un predio adyacente casi al mismo tiempo se aprobó un anteproyecto para construir un edificio con departamentos de alto valor económico, a través de la Resolución N° 744 del Director de Obras de fecha 12 de diciembre de 2017.

dio⁶². Con estas condiciones normativas, claramente el proyecto de viviendas sociales se hacía inviable en la zona.

Este cambio en las condiciones urbanísticas de la zona donde se encuentra emplazado el predio de Las Condes en Vitacura provocó una intensa discusión entre las autoridades de ambos Municipios. Sin embargo, con el objeto de poner fin a la controversia entre las autoridades, el gobierno central intervino en la disputa a través del Ministro de Vivienda y Urbanismo⁶³. Como resultado de esta intervención, el Ministro y los alcaldes de Las Condes y Vitacura suscribieron una declaración de intenciones con fecha 4 de julio de 2018 en virtud de la cual se comprometieron a lo siguiente: La Iltre. Municipalidad de las Condes “a evaluar la existencia de vías legales idóneas para transferir su propiedad a la Ilustre Municipalidad de Vitacura con un 50% del terreno a título gratuito y el saldo a título oneroso”; mientras que la Iltre. Municipalidad de Vitacura, se comprometió a “evaluar las alternativas legales idóneas que permitan al Municipio de Las Condes a desarrollar su proyecto integrador mediante la obtención de los fondos necesarios derivados de la adquisición, a título oneroso, del 50% restante de la propiedad”.

A los pocos días de suscribir el acuerdo, la Municipalidad de Las Condes hizo pública su voluntad de construir un proyecto de viviendas sociales en un predio dentro de los límites de su comuna, particularmente en el sector de la Rotonda Atenas, el cual recibirá a más de 80 familias que cumplan con los criterios definidos por el Concejo Municipal⁶⁴.

V. DISCUSIÓN DE LOS CASOS

¿Qué lecciones pueden obtenerse de los tres casos descritos respecto de la práctica del derecho urbanístico en Chile y su incidencia en procesos de exclusión social?

Un primer aspecto que merece ser comentado tiene que ver con el resultado de los tres conflictos urbanos descritos. A primera vista podría parecer que el desenlace de estos conflictos, a pesar de todas las tensiones sociales e institucionales que han producido, no ha sido necesariamente desfavorable para la construcción de vivienda sociales. En el caso del conflicto en Maipú, el proyecto está en construcción. En Peñalolén el proyecto ya está aprobado por las autoridades locales y queda por verse su desenlace institucional después de la decisión de la Corte Suprema que acogió el recurso de protección en contra del cambio al plan regulador que permitió la aprobación del proyecto. En el conflicto entre las Municipalidades de Vitacura y Las Condes, la construcción en Vitacura fue cancelada, pero al parecer el proyecto sería viable en un barrio de la comuna de Las Condes. En consecuencia, después de largas y fuertes batallas, es posible que las viviendas sociales que originaron esos conflictos sean finalmente construidas.

Sin embargo, creemos que es al menos problemático sugerir que el resultado final ha sido positivo desde el punto de vista del interés público en juego: la generación de vivienda social inclusiva. Los tres casos ilustran los altos costos que la construcción de viviendas so-

⁶² Ver Artículo 5.2.2 del Plan Regulador Metropolitano de Santiago.

⁶³ LA TERCERA PM (10/4/2018).

⁶⁴ EMOL (5/7/2018).

ciales tiene que enfrentar cuando se trata de construir unidades habitacionales subsidiadas en barrios relativamente caros. Estos proyectos no solo enfrentan la barrera del precio del suelo que desde ya hace prácticamente imposible la construcción de cualquier proyecto de viviendas sociales en comunas de ingresos medios y altos, y que los programas de subsidios habitacionales, incluso en sus nuevas versiones que intentan promover la integración social, no han podido resolver. Además de esa barrera inicial, los tres casos demuestran el nivel de tensiones sociales e institucionales que se genera en los pocos casos en los que esa barrera es superada. Eso no solo es problemático desde el punto de vista de los costos de los proyectos analizados sino también desde la perspectiva de la señal que se genera para futuros proyectos. El nivel de riesgo involucrado en este tipo de proyectos constituye un fuerte desincentivo para varios de los actores públicos y privados involucrados en la construcción de vivienda sociales.

Los tres casos analizados muestran que la práctica del derecho urbanístico puede generar fuertes obstáculos para la generación de viviendas sociales bien localizadas. Aquí nos centraremos en tres aspectos principales. Un primer aspecto tiene que ver con la presión de grupos de interés, que en los tres casos descritos está representada por la influencia ejercida por los propietarios que viven en zonas aledañas a los proyectos. En comunas de ingresos medios y altos la presión de estos grupos afecta de modo relevante la práctica del derecho urbanístico. La teoría de los grupos de interés sugiere que en aquellos contextos regulatorios en los cuales los beneficios son difusos —es decir, aprovechados por muchos individuos u organizaciones— y los costos son concentrados —es decir, impuestos sobre pocos individuos u organizaciones— es esperable que estos últimos grupos ejerzan una fuerte influencia para que las decisiones regulatorias les sean favorables⁶⁵. Los casos descritos, sin embargo, no se ajustan perfectamente al modelo tradicional de la teoría de grupos de interés, porque aquí tanto los beneficios como los costos están concentrados. Los beneficiados son las familias que habitarán las viviendas sociales y quienes deben soportar los (supuestos) costos son los propietarios aledaños, quienes, como vimos en los casos, consideran que el valor de su propiedad puede verse afectado o temen la presencia de vecinos a quienes no conocen y que pertenecen a otro estrato socioeconómico. A pesar de que en este contexto regulatorio existen dos grupos de interés opuestos, los propietarios ejercen una presión más fuerte, probablemente debido al mayor capital cultural, social y económico que poseen. Los casos demuestran que ese desbalance entre los grupos de interés directamente afectados solo se puede compensar en la medida que participen otros actores institucionales que apoyen las demandas de las familias beneficiarias de las viviendas subsidiadas.

Otro aspecto importante de la práctica urbanística descrita es que los propietarios y residentes aledaños a los proyectos de viviendas sociales ejercen fuertes presiones sobre las respectivas autoridades locales, las cuales cuentan con amplias potestades que pueden utilizar para obstaculizar la construcción de las viviendas. En el caso de Maipú, el Concejo Municipal decidió rechazar la transferencia de recursos del gobierno central para la compra del terreno requerido. En el caso de Vitacura, se hizo un cambio a las densidades establecidas por el plan regulador comunal para el terreno en cuestión, modificación que normalmente

⁶⁵ Ver BALDWIN *et al.* (2012) pp. 43-49.

demora bastante más tiempo del que tomó en este caso. El caso de Peñalolén no ha seguido el mismo patrón en este punto, debido a que las autoridades locales han ejercido un rol activo en promover la construcción de viviendas sociales en su comuna. A pesar de ello, el interés de propietarios y residentes que se oponen a la llegada de viviendas subsidiadas para familias de bajos ingresos ha prevalecido, para lo cual han usado varios mecanismos institucionales existentes. En un primer término lograron obstaculizar la construcción de viviendas sociales a través de la movilización social que permitió el rechazo, expresado en un plebiscito comunal, al cambio del plan regulador necesario para construir esas viviendas en los terrenos de la Comunidad Ecológica. En una segunda instancia, ese mismo resultado se logró a través de la intervención de los tribunales por medio de un recurso de protección.

Lo común a estos tres casos es que la práctica del derecho urbanístico envuelve un conjunto de procesos institucionales en los que propietarios y residentes con alto capital social y económico pueden influir para defender sus intereses. Varios de estos procesos jurídicos se encuentran alojados en el nivel local, pero también existen otras instancias donde grupos de interés pueden influir sobre decisiones vinculadas al desarrollo urbano que terminan incidiendo en las posibilidades de localización de viviendas sociales, como lo demuestra el caso de Peñalolén. Es interesante notar que a diferencia del caso norteamericano, donde lo habitual es utilizar normas urbanísticas que previenen la llegada de viviendas sociales a zonas de mayores ingresos, estos casos demuestran que los procesos jurídicos para obstaculizar la llegada de viviendas sociales han sido utilizados después de que se ha hecho viable la instalación de un conjunto de viviendas sociales en un área residencial de grupos medios y altos⁶⁶.

Un último aspecto relevante de comentar es la relación entre el gobierno central y los gobiernos locales. Las municipalidades tienen fuertes incentivos a favorecer el interés de sus residentes, quienes conforman el cuerpo electoral de la comuna. En consecuencia, el ejercicio de sus potestades urbanísticas tenderá a favorecer al grupo mayoritario de la comuna. Por eso, no es de extrañar que autoridades de una comuna como Vitacura se resistan a la llegada de familias de bajos ingresos. Peñalolén, por su parte, tiene presencia de distintos grupos socioeconómicos en la comuna, lo que permite que sus autoridades favorezcan la inclusión de viviendas sociales en terrenos de esa jurisdicción, especialmente para residentes de la misma comuna. Quien ejerce un rol clave en estos procesos es el gobierno central, representado por el MINVU. En los tres casos se puede ver que el MINVU ejerció un rol mediador entre los intereses de los gobiernos locales y el interés general de promover la generación de viviendas sociales. En algunos casos, su voluntad se impuso frente a la de autoridades locales. En el caso de Peñalolén y Vitacura, el MINVU medió entre las partes para buscar una solución que respetara el interés de los residentes de esas comunas pero que también permitiera la construcción de viviendas sociales en barrios cercanos. En el caso de Vitacura, sin embargo, primó el interés de esa comuna de no llevar a cabo el proyecto en el

⁶⁶ Habría que precisar, sin embargo, que la utilización de normas urbanísticas para prevenir la construcción de conjuntos habitacionales en densidad, y con ello obstaculizar la llegada de viviendas subsidiadas antes de que su edificación sea viable en un barrio de altos ingresos, es algo que hasta donde tenemos conocimiento no ha sido estudiado sistemáticamente en Chile.

terreno original, pero con la compra de parte del terreno a Las Condes, esta última municipalidad podrá usar esos fondos para financiar el proyecto que ahora será emplazado en un sitio en esa jurisdicción, lugar con muy buena localización dentro de Santiago. En el caso de Maipú, el MINVU se impuso sobre el interés del gobierno local, expropiando directamente el terreno para construir el condominio de viviendas sociales. En el caso de Peñalolén, el MINVU apoyó a las autoridades locales expropiando un terreno de la Comunidad Ecológica, pero la Corte Suprema frenó la construcción de viviendas sociales. Pareciera, entonces, que los gobiernos locales no están en una posición institucional adecuada para proteger el interés de promover la construcción de vivienda inclusiva. Para ello se requiere de una mirada de ciudad, que en el caso del régimen jurídico chileno vigente, está ubicada en el gobierno central.

VI. CONCLUSIÓN

El derecho urbanístico puede constituir un espacio para fuertes disputas entre ciudadanos. Como el derecho urbanístico tiene que ver con las normas que definen los derechos de propiedad que tienen los residentes de una ciudad, y con la forma física y social que las zonas urbanas adoptan, es razonable la alta sensibilidad que la intervención administrativa en el espacio urbano genera.

Los casos descritos en este trabajo dan cuenta de algunos aspectos de la práctica del derecho urbanístico que constituyen fuertes obstáculos para la promoción de viviendas sociales en barrios bien localizados. El primero es la fuerte influencia que ejercen propietarios y residentes con alto capital social sobre los tomadores de decisiones en materia urbanística. El segundo es la existencia de una amplia variedad de potestades que recaen sobre todo en las autoridades locales, las cuales pueden ser usadas para obstaculizar la generación de viviendas sociales si la influencia de propietarios y residentes triunfa sobre el interés público. El tercero es la posición institucional de los gobiernos locales, que tienen fuertes incentivos a oponerse a la llegada de viviendas sociales, a diferencia del gobierno central, quien en el derecho chileno tiene la posibilidad de velar por el interés de la ciudad como un todo. El buen gobierno de las ciudades requiere la participación de propietarios y residentes en los procesos de decisiones urbanísticas, la discrecionalidad en el uso de mecanismos de intervención para ir respondiendo a las necesidades urbanas que van surgiendo y la presencia de gobiernos locales que puedan atender las necesidades de sus comunidades. Sin embargo, esos intereses deben balancearse con el interés público que representa la generación de viviendas sociales bien localizadas, sobre todo considerando los altos niveles de segregación social urbana que presentan las ciudades chilenas. El derecho urbanístico vigente en Chile no tiene mecanismos jurídicos suficientes que permitan garantizar la satisfacción de ese interés público.

Aunque tímidamente, el derecho urbanístico chileno ha comenzado a reconocer la importancia que tiene incorporar la integración social como parte de los objetivos que deben ser atendidos por las instituciones con potestades para organizar el uso racional del espacio urbano. Algunas reformas legales recientes han incorporado en la legislación urbanística chilena herramientas para que tanto el gobierno central como las municipalidades

puedan promover, a través de incentivos en las normas urbanísticas, el desarrollo de proyectos habitacionales con integración social⁶⁷. No existe evidencia sobre la implementación de esas normas, sin embargo, y se trata de reglas que habilitan el establecimiento de incentivos más que obligaciones para que las autoridades utilicen instrumentos que favorezcan proceso de integración social en la ciudad. Un proyecto de ley reciente que se encuentra en una etapa avanzada de discusión en el Congreso incorpora el objetivo de la integración social dentro de la legislación urbanística, estableciendo obligaciones para que los instrumentos de intervención pública que regulan el uso del suelo urbano promuevan un acceso más equitativo a los bienes y servicios públicos de las ciudades⁶⁸. Está por verse si el proyecto será aprobado en el Congreso y si tendrá un efecto significativo sobre la práctica del derecho urbanístico.

Existe experiencia comparada que puede servir de referencias para un reconocimiento explícito de la integración social urbana en el derecho urbanístico. Un ejemplo es la doctrina conocida como “contribución regional justa” que se ha implementado en algunos Estados de los Estados Unidos. Esta estrategia consiste en regulaciones que imponen una obligación directa a las municipalidades que conforman un área metropolitana de adoptar políticas públicas, usualmente a través de sus planes urbanísticos, para asegurar la construcción de viviendas asequibles que cumplan con una determinada cuota de las necesidades habitacionales de toda la zona metropolitana⁶⁹. Así se asegura que la vivienda para sectores de bajos ingresos no se concentrará en un determinado sector de una ciudad sino que estará dispersa en los distintos barrios y distritos de todo el área urbana.

En suma, el derecho urbanístico y su práctica pueden tener un efecto importante sobre los niveles de igualdad social y económica que existen en una ciudad. El argumento central que hemos intentado proponer en este trabajo es que la segregación social urbana no es solo un problema del financiamiento disponible para proyectos habitacionales sino también tiene relación con las normas y procesos institucionales que regulan la gobernanza de nuestras ciudades.

⁶⁷ Ver artículo 1 inciso 8° y 9° DFL N° 2, 1959, Ministerio de Hacienda y artículo 184 LGUC.

⁶⁸ Bolelín 12288-14, Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos normativos en materia de integración social y urbana.

⁶⁹ Ver ORFIELD (2005), MASSEY *et al.* (2013)

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGOSTINI, Claudio, HOJMAN, Daniel, ROMÁN, Alonso y VALENZUELA, Luis (2016): “Segregación residencial de ingresos en el Gran Santiago, 1992-2002: una estimación robusta”, *Revista de Estudios Urbano Regionales (EURE)*, vol. 42, N° 127: pp. 159-184.
- BABCOCK, Richard F. (1966): *The Zoning Game: Municipal Practices and Policies* (Madison, University of Wisconsin Press).
- BALDWIN, Robert, CAVE, Martin y LODGE Martin (2012): *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (Oxford, Oxford University Press)
- BEEN, Vicki (2005): “Residential Segregation: Vouchers and Local Government Monopolists”, *Yale Law & Policy Review*, vol. 23, N° 1: pp. 33-39.
- BEEN, Vicki, MADAR, Josiah y MCDONNELL, Simon (2014): “Urban Land-Use Regulation: Are Homevoters Overtaking the Growth Machine?”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 11, N° 2: pp. 227-265.
- CASHIN, Sheryll D (1999): “Localism, Self-Interest, and the Tyranny of the Favored Quarter: Addressing the Barriers to New Regionalism”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 88: pp. 1985-2048.
- CHETTY, Raj, HENDREN, Nathaniel y KATZ, Lawrence F. (2016): “The effects of exposure to better neighborhoods on children: New evidence from the Moving to Opportunity experiment”, *American Economic Review*, 106, N° 4: pp. 855-902.
- CARCELLER, Antonio (1992). *Introducción al derecho urbanístico* (Madrid, Editorial Tecnos).
- CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC (2010): “Logros y dificultades que enfrentan los proyectos inmobiliarios que promueven la mezcla social de familias de distintos ingresos”: Disponible en: <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/descargar-iv-ciclo.pdf>. Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2020.
- CORDERO, Eduardo (2015): “Naturaleza, Contenido y Principios del Derecho Urbanístico Chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 22, N° 2: pp. 93-138.
- CORDERO, Eduardo (2017): “La formación del Derecho urbanístico chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al Derecho urbanístico integrado”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXX, N° 1: pp. 127-152.
- ECHENIQUE, Juan y URZÚA, Sergio (2013): “Desigualdad, Segregación y Resultados Educativos. Evidencia desde el Metro de Santiago”, *Puntos de Referencia*, Centro de Estudios Públicos, N° 359: pp. 1-13.
- FISCHEL, William A. (2001): *The Homevoter Hypothesis* (Cambridge, Mass., Harvard University Press).
- FORD, Richard Thompson (1994): “Boundaries of Race: Political Geography in Legal Analysis”, *Harvard Law Review*, vol. 107, N° 108: pp. 1841-1921.
- FRIEDMAN, Lawrence M. (1966): “Public housing and the poor: an overview”, *California Law Review*, vol. 54: pp. 642-669.
- FRIEDMAN, Lawrence M. (1986): “The Law and Society Movement”, *Stanford Law Review*, vol. 38: pp. 763-780.
- FRUG, Gerald E (2001): *City making: Building communities without building walls* (Princeton N. J., Princeton University Press).

- GIL MC CAWLEY, Diego (2019): “Law and Inclusive Urban Development: Lessons from Chile’s Enabling Markets Housing Policy Regime”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, Issue 3: pp. 587-636.
- GRANDON, Mario y ASTABURUAGA, José (2017): “Desarrollos en Vivienda Social”, en SIMIAN, José Miguel y NIKLITSCHKEK, Verónica (edit.), *La Industria Inmobiliaria en Chile: Evolución, Desafíos y Mejores Prácticas* (Lima, Pearson) pp. 415-440.
- LARRAÑAGA, Osvaldo y SANHUEZA, Claudia (2007): “Residential Segregation Effects on Poor’s Opportunities in Chile”, Serie Documentos de Trabajo, Departamento de Economía de la Universidad de Chile, Working Paper N° 259. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144350/Residential-Segregation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2020.
- MASSEY, Douglas S. y DENTON, Nancy A. (1993): *American apartheid: Segregation and the making of the underclass* (Cambridge, Mass., Harvard University Press).
- MASSEY, Douglas S., ALBRIGHT, Len, CASCIANO, Rebecca, DERICKSON, Elizabeth y KINSEY, David N. (2013): *Climbing Mount Laurel: The struggle for affordable housing and social mobility in an American suburb* (Princeton N. J., Princeton University Press).
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL: “Observatorio Social”. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen/casen_def_vivienda.php. Fecha de consulta: 28 de mayo de 2019.
- MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO: “Proveedores Técnicos MINVU”. Disponible en: <http://proveedorestecnicos.minvu.gob.cl/entidades-patrocinantes/>. Fecha de consulta: 28 de mayo de 2019.
- MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2014): “Hacia una Nueva Política Urbana para Chile, Política Nacional de Desarrollo Urbano”. Disponible en: <http://cndu.gob.cl/wp-content/uploads/2014/10/L4-Politica-Nacional-Urbana.pdf>. Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2018.
- OECD (2013): “OECD Urban Policy Reviews: Chile”. Disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/urban-rural-and-regional-development/oecd-urban-policy-reviews-chile-2013_9789264191808-en. Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2017.
- ORFIELD, Myron (2005): “Land use and housing policies to reduce concentrated poverty and racial segregation”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 33, N° 3: pp. 877-936.
- PONCE, Julí (2002): *Poder Local y Guetos Urbanos. Las relaciones entre el Derecho Urbanístico, la Segregación Espacial y la Sostenibilidad Social* (Madrid, INAP).
- RAJEVIC, Enrique (2000): “Derecho y legislación urbanística en Chile”, *Revista Derecho Administrativo Económico*, vol. 2, N° 2: pp. 527-548.
- RAJEVIC, Enrique (2010a): “Cohesión Social e Intervención Administrativa en el Territorio Urbano (con especial referencia a España y Chile)”. (No publicado).
- RAJEVIC, Enrique (2010b): “El paulatino pero insuficiente desarrollo del derecho urbanístico en Chile: en tránsito de la adolescencia a la madurez”, *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Año 1, N° 1: pp. 61-70.
- RAJEVIC, Enrique (2013): “La privatización de las funciones públicas en el urbanismo y la vivienda”, en VERGARA, Alejandro y BOCKSANG, Gabriel (edit.), *Público y Privado en*

- Derecho Administrativo. Actas de las VIII Jornadas de Derecho Administrativo* (Santiago, LegalPublishing) pp. 221-256.
- SABATINI, FRANCISCO, CÁCERES, Gonzalo y CERDA, Jorge (2001): “Segregación residencial en las principales ciudades chilenas: tendencias de las tres últimas décadas y posibles cursos de acción”, *Revista de Estudios Urbano Regionales (EURE)*, vol. XXVIII, N° 82: pp. 21-42.
- SABATINI, FRANCISCO y WORMALD, Guillermo (2013): “Segregación de la vivienda social: reducción de oportunidades, pérdida de cohesión”, en SABATINI, FRANCISCO, WORMALD, Guillermo y RASSE, Alejandra (edit.), *Segregación de la vivienda social: ocho conjuntos en Santiago, Concepción y Talca* (Santiago, Colección Estudios Urbanos UC) pp. 12-31.
- SAMPSON, Robert J. (2012): *Great American city: Chicago and the enduring neighborhood effect* (Chicago, University of Chicago Press).
- SALCEDO, Rodrigo (2010): “The last slum: Moving from illegal settlements to subsidized home ownership in Chile”, *Urban Affairs Review*, vol. 46, N° 1: 90-118.
- SCHILL, Michael y WACHTER, Susan M. (1995): “Spatial Bias of Federal Housing Law and Policy: Concentrated Poverty in Urban America”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 143, N° 5: pp. 1285-1342.
- SCHLEICHER, David (2010): “The City as Law and Economic Subject”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2010, N° 5: pp. 1507-1563.
- SCHUCK, Peter H. (2003): *Diversity in America: Keeping government at a safe distance* (Harvard University Press).
- SIERRA, Lucas (2006): “Urbanismo por decreto: centralismo y confusión institucional en la ciudad chilena”, en GALETOVIC Alexander (edit.), *Santiago. Dónde estamos y hacia dónde vamos* (Santiago, Centro de Estudios Públicos) pp. 301-328.
- SIERRALTA, Carlos (2008), *Efectos de la segregación residencial socioeconómica en los jóvenes de extracción popular en Santiago de Chile (1992-2002)*, Tesis presentada al Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de la Pontificia Universidad Católica de Chile para optar al Grado Académico de Magíster en Desarrollo Urbano.
- WILSON, William Julius (1987): *The truly disadvantaged: The inner city, the underclass, and public policy* (Chicago, University of Chicago Press).

NORMAS CITADAS

- CHILE, Constitución Política de la República (11/8/1980).
- CHILE, DFL N° 2 (31/7/1959), Plan Habitacional.
- CHILE, Ley N° 16.391 (16/12/1965), Ley que crea el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo.
- CHILE, DL N° 1305 (19/2/1976), Reestructura y Regionaliza el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo.
- CHILE, DFL N° 458 (13/3/1976), Ley General de Urbanismo y Construcciones.
- CHILE, Ley N° 18.695 (31/3/1988), Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.
- CHILE, Decreto N° 47 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (5/6/1992), Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
- CHILE, Decreto N° 829 del Ministerio de Interior (11/5/1998), Reglamento Programa Mejoramiento de Barrios.

CHILE, Decreto N° 116 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (7/2/2015), Reglamenta Subsidio Habitacional Extraordinario para Proyectos de Integración Social.

CHILE, Decreto Alcaldicio N° 4184 de la Iltre. Municipalidad de Maipú (11/11/2016). Disponible en <http://sgd.smc.cl/MESA/BajarImagen.aspx?idimg=1097682>. Fecha de consulta: 28 de mayo de 2019.

CHILE, Decreto N° 19 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (14/7/2016), Reglamenta Programa de Integración Social y Territorial, y Modifica DS N° 1 (V. Y U.), de 2011, Reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional.

JURISPRUDENCIA CITADA

NACIF CON MUNICIPALIDAD PEÑALOLÉN (2018): Corte Suprema (Tercera Sala), 15 de mayo de 2018. Rol N° 45.353-2017.

NOTAS DE PRENSA CITADAS

EL MERCURIO DE SANTIAGO (6/5/2018) p. D 11.

EMOL (11/12/2011a) Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2011/12/11/516584/comienza-plebiscito-por-plan-regulador-en-la-comuna-de-penalolen.html>.

EMOL (11/12/2011b) Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/nacional/2011/12/11/516628/vecinos-de-penalolen-rechazan-modificacion-a-plan-regulador-de-la-comuna-en-inedito-plebiscito.html>.

EMOL (5/7/2018) Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/07/05/912198/Viviendas-sociales-en-la-rotonda-Atenas-Radiografia-a-la-ubicacion-del-proyecto-anunciado-por-Lavin.html>.

EMOL (14/7/2018) Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/07/13/913286/Alcaldesa-de-Penalolen-y-conflicto-por-viviendas-sociales-Se-disfraza-de-medioambiental-un-acto-abierto-de-discriminacion.html>.

LA TERCERA PM (10/4/2018) Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/escala-pelea-lavin-torrealba-gobierno-entra-mediador-integracion-social/128932/>.

RADIO U. DE CHILE (12/12/2011) Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2011/12/12/plebiscito-comunal-en-penalolen-rechaza-cambios-al-plan-regulador-impulsados-por-alcalde-orrego/>.

BASES CONCEPTUALES PARA UNA DOCTRINA DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN CHILE

CONCEPTUAL FOUNDATIONS FOR A DOCTRINE OF THE ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE IN CHILE

ÁLVARO ANRÍQUEZ NOVOA*
ERNESTO VARGAS WEIL**

RESUMEN: Este trabajo propone bases conceptuales para caracterizar dogmáticamente el secreto profesional del abogado. Argumenta que este es parte de un arreglo institucional mayor que busca permitirle al abogado acceder fluidamente a los hechos respecto de los cuales sus servicios son requeridos. Para entender cómo funciona ese entramado normativo es necesario distinguir el secreto profesional del deber de confidencialidad del abogado, por la vía de considerar al primero como una inmunidad procedimental que hace operativo el segundo frente a un requerimiento de información por el Estado. En la medida en que la inmunidad colisiona con el interés del Estado por acceder a los hechos necesarios para el ejercicio de jurisdicción, su ámbito de aplicación debe ser menor al del deber de confidencialidad.

Palabras clave: Secreto profesional; deber de confidencialidad; profesión jurídica.

ABSTRACT: This essay proposes theoretical foundations for characterizing the client-attorney privilege in Chile. It holds that the privilege is part of a wider institutional arrangement aiming to enable lawyers to fluently access the facts regarding which their services are engaged. Understanding this normative web requires to distinguish the client-attorney privilege from the lawyer's confidentiality duty, by considering the former as a procedural immunity that enables lawyers to comply with the latter when the State demands them to provide information. Insofar as the privilege collides with the interest of the State to access information for law enforcement purposes, its scope must be narrower than that of the confidentiality duty.

Keywords: Attorney client privilege; duty of confidentiality; legal profession.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Master of Comparative Jurisprudence, New York University. Profesor Asistente, Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Avda. Apoquindo 4775, oficina 1001, Las Condes, Santiago de Chile. Correo electrónico: aanriquez@q-an.cl. Código Orcid: 0000-0001-5281-4231.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Master en Políticas Públicas, Universidad de Chile; Master of Laws, New York University. Estudiante de Doctorado, University College London. Profesor Asistente, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Avda. Apoquindo 4775, oficina 1001, Las Condes, Santiago de Chile. Correo electrónico: ernesto.vargas@derecho.uchile.cl. Código Orcid: 0000-0001-7726-5224.

Los autores agradecen a Michelle Rencoret Lioi y Pablo Fuenzalida Cifuentes por sus comentarios y ayuda en la redacción de un primer borrador de este trabajo. Los errores son responsabilidad de los autores.

I. INTRODUCCIÓN

La creciente invocación del secreto profesional del abogado (“Secreto Profesional”)¹ en la práctica judicial de los Estados Unidos de América (“EE.UU.”), así como la sofisticación necesaria para aplicarlo en el contexto de una sociedad moderna², han impulsado un intenso desarrollo dogmático del mismo en dicho país, especialmente en lo que dice relación con su preponderancia y límites. Si bien en Chile las mismas razones han generado un incipiente interés en esta institución³, su entendimiento sigue siendo insuficiente⁴, haciendo urgente una mayor elaboración.

Considerando lo anterior, el presente artículo se sirve de la experiencia comparada para identificar la justificación normativa y elaborar los presupuestos doctrinarios requeridos para una adecuada aplicación del Secreto Profesional en Chile. En particular, sostiene que una dogmática del Secreto Profesional en Chile debe partir por distinguir dicha institución del Deber de Confidencialidad. Este último abarca toda la información sobre el cliente y el asunto objeto de consulta que el abogado ha conocido en su desempeño profesional. En cambio, el Secreto Profesional es una inmunidad que hace operativo el Deber de Confidencialidad cuando el Estado requiere al abogado información en el contexto de un proceso jurisdiccional o administrativo. Por lo tanto, el deber de confidencialidad del abogado (“Deber de Confidencialidad”). es un presupuesto del Secreto Profesional.

El artículo está estructurado de la siguiente manera: En primer lugar, describe la importancia del Secreto Profesional para la profesión jurídica y el Derecho en general. A continuación, distingue el Secreto Profesional del Deber de Confidencialidad, entendiendo a este último como un presupuesto del primero. En tercer lugar, caracteriza al Secreto Profesional como una inmunidad que permite hacer operativo el Deber de Confidencialidad frente a un requerimiento de información por el Estado. Luego, identifica las razones que justifican la procedencia de esta inmunidad y cómo ellas determinan sus límites. En quinto lugar, damos cuenta del estado actual de jurisprudencia y doctrina sobre el Secreto Profesional en Chile. El trabajo finaliza con unas breves conclusiones.

¹ “Hoy en día [2007] difícilmente hay un caso litigado, al menos en las cortes federales [de EE.UU.,] donde el problema del Privilegio [Cliente-Abogado] [no] recurra repetidamente, requiriendo invertir incontables cantidades de recursos de abogados para revisar [la presencia de] Privilegios y tiempo de los tribunales para determinar si afirmaciones sobre Privilegio y protección del Producto del Trabajo son correctamente planteadas”, EPSTEIN (2007) p. xxiii.

² En la actualidad, la abogacía tradicional coexiste con otra en que los clientes son organizaciones complejas; los servicios jurídicos son prestados por *equipos* jerarquizados de abogados dentro o fuera de la estructura corporativa del mismo cliente; las comunicaciones entre el cliente y abogados son transmitidas por medios que dejan registros (por ejemplo, correo electrónico) o pueden ser interceptados por la autoridad (por ejemplo, comunicaciones telefónicas), etc. Para una descripción del ejercicio profesional actual en Chile, ver DE LA MAZA (2002) pp. 203-204 y 209-212, respectivamente; para los Estados Unidos, POSNER (1994) pp. 60-70.

³ El ejemplo más claro de ello es la regulación al respecto en el Código de Ética Profesional de 2011 del Colegio de Abogados de Chile A.G. (“CEP 2011”), ver sección III de este trabajo.

⁴ Ver sección VI de este trabajo.

II. ROL DEL ABOGADO, DEBER DE CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO PROFESIONAL

En la medida en que las regulaciones sociales se formalizan y dejan de ser costumbres seguidas por la comunidad en forma espontánea, se suscita la necesidad de promover su cumplimiento. Con ese fin, surgen tres instituciones, dedicadas respectivamente a (i) la resolución de disputas por medio de terceros imparciales (mediación y adjudicación), (ii) hacer cumplir las regulaciones (policía) y (iii) custodiar el conocimiento y la experiencia sobre las regulaciones y, especialmente, su aplicación en el proceso de resolución de disputas (consejo). En Sociología del Derecho existe fuerte evidencia de que el “consejo” es el último de estos tres elementos en tomar forma, ya que contar con una clase de expertos en las regulaciones (esto es, abogados) solo se vuelve necesario cuando estas han alcanzado un nivel de sofisticación tal que son de difícil acceso para el lego y requieren ser explicadas y sistematizadas en la forma de doctrina⁵. De esta forma, los abogados cumplen la crucial función de mediar entre el caso concreto de su cliente y las normas que emanan de las fórmulas generales de ley o de la casuística de una línea de precedentes. Para cumplir esa función en forma satisfactoria, el abogado necesita acceder a los hechos del caso, los que muy generalmente le son informados (íntegra o, al menos, germinalmente) por el cliente. El Deber de Confidencialidad y el Secreto Profesional tienen por principal finalidad el hacer ese acceso posible y, ojalá, fluido.

La retórica de la práctica profesional suele enfatizar que, al ejercer ese rol mediador entre hechos y normas, los abogados ponen su compromiso con el cliente y con el Derecho por sobre cualquier otra consideración⁶. Sin embargo, el compromiso simultáneo con ambos intereses puede poner al abogado en una contradicción⁷. La regulación del Deber de Confidencialidad y del Secreto Profesional juegan un rol central en resolver esa tensión, siendo un reflejo de cómo una determinada sociedad entiende el Derecho y, especialmente, la función del abogado. Sociedades que tienden a ver el Derecho como instrumento para el cambio social deliberado suelen asignar al abogado un rol fuertemente comprometido con el aparato público de Justicia y relativamente desvinculado del interés del cliente. Este es el ideal de la profesión como “servicio público”⁸, generalmente asociado a un Deber de Confidencialidad y Secreto Profesional relativamente débiles. El problema de un Deber de Confidencialidad y Secreto Profesional de baja intensidad es que, en el extremo, expone al cliente al riesgo de que su abogado revele información que quiere mantener confidencial, por lo que tiende a inhibir la consulta, comprometiendo así el éxito de la labor mediado-

⁵ Ver COTTERELL (1992) pp. 179-180.

⁶ COTTERELL (1992) p. 187.

⁷ Sobre la profundidad que puede alcanzar esa contradicción ver BLUMBERG (1967) pp. 20-24. En Chile, los artículos 1° y 25 del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile de 1948 (“CEP 1948”), así como el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, no advierten el carácter problemático de esta exigencia dicotómica. Sobre la forma en como el derecho y la cultura jurídica chilena ven el rol del abogado en el enfrentamiento entre el interés del cliente y los valores del ordenamiento jurídico, ver SQUELLA (2001) pp. 573-577.

⁸ COTTERELL (1992) pp. 87-88.

ra del abogado. Esas consecuencias son socialmente graves respecto de los casos difíciles, esto es, aquéllos que permiten más de una respuesta plausible a la luz de los criterios de plausibilidad del sistema jurídico de que se trate y que corresponden a la mayoría de los casos que se acumulan en los escritorios de los abogados (sus servicios son demasiado caros para lo obvio).

En cambio, en tradiciones que entienden el Derecho primariamente como una técnica de protección del individuo frente al Estado, los abogados cumplen un rol mucho más funcional al interés de su cliente y relativamente indiferente con el aparato jurisdiccional, razón por la cual se les tiende a vincular con un Deber de Confidencialidad y Secreto Profesional relativamente intensos. El problema de este paradigma profesional es que, en el extremo, incentiva el uso del Deber de Confidencialidad y del Secreto Profesional para facilitar al cliente evadir el cumplimiento coactivo del Derecho por la vía de ocultar hechos al Estado.

III. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD COMO PRESUPUESTO DEL SECRETO PROFESIONAL

En el contexto antes descrito, el Secreto Profesional funciona como una inmunidad⁹ que habilita al abogado para negarse lícitamente a entregar a una autoridad pública cierta información relacionada con los servicios que presta. La procedencia de esta inmunidad tiene un presupuesto de derecho privado. El Secreto Profesional solo aplica a informaciones que están, a su vez, cubiertas por el Deber de Confidencialidad¹⁰. De esta forma, el Secreto Profesional no tiene una existencia autónoma: solo hay Secreto Profesional respecto de información sujeta a Deber de Confidencialidad (aunque la presencia del segundo no asegura la presencia del primero). Por lo mismo, resulta necesario entender el Deber de Confidencialidad para desarrollar adecuadamente el Secreto Profesional. A diferencia de muchos de los países herederos de la tradición jurídica del Código de Napoleón¹¹, esta relación entre Deber de Confidencialidad y Secreto Profesional, así como la mayor extensión del prime-

⁹ Usamos acá el término inmunidad en la forma que lo hace Hohfeld, esto es, como una relación jurídica que niega la existencia del poder de otro para imponerle a alguien una determinada carga. Ver HOHFELD (1913) p. 55.

¹⁰ La referencia a “Deber de Confidencialidad” en este trabajo es a aquél que pesa sobre el abogado en favor de su cliente y excluye, por consiguiente, el deber que “cubre (...) las confidencias de los colegas”, a que se refiere el artículo 11 del CEP 1948 y los artículos 110 y 111 del CEP 2011.

¹¹ “En la mayor parte de los países herederos del Código de Napoleón, el concepto de privilegio testimonial y el [deber de] confidencialidad es coextensivo”. EPSTEIN (2007) p. 19.

ro, son explícitamente reconocidas por el derecho de los EE.UU.¹² y el derecho alemán¹³. En esta línea y a pesar de su histórica dependencia de la codificación francesa, el derecho chileno expresamente limita el Secreto Profesional a los hechos que se le hayan comunicado “confidencialmente” (Art. 360 N° 1 Código de Procedimiento Civil, “CPC”) o bajo “obligación de guardar secreto” al abogado (Art. 303 Código Procesal penal, “CPP”), mientras que entiende el Deber de Confidencialidad en términos mucho más extensivos, según veremos a continuación. De lo anterior resulta que el Deber de Confidencialidad debe ser considerado como un presupuesto necesario, pero no suficiente para la procedencia del Secreto Profesional.

En términos generales, se puede definir el Deber de Confidencialidad como una obligación civil negativa de fuente contractual¹⁴, reconocida por la ley y la *lex artis* de la profesión¹⁵, de carácter fiduciario¹⁶, consistente esencialmente en el deber del abogado de guardar reserva sobre (abstenerse de divulgar) toda la información relativa a su cliente que ha adquirido en el ejercicio de su profesión. Dado su carácter de obligación civil y a que ha sido establecida en el interés directo de su acreedor (el cliente), el Deber de Confidencialidad es renunciable por este (Art. 12 Código Civil, “CC”). La naturaleza fiduciaria de la relación del abogado con su cliente exige al abogado cuyo cliente se propone renunciar al derecho correlativo del Deber de Confidencialidad, informar a ese cliente que no está obligado a hacerlo, así como de las consecuencias previsibles y plausibles de esa decisión.

Con la excepción del nuevo Código de Ética Profesional de 2011 del Colegio de Abogados de Chile A.G. (“CEP 2011”), el desarrollo de la institución del Deber de Confidencialidad (y, en especial, su diferenciación respecto del Secreto Profesional) ha sido his-

¹² En el derecho de los EE.UU., el Deber de Confidencialidad se encuentra definido en términos mucho más extensivos que las informaciones cubiertas por el privilegio cliente abogado y la doctrina del producto del trabajo. Lo anterior es especialmente notorio respecto de los Estados de ese país que, en lo sustancial, han adoptado la Regla 1.6(a) de las *American Bar Association Model Rules of Professional Conduct* (por ejemplo, Illinois, Massachusetts, Florida, Pennsylvania), pero también aplica a aquéllos que se apartan de esa regla y definen el Deber de Confidencialidad en forma algo más restringida (por ejemplo, California, Nueva York y el Distrito de Columbia). EPSTEIN (2007) pp. 15-16. Ver también regulación profesional de los Estados mencionados, accesible a través de la página web de la American Bar Association. El Derecho de Inglaterra, Escocia e Irlanda sigue líneas similares. EPSTEIN (2007) p. 761.

¹³ En el derecho alemán, el Deber de Confidencialidad está establecido en la § 43a de la *Bundesrechtsanwaltsordnung* y es una institución diferente del “derecho del testigo a callar” (*Zeugnisverweigerungsrecht*), establecido en las §§ 383 de la *Zivilprozessordnung* (ZPO) y 53 de la *Strafprozessordnung* (StPO).

¹⁴ La naturaleza civil de esta obligación, esto es, si es imperativa o supletoria, no es una cuestión resuelta claramente y requiere una reflexión sobre las condiciones que deben cumplirse para que el cliente pueda renunciar al derecho correlativo al Deber de Confidencialidad, que escapa al objetivo del presente trabajo.

¹⁵ Los códigos de ética (en rigor, de **buenas prácticas**) profesionales son el primer lugar en donde buscar la *lex artis* de esa profesión (BARROS (2006) pp. 103-104 y 663; Cabe destacar que el CEP 2011 (i) dota al Deber de Confidencialidad de una mayor extensión que el CEP 1948 y (ii) distingue con nitidez el nivel deontológico, que aborda vía regular el Deber de Confidencialidad, del nivel procesal, que se abstiene de abordar, limitándose a incluir como contenido normativo del Deber de Confidencialidad la exigencia al abogado de invocar el Secreto Profesional cuando sea conminado por autoridad judicial o administrativa a declarar o entregar información obtenida en el ejercicio profesional.

¹⁶ El artículo 2118 de nuestro Código Civil sujeta los servicios de las profesiones que requieren de largos estudios a las reglas del mandato. La abogacía es una de tales profesiones y el Deber de Confidencialidad, una obligación vinculada estructuralmente a la labor del abogado.

tóricamente escaso en Chile. El CEP 2011 constituye un salto conceptual en esta materia, proveniente, en buena medida, de una reflexión crítica llevada al interior de ese colegio sobre el tratamiento de estas instituciones en los EE.UU. de América, país en que las instituciones del Deber de Confidencialidad y el Secreto Profesional cuentan con un rico y reciente desarrollo dogmático. Tanto la regulación sobre Deber de Confidencialidad propuesta por la Asociación de Colegios de Abogados de ese país (*American Bar Association*), que ha sido sustancialmente seguida por un número significativo de sus Estados, como el CEP 2011, conciben al Deber de Confidencialidad en términos extremadamente amplios, incluyendo toda la información que el abogado conoce con ocasión de la encomienda profesional, prácticamente sin discriminación¹⁷.

Normalmente, este entendimiento expansivo del Deber de Confidencialidad no es problemático ya que ese deber suele operar en contextos en que no existe otro interés o valor jurídico cautelado por el ordenamiento jurídico que se le oponga o lo tensione (esto es, que requiera se revele información). Sin embargo, existen escenarios en que el Deber de Confidencialidad entra en conflicto con otras instituciones del ordenamiento jurídico. El caso paradigmático es el enfrentamiento del Deber de Confidencialidad con la carga pública de revelar información en el marco de un proceso jurisdiccional, o controlado jurisdiccionalmente, típicamente, declarar como testigo, entregar documentos o soportar incautaciones. En principio, en estos casos, el abogado tendría que elegir: o revela la información recibida de su cliente e incumple su Deber de Confidencialidad para con él o guarda la información e incumple con la carga que le impone el Estado. Por regla general, el Derecho exigiría al abogado optar por la carga pública. La razón de ello es fácil de entender y no requiere entrar a juzgar la importancia relativa de los bienes jurídicos protegidos. Si el Derecho prefiriera sin más el Deber de Confidencialidad, las partes podrían, vía pacto, crear libremente inmunidades frente a las cargas públicas, lo que en la práctica equivaldría a una derogación convencional de una potestad legal: o sea, a concluir que la potestad no existe como tal.

IV. EL SECRETO PROFESIONAL COMO INMUNIDAD

Con todo, en algunos casos, los principales ordenamientos jurídicos occidentales resuelven el conflicto entre la carga pública de entregar información y el Deber de Confidencialidad en favor de este último, permitiendo al abogado mantener en reserva la comunicación con el cliente a pesar del requerimiento de autoridad. En el Derecho inglés esta solución tiene una larga tradición que se remonta a un caso del siglo XVI¹⁸. El Derecho alemán reconoce a los abogados el “derecho del testigo a callar” (*Zeugnisverweigerungsrecht*), tanto en el proceso civil (§ 383 ZPO) como en el penal (§ 53 StPO). En el Derecho fran-

¹⁷ La Regla 1.6(a) de las *American Bar Association Model Rules of Professional Conduct* dispone: “Un abogado no revelará información relativa a la representación de un cliente” (traducción es nuestra). Por su parte, la última frase del Art. 7° del CEP 2011 prescribe: “La confidencialidad debida se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión, [...]”. La consagración del Deber de Confidencialidad en el derecho alemán es igualmente amplia (ver §43a(2) *Bundesrechtsanwaltsordnung*).

¹⁸ *BERD V LOVELACE* (1577).

cés, por ejemplo, en el contexto de la incautación, se establece, *inter alia*, el deber para la policía judicial, en forma previa al examen de documentos a ser incautados, de tomar cualquier paso que resulte apropiado para asegurar la observancia del Secreto Profesional (Arts. 56 (3) Code de Procédure Pénale, “C. Pr. Pén.”) y solo permite la inspección e incautación de objetos del despacho del abogado cuando los realiza un juez o fiscal y en la presencia del presidente del colegio de abogados o la persona que este delegue al efecto (art. 56-1 (1) y (2) C. Pr. Pén).

Debido al rol que el procedimiento y el abogado han tenido históricamente en el desarrollo del *common law*¹⁹, esta es probablemente la tradición que cuenta con el tratamiento más sofisticado de este problema. En los EE.UU., el derecho soluciona el conflicto entre carga pública y Deber de Confidencialidad por la vía de reconocer inmunidades para ciertas comunicaciones entre el cliente y su abogado (el “Privilegio Cliente-Abogado”²⁰), así como para parte del trabajo que el abogado ha realizado para su cliente (la llamada “Doctrina del Producto del Trabajo”²¹). Estas inmunidades permiten al abogado cumplir su obligación civil y ético-profesional de guardar confidencialidad, habilitándolo incluso para impedir el acceso de órganos jurisdiccionales o autoridades de la Administración con facultades investigativas, a las comunicaciones y productos de trabajo del abogado beneficiados por ellas. En términos muy generales, el objeto protegido por el Privilegio Cliente-Abogado conforme al derecho de los EE. UU. corresponde a (i) comunicaciones, (ii) entre un cliente y su abogado (abogado en sentido orgánico); (iii) que hayan sido y mantengan un carácter confidencial; y (iv) que hayan sido hechas en el contexto de una asesoría jurídica (intervención del abogado en sentido funcional).

Nuestra legislación procesal civil y penal recoge explícitamente una institución funcionalmente equivalente a la inmunidad del Privilegio Cliente-Abogado. La regulación general del proceso civil habilita al abogado para negarse a declarar sobre “hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su (...) profesión” (Art. 360 N° 1 CPC). Por su parte, la legislación procesal penal contiene una norma análoga establecida para la prueba de testigos en el contexto del juicio oral (Art. 303 CPP) y otras cuya finalidad es mantener la confidencialidad de la comunicación entre el cliente y su abogado en el contexto de medidas investigativas de incautación (Art. 220 CPP) e interceptación de comunicaciones (Arts. 222 y 223 CPP). Estas normas son aplicables por remisión a procedimientos especiales. Así, por ejemplo, en materia de libre competencia, las facultades investigativas de la Fiscalía Nacional Económica están limitadas por remisión a la normativa procesal penal (Art. 39 (n) Decreto Ley 211 de 1973, “DL211”) y la declaración de testigos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se remite a la regulación procesal civil (Arts. 22 y 29 DL 211).

Por su parte, el objeto protegido por la Doctrina del Producto del Trabajo desarrollada en los EE.UU., en términos muy generales, corresponde al trabajo realizado por un abogado para su cliente (incluyendo el de los colaboradores del abogado), cuando ese tra-

¹⁹ GLENN (2007) pp. 229-231 y 242-245; WEBER (1964) pp. 588-591; LÓPEZ (2013) pp. 503-505.

²⁰ EPSTEIN (2007) pp. 64-389.

²¹ EPSTEIN (2007) pp. 815-962.

bajo ha sido preparado para un litigio o en anticipación de un litigio inminente y siempre que no haya tenido por objeto cometer, continuar u ocultar la comisión de un delito o un acto antijurídico. Para determinar la intensidad de la protección brindada por la Doctrina del Producto del Trabajo cabe distinguir entre, por una parte, el material relevante para el litigio recopilado por el abogado (declaraciones de testigos o víctimas, copias de documentos, recopilación de datos, etc.) y, por la otra, el pensamiento del abogado en relación con el litigio. La protección al primer tipo de trabajo solo cede cuando resulta relevante para el caso de que se trate y no puede conseguirse de otra manera sin excesiva dificultad (*undue hardship*). En cuanto al segundo, “el pensamiento del abogado [*Opinion Work Product*] –teorías, análisis, impresiones mentales, opiniones, etc.– está en el corazón del sistema adversarial y la privacidad es esencial para el pensamiento del abogado; consiguientemente, la protección es máxima, sino absoluta, para materiales que revelarían esa parte del Producto del Trabajo”²².

Aunque la Doctrina del Producto del Trabajo debe entenderse incluida como parte de la garantía constitucional a defensa jurídica (Art. 19 N° 3 (2) Constitución Política de la República), el derecho procesal chileno no la recoge explícitamente, probablemente porque nuestra cultura jurídica –tradicionalmente respetuosa de la privacidad del trabajo del abogado e insuficientemente sofisticada– no la ha hecho necesaria. La protección que el CPC dispensa a los documentos “secretos o confidenciales” (Art. 349 CPC) brinda la oportunidad para justificar su existencia dentro del proceso civil. La doctrina procesal tradicional no se ha ocupado en determinar en qué consiste ese concepto de “documento secreto o confidencial”²³. Los principales repertorios o estudios de jurisprudencia del CPC tampoco dan cuenta de ningún fallo que trate el punto²⁴. La falta de tratamiento dogmático del “documento secreto o confidencial” contenido en el Art. 349 CPC hace urgente un desarrollo conceptual del mismo desde la perspectiva de los distintos regímenes de secreto vigentes en Chile, incluyendo la Doctrina del Producto del Trabajo. Por su parte, en materia procesal penal, se ha sugerido que el Art. 220 CPP constituye un reconocimiento legal de la Doctrina del Producto del Trabajo²⁵. Esta tesis parece equivocada ya que todos los casos incluidos en el Art. 220 CPP se refieren a **comunicaciones** o derivados de estas y, como tales, están cubiertas por el Privilegio Cliente-Abogado. En efecto, la circunstancia que los casos señalados estén calificados en función del Art. 303 CPP los acota al “secreto que se les hubiere confiado”, vale decir, a comunicaciones. Adicionalmente, en el derecho comparado, la Doctrina del Producto del Trabajo solo provee cobertura al trabajo del abogado preparado para o en anticipación inminente de un litigio²⁶. El Art. 220 CPP no contiene tal exigencia.

A diferencia del Deber de Confidencialidad, el Secreto Profesional no es parte de una relación jurídica de derecho privado, sino que de derecho público. Esta relación se

²² EPSTEIN (2007) p. 795, resumiendo el *stare decisis* de *HICKMAN v. TAYLOR* (1947) en esta área.

²³ Ver RODRÍGUEZ (2005) pp. 135-136; PAILLAS (2002) pp. 66 y ss; MATURANA (2003) pp. 15-17.

²⁴ Ver Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena. Código de Procedimiento Civil, Jurídica, Santiago, 2010, T. II, pp. 139 y 140; Código de Procedimiento Civil anotado, concordado y con jurisprudencia, Jurídica, Santiago, 2010, p. 290; y RIOSECO (2016) pp. 365-383.

²⁵ BASCUÑAN (2011) p. 257.

²⁶ EPSTEIN (2007) pp. 824-913.

estructura sobre el circuito potestad-carga-inmunidad²⁷. Su punto de partida es la **potestad**, la que se caracteriza por habilitar a su titular (típicamente, una autoridad estatal) para alterar unilateralmente la situación jurídica de sus destinatarios (por ejemplo, los administrados), poniéndolos en la necesidad de hacer alguna cosa (por ejemplo, entregar un documento, declarar en una audiencia, etc.), o sea, imponerles una **carga**²⁸. El circuito se completa con la categoría jurídica de **inmunidad**, que exime de la carga a algunos de sus destinatarios. El Secreto Profesional es una inmunidad que exime a los abogados de la carga de entregar información obtenida o producida en el desempeño de la abogacía a una autoridad que la requiere.

Las inmunidades habilitan a ciertos administrados comprendidos dentro del ámbito de aplicación de una potestad para eximirse de cumplir con la carga que el Estado busca imponerles. De esta forma, las inmunidades son exenciones a la carga pública, no delimitaciones de su ámbito de aplicación. Mientras que los criterios bajo los cuales se determinan los límites de una carga pública afectan a todos los administrados por igual, las inmunidades solo benefician a algunos de ellos. De esto se sigue que límites e inmunidades están sujetos a criterios interpretativos distintos. En efecto, la naturaleza excepcional del Secreto Profesional en tanto inmunidad la hace una institución que debe ser objeto de interpretación estricta: solo existen las inmunidades establecidas por la ley, estando vedada al intérprete la creación de inmunidades a partir de razonamientos analógicos.

Una consecuencia relevante de constituir el Secreto Profesional una manifestación del Deber de Confidencialidad es que no está establecido en favor del abogado. El Secreto Profesional es una forma de proteger la confidencialidad que el abogado debe a su cliente. Por esta razón, resulta criticable que el Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile de 1948 (“CEP 1948”) se haya referido a esta inmunidad como “un deber y un derecho del abogado” (Art. 10). Por lo mismo, el profesional siempre debe hacer valer el Secreto Profesional si se ve requerido a revelar información plausiblemente cubierta por este, como adecuadamente reconoce el Art. 60 del CEP 2011. Solamente el cliente puede relevar al abogado de este deber, por la vía de renunciar (Art. 12 CC) al derecho correlativo al Deber de Confidencialidad que subyace al Secreto Profesional.

V. JUSTIFICACIONES DEL SECRETO PROFESIONAL

El Secreto Profesional importa siempre el sacrificio de potestades públicas (investigativas o jurisdiccionales) que sirven a un fin valioso y, además, entraña *per se* una tensión con el principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas. En la medida que genera tales problemas, el Secreto Profesional debe estar justificado por un interés adicional (a la mera expectativa de reserva, vinculada con el carácter fiduciario y, con alguna frecuencia, pudoroso de la encomienda profesional) que compense el déficit valorativo resultante de habilitar a sujetos determinados para negar al Estado acceso a información relevante para cumplir un interés público. De ello resulta que el Secreto Profesional tenga un ámbito de

²⁷ Usando la terminología de HOHFELD (1913) pp. 44-57.

²⁸ Ver HOHFELD (1913) pp. 44-53.

protección más restringido que el Deber de Confidencialidad. El Secreto Profesional solo ampara una parte limitada de la información cubierta por el Deber de Confidencialidad, aquélla en la que concurren elementos adicionales a la fiducia que, conforme se señaló en la sección III precedente, justifica ese deber. La presencia de estas justificaciones adicionales determina no solo la procedencia del Secreto Profesional, sino también su extensión. Según se describe a continuación, estas se identifican con (i) facilitar el cumplimiento espontáneo del Derecho por el cliente (ii) hacer efectiva la autonomía que el sistema jurídico reconoce a la persona del cliente y (iii) el respeto de ciertos derechos fundamentales.

La primera de estas razones adicionales surge del obvio interés público asociado al cumplimiento del Derecho por parte de los miembros de una comunidad política, sin el cual, no hay sociedad posible; no, al menos, en los estándares que disfrutamos. Por una cuestión práctica, solo es posible forzar el cumplimiento del Derecho respecto de un número marginal de casos de desviación: ningún Estado es capaz de crear y mantener una fuerza de policía suficientemente grande y poderosa como para ejercer coerción efectiva en forma simultánea sobre toda (o una parte significativa de) la comunidad política. Por ello, la efectividad de un ordenamiento jurídico depende críticamente de que este sea seguido por la mayoría de los sujetos, en la mayoría de los casos, en forma espontánea, esto es, no por efecto del uso o amenaza inminente del uso de la fuerza²⁹.

Para lograr ese cumplimiento espontáneo, la creciente formalización, abstracción y autonomía conceptual de las instituciones jurídicas de las sociedades modernas³⁰ ha requerido el desarrollo de una clase de expertos (los abogados) que asesoren a los sujetos en cómo interactuar con las fórmulas generales del Derecho³¹. Esto es especialmente evidente respecto de los denominados “casos difíciles”, en los cuales es complejo determinar cómo los trata el Derecho. De esta forma, en la práctica, el abogado es quien informa a su cliente sobre cómo se vincula la regulación jurídica creada por el Estado con la situación particular en la que se encuentra (actual o prospectivamente) el cliente y por la cual ha consultado al abogado. En consecuencia, el rol del abogado es crítico para que los miembros de una comunidad política moderna puedan cumplir los casos difíciles del Derecho en forma espontánea.

Para que los abogados puedan desarrollar ese rol es necesario, primero, que sean consultados por sus clientes y, segundo, que conozcan todos los hechos cuya calificación jurídica es objeto de la consulta. De lo contrario, el abogado o no sería convocado a cumplir su rol asesor o no estaría en condiciones de cumplirlo, con el consiguiente fracaso en su función mediadora entre el cliente y el Derecho, y con la gravísima consecuencia –para la convivencia civilizada– de que el Derecho no sea cumplido espontáneamente. La promoción del cumplimiento espontáneo del Derecho requiere, entonces, generar las condiciones para facilitar la consulta al abogado, así como un flujo fluido y completo de la información fáctica relevante desde el cliente al abogado. El Deber de Confidencialidad y el Secreto Profesional cumplen con esa función por la vía, el primero, de generar una **intensa**³² obligación

²⁹ HART (1961) p. 61; FULLER (1958) p. 642.

³⁰ Ver concepto de “derecho autónomo” en NONET y SELZNICK (2001) pp. 53-72.

³¹ COTTERELL (1992) pp. 179-180.

³² Intensa, en tanto su infracción acarrea la imposición de sanciones penales y/o ético-profesionales.

para el abogado de confidencialidad respecto de toda la información que reciba del cliente (u obtenga o desarrolle a partir de ella), incluyendo el hecho de la consulta y, el segundo, de resguardar el núcleo de esa información respecto del requerimiento de información por parte del Estado. El objetivo final de esas instituciones, desde esta primera perspectiva de análisis, es dar acceso al abogado a todos los aspectos de hecho del caso que son relevantes para su calificación jurídica, poniendo así al abogado en situación de brindar consejo a su cliente (esto es, informarle cómo trata el Derecho la conducta consultada) y, de esta forma, hacer posible el cumplimiento espontáneo del Derecho por el cliente³³.

A esta justificación de interés público se suma otra cuyo centro de gravedad es, en última instancia, privado. Siguiendo la tradición liberal³⁴, atendido que la dignidad de la persona humana arranca de su condición de ser autónomo, constituye requisito necesario, aunque no suficiente, para que una sociedad pueda ser considerada justa, que el derecho que la regula **efectivamente reconozca** amplias esferas de autonomía (“espacio moral”)³⁵ para cada uno de sus miembros. En sociedades cuyas regulaciones han alcanzado altos niveles de formalidad y complejidad, como la nuestra, tal reconocimiento solo será efectivo cuando cualquiera de sus miembros pueda acceder a expertos (abogados) que le informen si la conducta concreta que se propone realizar se encuentra o no dentro del rango de autonomía que el sistema jurídico le reconoce³⁶. Para que el abogado pueda desempeñar idóneamente esa función informativa necesita hacerse de los hechos del caso prospectivo del cliente. Por las mismas razones entregadas a propósito de la justificación pública de la abogacía descrita en el párrafo precedente, el Deber de Confidencialidad y el Secreto Profesional crean las condiciones para que se produzca un flujo fluido de información fáctica desde el cliente al abogado.

Los argumentos anteriores operan respecto de la función asesora de la abogacía. Respecto de la abogacía de litigación, razones adicionales justifican el Deber de Confidencialidad, ahora desde la perspectiva del respeto a los derechos fundamentales. Todas ellas se suscitan en el contexto de un proceso judicial o administrativo y van “desde el argumento de principio que ve en el secreto del abogado defensor penal una proyección del Derecho fundamental de su cliente a la no auto-inculpación³⁷ [...] la extendida justificación del privilegio como un presupuesto del debido proceso, ya sea que lo afirme como Derecho in-

³³ EPSTEIN (2007) pp. 4-8; GRUPO DE TRABAJO SOBRE SECRETO PROFESIONAL, COMISIÓN DE ÉTICA, COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. (2008) p. 9.

³⁴ Murphy y Coleman la denominan “Kantianismo”, en tanto consideran que es Kant quien mejor plantea esa tradición; agregan que, usualmente, se le conoce como la tradición de los “derechos naturales”, pero que sería mejor llamarla tradición “liberal”. Finalmente, hacen referencia a “que es esta tradición general (no Kant propiamente tal) quien ha ejercido poderosas influencias en el Derecho Constitucional Estadounidense”, tradición generalmente asociada con John Locke y Tomás Jefferson en ese país. MURPHY y COLEMAN (1990) pp. 71, 77, 78 y 99.

³⁵ NOZICK (1974) p. 57.

³⁶ FRIED (1976) pp. 1073-1075.

³⁷ Esto es, un derecho de rango constitucional (Art. 19 N° 7 (f)), Constitución República de Chile.

dividual, en el sentido de una garantía institucional de la autonomía de la persona, o como interés colectivo, en el sentido de una regla constitutiva del sistema adversativo”³⁸.

De esta forma, el Privilegio Cliente-Abogado encuentra su justificación, principalmente, en el argumento de interés público en el cumplimiento espontáneo del Derecho (en tanto exigencia de eficiencia) y de reconocimiento efectivo por el Estado de esferas de autonomía de sus regulados (como exigencia de justicia). En algunos escenarios concurrirán, además, las justificaciones procesales indicadas en el párrafo precedente. En cambio, la Doctrina del Producto del Trabajo encuentra su razón en dichas justificaciones procesales, especialmente la referida al “**debido proceso**”, en tanto el carácter confidencial de la labor del abogado para promover los intereses legítimos de su cliente en un litigio forma parte estructural del sistema adversativo³⁹. Forzar al abogado a revelar su trabajo en preparación de un litigio equivale a negar el principio de bilateralidad de la audiencia. La principal consecuencia de esta diferente justificación de ambas instituciones es su ámbito de competencia: el Privilegio dice relación tanto con el rol del abogado como instrumento de acceso al Derecho (rol asesor) como a la jurisdicción (rol judicial); mientras que la Doctrina, justificada en argumentos procesales, se circunscribe al segundo de esos roles.

Existen razones poderosas para divulgar información sujeta al Deber de Confidencialidad distintas a colaborar en la labor jurisdiccional o investigativa del Estado. La más relevante de ellas es la divulgación de información que permite evitar la comisión o consumación de un crimen o un simple delito, o un serio peligro de muerte o daño corporal a una o más personas. Como es obvio, es perfectamente posible que, en esos casos, el Deber de Confidencialidad se encuentre, a su vez, respaldado por una o más de las justificaciones adicionales a su naturaleza fiduciaria descritas precedentemente en esta sección V. Lo anterior suscita un dilema mayor, a saber: optar por las justificaciones adicionales a la fiducia que sostienen el Deber de Confidencialidad (i.e., justicia y eficacia del sistema jurídico, debido proceso), sacrificando la prevención del delito o la evitación de muertes y daños corporales; o, a la inversa, sacrificar esas muy relevantes justificaciones en aras de evitar delitos, muertes y daños físicos. Por no haber requerimiento estatal de información en estos escenarios, el dilema no se resuelve en el nivel de referencia procesal legal, sino en el ético profesional, que *faculta* al abogado a revelar información sujeta a confidencialidad sin el consentimiento del cliente (salvo en el caso de evitación de crímenes, en que el abogado debe revelar), pero sujeta cualquiera de esas revelaciones a estrictos estándares de necesidad y proporcionalidad⁴⁰. Se trata, así, de una solución que no opta en forma binaria por uno

³⁸ GRUPO DE TRABAJO SOBRE SECRETO PROFESIONAL, COMISIÓN DE ÉTICA, COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. (2008) p. 10.

³⁹ “Un abogado, como oficial de la corte, está obligado a trabajar para el cumplimiento del Derecho, al mismo tiempo de fielmente proteger los legítimos intereses de su cliente. En el ejercicio de sus deberes, es esencial que el abogado trabaje con cierto grado de privacidad, libre de innecesarias intrusiones de las contrapartes y sus abogados. La adecuada preparación del caso de un cliente exige que el abogado reúna información, separe lo que considere relevante de lo irrelevante, prepare teorías legales, y planifique una estrategia sin indebida e innecesaria interferencia. Esa es la manera histórica y necesaria en la que los abogados han actuado dentro del marco de nuestro sistema jurídico para la promoción del Derecho y la protección de los intereses de sus clientes” (La traducción es nuestra) *HICKMAN vs. TAYLOR* (1947).

⁴⁰ Arts. 53 a 58 CEP 2011.

de los grupos de intereses en pugna, sino que busca un equilibrio (y, en buena medida, deja la sintonía fina del mismo en manos del abogado, en tanto, salvo para la evitación de crímenes, lo autoriza sin forzarlo a divulgar). La solución descrita se asemeja, *mutatis mutandis*, a la alcanzada en el escenario del Secreto Profesional, en que el Deber de Confidencialidad prevalece exclusivamente cuando se encuentra justificado por criterios adicionales a la fiducia.

VI. SITUACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

Durante los últimos 50 años la doctrina chilena prácticamente no se ha ocupado del Secreto Profesional. Las únicas excepciones a ello de que tenemos noticias son el trabajo de Antonio Bascuñán R., que lo analiza tangencialmente, a propósito de la regulación formulada por el CEP 2011 a la vecina institución del Deber de Confidencialidad y un trabajo de Mario Correa cuyo centro de gravedad también es esa regulación del CEP 2011⁴¹. Las obras anteriores a ese período, no obstante su denominación, también se refieren al Deber de Confidencialidad⁴².

Por su parte, la invocación del Secreto Profesional por abogados expuestos a la incautación judicial de documentos que contienen información sobre su cliente o citados a declarar como testigos en juicio, ha llevado a nuestros tribunales para, todavía de manera incipiente, iniciar un desarrollo dogmático de esta institución. Los rasgos más salientes de esa jurisprudencia son los siguientes:

- (1) El Secreto Profesional formaría parte de la garantía constitucional a un debido proceso, vinculado específicamente al derecho de toda persona a contar con defensa jurídica⁴³;
- (2) El contenido básico de esa institución consiste en habilitar al abogado para excusarse de proveer cierta información que ha conocido en su desempeño profesional frente a una petición al efecto de alguna institución estatal, paradigmáticamente, de los Tribunales de Justicia⁴⁴; y
- (3) Finalmente, la jurisprudencia asigna una naturaleza excepcional al Secreto Profesional⁴⁵, la que hace operativa por la vía de acotar la protección que brinda esta institución a **confidencias** conocidas por el abogado **con ocasión de la profesión**⁴⁶.

⁴¹ BASCUÑÁN (2011) pp. 221-263; CORREA (2013) pp. 255-268.

⁴² NOVOA MONREAL (1944) pp. 85-100; DE LA CARRERA (1963) y MONTES (1963). La obra de Novoa Monreal va aún más allá y excluye expresamente de su análisis la regulación a la sazón vigente del Secreto Profesional, ver, p. 85.

⁴³ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2012), considerando 20°; CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO (2012b), considerando 19°; y CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO (2012a), considerando 20°.

⁴⁴ Considerandos 23°; 24°; y 24° de los fallos citados en pie anterior, en el mismo orden.

⁴⁵ VICARÍA DE LA SOLIDARIDAD CON FISCAL CEA (1989). En GUTTMAN CON GUTTMAN (1953), el caso quizás más emblemático sobre la materia, la Corte de Apelaciones de Santiago argumentó en el mismo sentido. Ver considerandos 3°, 6°c), 6 e) y 7°. C. Santiago, 18 de diciembre de 1953.

⁴⁶ GUTTMAN CON GUTTMAN (1953), Considerando 5°, p. 129.

El desarrollo conceptual del Secreto Profesional por nuestros tribunales, aunque valioso, es insuficiente. En particular, nuestra jurisprudencia ha cometido el error de identificar el Secreto Profesional con el Deber de Confidencialidad. En los fallos recién citados del año 2012, la Corte Suprema (i) afirmó “[q]ue el secreto profesional constituye una obligación legal que tiene como sujeto pasivo a un profesional y que importa que el mismo no puede revelar lo que el cliente mantiene oculto y solamente ha permitido conocer al profesional para el mejor desempeño de su profesión”, una caracterización precisa, no del Secreto Profesional sino del Deber de Confidencialidad; (ii) resolvió requerimientos de información efectuados por el Consejo de Transparencia al Consejo de Defensa del Estado –un escenario de Secreto Profesional– aplicando regulación sobre Deber de Confidencialidad y (iii) peor aún, identificó erradamente esa regulación⁴⁷. En el lado positivo, estos fallos de la Corte Suprema terminaron con la tesis a la sazón seguida por el Colegio de Abogados de Chile A.G., según la cual existía un estatuto ético profesional diferenciado dependiendo si el abogado se encontraba o no afiliado a esa organización gremial⁴⁸.

En síntesis, la Corte Suprema trata al Secreto Profesional como sinónimo del Deber de Confidencialidad y le (mal) aplica la regulación incluida en el CEP 2011 para esa última institución. Esto último constituye una inconsistencia, considerando que ese cuerpo normativo se basa precisamente en “(...) la distinción conceptual entre el deber ético de confidencialidad y el derecho legal al secreto profesional”⁴⁹. Finalmente, identificar ambas instituciones lleva a nuestros tribunales a considerar como condiciones de aplicación del segundo las condiciones de aplicación del primero. Lo anterior impide que los tribunales se hagan de información relevante para la correcta decisión del caso y conocida por los abogados, en escenarios en que el Secreto Profesional no está justificado, infligiendo, al hacerlo, un daño grave a bienes jurídicos tan preciados como el principio de igualdad ante las cargas públicas y el acceso por los tribunales a los hechos del caso sometido a su jurisdicción.

Pudiera pensarse que lo afirmado en este trabajo reduce en exceso el ámbito de aplicación del Secreto Profesional respecto del reconocimiento tradicional de esa institución en nuestro país. No hay tal reducción. En efecto, nuestros tribunales han considerado consistentemente el Secreto Profesional como una institución excepcional cuya cobertura se limita a lo que se le haya “comunicado confidencialmente” al abogado “con ocasión de su profesión”. Basta comparar esos requisitos de procedencia con los que hemos planteado precedentemente en base a la tradición del privilegio en los Estados Unidos, para advertir su coincidencia conceptual. En consecuencia, lejos de atrofiar la aplicación del Secreto Profesional en Chile, al distinguirlo del Deber de Confidencialidad, la tesis aquí propuesta permite que este último expanda su ámbito de aplicación respecto de su entendimiento tradicional, en línea con lo buscado por el CEP 2011. No es que el Secreto Profesional se reduzca. Es el Deber de Confidencial el que crece.

⁴⁷ En opinión de los autores, la regulación ética actualmente vigente en Chile para los abogados, tanto colegiados como no colegiados, es el CEP 1948 según ese código se encontraba vigente en febrero de 1981. La justificación dogmática de esta afirmación se encuentra en ANRÍQUEZ (2016).

⁴⁸ BASCUÑÁN (2011) p. 226, en nota al pie; ANRÍQUEZ (2016) pp. 358-359.

⁴⁹ BASCUÑÁN (2011) p. 226.

VII. CONCLUSIONES

El desarrollo de una dogmática del Secreto Profesional en Chile debe partir por distinguir dicha institución del Deber de Confidencialidad. Este último abarca toda la información sobre el cliente y el asunto objeto de consulta que el abogado ha conocido en su desempeño profesional. Esto obedece a que el Deber de Confidencialidad constituye siempre una manifestación de la confianza intrínseca a la relación profesional cliente-abogado (justificación fiduciaria). Dependiendo del escenario, el Deber de Confidencialidad puede resultar, además, justificado por una o más de las siguientes razones: En un escenario típicamente de asesoría, se justifica porque mejora la posibilidad de que el abogado acceda a información de hecho necesaria para asesorar al cliente en cómo cumplir espontáneamente el Derecho y/o hacer valer la esfera de autonomía que el sistema jurídico le reconoce (justificaciones consecuencialistas). En el escenario judicial, el Deber de Confidencialidad se justifica en tanto forma parte esencial de la garantía constitucional a un debido proceso y defensa jurídica (justificación asociada al debido proceso).

En cambio, el Secreto Profesional es una inmunidad que hace operativo el Deber de Confidencialidad cuando el Estado requiere al abogado información en el contexto de un proceso jurisdiccional o administrativo. Por lo tanto, el Deber de Confidencialidad es un presupuesto del Secreto Profesional. Una consecuencia de ello es que si el Deber de Confidencialidad cesa por cualquier causa, por ejemplo, por renuncia del cliente al derecho correlativo, el abogado pierde la facultad de excusarse de proveer la información requerida por la vía de invocar el Secreto Profesional. Otra consecuencia es que el Secreto Profesional, a diferencia del Deber de Confidencialidad, está sujeto a una regla de interpretación estricta.

El Secreto Profesional implica *per se* un menoscabo (i) del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas y (ii) de la facultad del Estado para acceder a información de hecho relevante para resolver controversias jurídicas o investigar y sancionar conductas ilícitas. La mayor importancia relativa de estos bienes jurídicos trae como consecuencia que el Deber de Confidencialidad sea derrotado por ellos cuando se sustenta exclusivamente en su justificación fiduciaria. Sin embargo, cuando el Deber de Confidencialidad descansa en cualquiera de las justificaciones consecuencialistas o en el resguardo del debido proceso, la ley ha resuelto *ex ante* su enfrentamiento con el requerimiento de información judicial o investigativo en favor del Deber de Confidencialidad. De ello resulta que el Secreto Profesional protege solo una parte de la información cubierta por el Deber de Confidencialidad: aquella a la que resultan aplicables esas justificaciones adicionales. Esto también explica el carácter de derecho estricto del Secreto Profesional.

Las justificaciones del Secreto Profesional permiten identificar una serie de criterios interpretativos relevantes para la reconstrucción dogmática de esta institución, incluyendo que (i) la protección del Secreto Profesional dice solo relación con, por una parte, las comunicaciones entre cliente y abogado con objeto de asesoría jurídica y, por la otra, el trabajo producido por el segundo para el primero en el contexto de un juicio (actual o inminente), pero no alcanza los hechos mismos, los que pueden ser acreditados en juicio por cualquier vía alternativa; (ii) la información beneficiada con la inmunidad del Secreto Profesional debe ser protegida en términos equivalentes, cualquiera sea la vía de acceso a ella

(por ejemplo, declaración testimonial, incautación, interceptación); y (iii) sin perjuicio del deber ético profesional del abogado de invocar la regulación del Secreto Profesional en caso de ser requerido por autoridad a divulgar información sujeta al Deber de Confidencialidad, el Secreto Profesional no puede ser declarado de oficio por el tribunal, sino que tiene que ser alegado por el abogado que lo invoca y, en caso de disputa, justificado por este⁵⁰.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANRÍQUEZ NOVOA, Álvaro (2016): “Ética Profesional del Abogado: Normativa Vigente en Chile”, *Revista Ius et Praxis*, año 22, N° 2: pp. 331-372.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de la Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2011): “Deber de Confidencialidad y Secreto Profesional del Abogado”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 15: pp. 221-263.
- BLUMBERG, Abraham S. (1967): “The Practice of Law as Confidence Game: Organizational Cooptation of a Profession”, *Law and Society Review*, vol. 1, núm. 2: pp. 15-40.
- CORREA BASCUÑÁN, Mario (2013): “El secreto profesional del abogado en el nuevo Código de Ética”, en CONTRERAS, Sebastián y MIRANDA, Alejandro (edits.), *Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes): Ética profesional del abogado, Principios generales y comentarios al nuevo Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile*, N° 24 (Santiago, Universidad de Los Andes) pp. 255-268.
- COTTERELL, Roger (1992): *The Sociology of Law. An Introduction* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press, segunda edición).
- DE LA CARRERA BASCUÑÁN, Helena (1963): *El Secreto Profesional del Abogado (Estudio teórico y práctico)* (Santiago, Editorial Jurídica).
- DE LA MAZA, Iñigo (2002): “Los Abogados en Chile: desde el Estado al mercado”, *Colección Informes de Investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho*, Universidad Diego Portales, N° 10, año 4, enero 2002: pp. 191-216.
- EPSTEIN, Edna Selan (2007): *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine* (Chicago, American Bar Association, quinta edición).
- FRIED, Charles (1976), “The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation”, *85 Yale L.J.* 1060: pp. 1073-1075.
- FULLER, Lon L. (1958): “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4: pp. 630-672.
- GLENN, H. Patrick (2007): *Legal Traditions of the World* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press, tercera edición).

⁵⁰ Los sentidos aparentemente opuestos entre, por una parte, la conducta requerida al abogado por la regulación ético-profesional del Deber de Confidencialidad; y, por la otra, la requerida al juez, por la regulación procesal en el nivel de referencia legal, obedecen a una lógica de distribución y complementación de roles entre esas funciones y, también por esa vía, de solución de compromiso de los múltiples y relevantes bienes jurídicos en tensión.

- GRUPO DE TRABAJO SOBRE SECRETO PROFESIONAL, COMISIÓN DE ÉTICA, COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. (2008): *Propuesta de Nueva Regulación Ética del Colegio de Abogados relativa al Deber de Confidencialidad y Secreto Profesional* (Santiago, inédito).
- HOHFELD, Wesley Newcomb (1913): “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *The Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1: pp. 16-59.
- HART, Herbert Lionel A. (1961): *The Concept of Law* (Oxford y Nueva York Oxford University Press, reimpresión de 1994).
- LÓPEZ MASLE, Julián (2013): “La defensa del ‘culpable’ en la ética del profesional defensor”, en GREZ, Pablo, WILENMANN, Javier y FUENZALIDA, Pablo (coord.), *Una vida en la Universidad de Chile. Celebrando al profesor Antonio Bascañán Valdés* (Santiago, Legal Publishing) pp. 497-537.
- MATURANA MIQUEL, Cristián (2003): *Los Medios de Prueba* (separata rústica) (Santiago Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).
- MONTES OLAVARRIETA, Leonidas (1963): *De la Prevaricación de Abogados y Procuradores* (Santiago, Editorial Jurídica).
- MURPHY, Jeffrie y COLEMAN, Jules (1990): *Philosophy of Law, An Introduction to Jurisprudence* (Boulder, San Francisco y Londres, Westview Press, edición revisada).
- NONET, Philippe, y SELZNICK, Philip (2001): *Law & Society in Transition. Towards responsive law* (New Brunswick y Londres, Transaction Publishers, segunda edición).
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1944): “La Obligación Jurídica de Secreto Profesional”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, T. XLI, N° 1 y 2, marzo y abril 1944: pp. 85-100.
- NOZICK, Robert (1974): *Anarchy, State and Utopia* (Nueva York, Basic Books).
- PAILLAS PEÑA, Enrique (2002): *Estudios de Derecho Probatorio* (Santiago, Editorial Jurídica).
- POSNER, Richard (1944): *Overcoming Law* (Cambridge, Harvard University Press).
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena. Código de Procedimiento Civil, Tomo II (2010): (Santiago, Editorial Jurídica).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (2016): *La Prueba Ante la Jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica)
- RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio (2005): *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Editorial Jurídica, séptima edición).
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2001): *Filosofía del Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica, primera edición).
- WEBER, Max (1964): *Economía y Sociedad* (México D.F., Fondo de Cultura Económica) (reimpresión de 2005).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- ALEMANIA, Zivilprozessordnung (ZPO), Reichsgesetzblatt, 30 de enero de 1877 y republicada en Bundesgesetzblatt, 5 de diciembre de 2005.
- ALEMANIA, Bundesrechtsanwaltsordnung, Bundesgesetzblatt, 1 de agosto de 1959.
- ALEMANIA, Strafprozessordnung (StPO), Reichsgesetzblatt, 1 de febrero de 1877 y republicada en Bundesgesetzblatt, 7 de abril de 1987.

- CHILE, Constitución Política de la República, Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.
- CHILE, Código Orgánico de Tribunales, Diario Oficial, 9 de julio de 1943.
- CHILE, Código de Procedimiento Civil, Diario Oficial, 30 de agosto de 1902.
- CHILE, Código Civil, Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.
- CHILE, Código Penal, Diario Oficial, 12 de noviembre de 1874.
- CHILE, Código Procesal Penal, Diario Oficial, 12 de octubre de 2000.
- CHILE, Decreto Ley 211 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 1973, Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, Diario Oficial, 22 de diciembre de 1973.
- CHILE, Decreto Ley 3621 del Ministerio de Justicia de 1981, Diario Oficial, 7 de febrero de 1981.
- CHILE, Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile, 1948.
- CHILE, Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile A.G., agosto 2011.
- FRANCIA, Code de Procédure Pénale français, 2 de marzo de 1959.

JURISPRUDENCIA CITADA

- BERD V LOVELACE* [1577] Cary 62).
- CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO* (2012a), Corte Suprema, Rol 2582-2012, 28 de noviembre de 2012 (recurso de queja). Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php> Fecha de consulta: 5 de agosto de 2020.
- CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO* (2012b), Corte Suprema, Rol 2788-2012, 28 de noviembre de 2012 (recurso de queja). Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php> Fecha de consulta: 5 de agosto de 2020.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA* (2012), Corte Suprema, Rol 2423-2012, 28 de noviembre de 2012 (recurso de queja). Disponible en: <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/home/index.php> Fecha de consulta: 5 de agosto de 2020.
- HICKMAN VS. TAYLOR* 329 U.S. 495 (1947)
- GUTTMAN CON GUTTMAN* (1953). Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de diciembre de 1953 (recurso de queja), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 51 (1954), 2ª parte, Sección Primera, pp. 129 y 130.
- VICARÍA DE LA SOLIDARIDAD CON FISCAL CEA* (1989), Corte Suprema, 31 de enero de 1989 (queja disciplinaria), *Fallos del Mes*, núm. 362, enero 1989, pp. 956 y ss.

LEGITIMIDAD DEL SISTEMA CHILENO DE JUSTICIA PENAL NEGOCIADA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

LEGITIMACY OF THE CHILEAN NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE SYSTEM IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS JURISPRUDENCE

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN*
TOMÁS CORREA URMENETA**

RESUMEN: En este trabajo, se revisa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre justicia penal negociada, se extrae de ella criterios de legitimidad de dicha forma de juzgamiento de delitos y se analiza el grado de cumplimiento de tales criterios en el sistema procesal penal chileno.

Palabras clave: Justicia penal negociada, procedimiento abreviado, procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, procedimiento monitorio, renuncia al juicio oral.

ABSTRACT: This paper reviews the jurisprudence of the European Court of Human Rights on negotiated criminal justice, extracts criteria of legitimacy of such form of trial of crimes and analyzes the degree to which such criteria are met in the Chilean criminal procedure system.

Keywords: Negotiated criminal justice, abbreviated procedure, simplified procedure with admission of liability, order for payment procedure, waiver of oral proceedings.

I. INTRODUCCIÓN

La expresión “justicia penal negociada” se usa en referencia a acuerdos por los cuales el imputado renuncia al juicio, a cambio de un beneficio penal o procesal, bajo control judicial¹, y puede ser entendida en un sentido restringido o en uno amplio. En sentido restringido, es usada para aludir a mecanismos de negociación que conducen a una absolución

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección electrónica: guillermo.oliver@pucv.cl. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4485-1870>.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección electrónica: tomascorreaurmeneta@gmail.com. Dirección Postal: Medio Oriente 1050, Oficina 301, Viña del Mar, Chile. Este trabajo es un producto del proyecto de investigación Fondecyt Regular N° 1170949, ejecutado por el Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso en el período marzo 2017 - marzo 2020.

Los autores agradecen a la Fiscal Regional de Valparaíso del Ministerio Público, Claudia Perivancich Hoyuelos, por su ayuda en la obtención de información estadística usada en este trabajo. Agradecen también a Agustina Alvarado Urizar, Guillermo Amésica Zavala, Ignacio Barrientos Pardo, Julián López Masle, Daniel Polanco Valdés y Paola Rojas Caro por la facilitación de jurisprudencia pertinente.

¹ CORREA y REYES (2012) pp. 17-18.

o a una condena en un proceso penal. En sentido amplio, se la utiliza para hacer referencia a cualquier acuerdo que el imputado puede celebrar en un proceso penal, aun cuando no conduzca a una sentencia condenatoria o absolutoria². En lo sucesivo, tal expresión será usada en sentido restringido.

En las últimas décadas, los mecanismos de justicia penal negociada, de antigua rai-gambre en el sistema jurídico anglosajón, han ido proliferando en los países adscritos al sistema europeo continental³, tras una recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 1987⁴. Con ello, las críticas que desde antiguo se han formulado, especialmente contra el *plea bargaining* norteamericano⁵, se han extendido a la *Absprache* alemana, al *Patteggiamento* italiano, a la “conformidad” española, etc.

El objetivo de este trabajo es revisar la jurisprudencia internacional de derechos humanos en el ámbito de la justicia penal negociada, para extraer de ella criterios de legitimidad de su funcionamiento y evaluar su grado de cumplimiento en el modelo chileno. Ante la ausencia de pronunciamientos relevantes en esta materia a nivel interamericano, nos concentraremos en fallos dictados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en casos en que acuerdos en el proceso penal han generado, según los solicitantes, menoscabos de derechos fundamentales que infringen normas establecidas en el Convenio Europeo (o Convención Europea) de Derechos Humanos (en lo sucesivo, CEDH). Ello no es un problema para el objetivo de este trabajo, pues es sabido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza frecuentemente la jurisprudencia de su par europeo para (comenzar a) definir sus estándares⁶.

II. JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE JUSTICIA PENAL NEGOCIADA

En los últimos años, el TEDH ha realizado importantes pronunciamientos acerca de posibles afectaciones a derechos consagrados en la CEDH con motivo de la aplicación de sistemas de justicia penal negociada, especialmente respecto de países de Europa del este. A continuación, se ofrece una sistematización de tales pronunciamientos.

1. JUSTICIA PENAL NEGOCIADA Y DERECHO A SER OÍDO EQUITATIVA Y PÚBLICAMENTE

Uno de los puntos sobre los que se ha pronunciado el TEDH es el derecho al debido proceso penal, consagrado en el artículo 6 de la CEDH como “derecho al proceso equitativo”. Esta disposición indica que “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida con-

² Véase HERRERA (2014) pp. 57-69; OLIVER (2019a) p. 451.

³ LANGER (2001) p. 97.

⁴ DEL CORRAL (2010) p. 50.

⁵ Por todos, LANGBEIN (1978) pp. 3-22.

⁶ DIAS (2015) p. 200.

tra ella” (art. 6.1). El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) señala esta idea en forma muy similar.

Al ser la justicia penal negociada una figura de reciente incorporación en los países europeos no existía un tratamiento jurisprudencial sistemático respecto del tema en materia de derechos humanos hasta el año 2014, cuando el TEDH dictó su fallo en el caso llamado *Natsvlishvili y Togondize v. Georgia*⁷. Hacía falta una sentencia en la que se analizase detalladamente la regulación sobre estos acuerdos, haciendo especial énfasis en el problema de la validez del consentimiento del acusado al momento de celebrar el pacto⁸. Es un fallo considerado de gran importancia, pues ha sentado jurisprudencia en cuanto a la legitimidad de los acuerdos en el proceso penal en los diferentes países de Europa.

El primer solicitante, Amiran Natsvlishvili, fue vicealcalde de la segunda ciudad más grande de Georgia, Kutaisi, y director general de la Planta Automotriz de la misma ciudad entre 1995 y 2000, una de las empresas más grandes del país⁹. En diciembre de 2002, fue secuestrado, sufriendo malos tratos por parte de sus secuestradores y siendo liberado a cambio de una gran suma de dinero, pagada por su familia¹⁰.

En marzo de 2004, Natsvlishvili fue acusado de reducir ilegalmente el capital social de la fábrica, como director general de ella y como presidente del comité de supervisión, siendo detenido días después. Posteriormente, el fiscal solicitó la prisión preventiva en su contra, siendo esta solicitud acogida por el tribunal.

Mientras se encontraba en prisión preventiva, el solicitante manifestó su deseo de llegar a un acuerdo con la justicia, mediante la transferencia de las acciones de la fábrica que se encontraban en posesión suya y de su cónyuge, siendo transferido el 15.55% de las acciones al Estado, en septiembre de 2004¹¹. Días después, el solicitante envió una declaración por escrito al fiscal, pidiendo que se llegara a un acuerdo sobre el procedimiento, indicando que, aun cuando se consideraba inocente, tenía intención de llegar a un acuerdo sobre la sentencia y reparar el daño causado al Estado, ofreciendo pagar una suma de dinero al Fisco y añadiendo que comprendía a cabalidad el contenido de tal acuerdo. El fiscal de Kutaisi le ofreció llegar a una sentencia en virtud de un *plea bargain*, considerando su disposición a reparar el daño causado mediante el pago de dinero y la transferencia de acciones al Fisco, lo que el imputado aceptó. En virtud de lo anterior, el fiscal indicó que, sin perjuicio de que se arriesgaba una pena que iba desde los seis a los doce años de presidio, el acuerdo era posible, por razones de eficiencia respecto de los recursos estatales y porque el solicitante estaba dispuesto a reparar los perjuicios causados, siendo aprobado el acuerdo en audiencia oral el día siguiente por la Corte de la ciudad de Kutaisi. Natsvlishvili manifestó su conformidad nuevamente en el asunto, indicando junto con su abogado, que no fue sujeto de presiones o coerción. En consecuencia, el tribunal declaró al solicitante como cul-

⁷ DIAS (2015) pp. 225-226.

⁸ DIAS (2015) p. 227.

⁹ Caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE v. GEORGIA* (2014), párrafo 9.

¹⁰ Caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE v. GEORGIA* (2014), párrafo 11.

¹¹ Caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE v. GEORGIA* (2014), párrafos 12-16 y 21.

pable y, en virtud del *plea agreement*, lo condenó a pagar la suma de dinero ya mencionada, siendo liberado inmediatamente¹².

A juicio de los solicitantes ante la Corte de Estrasburgo, el uso del *plea bargaining* fue contrario a lo dispuesto en el artículo 6.1 de la CEDH, ya que no estuvo acompañado de resguardos ante abusos de la autoridad. Circunstancias como que el modelo de Georgia no permitiera que el juez revisara suficientemente la conveniencia del *plea agreement* y que el sistema no ofreciera un funcionamiento justo –teniendo una tasa de condena del 99%–, habrían hecho que la decisión del imputado no fuera completamente voluntaria y constituyera la vía que tenía para escapar del encarcelamiento. Argumentaron también que el sistema de justicia penal negociada de Georgia contempla derechos y privilegios sin restricciones para la autoridad persecutora, no existiendo iguales condiciones de negociación entre los intervinientes¹³.

El TEDH considera que es un elemento común de los sistemas procesales penales europeos que el acusado obtenga una reducción de cargos o una reducción de sentencia a cambio de una declaración de culpabilidad o de *nolo contendere*, o al proveer una sustancial cooperación con la autoridad que investiga. Indica, asimismo, que al ser el efecto de este mecanismo que los cargos criminales en contra de un acusado se determinen por una forma abreviada de revisión judicial, habría una reducción del número de derechos procesales para el imputado, lo que no es en sí mismo un problema, porque ni la Carta de Derechos Humanos ni el espíritu del artículo 6 de la CEDH evitan que una persona pueda ver reducidos sus resguardos procesales por voluntad propia. De todos modos, la Corte señala que es un principio fundamental que cualquier renuncia de algún derecho procesal debe siempre ser establecida en términos inequívocos, contar con un mínimo de garantías y no ser contraria a ningún interés público¹⁴.

En el caso particular, el fallo menciona que, al acordar una negociación con la autoridad persecutora sobre la sentencia y declarar *no contest* en relación con los cargos formulados en su contra, el solicitante renunció a su derecho a que el caso penal se examinara en su mérito. La Corte argumenta que la aceptación de este acuerdo debió haber contado con las siguientes condiciones: (1) la oferta debe haber sido acordada con pleno conocimiento del solicitante de los hechos del caso y las consecuencias legales, de forma genuinamente voluntaria, y (2) el contenido de la oferta y la justicia respecto de la forma en que las negociaciones fueron alcanzadas entre los intervinientes debe ser sujeta a revisión judicial suficiente. Considerando esto, el TEDH argumenta que fue el mismo solicitante quien pidió al fiscal la negociación de un acuerdo y expresó su deseo de reparar el daño, teniendo acceso al expediente y siendo representado por abogados de su elección. Además, afirma que, en varias ocasiones, el solicitante señaló que entendía el contenido del acuerdo, sus derechos dentro del proceso y las consecuencias derivadas del *plea bargain*. Se hace énfasis también en que Natsvlshvili indicó que su decisión de aceptar no fue resultado de coacción o falsas promesas, y que existió un acuerdo por escrito que fue firmado por el solicitante y su abo-

¹² Caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE v. GEORGIA* (2014), párrafos 25 a 31.

¹³ Caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE v. GEORGIA* (2014), párrafos 81 a 84.

¹⁴ Caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE v. GEORGIA* (2014), párrafos 87 y 88.

gado, además de destacar que el Tribunal de Kutaisi, basándose en la legislación interna de Georgia, tampoco estaba obligado a aceptar el acuerdo, teniendo el poder de rechazarlo o reducirlo al momento de acordar la revisión¹⁵. Considerando todos estos factores, la Corte concluye que no ha existido violación del artículo 6.1 de la Convención.

En definitiva, lo que hace el TEDH es establecer que, bajo los parámetros del artículo mencionado, la práctica de obtener una sentencia más favorable por la vía del *plea bargaining* no representa un problema en cuanto al derecho a un proceso equitativo, siempre que el imputado haya accedido voluntariamente al pacto, entendiendo su contenido y consecuencias. Si así es el caso, el acuerdo no puede ser discutido ante el TEDH¹⁶.

Analizando este fallo, Dias indica que la justificación que hace la Corte Europea de los acuerdos en el proceso penal es problemática, porque cuando señala que la adopción de mecanismos consensuales es una característica común a los sistemas europeos, parece esgrimir un argumento de autoridad¹⁷. Es decir, le otorga legitimidad a este sistema solo por presentar una aplicación cada vez más extendida en los distintos ordenamientos jurídicos, sin hacer énfasis en los riesgos que conlleva.

Por su parte, Bachmaier destaca que el TEDH centra su análisis en el cumplimiento formal de las garantías que regulan la conformidad, sin entrar a considerar otros elementos que son ajenos al cauce procesal y que pueden conducir a la conclusión de que la renuncia al juicio y la sentencia consensuada fueron, en este caso particular, el resultado de un acuerdo obtenido bajo coerción¹⁸.

En esta causa, efectivamente, hay dos puntos que sugieren que la voluntad del acusado pudo haber sido constreñida para aceptar un acuerdo de conformidad. En primer lugar, un dato relevante son las paupérrimas condiciones de la prisión preventiva del solicitante, llegando al punto de tener que compartir durante los primeros cuatro meses la misma celda con la persona que lo secuestró el año 2002, además de encontrarse también con otra persona que cumplía una condena por homicidio, lo que implicaba, a juicio del defensor, un riesgo para su bienestar físico y psicológico¹⁹.

En segundo lugar, otro elemento crucial es la alta tasa de condena que tiene el sistema de justicia penal de Georgia, siendo el porcentaje de acusados absueltos prácticamente cero²⁰. Así, prevalece la idea del riesgo de llegar a juicio, lo que se traduce en la posibilidad de sufrir la imposición de una pena más gravosa o ser castigado por un delito más grave²¹, por lo que, ante la seguridad de ser condenado, la mejor oportunidad del imputado es buscar la opción de obtener la pena menos perjudicial, lo que también puede constituir una forma de coerción²².

¹⁵ Caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE V. GEORGIA* (2014), párrafos 89 a 92.

¹⁶ CHEESMAN (2014) p. 228.

¹⁷ DIAS (2015) p. 234.

¹⁸ BACHMAIER (2018) pp. 13-19.

¹⁹ BACHMAIER (2018) p. 14.

²⁰ BACHMAIER (2018) p. 16; caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE V. GEORGIA* (2014), párrafo 57.

²¹ FERRÉ (2018) p. 10.

²² Transparency International Georgia ha señalado que el *plea bargaining*, como institución, no puede funcionar en ese país, a menos que las tasas de condena bajen a un número más realista. Afirma que, cuando incluso

Si bien el fallo no advierte la influencia de estos elementos como eventuales presiones, hay un voto parcialmente disidente de la jueza Alvina Gyulumyan, que hace énfasis en las críticas señaladas, indicando que el Tribunal de Kutaisi no pudo haber examinado debidamente si existió una posición de igualdad entre los intervinientes, al no existir un completo registro de las negociaciones. Además, factores como la falta de transparencia en gran parte de las circunstancias de hecho vinculadas con el caso, la ya señalada tasa de condena que se presenta en el país y la actitud que tuvo la autoridad fiscal en el manejo del caso, dan cuenta de la posición de ventaja que tuvo esta en las negociaciones (párrafos 3 y 4).

Posteriormente, el TEDH confirmó los criterios para examinar la legitimidad de los acuerdos de *plea bargaining*, en el caso *Kadagishvili v. Georgia*, del año 2020. En dicha decisión, la Corte reitera que si el acuerdo de conformidad se lleva a cabo con asistencia letrada, es acompañado de una adecuada revisión judicial y la manifestación de quienes acceden al acuerdo es realizada en ausencia de cualquier presión, no existe infracción del artículo 6.1 de la CEDH²³.

2. JUSTICIA PENAL NEGOCIADA, RENUNCIA AL DERECHO A SER OÍDO Y CALIDAD DE VÍCTIMA

Uno de los puntos contemplados en el artículo 6.1 de la CEDH y que ha sido objeto de análisis por el TEDH, es el derecho a ser oído. Este aspecto es desarrollado en el fallo del caso *Leuska y otros v. Estonia*, que data de noviembre de 2017.

El hijo de dos de los solicitantes (ambos de apellido *Leuska*) murió en un accidente de tránsito. Estos, junto con los demás demandantes, interpusieron una acción civil en el procedimiento penal en contra del supuesto autor del delito, buscando la compensación del daño extrapatrimonial y el reembolso de las costas legales²⁴. Posteriormente, llegaron a un acuerdo extrajudicial con el supuesto autor, informando al fiscal que habían acordado que el caso sería resuelto mediante tal arreglo. Así, J., como nombra el fallo al imputado, informó que había pagado la compensación a los solicitantes. Del mismo modo, el consentimiento de las víctimas fue registrado en un reporte firmado por estas y sus abogados, el que indicaba que fueron informados de los derechos y consecuencias derivados del acuerdo, además de manifestar su renuncia a las reclamaciones vinculadas con el daño extrapatrimonial, pero que no renunciarían a aquellas relacionadas con las costas legales. Así, en febrero de 2011, J. manifestó su consentimiento definitivo en el procedimiento de acuerdo, indicándose en este que las víctimas retiraban también las acciones civiles derivadas del procedimiento penal. En virtud de lo anterior, se citó a J., a su abogado y al fiscal a audiencia, sin ser convocadas las víctimas. Antes de la fecha de la audiencia, las víctimas presentaron una reclamación a la Corte del Condado de Harju por las costas legales. El día de la audiencia, el imputado pidió que no se examinara la demanda de las víctimas por el reembolso de las costas legales, al encontrarse estas últimas absorbidas por el acuerdo extrajudicial.

los imputados inocentes sienten la necesidad de “admitir culpabilidad” debido a las bajas tasas de absolución, el poder queda concentrado en manos de los fiscales. Véase *TRANSPARENCY* (2010) p. 14.

²³ Caso *KADAGISHVILI V. GEORGIA* (2020), párrafos 156 y 160.

²⁴ Caso *LEUSKA Y OTROS V. ESTONIA* (2017), párrafos 6 y 8.

Los solicitantes alegaron que no les fue permitido dirigirse a la Corte, a pesar de encontrarse físicamente en ese lugar. Por su parte, el fallo del tribunal no hizo referencia alguna a las costas legales en las que se incurrió en el procedimiento²⁵.

Ante ello, los demandantes interpusieron un recurso, alegando que no se les permitió participar de la audiencia y que el tribunal no resolvió su reclamación vinculada con el reembolso de las costas. La Corte del Condado de Harju se negó a hacer un examen de dicho recurso, puesto que consideró que los solicitantes no tenían la calidad de partes y, por consiguiente, no tenían derecho a recurrir. Los solicitantes apelaron a esta decisión, insistiendo en que habían sido intervinientes en el procedimiento y podían recurrir ante las decisiones del tribunal. Sin embargo, la Corte de Apelaciones rechazó este recurso, reafirmando que las víctimas, al suscribir un acuerdo con el imputado, no eran consideradas como partes y, por lo mismo, no tenían los derechos propios de esta calidad. Además, esta Corte señaló que tal decisión era inapelable. Los afectados intentaron llevar el caso ante la Corte Suprema, pero esta se negó a revisar o resolver el caso²⁶.

El gobierno de Estonia, al momento de hacer las presentaciones vinculadas con la demanda ante el TEDH, argumentó que los solicitantes no podían ser considerados como víctimas, en los términos del artículo 34 de la CEDH, puesto que todas sus reclamaciones existentes o potenciales, incluyendo su reclamación por las costas legales, fueron cubiertas por el acuerdo extrajudicial²⁷.

La Corte Europea enfatiza que una decisión o medida favorable para el demandante no es, en principio, suficiente para privarlo de esta calidad, a menos que las autoridades nacionales hayan reconocido expresa o tácitamente una infracción a la Convención, y luego hayan logrado su adecuada reparación²⁸. Este tribunal ya había hecho un pronunciamiento similar, en el caso *Dimitrov y Hamanov v. Bulgaria* el año 2011²⁹. Por lo mismo, la circunstancia de si las demandas de los solicitantes fueron cubiertas por un acuerdo extrajudicial resulta irrelevante para la determinación de su calidad de víctimas, en relación con sus anteriores reclamaciones, agregando la Corte que el Estado demandado no ha reconocido una violación al artículo 6.1 de la Convención ni ha ofrecido reparación alguna, por lo que los demandantes deben ser considerados como víctimas³⁰.

En cuanto a la afectación del derecho a ser oído, el criterio del tribunal en este fallo busca determinar si, ante este acuerdo, los solicitantes renunciaron válidamente a su derecho de participar en la audiencia del tribunal. La Corte Europea toma en cuenta las

²⁵ Caso *LEUSKA Y OTROS v. ESTONIA* (2017), párrafos 9-15.

²⁶ Caso *LEUSKA Y OTROS v. ESTONIA* (2017), párrafos 16-22.

²⁷ Caso *LEUSKA Y OTROS v. ESTONIA* (2017), párrafo 44.

²⁸ Caso *LEUSKA Y OTROS v. ESTONIA* (2017), párrafo 56.

²⁹ Confrontar con *DIMITROV Y HAMANOV v. BULGARIA* (2011), párrafos 59 y 60. En este caso, la Corte también hace énfasis en que los casos en que se puede privar a un demandante de su calidad de víctima se vinculan con aquellas situaciones en que las autoridades nacionales hayan reconocido un incumplimiento a lo establecido en la Convención y luego hayan hecho algún tipo de reparación, pero lo vinculan al hecho de que el *plea bargaining* no puede ser considerado como una forma de haber otorgado una reparación expresa en relación con la infracción a la garantía del plazo razonable.

³⁰ Caso *LEUSKA Y OTROS v. ESTONIA* (2017), párrafos 58 y 59.

normas del derecho interno de Estonia, argumentando que se estaba frente a una excepción al procedimiento penal ordinario y que los solicitantes, representados por abogados de su elección, fueron informados de los derechos y consecuencias del acuerdo antes de consentir en su aplicación, no siendo posteriormente citados a presentarse en audiencia. Indica, además, que ante dichas circunstancias, el consentimiento de los solicitantes en el acuerdo se considera como una renuncia inequívoca de sus derechos sobre el procedimiento, incluyendo el derecho a ser oído, concluyendo que el hecho de que los demandantes no fueran escuchados por la Corte del Condado de Harju no constituye una contravención al artículo 6.1 de la CEDH³¹.

3. JUSTICIA PENAL NEGOCIADA Y DERECHO A SER OÍDO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE

En el caso *Dimitrov y Hamanov v. Bulgaria*, la Corte analiza el criterio del plazo razonable en relación con el cuestionamiento que hacen los intervinientes sobre si el *plea bargaining* se considera como una solución frente a una efectiva dilación indebida.

En septiembre de 1995, tras ser detenido por la policía al intentar ingresar a un automóvil ajeno junto con dos individuos, el señor Dimitrov hizo una confesión escrita. Sin embargo, recién en marzo de 2002 fueron formulados cargos en su contra, siendo entrevistado en presencia de su abogado y declarándose culpable. Respecto de los otros dos sujetos, el ente investigador no formuló cargos. En mayo del mismo año, considerando que uno de estos sujetos se encontraba fuera de Bulgaria y que era imposible establecer los hechos sin contar con su declaración, sumado a la necesidad de acusar también a este, la oficina del Fiscal de Distrito de Plovdiv decidió mantener en espera el procedimiento hasta su regreso, reanudándose en el año 2005. Sin perjuicio de lo anterior, este sujeto fue interrogado como testigo, no siendo ni este ni el otro individuo involucrado finalmente acusados. Recién en julio de 2005, Dimitrov pudo tener conocimiento del expediente y fue formalmente acusado (*indicted*) en agosto de ese año. La audiencia de juicio se realizó el 18 de mayo de 2006, en la cual el imputado y el fiscal señalaron que habían acordado un *plea bargain*. La Corte de Distrito de Plovdiv revisó y aprobó el acuerdo, condenando al acusado³².

La discusión ante el TEDH se enfoca en determinar si el hecho de que el solicitante haya aceptado un acuerdo significó una solución a la excesiva dilatación que estaba teniendo la causa. El gobierno de Bulgaria afirmó que, al resolver el asunto por esta vía, Dimitrov se estaba beneficiando con un tratamiento más favorable, agregando que la finalidad de los acuerdos es prevenir procedimientos largos³³. Por su parte, Dimitrov sostuvo que la duración del procedimiento seguido en su contra no jugó ningún rol en la conclusión del caso por la vía de la justicia penal negociada, ni fue considerada como factor para que la Corte de Distrito de Plovdiv aprobara el acuerdo³⁴.

³¹ Caso *LEUSKA Y OTROS v. ESTONIA* (2017), párrafos 75-77.

³² Caso *DIMITROV Y HAMANOV v. BULGARIA* (2011), párrafos 7-15.

³³ Caso *DIMITROV Y HAMANOV v. BULGARIA* (2011), párrafo 57.

³⁴ Caso *DIMITROV Y HAMANOV v. BULGARIA* (2011), párrafo 58.

La Corte de Estrasburgo indica que los acuerdos no pueden ser considerados como un reconocimiento del fracaso de las autoridades para determinar los cargos penales dentro de un plazo razonable, o como una forma de haber otorgado una reparación expresa y mensurable al demandante en relación con este hecho³⁵. Por consiguiente, la Corte entiende que la demanda de Dimitrov debe ser admitida, afirmando que ha existido una infracción a lo dispuesto en el artículo 6.1 de la CEDH³⁶.

4. JUSTICIA PENAL NEGOCIADA ANTE COACUSADOS Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Uno de los puntos más discutidos respecto de la implementación del *plea bargaining* se vincula, en casos en que existen coimputados, con la posible afectación al derecho de presunción de inocencia, garantía que ha sido considerada como un principio político sobre el cual está estructurado todo el proceso penal moderno y que goza de consagración expresa tanto en la CEDH como en la CADH³⁷⁻³⁸.

En el caso *Navalnyy y Ofitserov v. Rusia* se aborda el problema del uso de antecedentes y de una sentencia dictada en el marco del *plea bargaining* en otras causas relacionadas en que los imputados no se acogieron a este tipo de acuerdos. Se trata de un caso en que los solicitantes alegaron una vulneración a la presunción de inocencia, al resolverse la causa de un imputado por la vía de la justicia penal negociada y utilizarse tales antecedentes en el juzgamiento ordinario de los dos solicitantes.

Los solicitantes sostuvieron que el proceso seguido en su contra fue arbitrario e injusto, alegando una vulneración a la presunción de inocencia, basada en cómo se utilizaron los hallazgos establecidos en el juzgamiento en contra de otro imputado –a quien el fallo se refiere como “X” y que fue condenado en virtud de un *plea bargain*– respecto de la participación de los demandantes en el crimen por el que se les persiguió, el uso de la evidencia originada en ese otro procedimiento y el juzgamiento mismo, en el juicio en su contra³⁹. Los demandantes señalaron ante el TEDH que ellos no habían sido partes en el procedimiento seguido en contra de “X”, por lo que no pudieron reclamar sobre la decisión o evidencia relativa al caso, a pesar de lo cual el juzgamiento de este imputado formó la base de la condena en contra de ellos⁴⁰. Agregaron que el juzgamiento anterior, por aplicación del artículo 90 del Código Procesal Penal de Rusia, era considerado como cosa juzgada⁴¹.

El TEDH determina que, incluso cuando la ley señala que ninguna inferencia sobre la culpabilidad de una persona puede ser extraída de procedimientos penales en los que no

³⁵ Caso *DIMITROV Y HAMANOV v. BULGARIA* (2011), párrafo 59.

³⁶ Caso *DIMITROV Y HAMANOV v. BULGARIA*, TEDH (2011), párrafo 61.

³⁷ Así, LÓPEZ, en HORVITZ y LÓPEZ (2002) p. 79.

³⁸ Respecto de la consagración normativa de este principio, el artículo 6.2 de la CEDH señala lo siguiente: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.” A su turno, el artículo 8.2 de la CADH señala, en su primera parte, que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, indicando luego un listado de garantías mínimas a las que toda persona tiene derecho durante el proceso.

³⁹ Caso *NAVALNY Y OFITSEROV v. RUSIA* (2016), párrafo 84.

⁴⁰ Caso *NAVALNY Y OFITSEROV v. RUSIA* (2016), párrafo 91.

⁴¹ Caso *NAVALNY Y OFITSEROV v. RUSIA* (2016), párrafo 92.

ha participado, las decisiones judiciales deben ser redactadas de tal forma que se evite cualquier potencial prejuizgamiento sobre la culpabilidad de un tercero, para no poner en riesgo un examen justo de los cargos en procedimientos separados⁴². Indica que la primera y más obvia garantía para obtener seguridad en casos en que coacusados son juzgados en procedimientos separados, consiste en la obligación del tribunal de abstenerse de realizar cualquier declaración que pueda tener un efecto perjudicial en los procedimientos pendientes. Agrega que, si la naturaleza de los cargos hace inevitable que se involucren terceros en un procedimiento, y estos hallazgos son relevantes para la determinación de responsabilidad legal de estos terceros que son juzgados por separado, ello debería ser considerado como un obstáculo serio para la separación de los casos⁴³.

La Corte señala que ningún hallazgo de hechos en el procedimiento en contra de “X” debió haber sido admitido en el caso en contra de los solicitantes, sin un examen completo y apropiado en los juicios posteriores. Del mismo modo, indica que, como el procedimiento seguido en contra de “X” fue acelerado, estableciéndose los hechos como resultado del *plea bargaining*, estos fueron legalmente asumidos más que probados, por lo que no podían haberse traspuesto a otros procedimientos penales sin que su admisibilidad y credibilidad fuera examinada y validada, como cualquier otra evidencia⁴⁴.

Asimismo, afirma que la sentencia en contra de “X” tenía fuerza de cosa juzgada, incluso al ser emitida en un procedimiento acelerado. Sin embargo, no se podía predeterminar, por esa sentencia, la culpabilidad de quienes no participaron en ese juzgamiento⁴⁵.

El fallo también aborda el tema de la participación posterior que tuvo el imputado “X” en el juicio seguido en contra de los solicitantes, indicando que se vio comprometida su calidad de testigo en este caso, puesto que su condena se basó en la versión formulada en el proceso de negociación y no fue requerido que su relato fuera revisado o corroborado con otra evidencia. Al declarar posteriormente como testigo, “X” fue obligado a repetir sus declaraciones hechas como acusado con base en el acuerdo de culpabilidad⁴⁶, las cuales, señala la sentencia, no podían ser consideradas como referidas a hechos efectivamente probados, dada la naturaleza del procedimiento acelerado en el que se establecieron.

Este criterio fue también adoptado por el TEDH en 2019, en el caso *Razvozhayev v. Rusia y Ucrania y Udaltsov v. Rusia*, en el que un coimputado declaró en juicio en calidad de testigo, luego de haber arribado a un acuerdo en virtud de un procedimiento acelerado. Sin perjuicio de lo señalado, la Corte de Estrasburgo ha determinado que no existe vulneración a la garantía de un juicio justo en aquellos casos en que coimputados declaren en calidad de testigos, luego de haber obtenido un acuerdo de *plea bargaining*, siempre que dichas declaraciones sean también contrastadas con la prueba rendida y resulten concordantes con esta, mediante una apropiada y completa revisión. Así lo señaló en el fallo del caso *Kadagishvili v. Georgia*, relativo a un fraude bancario en que un número de coimpu-

⁴² Caso *NAVALNYY Y OFITSEROV v. RUSIA* (2016), párrafo 99.

⁴³ Caso *NAVALNYY Y OFITSEROV v. RUSIA* (2016), párrafo 104.

⁴⁴ Caso *NAVALNYY Y OFITSEROV v. RUSIA* (2016), párrafo 105.

⁴⁵ Caso *NAVALNYY Y OFITSEROV v. RUSIA* (2016), párrafo 107.

⁴⁶ Caso *NAVALNYY Y OFITSEROV v. RUSIA* (2016), párrafo 109.

tados obtuvo un acuerdo de conformidad y declaró posteriormente en el juicio seguido en contra de los demandantes ante el TEDH⁴⁷.

5. JUSTICIA PENAL NEGOCIADA Y RENUNCIA DEL DERECHO AL RECURSO

El derecho al doble grado en materia penal goza de consagración en distintos cuerpos normativos internacionales sobre derechos humanos⁴⁸.

El ya analizado fallo del caso *Natsvlshvili y Togondize v. Georgia* contempla una arista relacionada con este punto, puesto que el primer solicitante alegó una infracción al derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal, consagrado en el artículo 2 del Protocolo N° 7 de la CEDH, señalando que sufrió una limitación del derecho a apelar de la sentencia, al haberse contemplado la renuncia a esta garantía como parte del acuerdo suscrito por los intervinientes⁴⁹.

El TEDH indica que es normal que el alcance del derecho de apelación sea más limitado respecto de una sentencia acordada en el *plea bargaining*, ya que representa una reducción del derecho a que el caso se resuelva sobre la base de sus méritos. Asimismo, señala que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación de la disposición en análisis, por lo que esta restricción no iría en contra del espíritu del Protocolo N° 7 y, por consiguiente, la limitación al derecho de apelación no puede considerarse arbitraria⁵⁰. Añade que la aceptación del acuerdo por parte del solicitante fue consciente y voluntaria y contaba con los resguardos suficientes para que el acuerdo fuera válido, por lo que no existió violación de lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo N° 7⁵¹.

En un fallo anterior, el TEDH ya había abordado la posibilidad de renunciar al derecho del doble grado jurisdiccional en materia penal. Este es el caso *Litwin v. Alemania*, cuya sentencia fue dictada el año 2011, y en el cual se alegó una infracción a lo dispuesto en el artículo 6 de la CEDH. En este caso, el solicitante fue detenido por ser sospechoso de cometer robos, comenzando el juicio en su contra el 19 de octubre del año 2000. En el quinto día de la audiencia de juicio, después de haber sido escuchada la evidencia, se fijó fecha de continuación de audiencia para el 17 de noviembre de ese año. Llegada la fecha señalada, y antes del inicio de la audiencia misma, se llevaron a cabo negociaciones entre los intervinientes. Según la versión del demandante, el tribunal, después de indicar la pena potencial de catorce años de presidio que podía ser impuesta, ofreció una condena de nueve años y medio, a cambio de la renuncia de su derecho a apelar de la sentencia, además de la renuncia suya y de su cónyuge de reclamar los bienes confiscados, acordando además que

⁴⁷ Caso *KADAGISHVILI v. GEORGIA* (2020), párrafo 157.

⁴⁸ En el caso europeo, este derecho se consagró en el Protocolo N° 7 de la CEDH, el que, en su artículo segundo, indica: “Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior”, añadiendo que “[e]l ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley”. Por su parte, la CADH consagra, en el artículo 8.2 letra h), el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, como garantía mínima del proceso.

⁴⁹ Caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE v. GEORGIA* (2014), párrafos 73 y 82.

⁵⁰ Caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE v. GEORGIA* (2014), párrafo 93.

⁵¹ Caso *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE v. GEORGIA* (2014), párrafo 94.

el solicitante no pediría más pruebas. Según lo señalado por el gobierno alemán, el fiscal no intervino en las negociaciones, siendo el tribunal el que, después de una propuesta del abogado del solicitante, prometió una pena menor a diez años de prisión a cambio de la renuncia de este último a reclamar sus bienes confiscados⁵².

En los argumentos esbozados por el demandante para alegar una infracción al artículo 6 de la CEDH, se señaló que el tribunal de primera instancia ejerció presiones indebidas, en orden a inducirlo a renunciar a su derecho de apelación. Se indicó que el acuerdo logrado era inválido, puesto que el solicitante solamente actuó ante la amenaza de una sentencia de catorce años de presidio, lo que se suma al hecho de que no había tenido oportunidad de consultar con su abogado antes de renunciar a apelar de la sentencia⁵³. La postura del gobierno alemán fue que el señor Litwin actuó acorde a su decisión voluntaria y libre de renunciar a su derecho de apelación, encontrándose habilitado para decidir libremente sobre ejercer dicho derecho o no y sin existir indicaciones de que el tribunal hubiera ejercido presiones indebidas o que hubiera existido un engaño al solicitante para inducirlo a alguna clase de error⁵⁴.

El TEDH indica que la renuncia al derecho de apelación se encuentra permitida si se dan las condiciones de que sea realizada de forma inequívoca y que cuente con garantías mínimas⁵⁵. Señala que no existió indicación de que el solicitante haya sido impedido de consultar con su abogado antes de la declaración, encontrándose este presente cuando se declaró la renuncia al derecho de apelación, por lo que tal renuncia no genera inconvenientes bajo lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo⁵⁶. La Corte concluye que existieron los resguardos suficientes para asegurar que el solicitante no se encontraba indebidamente influenciado al momento de efectuar su renuncia⁵⁷.

III. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL TEDH A LOS MECANISMOS CHILENOS DE JUSTICIA PENAL NEGOCIADA

De la sistematización jurisprudencial ofrecida puede colegirse que, para el TEDH, son condiciones de legitimidad de la regulación y del funcionamiento de los sistemas de justicia penal negociada: a) que los acuerdos sean adoptados en forma genuinamente voluntaria por el imputado; b) que sean celebrados con pleno conocimiento de sus consecuencias legales y de los hechos del caso, y c) que su contenido y la forma en que sean alcanzados estén sujetos a revisión judicial. Además, aun cuando solo se ha hecho en un voto disidente del fallo del caso *Natsvlishvili y Togondize v. Georgia*, se ha llamado la atención acerca de la incidencia que pueden tener, en el primero de esos requisitos de legitimidad, las condiciones carcelarias del imputado sujeto a prisión preventiva que celebra el acuerdo y las tasas

⁵² Caso *LITWIN V. ALEMANIA* (2011), párrafos 5 a 8.

⁵³ Caso *LITWIN V. ALEMANIA* (2011), párrafos 33 y 34.

⁵⁴ Caso *LITWIN V. ALEMANIA* (2011), párrafo 36.

⁵⁵ Caso *LITWIN V. ALEMANIA* (2011), párrafo 37.

⁵⁶ Caso *LITWIN V. ALEMANIA* (2011), párrafo 39.

⁵⁷ Caso *LITWIN V. ALEMANIA* (2011), párrafos 48 y 49.

de condena en el juicio oral. También en ese voto disidente se ha señalado la conveniencia de contar con registros de las negociaciones. Asimismo, el TEDH ha destacado los peligros de que los acuerdos se celebren solo con uno de los varios coimputados y ha señalado que no es reprochable que forme parte de su contenido la renuncia del imputado a su derecho al recurso. A continuación, examinamos el grado de cumplimiento de estas ideas en el sistema chileno de justicia penal negociada.

1. MECANISMOS DE JUSTICIA PENAL NEGOCIADA EN EL PROCESO PENAL CHILENO

En el régimen procesal penal chileno, puede ser considerado como manifestación de justicia criminal negociada el procedimiento abreviado⁵⁸⁻⁵⁹. Ello es así, porque para que este procedimiento tenga lugar, es necesario, entre otros requisitos, que el imputado acepte los hechos de la acusación y los antecedentes de la investigación, pudiendo modificarse la acusación y la pena requerida para permitir su sustanciación, sin que la eventual condena, la que se basará en tales aceptación y antecedentes⁶⁰, pueda imponer una pena superior a (ni más desfavorable que) la pena solicitada por el fiscal en su acusación (arts. 406 inc. 2° y 412 inc. 1° CPP).

Asimismo, admite ser considerado como expresión de justicia penal negociada el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad⁶¹, porque para que este se verifique, entre otras exigencias, se necesita que el imputado admita responsabilidad en los hechos del requerimiento, permitiéndose que se modifique la pena requerida para el evento de que dicha admisión tenga lugar, sin que se pueda imponer en la sentencia –la que también se fundará en tal admisión y en los antecedentes–, una pena superior a la pedida por el fiscal en aquella actuación (art. 395 CPP).

Además, también podría ser estimada, como manifestación (débil) de justicia criminal negociada, la no reclamación del imputado contra la resolución que acoge el requerimiento de procedimiento monitorio y la proposición allí contenida de imposición de una multa⁶², en especial cuando es acompañada del pago de su monto dentro de los quince días siguientes a la notificación de tal resolución, porque a pesar de que en este caso no existe una negociación entre el fiscal y el imputado, igualmente está presente, además de una evidente simplificación procedimental, la lógica negociadora, pues este obtiene un beneficio penológico consistente en una considerable rebaja (25%) en la cuantía de la multa (art. 392 CPP); si bien el imputado no negocia con el fiscal para conseguir una ventaja, la ley se la ofrece directamente⁶³.

⁵⁸ MATUS (2011) p. 59; MATURANA y MONTERO (2017) pp. 1341-1343.

⁵⁹ Aun cuando no siempre exista una verdadera negociación, porque, eventualmente, el imputado podría aceptar este procedimiento solo para evitar ser juzgado en un juicio oral. Véase HORVITZ, en HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 522.

⁶⁰ Cosa distinta es que, en la práctica, el efectivo examen de esos antecedentes no sea demasiado prolijo o no siempre se realice. Así, HORVITZ (2012) p. 114.

⁶¹ Con matices, SALAS (2019) pp. 231-240.

⁶² Así, LÓPEZ, en HORVITZ y LÓPEZ (2002) p. 95. En contra, véase RODRÍGUEZ y PINO (2015) p. 1004, n. 4.

⁶³ OLIVER (2019c) p. 533.

Una aproximación global a la regulación chilena de los mecanismos de justicia criminal negociada permite concluir que, en su diseño, en general, los requisitos mínimos de legitimidad exigidos por el TEDH, formalmente se cumplen. En efecto, de su revisión se desprende que, para que el imputado pueda renunciar a su derecho a un juicio oral y someterse a alguno de estos mecanismos, es necesario, salvo excepciones, el cumplimiento de los siguientes requisitos, inorgánicamente previstos en la ley: voluntariedad de la decisión, asesoría técnica y control judicial. A examinar tales requisitos y otros aspectos destinamos las siguientes líneas.

2. EN RELACIÓN CON LA VOLUNTARIEDAD

La exigencia del carácter voluntario de la renuncia coincide con el requerimiento del TEDH de que los acuerdos sean adoptados en forma genuinamente voluntaria por el imputado, y aparece claramente consagrada en materia de procedimiento abreviado (art. 409 CPP), por lo que podría entenderse incluida en la admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado, a pesar de que la regulación de este último no la señala expresamente, atendido que también importa una renuncia al juicio oral y que el primer inciso del artículo 395 CPP parece presuponer tal exigencia. Por la misma razón y pese a que la ley no lo establece explícitamente, resulta exigible que la no reclamación contra la resolución que acoge el requerimiento y la proposición de multa en el procedimiento monitorio sea voluntaria; si así no fuera, podría eventualmente invocarse fuerza mayor o caso fortuito para pedir al tribunal un nuevo plazo dentro del cual oponerse y manifestar voluntad de someterse a un juicio oral, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 CPP⁶⁴.

No parece que en la voluntariedad de la decisión del imputado de aceptar un acuerdo tengan especial incidencia las tasas de condena en juicio oral –lo que es una de las preocupaciones manifestadas en voto disidente del TEDH–, ya que estas se sitúan entre el 73 y el 74 por ciento del total de juicios orales, cifra razonable y distante de la tasa de 99% del sistema de Georgia, como se advierte en la siguiente tabla.

TABLA 1

Número y porcentaje de absoluciones y condenas en juicio oral, en el período 2017-2019⁶⁵

Año	Condenas	Absoluciones	Total
2017	8.155 (73,81%)	2.894 (26,19%)	11.049
2018	7.558 (73,34%)	2.747 (26,66%)	10.305
2019	7.159 (74,10%)	2.502 (25,90%)	9.661

En cambio, sí debe ponerse atención a las condiciones carcelarias de los imputados presos que celebran los acuerdos –otra preocupación manifestada en voto disidente del TEDH–, ya que ellas pueden operar como un irresistible aliciente para renunciar al juicio y

⁶⁴ Véase HORVITZ, en HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 498.

⁶⁵ Esta tabla es de elaboración propia. La información sobre cantidad y resultados de juicios orales ha sido extraída de los Boletines Anuales Estadísticos 2017, 2018 y 2019 del Ministerio Público.

aceptar cualquier negociación que se les ofrezca. Si se tiene a la vista el informe “Principales problemas detectados en las visitas de cárceles realizadas el año 2017 por los fiscales judiciales”, de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, de 16 de febrero de 2018, puede concluirse que tales condiciones, en general, son deplorables. Se indica allí que las visitas de fiscales judiciales a 53 recintos penitenciarios del país durante el año 2017, permitieron constatar que en la mayoría de los recintos existe sobreocupación, y en algunos, un alto nivel de hacinamiento; que esta situación se ve agravada por el hecho de que los internos permanecen encerrados por alrededor de quince horas diarias, en celdas abarrotadas, sin servicios higiénicos, luz ni ventilación; que en algunos recintos el acceso al agua es insuficiente y, en general, no existe agua caliente; que el acceso a prestaciones de salud es deficitario; que algunos recintos poseen una deficiente infraestructura, etc.

En estas circunstancias y considerando que las condiciones carcelarias son comunes a los internos en prisión preventiva y a los internos condenados, porque los establecimientos penitenciarios en que unos y otros se encuentran son los mismos, no puede extrañar que el Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en un informe de 27 de junio de 2016, sobre la realidad de las cárceles de Chile, constata la existencia de condiciones de sobrepoblación y hacinamiento en varias cárceles del país y califique tales condiciones como inaceptables estímulos para renunciar al derecho a un juicio y autoincriminarse (párrafos 29 a 31)⁶⁶.

Por otra parte, para cautelar el carácter voluntario de la aceptación del acuerdo por el imputado, debe tenerse presente la aprensión que un sector de la doctrina ha manifestado acerca de la necesidad de que la diferencia entre la pena imponible tras el acuerdo y la pena aplicable en el juicio no sea demasiado grande; mientras más amplia es esa diferencia, menos voluntariedad se atribuye a la decisión de renunciar al juicio⁶⁷. El punto es preocupante, en particular respecto del procedimiento abreviado⁶⁸, ya que tras la Ley N° 20.931, de julio de 2016, tratándose de la mayor parte de los delitos de apropiación por medios materiales, como beneficio punitivo para quien renuncie al juicio oral, se estableció una rebaja de un grado de pena (art. 407 inc. 4° CPP), lo que en los casos de crímenes constituye una diferencia considerable con la pena eventualmente imponible en juicio, al traducirse en cinco años menos⁶⁹. Además, en la extensión de esa diferencia, también podría incidir una eventual inclinación a incrementar artificialmente los cargos contra el imputado al inicio del proceso⁷⁰, así como cierta tendencia, detectada y criticada por un sector de la doctrina nacional⁷¹, a reducir artificialmente los cargos iniciales, ofreciendo al imputado una pena inferior

⁶⁶ Así, OLIVER (2019b) p. 1074.

⁶⁷ DAMAŠKA (2004) p. 1028; SCHÜNEMANN (2005) pp. 107-108; DEL RÍO (2009) pp. 196-197; FERRÉ (2018) p. 10.

⁶⁸ Lo sugiere LANGER (2021) p. 19, al reconocer una posible coerción derivada de las diferencias de penas en estos casos. Véase, sin embargo, LANGER (2006) pp. 231-243, señalando que no basta con que exista una gran diferencia entre la pena imponible tras la negociación y la pena aplicable en el juicio, para calificar como coactiva la oferta del fiscal.

⁶⁹ Críticos sobre esto, RIEGO (2017) p. 1103; OLIVER (2019a) p. 462.

⁷⁰ Fenómeno que ha sido denominado *overcharging*. Véase LIPPKE (2011) pp. 31-34.

⁷¹ Entre otros, DEL RÍO (2008) pp. 167-169; RODRÍGUEZ y PINO (2015) pp. 1012-1018. Véase, en cambio, RIEGO (2001) pp. 464-465, quien, si entendemos bien, efectúa una valoración positiva de esta tendencia aun antes de su establecimiento en el sistema.

a la legalmente correspondiente, para hacer más atractiva la oferta⁷². Aunque esto último ha sido criticado por los tribunales superiores⁷³, lo cierto es que se trata de una tendencia respecto de la cual los tribunales inferiores, en general, se han mostrado complacientes⁷⁴.

3. EN CUANTO A LA ASESORÍA TÉCNICA

La necesidad de asesoría técnica previa a la decisión de renunciar al juicio oral⁷⁵ puede estimarse coincidente con la exigencia del TEDH de que el imputado que acepta el acuerdo lo haga con conocimiento de sus consecuencias legales, pues es esperable que estas consecuencias le sean informadas por su defensor. Tal necesidad es reconocida expresamente en el procedimiento abreviado, al menos cuando este tiene lugar en la audiencia de preparación del juicio oral, ya que es un requisito de validez de esta audiencia la presencia del defensor (art. 269 CPP). Y si bien es cierto que la ley no señala nada sobre el punto cuando el procedimiento abreviado se realiza en la audiencia especial del artículo 407 CPP, la conclusión debería ser la misma, dado el evidente contenido auto incriminatorio de las actuaciones que en tal audiencia el imputado puede realizar, no siendo por ello posible su defensa personal conforme al artículo 102 inciso final CPP, cuya constitucionalidad es incluso discutible a la luz del artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Constitución. Por la misma razón, cuando tiene lugar la audiencia de admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado (art. 395 CPP), debería arribarse a idéntica conclusión, a pesar de que la ley no indica nada sobre el particular.

Sin embargo, tratándose del procedimiento monitorio, es evidente que la ley ha decidido prescindir de la exigencia de asesoría técnica al imputado, antes de que este renuncie al juicio oral no reclamando contra la resolución que acoge el requerimiento y la proposición de multa, o pida un juicio oponiéndose a esta resolución. Por algo, a diferencia de lo que sucede con la acusación en el procedimiento ordinario, la que debe individualizar no solo al imputado, sino también a su defensor [art. 259 letra a) CPP] y debe ser notificada a todos los intervinientes (art. 260 CPP), el requerimiento en el procedimiento monitorio solo debe individualizar al imputado (arts. 391 y 392 CPP), quien es la única persona a quien se notifica. No obstante, las consecuencias del “acuerdo” deben constar en la resolución que acoge el requerimiento de procedimiento monitorio (art. 392 inc. 2° CPP), por lo que puede afirmarse que la notificación al imputado, en principio y sin perjuicio de lo que indicamos más adelante, permite poner en su conocimiento los efectos de su renuncia al juicio.

La otra exigencia de conocimiento que formula el TEDH, relativa a los hechos del caso, aparece formalmente cumplida con la obligatoria notificación al imputado de la acusación (en el procedimiento ordinario) o del requerimiento (en los procedimientos simplificado y monitorio), y la preceptiva inclusión en su contenido de los hechos que se le atribuyen [arts. 259 letra b), 391 letra b) y 392 CPP].

⁷² OLIVER (2019a) p. 466.

⁷³ Véase *CONTRA C.J.T.B.* (2016).

⁷⁴ Entre muchas otras sentencias, puede verse *CONTRA BRAVO* (2017), *CONTRA IBARRA* (2017), *CONTRA ESPINA* (2013), *CONTRA FERRADA* (2013), *CONTRA ZAPATA* (2012).

⁷⁵ Esta necesidad es puesta de relieve, entre otros, por BINDER (2004) p. 276.

Como se comprenderá, para que en el procedimiento monitorio el imputado tenga conocimiento de los hechos que se le atribuyen y de los efectos de su renuncia al juicio, dado que esta se produce por la ausencia de reclamo dentro de plazo, es imprescindible que su notificación sea efectiva, la que, por ser generalmente la primera, debería hacerse en forma personal, entregándosele copia del requerimiento y de la resolución judicial (arts. 40 CPC y 52 CPP).

Sin embargo, en la práctica, muchas veces se presentan problemas derivados de la aplicación del apercibimiento previsto en el artículo 26 CPP, disposición que obliga al juez, al Ministerio Público o al funcionario que practique la primera notificación, a conminar a los intervinientes, en su primera intervención en el procedimiento, a indicar un domicilio dentro de los límites urbanos de la ciudad en que funciona el tribunal respectivo y en el cual puedan practicarse las notificaciones posteriores (inc. 1°). Según la norma, si no se indica el domicilio, o no se comunica su cambio, o el domicilio señalado es inexacto o inexistente, “las resoluciones que se dictaren se notificarán por el estado diario” (inc. 2°). Es común que la policía, al tomar conocimiento de un hecho delictivo, conmine al imputado a cumplir con esta indicación de domicilio, dejando constancia de ello en un acta. El problema se suscita cuando, posteriormente, se intenta notificar en el domicilio indicado por el imputado la resolución que acoge el requerimiento de procedimiento monitorio e impone la multa, pero tal resolución no llega a su conocimiento por razones ajenas a su voluntad, como, por ejemplo, un error inadvertido en la constancia del domicilio en el acta levantada por la policía, una poco diligente búsqueda del domicilio en que debe practicarse la notificación, etc. En estos casos, hacer efectivo el apercibimiento y notificar por el estado diario la resolución que impone la multa puede dejar en indefensión al imputado, lo que en la práctica no siempre es considerado suficiente para declarar la nulidad procesal⁷⁶.

Otros problemas se pueden presentar con la notificación acorde al artículo 44 CPC⁷⁷. Por un lado, nada asegura que esta forma de notificación sea efectiva, ya que es posible que las copias del requerimiento y de la resolución que impone la multa no lleguen a manos del imputado⁷⁸. Por otro lado –aunque esto no incide en el conocimiento que el imputado pueda o no tener de la resolución que le condena a una multa–, se advierte en la práctica un frecuente apartamiento de la legalidad, pues es común que la resolución que acoge el requerimiento y aplica la multa ordene sin más su notificación personal o conforme al citado artículo 44, pese a que este precepto exige que, primero, se realicen las búsquedas que dispone y se acredite que la persona a ser notificada se encuentra en el lugar del juicio y cuál es su morada o lugar de trabajo, y después, ordene el tribunal esta forma de notificación⁷⁹.

En algunas legislaciones extranjeras más preocupadas de asegurar que, en procedimientos de esta clase, la decisión del imputado de renunciar al juicio sea adoptada en for-

⁷⁶ Acogiendo incidentes de nulidad procesal deducidos en casos como estos, véase *CONTRA ÁNGEL* (2019) y *CONTRA SAN MARTÍN* (2019). Rechazándolos, *CONTRA MARDONES* (2019), *CONTRA VALDÉS* (2019) y *CONTRA MOLINA Y ALVARADO* (2019).

⁷⁷ Indica que esta notificación puede hacerse conforme a los artículos 40 ó 44 CPC, SALAS (2019) p. 344.

⁷⁸ Aluden a estos problemas DURÁN y otros (2016) p. 138.

⁷⁹ Entre muchas otras sentencias, véase *CONTRA CASTILLO* (2020) y *CONTRA MARTÍNEZ* (2020).

ma consciente, voluntaria e informada, se le cita a una audiencia junto con su defensor y se exige que en ella tal renuncia se manifieste en forma expresa. Es el caso, por ejemplo, del procedimiento por aceptación de decreto o monitorio español⁸⁰.

Es dudoso que, en nuestro procedimiento monitorio, el imputado a quien se notifique el acogimiento del requerimiento y la imposición de la multa, cuente realmente con el conocimiento exigido por el TEDH. Es altamente probable que, producto de la ausencia de asesoría técnica⁸¹, el imputado no reclame contra la resolución que acoge el requerimiento e impone la multa, ignorando que se trata de un delito y creyendo que es solo un ilícito menor, equivalente en gravedad a una simple infracción a la ley del tránsito⁸². En la práctica, en la abrumadora mayoría de los casos el imputado no reclama contra dicha resolución, lo que se pretende demostrar con la siguiente tabla.

TABLA 2

Número y porcentaje de condenas en procedimiento monitorio conocidas por la Defensoría Penal Pública, en los años 2017 y 2018⁸³

Año	Total procedimientos monitorios	Ingresos por procedimiento monitorio a Defensoría Penal Pública
2017	75.527 (100%)	6.770 (8,96%)
2018	75.267 (100%)	6.395 (8,49%)

Esta tabla indica que menos del nueve por ciento de las resoluciones que acogen requerimientos en procedimiento monitorio llegan a conocimiento de la Defensoría Penal Pública, para decidir si se reclama o no en su contra; más del noventa por ciento de tales resoluciones no son conocidas por este organismo. Si bien es posible que algunas de estas últimas resoluciones sean reclamadas por el imputado con la asesoría de un defensor particular, es altamente probable que ello ocurra en un porcentaje estadísticamente irrelevante o, al menos, no especialmente significativo, ya que es sabido que la Defensoría Penal Pública atiende la abrumadora mayoría de las causas penales que se tramitan en el país y que requieren la intervención de un defensor⁸⁴.

⁸⁰ Véase LÓPEZ y CAMPANER (2017) p. 167. Admiten que este aspecto del procedimiento monitorio español revela una mayor preocupación por los derechos del imputado, BLANCO y MONTESINOS (2016) p. 298.

⁸¹ Reconoce esta usual ausencia de asesoría técnica, SÁEZ (2007) p. 14.

⁸² Hay otras posibilidades para explicar el no reclamo, como, por ejemplo, el mero temor del imputado a ver empeorada su situación. Alude a esta posibilidad, en relación con el procedimiento alemán por orden o mandato penal (*Strafbefehlsverfahren*), AMBOS (1997) p. 340.

⁸³ Esta tabla es de elaboración propia. La información sobre procedimientos monitorios ha sido obtenida gracias a gestiones de la Fiscalía Regional del Ministerio Público de Valparaíso. La información sobre ingresos de causas en procedimiento monitorio a la Defensoría Penal Pública ha sido extraída de los Informes estadísticos 2017 y 2018 de dicho organismo.

⁸⁴ Véase el Discurso Balance de Gestión 2016 del Defensor Nacional, en el sitio web de la Defensoría Penal Pública, donde se indica que este organismo atiende anualmente más del noventa por ciento de las causas penales.

4. EN RELACIÓN CON EL CONTROL JUDICIAL

El control judicial es una exigencia coincidente con el tercer requerimiento del TEDH para el juicio de legitimidad de la justicia penal negociada, cuestión que se encuentra expresamente prevista en la ley en las renunciaciones al juicio oral que tienen lugar en el procedimiento abreviado y en la admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado, ya que ambos se verifican ante el juez de garantía. Dicho control se orienta no solo a la voluntariedad de la renuncia, sino también al cumplimiento de sus restantes requisitos de procedencia⁸⁵. En el procedimiento monitorio también existe un control judicial, pero este, inexplicablemente, solo apunta al requerimiento y a la proposición de multa, no a la posterior renuncia al juicio oral que se produce si el imputado no reclama sobre su procedencia o monto.

La baja entidad de la sanción imponible en el procedimiento monitorio ha sido invocada para justificar sus características excepcionales⁸⁶. No obstante, es muy discutible que la consideración del monto de la sanción que se impone pueda servir para justificar la prescindencia del control judicial (y de la asesoría técnica) de la renuncia al juicio oral, que tiene lugar cuando no se reclama contra la resolución que acoge el requerimiento y aplica la multa, y para legitimar la eventual vulneración del principio *nulla poena sine iudicio*, al imponerse una pena sin oír previamente al imputado⁸⁷. No se debe pasar por alto el hecho de que el no pago de la multa puede dar lugar a una privación de libertad (art. 49 CP). Además, recientemente, la ley ha ampliado el ámbito de aplicación de este procedimiento, para aplicarlo no solo a faltas para las cuales el fiscal pide únicamente una pena de multa, sino también a ciertos simples delitos (art. 318 inc. 3° CP) (Ley N° 21.240, de 20 de junio de 2020); esta ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento monitorio importa un ensanchamiento del alcance de las críticas dirigidas en su contra.

5. EN CUANTO AL DEBER DE REGISTRO

Por otro lado, no se ha establecido en la regulación chilena un deber de registrar las negociaciones previas a la aprobación del procedimiento abreviado o a la admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado. Sería del todo conveniente que existiera un registro de tales negociaciones⁸⁸, tal como lo ha planteado un voto disidente del TEDH, pues su examen podría servir al juez como complemento en la tarea de verificación de las exigencias de voluntariedad y conocimiento. Del mismo modo, su existencia disminuiría el riesgo de que se obtenga una declaración autoincriminatoria del imputado a cambio del ofrecimiento de algún acuerdo que, en realidad, no se está dispuesto a celebrar⁸⁹.

⁸⁵ Lo destaca SÁEZ (2007) pp. 10-22.

⁸⁶ Así, DELGADO (2015) p. 10.

⁸⁷ En Italia, critica un procedimiento semejante (“procedimiento por decreto”) FERRAJOLI (2000) p. 746, precisamente, por infringir el referido principio.

⁸⁸ Lo sugiere para cualquier sistema procesal penal, DA SILVA (2016) p. 222.

⁸⁹ Por esta y otras razones, a fines de los años sesenta del siglo pasado, en los Estados Unidos de Norteamérica se puso término al denominado *plea bargaining* “under the table” y se comenzó a exigir que las negociaciones se registraran en un acta. Véase DE DIEGO DÍEZ (1999) pp. 46-48.

Que dicho riesgo existe en el sistema procesal penal chileno es algo que se puso de manifiesto en una muy conocida causa penal por delitos tributarios tramitada hace pocos años, en la que un defensor invocó, como fundamento de su petición de reapertura de la investigación y de que se practicaran ciertas diligencias, el hecho de que el fiscal no habría cumplido un compromiso adquirido con la defensa de solicitar un procedimiento abreviado y de no pedir la prisión preventiva contra dos imputados que, en virtud de dicho compromiso, habían renunciado a su derecho a guardar silencio y efectuado declaraciones autoincriminatorias⁹⁰. Con independencia de que haya o no existido en dicha causa un incumplimiento de un compromiso por parte del fiscal, lo relevante es que la alegación que realizó la defensa como fundamento de su solicitud de reapertura de la investigación, solicitud que fue acogida por el tribunal, sugiere que en el sistema chileno el señalado peligro es real. Por algo en algunos sistemas extranjeros se exige que las negociaciones previas a la aprobación judicial de un acuerdo se registren⁹¹.

6. EN RELACIÓN CON LOS ACUERDOS CON UNO DE VARIOS COIMPUTADOS

En otro orden de ideas, los peligros que derivan de la posibilidad de que un acuerdo sea celebrado solo con uno de los varios coimputados, a que alude el TEDH, están presentes en el sistema chileno de justicia penal negociada, especialmente en el procedimiento abreviado. En oposición al modelo **consensual**, conforme al cual todos los coimputados deben manifestar su conformidad para que el acuerdo prospere, modelo que siguen algunas legislaciones extranjeras⁹², en Chile se ha optado por el modelo **particularista**, el cual permite que tenga lugar el procedimiento abreviado con uno de varios coimputados (art. 406 inc. 3° CPP)⁹³. Ello origina en la práctica del sistema procesal penal chileno los mismos problemas que el TEDH señala⁹⁴, ya que no es infrecuente entre nosotros que, existiendo dos (o más) coimputados por un mismo delito, uno de ellos sea condenado en procedimiento abreviado y posteriormente declare como testigo en contra del otro en juicio, pese a que es discutible que se trate de un verdadero testigo, por declarar sobre un hecho aparentemente propio⁹⁵. Según nuestra opinión, buena parte de estos problemas se soluciona-

⁹⁰ *CONTRA DÉLANO Y LAVÍN* (2017).

⁹¹ En Alemania, por ejemplo, en una conocida sentencia de 19 de marzo de 2013, el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), sin declarar inconstitucional la regulación de la *Absprache*, estimó contraria a la Ley Fundamental de Bonn la aplicación práctica que se ha hecho de dicha figura y exigió, entre otras cosas, que los acuerdos se registren, dejando constancia de los aspectos centrales de las negociaciones. Véase LOCKER (2015) p. 40. Un comentario sobre dicha sentencia puede verse en ROLÓN (2013) pp. 315-344.

⁹² Por ejemplo, el Código Procesal Penal, Argentina (art. 431 bis N° 8) y el Código Procesal Penal, peruano (art. 469).

⁹³ Véanse estos modelos en RIVERA (2009) p. 48.

⁹⁴ Tales problemas se presentan no solo en nuestro país. Criticando algunos casos de la jurisprudencia española, puede verse MUÑOZ (2003) pp. 69-84. Desde un punto de vista más general, abordando el complejo tema de la valoración de los coimputados en juicio, véase MIRANDA (2012) pp. 319-330.

⁹⁵ En España, afirma que en un caso como este se declara como imputado, MIRANDA (1997), pp. 206-208. Señalan que se trata de verdaderos testigos DE DIEGO (1997) pp. 358-359; DÍAZ (2006) pp. 115-123. En Italia, existe una figura intermedia que podría aplicarse en estos casos: la de la persona imputada en un procedimiento o en un delito conexos (art. 210 *Codice di Procedura Penale*). Se parece al testigo en que tiene el de-

ría, sin necesidad de modificar la ley para asumir un modelo consensual, si se reparara en que la calidad de imputado se mantiene hasta la completa ejecución del fallo (art. 7° inc. 1° CPP). Mientras no termine la ejecución de la sentencia, el coimputado condenado en procedimiento abreviado conserva su calidad de tal, por lo que no puede ser obligado a declarar como testigo en juicio contra otro coimputado por el mismo hecho; ello iría contra su derecho a guardar silencio. El ofrecimiento de tal declaración testimonial debería ser excluido en la audiencia de preparación del juicio oral⁹⁶. Sin embargo, la Corte Suprema no advierte problemas en la utilización, como testigos, de coimputados condenados por el mismo hecho sobre el que declaran, señalando que "la incorporación como testigos de otros convictos en los mismos hechos, que ya fueron condenados, no está prohibida por norma legal alguna, en otras palabras, nada impide que coimputados puedan comparecer al juicio en esa calidad"⁹⁷.

Por otra parte, el sistema chileno presenta el problema, advertido por los partidarios del modelo consensual⁹⁸, de que permite la producción de situaciones contradictorias y difícilmente comprensibles por la sociedad, como la circunstancia de que un coimputado que acepta someterse a un procedimiento abreviado sea condenado y que, en cambio, aquel que participó en el mismo hecho delictivo pueda ser absuelto en juicio oral⁹⁹. O bien, puede suceder que un coimputado sea condenado en procedimiento abreviado y que aquel que intervino en el mismo hecho también sea condenado en juicio oral, pero por un delito mucho más grave, como consecuencia de la aplicación de una calificación jurídica más severa¹⁰⁰, o por el mismo delito, pero a una pena mucho más grave, a raíz de la invocación en juicio de agravantes que no fueron alegadas en el procedimiento abreviado¹⁰¹. Como se comprenderá, en esto último puede tener incidencia la actitud complaciente de los juzgados de garantía, constatada más arriba, de no evitar una reducción artificial de cargos por parte del Ministerio Público destinada a incentivar la aceptación de un procedimiento abreviado.

Además, el modelo particularista genera riesgos de atentado contra la igualdad ante la ley, al permitir que el fiscal decida negociar con uno de los coimputados y no con el otro, a pesar de que ambos puedan encontrarse en la misma situación. Estos riesgos se incrementan

ber de comparecer al juicio al que es citado. Pero se parece al imputado en que tiene la facultad de no responder las preguntas que se le dirijan y en que es asistido por un defensor.

⁹⁶ En este sentido, HERMOSILLA (2019) pp. 275-277.

⁹⁷ *CONTRA L.A.F.S., M.L.B.P. Y F.D.A.S.* (2010) considerando décimo quinto.

⁹⁸ Véase LASCURAÍN y GASCÓN (2018) p. 9; LOZANO (2012) p. 349.

⁹⁹ Como ejemplo de una situación de este tipo, puede verse *CONTRA MENA* (2018) y *CONTRA VELÁSQUEZ* (2021). En la primera causa, el coimputado acusado por un robo por sorpresa fue condenado en procedimiento abreviado; en la segunda, el coimputado acusado por el mismo robo por sorpresa fue absuelto en juicio oral. La misma situación puede observarse en *CONTRA ALARCÓN* (2019) y *CONTRA CORTÉS* (2019), pero respecto de un robo con intimidación.

¹⁰⁰ Por ejemplo, véase *CONTRA BUZETA* (2017), causa en la cual el coimputado fue condenado en juicio oral por fraude al Fisco, pese a que los demás coimputados, quienes intervinieron en los mismos hechos y en idéntica calidad, habían sido condenados en procedimiento abreviado por fraude de subvenciones (art. 470 N° 8 CP).

¹⁰¹ Verbigracia, véase *CONTRA E.A.G.F.* (2009), donde el imputado alega en su recurso de nulidad que en la condena (por robo) se le aplicó la agravante entonces existente en el N° 3 del artículo 456 bis del CP (ser dos o más los malhechores), pese a que al coimputado que participó en el mismo delito y que fue condenado en procedimiento abreviado no se le aplicó dicha agravante.

en Chile, como consecuencia de la inexistencia de un deber legal del fiscal de explicar las razones para ofrecer un procedimiento abreviado solo a uno de los coimputados y no a los demás, y de someter a control del juez su decisión de no ofrecerlo en un caso concreto¹⁰².

7. EN CUANTO A LA RENUNCIA AL RECURSO COMO PARTE DEL CONTENIDO DE LOS ACUERDOS

Por último, aun cuando el TEDH acepta que forme parte del contenido del acuerdo la renuncia al recurso, renuncia permitida en general en el artículo 354 CPP, debe reconocerse que se trata de algo peligroso, porque la exigencia de que el imputado renuncie al recurso para que prospere el acuerdo podría servir para encubrir una vulneración de sus derechos o una ilegalidad¹⁰³. Además, el riesgo de que se esté condenando a un inocente, riesgo que es mayor en los procedimientos negociados que en el juicio oral¹⁰⁴, clamaría por una revisión de la sentencia por un tribunal superior¹⁰⁵.

Por eso, es preocupante la generalización de lo que en la práctica procesal penal chilena se ha venido en llamar procedimiento abreviado “cerrado”, en oposición al denominado procedimiento abreviado “abierto”. Este último se caracteriza por el hecho de que el acuerdo al que llegan previamente el fiscal y el imputado, deja abierta la posibilidad de la defensa de realizar ciertas solicitudes o alegaciones en la audiencia de procedimiento abreviado, como, por ejemplo, la petición de una pena sustitutiva. El “cerrado”, en cambio, supone un compromiso por parte de la defensa de no realizar en la audiencia ninguna petición y, muchas veces, de renunciar al recurso contra la sentencia que se dicte. En la práctica, son muchos más los procedimientos abreviados “cerrados” que los “abiertos”¹⁰⁶, lo que, por las razones apuntadas, resulta sumamente peligroso. El riesgo de que la negociación penal envuelva alguna ilegalidad o arbitrariedad, o de que conduzca a la condena de un inocente, aconseja no renunciar al recurso, máxime si, como se ha señalado más arriba, el control judicial del procedimiento abreviado por parte de los jueces de garantía no ha sido demasiado riguroso.

IV. CONCLUSIONES

Para que los acuerdos en el proceso penal no vulneren lo dispuesto en la CEDH, el TEDH exige que sean adoptados voluntariamente por el imputado, con conocimiento de

¹⁰² Sobre el tema, OLIVER (2019a) pp. 467-468.

¹⁰³ Lo reconoce, teniendo a la vista el sistema procesal penal portugués, DE FIGUEIREDO (2011) pp. 93-97.

¹⁰⁴ Véase DUCE (2019).

¹⁰⁵ No deja de ser elocuente que, en Alemania, cuando la *Absprache* no contaba con regulación legal expresa (antes de 2009), el Tribunal Federal Supremo (*Bundesgerichtshof*), aceptando la legitimidad de estos acuerdos, en una conocida sentencia de 28 de agosto de 1997, exigió, entre otras cosas, que no pudiera renunciarse a los recursos contra las sentencias negociadas. Y cuando la Ordenanza Procesal Penal alemana pasó a regular la institución, consagró explícitamente la prohibición de insertar en los acuerdos una cláusula de renuncia al derecho a recurrir. Sobre el tema puede verse DIAS (2015) pp. 209-213.

¹⁰⁶ Un reconocimiento de la existencia de esta práctica, en entrevistas a defensores, puede verse en ZAGMUTT (2019) pp. 88-89.

sus consecuencias y de los hechos del caso, y con revisión judicial de su contenido y de la forma en que se alcanzan.

La exigencia de voluntariedad es expresamente recogida en la regulación del procedimiento abreviado. Y a pesar de que no se la menciona explícitamente en la regulación del procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad ni en la del procedimiento monitorio, puede entenderse tácitamente incluida.

Las aprensiones de un voto disidente del TEDH en el fallo del caso *Natsvlshvili y Togondize v. Georgia*, acerca de la incidencia de las tasas de condena en el juicio oral en la voluntariedad de la decisión de renunciar al juicio, no parece que tengan asidero en Chile. Sin embargo, sí es de recibo en el país la preocupación por las condiciones carcelarias del imputado sujeto a prisión preventiva que celebra el acuerdo. Las deplorables condiciones de muchos establecimientos penitenciarios obligan a ser especialmente cuidadoso en el examen de la real voluntariedad de dicha decisión. Asimismo, aun cuando el TEDH no ha planteado el punto, es preocupante la considerable entidad de la rebaja punitiva, no solo en el procedimiento abreviado de ciertos delitos contra la propiedad, sino en general, mediante modificaciones artificiales de los cargos contra el imputado, para frenar las cuales, en general, los tribunales no han sido demasiado rigurosos.

La exigencia de conocimiento de las consecuencias del acuerdo es coincidente con la asesoría técnica exigida por la ley en los procedimientos abreviado y simplificado con admisión de responsabilidad. Y si bien es cierto que en el procedimiento monitorio tal asesoría no es exigida, las consecuencias de la no oposición al requerimiento del fiscal se detallan en la resolución que se debe notificar al imputado.

La exigencia de conocimiento de los hechos del caso coincide con la necesidad legal de mencionar en la acusación o en el requerimiento los hechos que se atribuyen al imputado y de notificarle tales presentaciones. Pero en el caso del procedimiento monitorio, es riesgoso hacer depender la renuncia al juicio solo del transcurso de un tiempo desde la notificación del requerimiento. La aplicación del apercibimiento previsto en el artículo 26 CPP y la notificación practicada conforme al artículo 44 CPC han dado lugar a varios problemas. Existen en derecho comparado mejores opciones.

La exigencia de revisión judicial del acuerdo por el que se renuncia al juicio es recogida en el procedimiento abreviado y en la admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado, pero no en el procedimiento monitorio. Hay aquí una clara discordancia con los criterios de legitimidad fijados por el TEDH, que es dudoso que pueda justificarse solo por la baja entidad de la sanción imponible en este procedimiento.

En otro orden de ideas, sería conveniente que se estableciera legalmente un deber de registrar las negociaciones previas a la aprobación del procedimiento abreviado o a la admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado, tal como se hace en algunos sistemas extranjeros.

Dada la adhesión del sistema chileno de justicia penal negociada al modelo particularista, los peligros que el TEDH ha advertido en el hecho de que los acuerdos en el proceso penal se celebren solo con uno de los varios coimputados, son reales y están presentes en la práctica. Sin embargo, es posible plantear una interpretación legal que conjure algunos de esos riesgos, aun cuando la Corte Suprema no advierte en aquellos peligros un problema.

Por último, a pesar de que el TEDH no lo reprocha, la generalización de una práctica que tiende a exigir, como parte de los acuerdos, que el imputado renuncie al recurso, lo que tiene lugar en lo que se ha venido en llamar procedimiento abreviado “cerrado”, es inconveniente, considerando el mayor riesgo de condena a inocentes que se observa en la justicia penal negociada en comparación con el juicio oral, y la posibilidad de que la exigencia de renunciar al recurso sirva para encubrir ilegalidades o vulneraciones de derechos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMBOS, Kai (1997): “Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos”, *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, N° 12: pp. 305-362.
- BACHMAIER, Lorena (2018): “Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 44: pp. 1-30.
- BINDER, Alberto M. (2004): *Introducción al Derecho procesal penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc, segunda edición, Ad-Hoc).
- BLANCO, Ana Isabel; MONTESINOS, Ana (2016): “Proceso por aceptación de decreto: el nuevo monitorio penal”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 22: pp. 290-299.
- CHEESMAN, Samantha Joy (2014): *A Comparative Analysis of Plea Bargaining and the Subsequent Tensions with an Effective and Fair Legal Defence* (Szeged, Universidad de Szeged).
- CORREA ROBLES, Carlos; REYES LÓPEZ, Mauricio (2012): *El procedimiento abreviado y la justicia criminal negociada. Derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DA SILVA BRANDALISE, Rodrigo (2016): *Justiça Penal Negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes* (Curitiba, Juruá Editora).
- DAMAŠKA, Mirjan (2004): “Negotiated Justice in International Criminal Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, N° 2: pp. 1018-1039.
- DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo (1999): *Justicia Criminal Consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo (1997): *La conformidad del acusado* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge (2011): *Acordos sobre a sentença em processo penal. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* (Porto, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados).
- DEL CORRAL, Diego (2010): *Juicio abreviado* (Buenos Aires, Astrea).
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2009): *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional* (Santiago, Librotecnia).
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2008): “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1: pp. 157-182.
- DELGADO CASTRO, Jordi (2015): “Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal”, *Política Criminal*, vol. 10, N° 19: pp. 1-24.

- DIAS, Leandro (2015): “Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Pensar en Derecho*, Año 4, N° 6: pp. 195-243.
- DÍAZ PITA, María Paula (2006): *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DUCE JULIO, Mauricio (2019): “Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 26. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v26/0718-9753-rducn-26-12.pdf>. Fecha de consulta: 26 de agosto de 2020.
- DURÁN NICOMÁN, Carolina y otros (2016): “El procedimiento monitorio penal en Chile: las consecuencias negativas de una innovación legislativa”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, N° 43: pp. 119-152.
- FERRAJOLI, Luigi (2000): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, cuarta edición).
- FERRÉ, Juan Carlos (2018): “El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 20-06: pp. 1-30.
- FISCAL JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA (2018): *Principales problemas detectados en las visitas de cárceles realizadas el año 2017 por los fiscales judiciales* (Santiago, Fiscalía Judicial).
- HERMOSILLA IRIARTE, Francisco (2019): *Valoración de las declaraciones de acusados y coimputados* (Santiago, Librotecnia).
- HERRERA GUERRERO, Mercedes (2014): *La negociación en el nuevo proceso penal. Un análisis comparado* (Lima, Palestra Editores).
- HORVITZ LENNON, María Inés (2012): “Seguridad y garantías: Derecho penal y procesal penal de prevención de peligros”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 16: pp. 99-118.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2002): *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LANGBEIN, John H. (1978): “Torture and Plea Bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, N° 1: pp. 3-22.
- LANGER, Máximo (2021): “Plea bargaining, conviction without trial and the global administratization of criminal convictions”, *Annual Review of Criminology*, N° 4: pp. 1-35.
- LANGER, Máximo (2006): “Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in American criminal procedure”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 33, N° 3: pp. 223-299.
- LANGER, Máximo (2001): “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER, Julio y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado* (Buenos Aires, Editores del Puerto) pp. 97-133.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2018): “¿Por qué se conforman los inocentes?”, *In Dret*, N° 3: pp. 1-28.

- LIPPKE, Richard L. (2011): *The ethics of plea bargaining* (New York, Oxford University Press).
- LOCKER, Tobias (2015): *Absprachen im Strafverfahren. Ein Überblick und alternative Verfahrenswesen* (Hamburgo, Diplomica).
- LÓPEZ SIMÓ, Francisco y CAMPANER MUÑOZ, Jaime (2017): *El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal* (Madrid, Reus).
- LOZANO EIROA, Marta (2012): “Conformidad y pluralidad de acusados”, *Revista de Derecho UNED*, N° 10: pp. 347-365.
- MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2017): *Derecho Procesal Penal*, Tomo II (Santiago, Librotecnia, tercera edición).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2011): “La justicia penal consensuada en el nuevo Código de Derecho Procesal Penal”, en MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 53-80.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2012): “¿Cuál es el valor probatorio de la declaración de un coimputado? ¿En qué debe consistir la exigencia de corroboración de sus manifestaciones?”, en MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”* (Santiago, Librotecnia) pp. 319-330.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1997): *La mínima actividad probatoria en el proceso penal* (Barcelona, Bosch).
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2003): *La búsqueda de la verdad en el proceso penal* (Buenos Aires, Hammurabi, segunda edición).
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2019a): “Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 2: pp. 451-475.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2019b): “Acuerdos en el proceso penal: hacia la morigeración de su carácter coactivo”, en GARCÍA CAVERO, Percy y CHINGUEL RIVERA, Alejandro (coords.), *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús-María Silva Sánchez* (Lima, Editorial Ideas) pp. 1059-1076.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2019c): “Estándar probatorio en los mecanismos chilenos de justicia penal negociada”, en SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena (dir.), MARCAZZOLO AWAD, Ximena (coord.), *La prueba en los procedimientos. VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (Santiago, Thomson Reuters . Pontificia Universidad Católica de Chile) pp. 529-549.
- RIEGO RAMÍREZ, Cristián (2017): “El procedimiento abreviado en la Ley 20.931”, *Política Criminal*, vol. 12, N° 24: pp. 1085-1105.
- RIEGO RAMÍREZ, Cristián (2001): “El procedimiento abreviado en Chile”, en MAIER, Julio y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado* (Buenos Aires, Editores del Puerto) pp. 453-475.
- RIVERA LEÓN, Mauro Arturo (2009): “Algunas consideraciones sobre el procedimiento abreviado”, *Revista Jurídica Online*: pp. 31-51. Disponible en: <https://www.revistajuridicaonline.com/2009/09/algunas-consideraciones-sobre-el-procedimiento-abreviado/>. Fecha de consulta: 24 de agosto de 2020.

- RODRÍGUEZ VEGA, Manuel y PINO REYES, Octavio (2015): “El principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en los procedimientos jurisdiccionales basados en la autoincriminación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3: pp. 1003-1033.
- ROLÓN, Darío Nicolás (2013): “Los acuerdos en el procedimiento penal según la Corte Constitucional alemana”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, vol. II, N° 3: pp. 315-344.
- SÁEZ MARTIN, Jorge (2007): “Controles judiciales en los procedimientos convencionales”, *Revista Procesal Penal*, N° 55: pp. 9-25.
- SALAS ASTRAIN, Jaime (2019): *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales* (Santiago, Librotecnia, tercera edición).
- SCHÜNEMANN, Bernd (2005): *La reforma del proceso penal* (trad. Mariana Sacher, Madrid, Dykinson).
- SUBCOMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES (2016): *Visita a Chile: recomendaciones y observaciones dirigidas al Estado parte (4-13 de abril de 2016)*.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL GEORGIA (2010): *Plea Bargaining in Georgia*. Disponible en: <https://www.transparency.ge/sites/default/files/TI%20Georgia%20-%20Plea%20Bargaining%20in%20Georgia%20ENG.pdf>. Fecha de consulta: 24 de agosto de 2020.
- ZAGMUTT VENEGAS, Valentina (2019): *Procedimiento abreviado y simplificado en la práctica de audiencias chilenas. ¿Alguna vinculación con la condena de inocentes?* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CHILE, Código de Procedimiento Civil (30/8/1992).
- CHILE, Código Penal (12/11/1874).
- CHILE, Código Procesal Penal (12/10/2000).
- CHILE, Ley N° 20.931 (5/7/2016), Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos.
- CHILE, Ley N° 21.240 (20/6/2020), Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.393 para sancionar la inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva dispuesta por la autoridad sanitaria, en caso de epidemia o pandemia.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22/11/1969).
- CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (4/11/1950).
- PROTOCOLO N° 7 DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (22/11/1984).

JURISPRUDENCIA CITADA

- CONTRA VELÁSQUEZ (2021): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 15 de enero de 2021 (juicio oral), RUC 1800167584-9.
- CONTRA MARTÍNEZ (2020): Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 23 de diciembre de 2020 (procedimiento monitorio), RUC 2000610786-K.

- CONTRA CASTILLO* (2020): Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 27 de julio de 2020 (procedimiento monitorio), RUC 2000550285-4.
- CONTRA CORTÉS* (2019): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, 30 de septiembre de 2019 (juicio oral), RUC 1900350243-3.
- CONTRA ALARCÓN* (2019): Juzgado de Garantía de Copiapó, 31 de julio de 2019 (procedimiento abreviado), RUC 1900350243-3.
- CONTRA MARDONES* (2019): Juzgado de Garantía de Quilpué, 24 de enero de 2019 (procedimiento monitorio), RUC 1800918379-1.
- CONTRA SAN MARTÍN* (2019): Juzgado de Garantía de Quilpué, 24 de enero de 2019 (procedimiento monitorio), RUC 1801022286-5.
- CONTRA ÁNGEL* (2019): Juzgado de Garantía de Quilpué, 9 de enero de 2019 (procedimiento monitorio), RUC 1800984696-0.
- CONTRA VALDÉS* (2019): Juzgado de Garantía de Quilpué, 9 de enero de 2019 (procedimiento monitorio), RUC 1801000028-5.
- CONTRA MOLINA Y ALVARADO* (2019): Juzgado de Garantía de Quilpué, 9 de enero de 2019 (procedimiento monitorio), RUC 1801055060-9.
- CONTRA MENA* (2018): Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 18 de agosto de 2018 (procedimiento abreviado), RUC 1800167584-9.
- CONTRA BUZETA* (2017): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, 25 de noviembre de 2017 (juicio oral), RUC 1200597905-4.
- CONTRA DÉLANO Y LAVÍN* (2017): 8° Juzgado de Garantía de Santiago, 4 de abril de 2017 (audiencia de reapertura de investigación en procedimiento ordinario), RUC 1400637392-6.
- CONTRA BRAVO* (2017): 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 11 de enero de 2017 (procedimiento abreviado), RUC 1500860418-2.
- CONTRA IBARRA* (2017): 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 4 de enero de 2017 (procedimiento abreviado), RUC 1600695538-3.
- CONTRA C.J.T.B.* (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 24 de octubre de 2016 (recurso de nulidad).
- CONTRA ESPINA* (2013): Juzgado de Garantía de Melipilla, 23 de enero de 2013, RUC 1200043071-2.
- CONTRA FERRADA* (2013): Juzgado de Garantía de Linares, 23 de enero de 2013, RUC 1200229891-9.
- CONTRA ZAPATA* (2012): Juzgado de Garantía de Coquimbo, 19 de diciembre de 2012, RUC 1000055500-8.
- CONTRA L.A.F.S., M.L.B.P. Y F.D.A.S.* (2010): Corte Suprema, 12 de julio de 2010 (recurso de nulidad), RUC 0500643407-1, Rol 3003-2010.
- CONTRA E.A.G.F.* (2009): Corte Suprema, 30 de marzo de 2009 (recurso de nulidad), RUC 0700928939-3, Rol 382-2009.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *KADAGISHVILI V. GEORGIA*, TEDH, N° 12391/06 (14 de mayo de 2020).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *RAZVOZZHAYEV V. RUSIA Y UCRANIA Y UDALTSOV V. RUSIA*, TEDH, N° 75734/12, 2695/15 y 55325/15 (19 de noviembre de 2019).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *LEUSKA Y OTROS V. ESTONIA*, TEDH, N° 64734/11 (7 de noviembre de 2017).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *NAVALNYY Y OFITSEROV V. RUSIA*, TEDH, N° 46632/13 y 28671/14 (23 de febrero de 2016).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *NATSVLISHVILI Y TOGONDIZE V. GEORGIA*, TEDH, N° 9043/05 (29 de abril de 2014).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *LITWIN V. ALEMANIA*, TEDH, N° 29090/06 (03 de noviembre de 2011).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *DIMITROV Y HAMANOV V. BULGARIA*, TEDH, N° 48059/06 y 2708/09 (10 de mayo de 2011).

VARIABILIDAD DEL DERECHO NATURAL Y RETENCIÓN DE LAS INDIAS

THE VARIABLE CHARACTER OF NATURAL RIGHT AND THE RETENTION OF THE INDIES

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO*
JOSÉ A. POBLETE**

RESUMEN: Hay un aspecto de la famosa disputa que tuvo lugar en los siglos XVI y XVII sobre los justos títulos, que no ha recibido un adecuado tratamiento filosófico. Se trata de la posibilidad de que, en caso de que la conquista hubiese sido injusta, hubiese algún título que permitiera o incluso obligara a la Corona a retener esas tierras. En este artículo se muestra la forma en que este tema fue abordado por Vitoria, el Licenciado Falcón y Solórzano Pereira. El argumento de estos autores, inspirado en la idea aristotélica de que lo justo natural está sujeto a cambio, es que, incluso si se hubiese hecho en contra de la justicia, el abandono de las Indias traería consigo para los nativos más daños que beneficios. Por lo mismo, la potencial obligación de restituir las tierras conquistadas cesaría o, al menos, quedaría en suspenso mientras la situación no cambiara sustantivamente.

Palabras clave: Justos Títulos; Francisco de Vitoria; Solórzano Pereira; Licenciado Falcón; Derecho Natural.

ABSTRACT: There is one aspect of the famous 16th and 17th centuries dispute on the 'Just Titles' (justos títulos) which has not yet received proper philosophical analysis by scholars, namely: the possibility that, in the case that the Spanish occupation had been unjust, there still remains a title which would allow –or even force– the Crown to retain those lands. This article focuses on the approach to this issue by the Dominican Francisco de Vitoria, the Licenciado Francisco Falcón and the jurist Juan de Solórzano Pereira. Their argument, grounded on the Aristotelian claim that things that are just by nature are subject to change, states that, even if unlawfully acquired, the abandon of the Indies would certainly bring about more damage than benefits to the natives. Thus, the potential duty to retribute the conquered lands would either cease or, at least, be suspended while the situation remains the same.

Keywords: Just Titles; Francisco de Vitoria; Solórzano Pereira; Licenciado Falcón; Natural Law.

* Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra y Doctor en Derecho por la Universidad Austral, Argentina. Profesor titular del Instituto de Filosofía de la Universidad de los Andes, Chile. Código Orcid 0000-0002-9958-8566. Dirección postal: Av. Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Chile. Correo electrónico: jgh@miuandes.cl. Esta investigación forma parte del proyecto Fondecyt 1191194 "Universalidad y singularidad en el mundo virreinal. Elementos para una filosofía del Derecho Indiano". Los autores agradecen el apoyo recibido en el Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie como también en el de Nicola Center for Ethics and Culture de la Universidad de Notre Dame.

** Doctor en Filosofía por la Universidad de los Andes, Chile. Miembro posdoctoral del Grupo de Investigación en Filosofía Práctica del Instituto de Filosofía de la Universidad de los Andes, Chile. Código Orcid 0000-0001-6723-6550. Dirección postal: Av. Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Chile. Correo electrónico: japoblete@miuandes.cl.

I. INTRODUCCIÓN

La controversia de los justos títulos en el proceso de conquista y evangelización de las Indias tuvo dos vertientes, de las cuales una sola suele acaparar la atención de los estudios contemporáneos. Por una parte, se debatió si los reyes de España podían desplegar labores de conquista de manera legítima, e incluso hacer la guerra a los indios que ofrecieran resistencia. Por otra, se discutió si asistían justos títulos a los reyes, no ya respecto de la adquisición de las tierras, sino de su **retención**. Este último tema ocupó la atención de Francisco de Vitoria (ca. 1483-1546) en su *Relectio de Indis (RI)*, dictada en 1539¹, aunque solo de manera tangencial, porque su atención primordial fue puesta en la cuestión de la **adquisición**. Como es sabido, su trabajo se limita sobre todo a demostrar la injusticia de ciertos títulos, por entonces esgrimidos para justificar la Conquista, y ofrecer otros más ajustados al derecho natural.

Sin que el tema de la **adquisición** jamás perdiera del todo relevancia, la cuestión de la **retención** fue poco a poco acaparando la atención de los participantes en la controversia. La razón es histórica. Con el paso del tiempo, no solo aumentaba entre los indios el número de bautizados (y, por tanto, de cristianos libres), sino que las propias culturas del Viejo y el Nuevo Mundo se volvían cada vez más dependientes la una de la otra. Esto explica el hecho de que figuras como el licenciado Francisco Falcón (1521-1587) o el famoso jurista Juan de Solórzano Pereira (1575-1655), enfrentados a la “duda indiana”, hiciesen un enorme esfuerzo por aclarar la justa **retención** de las tierras conquistadas. Para ese entonces, a más de cien años del descubrimiento de América, el problema moral de la adquisición de esos dominios cedía en importancia ante una pregunta política más apremiante: incluso en el caso de que la ocupación de las Indias hubiese sido injusta, ¿estaría por ello la Corona obligada abandonarlas?

En las páginas que siguen, estudiaremos uno de los justos títulos invocados por los participantes de la contienda *De indiis* para justificar la **retención** de las Indias por parte de la Corona de Castilla y León. De acuerdo con este título, puede afirmarse que, no obstante una eventual injusticia en la ocupación de las Indias, resulta imposible restituir dichos dominios a los nativos, pues las relaciones entre indios y españoles se encontrarían a tal punto entrelazadas que no podrían aquellos ser abandonados por estos sin grave daño para ambos. Se trata de un argumento que se volverá transversal a los autores de la Escuela de Salamanca que tomaron parte en esta disputa².

Nuestra tesis consiste en mostrar que este título no es ni un recurso oportunista, ni un artilugio jurídico, ni tampoco una muestra de lo que algunos autores modernos han calificado de “maquiavelismo teológico”, un peculiar iusnaturalismo que en la práctica implica negar los criterios de la guerra justa³. Por el contrario, más allá del juicio que merezca esta doctrina, el argumento de Vitoria y de quienes lo siguieron en Indias se basa en una tradición filosófica y jurídica de larga data. Como veremos, su razonamiento recurre a

¹ RDI, I, 3, 17.

² Cf. BACIERO (1994) III 5, 29-39.

³ CASTAÑEDA (2006) pp. 122-123.

la antigua tesis aristotélica, según la cual aquello que es justo por naturaleza está sujeto a cambio (EN V, 7 1134b18-35a5). Se trata de una idea ampliamente comentada entre los académicos que tomaron parte en el renacimiento aristotélico del siglo XIII, y que adquirió una particular actualidad y relevancia política en los siglos XVI y XVII.

Para mostrar esto, expondremos primero los puntos fundamentales en los que se sostiene la tesis de Aristóteles sobre la condición cambiante del derecho natural, y su posterior recepción medieval (I); luego, presentaremos la argumentación de Francisco Vitoria, del procurador de indios Francisco Falcón y de Juan Solórzano de Pereira, para mostrar hasta qué punto su razonamiento descansa sobre la tesis aristotélica antedicha (II); finalmente, nos haremos cargo de algunas críticas actuales que ha recibido el argumento de Solórzano en este punto (III).

II. LA CONDICIÓN CAMBIANTE DEL DERECHO NATURAL

El alegato de que resulta imposible restituir los reinos al margen de la justicia de la adquisición fue compartido por todos los autores de la época⁴, y refleja una idea de fondo de gran relevancia filosófica. Como veremos, cuando un bien ha sido adquirido por medios injustos, normalmente la restitución constituye una obligación moral natural⁵. Insistir, por tanto, en que las Indias no deban ser restituidas, incluso habiendo mediado injusticia en su adquisición, equivale a decir en tomismo de buena ley que aquello que es justo por naturaleza ha mutado.

Con todo, la idea de que lo justo natural está sujeto a cambio no es una invención del Siglo de Oro español. Se trata de una tesis aristotélica que, merced a las nuevas traducciones latinas de *Ethica Nicomachea* en los siglos XII y XIII⁶, fue comentada por los más influyentes pensadores medievales, antecedentes ideológicos directos de quienes tomar parte en las polémicas político-jurídicas de Indias. Sin duda, el desarrollo más pormenorizado de esta doctrina de Aristóteles se encuentra en el libro V de la *Ética*, donde el Estagirita obra

⁴ Por todos: ACOSTA, *De promulgando evangelio apud barbaros sive De procuranda indorum salute, Libri sex*, 125-26 Lib. II, cap. XI; MATIENZO, *Gobierno del Perú*, 16 Lib. I, cap. III. Un resumen de las afirmaciones de los autores anteriores a SOLÓRZANO en *DII* III, 5, 1-3. Cf. BACIERO (1994) pp. 99-102.

⁵ Cf. JANSEN (2012).

⁶ La primera traducción *Ethica Nicomachea* al latín, y que marca su entrada en el medioevo, fue la traducción fragmentaria de BURGUNDIO DE PISA. Por razones que se desconocen, el traductor pisano fue haciendo entrega de los diversos libros en forma separada. En 1246, el obispo de Lincoln y canciller de Oxford ROBERTO GROSSETESTE publica por primera vez una traducción latina de la integridad del trabajo aristotélico. Esto marca, en palabras de R.A. GAUTHIER, el inicio del así llamado “reinado de la *Ética a Nicómaco*”. GAUTHIER y JOLIF (1970) p. 120. Es de notar el enorme influjo que tuvo esta obra en el pensamiento jurídico del medioevo occidental. Antes de que las traducciones la volvieran visible ante filósofos y teólogos latinos, la teoría sobre la justicia era bastante precaria, y descansaba significativamente sobre premisas de naturaleza teológica, muchas de ellas de poco interés: ODON LOTTIN (1974) pp. 298-299; FUCHS (2007) p. 74-75. La recepción de la ética aristotélica supuso un enriquecimiento invaluable en este ámbito, en el marco de lo cual cabe mencionar el desarrollo y estudio de la distinción entre justicia distributiva y conmutativa, o la virtud de la *epiíikeia* que se ordena al ajuste de leyes universales a casos extraordinarios que caen fuera de ella.

su conocida distinción entre lo que es justo por naturaleza y lo que es justo por ley⁷. Dice Aristóteles: “De lo justo en la comunidad política, una [forma] es natural y otra por ley. Es natural la que tiene en todas partes la misma fuerza, y no porque [a los hombres] les parezca bien o no; es, en cambio, por ley la que en principio es indiferente que sea de esta o de aquella manera, pero deja de ser indiferente una vez que se la establece”⁸.

Luego de ofrecer algunos ejemplos ilustrativos de lo justo legal, Aristóteles abre una discusión con un grupo de filósofos contemporáneos suyos, los sofistas, quienes negaban la existencia de una justicia natural. Para ellos, lo natural no está sujeto a cambio, mientras que resulta evidente la mutación de las cosas justas; por lo mismo, concluyen, no pueden existir cosas justas por naturaleza. La respuesta de Aristóteles puede parecernos sorprendente —y ciertamente lo fue para los autores del medioevo—, pues contrariamente a lo que cabría esperar no niega la segunda premisa del argumento sofista, esto es, que las cosas justas estén sometidas a variabilidad. El filósofo más bien rechaza el carácter *inmutable* de aquello que es natural (la primera premisa)⁹. De hecho, unas pocas líneas más abajo afirma expresamente la condición cambiante de lo justo natural:

“Cuáles, entre las cosas que pueden ser de otra manera, son [justas] por naturaleza y cuáles no lo son [por naturaleza] sino por ley, esto es, por convención, es algo evidente, aun cuando *unas y otras son igualmente mudables*”¹⁰.

Santo Tomás de Aquino, antecedente directo de los teólogos de Salamanca y de las principales figuras del pensamiento jurídico del Siglo de Oro, comenta en detalle la respuesta de Aristóteles a los sofistas. A propósito del texto donde el filósofo griego afirma la condición cambiante de lo justo natural, señala el Aquinate:

“Todas las cosas justas a veces parecen estar sujetas al cambio: en efecto, nada parece ser más justo que se devuelva al depositante su depósito y, sin embargo, no se debe devolver su depósito al enajenado que reclama su espada [entregada en depósito], ni al traidor a la patria que reclama su dinero para adquirir armas”¹¹.

Poco más adelante, precisa el alcance de esta clase de cambio:

⁷ En la misma línea discurre el pasaje del *Eutifrón* donde PLATÓN distingue entre pensar que una acción es “pía” (que es la justicia con los dioses) porque es agradable a los dioses y pensar que una acción es agradable a los dioses porque es pía (10e-11b). A diferencia de los que pensaba su interlocutor, para SÓCRATES una acción impía no es injusta debido a que los dioses la odian y prohíben, sino que los dioses odian y prohíben una determinada acción por causa de que es impía e injusta. TOMÁS DE AQUINO recoge esta idea en textos como *ST II-II, 57, 2 ad 3*.

⁸ *EN V, 7, 1134b18-21*: Τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαίου τὸ μὲν φυσικὸν ἐστὶ τὸ δὲ νομικόν, φυσικὸν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μὴ, νομικὸν δὲ ὃ ἐξ ἀρχῆς μὲν οὐδὲν διαφέρει οὕτως ἢ ἄλλως, ἔταν δὲ θῶνται, διαφέρει.

⁹ El aparente desajuste entre esta doctrina y las concepciones temprano-medievales sobre la ley natural probablemente contribuyó a que el traductor inglés, ROBERTO GROSSETESTE, alterara significativamente el pasaje aristotélico. Asimismo, existe suficiente evidencia para asegurar que la influencia que ejercieron estas alteraciones en la primera etapa de la recepción del pasaje en Occidente latino fue sustantiva desde un punto de vista filosófico.

¹⁰ *EN V, 7, 1134b30-33*: ποῖον δὲ φύσει τῶν ἐνδεχομένων καὶ ἄλλως ἔχειν, καὶ ποῖον οὐ ἀλλὰ νομικὸν καὶ συνθήκη, εἴπερ ἄμφω κινήτῃ ὁμοίως, δῆλον.

¹¹ *SLE 306: 147-152: omnia iusta videntur aliquando esse mota. Nihil enim videtur esse magis iustum quam quod deponenti depositum reddatur; et tamen non est reddendum depositum furioso reposcenti gladium vel proditori patriae reposcenti pecunias ad arma.*

“Las cosas que son naturales para nosotros son, en efecto, del mismo modo en la mayoría de los casos (*ut in pluribus*), aunque fallan en unos pocos (*ut in paucioribus*) [...]; así, también aquellas cosas que son naturalmente justas como, por ejemplo, que el depósito debe ser devuelto, en la mayoría de los casos deben observarse, aunque en unos pocos cambian”¹².

El ejemplo del depósito, originario de Platón¹³, recurrente en la obra del Aquinate, es recogido por la tradición medieval posterior¹⁴. De hecho, santo Tomás se apropia del ejemplo (y, por supuesto, de la doctrina aristotélica en que se sustenta), y lo hace suyo en un pasaje fundamental para la cuestión que tratamos aquí, a saber, el artículo de *Summa Theologiae* en que se pregunta si la ley natural es la misma para todos (*ST I-II*, q. 94, a. 4). En su respuesta, Tomás hace una distinción. En cuanto a los primeros principios, señala, la ley natural es siempre la misma para todos; pero en cuanto a las conclusiones que se siguen de los primeros principios, su verdad o rectitud no parece ser igual en todos: “Para todos es recto y verdadero esto, a saber: que hay que obrar según la razón. Sin embargo, de este principio se sigue una suerte de conclusión particular: que las cosas dadas en depósito deben ser devueltas. Y esto, efectivamente, es verdadero en la mayoría de los casos (*ut in pluribus*), pero en algún caso podría suceder que sea dañoso (*damnosum*) y, por consiguiente, irracional, que las cosas depositadas fuesen devueltas; como, por ejemplo, si alguien pidiese [el depósito] para combatir a la patria”¹⁵.

En este pasaje, Tomás hace explícita la razón que subyace a la idea de que la obligación natural de devolver los depósitos esté sujeta a cambio: en algún caso, la devolución podría volverse algo perjudicial (*damnosum*) y, por tanto, irracional. En otras palabras, el argumento plantea que la obligación de devolver el depósito (como toda obligación natural de **hacer**) está sujeta a una condición: si su observancia es contraria a las exigencias de la razón, porque de ella se siguen más males que bienes, entonces no debe ser cumplida. Obviamente, esto no debería ocurrir sino de modo excepcional (*ut in paucioribus*) pues, en la mayoría de los casos (*ut in pluribus*), la obligación conserva todo su vigor¹⁶. En síntesis, respecto de aquellos preceptos afirmativos de la ley natural que son como conclusiones más particulares de los primeros principios, su fuerza obligatoria estará sujeta a la condición de

¹² SLE 306: 187-189; 194-196: *Ea enim quae sunt naturalia apud nos sunt quidem eodem modo ut in pluribus, sed ut in paucioribus deficiunt; [...] ita etiam et ea quae sunt naturaliter iusta, utputa depositum esse reddendum, ut in pluribus est observandum, sed ut in paucioribus mutatur.*

¹³ *Rep.* 331c.

¹⁴ Esta doctrina tomista influyó en muchos comentaristas medievales de la Ética: BURLEY, *Burleus Super libros Ethicorum. Habes in hoc uolumine candidissime lector Gualtieri Burlei expositionem super decem libros Ethicorum Aristotelis*, 95 col. I; ODNIS, *Expositio in Aristotelis ethicam*, V, q. 15, lectio XII, fol 109b; ORESME, *Le livre de Ethiques d'Aristote*, nota n. 8, 304.

¹⁵ *ST I-II*, q. 94, a. 4, c.: *Apud omnes enim hoc rectum est et verum, ut secundum rationem agatur. Ex hoc autem principio sequitur quasi conclusio propria, quod deposita sint reddenda. Et hoc quidem ut in pluribus verum est, sed potest in aliquo casu contingere quod sit damnosum, et per consequens irrationabile, si deposita reddantur; puta si aliquis petat ad impugnandam patriam.*

¹⁶ El razonamiento forma parte también de los artículos subsiguientes. Así, SANTO TOMÁS señala en *ST I-II*, q. 94, a. 5, c.: “*Quantum autem ad secunda praecepta, quae diximus esse quasi quasdam proprias conclusiones propinquas primis principiis, sic lex naturalis non immutatur quin ut in pluribus rectum sit semper quod lex naturalis habet. Potest tamen immutari in aliquo particulari, et in paucioribus, propter aliquas speciales causas impediendas observantiam talium praeceptorum, ut supra dictum est*”; cf. también *ST I-II*, q. 94, a. 6, c.

que de su cumplimiento no se sigan mayores males que bienes. Por el contrario, si de la observancia de alguno de estos preceptos se siguen más males que bienes –cuestión que, como vimos, solo ocurriría por excepción–, estos perderían su fuerza obligatoria.

Ahora bien, este recurso al principio del mal menor no supone en modo alguno una concesión a una suerte de proporcionalismo. Son muchos los textos que atestiguan un uso extendido de él por parte de autores que van desde Sócrates a Tomás de Aquino, pasando por Aristóteles, Cicerón, Agustín, y otros de la patrística latina y griega. Y sin embargo, toda esta tradición coincide en que este no puede ser el principio último para resolver toda la justicia de un acto humano¹⁷. Lo que hace una teoría de la ley natural como la de Tomás de Aquino –que es como el correlato gnoseológico y descendente de lo que, mirado desde una óptica ontológica y ascendente, es en realidad una ética de las virtudes– es situar la operación del principio del mal menor en su ámbito propio, sin pretender de este criterio ni más ni menos de lo que corresponde. Y así, a pesar de que Tomás reconoce que lo justo por naturaleza es cambiante (variabilidad que en *Summa Theologiae*, tratando sobre la ley natural, restringe solo al caso de los preceptos secundarios [ST I-II, q. 94, a. 4, ad 2.]), no deja de apuntar que las razones esenciales (*rationes*) de las cosas cambiantes son ellas mismas inmutables: “est tamen attendendum quod, quia rationes etiam mutabilium sunt immutabiles, [...]” (SLE 306: 197-98). Si un acto (como, por ejemplo matar) recae sobre una ‘materia indebida’ (*materia indebita*; como, por ejemplo, un ser humano inocente), se trata de un acto contrario a la esencia de una virtud (en este ejemplo, a la virtud de la justicia), pues destruye algunos de sus elementos esenciales (en este ejemplo, el acto de la justicia de dar a cada uno lo suyo, que en el caso del inocente es el abstenerse de intentar directamente su muerte). Actos de esta clase son actos siempre malos, **intrínsecamente malos**, al margen de las circunstancias en que se concrete, y sin perjuicio del móvil intencional ulterior, por más bueno que sea. En consecuencia, poco después de mencionar el ejemplo del depósito para ilustrar el carácter variable de lo justo natural, el Aquinate restringe esta noción asegurando que: “aquellas cosas que pertenecen a la esencia misma de la justicia en modo alguno pueden mutar como, por ejemplo, que no se debe robar, lo cual es hacer lo injusto”¹⁸.

Ahora bien, a pesar de la enorme influencia de su comentario, santo Tomás es más bien un transmisor de las ideas de su maestro san Alberto Magno, quien comentó en dos

¹⁷ En la dogmática moderna, encontramos autores que sí le atribuyen tal función al principio del mal menor. Se trata de académicos que interpretan el principio desde una óptica consecuencialista o proporcionalista. Para ellos, como explica MIRANDA, podría ser lícito, por ejemplo, matar intencionalmente a un ser humano inocente para salvar a un número superior de personas MIRANDA (2017) p. 214. Es así que algunos autores proporcionalistas están dispuestos a conceder que, para ellos, el principio del mal menor constituye algo así como “regla de oro” del razonamiento moral: “todas las reglas y distinciones concretas –explica el proporcionalista RICHARD MCCORMICK– son subsidiarias a esta, y son válidas, por consiguiente, en la medida en que ellas en realidad nos lleven a lo que de hecho es el mal menor” MCCORMICK (1978) p. 38.

¹⁸ SLE 307: 203-5: “*illa quae pertinent ad ipsam iustitiae rationem nullo modo possunt mutari, puta non esse furandum, quod est iniustum facere*”. Otro tanto señala en la Suma Teológica, donde afirma que lo natural sería inmutable siempre y en todas partes solo en el caso de un ser dotado de una naturaleza inmutable, “pero la naturaleza humana es mudable, y, por consiguiente, lo que es natural al hombre puede en algunos casos fallar”, como sucede en el caso del depósito (*natura autem hominis est mutabilis. Et ideo id quod naturale est homini potest aliquando deficere, ST II-II, 57, 2 ad 1*).

ocasiones el mencionado pasaje de Aristóteles¹⁹. El primero de sus comentarios, titulado *Super Ethica commentum et quaestiones*, es el más importante y extenso y contiene, además de la paráfrasis del texto aristotélico, una serie de *dubia* o *quaestiones* sobre cada fracción del texto que se comenta²⁰. En una de estas *dubia*, Alberto muestra cómo el problema de la variabilidad del derecho natural está íntimamente relacionado con el principio del mal menor: “Es verdad que las cosas [justas] por naturaleza en cuanto a lo que pertenece a su esencia nunca cambian, pero el uso de ellas cambia, pues a veces falta aquello que es según la naturaleza recta, y conviene hacer aquello que es según la naturaleza débil. Como sucede en la medicina, la cual a veces administra a los que están enfermos por un exceso de calor cosas que exceden en frío, las cuales absolutamente consideradas no son sanas. Así también corresponde a veces que cambien las cosas [justas] naturales a causa de diversos accidentes, a fin de que se evite un mal mayor”²¹.

Sin embargo, san Alberto también restringe esta posibilidad de cambio en lo que es justo por naturaleza. Para tales efectos, Alberto distingue entre aquello que, siendo justo por naturaleza, “mira a la naturaleza de un modo absoluto, y su fuerza proviene solo de ella, y no es determinado por alguna institución; como, por ejemplo, los axiomas en las cosas morales, como que no se debe hacer daño a otro, que hay que honrar a Dios y otras de esta clase. Estas no reciben dispensa alguna, pues pertenecen a la verdad de la vida, que por ningún escándalo o daño pueden dejar de cumplirse”²² de aquello que, siendo también justo por naturaleza, “mira a la naturaleza con alguna disposición. Y así, según algunas diversas disposiciones de esta clase entre los hombres, se determinan determinados preceptos que miran ciertos especiales modos, como que una [la mujer] sea de un [hombre] y que alguien otorgue un determinado honor a sus padres. Y las [cosas justas] de esta clase en cuanto a su sustancia siempre permanecen, pero nada impide que a veces en ellas pueda haber dispensa, para que se evite un inconveniente mayor”²³.

¹⁹ POBLETE (2020) p. 223; 237.

²⁰ La influencia de este comentario sobre el de santo Tomás es sustancial DOIG (2001) p. 25, y no puede ser más directa. El comentario de Alberto corresponde a una compilación de clases y disputas públicas llevada a cabo entre 1250-52 CUNNINGHAM (2008) p. 38. y SANTO TOMÁS, alumno de ALBERTO en ese entonces, parece haber sido el compilador a cargo HOFFMANN, MÜLLER, y PERKAMS (2013) p. 3. De este modo, el *Super Ethica* de Alberto puede ser considerado el más influyente –siempre mediado por el de Tomás– en la tradición ética posterior CELANO (2016) p. viii.

²¹ SE, 359: 79-90: *Verum est enim, quod naturalia quantum ad essentialia numquam variantur, sed usus eorum variatur, quia aliquando relinquitur id quod est secundum naturam rectam, et expedit facere id quod est secundum naturam infirmam, ut patet in medicina, quae aliquando dat infirmis secundum excessum caloris excedentia in frigiditate, quae simpliciter non sana sunt. Ita etiam oportet aliquando mutari ipsa naturalia propter diversa accidentia, ut evitetur maius malum.*

²² SE 360: 46-53: “[Est quoddam iustum naturale, quod] respicit naturam absolute, et illud ex ea solum habet vigorem, et non ex aliqua institutione determinatum, sicut dignitates in moribus, ut non esse alicui iniuriandum, deum esse honorandum et huiusmodi; et haec nullam dispensationem recipiunt, quia pertinent ad veritatem vitae, quae pro nullo scandalo vel nocumento sunt deserenda”.

²³ SE 360: 53-61: “[Est aliud iustum naturale, quod] respicit naturam cum aliqua dispositione, et sic secundum aliquas diversas hominum dispositiones huiusmodi contraria sunt praecepta determinata ad speciales quosdam modos, sicut quod una unius sit et quod aliquis determinatus honor detur parentibus. Et huiusmodi secundum substantiam semper manent, sed nihil prohibet quandoque in talibus dispensari, ut evitetur maius inconveniens”.

La acotación de Alberto es interesante. Lo que da lugar al cambio de lo justo natural es la posibilidad de que haya cierto decaimiento o debilitamiento en la naturaleza. La variabilidad de la justicia natural está sujeta a un **defecto** en la realización concreta y material de lo natural. Para mostrar este punto, Alberto recurre al ejemplo de la medicina, tan querido del mismo Aristóteles. Una cosa excesivamente fría no es, por sí misma, sana, sino más bien dañina para la salud. Pero para quien está enfermo por exceso de calor, representa un alivio. En este caso, la proporción o desproporción del medio terapéutico no mira a la naturaleza del enfermo considerada de modo absoluto, sino a su naturaleza acompañada de cierta disposición; aquí, la enfermedad. Así pues, como señala san Alberto, existen ciertas cosas que son justas por naturaleza, pero que lo son por consideración a la naturaleza en cuanto dispuesta de determinado modo. Por tanto, si esa disposición no se encuentra o se halla de modo deficiente, puede cambiar. Asimismo, aunque la restitución de los bienes dados en depósito es algo justo por naturaleza, si el depositante está mal dispuesto (v.gr. enloquecido, en un acceso de ira, etc.), cesa la obligación mientras no cese la indisposición del depositario, y quede restablecido el orden natural de las cosas (viz. su salud mental). En cambio, hay otras cosas justas por naturaleza que no están sujetas a cambio, pues miran a la naturaleza sin tomar en consideración ninguna disposición suya. En otras palabras, miran a la naturaleza de modo absoluto. Así, por ejemplo, el precepto de derecho natural que prohíbe el homicidio es absoluto, y no admite excepción, pues no mira a la naturaleza del hombre en cuanto tenga o no cierta disposición (es decir, no importa si el sujeto es bello o feo, si está sano, enfermo, loco o cuerdo; ni siquiera si es bueno o malo). Si el sujeto es inocente —que en este contexto se entiende como que no amenaza con llevar a cabo una agresión actual o inminente contra la vida de otro— nunca es lícito intentar directamente su muerte.

En síntesis, los elementos que integran la recepción medieval del texto aristotélico serían los siguientes. Primero, debe existir algo debido, algo justo, por naturaleza. Es decir, el fundamento de dicha obligación se encuentra en la naturaleza humana. Segundo, lo justo natural es algo que obliga *ut in pluribus*, es decir, en la mayoría de los casos. Tercero, producto de una circunstancia extraordinaria, esta obligación puede dejar de ser exigible. Esto es algo excepcional o *ut in paucioribus*, y que mantiene su vigor en la medida en que la circunstancia extraordinaria se mantenga. Cuarto, lo que obliga a omitir el cumplimiento de la obligación es el **daño** de su observancia. Quinto, en esas circunstancias, se debe aplicar el principio del mal menor, es decir, optar por el curso de acción menos malo. Sexto, del conjunto de cosas justas por naturaleza, solo están sujetas a cambio aquellas que miran a la naturaleza con cierta disposición, y no aquellas que miran a la naturaleza absolutamente considerada.

III. LA RETENCIÓN DE LAS INDIAS Y LA VARIACIÓN DE LO JUSTO NATURAL

Como veremos a continuación, existe una significativa correspondencia entre esta bien asentada doctrina y los argumentos esgrimidos en las contiendas indianas en torno a la retención de las tierras conquistadas. Para mostrar este punto, fijaremos nuestra atención en tres autores significativos en la disputa, y que acudieron a la antedicha doctrina para de-

fender la retención de las Indias por parte de la Corona: el dominico Francisco de Vitoria, el licenciado Francisco Falcón, y el jurista Juan Solórzano de Pereira. Este grupo de autores puede, además, dividirse en dos categorías conforme a los bienes que, en su concepto, justificarían la retención. En efecto, mientras Vitoria y Falcón se amparan en el imperioso resguardo de la fe de los Indios, Solórzano agrega en su argumentación razones meramente políticas y de bien común. Nuestra exposición, pues, se ajustará también a esta división.

1. RETENER POR UN BIEN SOBRENATURAL: VITORIA, FALCÓN Y LA FE DE LOS INDIOS

Francisco de Vitoria dedicó su *Relectio de Indiis* principalmente a la determinación de los títulos justos para **adquirir** el señorío de las Indias, y a la exclusión de los injustos. En realidad, por razones principalmente coyunturales, el teólogo parece aproximarse al problema de la **adquisición** y de la **retención** con cierta indistinción. En efecto, la reducida distancia temporal entre la *Relectio* y el descubrimiento de América (menos de 50 años), volvía prácticamente equivalentes la determinación de la justicia o injusticia del dominio sobre las Indias, por una parte, y la cuestión sobre si debían restituirse o no, por otra. Así, aunque, como veremos, Vitoria no deja de tocar el tema de la justicia de la **retención** de las Indias, sus observaciones son más bien tangenciales y como breves digresiones respecto de otros objetivos, a su juicio más apremiantes.

En todo caso, escapa a todo cuestionamiento la importancia que le atribuye Vitoria a la aclaración de los justos títulos para adquirir y dominar sobre las tierras de ultramar pues, si la conquista llegase a ser considerada ilegítima, simplemente correspondería *prima facie* retirarse del Nuevo Mundo. Se trata de una sentencia común entre los autores iusnaturalistas. La adquisición de una cosa por medios ilegítimos entraña la obligación de restituir: *ille qui abstulit tenetur restituere* (ST II-II, q. 62, a. 6, sc.). Y esto, como señala santo Tomás, vale también para los reyes que arrebatan bienes a otras personas con violencia e injustamente: “Aquellos que, contra la justicia, sustrajesen las cosas de otros haciendo uso del poder público, obran ilícitamente, cometen rapiña, y están obligados a restituir”²⁴.

Vitoria, por supuesto, no considera que los Reyes de España se encuentren en el caso aquí descrito. De hecho, la *Relectio* enumera y justifica una serie de títulos justos –luego de haber enumerado y desechado otra serie de pseudo-títulos, carentes de toda justicia– por los que la Corona pudo legítimamente entrar a dominar las Indias. Sin embargo, el teólogo de Salamanca explica que habría cierto título que podría amparar la **retención** de esas tierras, incluso si hubiesen sido conquistadas por medios ilegítimos: “[...] Es evidente que después de que se han convertido allí muchos bárbaros, no sería conveniente ni sería lícito al Rey abandonar por completo la administración y el gobierno de aquellos territorios”²⁵.

Vitoria se coloca en un supuesto extremo. Si por cualquier motivo todos los títulos que ofrece fallasen en cuanto a su justicia, la adquisición de las tierras habría sido injusta y, por tanto, correspondería por derecho natural restituirlas a los nativos. Sin embargo, la

²⁴ ST II-II, q. 66, a. 8, c.: *Si vero contra iustitiam aliqui per publicam potestatem violenter abstulerint res aliorum, illicite agunt et rapinam committunt, et ad restitutionem tenentur.*

²⁵ RDI I, 3, 17: [...] *patet quod iam, postquam ibi facta est conversio multorum barbarorum, nec expediret nec liceret principi omnino dimittere administrationem illarum provinciarum.*

circunstancia de que un número significativo de indios se hayan convertido al cristianismo parece alterar el escenario. En efecto, el Rey no podría abandonar la administración y gobierno de las Indias pues, con toda probabilidad, los indios perderían su fe y, de acuerdo con la cosmovisión de Vitoria, retornarían a la idolatría. La posibilidad de que se produzca este ‘daño’ (*damnum*) en la fe de los indígenas, cuyo resguardo ciertamente cae bajo los deberes de una monarquía católica como la de Castilla y León, altera la obligación natural de restituir; al menos, mientras esta posibilidad sea fundada.

La situación descrita cumple con todos los elementos que, según los primeros comentaristas de Aristóteles, deben concurrir para que cambie lo justo natural. En efecto, si se trata de tierras adquiridas injustamente, existiría por derecho natural la obligación de restituir las. Sin embargo, concurre en el caso una circunstancia extraordinaria que altera la justicia de la situación: el poco arraigo de la fe de los indios, y el previsible perjuicio para ella como consecuencia del desamparo español. Ahora bien, dado que la obligación natural de restituir lo injustamente ocupado es una de aquellas sujeta a ponderación de bienes y males, la respuesta resulta clara. La fe es un bien espiritual y de orden sobrenatural, mientras que la propiedad sobre las tierras, un bien de orden puramente temporal. Por lo mismo, para Vitoria no se trata simplemente de **justificar** la retención de las Indias si ese fuese el deseo de los Reyes, sino que, según este razonamiento, la Corona estaría absolutamente **obligada** a conservar la administración de las Indias mientras no cese el temor de que los indios pierdan la fe. El abandono sería simplemente ilícito.

Vale la pena notar que, al igual que en el caso del depósito, también aquí la variación de lo justo natural se ve posibilitada por una débil condición de la naturaleza. Usando los términos en que se expresa san Alberto Magno, la obligación de restituir no es de aquellas que miran a la naturaleza absolutamente considerada, sino a la naturaleza acompañada de cierta disposición (*naturam cum aliqua dispositione*). En este caso, la **disposición** referida es la condición actual de la fe de los indios que, en el razonamiento de Vitoria, es considerada como débil: no está todavía suficientemente asimilada, continúa mezclada de elementos paganos, etc. Así, tal como un arma depositada no debe ser restituida a un dueño que la reclama en estado de demencia, tampoco ha de restituirse a los nativos neófitos la administración de sus reinos, incluso si hubiesen sido adquiridos por medios ilegítimos, a causa del grave peligro que amenaza su fe. Lo contrario equivaldría a provocar un daño mayor que aquel que la restitución pretende reparar.

Es verdad que, si se toma en cuenta la *Relectio* en su totalidad, podría dar la impresión de que este pequeño pasaje no es más que un apéndice sin importancia. Pero, a pesar de su breve extensión, el maestro de Salamanca tuvo este argumento en la más alta consideración. De hecho, no fue sino este razonamiento el que esgrimió frente a Carlos V para convencerlo de no retirarse de las Indias cuando, aquejado por graves problemas de conciencia sobre los títulos para conquistar y permanecer en el Nuevo Orbe, pensó seriamente en ordenar el abandono²⁶. Además, la *Relectio* tomada en su totalidad da cuenta de

²⁶ Cf. PÉREZ AMADOR ADAM (2011) pp. 124 y 139 nt. 13; HANKE (1949) pp. 115-117; Carlos V, “Provisión que manda sobreseer todas las conquistas y descubrimientos que estaban cometidas y mandadas hacer en las provincias del Perú hasta el día de la notificación de la provisión 16 de abril de 1550”, p. 255.

la radicalidad de la posición del dominico: si la justicia de los títulos fallase, y no existiese real peligro de la fe de los nativos, no existiría razón alguna para que la Corona permaneciese en América. El mismo Vitoria se encarga de aclarar que, en su concepto, los factores de carácter temporal –digamos, político-económicos– no tienen fuerza suficiente para excusar la restitución²⁷. Para el teólogo, la restitución de la soberanía a los naturales no traería necesariamente consigo un cese del comercio, pues los indios abundan en muchos bienes que los españoles podrían adquirir por justo intercambio. Además, continúa, muchas cosas en las Indias no se hallaban bajo dominio de dueño alguno, las cuales serían, por tanto, comunes a todos lo que quieran utilizarlas (incluidos los españoles). Finalmente, tampoco es verdad que quedarían afectadas gravemente las arcas reales. En efecto, desde el punto de vista de la justicia no habría inconveniente en gravar con impuestos el oro y la plata procedentes de las Indias, pues la navegación en estos mares se realiza bajo la protección de los reyes españoles²⁸. En suma, para Vitoria es claro que las alegaciones de tipo político-económico no son capaces de modificar la eventual necesidad de restituir. Había que dar con otra razón, de carácter moral. Esa sería para el dominico la conservación de la fe cristiana, no hace mucho recibida y todavía frágil. Un argumento semejante sí sería procedente para determinar la justa retención de las Indias y el señorío de la Corona sobre los naturales²⁹.

Muchos elementos diferencian a Francisco Vitoria del famoso procurador de indios, el licenciado Francisco Falcón. Mientras el primero es teólogo, el otro es abogado. Aquel vive en España, este, en cambio, en Indias. Mientras uno es un pensador que escribe en los albores del descubrimiento y conquista de América, el otro es un hombre práctico que lo hace en un despacho situado en una ciudad virreinal, Lima, bien asentada en territorio de ultramar. Es verdad, en mucho difieren estas figuras; y, sin embargo, coinciden en un punto fundamental: que los reyes están moralmente impedidos de abandonar las Indias³⁰.

El único trabajo de Falcón que ha llegado hasta nosotros es su **Representación** en defensa de los indios de 1567 dirigida a una audiencia eclesiástica, el Segundo Concilio Limense³¹. Se trata de un texto que, según ha mostrado Lohmann, tuvo influencia en los obispos, como se puede apreciar en diversas disposiciones conciliares³².

En su **Representación**, el licenciado argumenta que los únicos títulos que podría invocar la Corona de Castilla en justificación de la conquista serían la guerra justa y la donación papal. El primero de ellos, explica, resulta improcedente ya que no habría existido motivo real para dar guerra a los indios. Y en cuanto a la donación papal por parte de Alejandro VI, señala que el único señorío que pudo haber concedido el Papa se limita a la predicación del Evangelio, sin que por ello hubiesen perdido los indios el señorío que legí-

²⁷ *RDII*, 3, 17.

²⁸ *RDII*, 3, 17.

²⁹ *RDII*, 3, 17.

³⁰ A pesar de que el escrito que se conserva de FALCÓN tiene por objeto primordial la defensa de los indios, es muy probable que haya participado en la polémica sobre la licitud del derecho de conquista: LOHMANN VILLENA (1970) p. 143. Su trabajo, en todo caso, es claramente deudor del magisterio de VITORIA, de DOMINGO DE SOTO y de BARTOLOMÉ DE LAS CASAS: LOHMANN VILLENA (1970) p. 133.

³¹ LOHMANN VILLENA (1970) p. 154. Para las actas del Concilio: VARGAS UGARTE (1949) I: 95-257.

³² LOHMANN VILLENA (1970) p. 159.

timamente ejercían sobre lo suyo. En esto Falcón sigue muy de cerca a fray Bartolomé de Las Casas³³. Por consiguiente, en ausencia de justo título, la ocupación española carecería de toda justicia, y los reyes estarían obligados a restituir. Esto sería así, aclara Falcón, solo en la medida en que los indios fuesen capaces de gobernarse “justa y cristianamente”³⁴. El licenciado asegura expresamente que esta es la intención de Carlos V, quien habría estado dispuesto a realizar esa restitución de concurrir las circunstancias correspondientes. Con todo, continúa el jurista, “justa y cristianamente le fue respondido que no le era lícito dejarlos a cuyos eran, por los grandes daños que a los mismos señores y súbditos se les seguirían de ello, tornándose a su infidelidad, y la ofensa que se hiciera a Dios nuestro Señor e injuria a la religión cristiana”³⁵.

Como vemos, el licenciado Falcón conoce y sanciona la opinión de Vitoria, que para entonces era ya lugar común entre los autores de la época. En síntesis, asegura que, aunque la conquista hubiese sido injusta, y los reyes estuviesen bajo una obligación natural general de restituir, no deberían hacerlo “en este caso particular”, porque el abandono español produciría graves daños a los mismos reyes y a los indios, quienes se tornarían a la infidelidad con grave ofensa a Dios.

Lo dicho muestra que la argumentación del licenciado Falcón discurre sobre la base de la antedicha doctrina aristotélica, asumida en el medioevo, según la cual lo que es justo por naturaleza está sujeto a cambio. Testimonio inequívoco de ello es la ocurrencia expresa del ejemplo clásico del depósito invocado por santo Tomás, y que Falcón coloca en directa relación con esta disputa: “como si el que hubiese tomado una espada la quisiese restituir-la a cuyo era, y le hallase loco y que no podía aprovechar de ella, antes matarse, haría mal en restituirla”³⁶.

Como vemos, Falcón asimila el caso del depositante, es decir, de aquel a quien se le debe la restitución de un bien, al de los indios, injustamente despojados de sus tierras y bienes, a quienes también se les debería por tanto la restitución de lo suyo. Según el relato del jurista, es claro que el defecto en la disposición natural del loco equivale a la condición incipiente y poco instruida de la fe de los indios. A cincuenta años de la *Relectio*, el daño para la fe de los indios todavía es invocado para justificar la permanencia española en el Nuevo Mundo; y a casi trescientos años de que santo Tomás se hiciera cargo del pasaje aristotélico sobre lo justo natural, el ejemplo del depósito sigue resolviendo conflictos de variabilidad del derecho natural.

2. RETENER POR UN BIEN TEMPORAL: EL GIRO DE JUAN DE SOLÓRZANO ANTE LA RETENCIÓN DE LAS ÍNDIAS

La doctrina del cambio de lo justo natural también parece haber sido conocida por Juan de Solórzano Pereira, considerado el jurista más importante del siglo XVII³⁷. Su argu-

³³ LOHMANN VILLENA (1970) p. 133.

³⁴ FALCÓN (2017) p. 137.

³⁵ FALCÓN (2017) p. 137. Se modernizó la ortografía.

³⁶ FALCÓN (2017) p. 137.

³⁷ Cf. GARCÍA HERNÁN (2007) pass.; BARRERO GARCÍA (1989) pp. 65-85.

mentación en esta materia, aunque en parte importante sigue a la del teólogo de san Esteban y la del licenciado Falcón, no deja de distanciarse de ella en algunos puntos significativos.

Más aún que en el caso de Falcón, Solórzano entra a la discusión sobre la retención de las Indios ante una presencia española en ultramar mucho más consolidada que cuando escribía Vitoria. Por lo mismo, lo que para el profesor salmanticense no mereció más que una observación tangencial, para Solórzano resultó ser un asunto capital.

Su trabajo *De indiarum iure* fue publicado en 1629³⁸, es decir, 90 años después de la *Relectio* de Vitoria y 130 años después de la llegada de Colón al Nuevo Mundo³⁹. Por lo mismo, se halla ante una realidad político-religiosa bien distinta. La fe cristiana de los naturales daba cada vez mayores muestras de arraigo⁴⁰. Además, la presencia española era más extendida, con la consiguiente dependencia económica de la Corona respecto de las Indias, una dependencia que, como explica Solórzano, también mantenían los mismos indios con respecto a la Corona. Estos factores tuvieron una doble consecuencia. Por una parte, causaron que la pregunta por la justicia de la adquisición de las Indias comenzara a distanciarse de la cuestión de su justa retención. Más aún, respecto de esta última cuestión, llevaron a que el jurista operara un giro con respecto a sus predecesores: la averiguación sobre la retención de las Indias trascendía ya el ámbito de la sola conservación de la fe, y debía vincularse más sustantivamente con la mantención del orden político imperial en su totalidad.

No es de extrañar, pues, que de los tres libros que componen su tratado, Solórzano dedique un libro completo solo a la discusión de los títulos que justificarían la retención de los reinos adquiridos (a diferencia del caso de Vitoria que, como vimos, no pasaba de una acotación marginal, sin perjuicio de su importancia práctica). Y entre todos los títulos invocados para justificar la retención de las Indias, el último de ellos, considerado por él como “el más eficaz”, se funda en la imposibilidad práctica de restituir⁴¹. En efecto, se trata de un título que “proviene de la dificultad, por no decir imposibilidad de la restitución,

³⁸ Sobre la difícil composición de esta obra, a lo largo de diez años: GARCÍA HERNÁN (2007) pp. 157-160.

³⁹ Existe una cuidada edición bilingüe de la obra: SOLÓRZANO PEREIRA, *DII; De Indiarum iure. Liber 2 [1]*; SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure. Liber 2 [2]*; SOLÓRZANO PEREIRA, *De Indiarum iure. Liber III*.

⁴⁰ Cf. DE LA HERA (1996) p. 91.

⁴¹ Los otros títulos que, según SOLÓRZANO, justificarían la retención de las Indias testimonian claramente su oficio y talante jurídicos. Así, asegura de entrada que el carácter tan extendido de la discusión sobre los justos títulos para adquirir las tierras conquistadas constituye ya un indicio de que es lícito retener dichas tierras (*DII III*, 1: 1-2), pues la primera cuestión es más difícil de justificar que la segunda. Esto, explica SOLÓRZANO, sucede por muchas razones entre ellas, que “en la duda y casos análogos se prefiere a quien tiene la condición de poseedor” (*DII III*, 1: 12) y porque, de acuerdo con BALDO, “la posesión subsiguiente es interpretativa de los títulos” (*DII III*, 1: 24; *PI I*, XI, 20). Asimismo, como criterio general, establece que, dado que los monarcas españoles consultaron tantos pareceres a propósito de la conquista y recibieron la aprobación de un número tan elevado de hombres instruidos y prudentes, no tiene sentido seguir disputando sobre los justos títulos de adquisición (cf. *PI*, I, IX 2; *DII*, III, 2, 1), porque aun en el supuesto de que no existieran, su buena fe mantenida de manera constante, sumada al paso del tiempo, indica que ya ha operado la prescripción (*DII III*, 2: 40-44; *PI I*, XI, 15 y 19). En la misma línea, en su *Política Indiana* explica que “esto procede mucho más llanamente cuando se trata no ya de adquirir, sino de retener lo adquirido, en que siempre todas las leyes admiten mayor latitud, y en causas que aun en sí pueden recibir dudas, y variedad de opiniones requieren que se siga la que favorece a la posesión” (*PI I*, I, 20).

habiendo sido convertidos ya los indios a la fe, y encontrándose entramados entre sí por nexos mutuos los asuntos de los españoles y de los indios⁴².

Solórzano introduce este título asegurando que su validez se sostiene incluso si todos los anteriores fallasen. De ahí que este argumento ocupe un lugar eminente en su razonamiento y sea, de hecho, el más extenso. Así, al igual que Vitoria, el jurista asegura que su argumento tiene valor incluso si la adquisición de las Indias hubiese sido ilegítima y que, por tanto, por derecho natural debiesen ser restituidas. El jurista comienza haciendo referencia a la situación política que existía entonces entre España y las Indias: “Se puede considerar que, aunque todos los títulos anteriores fallasen, hoy en día, como dijimos antes, con el correr del tiempo, la religión y la república de indios y españoles habría comenzado a ser una, y a constituirse bajo la tuición y gobierno de nuestro mismo Rey español. Y la condición, fuerzas y nervios de uno y otro reino se encontrarían tan entrelazados e imbricados, que no se podría separar uno del otro sin un gran y evidente peligro y perjuicio de ambos⁴³⁻⁴⁴.”

Aquí Solórzano presenta en un solo lugar dos supuestos que determinan, respectivamente, dos argumentos distintos. La unión o dependencia mutua entre españoles e indios se da, como observa el jurista, en dos niveles: la religión y la república. Más aún, la intensidad de esta relación de mutua dependencia sería tal que intentar una separación entre ambos resultaría en un peligro y perjuicio, de los indios no menos que de los españoles, “grande y evidente⁴⁵.”

Ahora, los bienes que componen esta unidad doble (viz. la religión y la sociedad civil) son de tal modo dispares, que Solórzano los trata expresamente aparte. Y así, con respecto al problema de la religión, el argumento de Solórzano es prácticamente idéntico al de Vitoria: “En confirmación de esta opinión [...] se puede tener en cuenta, en primer lugar, la índole de los indios mismos, su ligereza e impericia, que no permite en modo alguno que

⁴² DII III, 5: *qui ex difficultate aut verius impossibilitate restitutionis descendit, indis iam ad fidem conversis et eorum et hispanorum rebus mutuis inter se nexibus complicatis.*

⁴³ DII III 5, 25-27: *Considerari potest quod, quamvis praedicta omnia deficerent, cum tamen hodie, ut supra tetigimus, tempore lapsu hispanorum et indorum religio et respublica una esse coeperit et sub eiusdem hispani nostri regis tuitione et gubernatione constitui atque utriusque regni status, vires et nervi ita commixti et complicati sint, ut alterum ab altero sine magno et evidente amborum periculo et dispendio separari non possit.*

⁴⁴ La misma idea se expondrá, años más tardes, en *Política Indiana* (I, XI, 23), donde se señala que incluso LAS CASAS es de este parecer.

⁴⁵ Es notable cuan de cerca sigue SOLÓRZANO a VITORIA incluso en la forma de presentar su argumento. Al igual que el dominico, SOLÓRZANO asegura que su argumento mantiene vigor, “aunque todos los títulos anteriores fallasen”, es decir, aunque la adquisición de las Indias no hubiese estado amparada por título justo alguno (lo cual, entrañaría la obligación natural de restituir). Y más adelante, SOLÓRZANO también recuerda que, de ser verdadero su argumento, la cuestión abandonaría el terreno de la mera *justificación*, para entrar de lleno en el de la obligación. En efecto, el jurista afirma que los reyes están obligados a conservar las Indias, “y lo que es más grave: no podrían dejarlas ni abandonarlas sin cometer pecado grave” (DII III, 5, 1-2). Esta coincidencia no solo pondría en evidencia el dato anecdótico de que SOLÓRZANO haya leído los escritos de VITORIA (lo cual es bastante obvio). Mucho más significativo todavía es que, por la naturaleza de los juicios en que coinciden, esto muestra que ambos están aplicando en todo su sentido y alcance la doctrina aristotélica y tomista del cambio de lo justo natural: la obligación natural ha cambiado, de modo que resulta *irracional*, por el momento, restituir las tierras (incluso las adquiridas injustamente).

se les deje a su propia potestad y gobierno, sobre todo después de haber dado su nombre a la religión cristiana⁴⁶.

De hecho, hace suya la opinión de otros autores que estiman que “ante el hecho de la barbarie y ceguera de estos indios, podría ocurrir fácilmente que, desaparecidos el dominio y gobierno españoles, volvieran al pecado de apostasía y a sus originarias costumbres idolátricas, si se les dejase en poder de sus antiguos señores y reyezuelos (*regulis*)⁴⁷.”

El razonamiento de Solórzano refleja nítidamente la visión vitoriana en torno a la obligación de restituir. Por derecho natural, deberían restituirse las tierras adquiridas injustamente. Pero la Corona está impedida de hacerlo en este caso particular, por un defecto en la condición natural (viz. la “índole misma de los indios”, esto es, su “barbarie y ceguera”). Así, de la observancia de la obligación de restituir se seguiría un daño mayor que de retenerlos y, por tanto, sería irracional, pues si se los abandona a su gobierno, “podría ocurrir fácilmente” que apostaten de la fe y retornen a la idolatría. De hecho, el mismo Solórzano explicita la ponderación de la entidad de los bienes en juego, dando aplicación al principio del mal menor: “Los bienes de orden inferior no se deben restituir con perjuicio y detrimento notable de los bienes (incluso temporales) de orden superior, [...]. De donde, mucho más se prueba esto mismo allí donde amenazan el perjuicio y el peligro de los bienes espirituales, esto es, de la religión, cuya consideración debe ser suma⁴⁸.”

Al igual que en el caso de Vitoria, la consideración del bien de la religión se inserta y encuentra su relevancia al interior de un argumento mayor de naturaleza filosófica. Aquí la premisa determinante dice relación con el perjuicio de bienes superiores frente a la obtención de otros inferiores. Puesto que el bien de la religión es un bien espiritual (o sobrenatural) y, por tanto, superior a todo otro bien temporal (o natural), la cuestión de la justa restitución de los reinos (bien temporal) cede ante la amenaza de la fe (bien espiritual). En suma, la situación actual es tal que no puede observarse lo que es justo ‘en la mayoría de los casos’ (*ut in pluribus*); en otras palabras: lo justo natural ha cambiado⁴⁹.

⁴⁶ DII III, 5, 4-6: *Pro cuius sententiae confirmatione [...] primum ipsorum indorum natura, facilitas et imperitia considerari potest, quae nullo modo permittit, ut suae potestati et gubernationi reliquantur, maxime postquam christianae religioni nomen dederunt.*

⁴⁷ DII III, 5, 7-8: *Supposita eorundem indorum barbarie et coecitate, facile contingere posset, ut amoto hispanorum imperio et gubernatione, si sub antiquis dominis et regulis relinquerentur, in apostasiae crimen et pristinae idolatriae consuetudinem recidivarent.*

⁴⁸ DII III, 5, 36-37: *Nam bona inferioris ordinis restituenda non sunt cum iactura et detrimento notabili bonorum etiam temporalium superioris ordinis, [...]. Unde multo magis idem probandum est, ubi imminet iactura et periculum bonorum spiritualium, religionis scilicet, cuius consideratio summa esse debet.*

⁴⁹ Más adelante, en su *Política Indiana* insiste en que proceder de otra manera significaría “faltar a lo prometido a la Iglesia, al amparo de los indios ya convertidos que sin su cuidado apostatarían y volverían a su idolatría y perversas costumbres, y resultarían otros muchos y muy graves inconvenientes [...]” (PI I, I, 22). El pasaje es interesante pues, como veíamos más arriba, del abandono de los indios no solo podría seguirse un perjuicio para la fe, sino también “otros muchos y muy graves inconvenientes”, a saber, daños de orden temporal, tanto para indios como para españoles.

A propósito de este argumento, podría plantearse una objeción al modo en que la hemos contextualizado aquí. En efecto, hemos mencionado que, para el tiempo en que SOLÓRZANO escribe, puede constatarse una evolución sustancial en lo que al arraigo de la fe de los indios se refiere. ¿Cómo es, pues, que SOLÓRZANO sigue invocando la fragilidad de la fe de los nativos para justificar la permanencia de los españoles en América? Probablemente la respuesta a esta cuestión es doble. Por una parte, hay que distinguir entre un arraigo extensivo y uno insensitivo.

La superioridad del bien de la religión sobre bienes de naturaleza temporal es simplemente evidente para Solórzano y los autores de la época. Pero en el pasaje que comentamos, y antes de entrar al problema de la religión, Solórzano afirma que “los bienes de orden inferior no se deben restituir con perjuicio y detrimento notable de los bienes (*incluso temporales*) de orden superior”. A diferencia de Vitoria, Juan de Solórzano admite expresamente la posibilidad de que una ponderación entre bienes de un mismo orden (v.gr. temporales), lo que, dicho en terminología aristotélica, puede determinar un cambio en lo justo natural⁵⁰.

Es por esta razón que Solórzano también se hace cargo del problema, ahora estrictamente político, de ponderar los bienes públicos que estarían en juego en una posible restitución de la Indias. En este punto, el jurista toma distancia de Vitoria, y es lógico que lo haga. Hemos visto ya que, para el teólogo de Salamanca, los posibles daños políticos y económicos que traería consigo el abandono de las Indias, o bien no existirían, o bien, de existir, no serían de entidad suficiente como para suspender la obligación de restituir⁵¹. En las circunstancias actuales, en cambio, Solórzano estima que el perjuicio que se seguiría para ambos, indios y españoles, si se restituyen las Indias, sería grave y justificaría una prudente dilación en la restitución. Así lo expone, invocando una serie de autoridades a fin de evidenciar el consenso generalizado que existía en este punto entre los pensadores de la época. Una de ellas es fray Juan Márquez⁵², quien “resuelve que la restitución de las cosas ajenas no debe hacerse cuando de ella se seguirían gravísimos daños públicos; y, por lo tanto, no se ha de condenar fácilmente a los reyes que tienen cosas ajenas, incluso conscientes de que no son suyas, si solo conocieran que, probablemente, su restitución traería consigo gravísimos perjuicios a sus reinos”⁵³.

Claramente, aquí ya no se habla de bienes absolutamente diversos o pertenecientes a órdenes esencialmente dispares. A pesar de sus diferencias, lo que está en juego es, por una parte, unos gravísimos daños públicos y, por otra, la restitución de la soberanía a los indios. En ambos casos, pues, se trata de bienes públicos o civiles. Por lo demás, y al menos según la versión de Solórzano que apuntábamos más arriba, este daño afectaría no solo a los españoles, sino también a los indios. Nuevamente aquí se está ante un caso semejante al ya

Puede ser que, para los tiempos en que escribe SOLÓRZANO, la fe haya cundido extensivamente en las Indias, es decir, alcanzado a una mayoría sustantiva de los indios. Con todo, puede perfectamente ser el caso de que, para entonces, la instrucción todavía mantuviese rasgos primitivos, y mezclados con motivos religiosos paganos. Pero, además, a diferencia de un teólogo como VITORIA, SOLÓRZANO es un abogado comisionado por la monarquía española, para defenderla de las acusaciones que le hacían sus adversarios protestantes (GROCIO, por ejemplo, cf. *PI* I, IX, 2), que desacreditaban a su patria y pretendían impugnar los títulos que justificaban su permanencia en América GARCÍA HERNÁN (2007) p. 157; 164. Por lo mismo, SOLÓRZANO no dejó de lado ningún argumento que pudiese apoyar su causa, dándoles el mayor alcance posible y minimizando toda restricción de ellos.

⁵⁰ *DII* III, 5, 36-37.

⁵¹ *RDI* I, 3, 17.

⁵² Probablemente incorporada por SOLÓRZANO a su regreso a España el año 1627 para los últimos retoques al manuscrito: PEREÑA (1994) p. 25 en relación con la expresión *novissime* que emplea en *DII* III, 5, 25-27.

⁵³ *DII* III, 5, 25-27: *resolvit restitutionem alienarum rerum non esse faciendam, quando per eam consequerentur maxima damna publica, ob idque non esse facile damnandos reges qui tenent aliqua aliena, etiamsi scirent non esse sua, modo probabiliter scirent eorum restitutionem consecutura gravissima suorum regnorum incommoda.*

clásico del depósito, que tiene un especial interés porque vale incluso en el supuesto de que el tenedor de la cosa la tenga en su poder de manera injusta⁵⁴.

A diferencia del problema del daño a la fe, la solución de esta cuestión política no parece ser de necesidad tan rigurosa, sino que precisa la mediación de un juicio prudencial. Parte de esta inseguridad parece reflejarse en el modo en que se expresa el mismo fray Juan Márquez, quien afirma que “no se ha de condenar fácilmente a los reyes...”. El rey debe ponderar el bien de su pueblo, el de los indios, y la gravedad de los daños. El supuesto entonces, tal como lo describen Solórzano y fray Márquez, es que los daños serían gravísimos, y lo serían para ambos reinos. Lo justo natural, pues, ha cambiado también en esta situación pues, como diría santo Tomás, observar la obligación de restituir sería más dañoso (*damnosum*) y, por tanto, irracional.

IV. UNA CRÍTICA AL ARGUMENTO DE SOLÓRZANO

No faltan los autores que han planteado que las ideas de Solórzano acerca de la posible retención de las Indias por parte de los españoles incluso en la hipótesis de que su ocupación hubiese sido ilegítima significan, en la práctica, una negación de la doctrina clásica de la guerra justa. Dicho con otras palabras, sus ideas no serían más que una consagración del derecho del más fuerte⁵⁵. En efecto, según esta crítica, las tesis solorzianas llevan a concluir que la sola existencia de un Estado permitiría purgar, pasado el tiempo, cualquier vicio referido a la legitimidad de su origen. Puesto que para el jurista indiano la costumbre es el criterio que permite interpretar la ley, la práctica del vencedor sería, en definitiva, su criterio de legitimación⁵⁶. De este modo, las causales de la guerra justa solo tendrían valor en la medida en que no hubieran prescrito. Esta sería una idea que nunca plantearon ni Tomás de Aquino ni Vitoria y que significaría subordinar los criterios de justicia a los del bienestar, al cálculo de costos y beneficios, de manera que la interpretación de la ley y lo justo quedaría a merced de lo que señale la situación dada⁵⁷. La actitud comprensiva de Solórzano ante los abusos de la Conquista se justificaría por los bienes religiosos que ella ha traído consigo, de modo que el suyo sería un “maquiavelismo teológico”, un peculiar iusnaturalismo que en la práctica implica negar los criterios de la guerra justa⁵⁸. Así, mientras que en la teoría clásica de la ley natural la ley injusta no es ley en sentido propio⁵⁹, “Solórzano propone justificar la retención de América a partir de criterios y de principios que apuntan al reconocimiento de lo social dado como fundamento de la ley y de la justicia. El dominio español se concebirá como algo que de por sí constituye una realidad apta para determinar

⁵⁴ Así lo señalará SOLÓRZANO, más adelante, en su *Política Indiana*: “aun en los reinos injustamente ocupados cesa la obligación de restituirlos cuando ya están mezclados con otros que legítimamente poseen, sin cuyo notable daño, quiebra y jactura, y la de su estado no se podrían restituir aquellos” (*PII*, XI, 23).

⁵⁵ CASTAÑEDA (2006) pp. 110-111.

⁵⁶ CASTAÑEDA (2006) pp. 114-115.

⁵⁷ Cf. CASTAÑEDA (2006) pp. 120-121.

⁵⁸ CASTAÑEDA (2006) pp. 122-123.

⁵⁹ Sobre el alcance de esta afirmación en la tradición filosófica: MASSINI CORREAS y GARCÍA-HUIDOBRO (2006).

qué deba ser lo justo, no tanto por que lo encarne, sino porque lo decide de por sí [...]. Una guerra resultará justa si es exitosa”⁶⁰.

Ciertamente, cuando se atiende a algunas de sus afirmaciones, cabe pensar que Solórzano parece adherir a cierto probabilismo (*PI*, I, XI, 16) y, a primera vista, su interpretación de la relación entre la moralidad de fines y medios podría entenderse de modo proporcionalista (cf. *PI* I, XII, 24-25; *DII* III, 6, 92-105). Se trata de una cuestión que merece un estudio más detallado, pero, con los antecedentes que tenemos a la vista, no parece que sea posible concluir de modo inmediato que aquí estamos en presencia de una negación o alteración sustancial de la doctrina de la guerra justa.

En primer lugar, el problema que ocupa a Solórzano en este argumento no apunta a la adquisición de las nuevas tierras, que es donde tiene su lugar propio la doctrina de la guerra justa, sino el de su retención a más de un siglo de los hechos anteriores, que no es exactamente el mismo que el primero, aunque tiene vínculos con él. Al ocuparse del tema, no lo hace en el nivel de los principios, sino en el propio de su aplicación. Para decirlo en terminología tomista, su problema no tiene que ver con la ley, con los criterios generales de justicia, sino con el derecho, con “la misma cosa justa”⁶¹. No olvidemos que, hablando propiamente, “la ley no es el derecho mismo, sino cierta razón del derecho”, que se relaciona con él como la idea que tiene el artista inspira la obra que realiza⁶². El derecho, entonces, es una obra que ha de determinarse en el aquí y el ahora de una situación concreta. Precisamente en este terreno se da el problema de la mutación de lo justo natural, que puede llevar a que una obligación positiva establecida por la ley moral natural pueda no ser exigible por un cambio de circunstancias. Situaciones como esta se producen *in paucioribus*⁶³, y no implican una negación del principio general. Naturalmente cabe discutir si efectivamente los hechos son tales que, de producirse la restitución a que la Corona estaría obligada en principio en caso de que la conquista hubiese sido injusta, se daría lugar a los graves daños aludidos por Solórzano; pero no cabe afirmar que la solución propuesta por el jurista signifique, de por sí, una validación de cualquier orden de cosas establecido. De hecho, uno de los argumentos que emplea Solórzano para justificar la conquista tiene que ver precisamente con ciertas injusticias vigentes en las nuevas tierras que hacían que los señoríos allí vigentes fuesen ilegítimos⁶⁴.

Por otra parte, la invocación de Solórzano a la prescripción no es un simple argumento *ad hoc*, sino que tiene raíces romanas, en el campo del derecho privado. La novedad aquí estaría, según señala Ziegler, en que aplica esta institución al derecho internacional (*ius gentium*). En todo caso, este es un punto metodológico que tienen en común con el propio Hugo Grocio, su adversario en estas contiendas doctrinales, quien “como es sabido,

⁶⁰ CASTAÑEDA (2006) p. 125.

⁶¹ *ST* II-II, 57, 1, *ad* 1.

⁶² “*Lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*” (*ST* II-II, 57, 1 *ad* 2).

⁶³ *ST* I-II, q. 94, a. 5, c.

⁶⁴ Cf. *PI* I, IX, 35-36.

también interpretó numerosos principios jurídicos romanos como una reformulación concreta del derecho natural y el derecho internacional⁶⁵⁻⁶⁶.

Finalmente, hay que tener en cuenta que Solórzano, lo mismo que antes de él Vitoria y Falcón, no se apoyan solo en la prescripción, sino que el argumento del que hemos dado cuenta en este texto supone el cumplimiento de ciertas condiciones de hecho que no necesariamente se dan en todos los casos, de manera que no puede decir que el autor de la *Política Indiana* haya mantenido una interpretación tal de la guerra justa que, en la práctica, haya significado su radical negación.

V. CONCLUSIONES

La cuestión de la retención de las Indias es distinta de la cuestión de la adquisición. Por circunstancias históricas, en Vitoria aparecen indistintamente tratadas, casi como equivalentes; con el tiempo, sin embargo, los problemas comienzan a distinguirse. En su *Relectio de Indis*, dictada en 1539, Francisco de Vitoria reduce el asunto de la conservación de las Indias a una mera cuestión de resguardo de la fe. En cuanto a los posibles perjuicios que se seguirían para la Corona, siempre político-económicos, estos no serían de suficiente entidad como para excusar la retención del dominio (en el caso hipotético de que se haya adquirido injustamente). El licenciado Falcón trata la cuestión en la misma línea que el maestro salmantino. En cambio, en Solórzano aparecen razones políticas y económicas que harían posible la retención aún en el hipotético caso en que la conquista hubiese sido injusta. Esto significa que, a lo largo de la discusión, este argumento evoluciona y adquiere un cariz más secular. En un comienzo, a pesar de tratarse formal y propiamente tal de un problema y de una argumentación filosófica (el cambio sobre lo justo natural), era, no obstante, materialmente un problema religioso (la débil fe de los indios). Posteriormente, sin que este problema religioso escapase de la atención de Solórzano, se adiciona una nueva clase de argumentación, compartida por otros autores de la época, y según la cual el problema puede exponerse pura y llanamente en términos filosóficos, pues el problema de la mutua imbricación de las sociedades no tiene un carácter teológico.

La argumentación que ofrecen los autores para justificar la retención de las Indias con independencia de su justa/injusta adquisición, no constituye un simple razonamiento creado para la ocasión, sino que descansa sobre la doctrina aristotélica del carácter variable del derecho natural, que fue ampliamente recogida por sus intérpretes medievales y, por esa vía, llegó a Salamanca.

Como hemos apuntado antes, parte de la diferencia entre Vitoria y Solórzano proviene del diverso contexto histórico en que escribe uno y otro. Vitoria escribía más de 90 años antes y ante una situación política muy diversa. La conquista aún no se consolidaba, ni social ni económicamente. Incluso si los reyes hubiesen estado obligados a la restitución, esta no provocaría un daño significativo para los españoles desde un punto de vista político-económico (más allá del que pudiera provenirles de la justa restitución de lo ajeno,

⁶⁵ ZIEGLER (1997) p. 592.

⁶⁶ Para el amplio empleo que hace SOLÓRZANO de las fuentes romanas: CUENA BOY (2010) pp. 103-124.

la cual, por ser justa, no equivale a daño en sentido propio). Además, en los años en que la *Relectio* salía a la luz, la mayoría de los indios seguía reconociendo como legítimos a sus antiguos reyes, despojados ahora de sus reinos por los españoles, y con la restitución se verían liberados del yugo extranjero. No podría decirse que las ideas de Vitoria se deban simplemente a una falta de conocimiento presencial. En efecto, el propio obispo de Chiapa, Bartolomé de las Casas, escribiendo pocos años después y con una experiencia de más de cincuenta años en las Indias, también sostiene que los reinos deben ser restituidos, en el sentido de que vuelvan a sus legítimos señoríos. Más aún, le recomienda en numerosas ocasiones al Rey que no haga caso de quienes afirman que los daños serían gravísimos, pues sería contrario a la verdad⁶⁷.

En cambio, la situación política del imperio es tal para los tiempos del *De Indiarum iure*, que la dependencia entre ambas culturas se ha vuelto sustancialmente significativa. Solórzano escribe contemplando esta situación presencialmente: ambas repúblicas son una, bajo la tuición del Rey de España. La gravedad de los daños públicos proviene del hecho de que el desenvolvimiento político de los indios es ya totalmente dependiente de la institucionalidad española. Esto mismo explicaría que el argumento sobre la religión sea, en el caso de Solórzano, mucho más breve que la extensa sección que le dedica a la cuestión político-económica involucrada. La argumentación de Solórzano, un humanista dotado de una amplísima cultura, que solo en el libro III cita más de quinientos autores, va mucho más que la propia de un escrito de ocasión. Él está muy lejos de ser “un toscano apologista de un sistema injusto (como conocemos en nuestro avanzado siglo XX), sino que es un jurista inteligente y un católico creyente”⁶⁸. Su tarea de jurista al servicio de la Corona no lo privó de la necesaria libertad de espíritu para criticar los abusos de los españoles en Indias, lo que le valió grandes amarguras, ya que fue forzado a retirar de su *Indiarum Iure* algunas afirmaciones que, aunque sus críticos admitían que eran verdaderas, podían considerarse lesivas para el prestigio de la nación⁶⁹. En suma, si él pensaba que las circunstancias habían cambiado de tal manera que se hacía imposible la restitución, era porque también los indios se verían perjudicados por una aplicación inconsiderada de la eventual obligación de restituir.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA, José de, *De promulgando evangelio apud barbaros sive De procuranda indorum salute, Libri sex*. Editio novissima. Lugduni: sumptibus Laurentii Anisson, 1670.

BACIERO, Carlos (1994): “Fundamentación filosófica de la defensa de la Corona ante Europa”. En *Juan de Solórzano Pereira, De Indiarum iure. Liber III: De retentione Indiarum*,

⁶⁷ Así lo señala, por ejemplo, respecto del señorío del Inca sobre el Cuzco, usurpado por los españoles: Respuestas a las 12 dudas de Bartolomé de la Vega, 2da conclusión a la duda 11 LAS CASAS, *Doce dudas*, 194. En todo caso, esto también reconoce los justos títulos del Rey de España para gobernar las Indias en orden al bien espiritual, según la bula papal LAS CASAS, *Obras completas. 10*, 197-217. Por tanto, por *restitución*, el dominico entiende que se reconozca al Inca como soberano legítimo de sus indios, mas no el abandono total de las Indias por parte de la Corona.

⁶⁸ ZIEGLER (1997) pp. 593-594.

⁶⁹ GARCÍA HERNÁN (2007) pp. 160-162.

- III:63-109. Corpus Hispanorum de pace, 2. ser., v. 1 (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas).
- BARRERO GARCÍA, Ana María (1989): “La literatura jurídica del Barroco europeo a través de la obra de Solórzano Pereira”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 15: pp. 65-85.
- BURLEY, Walter, *Burleus Super libros Ethicorum. Habes in hoc uolumine candidissime lector Gualtieri Burlei expositionem super decem libros Ethicorum Aristotelis: cum duplici textu: antiquo. videlicet. & eius qui est Argyropoli: que omnia nuper recognouit frater Ambrosius Patauus theologorum minimus ex ordine fratrum diui Augustini: ...* Venecia, 1521.
- CARLOS V. “Provisión que manda sobreseer todas las conquistas y descubrimientos que estaban cometidas y mandadas hacer en las provincias del Perú hasta el día de la notificación de la provisión [16 de abril de 1550]”, En *Cedulario indiano recopilado por Diego de Encinas, Libro V*, editado por Diego de Encinas, 255. Madrid: En la Imprenta Real, 1596.
- CASTAÑEDA, Felipe (2006): “El derecho de retención del Nuevo Mundo en Solórzano y Pereira como superación del *ius ad bellum* de la Conquista”, en *Juan de Solórzano y Pereira: Pensar la Colonia desde la Colonia*, editado por Diana Bonnett y Felipe Castañeda (Bogotá, Universidad de los Andes) pp. 109-126.
- CELANO, Anthony J (2016): *Aristotle's Ethics and Medieval Philosophy: Moral Goodness and Practical Wisdom* (Cambridge, Cambridge University Press).
- CUENA BOY, Francisco (2010): “El ejemplo de los romanos”, *Revista Chilena de Historia del Derecho* 22, N° 1: pp. 103-124.
- CUNNINGHAM, Stanley B. (2008): *Reclaiming Moral Agency: The Moral Philosophy of Albert the Great* (Washington D.C., CUA Press).
- DE LA HERA, Alberto (1996): “Vitoria y Solórzano ante el problema de los justos títulos”, en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, 4:69-100 (Madrid, Universidad Complutense).
- DOIG, James Conroy (2001): *Aquinas's Philosophical Commentary on the Ethics: A Historical Perspective*. New Synthese Historical Library; v. 50. Dordrecht (Boston, Kluwer Academic Publishers).
- FALCÓN, Francisco (2017): “Representación hecha por el licenciado Falcón en Concilio provincial, sobre los daños y molestias que se hacen a los indios”, En *Informaciones acerca de la religión y gobierno de los Incas*, editado por Horacio H. Urteaga y Carlos Alberto Romero, 134-76. Colección de libros y documentos referentes a la historia del Perú, t. 11. Lima.
- FUCHS, Marko J. (2007): *Gerechtigkeit als allgemeine Tugend: die Rezeption der aristotelischen Gerechtigkeitstheorie im Mittelalter und das Problem des ethischen Universalismus* (Berlin, De Gruyter).
- GARCÍA HERNÁN, Enrique (2007): *Consejero de ambos mundos: vida y obra de Juan de Solórzano Pereira (1575-1655)*. (Madrid, Fundación MAPFRE, Instituto de Cultura).
- GAUTHIER, René Antoine, y JEAN YVES Jolif (1970): *Aristote: L'éthique à Nicomaque*. 2e éd., avec Une introduction nouvelle. Université Catholique de Louvain (1835-1969). Institut supérieur de philosophie. Aristote; traductions et études (Louvain, Paris: Publications universitaires; Béatrice-Nauwelaerts).
- HANKE, Lewis (1949): *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press).

- HOFFMANN, Tobias, Jörn Müller, y Matthias Perkams (2013): *Aquinas and the Nicomachean Ethics* (Cambridge, Cambridge University Press).
- JANSEN, Nils (2012): “Von der Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastik zu einem europäischen Recht nichtvertraglicher Schuldverhältnisse?”, *Rabels Zeitschrift fuer ausländisches und internationales Privatrecht*, 76, N° 4: pp. 921-946.
- LAS CASAS, Bartolomé de. *Obras completas. 10: Tratados de 1552*. Editado por Ramón Hernández y Lorenzo Galmés Más (Madrid, Alianza Editorial, 1992).
- LAS CASAS, Bartolomé de. *Obras completas. 11,2: Doce dudas*. Editado por Juan Bautista Lassègue (Madrid, Alianza Editorial, 1992).
- LOHMANN VILLENA, Guillermo (1970): “El licenciado Francisco Falcón (1521-1587). Vida, escritos y actuación en el Perú de un procurador de los indios”, *Anuario de Estudios Americanos*, 27: pp. 131-194.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, y Joaquín García-Huidobro (2012): “Valoración e inclusión en el Derecho. La máxima ‘Lex injusta non est lex’ y la iusfilosofía contemporánea”, En *Razón jurídica y razón moral: estudio sobre la valoración ética en el derecho*, editado por Juan Cianciardo, Juan B Etcheverry, Joaquín García-Huidobro, Carlos I Massini Correas, y Pilar Zambrano, 117-145 (México, Porrúa-Universidad Austral).
- MATIENZO, Juan de, *Gobierno del Perú: 1567*. Editado por Guillermo Lohmann Villena. Travaux de l’Institut Français d’Études Andines 11. Lima: Institut Français d’Études Andines, 1967.
- MCCORMICK, Richard A (1978): “Ambiguity in Moral Choice”, en *Doing Evil to Achieve Good. Moral Choice in Conflict Situations*, editado por Richard McCormick y Paul Ramsey: pp. 7-53. 1973 (Chicago, Loyola University Press).
- MIRANDA, Alejandro (2017): “Consequentialism, the Action/Omission Distinction, and the Principle of Double Effect: Three Rival Criteria to Solve Vital Conflicts in Cases of Necessity”, *The American Journal of Jurisprudence*, 62, N° 2: 209-229.
- ODON LOTTIN (1942): *Psychologie et morale aux XIIe et XIIIe siècles* (Louvain, Abbaye du Mont César).
- ODONIS, Geraldus. *Expositio in Aristotelis ethicam*. Italian books before 1601; roll 243, item 4. Venezia: Venezia, Simon de Lovere, for A. Torresanus, 1500.
- ORESME, Nicole. *Le livre de Ethiques d’Aristote*. Editado por Albert D. Menut. Nueva York: G.E. Stecuert & Co. Publishers, 1910.
- PEREÑA, Luciano (1994): “Defensor oficial de la Corona”, En *Juan de Solórzano Pereira, De Indiarum iure. Liber III: De retentione Indiarum*, 19-61. Corpus Hispanorum de pace, 2. ser., v. 1 (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas).
- PÉREZ AMADOR ADAM, Alberto (2011): *De legitimatione imperii Indiae Occidentalis: la vindicación de la Empresa Americana en el discurso jurídico y teológico de las letras de los Siglos del Oro en España y los virreinos americanos*. Parecos y australes, N° 5 (Madrid-Frankfurt am Main, Iberoamericana; Vervuert).
- POBLETE, José A (2020): “The Medieval Reception of Aristotle’s Passage on Natural Justice: The Role of Grosseteste’s Latin Translation of *Ethica Nicomachea*”, *American Catholic Philosophical Quarterly*, 94: pp. 211-238.

- POBLETE, José A (2018): “Translation or Alteration? Grosseteste’s Latin Version of Aristotle’s Account of Natural Justice”, *Journal of the History of Philosophy*, 56, N° 4: pp. 601-627.
- SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *De Indiarum iure. Liber 2 [1]: De acquisitione Indiarum. Cap. 1-15*. Editado por Carlos Baciero. Vol. II.1. 3 vols. Corpus Hispanorum de pace, Ser. 2, Vol. 5 (Madrid, Consejo Superior de Investigación Científicas, 1999).
- SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *De Indiarum iure. Liber 2 [2]: De acquisitione Indiarum. Cap. 16-25*. Editado por Carlos Baciero. Vol. II.2. 3 vols. Corpus Hispanorum de pace, Ser. 2, Vol. 7 (Madrid, Consejo Superior de Investigación Científicas, 2000).
- SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *De indiarum iure. Liber I: De inquisitione Indiarum*. Editado por Carlos Baciero. Vol. I. 3 vols. Corpus hispanorum de pace. Segunda serie 8 (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2001).
- SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de.. *De Indiarum iure. Liber III: De retentione Indiarum*. Editado por Carlos Baciero. Vol. III. 3 vols. Corpus Hispanorum de pace, 2. ser., v. 1 (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1994).
- TOMÁS DE AQUINO. *Summa theologiae*. 3a ed. Torino: San Paolo, 1999.
- VARGAS UGARTE, Rubén (1951): *Concilios limenses (1551-1772)*. Vol. I. 3 vols. (Lima, Tipografía Peruana).
- VITORIA, Francisco de. *Relectio de Indis o libertad de los indios*. Editado por Luciano Pereña Vicente y José M. Pérez Prendes (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967).
- ZIEGLER, Karl-Heinz (1997): “Die rechtlichen Grundlagen der spanischen Herrschaft in Amerika nach Juan de Solórzano y Pereira”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte; Kanonistische Abteilung*, 114: pp. 589-595.

LA DEFORMACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE LA EMPRESA PÚBLICA Y SU IMPOSIBLE FUNDAMENTACIÓN EN EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

THE SEPARATION BETWEEN THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY AND THE SCOPE OF ACTION OF STATE-OWNED ENTERPRISES

PABLO SOTO DELGADO*

RESUMEN: El artículo plantea que el principio de especialidad de la empresa pública, defendido por parte de la doctrina iuspublicista chilena, es una argumentación defectuosa que, por una parte, deforma la construcción dogmática francesa sobre la cual se funda, y, por otro lado, no puede justificarse en el principio constitucional de subsidiariedad. Adicionalmente, el trabajo propone que la única forma de restringir el objeto de la empresa estatal es a través de una ley de quorum calificado.

Palabras clave: Empresas públicas, giro de la empresa pública, principio de especialidad, principio de subsidiariedad, Estado empresario.

ABSTRACT: The article contends that the “principle of specialty of state-owned enterprises” (an equivalent of the *ultra vires* doctrine in corporate law), as advocated by the Chilean Public Law doctrine, is a faulty argument that, on the one hand, deforms the French dogmatic construction on which it is based, and, on the other hand, it cannot be justified on the constitutional principle of subsidiarity. The article also proposes that the only way to restrict the scope of action of the state-owned enterprises is through a qualified majority Act.

Keywords: State-owned enterprises, legal powers of State-owned enterprises, ultra vires actions, subsidiarity, State entrepreneurial activities.

INTRODUCCIÓN: HIPÓTESIS, METODOLOGÍA Y PROPUESTA

En Chile, durante los años ochenta y noventa del siglo pasado, una influyente doctrina veía en el Estado a “un verdadero monstruo de innumerables tentáculos, que todo lo invade, todo lo dirige, todo lo controla [, situación que] engendra anarquía, caos, destrucción”¹. Esta desconfianza con respecto a la administración del Estado, basada en un

* Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Profesor del Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Código Orcid 0000-0003-3406-4451. Dirección postal: Los Pinos s/n, Balneario Pelluco, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: pablo.soto@uach.cl. Esta investigación se encuentra financiada por la ANID, FONDECYT de iniciación en investigación N° 11201297. El autor agradece a Carolina Durán Nicomán, antigua ayudante de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, por su colaboración en una versión preliminar de las secciones III.1. y III.4.4.1. del texto, así como por su asistencia en parte de la recolección y revisión bibliográfica.

¹ SOTO (1996) p. 35.

normativismo que entiende el derecho público según la dicotomía que sitúa al Estado necesariamente en contra de los derechos individuales², se formuló en contraste con las prácticas del gobierno que encabezó el país entre los años 1970 y 1973³⁻⁴.

La misma desconfianza domina la interpretación constitucional acerca de la intervención del Estado en la actividad empresarial. Esta participación sería una anomalía que debe confinarse tanto como sea posible, lo que importa (i) un deber de diseñar empresas del Estado que –cualquiera sea su fisonomía jurídica– han de tener un giro restringido; (ii) esta limitación rige en el ejercicio de la actividad económica del Estado; y (iii) dicha restricción impacta en el control judicial o administrativo de la acción económica estatal. Esto es lo que parte de la doctrina denomina “principio de especialidad de las empresas públicas”⁵. Tal requisito provendría de una interpretación del artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución, y de otras cláusulas constitucionales que concretarían el principio de subsidiariedad.

Con respecto a esta postura, la presente investigación plantea la hipótesis de que la comprensión normativista del principio de especialidad de la empresa pública tiene dos defectos argumentativos. En primer lugar, dicho entendimiento deforma la construcción dogmática sobre la cual se funda, cuyo origen se halla en el derecho público francés. En segundo término, no hay fundamento en los antecedentes históricos del diseño del Estado empresario, ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que permita anclar el principio de especialidad de la empresa pública en el principio de subsidiariedad.

Para comprobar lo anterior, el texto funciona en dos niveles metodológicos. En el primero de ellos, se compara la versión francesa del principio de especialidad de los órganos estatales que llevan a cabo actividades económicas (I) con el principio de especialidad de las empresas públicas, según la visión promovida por los principales exponentes normativistas chilenos (II). En cuanto al segundo nivel, se utilizará el método de la dogmática jurídica para reconstruir, sistematizar e interpretar diversos materiales jurídicos, históricos y jurisprudenciales atinentes a la configuración del Estado empresario actual y, sobre su base, se valorará la solidez de la vinculación que la doctrina nacional ha efectuado entre el principio de especialidad de las empresas públicas y el principio de subsidiariedad (III).

Una vez acreditada la hipótesis, el trabajo propondrá que la única manera de establecer una restricción al giro empresarial del Estado, como la planteada por el principio normativista de la especialidad, es mediante una expresa definición legislativa a través de una ley de *quorum* calificado. Esta posición se basa en una antigua tesis sostenida por Cumplido y Precht durante los años ochenta del siglo pasado (IV).

Antes de empezar, se hace necesario efectuar dos aclaraciones. La primera de ellas es que aquí no se intenta controvertir la existencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado, sino, en cambio, se sostiene que, incluso aceptando su vigencia en el sistema constitucional chileno, de aquel principio no se desprende una restricción del

² LOUGHLIN (1992) p. 60.

³ Al respecto, SOTO y ARÓSTICA (1993) pp. 57 y ss.

⁴ La idea de subsidiariedad, defendida también por esta vertiente del administrativismo, tiene precisamente por finalidad limitar al peligroso Estado administrativo, como sostiene SOTO (1996) p. 139.

⁵ ARÓSTICA (1998a) pp. 1 y ss.

giro de la empresa pública. Por ello, el argumento que se propone pretende tener validez con prescindencia de la disputa constitucional sobre la subsidiariedad⁶. Como segunda aclaración, el artículo tampoco desconoce la práctica jurisdiccional con respecto a la restricción del giro del Estado empresario⁷.

I. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO FRANCÉS Y SU FLEXIBILIZACIÓN EN MATERIA ECONÓMICA

El principio de especialidad es una construcción jurisprudencial proveniente del derecho público francés⁸⁻⁹. A diferencia de lo que sucede en el derecho privado, en el cual rige la capacidad de las personas jurídicas¹⁰, en el ámbito estatal su esfera de dominio es, según la terminología de la teoría clásica, el de la **competencia** de los órganos del Estado¹¹.

En el derecho francés, el principio de especialidad apareció vinculado al “establecimiento público”¹²: una persona jurídica de derecho público sujeta también a un régimen de igual naturaleza, que detenta potestades exorbitantes¹³, y cuyo objeto es la gestión de un servicio público¹⁴. Este principio de especialidad se extiende a todos los órganos administrativos, y tiene como significado preciso que aquellos deben respetar el campo de acción que se les ha asignado¹⁵: los límites de la actividad administrativa se circunscriben al objetivo preciso que fundamentó la creación del órgano¹⁶. Como dijo Chevallier: “Este campo de acción se encuentra definido de manera más o menos amplia y en términos variados: a veces los establecimientos públicos son investidos con un cometido estrecho, ya sea porque el principio de la libertad de comercio y de industria reduce la importancia de la intervención pública en un sector dado, bien porque los poderes públicos han preferido atomizar las responsabilidades entre más organismos públicos; a veces deben ejercer una actividad extendida, aunque respetando un contenido territorial que les constriñe; a veces, en fin, tienen la posibilidad de satisfacer tareas muy variadas girando en torno a un mismo objeto. La especialización de los establecimientos públicos es, por tanto, más o menos fuerte, y su actividad concreta está contenida dentro de límites susceptibles de extenderse”¹⁷.

Como la jurisprudencia del *Conseil d'État* lo ha determinado a través del tiempo, los establecimientos públicos se encuentran sujetos al principio de especialidad, que es un

⁶ Sobre la vigencia constitucional del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado, GUERRERO (2020) pp. 348 y ss.

⁷ Algo sobre lo cual existen versiones contrapuestas. Véase: VALLEJO (2016) p. 257, N° 24.

⁸ BERTHÉLEMY (1900-1901) pp. 526 y ss.

⁹ PLANIOL y RIPERT (1932) p. 810.

¹⁰ ALESSANDRI y otros (2011) p. 599.

¹¹ Sobre la distinción entre capacidad y competencia, aunque crítico, KELSEN (1982) p. 160.

¹² BERTHÉLEMY (1900-1901) pp. 526 y 527.

¹³ CONSEIL D'ÉTAT (2009) pp. 10 y ss.

¹⁴ RIVERO y WALINE (1992) p. 408.

¹⁵ CHEVALLIER (1972-1973) p. 47.

¹⁶ RIVERO y WALINE (1992) p. 412.

¹⁷ CHEVALLIER (1972-1973) p. 47.

principio general del derecho mediante el cual se limita la acción del órgano al perímetro de sus cometidos¹⁸. Con todo, desde los años sesenta del siglo pasado, la jurisprudencia francesa ha sostenido una perspectiva **flexible** del principio, “en especial, en aquello que concierne a los establecimientos públicos que ejercen actividades económicas [...]. De acuerdo con esta concepción, el principio de especialidad prohíbe que un establecimiento lleve a cabo actividades ajenas a su cometido, salvo si esas actividades son complemento normal y resultan directamente útiles para mejorar las condiciones de ejercicio de aquellas [...]”¹⁹. La concepción flexible del principio de especialidad importa una autorización para llevar a cabo actividades anexas que extiendan la actividad de servicio público, lo cual vale, especialmente –se afirma–, para la empresa pública²⁰.

En lo concerniente a las empresas públicas y a los establecimientos públicos con carácter industrial y comercial, en el derecho francés se reconoce la existencia de una variación del principio de especialidad, debido a que la creación de aquellos supone un interés general determinado. Este principio de especialidad económica se caracteriza por un margen de flexibilidad, lo cual permite a esas entidades incluso reducir los costos para satisfacer sus objetivos²¹.

Conforme a lo expuesto, es posible sintetizar que la construcción francesa originaria del principio de especialidad posee al menos tres características: (i) fija el ámbito de actuación del respectivo órgano público; (ii) entiende que el objeto o finalidad del órgano puede ser más o menos restringido, según los valores que el legislador pondere, y (iii) en materia de actividad empresarial del Estado acepta mayor flexibilidad para llevarla a cabo, permitiéndose operaciones anexas que son normalmente complementarias al cometido principal, o bien, admite modificaciones en la estructura de costos de la entidad.

Como se verá en lo que sigue, la versión chilena sobre el principio de especialidad en la empresa pública se formula, en no poca medida, en sentido contrario a estos planteamientos.

II. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN LA EMPRESA ESTATAL COMO RESTRICCIÓN DE SU GIRO EN EL DERECHO CHILENO

1. LA INFLUENCIA FRANCESA

Como paso previo, se impone en esta parte fundamentar la pertinencia de comparar críticamente las versiones francesa y chilena del principio de especialidad en la empresa estatal. Si bien, los autores que se revisarán en esta sección no han sido explícitos en señalar la literatura sobre la cual basan sus opiniones, la concepción general –a saber, que las empresas públicas deben actuar dentro del ámbito de su competencia– es exactamente la misma que aquella propuesta de modo inicial por la dogmática administrativista francesa como *principe de spécialité des établissements publics*, lo que se revisó en el apartado precedente.

¹⁸ CONSEIL D'ÉTAT (2009) p. 10.

¹⁹ CONSEIL D'ÉTAT (2009) p. 10.

²⁰ BRACONNIER (2003) pp. 253-254.

²¹ DELION (2003) p. 214.

Este trasplante pudo obtenerse directamente de la lectura de autores franceses, o fue mediado por la traducción que hiciera la doctrina española. Esta reconocía, durante los años sesenta del siglo XX, el origen galo de la idea²². Desde el administrativismo sudamericano, el muy difundido Sayagüés Laso también pudo haber sido una referencia útil que efectuaba el mismo rastreo francés del principio²³.

Un aspecto importante es que el principio de especialidad de las empresas públicas es “una consecuencia de la especialidad de la competencia que se afirma para todos los centros (personificados o no) que integran la organización de los Estados modernos”²⁴ y, por lo mismo, es una manifestación del **principio de legalidad** impuesto a la actuación de los órganos de la administración del Estado, o incluso se corresponde con este, algo que ha explicitado Soto Kloss escribiendo sobre la empresa pública, haciendo sinónimas las expresiones “principio de juridicidad, legalidad o especialidad”²⁵. Esto es relevante para lo que se viene diciendo, puesto que, como lo afirmó Pantoja, la comprensión del principio de legalidad en Chile es de corte francés. En efecto, y refiriéndose específicamente a la actividad empresarial del Estado, ese autor ha sostenido que “[t]radicionalmente se ha entendido y exigido en Chile, como consecuencia del principio de legalidad administrativa al estilo francés que rige en el país desde los albores de la independencia, que todos los servicios públicos sean creados por ley y que corresponda a la ley, asimismo, determinar cuáles han de ser sus funciones y sus atribuciones”²⁶.

Lo anterior quiere decir que el principio de especialidad de la empresa pública es un dispositivo cuyo objetivo es determinar el ámbito de competencia de las entidades administrativas que ejercen actividades económicas, y que, en este sentido, es equivalente al planteamiento francés en el que se encuentra la raíz de tal idea, lo que se ve apoyado por la concepción –francesa también– del principio de legalidad, que opera como sinónimo, o bien, trae como consecuencia, la especialidad de la empresa estatal²⁷.

Con todo, y según se adelantó, la versión chilena del principio de especialidad de la empresa pública acaba deformando la concepción francesa expuesta anteriormente, según se explicará a continuación.

2. EL APARATO DOCTRINARIO

Aróstica es acaso el autor más influyente en torno a lo que en Chile se denomina “principio de especialidad de las empresas públicas”²⁸⁻²⁹. En un comentario al caso del “correo híbrido”, este profesor se encargó de analizar el tema. Se trataba allí de un recurso de

²² ARIÑO (1979) p. 102, refiriéndose a lo sostenido en España por Jordana de Pozas.

²³ SAYAGÜÉS (1963) p. 198.

²⁴ ARIÑO (1979) p. 102.

²⁵ SOTO (2000) p. 243.

²⁶ PANTOJA (1998) p. 189.

²⁷ La relación entre competencia y especialidad es algo que VALDIVIA (2018) p. 75 ha confirmado recientemente, indicando la relevancia práctica de la materia a propósito de las empresas públicas.

²⁸ ARÓSTICA (1998a) pp. 1 y ss.

²⁹ COVARRUBIAS (2004) p. 271. Una reciente reiteración de la idea normativista en MARDONES (2020) pp. 152-155, siguiendo la misma literatura que aquí se expone.

amparo económico interpuesto por la Asociación Gremial de Impresores de Chile contra Correos de Chile, debido a que esta empresa estaba ofreciendo un nuevo servicio –creado y reglamentado a través de una resolución, luego de un acuerdo de directorio– que consistía en la impresión de datos y mecanización o ensobramiento automático de correspondencia, actividad que, a juicio de los recurrentes, no estaría dentro del giro de la empresa estatal³⁰. Según Aróstica, en la sentencia de la Corte de Apelaciones, confirmada por la Corte Suprema³¹, se establecería por primera vez un test ordenado para determinar cuándo se ha infringido el principio de especialidad de las empresas públicas³². El fallo sostuvo que: “la implementación del llamado correo híbrido no puede considerarse, **por no ser de su específica finalidad**, comprendida en el ámbito de la competencia que la ley orgánica de la Empresa de Correos le ha asignado para realizar actividades comerciales o empresariales e infringe, por ende, la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental. En efecto, como quedó dicho, el procesamiento de datos entregados por particulares, la impresión de los mismos y su mecanización hasta obtener una carta física **no se contemplan en el objeto de la Empresa, cual es prestar servicios de envíos de correspondencia nacional e internacional** (artículo 2° inc. 1° del D.F.L. N° 10, de 1982) y si bien la norma permite que se realicen actividades similares se refiere indudablemente a otras prestaciones de servicio postal”³³.

En opinión de Aróstica, el artículo 19 numeral 21 de la Constitución tuvo por objetivo “clausurar las dimensiones teratológicas que, con anterioridad, habría alcanzado el ‘Estado empresario’”³⁴, para evitar que este redujera el espacio del desarrollo de actividades de libre iniciativa particular. De lo anterior deduce que “cada ley de quórum calificado que, **por excepción**, autoriza la asunción de funciones empresariales por el Estado, debe ser ‘especial’, en el sentido que ha de indicar qué actividad **concreta y específica** puede llevar a cabo la respectiva empresa pública o sociedad estatal”³⁵.

Lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 19 numeral 21 de la Constitución de 1980 sería una “doble garantía”³⁶ del derecho establecido en el inciso 1° del mismo artículo y numeral, la cual operaría en dos niveles: primeramente, en la autorización inicial para desarrollar actividades económicas o participar en ellas y, posteriormente, en el ejercicio de estas³⁷, es decir, se trata de una exigencia dirigida al legislador y a la empresa pública.

Desde la perspectiva de la acción de amparo económico, afirma el autor que la infracción a lo dispuesto por la cláusula del inciso 2° del artículo 19 numeral 21 de la Constitución se configura al no existir una ley de *quorum* calificado que habilite de manera previa y expresa al Estado para que este efectúe actividad mercantil, lo que sería una violación al principio de legalidad. Sin embargo, también se infringe el precepto si el Estado y sus orga-

³⁰ ASOCIACIÓN DE IMPRESORES DE CHILE CON EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1998a).

³¹ ASOCIACIÓN DE IMPRESORES DE CHILE CON EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1998b).

³² ARÓSTICA (1998a) p. 6.

³³ ASOCIACIÓN DE IMPRESORES DE CHILE CON EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1998a) c. 8°.

³⁴ ARÓSTICA (1998a) p. 4.

³⁵ ARÓSTICA (1998a) p. 5.

³⁶ ARÓSTICA (2001) p. 85.

³⁷ ARÓSTICA (2001) p. 85.

nismos “exceden la autorización específica y excepcional que hayan recibido, extendiéndose a la ejecución de actos o a la celebración de contratos que no dicen relación directa con esa habilitación y con los fines del respectivo organismo”³⁸, lo cual constituye una violación del **principio de especialidad**³⁹. En tal línea, fija el estándar de extensión de la actividad económica de las empresas públicas o de las sociedades del Estado, y sostiene que “si el legislador ha perfilado su individualidad y decantado detenidamente su objeto, autorizándolas para ejecutar ciertos y determinados actos de comercio –todo ello con una inequívoca finalidad delimitadora, la asunción de otras funciones únicamente puede considerarse legítima cuando son acordes y condicen, como complementarias, y estrictamente complementarias, así comprobadas y justificadas técnica y racionalmente, con dicha finalidad”⁴⁰.

Un segundo autor relevante sobre la materia es Soto Kloss, cuyos planteamientos tuvieron relevancia en el contexto de un caso en el cual la Asociación Nacional de Prensa A. G. interpuso una acción de amparo económico contra la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.⁴¹, debido a que la recurrida suscribió un contrato de arrendamiento con empresas extranjeras con el objeto de distribuir un diario llamado “Metro”, que se financiaría con avisos publicitarios⁴². Durante el procedimiento, el señalado profesor evacuó un informe en derecho en el que, sobre la base de las actas de la Comisión Ortúzar⁴³, se afirmaba que, de la conjunción entre la idea de primacía de la persona humana y la iniciativa privada en materia económica, se infiere la “extrema excepcionalidad”⁴⁴ de la actividad empresarial del Estado.

En lo que se refiere a la autorización de *quorum* calificado para que el Estado desarrolle actividades económicas, pesaría sobre el legislador una serie de deberes al momento de confeccionarla. Así, de acuerdo con las exigencias que formularía la Carta al **contenido de la ley** autorizatoria, esta ha de ser expresa (basándose en el artículo 7° de la Constitución)⁴⁵, “explícitamente formal, delimitando con precisión la actividad empresarial autorizada al Estado y **acotando la función, objeto o giro** que la entidad estatal que se indica desarrollará”⁴⁶. A este último respecto, el autor se encarga de explicar qué significa acotar la actividad empresarial: “poner cotos, poner límites, delimitar tal actividad. Poner límites, es decir, **impedir** que se extienda más allá de lo que la propia ley autorizaba al Estado intervenir (art. 1°), **impedir** su extensión a otras actividades, ya que de no hacerse así, este vendría a invadir ámbitos de acción que son propios de los particulares y que le corresponden en razón de su intrínseca primacía ontológica (arts. 1° inc. 4, 5° inc. 2°, en

³⁸ ARÓSTICA (1998b) p. 97.

³⁹ ARÓSTICA (1998b) p. 97 y ARÓSTICA (2001) p. 149.

⁴⁰ ARÓSTICA (1998b) p. 105 y ARÓSTICA (2001) p. 159.

⁴¹ Véase FERMANDOIS (2000) pp. 189 y ss.

⁴² ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA ASOCIACIÓN GREMIAL Y OTROS CON EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO SOCIEDAD ANÓNIMA (2000a) y ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA ASOCIACIÓN GREMIAL Y OTROS CON EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO SOCIEDAD ANÓNIMA (2000b).

⁴³ SOTO (2000) p. 229.

⁴⁴ SOTO (2000) p. 230.

⁴⁵ SOTO (2000) p. 248.

⁴⁶ SOTO (2000) p. 233.

relación con los arts. 1º inc. 3º y 19 N° 21/primacía de la iniciativa económica privada y excepcionalidad de la actividad empresarial del Estado)”⁴⁷.

Tratándose del ejercicio de la actividad, la empresa queda sujeta a su estatuto, que ha de interpretarse también de modo restrictivo. Afirma Soto Kloss sobre el punto que la entidad “no puede excederse o pretender ampliarse a actividades que no encuadran en el preciso y delimitado ámbito autorizado por la ley de quórum calificado respectiva”⁴⁸. La base para señalar lo anterior se encuentra en que la empresa ha de actuar dentro de su competencia, con arreglo al artículo 7º inciso 1º de la Constitución; dicho ámbito se halla establecido en la ley que autoriza la actividad empresarial del Estado⁴⁹.

Un tercer autor relevante es Fernandois, quien, en el marco de la explicación del artículo 19 numeral 21 de la Constitución, defiende que uno de los requisitos constitucionales básicos de la actividad empresarial del Estado es lo que denomina “especialidad del giro empresarial estatal”⁵⁰ que, junto con la ley de *quorum* calificado y la especialidad de la ley autorizatoria, serían exigencias de tipo formal⁵¹. A juicio de este autor, la especialidad del giro consiste en que la ley de *quorum* calificado que autoriza la actividad empresarial ha de definir “específica y detalladamente el giro empresarial autorizado a la respectiva empresa estatal”⁵², lo cual constituye una “imposición de la lógica”⁵³ sustentada en general por la doctrina y mayoritariamente en la jurisprudencia. Desde el punto de vista de su fundamento constitucional, la excepcionalidad de la actividad empresarial exige el confinamiento del giro; de lo contrario, se vulneraría el principio de subsidiariedad⁵⁴. Fernandois agrega, asimismo que: “Esta exigencia, doctrinaria, jurisprudencial, aunque no formal en el texto del N° 21, no es otra cosa que la reiteración, para el legislador, del mandato del artículo 7º inciso 2º de la CPR y su principio de actuación en materia de Derecho Público. Si la ley debe conferir autoridad y derechos ‘expresamente’, también debe autorizar actuaciones empresariales ‘específicamente’”⁵⁵.

El asimismo denominado “principio de especialidad de las empresas públicas”⁵⁶ obliga, pues, al legislador, pero también al juez, quien habrá de interpretar la ley conforme a la subsidiariedad⁵⁷ para evitar así el “desborde” del Estado empresario⁵⁸.

⁴⁷ SOTO (2000) pp. 246-247. El original con cursivas.

⁴⁸ SOTO (2000) p. 243.

⁴⁹ SOTO (2000) p. 243.

⁵⁰ FERNANDOIS (2011) p. 226. Asimismo, FERNANDOIS (2000) pp. 189 y ss.

⁵¹ FERNANDOIS (2011) p. 226.

⁵² FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵³ FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵⁴ FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵⁵ FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵⁶ FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵⁷ FERNANDOIS (2011) p. 228.

⁵⁸ FERNANDOIS (2011) p. 228.

3. OBSERVACIONES SOBRE EL DENOMINADO PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE LA EMPRESA PÚBLICA

A la luz de la literatura presentada, pueden efectuarse ciertas observaciones. En primer lugar, existe una diferencia terminológica relevante dentro de ella. Así, mientras Soto Kloss y Aróstica hablan de “principio de especialidad” de la empresa pública, Fermandois se refiere a la “especialidad del giro” (sin indicar que sea un principio, pues se refiere a ello solo como “un requisito”). La primera expresión proviene de la idea de competencia de los órganos estatales que se ha expuesto en la segunda parte de este texto, y rige para cualquier empresa o entidad pública (bajo la idea de que debe actuar dentro del ámbito fijado por la ley), pero es solo la segunda denominación aquella que explicita el verdadero *quid* de las posturas explicadas.

En efecto, y como segundo comentario, el principio de especialidad es algo **distinto** de lo que exigen Aróstica, Soto Kloss y Fermandois, a saber: que (i) el legislador debe detallar tanto como sea posible el objeto social de aquella; (ii) que la respectiva empresa o sociedad debe maximizar la restricción de su giro, y (iii) que el control externo que recae sobre la actividad del Estado empresario debe confinarla en estos mismos términos. En realidad, la propuesta de estos autores promueve una versión que **no corresponde** al principio de especialidad, salvo en que esta categoría delimita el ámbito de actuación de un cierto órgano público. En este sentido, se aleja de la doctrina francesa originaria primero porque esta no se ocupa de la extensión o restricción **de la ley o acto constitutivo** que fija el objeto, sino solo de que su ejercicio se efectúe dentro de limitaciones determinadas.

En tercer lugar, solo el uso de Fermandois sincera la idea del normativismo, según la cual, se debe restringir el giro de la empresa pública **tanto como sea posible** –en la ley, en el ejercicio de la actividad económica, así como en el control judicial o administrativo– y no solo ajustar el ejercicio de la actividad estatal económica para circunscribirla de manera finalista a su objeto. De este modo, se elimina la flexibilidad en la función teleológica que se le ha asignado tradicionalmente al principio de especialidad en el *locus* francés, de acuerdo con lo explicado más arriba. Puestas así las cosas, es posible afirmar que el principio francés tradicional de especialidad ha sido deformado y transformado en **restricción específica** del giro de la empresa pública.

En cuarto término, la versión robustecida del principio de especialidad de la empresa pública aquí expuesta no es pacífica. No todos los constitucionalistas ni los administrativistas están de acuerdo con la especialidad restrictiva del giro como requisito contenido en la Constitución. De hecho, una revisión de la doctrina parece arrojar lo contrario⁵⁹.

Como quinta y última observación, desde el punto de vista del fundamento de la restricción multinivel del giro de la empresa pública, este **provendría del principio de**

⁵⁹ Por parte de los constitucionalistas, nada dicen al explicar el artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución: PFEFFER (1985) p. 405; EVANS (2004) p. 143; VERDUGO *y otros* (2005) pp. 207-208; MOLINA (2011) p. 240; y CEA (2012) pp. 530-531. Sí agrega la exigencia de determinación del giro NOGUEIRA (2010) p. 29. A favor, también, NAVARRO (2016) y VIVANCO (2004) p. 482. En desacuerdo, VIERA (2013) pp. 280 y ss. Por el lado del administrativismo, no se pronuncian: DANIEL (1982) p. 116; SILVA CIMMA (1995) pp. 52-55 y 194-203; PANTOJA (1998) pp. 183 y ss.; ni BERMÚDEZ (2014) pp. 421-422. Sí lo hace, en cambio, CORDERO (2015) p. 491.

subsidiariedad, como aclara Fernandois, sobre la base de los mismos razonamientos empleados por Aróstica y Soto Kloss. En este sentido, la propuesta normativista asume que hay una vinculación entre el principio constitucional de subsidiariedad y la necesidad de restricción del giro de la empresa estatal: este último se desprende del primero. Dicho argumento se evaluará en el apartado siguiente.

III. ELEMENTOS QUE CONTROVIERTEN LA RELACIÓN ENTRE LA TESIS RESTRICTIVA DEL GIRO Y LA CONSTITUCIÓN

1. LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y SUS ACTAS

A partir del estudio de la redacción del inciso 2° del artículo 19 numeral 21 de la Constitución de 1980 es posible concluir que nunca se tuvo en consideración como requisito para limitar las actividades estatales en materia económica un giro restringido de las empresas públicas⁶⁰.

La primera mención a la limitación de la actividad empresarial del Estado en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución fue efectuada por el comisionado Carmona, al plantear la necesidad de plasmar en alguna parte del texto constitucional que solo en virtud de una ley el Estado puede formar y mantener empresas⁶¹. El fin pretendido por los comisionados consistía en la elaboración de un precepto que limitara o excluyera al Estado de ciertas actividades, restricción que reafirmaría el principio de subsidiariedad⁶² y evitaría, por ejemplo, que, sin mediar ley, este “se haga socio de una empresa mixta mediante la compra del treinta por ciento de las acciones de un banco”⁶³.

En la Comisión de Estudio se planteó que la ley autorizatoria de la actividad empresarial tuviera un *quorum* especial, más exigente que el de una ley simple⁶⁴. En consecuencia, se produjo un debate con respecto al *quorum* adecuado y se optó, finalmente, por el calificado⁶⁵. Por su parte, en el Consejo de Estado se acordó suprimir esa exigencia para que el Estado pudiera desarrollar actividades empresariales, y únicamente se estableció como requisito la necesidad de una ley simple para tal efecto⁶⁶. Como explica Bertelsen, la Junta de Gobierno repuso el *quorum* calificado en la ley autorizatoria y agregó que ese mismo requisito aplicaría si se exceptionara a la actividad empresarial del Estado de la legislación común aplicable a los particulares⁶⁷.

A continuación, se exponen las distintas versiones del precepto que llegaron a ser el actual artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución:

⁶⁰ Sobre la historia de la disposición, véase HUIDOBRO (1988) pp. 98 y ss.

⁶¹ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 387.

⁶² COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 389.

⁶³ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 391.

⁶⁴ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 392.

⁶⁵ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 395.

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO (1979) p. 2 y CONSEJO DE ESTADO (1980) p. 4.

⁶⁷ BERTELSEN (1987) p. 123; CARMONA (1997) p. 28.

INSTANCIA	VERSIÓN DEL PRECEPTO
Comisión Ortúzar	“Sin embargo, podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas cuando una ley con quórum calificado así lo autorice y en tal caso dicha actividad estará sometida a la legislación común que rijan este tipo de actividades para los particulares” ⁶⁸ .
Consejo de Estado	“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que, por motivos justificados, establezca la ley” ⁶⁹ .
Junta de Gobierno	“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado” ⁷⁰ .

Como se sabe, la redacción de la Junta de Gobierno se transformó en la versión definitiva vigente del artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución de 1980. Ni en ese precepto ni en las actas antes referidas existe una alusión a la restricción del giro ni al principio de especialidad de la empresa estatal. De lo que sí existe registro, como se ha visto, es del fundamento en el principio de subsidiariedad de la disposición, mas no de su alcance.

2. EL ANTEPROYECTO DE LEY INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 19 NUMERAL 21 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1986 QUE NO PROSPERÓ

Por impulso del ministro del Interior de la dictadura, se encargó a la Comisión asesora para el estudio de las leyes complementarias de la Constitución la elaboración de un anteproyecto de ley interpretativa de la Constitución que versara, precisamente, sobre el artículo 19 numeral 21 de la misma. Para ello, se estableció una subcomisión que redactó un texto de tres artículos permanentes y uno transitorio⁷¹. Como lo indicara el presidente de esta instancia, se consideraba necesaria la dictación de la ley interpretativa: “la [Constitución] exige que el Estado y sus organismos deben ser autorizados por una ley de quorum calificado para desarrollar sus actividades, pero lo dice en una forma un poco general. ¿Cómo materializar este asunto? ¿De qué modo tiene que dictarse esta ley? ¿Es una ley para cada oportunidad en el que el Estado precise desarrollar alguna actividad económica, o podría el legislador, violentando como dijimos el espíritu constitucional y el principio de la

⁶⁸ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978) p. 36.

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO (1980) p. 44.

⁷⁰ BERTELSEN (1987) p. 123.

⁷¹ PRECHT (1987a) p. 127. El anteproyecto está contenido en las actas de la COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES (1988-1990) pp. 68-74.

subsidiariedad, establecer en una forma general una facultad para que el Estado desarrolle las actividades económicas que quiera?”⁷².

Aceptando que era necesario inducir ciertas consecuencias que el principio de subsidiariedad no proveía, Carmona confesó que “para materializar esta labor de **hacer descender** el principio de subsidiariedad establecido en la Constitución y poder especificarlo en una ley, se ha debido realizar una gran labor de **creación**”⁷³.

En la primera versión, el anteproyecto contemplaba, en su artículo 1º, una interpretación del “sentido y alcance” del artículo 19 numeral 21 de la Constitución, y en su letra b) se definía la actividad empresarial del Estado como “la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser transados en el mercado”. La misma disposición indicaba que el Estado “o sus organismos, **en virtud del principio de subsidiariedad**, sólo [podrían] desarrollar [la actividad empresarial] bajo las siguientes condiciones: 1) cuando los particulares no puedan o no se interesen en hacerlo; 2) que esta actividad la realice a través de una empresa **que tenga un objeto específico**; y 3) que dicho objeto sea determinado por una ley de quórum calificado que se dicte en cada oportunidad”⁷⁴.

Como se aprecia, se trata de un intento de fijar de modo permanente y obligatorio una interpretación creativa o inducida del principio de subsidiariedad, que fundamentaría las condiciones para ejercer la actividad empresarial del Estado, entre las cuales se cuentan la **especificación** del objeto de la empresa estatal, que además debe establecerse por ley de *quorum* calificado. Según explica Bertelsen, la idea de dictar una ley interpretativa de la Constitución tenía por objeto restringir la acción empresarial del Estado, y dar a entender que esas limitaciones se fundaban en el principio de subsidiariedad⁷⁵.

Al revisar las actas de la subcomisión, es posible constatar que el anteproyecto se puso en conocimiento público, y que se invitó a la instancia a varias personas del Gobierno. Es así como mayoritariamente se recibieron observaciones de asociaciones gremiales de empresarios, llamando la atención que, entre los ocho invitados a la subcomisión, estuviera “[e]l profesor de Derecho Administrativo señor Eduardo Soto Kloss”⁷⁶. Luego del análisis de las observaciones, se produjo la versión definitiva –con cinco artículos permanentes y dos transitorios– del anteproyecto, en un pleno de la Comisión asesora para el estudio de la legislación complementaria de la Constitución⁷⁷. En lo que interesa a este texto, la nueva redacción del artículo 1º letra b) del anteproyecto disponía:

“que el concepto de actividad empresarial del Estado o sus organismos comprende la acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios, para ser transados en el mercado, y que aquél o sus organismos,

⁷² CARMONA (1987) p. 30.

⁷³ CARMONA (1987) p. 32.

⁷⁴ SUBCOMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY ACERCA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO (1987) p. 200.

⁷⁵ BERTELSEN (1987) p. 123.

⁷⁶ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES (1988-1990) p. 101.

⁷⁷ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES (1988-1990) p. 75.

en virtud del principio de subsidiariedad, sólo podrán desarrollar bajo las siguientes condiciones:

“1) cuando los particulares no puedan o no se interesen en hacerlo, y

“2) que esta actividad, que deberá ser realizada por una empresa **que tenga un objeto específico**, sea autorizada por una ley especial de quórum calificado que se dicte en cada oportunidad y que fije, asimismo, el aporte del Estado o sus organismos.

“Las empresas así autorizadas no podrán formar otras empresas o participar en ellas, ni aun temporalmente. Para hacerlo requerirán la dictación de una nueva ley especial de quórum calificado que, reuniendo los requisitos establecidos en esta letra b), los autorice para ello”⁷⁸.

Sobre esta versión definitiva del artículo 1° del anteproyecto, Carmona afirmará luego que los bienes y servicios que conformarían la actividad empresarial del Estado “deben ser determinados, van a formar un **objeto específico** en la actividad económica del Estado y **sólo así puede darse la autorización** correspondiente por parte del legislador”⁷⁹. Como explica el abogado, “las empresas públicas están afectadas por el **principio de la especialidad**, o sea, ellas no pueden ejecutar otros actos sino para los que están expresamente autorizadas”⁸⁰.

Lo que indica Carmona es clave, puesto que da cuenta de dos puntos que se han tocado en este trabajo: según el primero de ellos, **no hay vínculo en la Constitución entre subsidiariedad y giro restringido de la actividad empresarial del Estado**. Conforme al segundo punto, el principio de especialidad parece entenderse como restricción del giro, lo cual, en todo caso, solo sería una exigencia en caso de dictarse la ley interpretativa. Sin embargo, el anteproyecto no se concretó en una ley.

3. EL DESMEMBRADO PROYECTO DE LEY DE 1989 QUE DIO LUGAR AL AMPARO ECONÓMICO Y A LA LEY N° 18.965

Pese a que el anteproyecto de ley interpretativa de la Constitución antes explicado no prosperó, la Junta Militar intentó, nuevamente, justo antes de entregar el poder al gobierno democrático, densificar la regulación del artículo 19 numeral 21 de la Constitución mediante el denominado proyecto de ley que “Regula la actividad y participación productivas del Estado y sus organismos”⁸¹. El informe técnico que acompañaba el Mensaje declaraba que su fundamento se hallaba en la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile” del 11 de marzo de 1974, que planteaba como único camino al desarrollo verdadero de la economía el emprendimiento de los particulares en las actividades productivas, así como el reconocimiento de la propiedad privada, todo lo cual habría quedado plasmado en el artículo 19 numeral 21 de la Constitución⁸². Esta definición, con todo, “requ[ería] ser **completada**

⁷⁸ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES (1988-1990) pp. 68-69.

⁷⁹ CARMONA (1987) p. 36.

⁸⁰ CARMONA (1987) p. 43.

⁸¹ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (1989).

⁸² MINISTRO DEL INTERIOR y otros (1989) pp. 3-4.

para que, del superior nivel de los principios, se encamina [*sic*] hacia su concreción total, práctica y real”⁸³.

Si se lo compara con el anteproyecto de ley interpretativa de 1986, el proyecto de 1989 obtuvo claramente su inspiración en aquel⁸⁴, y contenía un intento de restricción del giro de la actividad empresarial del Estado, en especial, en lo referente al objeto de la respectiva entidad. Precisamente, el inciso 2° del artículo 1° de la propuesta definía la subsidiariedad, y describía la especificación del objeto de la empresa estatal en los siguientes términos: “El Estado o sus organismos sólo podrán desarrollar esta acción económica cuando los particulares no puedan o no se interesen en hacerlo, y por una empresa que tenga **objeto específico**”. Explicando la construcción de este artículo, se afirmaba que la especificación del objeto se desprende normativamente de la autorización de la actividad. Por ello, se indicaba que “[t]oda empresa estatal tiene objeto específico, característica que **deriva** de la exigencia constitucional de autorizar la actividad a que se refiere”⁸⁵.

No deja de ser llamativo este planteamiento, puesto que ya no sería el principio de subsidiariedad el que –como lo sostenía el anteproyecto de 1987– funda la restricción del giro, sino que la exigencia de **autorizar la actividad empresarial** que pone la Constitución en la primera parte del inciso 2° del artículo 19 numeral 21 (“sólo si una ley de quórum calificado los autoriza”) es ahora el fundamento de la especificación del giro: del deber legislativo de autorizar la actividad empresarial estatal se sigue la exigencia de restringir su objeto.

El proyecto contemplaba un par de normas de excepción, es decir, regulaba casos en los cuales la futura ley –incluyendo en ella ciertamente la especificación del objeto– no regían, a saber: por una parte, la situación del Banco del Estado⁸⁶, en el entendido de que la ley general de bancos ya contenía una norma sobre la materia, que resultaba aplicable a todas las empresas de ese rubro⁸⁷; y, por otra, las empresas u organismos vinculados a la defensa nacional.

El proyecto también establecía, en su artículo 6°, lo que llegó a ser la acción de amparo económico⁸⁸. La disposición en que se contenía ese mecanismo jurisdiccional y el artículo 5° del proyecto fueron las únicas normas que lograron ponerse en vigencia. Este último, fusionado con la excepción para el Banco del Estado, se convirtió en la ley N° 18.965⁸⁹, cuya única disposición estableció:

“El Estado, sus organismos o sociedades en que tengan participación, deberán enajenar los derechos que adquieran o reciban a cualquier título, en sociedades cuyo objeto social esté fuera de la autorización para desarrollar actividades empresariales concedida al Estado o exceda los términos de dicha autorización, en el plazo de un

⁸³ MINISTRO DEL INTERIOR y otros (1989) p. 4.

⁸⁴ SOTO (1993) p. 106.

⁸⁵ MINISTRO DEL INTERIOR y otros (1989) p. 7.

⁸⁶ Artículo 5° inciso 2°: “Con todo, al Banco del Estado será aplicable las normas que sobre la materia establece la ley general de bancos”.

⁸⁷ MINISTRO DEL INTERIOR y otros (1989) p. 12.

⁸⁸ LEY N° 18.971 de 1990.

⁸⁹ LEY N° 18.965 de 1990.

año contado desde la recepción. Mientras no sean enajenados, tales derechos no se considerarán para la elección de directores de las sociedades, si fueren acciones de sociedades anónimas, ni para la designación de las personas encargadas de la administración y del uso de la razón social, si se tratare de derechos en otras especies de sociedades. Si transcurriere el plazo de un año sin que se enajenasen, aquellos derechos tampoco podrán ejercerse para concurrir a votaciones y decisiones propias de la administración de las sociedades, incluso en juntas de accionistas. Los quórum y mayorías legales se calcularán sin considerar esas acciones.

Con todo, al Banco del Estado les serán aplicables las normas que sobre la materia establece la Ley General de Bancos”.

Al desgajarse del proyecto original, que establecía en el inciso 2° de su artículo 1° un deber de especificación del objeto de la empresa pública que no prosperó, la disposición transcrita ya **no puede leerse con esa restricción**. Siguiendo el artículo único de la ley N° 18.965, lo que cuenta como objeto de la empresa pública para enajenar los derechos que allí se indican puede operar con una interpretación no calificada –esto es, amplia, flexible o restrictiva– del giro. Esta norma está plenamente vigente.

Las disposiciones del proyecto que no se convirtieron en ley, entre las cuales se hallaba la restricción del giro, fueron rechazadas en la Primera Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno, principalmente por considerárselas inconstitucionales⁹⁰⁻⁹¹. Como cuestionamiento general, se sostuvo que “el proyecto en análisis no encontraría su fundamento en el inciso segundo del N° 21° del artículo 19 del texto constitucional, en razón de que la ley de quórum calificado que allí se contempla, sólo tiene por objeto autorizar al Estado para desarrollar o participar en actividades empresariales o para excepcionarlo por motivos justificados del sometimiento a la legislación común aplicable a los particulares”⁹². La mayoría de las normas del proyecto tenían este defecto, como acontecía con la exigencia de ley de *quorum* calificado para poder ampliar el objeto social o aumentar la participación estatal a través del ejercicio de los derechos sociales o acciones que el Estado o sus organismos poseyeran⁹³.

Como síntesis de este acápite, puede afirmarse que, de acuerdo con los antecedentes aquí presentados, se confirma la falta de vinculación **necesaria** entre el principio de subsidiariedad y la exigencia de restricción del giro de la empresa pública, puesto que su fundamento arrancararía de la autorización que el legislador otorga a la empresa estatal para llevar a cabo su actividad. Por lo mismo, el cuerpo legislativo de la dictadura estimaba que debía **completarse** el contenido de la Constitución de 1980 sobre el particular (lo que en realidad es un reconocimiento de que no está en la Carta la restricción del giro), cuestión que en definitiva no se concretó. De ahí que no sea posible sostener que en la actualidad se encuentre vigente una restricción del giro de la empresa estatal, pues la norma que así lo

⁹⁰ Esta es la explicación para desmembrar del proyecto original la acción de amparo económico y el artículo único que llegó a ser la LEY N° 18.965 de 1990. Véase: PRESIDENTE DE LA PRIMERA COMISIÓN LEGISLATIVA (1990) p. 5.

⁹¹ Aunque también por la dificultad de hacerlas operativas. Véase: SECRETARIO DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO (1989) pp. 24-25.

⁹² SECRETARIO DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO (1989) pp. 21-22.

⁹³ SECRETARIO DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO (1989) pp. 26-27.

pretendía establecer no existe. Como se verá enseguida, estas conclusiones concuerdan con los desarrollos de la jurisdicción constitucional chilena.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONFIRMA LA FALTA DE VINCULACIÓN CONSTITUCIONAL CON LA RESTRICCIÓN DEL GIRO EN LA EMPRESA PÚBLICA

4.1. *El Tribunal Constitucional no afirma la especificación del giro*

En las ocasiones en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca del inciso 2° del artículo 19 numeral 21 de la Constitución, ese órgano no ha entendido que forma parte de lo consagrado en dicha norma el establecimiento, por parte del legislador, de un objeto acotado, restringido o específico para las empresas estatales. En efecto, a pesar de haber tenido varias oportunidades para resolver sobre los requisitos para que el Estado desarrolle actividad empresarial, el Tribunal Constitucional no ha decidido que la especialidad restrictiva del giro se encuentre entre ellos. Son otros los aspectos sobre los que el órgano de control de constitucionalidad ha emitido su opinión, los cuales se explicarán a continuación.

En primer lugar, se ha afirmado que el ámbito de aplicación de la disposición constitucional se refiere a las actividades empresariales en que el Estado tenga participación. El Tribunal Constitucional ha sostenido esto a partir de casos que, en definitiva, no correspondían a dichas actividades; por lo mismo, no se necesitaba para ellas una autorización por ley de *quorum* calificado. Así aconteció tratándose de una ley que privatizaba una empresa pública⁹⁴, en la autorización legislativa del aumento de capital en una sociedad estatal⁹⁵; cuando las municipalidades son sostenedoras de colegios (lo que no es una actividad lucrativa)⁹⁶, o al transferirse de una empresa estatal a otra un establecimiento⁹⁷.

En segundo término, el inciso 2° del artículo 19 numeral 21° de la Constitución ha sido interpretado con una técnica literal, sosteniéndose, por ello, que la disposición exige autorización por ley de *quorum* calificado para que el Estado desarrolle actividades empresariales que, por regla general, están entregadas a los particulares⁹⁸. Sobre este punto, indica el Tribunal Constitucional que la evaluación de constitucionalidad que debe efectuarse corresponde a si “efectivamente nos encontramos con una actividad empresarial que el

⁹⁴ REQUERIMIENTO RESPECTO DEL N° 1° DEL ARTÍCULO 3° DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 6.640 (1991) c. 5°.

⁹⁵ REQUERIMIENTO RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA EL INCREMENTO DE RECURSOS POR MEDIO DE LA MODIFICACIÓN DE LA GLOSA N° 13 DEL PRESUPUESTO PARA ABSORBER LAS PÉRDIDAS DE LA EMPRESA NACIONAL DEL CARBÓN S. A. (1996) c. 6.

⁹⁶ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY N° 18.020 Y DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 151 DE LA LEY N° 18.834 (2013) c. 16°.

⁹⁷ REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA A LA EMPRESA NACIONAL DE MINERÍA PARA TRANSFERIR A LA CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE LA FUNDICIÓN Y REFINERÍA LAS VENTANAS (2004) c. 10°.

⁹⁸ REQUERIMIENTO RESPECTO DEL N° 1° DEL ARTÍCULO 3° DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 6.640 (1991) c. 3°; también en REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542 (2006) c. 14° y REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO DÉCIMO, LETRA H), DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (2011) c. 38°.

legislador ha otorgado al Estado, en los términos que establece el inciso 2° del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, caso en el cual es menester la concurrencia de una ley de quórum calificado habilitante⁹⁹. En concordancia con lo anterior, la ley de *quorum* calificado no puede eludirse bajo el pretexto de la creación de un servicio público¹⁰⁰. El parámetro de referencia es, pues, de carácter sustantivo y amplio: desarrollo o no de una actividad de carácter empresarial, autorizada a través de una ley dictada con mayoría calificada, sin referencia al giro ni a su restricción.

En tercer lugar, para el Tribunal Constitucional la Constitución afirma que las empresas del Estado se deben sujetar a la legislación común aplicable a los particulares, lo cual significa que las empresas estatales; (i) no han de ejercer potestades públicas¹⁰¹; y (ii) que deben competir en las mismas condiciones con los privados¹⁰². Sobre este último aspecto, la magistratura constitucional ha sostenido que: “si la ley autoriza al Estado para emprender una actividad empresarial, **no puede la Constitución poner una traba adicional que atente contra la eficiencia de las empresas**’ [...]. En síntesis, una vez autorizado el Estado para desarrollar determinada actividad económica, el constituyente ha dejado claramente establecido que aquél pasa ser un particular más, debiendo, por tanto, sujetarse a la legislación común que regula la materia en cuestión, careciendo de privilegio alguno –a menos que así expresamente lo establezca la propia ley de quórum calificado y siempre y cuando existan motivos justificados para ello– **y compitiendo en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que participan en el mercado**”¹⁰³.

Finalmente, en cuarto término, cuando se excepciona a la empresa estatal de la competencia en igualdad de condiciones, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la constitucionalidad de la aplicación de la Ley N° 20.285, de acceso a la información pública, a TVN, sostuvo que ella ha de efectuarse; (i) por ley de *quorum* calificado; (ii) siempre que la excepción sea por motivos calificados; y (iii) que esta se funde en fines lícitos¹⁰⁴. Ello significa que la empresa pública está cubierta con la protección que proporciona el principio de igualdad en la Constitución.

La conclusión de esta revisión de la jurisprudencia constitucional con respecto a las empresas públicas da como resultado que, al no haber referencia al principio de especialidad ni a la restricción del giro, ellos **no pueden considerarse contenido constitucionalmente obligatorio** para el legislador cuando autoriza a una empresa estatal a ejercer una actividad económica. Esto permite descartar, como consecuencia, el planteamiento del

⁹⁹ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542 (2006) c. 15°.

¹⁰⁰ REQUERIMIENTO FORMULADO POR LA JUNTA DE GOBIERNO RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE NORMAS PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (1989) c. 13°.

¹⁰¹ REQUERIMIENTO FORMULADO POR LA JUNTA DE GOBIERNO RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE NORMAS PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (1989) c. 13°.

¹⁰² REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542 (2006) c. 53°.

¹⁰³ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542 (2006) c. 53°. El original sin destacado.

¹⁰⁴ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO DÉCIMO, LETRA H), DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (2011) cc. 55° y ss. y 65°.

normativismo, que intenta anclar en el principio de subsidiariedad (constitucional) la restricción del giro de la empresa pública.

4.2. *El voto disidente de Soto Kloss en el control de constitucionalidad de la ley que creó la Defensoría Penal Pública*

La constatación que se ha hecho en el acápite anterior –esto es, que no hay en la Constitución de 1980 una disposición que ordene la restricción del giro de la empresa pública, y que tampoco se ha formulado una interpretación en tal sentido– se ve reforzada por el voto disidente del entonces abogado integrante del Tribunal Constitucional, Eduardo Soto Kloss, en la sentencia referida al control preventivo del proyecto de ley que creó la Defensoría Penal Pública¹⁰⁵, a propósito de que algunas de sus normas admiten la participación de entidades estatales en la convocatoria pública para proveer del servicio de defensa penal. Según el disidente, dicho servicio es una actividad empresarial que debe corresponder a los particulares, y no al Estado, en virtud de la primacía de la persona humana y la preeminencia de la iniciativa privada en esta en materia económica, conforme a los artículos 1° inciso 3° y 19 numeral 21° de la Constitución¹⁰⁶, afirmando, enseguida: “Tan es así que ‘sólo por excepción’ la Constitución preve [sic] la actividad empresarial del Estado y en condiciones muy específicas, conforme lo ha estipulado por su artículo 19, N° 21, inciso segundo. Según esta disposición –y en lo que dice referencia al caso– para que el Estado pueda asumir o participar en actividades empresariales se exige: 1) que una ley 2) específica, 3) de quórum calificado, 4) lo autorice, 5) expresamente, 6) **señalando con precisión la actividad autorizada**”¹⁰⁷.

Como ninguna de estas exigencias se presentan en la especie, los artículos antes referidos son, a juicio del abogado integrante, inconstitucionales, no sin advertir que ya la Corte Suprema ha resuelto varios amparos económicos en el mismo sentido¹⁰⁸.

Ahora bien, la sola existencia de este voto de minoría en un único caso da cuenta de que –es obvio decirlo– no se trata de la opinión general del Tribunal Constitucional. Es decir, el órgano de control de constitucionalidad **no sostiene** que debe señalarse “con precisión la actividad autorizada”, de manera que la restricción del giro en clave normativista **no es un requisito constitucional, ni se desprende del principio de subsidiariedad**.

5. SÍNTESIS: HAY ELEMENTOS SUFICIENTES PARA DESVINCULAR LA RESTRICCIÓN DEL GIRO EN LA EMPRESA PÚBLICA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El anterior estudio de la regulación constitucional del Estado empresario, la práctica en sede de control de constitucionalidad, así como los antecedentes y discusiones de los órganos legislativos de la Junta Militar que fueron determinantes en la configuración actual de

¹⁰⁵ LEY N° 19.718 de 2001.

¹⁰⁶ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2001) voto disidente B.2).

¹⁰⁷ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2001) voto disidente B.2). Sin destacado en el original.

¹⁰⁸ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2001) voto disidente B.2).

la materia, dan cuenta de que no existe una relación entre la Constitución (a través de la subsidiariedad u otra vía) y la propuesta normativista de restringir el giro de la empresa pública. Según se ha expuesto, no hay una palabra en el texto constitucional que así lo exija y no lo analizó la Comisión Ortúzar ni siquiera en la versión francesa del principio de especialidad.

Al revisar los antecedentes legislativos de los años ochenta del siglo pasado, es posible constatar que la circunstancia anterior estaba bastante asumida, al punto que se intentó primero dictar una ley interpretativa de la Constitución para inducir creativamente desde el principio de subsidiariedad la necesidad de restricción del giro de la empresa pública. Ese anteproyecto de 1986 era el reconocimiento mismo de que no había nada en el texto constitucional que exigiera restricciones al giro; por lo mismo, que no se hubiere dictado mantuvo el estado de cosas existente al entrar en vigor la Constitución de 1980. Lo propio sucedió con el proyecto de 1989 que tuvo el mismo objetivo, a saber, colmar el vacío constitucional sobre el tema, lo cual fue considerado inconstitucional por la Secretaría de Legislación de la Junta Militar, al añadirse requisitos no estipulados en la Constitución.

Con base en lo anterior, no queda sino concluir que el planteamiento del normativismo, que promueve las restricciones al objeto de la empresa pública basándose en el principio constitucional de subsidiariedad, carece de asidero y no es más que un desiderátum que no puede justificarse en la Constitución, lo que se ve corroborado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

IV. LA RESTRICCIÓN DEL GIRO REQUIERE LEY DE *QUORUM* CALIFICADO (RETOMANDO LA TESIS DE CUMPLIDO Y PRECHT)

Si, como ya se ha dicho, hay elementos para cuestionar la idea de que el artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución justifica un deber de restricción del giro basado en la subsidiariedad, es posible revisar esa cláusula en sus propios términos. Como se sabe, el precepto establece: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Esta disposición puede interpretarse como una **cláusula de habilitación**¹⁰⁹ para que el Estado o sus organismos desarrollen o participen de actividades económicas si el legislador de *quorum* calificado así lo estima. La norma opera en tres partes: (i) otorga competencia al legislador bajo condición de *quorum* calificado para que dicte la autorización; (ii) una vez dictada la norma legal, confiere competencia al órgano administrativo autorizado para actuar sujeto a la legislación común; y (iii) cualquier excepción al régimen jurídico aplicable a los particulares también debe estar contenida en una ley de *quorum* calificado. Esto significa que el inciso bajo comentario no es una cláusula restrictiva de la actividad empresarial del Estado, no tiene cómo serlo acudiendo a su literalidad.

¹⁰⁹ Como afirma PRECHT (1987b) p. 8, ella formula un requisito “habilitante”, algo que comparte ZÚNIGA (2001) p. 353. En igual sentido, BASSA y VIERA (2012) p. 679. En contra, GUERRERO (2020) pp. 357 y ss.

Considerando lo anterior, es inconstitucional agregar a dicha disposición requisitos que la Carta no contempla. Esta idea fue sostenida por Cumplido durante los años ochenta, mientras se discutía el anteproyecto de ley interpretativa de 1986 referido más arriba¹¹⁰. En efecto, aludiendo al artículo 1° letra b) de aquel texto –que, como se ha visto, disponía la restricción del giro de la empresa estatal– sostuvo que la regulación era, junto con otras disposiciones, “innecesaria e inconstitucional”¹¹¹, puesto que el único requisito exigido por el artículo 19 numeral 21 de la Constitución para que el Estado y sus organismos puedan desarrollar actividades empresariales es la autorización por ley de *quorum* calificado, y como “una ley interpretativa no puede crear requisitos o condiciones no establecidos por la Constitución sin trasgredir su propia naturaleza de ley interpretativa, [...] la letra b) del art. 1° del anteproyecto es inconstitucional”¹¹².

La explicación para lo señalado se encuentra en que el artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución, además de ser una cláusula de habilitación, tiene una **baja densidad regulatoria**. Es así como la autorización legislativa no exige una determinación del objeto empresarial tan restrictiva como sea posible, al modo en que la doctrina normativista de la restricción del giro lo reclama; no es lo que la Constitución impone al legislador. Esto obedece a que la autorización de una actividad –la empresarial del Estado, en este caso– no equivale a **fijar todas y cada una de las condiciones para ejercerla**; son técnicas de regulación lógicamente diversas. Según se ha dicho, la única condición es que el desarrollo o la participación empresarial requiere la previa dictación de una ley de *quorum* calificado que establezca la autorización.

En igual sentido, y sobre el mismo proyecto de ley interpretativa de la Junta Militar, sostuvo Precht que, si bien le parecía valiosa la exigencia de que la actividad económica estatal se llevara a efecto mediante una empresa cuyo objeto fuera específico, lo cierto es que esa regulación debe hacerse por ley de *quorum* calificado¹¹³. Ello se debe a que sustraer al Estado del régimen común cuando este desarrolla o participa de la actividad empresarial, es una **excepción**, que no solo puede tener por objeto mejorar la posición del Estado frente a los particulares del respectivo sector productivo, sino también empeorarla. Tal excepción exige, conforme al inciso 2° del artículo 19 de la Carta, que el legislador de *quorum* calificado la establezca por “motivos justificados”.

De acuerdo con la Constitución, la actividad empresarial del Estado queda sujeta a la “legislación común aplicable a los particulares”, lo cual significa que forman parte de ella las interpretaciones que los órganos competentes realizan con respecto a la extensión o restricción del giro social de quienes ejercen actividades empresariales. Las prácticas –lícitas, ciertamente– que son fundamentales en cualquier actividad comercial también son

¹¹⁰ Véase arriba la sección III.2.

¹¹¹ CUMPLIDO (1987) p. 144.

¹¹² CUMPLIDO (1987) p. 144.

¹¹³ PRECHT (1987a) pp. 135-136.

parte de lo que la legislación admite, y han de beneficiar también al Estado¹¹⁴⁻¹¹⁵. Sujetar la actividad empresarial del Estado a la legislación común aplicable a los particulares importa que aquel queda en una posición de igualdad **en la ley y ante la ley** con respecto a estos: mismas disposiciones, misma interpretación ante hechos relevantemente similares¹¹⁶. Por lo mismo, cuando se propone que el giro debe interpretarse de manera restrictiva, se trata de una excepción en la que se deja al Estado en una **posición de antemano desmejorada**, sin que exista una ley de *quorum* calificado que la autorice. Esto es un asunto que tiene pleno sentido, considerando que, como lo dice Schmidt-Assmann, si bien el Estado empresario carece de autonomía privada, la sola circunstancia de que existan empresas en mano estatal importa que ellas deben actuar en el mercado empleando “la lógica del mercado”¹¹⁷.

Para concluir esta sección, ha de señalarse que, desde el punto de vista de la revisión del ejercicio de la actividad empresarial, la primera pregunta que el respectivo órgano de control (administrativo o judicial) deberá hacer es: ¿existe una ley de *quorum* calificado que haya establecido una excepción restrictiva del giro? Si el legislador nada ha dicho sobre el punto, bajo especial requisito de mayoría calificada, el controlador del giro deberá emplear como parámetro la legislación común del sector y sus prácticas. Resolver con arreglo a un presunto deber de restringir el giro de la actividad empresarial en la que el Estado y sus organismos participan –esto es, promover una interpretación del giro restrictiva a todo evento– es un prejuicio que traiciona la cláusula constitucional que regula la sustracción del régimen común, porque falta la ley de *quorum* calificado que así lo haya establecido. Una interpretación de restricción del giro a todo evento es, por esta razón, inconstitucional, y por faltar una ley que establezca la excepción, también ilegal.

CONCLUSIONES

En este artículo se planteó como hipótesis que la doctrina normativista que defiende el denominado principio de especialidad de la empresa pública está sujeta a dos defectos argumentativos. Según el primero de ellos, aquella constituye una deformación de la doctrina tradicional de la especialidad de la cual adopta su nomenclatura. Este planteamiento se ha acreditado a partir del contraste entre la propuesta nacional y la literatura francesa que originó y desarrolló el principio de especialidad. Como se analizó, en su formulación originaria la categoría no prejuzga acerca de la restricción del ámbito de competencia del respectivo órgano administrativo y, en lo que específicamente se refiere al giro de la empresa pública, se caracteriza por su flexibilidad. Asimismo, el principio de especialidad francés

¹¹⁴ CAMACHO (2010) p. 431, quien afirma, certeramente: “que la empresa pública no goce de privilegios tampoco comporta que esté sujeta a más gravámenes o cargas que sus competidoras del mundo privado”.

¹¹⁵ Lleva razón CEA (2012) p. 530 al afirmar que “el Poder Constituyente ordena que el Estado quede sujeto a la legislación común aplicable a los particulares, con sus **beneficios y cargas**”. El problema es que el autor enseña afirma que la excepción de *quorum* calificado es solo para los beneficios a favor del Estado.

¹¹⁶ Sobre el punto, es posible estar de acuerdo con SOTO (2000) p. 232 N° 2. La misma idea en VALLEJO y PAR-DOW (2008) p. 144.

¹¹⁷ SCHMIDT-ASSMANN (2003) p. 282.

no es una exigencia dirigida al legislador, sino solo impera sobre la entidad que lleva a cabo la respectiva actividad (la empresa pública en este caso).

De acuerdo con el segundo defecto, no es posible fundar la doctrina normativista del principio de especialidad de la empresa pública en el principio constitucional de subsidiariedad. En efecto, al revisarse las fuentes históricas y normativas que regulan la actividad empresarial del Estado, es posible darse cuenta de que la acotación, restricción o limitación del giro no se funda en la Constitución, desde luego porque esta no lo indica expresamente, y si se pone atención a los antecedentes que determinaron la estructuración del Estado empresario, en especial durante los años ochenta del siglo pasado, puede concluirse que las maniobras dirigidas a restringir legislativamente el rango de actuación de la empresa pública no fructificaron. Esos intentos legislativos de la Junta Militar son una manifestación notoria de que el punto defendido por el normativismo no quedó regulado en la Constitución de 1980 (tampoco lo está hoy, puesto que la cláusula del inciso 2° del artículo 19 numeral 21 del texto constitucional no ha sufrido cambios), de lo contrario, no habría sido necesario hacer el empeño de incorporar las normas proyectadas que, en definitiva, no se concretaron. Esta conclusión es refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no ha considerado la restricción del giro de la empresa pública entre los requisitos para el desarrollo de la actividad empresarial del Estado. Por esta vía, se ha comprobado la segunda parte de la hipótesis de la investigación.

Adicionalmente, siguiendo aquí a Cumplido y Precht, participantes activos en el debate que se produjo sobre el nuevo Estado empresario fijado por la institucionalidad constitucional de 1980, se ha propuesto que cualquier condición restrictiva al giro de la empresa pública exige que se lleve a cabo mediante una ley de *quorum* calificado, puesto que es la única manera de sustraer al Estado del régimen común aplicable a los particulares, y estos, por regla general, no están sujetos a una limitación intensa a su giro social. De acuerdo con lo que se analizó más arriba, este punto fue compartido por los órganos legislativos de la dictadura.

A lo señalado, ha de agregarse que, por el mismo artículo 19 numeral 21 inciso 2° de la Constitución, el Estado queda cubierto, en su rol empresarial, por la garantía de igualdad ante la ley. En este sentido, la empresa pública queda sujeta no solo las limitaciones del estatuto del derecho común, sino también a sus beneficios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (2011): *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ARIÑO, Gaspar (1979): “La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión”, *Revista de administración pública*, N° 88: pp. 55-106.
- ARÓSTICA, Iván (1998a): “Acción de Amparo Económico”, *Informe Constitucional*, N° 1905: pp. 1-8.
- ARÓSTICA, Iván (1998b): “Acción de Amparo Económico: Un recuento jurisprudencial”, *Revista de Derecho de la Universidad Finnis Terrae*, año II, N° 2: pp. 95-105.

- ARÓSTICA, Iván (2001): *Derecho administrativo económico (Libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado)* (Santiago, Universidad Santo Tomás).
- BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2012): “Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 38: pp. 661-683.
- BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Derecho administrativo general* (Santiago, LegalPublishing, tercera edición).
- BERTELSEN, Raúl (1987): “El Estado empresario en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, N° 1: pp. 115-125.
- BERTHÉLEMY, Henry (1900-1901): *Traité élémentaire de droit administratif* (Paris, A. Rousseau Éditeur).
- BRACONNIER, Stéphane (2003): *Droit des services publics* (Paris, Presses Universitaires de France).
- CAMACHO, Gladys (2010): *Tratado de Derecho administrativo. La actividad sustancial de la administración del Estado*, Tomo IV (Santiago, LegalPublishing).
- CARMONA, Juan de Dios (1987): “Análisis del proyecto elaborado por la Comisión de Estudios de Leyes orgánicas Constitucionales”, *Revista Política*, N° 13: pp. 29-46.
- CARMONA, Carlos (1997): “El Estado empresario en la Constitución política de 1980”, *Gobierno Regional y Municipal*, año IV-7, N° 43: pp. 25-47.
- CEA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición).
- CHEVALLIER, Jacques (1972-1973): “La place de l'établissement public en droit administratif français”, *Publications de la faculté de droit et des sciences politiques et sociales d'Amiens*, N° 3: pp. 5-76.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1978): “Actas oficiales de la Comisión Constituyente”, Tomo XI, Sesiones 371 a 417. Disponible en: https://nuevo.leychile.cl/servicios/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3769/2/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2020.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES (1988-1990): *Actas de sesiones de proyectos de leyes orgánicas constitucionales*, Vol. VIII (Santiago, La Comisión).
- CONSEIL D'ÉTAT (2009): “Les établissements publics”. Disponible en: https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/reprise-_contenus/etudes/rapport_etude_etablissements_publics_15102009. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2020.
- CONSEJO DE ESTADO (1979): “Acta de la sexagesimaquinta (65ª) Sesión celebrada el 13 de marzo de 1979”. Disponible en: <https://nuevo.leychile.cl/servicios/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/31336/5/Sesion65.pdf>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2020.
- CONSEJO DE ESTADO (1980): “Acta de la centésimo segunda (102a) Sesión, celebrada el 22 de enero de 1980”. Disponible en: <https://nuevo.leychile.cl/servicios/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35194/4/Sesion102.pdf>. Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2020.
- CORDERO, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, LegalPublishing).

- COVARRUBIAS, Ignacio (2004): “Subsidiariedad y Estado empresario (Análisis crítico de la jurisprudencia más relevante)”, *Revista de Derecho público*, vol. 66: pp. 251-272.
- CUMPLIDO, Francisco (1987): “Reflexiones sobre el anteproyecto de ley que regula la actividad empresarial del Estado y sus organismos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, N° 1: pp. 141-145.
- DANIEL, Manuel (1982): *La organización administrativa en Chile. Bases fundamentales* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- DELION, André (2003): *Le droit des entreprises et participations publiques* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence).
- EVANS, Enrique (2004): *Los derechos constitucionales*, Tomo III (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- FERMANDOIS, Arturo (2000): “Asociación empresarial entre Estado y particulares: el caso Metro S.A.”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 1: pp. 189-194.
- FERMANDOIS, Arturo (2011): *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- GUERRERO, José Luis (2020): *La Constitución económica chilena. Bases para el cambio* (Santiago, DER Ediciones).
- HUIDOBRO, Ramón (1988): “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las actas de la Comisión de Estudios Nueva Constitución”, *Revista de Derecho público*, N° 43/44: pp. 98-116.
- KELSEN, Hans (1982): *Teoría pura del Derecho* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- LOUGHLIN, Martin (1992): *Public Law and Political Theory* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press).
- MARDONES, Marcelo (2020): *Lecciones de derecho económico. Regulación económica de los mercados*, Vol. I (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- MINISTRO DEL INTERIOR, MINISTRO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN y Ministro de Hacienda (1989): *Informe Técnico [al proyecto de ley que regula la actividad y participación productivas del Estado y sus organismos]*, 14 de julio de 1989.
- MOLINA, Hernán (2011): *Derecho constitucional* (Santiago, Thomson Reuters).
- NAVARRO, Enrique (2016): *La Constitución económica chilena ante los tribunales de justicia* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae).
- NOGUEIRA, Humberto (2010): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Vol. 4 (Santiago, Librotecnia).
- PANTOJA, Rolando (1998): *La organización administrativa del Estado* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- PFEFFER, Emilio (1985): *Manual de Derecho constitucional*, Tomo I (Santiago, Ediar-Conosur).
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges (1932): *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des Facultés de droit*, Tomo 3 (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence).
- PRECHT, Jorge (1987a): “El Estado empresario: análisis de la legislación complementaria constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, N° 1: pp. 127-140.

- PRECHT, Jorge (1987b): “Empresas municipales y Estado empresario”, *Gaceta Jurídica*, N° 86: pp. 8-21.
- PRESIDENTE DE LA PRIMERA COMISIÓN LEGISLATIVA (1990): *Informa proyecto de ley que “Regula la actividad empresarial del Estado y sus organismos”*, Ordinario N° 6583/110/8 de 1 de marzo de 1990.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA (1989): *Mensaje del Presidente de la República a la Excma. Junta de Gobierno sobre el proyecto de ley que “Regula la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos”*, N° 1141-03, de 7 de septiembre de 1989.
- RIVERO, Jean y WALINE, Jean (1992): *Droit administratif* (Paris, Dalloz).
- SAYAGÜÉS, Enrique (1963): *Tratado de Derecho administrativo*, Volumen I (Montevideo, Talleres Gráficos de la Editorial Martín Bianchi Altuna).
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003): *La Teoría del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática* (Madrid, Marcial Pons).
- SUBCOMISIÓN ENCARGADA DE ELABORAR EL ANTEPROYECTO DE LEY ACERCA DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO (1987): “Texto del anteproyecto original de ley interpretativa sobre el art. 19 N° 21° de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, N° 1: pp. 199-201.
- SECRETARIO DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO (1989); *Informa proyecto de ley que regula la actividad empresarial del Estado y sus organismos*, de 28 de septiembre de 1989.
- SILVA CIMMA, Enrique (1995): *Derecho administrativo chileno y comparado. El servicio público* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- SOTO, Eduardo (1996): *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Tomo I (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- SOTO, Eduardo (1993): “Amparo económico y rol subsidiario del Estado”, *Temas de Derecho*, N° 7: pp. 105-136.
- SOTO, Eduardo (2000): “Legitimidad de la distribución gratuita, por un tercero, de un periódico en la red de transporte de Metro S.A. El uso de la marca Metro”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 2: pp. 225-250.
- SOTO, Eduardo y ARÓSTICA, Iván (1993): “La destrucción del Estado de Derecho 1920-1973”, *Revista de Derecho Público*, N° 53/54: pp. 57-116.
- VALDIVIA, José Miguel (2018): *Manual de Derecho administrativo* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- VALLEJO, Rodrigo (2016): “La constitución económica chilena: Un ensayo en (de) construcción”, *Estudios Constitucionales*, año 14, N° 1: pp. 247-290.
- VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego (2008): “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1: pp. 135-156.
- VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (2005): *Derecho constitucional*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VIERA, Christian (2013): *Libre iniciativa económica y Estado social. Análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena* (Santiago, LegalPublishing).
- VIVANCO, Ángela (2004): *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

ZÚÑIGA, Francisco (2001): “Constitución económica y Estado empresario”, *Revista de Derecho público*, vol. 63: pp. 339-374.

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE DE APELACIONES

ASOCIACIÓN DE IMPRESORES DE CHILE CON EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1998a): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de noviembre de 1998, Rol N° 3817-1998.

ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA ASOCIACIÓN GREMIAL Y OTROS CON EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO SOCIEDAD ANÓNIMA (2000a): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 2000, Rol N° 4538-1999.

CORTE SUPREMA

ASOCIACIÓN DE IMPRESORES DE CHILE CON EMPRESA DE CORREOS DE CHILE (1998b): Corte Suprema, 16 de diciembre de 1998, Rol N° 4068-1998.

ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA PRENSA ASOCIACIÓN GREMIAL Y OTROS CON EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO SOCIEDAD ANÓNIMA (2000b): Corte Suprema, 31 de enero de 2000, Rol N° 248-2000.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REQUERIMIENTO FORMULADO POR LA JUNTA DE GOBIERNO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 82 N° 2 DE LA CONSTITUCIÓN, RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE NORMAS PARA RESOLVER LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS (1989): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 80, 22 de septiembre de 1989.

REQUERIMIENTO RESPECTO DEL N° 1° DEL ARTÍCULO 3° DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 6.640, ORGÁNICA DE LA CORPORACIÓN DE FOMENTO DE LA PRODUCCIÓN (1991): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 134, 9 de septiembre de 1991.

REQUERIMIENTO DE UN GRUPO DE DIPUTADOS RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA EL INCREMENTO HASTA LA CANTIDAD DE \$ 3.085 MILLONES, TRANSFIRIENDO TALES RECURSOS, POR MEDIO DE LA MODIFICACIÓN DE LA GLOSA N° 13 DEL PRESUPUESTO NACIONAL VIGENTE, PARA ABSORBER LAS MAYORES PÉRDIDAS OPERACIONALES DE LA EMPRESA NACIONAL DEL CARBÓN S. A (1996): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 249, 4 de noviembre de 1996.

REQUERIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADO POR DIECISÉIS SEÑORES SENADORES RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE AUTORIZA A LA EMPRESA NACIONAL DE MINERÍA PARA TRANSFERIR A LA CORPORACIÓN NACIONAL DEL COBRE DE CHILE LA FUNDICIÓN Y REFINERÍA LAS VENTANAS (2004): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 427, 17 de diciembre de 2004.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY QUE CREA LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2001): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 320, 16 de febrero de 2001.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL PRESENTADO POR LA SOCIEDAD VISAL LTDA. RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY N° 19.542, QUE MODERNIZA EL SECTOR PORTUARIO ESTATAL, EN LA CAUSA CARATULADA “SOCIEDAD VISAL LTDA. CON EMPRESA PORTUARIA DE ARICA”, SEGUIDA ANTE EL PRIMER JUZGADO CIVIL DE ARICA (2006): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 467, 14 de noviembre de 2006.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR JORGE CABEZAS VILLALOBOS Y OTROS TRABAJADORES DE TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE RESPECTO DEL ARTÍCULO DÉCIMO, LETRA H), DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN LOS AUTOS ROL N° 945-2010 SOBRE RECLAMO DE ILEGALIDAD INTERPUESTO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO EN CONTRA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2011): Tribunal Constitucional chileno, Roles N° 1732 y N° 1800 (acumulados), 21 de junio de 2011.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR MARÍA INÉS ROA ARCE RESPECTO DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY N° 18.020 Y DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 151 DE LA LEY N° 18.834, EN LOS AUTOS LABORALES RIT N° O-383-2012, CARATULADOS “ROA ARCE, MARÍA INÉS CON I. MUNICIPALIDAD DE CONCEPCIÓN”, DEL JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE CONCEPCIÓN (2013): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2369, 3 de septiembre de 2013.

NORMAS CITADAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

LEY N° 18.965 (10/3/1990), Impone al Estado la obligación que indica.

LEY N° 18.971 (10/3/1990), Establece recurso especial que indica.

LEY N° 19.718 (10/3/2001), Crea la defensoría penal pública.

CAMPOS MICIN, Sebastián Nicolás (2020): *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el Derecho de contratos* (Santiago, DER ediciones) 251 págs.

La pandemia del coronavirus ha incrementado la literatura jurídica nacional sobre el caso fortuito, la teoría de la imprevisión y otras formas para hacer frente al impacto que circunstancias imprevisibles producen en los contratos. Para un profesor que ya tiene varios años en la docencia y la investigación, resulta estimulante ver que jóvenes académicos publican estudios profundos, originales y con atención a las opiniones que la doctrina chilena actual ha ido elaborando en estos temas.

Este es el caso de Sebastián Campos, joven profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, que ya había publicado lo que fue su tesis de Magíster en Derecho Privado, *Control de Contenido y Régimen de Ineficacia de las Cláusulas Abusivas*, por Thomson Reuters, en 2019, y que ahora nos ofrece esta monografía de especial calidad muy bien editada por DER ediciones.

El libro se compone de dos partes, una para tratar el caso fortuito y otro para lo que en Chile denominamos tradicionalmente teoría de la imprevisión, donde se establecen los criterios interpretativos para afrontar la aplicación del Covid-19 y las medidas de autoridad que la pandemia ha implicado, sobre diferentes especies de contrato.

La obra de Campos se enmarca en lo que se suele nominar Moderno de Derecho de los Contratos que en Chile han difundido sobre la base de las orientaciones de Díez-Picazo y Morales Moreno diversos autores como Álvaro Vidal, Íñigo de la Maza, Enrique Barros, Pamela Prado o Rodrigo Momberg, los que, teniendo en cuenta la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y otros instrumentos de armonización contractual de *soft law*, han propuesto una relectura de nuestro Código Civil con una mirada del contrato distinta a la tradicional. Aun así Campos en varios puntos manifiesta discrepancias con esta visión. Por ejemplo, siguiendo a Cárdenas y Reveco, sostiene que el incumplimiento debe predicarse de la obligación y no del contrato; aunque coincide con que la diligencia se divide en promotora e integradora, sostiene que en obligaciones de medio y de resultado se requiere la diligencia promotora para prever o resistir un caso fortuito y no solo la integradora. Quizás lo más novedoso en esta parte es el análisis que se hace sobre si el impedimento que produce el caso fortuito es temporal o definitivo. Se sostiene que si es temporal se produce una inexigibilidad de la obligación afectada lo que permite a la otra parte suspender también su propia obligación y, habiendo incumplimiento grave, podría este pedir la resolución; en cambio, si se trata de una imposibilidad definitiva total y no imputable, la obligación se extingue, no por la generalización de la pérdida de la cosa debida (arts. 1670 y ss.) sino por aplicación de la máxima *impossibilia nulla obligatio est*. Al extinguirse la obligación no puede hablarse de incumplimiento, pero sí habría extinción de la obligación recíproca por desaparición de la causa, salvo –así lo entendemos– que se trate de una compraventa o permuta de especie o cuerpo cierto donde el riesgo lo asumirá el acreedor o comprador en virtud de los arts. 1550 y 1820.

Es novedosa la interpretación que se hace del art. 1558 inc. 2° que dispone “La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”, y

que según el autor debe interpretarse solo como liberación del deudor de los perjuicios pero no como un desconocimiento de que está en mora y, por tanto, incumpliendo la obligación.

La segunda parte se hace cargo de la regla *rebus sic stantibus* que permitiría variar un contrato aun cuando una de las obligaciones no se hace totalmente imposible sino más costosa, y que tradicionalmente en Chile, siguiendo a la dogmática francesa, denominamos imprevisión, pero que en otros ordenamientos tiene otras denominaciones como excesiva onerosidad sobreviniente, desaparición de la base del negocio, doctrina de la presuposición, o, desde el *Common Law*, frustración del fin de contrato.

El autor, después de señalar que hay reglas en el Código Civil que aceptan la revisión del contrato y otras que lo niegan, concluye que no hay una regla general y por tanto que ella debe buscarse en la buena fe y en la llamada “causa concreta”, es decir, en cómo las partes habrían celebrado el contrato de haber conocido la alteración sobrevinida de las circunstancias, de manera que la revisión o resolución debiera basarse en la voluntad probable de las partes. Adhiere a la solución propuesta para Chile por Momberg y De la Maza, y que se encuentra en los Principios Unidroit (PICC) y en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL), de que ha de privilegiarse la renegociación convencional de los términos del contrato y solo en caso de fracasar podría recurrirse al juez para que revise o resuelva el contrato. En cuanto a la frustración del fin del contrato sostiene que podría aplicarse en nuestro sistema como una forma de resolución por una condición resolutoria implícita, y rechaza que dicha teoría pueda recibirse a través de la nulidad por error, sugerida por el suscrito.

En esta parte se analizan fallos judiciales y pormenorizadamente los diversos proyectos de ley que han intentado introducir la teoría de la imprevisión en Chile.

Lo más interesante y práctico de la monografía se encuentra en lo que inexplicablemente el autor titula como “Epílogo”, cuando en realidad es una tercera parte. Se inicia por un análisis de la pandemia del Coronavirus para determinar si es o no caso fortuito y concluye que en realidad lo que puede constituir ese caso fortuito son las órdenes de la autoridad que se adoptaron para hacer frente a los contagios, aunque señala que en algunos casos la misma plaga podría constituir un caso fortuito en cuanto imposibilidad moral de no poner en riesgo la integridad física personal o de la familia.

Una vez establecido, esto analiza la influencia de estas órdenes en los contratos de arrendamientos de vivienda y de locales comerciales, los contratos de construcción de obra y los de prestación de servicios educacionales. Termina con un análisis de las directrices interpretativas del SERNAC sobre los contratos de consumo.

Lo más interesante en esta parte es lo que se sostiene sobre los contratos de arrendamiento de locales comerciales que no han podido funcionar por las cuarentenas o las órdenes de la autoridad pública que impiden su funcionamiento. El autor, después de referir la polémica que hubo en España entre Carrasco y Pantaleón, piensa que la redacción de las normas del Código Civil chileno abona la idea de que se trata de un incumplimiento del arrendador, al que no obstaría el que fuera no imputable. Para ello usa el argumento basado en el art. 1558 inc. 2° de que el caso fortuito libera al deudor de indemnizar perjuicios, pero no suprime que haya mora y, por tanto, incumplimiento. Con ello, el arrendatario puede, o suspender la obligación de pagar la renta o resolver el contrato, a condición de

que el incumplimiento sea grave. A su vez, aunque no haya incumplimiento por parte del arrendatario, el arrendador podría poner término al contrato invocando la doctrina de la frustración del fin, dado que para él este objetivo sería percibir la renta (habría una condición resolutoria implícita).

Respecto de los contratos de servicios educacionales se muestra en desacuerdo con nuestra propuesta de aplicar el cumplimiento por equivalente que se prevé en las reglas del mandato a las cuales se remite el art. 2118 del Código Civil sobre las profesiones y carreras que suponen largos estudios, porque no se trata del profesor sino de la persona jurídica que sostiene el colegio y además porque los colegios sostenedores no se obligan solo a dar clases sino a proporcionar infraestructura y custodiar a los niños. Estos argumentos no nos parecen convincentes: el art. 2118 se refiere a profesiones liberales que en ese tiempo se prestaban por personas individuales y que hoy se organizan a través de personas jurídicas, pero el servicio sigue siendo el mismo. Por otro lado, el servicio no es dar clases sino educar a los niños y en esa prestación pueden quedar incluida la infraestructura y el cuidado de su seguridad. Aun así, el autor está de acuerdo en que, por el principio de la buena fe, una forma de superar la irresistibilidad del caso fortuito es la adaptación del contrato, que en este caso sería a través de las clases y actividades educativas *online*, pero señala que, en la educación preescolar y escolar, dado el deber de custodia de los alumnos, no se satisface completamente el interés del acreedor, por lo que este podría aceptar la adaptación del contrato o pedir su resolución, mientras que en los de educación superior como los alumnos no podrían ocupar bibliotecas y otros elementos de la infraestructura se configuraría una imposibilidad parcial que daría derecho al acreedor a pedir una reducción del precio.

El libro, por cierto, plantea tesis que pueden ser discutidas y en esto reside gran parte de su valor. Nos parece que existe una cierta inconsistencia en sostener que si hay una imposibilidad total y definitiva no habría incumplimiento ya que la obligación se extingue, mientras que si el impedimento es parcial o temporal sí lo habría. Todo esto fundado en que la mora no desaparece si la demora se produce por caso fortuito, pero esto no lo dice el art. 1558 inc. 2º, que se limita a señalar que si la mora proviene de caso fortuito no da derecho a pedir indemnización de perjuicios. Pero si no da derecho a la indemnización de perjuicios es justamente porque el deudor no está en mora. En el fondo el art. 1558 inc. 2º al hablar de mora no usa la expresión en un sentido técnico como el referido en el art. 1551, sino que la utiliza en el sentido vulgar de retardo o demora en el cumplimiento. Por eso, pensamos si existe una imposibilidad temporal o parcial la exigibilidad de la obligación es suspendida y si la obligación no es exigible no puede considerarse al mismo tiempo incumplida.

También puede discutirse la idea de que proceda de *lege lata* la revisión o terminación del contrato por un cambio imprevisible de circunstancias que alteren el equilibrio económico del contrato, ni siquiera con la idea de que surge para las partes una carga de negociar de buena fe. Es claro que el conflicto deviene cuando las partes ya han fracasado en las negociaciones para adaptar el contrato, por lo que inevitablemente la tarea de “re-escribir” el contrato recaerá en un tercero que es el juez, y esto merma la autonomía de la voluntad y la estabilidad de los contratos de larga duración. Por eso, nos parece que lo más

conveniente es que, cuando se den crisis como la actual, se dicte legislación de emergencia de ayuda y de moratoria de prestaciones contractuales.

Tampoco nos parece convincente la procedencia de la frustración del fin del contrato sobre la base de una condición resolutoria implícita, porque muchas veces no será posible acreditar si efectivamente esa condición existió al momento de celebrarse el acuerdo; y hemos de suponer que las partes discrepan sobre ello.

Finalmente, no se entiende la diferencia que se hace entre contratos de servicios de educación preescolar y escolar con los de educación media, solo porque en los primeros se da un deber de custodia que no se daría en los segundos. La verdad es que el deber de seguridad también existe para instituciones de educación media y cualquier accidente que sufra alguno de sus alumnos puede obligar al establecimiento a responder civilmente.

Aún con estas y otras posibles críticas que puedan hacerse a este estudio monográfico, lo cierto es que Sebastián Campos Micin ha logrado escribir una obra que está llamada a prestar importantes servicios al desarrollo dogmático del derecho de contratos, y lo que es más destacable anuncia una pluma y un talento intelectual que se observa promisorio.

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Universidad de los Andes

VERGARA BLANCO, Alejandro (2019): *Teoría del Derecho: identidad y transformaciones* (Santiago, Ediciones UC) 320 pp.*

Al comentar esta nueva obra del profesor Alejandro Vergara, formularé alguna apreciación crítica respecto de su contenido, como corresponde a una actividad universitaria.

El texto es una amplia y pormenorizada compilación de trabajos de diversa índole, de diversa extensión, algunos de ellos desatados seguramente por disputas de circunstancias, otros en cambio, el resultado de meditaciones más morosas, pequeños ensayos, algunos que semejan monografías, textos, que a veces responden también a solicitudes de organismos públicos; todos los cuales configuran el contenido de este libro. Lo notable del libro es que, a pesar de su apariencia miscelánea, que para quien lo mira con ánimo desaprensivo, semeja una yuxtaposición de trabajos, en realidad, en este conjunto aparentemente tan disímil, tan heterogéneo, tan poco uniforme del trabajo, subyace un conjunto de tesis que permite advertir en él, finalmente, un punto de vista respecto del derecho, sistemático y consistente.

¿Cuáles son, entonces las tesis que subyacen a este conjunto de trabajos, hasta entretjerlo formando, finalmente, una obra que, contra la apariencia, lo que reviste es una obra sistemática desde el punto de vista sustantivo? Se trata de tres tesis que quiero enunciar primero, y luego comentar brevemente: Cada una de estas tesis daría para un larguísimo debate, pero ahora no es el momento de hacerlo. Pero sí corresponde explicitarlas y señalar la dimensión crítica de cada una de ellas. ¿Cuáles son estas tesis?

Ante todo hay en este libro, y en el resto de la obra del profesor Alejandro Vergara, una cierta caracterización del derecho contemporáneo, que es bastante peculiar, original y merecedora de un cierto debate intelectual, a la altura de la formulación que esa tesis posee. El profesor Alejandro Vergara sugiere en este texto, reiteradamente, que el derecho contemporáneo, derecho vigente en Chile hoy, no es un derecho moderno sino un derecho, lo denomina él, “neo-moderno”. Pero, al margen de la denominación que él emplea, lo que él quiere decir es que el derecho chileno, hasta 1980, en una frontera temporal que él traza, sería un derecho moderno, entendiendo por tal un derecho en el que predomina una sola fuente, que sería la ley, la ley sistemática, la ley plenamente deliberada en los órganos de conducción de la comunidad política. Y que, en cambio, a contar de 1980, como consecuencia de una serie de transformaciones que tienen lugar en el Estado, la revolución capitalista, para decirlo en términos algo polémicos, se habría configurado un tipo de derecho distinto, en cambio, a ese monopolizado por la ley y por la voluntad deliberativa de los órganos donde se produce la legislación.

Este derecho “neo-moderno”, así lo denomina, sería un derecho cuya característica central es que sería el producto de cuatro fuentes, que se disputarían entre sí la hegemonía en la producción del derecho. ¿Cuáles serían estas cuatro fuentes que en su conjunto configuran a este derecho “neo-moderno”? Las siguientes: Desde luego, la ley, es decir la producción deliberada de reglas de relación pública; acto seguido, y quizás este sea uno de los

* Transcripción de la exposición oral en la presentación del libro. Santiago, 10 de julio de 2019, Casa Central PUC. Se han eliminado algunas expresiones de circunstancia, realizado leves correcciones y agregado subtítulos.

aspectos más problemáticos de la tesis, pero las buenas ideas son siempre problemáticas, lo que el profesor Alejandro Vergara llama el hecho jurídico; en tercer lugar, la jurisprudencia; y, en cuarto lugar, la doctrina.

Entonces, el derecho vigente en Chile hoy día no sería, como alguien inadvertidamente podría creer, el fruto de la ley que deliberan los órganos de representación popular, sino que sería el fruto, el resultante, del juego concatenado y relativamente azaroso de estas cuatro fuentes: la ley, el hecho jurídico, la jurisprudencia y la doctrina.

Para cualquier jurista, para cualquier profesor de derecho o estudiante de derecho esta sola numeración resulta sorprendente y necesitada de examen y debiera dar origen a un cierto debate, porque los juristas saben que la ley es una fuente formal del derecho; saben también, aunque con alguna disputa, que lo es la jurisprudencia, en el derecho continental. No cabe ninguna duda que la doctrina es una fuente del derecho; es la dogmática centrada en el derecho hoy vigente en Chile, y lo que cabría discutir es qué es el hecho jurídico y en qué sentido puede ser fuente del derecho. Esta es la primera tesis que subyace, entre otras, en el libro.

La segunda tesis, que está relacionada con la anterior, alude a una caracterización del sistema normativo. Es lo que llamamos derecho vigente u orden jurídico, como solía decirse a comienzos del siglo XX. Un sistema normativo es un conjunto de normas que tienen ciertas características lógicas, como completitud, consistencia y transitividad. Pues bien, la pregunta que cualquier jurista se formula es, ¿qué elementos componen al sistema normativo? La respuesta que da el profesor Alejandro Vergara es una respuesta altamente compartida hoy en día en la literatura, aunque igualmente merece una cierta discusión, y es que el sistema normativo se compondría de normas o de reglas, en términos generales, pero también de principios. Los principios serían el componente fundamental a cuyo través se comprende todo el resto de los elementos del sistema normativo. Entonces la pregunta que cualquier lector atento haría es ¿cómo se obtienen los principios? Dejemos también pendiente la respuesta a esta pregunta.

Y la tercera tesis que subyace y entreteje la totalidad y el contenido de la obra, es una tesis respecto del gran debate iusfilosófico que se desenvuelve durante el siglo XX entre iusnaturalismo y positivismo. El profesor Vergara apuesta a una tercera vía entre el iusnaturalismo y el positivismo. Ya insinúa esta última tesis en una famosa disputa epistolar que mantuvo con el profesor José Joaquín Ugarte.

Estas son las tres tesis que subyacen en esta obra y entretejen la totalidad de sus trabajos. De manera que cuando usted lea esta obra se va a encontrar con trabajos más bien breves, algunos bastante extensos, pero en general textos breves; algunos aparentemente de circunstancia, pero se trata de un disfraz porque en realidad todo esto está escrito para desenvolver estas tres tesis que acabo recién de mencionar.

Ahora, ¿qué consideraciones críticas merecen estas tesis? Permítanme decir alguna.

La primera es la denominación de derecho “neo-moderno”. Por supuesto los nombres son nombres y hasta cierto punto son arbitrarios; uno puede escoger el que le plazca, pero es evidente que “neo-moderno” es un neologismo, un neologismo redundante, un pleonismo, porque moderno quiere decir nuevo, luego decir derecho “neo-moderno” es como decir derecho moderno-moderno. Y como esa denominación la usa el profesor Alejandro Vergara, muy inteligentemente, porque de alguna manera él no quiere entrar a la

expresión posmoderno, supongo, o a alguna otra semejante. Me parece que podría discutirse si esa denominación es la más adecuada, sobre todo porque si bien esa denominación tiene alguna utilidad didáctica, que no desconozco, tiene el problema que aísla la tesis del debate. Es mejor denominar al derecho vigente con las características que él reviste, de una manera consistente con la terminología más frecuente en la literatura, porque eso podría sin duda favorecer el diálogo y el debate. Pero, en fin, esta es una nota crítica mínima.

A la hora de efectuar algún examen crítico de un texto, sobra decir, inteligente y muy interesante, me detendría en la caracterización del hecho jurídico. Los juristas suelen llamar hecho jurídico a aquel que produce efectos jurídicos, como la muerte, que produce efectos jurídicos como la apertura de la sucesión. Pero no es a eso a lo que se refiere el profesor Alejandro Vergara; él se refiere a hechos que al margen de las reglas y al margen del sistema normativo, tienen sin embargo, incidencia en el sistema normativo. Como usted comprende, si usted identifica un hecho jurídico como fuente del sistema normativo, cuando le pregunten en qué consiste un hecho jurídico lo que usted no puede decir es que un hecho jurídico es un hecho calificado por el sistema normativo, porque para él se trata de una fuente, en realidad, del sistema normativo.

Esta parece una tesis insólita para quien maneje el concepto de hecho jurídico propio de los civilistas, pero si uno atiende al tipo de influencia intelectual de la que participa el profesor Vergara, me refiero a Emilio Betti en particular, esto no resulta tan extraño; porque para Betti, en el mobiliario del universo, junto a las personas, sillas o lo que fuere, hay algo que se llama hecho jurídico. O sea, en la ontología del universo hay ciertos hechos que son intrínsecamente jurídicos. Esta es una viejísima tesis que tiene influencias de la fenomenología y en el panorama jurídico latinoamericano hay un autor, Carlos Cossio, hoy día olvidado, bastante excéntrico pero muy notable, que sostuvo permanentemente una tesis como esta.

Ahora cuando él habla de hecho jurídico está aludiendo a que en el conjunto de la facticidad hay algunos hechos que son jurídicos *per se*, al margen del sistema normativo. Sin embargo, ¿cómo se constituyen estos hechos jurídicos *per se* al margen del sistema normativo? Es una pregunta que parece de difícil respuesta, y Emilio Betti, y supongo que Alejandro Vergara siguiéndolo, diría que se constituyen al interior de un cierto horizonte hermenéutico, también jurídico, porque el derecho para alguien como Betti no es solo un sistema normativo, es un cierto horizonte hermenéutico, es decir un horizonte de sentido en el cual usted procesa los hechos ante los cuales usted comparece; así como procesamos ciertos eventos como artísticos, por ejemplo, cuando nos miramos desde el horizonte interpretativo estético; así, también hay hechos que se nos revelan como jurídicos, y si los revelamos o miramos, o los examinamos o intentamos dilucidar, hay también un cierto horizonte hermenéutico jurídico. El derecho, en consecuencia, no es un puro sistema normativo, es un horizonte hermenéutico.

La fenomenología de la que participa Emilio Betti enseña que cuando usted ve las cosas, a una persona o lo que fuere, lo ve gracias a un horizonte sobre el cual lo que está mirando usted se recorta. Si usted suprime el horizonte suprime entonces la cosa en la cual está fijando la mirada; luego, lo que le confiere realidad a las cosas es el horizonte sobre cuyo trasfondo usted las mira; entonces el horizonte no es un mero agregado de cosas; es la pantalla sobre la cual las cosas se nos revelan. Si ustedes hacen pie en esta idea no les pare-

cerá tan raro que haya hechos jurídicos al margen de las normas. Podríamos ver al horizonte normativo pero visto como una cierta idea de justicia, por ejemplo, que permitiese que ciertos hechos se nos revelasen como jurídicos y otros en cambio no. Pero a mí me parece que esta tesis, esta interesante idea, requiere un desarrollo mayor. Pero, claro, sería injusto pedírselo al volumen, que tiene un cierto programa de investigación.

En el caso de la jurisprudencia, que es la otra fuente que el profesor Vergara menciona como propia del derecho que él denomina “neo-moderno”, cabría decir lo siguiente. La palabra jurisprudencia tiene en español un uso bastante peculiar, porque en la literatura angloamericana se usa la expresión *jurisprudence* para designar lo que nosotros llamaríamos teoría del derecho; en cambio, en español usamos la palabra jurisprudencia para aludir al sentido concordante que es posible advertir o verificar en un conjunto de fallos judiciales. En un conjunto de fallos judiciales relativo a casos fácticamente análogos, que deciden el asunto en un mismo sentido, decimos “hay jurisprudencia” sobre esto. Esto es lo que llamaríamos precedente en la tradición angloamericana. ¿Se refiere a esto el profesor Vergara cuando dice que la jurisprudencia es una fuente del derecho moderno? No exactamente, más bien a lo que él se refiere es a la labor creativa e intelectual que hacen los jueces para captar los hechos jurídicos del tiempo y lugar dónde la labor jurisdiccional se desenvuelve. Entonces lo que él llama jurisprudencia en realidad es una actividad intelectual, una actividad intelectual tendente a develar los hechos jurídicos del caso sobre los cuales se construirían principios. Es una tesis que está también en Betti y que requiere un examen crítico permanente. Esta idea postula que los jueces ven cosas que ustedes y yo no somos capaces de ver; que los jueces, por alguna extraña razón, tendrían una extrañísima capacidad epistémica de ver hechos jurídicos allí donde nosotros no los vemos. En este sentido, dice el texto, la jurisprudencia podría ser aceptada. Es una tesis intelectualmente desafiante que yo quiero simplemente subrayar a fin de que ustedes, en la Facultad de Derecho, puedan comenzar a discutirla, porque los libros son para eso, para alinear la discusión, no para inclinarse simplemente frente a ellos.

En el tema de la caracterización del derecho contemporáneo, que se considera desde la década de 1980 en Chile, yo sugeriría detenerse en la caracterización del hecho jurídico y en la forma relativamente idiosincrásica en que se utiliza el concepto de jurisprudencia, que no alude exactamente a la jurisprudencia en el sentido angloamericano, sino a jurisprudencia como usualmente se usa en la literatura hispánica. Eso respecto de la primera tesis.

Pero hay tres tesis subyacentes en el texto. La primera, relativa al derecho vigente, y la forma en que se entrelaza el sistema de fuentes, la que acabo de examinar.

La segunda tesis que subyace en este interesante libro es la tesis relativa a los principios, o sea, la idea de que el sistema normativo se compone no solo de normas, en el sentido estricto, sino de normas y principios. Si ustedes revisan la literatura sobre principios, se han escrito ríos de tinta.

Norma o regla –la literatura en inglés prefiere a veces *rule*, pero para nuestros efectos norma o regla va a ser lo mismo– quiere decir un enunciado de conducta binario. Por ejemplo, usted no debe pasar con luz roja. Binario porque frente a una conducta usted tiene dos alternativas. O usted no pasó en luz roja, en cuyo caso respetó la regla; o pasó con luz roja, en cuyo caso cometió una infracción. Luego, las reglas o normas son binarias.

Lo que dice la literatura es que el sistema normativo no se compone solo de enunciados binarios, porque la regla “nadie debe aprovecharse de su propio dolo”, por ejemplo, una viejísima regla del dolo en el derecho occidental no es binaria: usted puede ser más o menos sinvergüenza aprovechándose de su dolo; no es que usted se aprovechó del dolo o no se aprovechó, usted puede hacerlo en mayor o menor medida. En consecuencia, al parecer habría en el sistema normativo enunciados graduales; a estos enunciados graduales suele llamárseles principios. Hasta aquí está de acuerdo la literatura: Aarnio, en el norte de Europa, Dworkin en Estados Unidos, los viejos textos de Esser en el derecho privado europeo, todos están de acuerdo en esta caracterización. Discrepan, sin embargo, a la hora de dilucidar en qué consiste exactamente un principio, ¿de dónde provienen los principios? Estos enunciados graduales, en que usted puede fingir más o menos, que no son binarios, ¿qué dice acá la literatura? Robert Alexy, en derecho constitucional, dice que los principios son mandatos de optimización, que son mandatos del legislador dirigidos a quienes hacen políticas públicas para que maximicen un cierto bien en la mayor medida posible. Ronald Dworkin, en el mundo norteamericano, en un famoso libro “Los derechos en serio”, dice que los principios son en realidad enunciados de moralidad, políticas sociales.

¿Qué dice Alejandro Vergara sobre esto? De nuevo digo que el libro es interesante, entre otras cosas por esto, porque aborda originalmente problemas sobre los cuales tanto se ha escrito. Él caracteriza a los principios no exactamente como enunciados morales en el sentido de Dworkin, aunque Dworkin es uno de sus autores preferidos, ni tampoco caracteriza a los principios al modo de que los caracterizaba cualquier jurista, por ejemplo civilista. Los civilistas dicen que los principios son resultados inductivos de reglas. Ustedes, cuando tienen principios (eso me decían cuando yo estudiaba derecho civil, eso me enseñaban), cuando encuentre una laguna en el sistema normativo, mire todas las reglas e induzca una solución a partir de los casos particulares. A esa inducción le llamaría “principio” cualquier jurista. Pero no es a eso lo que se refiere Alejandro Vergara, y acá de nuevo nos topamos con el tema del hecho jurídico, porque él cuando habla de principios, se refiere –voy a decirlo en términos algo exagerados– a precipitados del *Volksgeist*, espíritu del pueblo, expresión de Savigny, pero que no es extraña a Emilio Betti y a la tradición hermenéutica. ¡Atención! Lo que está diciendo Alejandro Vergara es que la tarea del juez es auscultar el espíritu del pueblo. ¡Auscultar el espíritu del pueblo! ¿Sergio Muñoz [Ministro de la Corte Suprema] auscultaría el espíritu del pueblo? A mí esto me parece muy problemático, porque supone erigir a los jueces en personas que a diferencia de usted o yo tienen línea directa con una realidad que se llama espíritu del pueblo. Y yo creo que el derecho liberal, si algo logra hacer, es resistir al espíritu del pueblo, porque el espíritu del pueblo suele ser torpe, abusivo, grosero; y el derecho lo que hace es civilizar, contener moralmente, entre otras cosas, al espíritu del pueblo, para decirlo políticamente. Pero esta idea de que los jueces son quienes escuchan atentamente, auscultan –¡complicada técnica!– al espíritu del pueblo, a mí me parece, que podría deteriorar alguna de las bases estimables del derecho contemporáneo.

Esta es, quizás, una de las principales críticas de esta muy interesante obra de Alejandro Vergara. Piensen en cualquier juez, al que ustedes no admiren demasiado, e imagínenlo como auscultador del espíritu del pueblo, y tendrán buenas razones para discutir esta tesis.

Esa es la segunda tesis, de los principios. Por supuesto al margen de las exageraciones de esta presentación, el tema de los principios es un tema clave, y yo creo que es uno de los temas más valiosos del trabajo que ha venido realizando el profesor Vergara al llamar la atención acerca de este componente del sistema normativo; de la manera en que se configuran, cómo se obtienen, cómo se discuten los principios. Repito, en la literatura hay dos extremos: si ustedes leen a Giorgio Del Vecchio, un famoso jurista italiano, de la tradición del siglo XIX, los principios son inducciones; si ustedes leen a Dworkin, son reglas de moralidad, o mandatos de optimización como diría Alexy; y, en medio de estos extremos que he trazado se sitúa una tesis intelectualmente original y audaz como la del profesor Alejandro Vergara, la que me parece totalmente digna de ser discutida. Yo creo que esta es una de las principales virtudes de este texto.

Finalmente, se encuentra la tercera tesis. La primera es la caracterización del derecho contemporáneo en base a un sistema de fuentes, que he explicado. La segunda tesis es el tema de los principios, o de los componentes de un sistema normativo. Y, la tercera, la manera en que Alejandro Vergara se sitúa en la disputa entre positivismo e iusnaturalismo.

Yo sé, porque yo estudié en esta Facultad, aunque ustedes no lo crean, que una de las formas de presentar los debates entre los teóricos del derecho es decir que hay quienes son positivistas, personas que se aferran ciegamente a la ley, y iusnaturalistas, que son personas, en cambio, preocupadas de descubrir una cierta legalidad inmanente en la naturaleza. Así se presentan hoy y así se presentaba esto cuando yo era estudiante. Yo tengo la impresión, pero así no la presenta Alejandro Vergara, que esta manera de caracterizar el debate legal como un positivismo relativamente estúpido, por una parte, o sea gente que piensa que un jurista solo tiene que atenerse a la palabra de la ley; a ojos vista es una tontería decir eso, porque la labor del jurista no es decir lo que la ley dice, sino hacer a la ley decir más cosas de las que dice; apartarse, no apegarse; eso hace cualquier jurista inteligente. Y, también, es una mala caracterización del iusnaturalismo decir que está a la búsqueda de principios normativos que están ínsitos en la naturaleza; es una manera desleal de presentarlo. Porque ni el positivismo es tan simplón ni el iusnaturalismo tan absurdo. En realidad, el iusnaturalismo es la reivindicación de la razón práctica, diría yo, es decir, la idea de que en nuestra racionalidad, hay una parte de nuestra razón que nos sirve para saber qué debemos hacer, y que la razón no se considera para describir las cosas sino para saber qué conducta debemos ejecutar. Si uno entiende así a la razón práctica, revalidarla es en realidad la gran divisa del iusnaturalismo, a mí me parece que no habría problema en decir que el iusnaturalismo es una cosa extremadamente valiosa, sin ninguna duda, es una muy buena caracterización de la racionalidad del jurista.

Pero dicho esto, la pregunta es ¿cómo se sitúa Alejandro Vergara en medio de este debate? Nuevamente, Alejandro Vergara recurre al tema de los principios, él más bien se sitúa en una línea semejante, cercana, relativamente amistosa con la tesis de Dworkin en esta materia, porque para Dworkin los principios son enunciados de moralidad; aunque no enunciados de moralidad derivados de instituciones de la naturaleza, hay poca gente que diría tamaña cosa, sino que enunciados de moralidad construidos en un diálogo deliberativo entre iguales. Desde ese punto de vista, Dworkin, cuando elabora la tesis de los principios, ata muy fuertemente el derecho contemporáneo a los ideales democráticos y a mí me

parece que en esa línea tiende a situarse Alejandro Vergara. Aunque me parece difícil conciliar este apego democrático con el apego al hecho jurídico, como delante lo describí, o con el apego a esa tarea del juez; yo creo que ahí hay una cierta inconsistencia e invito al profesor Alejandro Vergara considerar este tipo de tema. En su momento, desde luego, no ahora, pues el diálogo intelectual sobre esto es bastante más largo que la presentación de un libro.

En suma, me parece a mí que estamos en presencia de una obra que solo aparentemente es miscelánea, es decir, es una obra que cuando ustedes la miran superficialmente semeja un conjunto de trabajos, algunos de circunstancias, informes, debates, polémicas de ocasión; pero lo notable del libro es que en él subyacen estas tres tesis que acabo recién de identificar y que entretejen el conjunto de sus líneas haciendo de este un libro valioso, y me parece a mí que contribuye de manera muy importante al debate legal y político en Chile.

CARLOS PEÑA
Universidad Diego Portales

RIQUELME PORTILLA, Eduardo (2019): *El cohecho parlamentario* (Pamplona, Aranzadi) 245 pp.

La obra que Eduardo Riquelme Portilla nos presenta constituye su tesis doctoral, defendida en 2019 en la Universidad de Navarra, bajo la codirección de los profesores Jesús-María Silva Sánchez y Pablo Sánchez-Ostiz, quienes ya desde el prólogo nos advierten que estamos ante una “aportación original y de gran envergadura” (p. 20). Riquelme intenta, con éxito, establecer parámetros que nos permitan distinguir “dónde acaba el juego político y cuándo nos adentramos en la corrupción política”. En su tarea, el autor no ha escatimado esfuerzos y ha logrado una investigación amplia, armónica, integradora y actual.

Si bien existen numerosos trabajos sobre el cohecho, Riquelme lo aborda desde una perspectiva novedosa, pues se ha propuesto afrontar el estudio de sus características distintivas en el ámbito parlamentario. El resultado es una reinterpretación de los delitos contemplados en el título XIX del Código Penal español en **clave parlamentaria**.

La obra consta de ocho capítulos divididos en tres partes y precedidos de una breve introducción. En esta Riquelme describe la crisis institucional actual, producto, en parte, de “la perversión de la función pública de muchos políticos” (p. 23). Ya desde un primer momento se logra visualizar que la intención del autor va más allá del análisis dogmático-jurídico del delito de cohecho aplicado al ámbito parlamentario, le mueve el interés por “reivindicar la labor de los políticos” y con ello fortalecer la confianza en las instituciones democráticas (p. 25).

En el capítulo 1, tras analizar la evolución histórica de los sobornos en España, aborda la denominada **guerra a la corrupción**. En este punto, asume una posición crítica con respecto al empleo de **cualquier** medio para castigar los actos corruptos, pues en Derecho penal son los medios los que legitiman los fines (pp. 38-40). A continuación, Riquelme pone sobre la mesa uno de los factores decisivos en la corrupción parlamentaria: el financiamiento de los partidos políticos (aclara que no todo financiamiento ilegal es sinónimo de cohecho, ni todo financiamiento legal excluye el cohecho).

En el capítulo 2 asume la tarea de describir la función propia de las Cortes Generales. Nuestro autor se pregunta si es más nociva la corrupción de los miembros del Poder Legislativo en un régimen parlamentario que en uno presidencialista o mixto. Pareciera que la respuesta es positiva, pero se trate de uno u otro sistema político –aclara– “la corrupción más destructiva es aquella capaz de formar mayorías” (p. 71).

Antes de ahondar en las particularidades de la corrupción parlamentaria, el autor ve necesario analizar el delito de cohecho en el Derecho Penal español. De este modo, en el capítulo 3, luego de entrar en diálogo con diferentes autores, asume su propia postura, original y convincente, con respecto a diferentes cuestiones como: a) la clasificación tradicional del cohecho, que abandona proponiendo como criterio diferenciador la perspectiva del funcionario/autoridad, o la del agente corruptor; b) asume como bien jurídico protegido el buen funcionamiento de la Administración Pública pero reinterpreta los conceptos de imparcialidad, objetividad y bien común a la luz de la labor de los parlamentarios (cap. 8); c) único ilícito, que podrá ser unilateral o bilateral (pp. 82-83); d) en cuanto al *iter criminis*, no considera imposible la existencia de una tentativa sancionable como tal (p. 92).

De este modo entra en el capítulo 4, en donde desarrolla uno de los puntos más actuales y novedosos de su obra: el **cohecho al candidato o apuesta de cohecho**. Se trata de la situación, no inusual, en la cual se soborna a un candidato al parlamento (antes o después de ser elegido, pero antes de la asunción) para que actúe en beneficio de un interés particular. El autor realiza una propuesta interpretativa que le permitirá afirmar la posibilidad de comprender esta conducta en el delito de cohecho (en el capítulo 8). En este sentido, Riquelme apela a la esfera de protección de la norma y con argumentos de peso acepta la posibilidad de reprochar penalmente el cohecho al candidato. En resumidas cuentas, existen dos momentos en el delito de cohecho: el acuerdo y su cumplimiento. Solo para este último es indispensable la cualificación del sujeto. El acuerdo entre el agente corruptor y el candidato, antes irrelevante, se hace “insoportable al Derecho penal desde que se asumen las funciones públicas” (p. 228).

Otro de los temas centrales de la obra es abordado en el capítulo 5: **el riesgo tolerado en el ámbito parlamentario**. El libre juego político es parte del sistema democrático, del pluralismo “elevado a valor superior del ordenamiento político” (p. 123). De allí que la actividad propiamente política de los legisladores debe, en principio, considerarse como riesgo permitido y ser excluida del tipo delictivo de cohecho. Es decir que el límite entre lo prohibido y lo permitido estará en la recepción de un beneficio no político (generalmente económico) y en la infracción de un deber. Puede ocurrir que el beneficio económico no lo reciba el parlamentario, sino el partido político al cual pertenece. Para Riquelme, en ese caso, “para poder reprochar penalmente a los diputados o senadores, deben tener conocimiento de la trama en la que están inmersos” (p. 139). El autor no aclara qué ocurre cuando el parlamentario desconoce la existencia de un soborno al partido político. Pienso que este punto merece un serio estudio y análisis. En efecto, la intervención de los partidos políticos (receptores de financiación privada, legal o ilegal), su vínculo con quienes desempeñan cargos públicos y la posibilidad de que estos últimos desconozcan los **arreglos** existentes entre el partido y los donantes representa una situación de extrema complejidad, nada inusual, que vale la pena ser estudiada. Posiblemente el artículo 430 del Código Penal Español (CPE) en combinación con el art. 31 bis. sean la clave para poder penalizar estas conductas.

Seguidamente, en el capítulo 6, ilustra las características especiales del parlamentario como político y autoridad pública. Los miembros de las Cortes Generales tienen dos rasgos que los diferencian: pueden solicitar financiación privada para sus campañas y, una vez en el cargo, sus decisiones son discrecionales (puede votar en uno u otro sentido). Estas particularidades, este *ethos* parlamentario “los expone a una *mayor vulnerabilidad* de conflictos de interés” (p. 194). En todo caso, tales conflictos no pueden ser resueltos mediante sobornos.

Para terminar, en los dos últimos capítulos, Riquelme enlaza los conceptos desarrollados previamente y nos conduce hacia sus conclusiones. Uno de sus propósitos era delimitar el ámbito de lo prohibido y lo permitido (cap. 5). El otro, demostrar la mayor antijuridicidad material que representa el cohecho de los miembros de las Cortes Generales con respecto a las demás autoridades públicas. Precisamente de ello se ocupa en el capítulo 7. En este sentido, los parlamentarios son representantes de la soberanía popular, elegidos por la ciudadanía que, por ese motivo, espera un comportamiento honesto (o mí-

nimamente respetuoso de la ley). En consecuencia, la sociedad observa con especial alarma el fenómeno de corrupción parlamentaria (fundamento de política criminal). Además, los parlamentarios no solo tienen deberes negativos (no lesionar), sino también positivos (prestaciones solidarias). Estos últimos son generales (de protección de la institucionalidad pública) y especiales (protección de la institución a la cual pertenecen). De allí que el autor concluya: “estaría entonces en la conjunción de deberes positivos y negativos, acumulados donde podríamos asentar ese *plus* de antijuridicidad material” (p. 204), (fundamento normativo-sistemático). Finalmente, resalta la importancia superlativa de las Cortes Generales en el sistema de gobierno parlamentario (fundamento de Derecho político). El problema que surge es que el reproche penal parece desajustado, valora de igual manera un delito de cohecho común que aquel cometido por un parlamentario. “Hay –se podría decir– un desequilibrio entre la consideración social, el rol que el derecho asigna y el reproche penal” (pp. 207-208). Es este desajuste el que Riquelme intentará resolver con su propuesta de *lege lata* y de *lege ferenda* en el capítulo 8.

Hasta aquí la descripción, inevitablemente incompleta, del contenido de la obra. En cuanto a su valoración, el libro refleja el resultado de una investigación exhaustiva, integral e integrada. Riquelme muestra pleno conocimiento de la materia, y tal dominio se refleja en la búsqueda y formulación de propuestas superadoras.

A mi modo de ver, logra su propósito ampliamente: delimita con precisión el ámbito de lo prohibido y lo permitido en el ámbito parlamentario y demuestra la mayor antijuridicidad material. Estos dos postulados atraviesan toda su obra y sustentan su propuesta final.

Riquelme tiende puentes entre la dogmática penal, la política criminal, el Derecho político y constitucional y todo ello lo aplica con maestría y de forma fluida a la realidad del Parlamento, de los partidos políticos y de los intereses involucrados en la contienda. Por otra parte, me parece que la propuesta del autor invita a continuar las discusiones que el libro afronta. En este sentido, me referiré al análisis efectuado por Riquelme respecto a la concurrencia de deberes negativos y positivos en los miembros de las Cortes Generales, lo que explicaría la mayor antijuridicidad material del cohecho parlamentario. Para nuestro autor, la corrupción hace peligrar la legitimidad de la institución parlamentaria. A partir de esta afirmación, que fundamenta sobradamente, me permito realizar dos breves consideraciones: por un lado, la posibilidad de trasladar esta mayor gravedad del delito de cohecho, cuando involucra a magistrados del Poder Judicial y miembros del Ministerio Público. Si bien es cierto que no son elegidos por la ciudadanía de manera directa (lo que generaría mayor expectativa de comportamiento normativo), también se espera de ellos probidad en el ejercicio de su labor y, además, el dictado de resoluciones motivadas en sobornos deslegítima a toda la institución. A mi entender, no hay contradicción con la propuesta de Riquelme, quien resalta que la corrupción del Poder Judicial “desmorona todo el andamiaje que permite el desarrollo armónico y civilizado de los países, en todo rubro” (p. 71).

La segunda reflexión que me permito a partir de estos deberes **acumulados** en los Parlamentarios se refiere a la antijuridicidad material de la conducta de los particulares en el delito de cohecho. Evidentemente estos no tienen los mismos deberes que las autoridades y funcionarios públicos, no obstante el legislador equipara el reproche penal del *intraneus* y *extraneus*. Esto lo advierte Riquelme (pp. 224-225), aunque acepta que “al menos ante los

ojos del legislador penal”, ambas conductas son de idéntica gravedad. Pienso que el hecho de recibir igual reproche ante los ojos del legislador no convierte a dichas conductas en equiparables. Siendo la antijuridicidad material el reflejo de la dañosidad social lesiva de un bien jurídico, no parece que esta sea idéntica desde la perspectiva del funcionario/autoridad que desde la óptica del agente corruptor, por lo que también estaríamos ante una desproporción entre la percepción social, los deberes y derechos que el ordenamiento jurídico asigna a los particulares y el reproche penal de su conducta.

En definitiva, estamos ante una temática con múltiples aristas y de gran relevancia, que el autor ha sabido plasmar con amplitud y solvencia, realizando propuestas dogmáticas y de política criminal. Como bien lo señala Riquelme “El derecho penal no puede desvincularse del contacto con la realidad” (p. 238). Ese contacto con la realidad traspasa la obra reseñada de principio a fin. Por ello confiamos en que le sigan otras publicaciones y podamos contar con otra obra a la altura de esta.

ROSARIO NOUGUÉS COSSIO
Doctoranda, Universidad de Navarra

ROUSSEAU, Dominique (2019): *Radicalizar la democracia. Propuestas para una refundación. Prólogo de Juan Carlos Henao* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) 202 pp.

En este momento de absoluta ebullición de la protesta social en el mundo, ya sea lo sucedido en Chile en octubre del año 2019, las masivas protestas en Estados Unidos por la causa del asesinato de George Floyd o los fenómenos que han acaecido lugares tan disimiles como El Líbano, Birmania o España, se ha traducido en lengua hispana el libro que hoy se presenta, por parte de la Universidad Externado de Colombia, el cual precisamente gira en la idea del rol del ciudadano en democracia y la relación de esta conexión con el derecho.

El autor Dominique Rousseau es uno de los más influyentes profesores de Derecho Constitucional de Francia, presidente del Tribunal Constitucional de Andorra y uno de los grandes referentes europeos en el tema de justicia constitucional. Ampliamente reconocido en Brasil y Colombia, inexplicablemente no ha sido así en Chile. Sus aportes teóricos han sido múltiples, como la idea de la justificación del juez constitucional como un defensor de la soberanía directa del pueblo plasmada en los textos constitucionales y la idea de regular constitucionalmente el estatuto de los lanzadores de alerta o delatores, en materia de interés colectivo. En este libro, Rousseau busca plasmar una nueva idea de sistema democrático que denomina “democracia continua”, siendo crítico tanto de los sistemas de democracia directa como de representación, por considerar que el ciudadano es solo llamado a un acto eleccionario periódico para luego ser silenciado por el sistema, no teniendo ningún rol en el desarrollo de la práctica política.

El Profesor Rousseau desarrolla una extensa crítica al concepto clásico de representación (pp. 35 ss.), examinando la fusión que provoca del ciudadano con el representante, la cual deja al ciudadano en un estado de alienación durante la vigencia del mandato otorgado. En efecto, el representante deja de ser considerado un mandatario del pueblo para ser considerado el pueblo en sí mismo, cediendo a la idea de la representación civil en donde el representado para efectos jurídicos es el representante, como en un juego de máscaras la representación ciceroniana le pone el disfraz del pueblo al representante y deja al pueblo oculto en un armario, sin poder tomar la voz que le corresponde, así el pueblo desaparece ante la disimulación del representante. Ante esto, Rousseau, reconociendo la necesidad de la democracia de contar con alguna forma de representación, propone dar un giro copernicano al concepto considerándolo como “separación”, estableciendo la presencia permanente de dos cuerpos (el representante y el pueblo). La justificación de la representación fusión se basa en la idea de una incompetencia y de un salvajismo de parte del pueblo como tal, en tanto la idealización de una nación representada por un mandatario depositario de la virtud de la voluntad general, en palabras de Montesquieu “el pueblo no debe tomar parte del gobierno sino para elegir a sus representantes” por ser “enteramente incapaz”. En el fondo, no es más que una mutación de la teoría de los dos cuerpos del rey explicada magistralmente por Ernst Kantorowitz en su obra homónima, en la que el rey era considerado un ser imperfecto en su persona que sufría y erraba, pero a la vez poseía la virtuosidad de la institución real majestuosa e infalible, el pueblo es el cuerpo mortal que falla, sufre y se equivoca, en cambio la nación representada es el ejemplo de la expresión justa e infalible de la voluntad general.

El jurista francés propone a partir de la base de la idea de separación del trabajo quitarle el aura metafísica a la representación (pp. 55 ss.). Esto es, reconociendo la imposible absorción del cuerpo de ciudadanos por parte del órgano representativo, existiendo siempre dos cuerpos separados que participan en el juego político, no obstante, separando su trabajo por temas de índole práctica. Siguiendo los aportes de las ideas revolucionarias francesas, las cuales fueron sometidas ante el centralismo estatal del jacobinismo, se dota al pueblo de derechos que le permiten su acción política permanente. Es así como, a partir de las concepciones del primer momento de la revolución gala, se consideran: la protesta social, la libertad de información y expresión, la posibilidad de agruparse, pero también un derecho a petición ante la autoridad propuesto por Condorcet y la idea de un jurado constitucional (entendido como un germen de control de constitucionalidad de la ley) que regule los excesos que los representantes puedan incurrir al legislar protegiendo la voluntad auténtica del pueblo expresada por el poder constituyente. Rousseau considera contrarios al espíritu francés las derivas anti-judiciales y excesivamente legicentristas que exaltan la figura del legislador representante.

El ensayista continúa centrándose en el concepto de pueblo y lo sitúa en el mundo de lo jurídico en su relación a la Constitución. Se deja claro que, no se sigue la teoría del Abad Sieyès sobre una temporalización de momentos de un pueblo que tiene una existencia natural como sujeto político colectivo, o la continuación de esta teoría elucubrada por Carl Schmitt en donde el pueblo tiene que ver con la homogeneidad étnica basada en un supuesto derecho natural identitario. Ambas teorías tienen en común que hablan de la anterioridad del pueblo como sujeto político en relación con la Constitución como norma y como símbolo, en lo que el profesor Rousseau denomina “Una ilusión con buen fundamento”.

Rousseau nos propone no considerar al pueblo como una realidad objetiva, invitándonos a recuperar la separación hecha por Marco Tulio Cicerón en *La República* que opone por un lado a la muchedumbre (*multitudo*), como conglomerado amorfo de individuos y al pueblo (*populus*) que no tiene existencia si no es una vez constituido mediante un acuerdo ordenado por el derecho. Tomando una postura relacionista del pueblo, alejándose del mecanicismo sieyesiano, considera que el pueblo se construye como entidad política a través del acuerdo constitucional, es decir la construcción de un grupo de individuos hacia su autocoñocimiento como entidad política. Asimismo, según el autor, la Constitución no solo construye al pueblo como cuerpo político, sino que también los liga individualmente a través de la unión que genera entre ellos al reconocerlos como depositarios de los mismos derechos y por tanto sujetos legitimados para actuar en todo ámbito de la sociedad, desarrollando una concepción que escapa del dogma liberal individualista de los derechos fundamentales.

Ante un pueblo identificado y fundado como sujeto político colectivo e individual, indispensablemente la Constitución no puede mantenerse monolítica e inmóvil, se convierte en un elemento móvil y vivo que debe buscar siempre avanzar en el otorgamiento al ciudadano de las prerrogativas necesarias, para el momento determinado, que le permitan mantener este estatus institucional sea individual o colectivo. Rousseau en este punto soluciona el problema a través de un llamamiento a la justicia constitucional, que se convierte en el protector de esta condición de ciudadano depositario de derechos, y que a través de su acto de “decir el derecho” (interpretando, desentrañando y optando por un sentido de la

norma) le otorga su carácter vivo, el autor señala: “Es precisamente el trabajo jurisdiccional el que hace de la constitución un acto vivo y la enriquece a cada momento con nuevos derechos”, ejemplificando esto con la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, que a través del derecho a la libre comunicación de sentimientos y opiniones, contenido en el artículo 11 la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, reconoció el derecho de los lectores a conocer los dirigentes de medios de prensa y el financiamiento de los medios y el libre derecho al acceso a internet.

Asimismo, el autor considera que los derechos del hombre (en contra de teorías que los consideran individualistas y antipolíticos como el pensador francés Marcel Gauchet al que Rousseau rebate en el libro) dan paso al espacio político, poniendo en relación con las personas entre sí. En este aspecto, el libro considera que, en todo derecho en su etapa pre-normativa se reconocen tres momentos. La primera etapa, en que la reivindicación de un derecho pasa ese momento marginal en que termina por poner en relieve una fuerte contradicción social, es decir una que podría poner en tela de juicio toda la sociedad, pero a través de la técnica jurídica es asumida la contradicción, transformándola y tratándola, sin que la contradicción desaparezca, muta de forma; así, ha perdido su fuerza destructora, quedando inscrita en el sistema de regulación jurídica. La segunda etapa, es la cual en que la reivindicación se presenta en una relación de coherencia con los derechos preexistentes y por tanto se reconoce como una expansión natural de los derechos constitucionales vigentes. Por último, el Derecho se aleja del mensaje de la rebeldía política, deja de ser una reivindicación social y se consolida como un Derecho constitucional moldeado en la clave jurídica y del lenguaje del Derecho.

Resulta también interesante resaltar el rol que Rousseau le reconoce al juez, en particular al juez constitucional, ya que tradicionalmente la discusión en torno a los jueces ha sido resaltar su carácter contramayoritario (el *motus classicus* es *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* del jurista americano Alexander Bickell). En cambio, en este tratado el autor le otorga al juez un rol central dentro del modelo democrático, lo reconoce como el garante necesario de los derechos de los ciudadanos en contraste con las derivas de las mayorías de los mecanismos de la democracia directa, lo cual constituye un hecho de actualidad ante los desvíos bonapartistas en el uso de referéndums por algunos gobernantes. Asimismo, reconoce al juez constitucional como catalizador de cambios sociales, como lo mencionamos anteriormente, al actualizar los derechos haciéndolos coincidir con las necesidades presentes. La justicia es concebida como la institución por excelencia de la democracia continua. Son los jueces, los que han permitido el reconocimiento de nuevos derechos, poniendo de relieve al pueblo de los ciudadanos contra el pueblo-cuerpo político. La justicia permite mediar en el ejercicio del poder, contra la brecha existente entre los representantes y los representados. Además, los jueces reintroducen la visión a largo plazo y sopesada distanciándose con la inmediatez y el tiempo corto de la emoción y del pánico, tan visto en momentos de excepción constitucional, por ejemplo, en el respeto de los principios constitucionales.

En suma, el libro presenta un interesante cruce entre la democracia y el derecho, parece paradójico que hoy en día una propuesta de “radicalizar la democracia” venga de la mano con darle primacía al derecho, potenciar el rol de los jueces y considerar la construcción

normativa en un lazo relacional con la propia génesis del pueblo como sujeto. Así es como, la propuesta de Rousseau es audaz y digna de analizar al dar una respuesta a la crisis de la representatividad política a través de la mediación del derecho y su interprete final: el juez.

TOMÁS DE REMENTERIA VENEGAS
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

SUSSKIND, Richard (2019): *Online Courts and the Future of Justice* (Oxford, Oxford University Press) 368 pp.

La pandemia del Covid-19 intensificó la urgencia por implementar digitalización en procesos sociales. El trabajo, la educación, la salud y la justicia están sufriendo cambios fundamentales producto del uso de la tecnología como forma de mantener la continuidad y resguardar la salud de las personas durante la pandemia. En el caso de la justicia, las necesidades de reducir los trámites presenciales, de eliminar el papel y mantener la intermediación a distancia pusieron una dificultad mayor al momento de adecuarse a tiempos digitales.

A la necesidad de digitalizar la justicia hay que sumarle la carga de trabajo que ya traían los tribunales producto de la judicialización de asuntos jurídicamente irrelevantes, como cobros o alzas de planes de Isapre, en las cuales no se aprovechan al máximo las funciones deliberativas de un juez. En la mayoría de sus competencias, los tribunales están sobrepasados de trabajo.

Es en ese sentido, la pandemia no alteró la necesidad de digitalizar y automatizar la función jurisdiccional, sino que la hizo más urgente. Se evidenció la necesidad de implementar tecnología al proceso judicial y para ello es fundamental delimitar un marco general de aplicación.

El profesor Richard Susskind, de la Universidad de Oxford ha pasado más de 30 años investigando la interacción entre el derecho y la tecnología. Un recorrido que empezó con su tesis doctoral en el uso de inteligencia artificial, particularmente sistemas expertos, en la resolución de conflictos; hoy centra su trabajo en implementar mejoras cuantitativas y cualitativas al sistema de justicia en general con herramientas de digitalización y automatización.

Susskind ha sido constante en publicar respecto a los cambios sociales y jurídicos acaecidos por la tecnología. Autor de *The Future of Law* en 1998, *Transforming the Law* de 2000, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services* de 2008, *Tomorrow's Lawyers* en 2013 y *The Future of Professions* en 2015, todos publicados por Oxford University Press. Obras en donde predice los cambios que sufrirá la profesión legal y hace recomendaciones a quienes esperan desarrollarse en dichas áreas y a quienes esperan mantenerse vigentes.

En este caso analizamos su última obra, *Online Courts and the Future of Justice*, publicada en 2019. En los agradecimientos del libro, el autor bromea al decir que está escribiendo el mismo libro cada cuatro años, sin embargo, tiene razón al referirse que ha insistido por más de tres décadas con el mismo mensaje: podemos y debemos usar tecnología para mejorar la práctica del derecho y la administración de justicia (p. ix).

Con un estilo de escritura sencillo y convincente, en 28 capítulos el autor logra transmitir su experiencia y reflexiones personales en las implementaciones tecnológicas en procesos judiciales. Consciente e intencionalmente se aleja de hacer un estudio detallado de las implementaciones y, más bien, se enfoca en justificar la necesidad de implementar tribunales *online*.

En la primera parte introduce la importancia de las cortes para la vida social, el imperio de la ley –o *rule of law*– y temas de acceso a la justicia.

Tal como describe el autor, su principal motivación para tribunales *online* está en la eliminación de las injusticias manifiestas, sean estas sustantivas, procesales o de otro tipo

(p. 89). Por eso, hace un llamado a adoptar tecnologías que, en modestos incrementos, permiten avanzar en la eliminación de injusticias (p. 90).

Sin embargo, el libro no se limita a la mera enumeración de implementaciones técnicas ni solo a recomendaciones. Más bien, hace referencia a las discusiones desde un punto de vista clásico, con citas a autores como Bentham, Aristóteles, Sen, Hobbes, Rousseau, Kant, Locke y Rawls, entre otros. El autor llega a la siguiente conclusión: la implementación tecnológica requiere una justificación filosófica jurídica del valor que le otorga al proceso y a la idea de justicia los tribunales *online*. En ese sentido, la propuesta del libro es esencial y se basa en que el proceso judicial requiere de tribunales *online* como herramienta para subsanar el estado de injusticia.

Para determinar las áreas donde puede haber injusticia y, dicho en positivo, las áreas donde debe centrarse el foco del trabajo de la implementación de tecnología en las cortes, Susskind identifica siete conceptos de Justicia bajo la ley (p. 73): Justicia Sustantiva (decisiones justas), Justicia Procesal (proceso justo), Justicia Abierta (transparencia), Justicia Distributiva (abierta para todos), Justicia Proporcional (debidamente equilibrada), Justicia Ejecutiva *–enforceable–* (respaldada por el Estado) y Justicia Sostenible (con recursos suficientes).

En la segunda parte, Susskind hace una pregunta genial ¿los tribunales son un servicio o un lugar? sin adelantar la respuesta para los futuros lectores (*spoilers*), en el contexto de la respuesta se adentra en los sistemas de *Online Dispute Resolution* (ODR) y los replantea como parte de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) a pasar a ser complementarios a estos. Este acercamiento a la justicia online es clave, ya que el autor logra desmarcarse de la dualidad en la discusión sobre tribunales tradicionales frente a tribunales digitalizados y se pregunta cuáles elementos de los ODR pueden ser incorporados en la actual justicia.

Sin embargo, el autor reconoce las limitadas posibilidades de la justicia online y explicita que, independientemente de las buenas intenciones y un correcto diseño, esta no será capaz de resolver todas las necesidades del reconocimiento de los derechos individuales, y hacerlos valer (p. 107).

En la tercera parte el autor se adelanta y, tal como lo hizo Alan Turing en su clásica sección 6 de *Computer Machinery and Intelligence*, responde las principales críticas que podrían aparecer a su planteamiento de implementar cortes *online*. De esta manera, Susskind va respondiendo a posibles argumentos contrarios a la implementación tecnológica; el principal es: “lo perfecto es enemigo de lo bueno”, cuestionamientos al levantamiento de datos y la conveniencia para los funcionarios de una corte. Además, se hace cargo de que la justicia *online* es principalmente para gente con menos recursos y por ello es una justicia de menor calidad, lo que traería problemas de transparencia, juicios justos y, por supuesto, la posible exclusión de ciertos grupos con menos conocimiento de herramientas digitales.

En la cuarta y última parte, Susskind habla del futuro, hace predicciones sobre las tecnologías emergentes en áreas como telepresencia, realidad aumentada, realidad virtual e inteligencia artificial. A este último punto le dedica mayor extensión, haciendo un relato de las diferentes olas de implementación de inteligencia artificial legal y explicita sus dificultades actuales en la implementación o reemplazo de jueces.

Es importante recalcar que el autor cambia su idea sobre jueces automatizados: “I was genuinely horrified in the mid-1980s at the idea of a computer judge. I am not now” (p. 292).

En el libro que nació de su tesis doctoral, *Expert Systems in Law: A jurisprudential Inquiry*, rechazó absolutamente a la idea de jueces computacionales o jueces robots. En su último libro reconoce un valor distinto a la implementación de automatización en las funciones que realiza un juez. El cambio de opinión es clave, ya que el trabajo de Susskind era constantemente citado argumentando contra la existencia de jueces robots. Cabe, además, destacar que este cambio de opinión es un ejemplo significativo para otros académicos, lo que permite ayudar a normalizar la evolución de opiniones.

Ahora, el autor recalca la idea que la justicia tiene un lado humano importante de mantener e incrementar. No solo debe buscarse la eficiencia con la implementación de cortes *online*, sino que también deben buscarse herramientas que permitan mejorar la cercanía, reducción de sesgos y transparencia.

Es relevante destacar que la lectura de la presente obra no beneficia únicamente a aquellos interesados en el futuro de los tribunales de justicia y la litigación, sino que a todos aquellos que tienen un sincero interés en el futuro de la justicia. La discusión profunda que presenta el autor respecto de la implementación de tecnología en sistemas de justicias es fundamental para prepararse intelectualmente para los cambios que vienen en materias jurídicas.

Finalmente, es de mayor utilidad el *checklist* del final del libro, que, basado en 8 pilares, enumera 30 puntos claves a tomar en consideración al introducir tecnología a las cortes (p. 303), el cual puede ser útil para cualquier implementación. El libro es un *sine qua non* para aquellos que trabajen y estén interesados en la justicia y su futuro.

MATÍAS ARÁNGUIZ VILLAGRÁN
Shanghai Jiaotong University

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A CONSUMIDORES FINANCIEROS EN JUICIOS DE INTERÉS COLECTIVO. EL OLVIDO DEL CASO SERNAC CON CENCOSUD

COMPENSATION FOR DAMAGES TO FINANCIAL CONSUMERS IN CLASS ACTIONS. THE OBLIVION OF THE CASE SERNAC V. CENCOSUD

MATÍAS PONCE MÁRQUEZ*

RESUMEN: En el presente trabajo se comenta la sentencia de la Corte Suprema de fecha 21 de enero de 2019, en causa rol N° 34.507-2017, en la que el máximo tribunal, siguiendo lo resuelto por los tribunales inferiores, declaró abusivas una serie de cláusulas de los instrumentos de adhesión del proveedor, pero rechazó la indemnización de los perjuicios provocados a los consumidores por el aumento de la comisión de mantención del crédito, declarando que no existía prueba del daño. Se sostendrá que lo último no es acertado, sobre la base de la comparación del presente caso con la sentencia en Sernac con Cencosud y de la idea de que el rechazo de la indemnización de perjuicios no obedece a una falta de prueba del daño sino a la dificultad de su cuantificación.

Palabras clave: juicio colectivo, daño, indemnización, consumidor, productos financieros.

ABSTRACT: The present work comments the sentence dictated by the Supreme Court with date January 21st, 2019, in case N° 34.507-2017, in which the Court, following the decision of the lower courts, declared unfair some of the terms in the standard form contract issued by the supplier. However, the Supreme Court rejected the compensation for damages caused to consumers because of the increase in the credit maintenance fee, stating that there was no proof of the damage. It will be argued that the latter is not accurate, based on the comparison of the present case with the ruling of Sernac v. Cencosud's case and the idea that the rejection of the compensation for damages is not linked to a lack of proof of the damage but to the difficulty of quantifying it.

Keywords: class action, harm, compensation, consumer, financial products.

INTRODUCCIÓN

La asimetría entre contratantes propia del derecho del consumo se ve extremada en el mercado de servicios financieros¹. La elevada complejidad técnica de los contratos y con-

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster (c) en Derecho Privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Rafael Cañas 71, Providencia. Correo electrónico: matias.ponce@ug.uchile.cl. Número Orcid: 0000-0003-2720-8007. Agradezco sus valiosos comentarios al profesor Hugo Cárdenas, los cuales me ayudaron a determinar la orientación final que siguió este trabajo; y a José Luis Pismante, con quien discutí inicialmente la sentencia objeto del presente comentario.

¹ LORENZINI (2012) p. 268.

diciones generales de la contratación en tal ámbito dificulta su comprensión por parte del consumidor, propiciando un escenario fértil para prácticas vulneradoras de sus derechos².

Atendidas la masificación y diversificación del mercado financiero, las prácticas abusivas en esta esfera comúnmente afectan a un número importante de consumidores; desde ahí que sean reclamadas mediante acciones de interés colectivo. Estas persiguen, por regla general, que se declaren como abusivas ciertas cláusulas del respectivo contrato y que se indemnizen los perjuicios provocados a los consumidores. Un caso paradigmático en la materia es Sernac con Cencosud³, pronunciamiento que suscitó un gran interés jurídico por abordarse en él diversos e importantes temas⁴, varios de los cuales se presentan también en el caso objeto del presente comentario.

El objetivo de este trabajo es analizar críticamente una sentencia de la Corte Suprema en la que resolvió rechazar la acción indemnizatoria por el aumento del costo de la comisión de administración asociada a la tarjeta de crédito, comparando tal decisión con el pronunciamiento del mismo tribunal en el caso Sernac con Cencosud. A partir de ello, y de la revisión de la normativa y doctrina atingente, se busca aportar lineamientos que permitan arribar a una solución distinta a la del rechazo de la reparación para los consumidores. Se trabajará en base a las hipótesis de que la Corte Suprema observa un retroceso respecto de la forma en que falló en Sernac con Cencosud y de que el rechazo de la pretensión resarcitoria representa una respuesta errada ante la dificultad de cuantificar el daño.

Con tal propósito, primero se presentará una síntesis del caso que se comenta (I); luego, se expondrán las similitudes entre este y el caso Sernac con Cencosud y se revisarán las particularidades de la prueba y del cálculo del daño en el derecho del consumo y en acciones de interés colectivo (II) y; finalmente, en base a lo anterior, se ofrecerá un análisis respecto de la forma en que se resolvió el caso objeto del comentario (III).

I. EL CASO Y LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL N° 34.507-2017, DE 21 DE ENERO DE 2019

1. HECHOS RELEVANTES Y DEMANDA

El caso que se analiza se inició por una demanda interpuesta por el Sernac en contra del proveedor Financiera La Elegante S.A.C. Ltda. (Sernac con La Elegante)⁵, en la que, entre otras cuestiones, se solicitó se declararan abusivas y consecuentemente nulas una serie de cláusulas del Contrato de Afiliación al Sistema de Crédito La Elegante y del Reglamento del Contrato de Afiliación al Sistema de Crédito La Elegante, además de la indemnización de los perjuicios causados a los consumidores.

Por lo que respecta al objeto de este comentario, la cláusula 12° del reglamento permitía a la empresa modificar unilateralmente las condiciones de uso y/o beneficios o limitaciones del sistema de crédito, pudiendo el proveedor alterar, entre otras cosas, el valor

² SAN MARTÍN (2013) p. 144.

³ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CENCOSUD ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A. (2013).

⁴ BARRIENTOS (2014); TAPIA (2014); PINOCHET (2013); CORRAL (2013b); BARRIENTOS (2013); CAPRILE (2013).

⁵ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON FINANCIERA LA ELEGANTE S.A.C. LTDA. (2019).

de la comisión por administración del crédito, la que fue aumentada desde \$370 en 2004, hasta \$790 en 2009. Tal alza, en atención al contenido de la cláusula comentada, debía ser informada mediante los servicios de atención al cliente y se entendía aceptada por el consumidor por el hecho de ocupar la tarjeta de crédito y/o la línea de crédito, e incluso, sin ocuparla, por el acto de pagar la cuota mensual.

2. SENTENCIAS DE 1º Y 2º INSTANCIA

El 3º Juzgado Civil de Coquimbo dictó sentencia condenatoria en contra del proveedor, declarando abusivas y consecuentemente nulas y de ningún valor las cláusulas impugnadas, tanto del contrato como del reglamento, aplicando además una multa de 120 UTM a la demandada. Con todo, rechazó la indemnización de perjuicios.

Dedicó a aquel último asunto una breve reflexión –considerando 21º– sosteniendo, en definitiva, que no se acreditó la existencia de perjuicios ni se probó el monto del daño causado a los consumidores, no existiendo a su juicio prueba alguna que diera cuenta del cobro excesivo que se demandaba. De este modo, se desestima como antecedente relevante el reporte compensatorio, elaborado por el Sernac, en el que se detallaba el aumento de las comisión por mantención, con indicación del periodo de aplicación y monto del alza –objetado por la demandada solo en atención a la parte de la que emanó el informe–; tampoco se tuvo en cuenta los 53 formularios de atención al público acompañados –algunos con las respectivas cartolas de los clientes reclamantes que mostraban el cambio del valor de la comisión de administración–, ni los testimonios de los consumidores que se presentaron a declarar, pruebas que estima el tribunal son demostrativas solamente de un malestar de los consumidores hacia el proveedor. Adiciona como argumento para negar la acción reparatoria el hecho de que ningún consumidor había concurrido dentro del plazo legal a hacerse parte de la demanda o a hacer reserva de sus derechos.

Contra dicha sentencia, el Sernac interpuso recurso de apelación, siendo este rechazado, confirmándose el fallo impugnado en todas sus partes por la Corte de Apelaciones de La Serena.

3. RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO Y SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El Sernac interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia del tribunal de segunda instancia. Como antecedentes y fundamentos del recurso se señala la prueba del daño sufrido por los consumidores rendida en el juicio, esto es, los 53 formularios de atención al público y sus anexos con las respectivas cartolas de los clientes afectados, la prueba testimonial y el reporte de compensación elaborado por el Sernac.

La Corte Suprema, en lo que atañe a la acción indemnizatoria, sostiene que los presupuestos fácticos de su rechazo fueron establecidos por los jueces del fondo, por lo que la pretensión anulatoria solo resulta viable en la medida en que se demuestre que ellos han sido erróneamente establecidos –párrafo final del considerando 16º–. Seguidamente dedica varias líneas a explicar el sistema de valoración de la prueba conforme la sana crítica –considerandos 18º y 19º–, para concluir escuetamente –considerando 20º– que el recurrente, sin perjuicio de acusar tal sistema infringido, no precisó de qué manera se habían vulnera-

do las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado; indicando en definitiva que esta circunstancia obligaba a desestimar el recurso.

Sin perjuicio de que en principio el rechazo del recurso se sustente en aquel fundamento de carácter procesal, el máximo tribunal, en el considerando 16° ya aludido, revela los razonamientos que subyacen a su decisión. Ello, por cuanto sostiene que “[l]a posibilidad de dirigirse contra el proveedor y pedirle una reparación o indemnización por los daños materiales y morales derivados de dicho incumplimiento impone al sujeto activo la necesidad de acreditar la concurrencia de los requisitos que hacen procedente tal reparación, exigencias que deben ser satisfechas considerando las prescripciones que el Derecho Común establece”⁶.

De tal suerte, el máximo tribunal persiste en el rechazo de la pretensión reparatoria argumentando que los perjuicios debían probarse conforme las reglas del derecho común, dejando firmes y reproduciendo latamente los razonamientos de los tribunales de instancia, consistentes en considerar la prueba aportada como evidencia solo de un descontento de los consumidores, en la no comparecencia de estos en el procedimiento y en la falta de prueba precisa y pormenorizada del perjuicio concreto experimentado por ellos.

II. SIMILITUD ENTRE CASOS Y PROBLEMAS DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN JUICIOS DE INTERÉS COLECTIVO

1. ASPECTOS COMUNES EN SERNAC CON CENCOSUD Y SERNAC CON LA ELEGANTE

Como se sabe, Sernac con Cencosud constituye un caso de especial relevancia en materia de juicios colectivos de consumo financiero⁷. Este trató sobre la declaración como abusivas de dos cláusulas de los instrumentos de adhesión para el uso de la tarjeta de crédito del proveedor. Una de ellas, por autorizar la modificación unilateral del contrato, otorgando valor al silencio; la otra, por permitir la suscripción de mandatos irrevocables en blanco para facilitar el cobro por parte del proveedor. Como resultado del procedimiento, además de la declaración de las cláusulas indicadas como abusivas, el proveedor fue obligado a restituir los pagos realizados por los consumidores a consecuencia del alza unilateral del costo de la comisión mensual de la tarjeta de crédito, de \$490 a \$990, con reajustes e intereses⁸. La Corte Suprema resolvió que habían sido afectados por tal aumento todos los adherentes que tenían la tarjeta Jumbo Más, sin perjuicio de que no se rindiera prueba específica respecto de ningún consumidor en particular de los más de 600.000 involucrados.

Por su parte, en Sernac con La Elegante el proveedor también incluyó en sus instrumentos de adhesión cláusulas que le permitían la modificación unilateral de las condiciones de uso del crédito y la suscripción de mandatos irrevocables para facilitar el cobro de las

⁶ *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON FINANCIERA LA ELEGANTE S.A.C. LTDA.* (2019), considerando 16°.

⁷ BARRIENTOS (2019) p. 127.

⁸ El fallo es confuso respecto de si la indemnización comprende, a título de daño emergente podría entenderse, la devolución de lo pagado de más o si se ordenó la restitución como efecto de la nulidad declarada, consistiendo la indemnización de perjuicios en el establecimiento del reajuste y de los intereses. En esta última posición, TAPIA (2014) p. 62; BARAONA (2020) p. 422. Se abordará seguidamente la materia, de manera breve, atendida la extensión de este trabajo.

deudas de los clientes; asimismo, la comisión de administración del crédito fue aumentada desde \$370 en 2004, hasta \$790 en 2009.

En lo que importa al presente comentario, se debe destacar que en ambos casos los proveedores fueron demandados por el aumento de comisiones a los consumidores y por la presencia en sus instrumentos contractuales de cláusulas que los autorizaban para tal modificación unilateral; las que, además, son especialmente similares⁹. En efecto, en aquellas se autorizaba al proveedor a modificar las condiciones del servicio, la que se entendía aceptada por el consumidor a partir de su uso con posterioridad a tal alteración. La principal diferencia radica en la forma de comunicación de la modificación realizada por el proveedor; mientras en el primer caso debía notificarse por escrito, en el segundo se debía informar mediante el servicio de atención al cliente. Así, en Sernac con La Elegante los consumidores quedaban en una situación incluso más desmejorada que en Sernac con Cencosud, pues mientras en este caso el proveedor al menos debía dejar registro escrito de la modificación ejecutada, en aquel el mecanismo de notificación era vago y no especificaba un soporte a través del cual se realizaría (la alusión al servicio de atención al cliente permite, por ejemplo, realizar la notificación por llamada telefónica, publicación de avisos en las sucursales, entre otros mecanismos que no dejan registro para el consumidor)¹⁰.

Visto lo anterior, corresponde apuntar que en Sernac con Cencosud la Corte Suprema concedió la acción indemnizatoria, la que fue rechazada en Sernac con La Elegante. La pregunta que surge entonces es cómo se llegó a soluciones tan distintas en lo relativo a la reparación hacia los consumidores en casos con tal grado de similitud. Con el propósito de responder tal interrogante, en lo sucesivo se contrastará la forma en que dicho tribunal resolvió la pretensión reparatoria en uno y en otro fallo. Para realizar tal comparación, conviene previamente referirse a los problemas que presenta la prueba y evaluación del daño en el derecho del consumidor en general y, en especial, en las acciones colectivas (2) y la prueba y evaluación del daño en materia de consumo financiero (3).

⁹ La cláusula 12° del Reglamento del Contrato de afiliación al Sistema de Crédito de La Elegante disponía: “Toda variación que afecte las condiciones de uso y/o beneficios o limitaciones del Sistema de Crédito La Elegante a través de sus formas, será informada al cliente a través de los Servicios de Atención al Cliente; con todo, si efectuada una modificación al sistema de crédito como asimismo a las condiciones que se contienen en este Reglamento se entenderán de derecho aceptadas por el cliente, si después de efectuada esa modificación, este hace uso del sistema de crédito, de su tarjeta de crédito y/o cualquiera otra forma de empleo de la línea de crédito otorgada por La Elegante S.A.C. Ltda. como asimismo si efectúa cualquier pago de cuotas”. Por su parte, la cláusula 16° del Reglamento del Contrato de Tarjeta Jumbo MAS rezaba como sigue: “Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario, entendiéndose que éste acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”.

¹⁰ En este sentido, la cláusula puede ser también analizada desde el punto de vista de su no incorporación por falta de transparencia. Al respecto, HERNÁNDEZ y CAMPOS (2020).

2. PRUEBA Y AVALUACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y, EN ESPECIAL, EN LAS ACCIONES COLECTIVAS

Para ser indemnizado, el daño y su cuantía deben ser probados en el juicio¹¹. Dicha comprobación recae comúnmente en el demandante, a quien corresponde aportar los antecedentes que permiten acreditar la certidumbre y la relación directa del daño con el hecho ilícito, en aplicación de la regla general del artículo 1698 del Código Civil¹².

Lo indicado resulta acertado y adecuado en el esquema tradicional de la acción individual de responsabilidad civil. Sin embargo, deben hacerse algunas precisiones en lo que concierne al derecho del consumidor y a la acción de protección de intereses colectivos.

En primer lugar, corresponde indicar que en el derecho del consumidor se suelen utilizar reglas probatorias especiales, teniendo en cuenta la asimetría existente entre proveedor y consumidor¹³. En lo tocante a la carga de la prueba, como se indicó, esta corresponde por regla general al demandante; no obstante, en el ámbito del consumo se distribuye de una forma distinta, pudiendo radicarse en el proveedor la obligación de proporcionar antecedentes que sirvan para precisar los hechos alegados, por razones de justicia –no desproteger al consumidor ante la negativa injustificada del proveedor de colaborar cuando tiene en su poder los antecedentes que permiten acreditar un hecho– y de eficiencia –los costos de producción de la prueba son menores cuando quien la tiene se ve obligado a aportarla–¹⁴.

En juicios de interés individual, la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC), en el inciso quinto del artículo 50 H –regla incorporada por la ley N° 21.081– contiene una importante norma en el sentido expuesto, que permite al juez distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad que posea cada una de las partes, quienes asumen las consecuencias que pueda generar la ausencia o insuficiencia del material probatorio. A partir de tal disposición y del artículo 16 de la ley N° 18.287, que otorga al juez la facultad de decretar las diligencias probatorias que estime pertinentes, se puede notar que el principio de aportación de parte se ve afectado en esta área del derecho, otorgándose iniciativa en materia probatoria al sentenciador¹⁵.

En segundo lugar, corresponde detenerse en las acciones de interés colectivo. Estas acciones son una herramienta que mejora las posibilidades para el consumidor de obtener una reparación¹⁶. En efecto, ellas posibilitan la defensa de casos que de otra manera no serían factibles¹⁷, ya que las demandas que se ejercen por tal vía no suelen ejercitarse de manera individual, atendido a que, por regla general, los daños demandados son menores que los costos que involucra entrar al proceso y obtener o producir las pruebas¹⁸; al mismo tiempo, constituyen mecanismos de disuasión de acciones ilícitas por la vía de la aplicación

¹¹ CORRAL (2013a) p. 148.

¹² BARROS (2020) Tomo I, p. 274.

¹³ LARROUCAU (2019) p. 224.

¹⁴ LARROUCAU (2019) p. 219.

¹⁵ CORTEZ (2013) p. 990.

¹⁶ CARTWRIGHT (2004) p. 60.

¹⁷ HENSLER y otros (2000) pp. 58-59.

¹⁸ BARRIENTOS y FUENTES (2019) p. 327.

privada del derecho (*private enforcement*)¹⁹. En tal contexto, el matiz del derecho del consumo en relación con las reglas generales de la prueba se acentúa, especialmente en lo que dice relación con la acreditación y cuantificación del daño.

Conforme a lo indicado, en principio, los casos de muchos demandantes constituyen un ejemplo paradigmático en que se entiende que la regla tradicional, de un elevado estándar de exigencia para dar por establecido un hecho, presenta problemas de error y de incentivos indebidos hacia los infractores pues, bajo ella, las víctimas verán muy dificultada su pretensión²⁰. De tal suerte, las acciones colectivas presentan reglas especiales de estándar de prueba –prefiriéndose uno de estimación razonable– y de distribución de la carga de la prueba entre las partes, además de exigir una actividad más intensa a los jueces encargados de sustanciarlas²¹, esencialmente en la facilitación del material probatorio a los consumidores, con el objeto de cautelar el rol protector de la regulación del consumo²²⁻²³.

En nuestro medio, la acción de protección del interés colectivo de los consumidores es definida en el artículo 50 de la LPDC como aquella que se promueve en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores. La normativa en la materia permite concluir que el procedimiento de protección del interés colectivo puede dividirse en dos etapas: la primera, declarativa de la infracción y de la responsabilidad y, la segunda, eventual, de determinación de los perjudicados²⁴. Ambas presentan reglas especiales en cuanto a la cuantificación del daño.

Desde el inicio de la primera etapa indicada –dicho de otro modo, desde el comienzo del procedimiento– puede verse que la ley aborda la dificultad de la evaluación de los perjuicios, al establecerse en el artículo 51 N° 2 de la LPDC que, en la demanda, basta con señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine conforme el mérito del proceso. Esta singularidad del procedimiento guarda relación con la particularidad de la cuantificación del daño cuando los afectados son numerosos, lo que naturalmente impacta en una mayor dificultad para su cálculo atendidas las distintas situaciones en que estos pueden estar. Con aquella norma se busca una regla de sentido práctico y de economía, con el objeto de evitar que el procedimiento se convierta en una confusión de pretensiones que supriman la eficacia del proceso²⁵.

¹⁹ MACNEIL (2015) p. 293; SHERMAN (2004) p. 233.

²⁰ LEVMORE (1990) p. 679

²¹ PLANCHADELL (2014) p. 414.

²² BARRIENTOS y FUENTES (2019) p. 327; PORZIO (2014) p. 104.

²³ El derecho comparado y los instrumentos de armonización son coherentes con lo comentado, recogiendo tales lineamientos en lo que dice relación con la distribución de la carga de la prueba bajo criterios de justicia y eficiencia y con la necesidad de una labor activa del juez en materia probatoria. Es el caso del artículo 53 inciso 3° de la ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor de Argentina; del artículo 373 del Código Procesal Civil de Brasil, aplicable a juicios colectivos por disposición del artículo 22 de la misma ley; del artículo 217 N° 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, aplicable a juicios colectivos por disposición de su artículo 11 y del artículo 54 N° 3 a Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; y del artículo 12, parte 1° del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (con excepción de esta última norma, las reglas revisadas reciben aplicación también a juicios individuales de consumo).

²⁴ CORTEZ (2004) p. 20.

²⁵ AGUIRREZABAL (2019) p. 87.

Lo anterior lleva a reconocer que, en el contexto del juicio de interés colectivo, se mira positivamente que, en ciertos casos, tanto la demanda como la sentencia presenten un cierto grado de indeterminación en lo que dice relación con el monto de la indemnización, cuya concreción definitiva se realiza en la etapa de ejecución²⁶.

Por lo que respecta a la segunda etapa, destinada a la comparecencia de los consumidores a acreditar su calidad de miembros del grupo afectado, la LPDC, en atención a lo señalado en su artículo 53 C, autoriza a evitarla cuando el juez determine que el proveedor cuenta con la información necesaria para individualizar a los consumidores y para proceder al pago de las indemnizaciones, reparaciones o devoluciones²⁷.

Junto con lo anterior, luego de la reforma a la LPDC introducida por la ley N° 21.081, se incorporó a aquella ley una herramienta procesal importante, que refuerza lo que se viene comentando. Se trata del inciso final del artículo 51, en virtud del cual los proveedores están obligados a entregar al tribunal todos los instrumentos que este ordene, de oficio o a petición de parte, pudiendo darse por probado lo alegado por la parte demandante en caso de negativa infundada e injustificada. Esto constituye una manifestación de la institución del *pre-trial Discovery* del derecho estadounidense²⁸.

Lo expuesto demuestra que, en el derecho del consumidor, en general, y en las acciones de interés colectivo, en especial, se aplican reglas especiales en materia probatoria, en lo que dice relación con la carga de la prueba, con el estándar de prueba exigido y con la labor del juez, que impactan en la forma de cuantificar el daño, favoreciendo en definitiva a los afectados²⁹.

Finalmente, ante casos de difícil acreditación de los perjuicios, la determinación de la obligación de restituir las ganancias ilícitamente obtenidas puede representar una alternativa útil para reparar a los afectados, al ofrecer un parámetro más cierto para ello³⁰, además de desarticular el enriquecimiento injusto del infractor³¹. Ciertamente, la naturaleza y requisitos de la acción restitutoria son distintos a los de la indemnización de perjuicios. En efecto, a diferencia de esta última, aquella tiene una naturaleza restitutoria y no compensatoria, además de prescindirse del daño y su prueba para su procedencia, teniendo lugar cuando se produce un enriquecimiento injustificado o injusto³².

Por lo que respecta al tema de este trabajo, una primera alternativa es entender dicha acción restitutoria como una consecuencia de la nulidad –como podría entenderse, aunque no de manera categórica, ocurrió en Sernac con Cencosud–. Junto con ello, admitido que

²⁶ LARROCAU (2019) p. 213; GARNICA (2000) p. 864.

²⁷ AGUIRREZABAL (2019) p. 135.

²⁸ HERNÁNDEZ y TAPIA (2019) pp. 5759.

²⁹ HERNÁNDEZ y TAPIA (2019) p. 59

³⁰ MOMBERG (2017) pp. 431-432.

³¹ La reparación obtenida por acción indemnizatoria y por acción restitutoria pueden incluso coincidir, LEVMOORE (1990) pp. 709-710. De hecho, en el caso comentado, la acción restitutoria coincide con la indemnización del daño emergente.

³² PINO (2019) p. 376; MOMBERG y PIZARRO (2018) p. 348; BARROS (2020) Tomo I, p. 24. Sobre la aptitud del enriquecimiento sin causa para fundar acciones restitutorias, además de la acción *in rem verso*, LETELIER (2020), pp. 93-121.

nuestro sistema repugna las ganancias obtenidas ilícitamente³³, la acción restitutoria puede también tener origen en el incumplimiento del contrato. En efecto, se ha sostenido que no existe razón para restringir la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento ilícito al ámbito extracontractual o al caso del provecho del dolo ajeno, siendo plenamente aplicable para el ámbito contractual, dado que es incompatible con nuestro ordenamiento permitir al contratante incumplidor retener las ganancias que ha obtenido en razón de tal incumplimiento³⁴. En este caso, a diferencia del derivado de la nulidad, en el que no se requiere imputación subjetiva³⁵, se ha entendido que es necesario que el incumplimiento sea doloso. Ahora bien, tal exigencia debe entenderse en el contexto de una comprensión moderna del dolo, es decir, que este no supone la intención positiva de inferir daño, sino que está representado más bien por un incumplimiento intencional³⁶.

Como sea, el ordenamiento de protección al consumidor contempla expresamente una hipótesis de restituciones en caso de cobros indebidos, en contexto de juicios colectivos, según se desprende del artículo 53 C letra d) LPDC. Sumado a ello, en el ámbito del consumo financiero, el artículo 8° de la ley N° 18.010 establece igualmente una acción restitutoria en caso de cobro de intereses por sobre los máximos legales, disposición de marcado carácter proteccionista.

3. EL PROBLEMA DEL DAÑO EN ACCIONES COLECTIVAS DE CONSUMIDORES FINANCIEROS

Las acciones de responsabilidad civil, en materia de consumo de productos financieros, se pueden relacionar con el incumplimiento de deberes precontractuales de información o de obligaciones contractuales y abusos por parte del proveedor, una vez que el contrato está en ejecución³⁷. En el primer caso, el daño consiste en el fracaso del contrato pretendido o en la vinculación a uno cuyas condiciones difieren de las contempladas al momento de su celebración³⁸; en el segundo, los perjuicios se vinculan con la alteración de las condiciones inicialmente pactadas, con el propósito de aumentar el valor de la prestación para el consumidor. En este trabajo se abordan estos últimos.

Los perjuicios en casos de alzas unilaterales e irregulares de comisiones, cargos y cobros no autorizados y de intereses por sobre los legales, corresponden a hipótesis de daño emergente. En tal sentido, en principio, la evaluación de tales perjuicios no reviste mayor dificultad y se realiza comparando el estado patrimonial de la víctima anterior y posterior al hecho del demandado³⁹. No obstante, debe hacerse precisiones para el ámbito analizado.

Como se sabe, las asimetrías de información entre proveedor y consumidor se acrecientan en el ámbito del mercado financiero⁴⁰, cuestión que complejiza la efectiva constata-

³³ BARROS (2020) Tomo I, p. 24-25. El autor alude al enriquecimiento sin causa o injusto como una de las fuentes generales de las obligaciones.

³⁴ MOMBERG (2017) p. 423.

³⁵ MOMBERG y PIZARRO (2018) p. 348

³⁶ BANFI (2000) p. 291; BARAONA (1997) p. 155.

³⁷ VALDERRAMA (2013) p. 375.

³⁸ HERNÁNDEZ (2014a) p. 379.

³⁹ BARROS (2020) Tomo I, p. 270.

⁴⁰ LORENZINI (2012) p. 268

tación por parte del afectado de las eventuales alzas o cobros irregulares que se le apliquen. Sumado a ello, el monto de los perjuicios frecuentemente es de una entidad menor a los costos que implica entrar en juicio.

Atendida la situación expuesta, las acciones colectivas son una vía apropiada para la reparación de los daños a consumidores en industrias como la bancaria, de instituciones financieras y de compañías de tarjetas de crédito⁴¹; incluso, en otros países han jugado un rol importante en casos especialmente sensibles, como los relacionados con las causas y las consecuencias de la crisis *subprime*⁴².

Sin embargo, en el procedimiento de interés colectivo por daño a consumidores financieros se presentan dificultades vinculadas con la prueba de la cuantificación de los perjuicios. En principio, en este ámbito, los medios de prueba usualmente se encuentran en poder del infractor⁴³. Asimismo, algunos consumidores tendrán un nivel mayor de rigurosidad en la forma de documentar sus pagos y otros uno menor, lo que acarrea que unos cuenten con la documentación de respaldo respectiva y otros no. De tal suerte, el número de potenciales afectados constituye en sí mismo una circunstancia problemática, pues es complejo y costoso recopilar antecedentes de todos los involucrados. Junto con ello, los afectados pueden estar en diversas situaciones, tanto en lo relativo al alza unilateral de algún concepto asociado al producto financiero, como en cuanto al tiempo en que han sufrido tal alza.

De tal manera, es claro que se presenta una importante dificultad para el agente que ejerce la acción indemnizatoria en defensa del interés colectivo en lo que respecta a la labor probatoria. Con todo, corresponde precisar que tal dificultad se refiere a la prueba de la cuantía del daño y no a su existencia, pues en la mayoría de los casos el daño es una consecuencia natural de la infracción normativa reclamada contra el proveedor.

III. ANÁLISIS DEL FALLO

1. EL OLVIDO DEL CASO SERNAC CON CENCOSUD: UN RETROCESO JURISPRUDENCIAL

La relevancia del caso Sernac con Cencosud, atendida las materias en él resueltas y la cuantía de las indemnizaciones concedidas, justificó que se sostuviera que a partir de aquella sentencia las condiciones de operación del retail financiero y de la banca cambiarían en el sentido resuelto en ella⁴⁴. No obstante, tal predicción no fue efectiva. Encima de ello, la Corte Suprema ha venido resolviendo de forma distinta a como lo hizo en dicho caso, en lo que respecta a la acción reparatoria⁴⁵.

⁴¹ SHERMAN (2004) p. 233

⁴² KLEIN y KAVANAGH (2010) p. 164.

⁴³ HERNÁNDEZ Y TAPIA (2019) p. 52. Si bien los autores abordan el problema de los daños a consumidores por ilícitos anticompetitivos, lo dicho respecto del problema probatorio es aplicable al caso que se revisa en este trabajo.

⁴⁴ DIARIO FINANCIERO (25/4/2015), citado en: PINOCHET (2013) p. 365; EL MERCURIO (26/4/2015) p. B2, citado en: CORRAL (2013) p. 223.

⁴⁵ Corresponde precisar que el retroceso jurisprudencial que se expone dice relación con la reparación a los consumidores. En lo relativo al tipo de cláusulas declaradas abusivas en Sernac con Cencosud, parece seguirse un comportamiento similar en la actualidad. Con todo, en Sernac con BBVA, si bien se declaró abusiva una

En efecto, en Sernac con Cencosud la Corte Suprema comienza declarando, en el considerando 2° de la sentencia de reemplazo, que, para resolver las controversias que se susciten en el marco de las relaciones reguladas por la LPDC, debe atenderse a la peculiaridad de sus principios. Seguidamente, se refiere al monto de los perjuicios, desestimando la determinación hecha por el tribunal de instancia, que la había fijado en 1 UTM por adherente, reemplazándola a partir del segundo párrafo por la que se lee a continuación: “[l]a justa indemnización que corresponde conceder, conforme con las normas generales (sic) del Código Civil y las especiales de la Ley 19.496, aparte de la restitución de los dineros mal cobrados, debidamente reajustados conforme con el artículo 27 de la Ley 19.496, es el pago de una tasa de interés, que corresponde al valor por el dinero que los perjudicados debieron pagar ilegalmente a Cencosud, y que tienen derecho a percibir en restitución. Este monto representa la legítima ganancia que habrían podido obtener al depositar el dinero en ahorro, y que se concederá a favor de los clientes perjudicados desde la notificación de la demanda a Cencosud”⁴⁶.

A continuación, en el considerando 16°, determina el universo de consumidores afectados que tenían derecho a ser indemnizados, estableciendo que este no podía ser menor al número total de clientes sujetos a la Tarjeta Jumbo Mas. Todo lo anterior, dicho sea de paso, sin que en el juicio se rindiera prueba respecto de ningún consumidor en particular, según da cuenta el considerando 17° de la sentencia de primera instancia⁴⁷.

Por su parte, en Sernac con La Elegante, la Corte Suprema rechaza la acción indemnizatoria, tras señalar en el considerando 5° de su fallo que tal pretensión se debe sujetar a las exigencias que el derecho común prescribe. Luego, por la vía de rechazar el recurso de casación en el fondo, deja firme el siguiente razonamiento del tribunal de primera instancia:

“[n]o se ha acompañado prueba alguna que de cuenta del cobro excesivo de las prestaciones en ellos contenidas, ni el monto de los mismos, así como tampoco los conceptos comprendidos en los montos presuntamente cobrados. En efecto, los 53 reclamos, no resultan suficientes para establecer el exceso de los cobros, ni para acreditar la efectividad de los pagos efectuados por parte de los consumidores. En el mismo sentido, la prueba testimonial resulta insuficiente para acreditar esta circunstancia, en atención a la generalidad de sus términos, al no precisarse fecha y número de contrato, monto de lo adeudado y a qué conceptos corresponden, ni tampoco se individualizó los efectivos montos pagados, prueba que en su conjunto refleja el malestar de los consumidores para con la demandada, pero no

cláusula que autorizaba la modificación de las condiciones de uso del servicio de crédito, la que se entendía aceptada mediante el uso de la tarjeta, *obiter dictum*, la Corte Suprema, en el considerando 13° sostuvo que “La conducta idónea e inequívoca para revelar la aceptación debió ser el pago de las comisiones modificadas, puesto que sólo la ejecución libre y voluntaria del contrato ilumina sobre la voluntad de los contratantes, como lo demuestra la regla de interpretación contractual del artículo 1564 inciso 3° del Código Civil”, *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA* (2018). Tal razonamiento es preocupante, pues abre la puerta a la legitimación de estas cláusulas, lo que resultaría errado, dado que el pago no puede entenderse realizado con la intención de generar nuevas obligaciones, *BARRIENTOS* (2019) pp. 132-133.

⁴⁶ *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CENCOSUD ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A.* (2013), considerando 15°.

⁴⁷ *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CENCOSUD ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A.* (2010). Sin ir más lejos, la prueba respecto del daño es especialmente cercana al caso objeto del presente comentario.

brindan información suficientemente precisa y pormenorizada para poder establecer el perjuicio concreto de manera específica.

Suma a lo anterior, que habiéndose efectuado las publicaciones ordenadas en el artículo 53 de la Ley de Protección de Derechos del Consumidor (sic) no concurrió ningún consumidor a hacerse parte ni a realizar reserva de sus derechos dentro del plazo de 20 días hábiles desde la publicación del aviso, razón por la cual se rechaza la solicitud de indemnización de perjuicios [...]”⁴⁸.

Con base en lo anotado, se desestiman enteramente las cartolas que expresaban diferencias al alza en el monto cobrado por comisión de administración del crédito y el informe elaborado por el Sernac al respecto, cuestión que resulta desacertada.

De tal suerte, se ve como en el primero de los fallos aludidos, la Corte Suprema, por un lado, reconoce las particularidades del derecho del consumidor, lo que la lleva a prescindir de una prueba exhaustiva respecto de cada consumidor afectado, concediendo la acción indemnizatoria aún en ausencia de esta, lo que resulta adecuado si se tiene en cuenta la necesidad de ponderar y balancear las exigencias del derecho civil común con el objeto de asegurar los fines y funciones básicas de protección del derecho del consumidor⁴⁹; y, por el otro lado, atendidas las dificultades de la determinación de la cuantía del daño, se decide por ordenar la restitución de los montos ilegítimamente percibidos, con los reajustes e intereses respectivos, a modo de indemnización de perjuicios.

En contraste con ello, en *Sernac con La Elegante*, el mismo tribunal, primero, esgrime la necesidad de probar los requisitos de la acción indemnizatoria conforme las reglas del derecho común, ignorando las particularidades del derecho del consumo y, luego, deja firme el razonamiento de los sentenciadores de instancias inferiores según el cual se debía rendir prueba particularizada respecto de cada consumidor, quienes además debían concurrir al juicio a hacerse parte. Así, la explicación de la diferencia en lo resuelto en uno y otro caso parece hallarse en la desatención por parte del máximo tribunal en *Sernac con La Elegante* de las reglas especiales que norman la prueba del daño y su cuantía en el ámbito de las acciones colectivas de consumo.

Apuntado lo anterior, corresponde precisar que el fallo que se comenta en el presente trabajo no representa una sentencia aislada, sino que se enmarca dentro de lo que puede entenderse como un cambio jurisprudencial en la materia, que se observa de la revisión de otros procedimientos similares.

En efecto, tal forma de fallar se aprecia también en la sentencia de la Corte Suprema de 8 de octubre de 2015⁵⁰, en la que resolviendo un caso en que se acreditó el cobro de intereses por sobre el máximo legal por parte del proveedor, ocultos en la denominación de comisión, el máximo tribunal rechazó la indemnización de perjuicios sin mayor reflexión, indicando lo siguiente: “Que, no obstante lo consignado, no se procederá a ordenar indem-

⁴⁸ *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON FINANCIERA LA ELEGANTE S.A.C. LTDA.* (2011), considerando 20°.

⁴⁹ BARAONA (2020) p. 445.

⁵⁰ *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CRÉDITOS, ORGANIZACIÓN Y FINANZAS S.A.* (2015).

nizaciones, reparaciones o devoluciones, por no haberse rendido prueba respecto de consumidores en particular”⁵¹.

Una forma similar de resolver se presentó en la sentencia de 18 de octubre de 2017⁵², en la que la Corte Suprema declaró falto de fundamento los recursos de casación en el fondo presentados por el demandante y el demandado, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 4 de abril de 2017⁵³, en la que se lee que “[e]stos sentenciadores concuerdan en que no se ha acreditado caso a caso el cobro mensual de la comisión, estándose en términos generales a la cláusula del contrato”⁵⁴.

En los casos indicados se aprecia también que la Corte Suprema, ya sea directamente o confirmando lo resuelto por el tribunal de segunda instancia, sostiene como argumento para rechazar la indemnización de perjuicios el hecho de que los consumidores no concurrieron a hacerse parte al juicio, lo que representa una errónea aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 N° 3 LPDC, en tanto este no establece una carga para el consumidor afectado, sino que le faculta para comparecer para a hacer reserva de sus derechos, de estimarlo necesario.

En contraste con lo revisado, cuando la cuantificación del daño resulta ser más sencilla y determinada a un monto en específico, y no a comisiones o cobros variables en el tiempo y por cada consumidor, la Corte Suprema sí otorga la indemnización en juicios colectivos. Es el caso, por ejemplo, de demandas por incumplimiento en eventos masivos, en los que el monto del daño corresponde las más de las veces al valor de la entrada. En efecto, en sentencia de 19 de mayo de 2016, la Corte Suprema condenó a una productora a indemnizar a los consumidores con el pago del precio de las entradas y de los cargos por servicio⁵⁵.

Así, se puede notar que la Corte Suprema, en los casos de daños a consumidores financieros, en los que la cuantificación del daño es compleja, sigue la lógica de exigir un elevado estándar de prueba, requiriendo al demandante que acredite los perjuicios sufridos por cada consumidor. Esto representa un error, en atención a que el objeto del juicio colectivo no puede ser la prueba de los perjuicios soportados por cada cliente afectado. Tal exigencia, propia del derecho común, resulta excesivamente compleja de satisfacer en el ámbito de las acciones colectivas y repercute, en definitiva, en que el daño quede sin ser indemnizado. En conclusión, se rechaza la indemnización no por falta de acreditación del daño, el que se resulta una consecuencia necesaria de la infracción verificada –como ocurre de manera evidente en el caso de cobro de interés por sobre el máximo legal–, sino por la

⁵¹ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CRÉDITOS, ORGANIZACIÓN Y FINANZAS S.A. (2015), considerando 21°.

⁵² SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON HITES INVERSIONES LIMITADA (2017).

⁵³ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON HITES INVERSIONES LIMITADA (2017a).

⁵⁴ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON HITES INVERSIONES LIMITADA (2017b), considerando 9°. Tal razonamiento, proveniente de la primera instancia, sirvió para desechar la pretensión indemnizatoria y establecer el momento de inicio del computo del plazo de prescripción.

⁵⁵ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON TIME FOR FUN (2016). En el mismo sentido: SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON PAOLO VERGARA (2020); SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON AGN DE PUBLICIDAD Y PRODUCTORA R&C LTDA. (2016); SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON TICKET FÁCIL (2014); SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CARLOS LÓPEZ VEGA PRODUCTORA DE EVENTOS E.I.R.L. (2016). Lo dicho es sin perjuicios de los comentarios que pueda realizarse a la forma en que se forman los grupos, BARRIENTOS Y FUENTES (2019) pp. 2501001 341-344.

complejidad de su evaluación, derivada de los problemas para obtener la prueba, del número de consumidores involucrados y de la distinta situación en que se encuentran estos.

2. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. RECHAZO DESACERTADO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Como se ha dicho, en el caso analizado la Corte Suprema rechazó la indemnización, en atención a que, en su comprensión, no se rindió prueba tendiente a acreditar el daño ni su cuantía y que correspondía al actor la carga de acreditar la concurrencia de los requisitos de la reparación conforme al derecho común. Lo anterior resulta doblemente desacertado. En primer lugar, al procedimiento se acompañaron antecedentes que permitieron dar por establecido el cobro de comisiones superiores a las pactadas, consistentes en las cartolas agregadas por los consumidores a sus reclamos presentados ante el Sernac y en un documento consolidado de compensación preparado en base a dichas cartolas. Luego, la exigencia de probar el daño conforme a las reglas del derecho común es igualmente errada, pues impone a los afectados la obligación de aportar una prueba que obra en poder del proveedor y les aplica un estándar elevado de acreditación de la cuantía del daño, que lleva al sentenciador a exigir la prueba de los perjuicios experimentados por cada consumidor.

Seguidamente, tratándose el presente caso de cláusulas declaradas abusivas y, por lo tanto, nulas, debe señalarse que el efecto propio de dicha declaración es la restitución de los montos pagados en aplicación de aquellas, a consecuencia de los efectos de la nulidad declarada⁵⁶. Al respecto, la Corte Suprema, siguiendo el razonamiento de los jueces de instancia, arribó a la conclusión de que no existía evidencia de la aplicación de dichas cláusulas. Corresponde entonces precisar que, en los hechos, la prueba de la aplicación de la cláusula de modificación de las condiciones de uso del crédito resultaba especialmente compleja, por cuanto la misma no exigía comunicación por escrito, sino solo que se informara al consumidor mediante el servicio de atención al cliente, sin antecedentes del soporte mediante el cual ello se haría. Con todo, resulta forzoso señalar que la restitución de los pagos por cobros indebidos no es procedente solo en caso de aplicación de las cláusulas declaradas abusivas, sino que también en la hipótesis de que el aumento de la comisión se realice sin ejecución de aquellas.

En efecto, aún en el caso de que el contrato no contuviera tales estipulaciones, de verificarse un aumento de comisiones, los montos pagados deben ser devueltos a los afectados. Esto debido a que tal acción constituye una infracción a los artículos 3 letra a) y 12 LPDC, que causan un perjuicio al consumidor⁵⁷, además de contravenir el artículo 1545 del Código Civil⁵⁸. Se trata, en definitiva, de la responsabilidad civil por el incumplimiento contractual del proveedor que altera unilateralmente los términos bajo los cuales las partes convinieron la prestación del servicio.

⁵⁶ Un fallo que retrotrae los hechos al estado previo a la aplicación de una cláusula abusiva para la repactación irregular de una deuda en: *PÉREZ CON CENCOSUD ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A.* (2017).

⁵⁷ BARRIENTOS (2013) p. 257.

⁵⁸ ISLER (2015) p. 141.

De tal suerte, la acción indemnizatoria no exigía la prueba de la aplicación de la respectiva cláusula –la que, por lo ya precisado, resultaba altamente compleja–, sino que tan solo la existencia de un cambio en el monto cobrado por concepto de comisión de administración. De allí la relevancia de que la Corte Suprema, siguiendo a los tribunales inferiores, haya desestimado como prueba de las alzas de comisiones de administración los 53 reclamos de consumidores acompañados por el Sernac, con las respectivas cartolas demostrativas del cobro reclamado, sosteniendo al respecto que con dichos antecedentes solamente se ponía de relieve el malestar de los consumidores con el proveedor.

De tal manera, atender al hecho de que no era necesario probar la efectiva aplicación de las cláusulas declaradas nulas y a que el Sernac acompañó antecedentes que daban cuenta de la existencia de aumentos en el costo de la comisión cobrada a los consumidores por la administración de la tarjeta de crédito, permite reforzar la conclusión en orden a que la Corte Suprema rechazó la acción indemnizatoria erradamente, producto de una desatención de las reglas especiales en la materia y recurriendo a un estándar exhaustivo de prueba para la evaluación y prueba del daño que resulta inadecuado para el caso que se revisa.

3. HERRAMIENTAS PARA LA ADECUADA RESOLUCIÓN DEL CASO

Como cuestión previa, corresponde indicar que para resolver adecuadamente casos como el revisado, debe tenerse en vista que la LPDC constituye una ley de protección que disciplina una serie de estándares especiales para cautelar a la parte más débil de la relación de consumo⁵⁹. De sus preceptos emana el principio pro consumidor, que orienta la aplicación de la ley por parte de todos los poderes del Estado hacia la efectiva protección de los derechos de los consumidores⁶⁰.

Dicho lo anterior, como primer asunto, debe tenerse presente que las medidas correctivas de la carga de la prueba representan una cuestión de utilidad para una adecuada solución del caso. Las presunciones, como tipo de prueba indirecta, reconocida por el legislador, permiten dar por probado un hecho sin alterar la regla de que el daño debe ser acreditado por todos los medios legales⁶¹ y pueden contribuir a probar el daño y su cuantía, al tener el efecto práctico de invertir la carga de la prueba en beneficio del consumidor⁶². Esto es de gran utilidad en casos como el comentado, en los que la prueba necesaria para tales efectos está en manos del proveedor. Adicionalmente, aunque no estaba vigente al tiempo del caso en revisión, la regla del inciso final del artículo 51 LPCD constituye un avance importante para mejorar la posición de los consumidores afectados en procedimientos como el analizado, pues faculta al juez para ordenar al proveedor la entrega de antecedentes, dándose por probados los hechos que justifican la solicitud en caso de su negativa injustificada.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, los juicios colectivos exigen una posición más activa por parte de los jueces que los tramitan. Las normas enunciadas previamente reflejan la necesidad de que el sentenciador asuma una posición de facilitador

⁵⁹ BARRIENTOS y FUENTES (2019) p. 325.

⁶⁰ HERNÁNDEZ (2014b) p. 336.

⁶¹ CORRAL (2013a) pp. 158-159.

⁶² HERNÁNDEZ y TAPIA (2019) p. 55

ante la desigualdad procesal existente entre proveedores y consumidores, cuestión que se extiende fundamentalmente al acceso al material probatorio⁶³.

En tercer lugar, debe reconocerse que, en los juicios colectivos de responsabilidad civil por daños a consumidores financieros, no corresponde la exigencia de una prueba exhaustiva de la cuantía del daño. En contraste con ello, debe aceptarse como estándar para la evaluación de los perjuicios el de una estimación razonable, teniendo en cuenta que los problemas para el cálculo de los daños no deben impedir su reparación⁶⁴. En efecto, tal como se reconoce en sistemas de importante tradición en acciones colectivas, en ellas se busca una solución adecuada que será la misma para todo el grupo, sin distinguirse de manera fina las situaciones particulares de cada afectado⁶⁵. En consecuencia, el tribunal debe cuantificar los daños a partir de los antecedentes de que disponga, buscando una solución estimativa y razonable para la determinación de la reparación al colectivo de consumidores. Sin perjuicio de que este razonamiento no ha tenido últimamente aplicación en juicios colectivos de consumo financiero, una reciente sentencia en materia sanitaria sí lo hace. En esta, la Corte Suprema, siguiendo el razonamiento del tribunal de primera instancia, calculó el monto de la indemnización en base al establecimiento de supuestos generales aplicados a todo el grupo de consumidores afectados, más allá de la situación particular de cada uno⁶⁶.

Junto con lo indicado, ante la dificultad de determinar el daño en los juicios colectivos, una solución aceptada a efectos de reparar a los consumidores es la de ordenar la restitución de los ingresos obtenidos de manera ilegítima por el proveedor con ocasión del incumplimiento contractual⁶⁷, alternativa que, como se dijo, contribuye a fijar la reparación en torno a un parámetro más cierto, y traslada al proveedor, de forma insoslayable, la carga de precisar en qué medida aquello ha ocurrido. Ciertamente, esto exige probar un incumplimiento contractual intencional, pero ha de estimarse que ello no reviste un problema importante pues resulta indudable que el alza de comisiones representa una vulneración deliberada al contrato.

⁶³ BARRIENTOS y FUENTES (2019) p. 347.

⁶⁴ HERNÁNDEZ y TAPIA (2019) p. 54; HERNÁNDEZ (2018), p. 116. La idea expuesta ha sido expresamente reconocida en el derecho comunitario de la Unión Europea, en materia de ilícitos anticompetitivos. Al respecto, el artículo 17 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo establece lo siguiente: Artículo 17. 1. Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles. 2. Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción. 3. Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a reclamaciones de daños y perjuicios, una autoridad nacional de la competencia pueda ofrecer, previa petición de un órgano jurisdiccional nacional, asesoramiento a este en el tema de la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, si dicha autoridad nacional de la competencia considera adecuado tal asesoramiento". Énfasis agregado.

⁶⁵ HENSLER (2010) p. 534.

⁶⁶ *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON AGUAS DEL VALLE S.A.* (2020).

⁶⁷ LEVMORE (1990) pp. 709-710.

Sobre tal particular, si bien se ha discutido la procedencia de la acción indemnizatoria y restitutoria conjuntamente, no existen motivos para negar esta posibilidad en el caso analizado, atendido que el artículo 53 C LPDC establece expresamente que la sentencia en un juicio colectivo puede referirse a ambos conceptos, además de lo dispuesto por el artículo 3 letra e) de la misma ley. Naturalmente, la prevención respecto de dobles pagos⁶⁸ es atendible, pero debe permitirse que la restitución opere con ciertas medidas compensatorias, como por ejemplo, el otorgamiento de intereses, como –podría decirse– ocurrió en Sernac con Cencosud.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el recurso a la restitución por parte del proveedor de los montos percibidos de manera ilícita puede generar problemas de disuasión del comportamiento ilícito, dado que, si este solo tiene que devolver lo obtenido de manera irregular, no hay incentivos para disminuir el comportamiento⁶⁹. Por ende, el cobro del interés corriente sobre el monto restituido, a modo de lucro cesante, contribuye a ampliar la responsabilidad del proveedor y a reforzar así la finalidad disuasoria de las acciones colectivas.

Lo anotado resulta de utilidad para resolver adecuadamente el caso que se comenta. El hecho de que la sentencia analizada trata un conflicto en que el proveedor cuenta con todos los antecedentes necesarios para individualizar a los afectados y calcular el cobro indebido, justifica que sea aquel quien deba proporcionarlos, debiendo el juez propiciar tal circunstancia mediante la exigencia al proveedor de aportar el material probatorio necesario y de la inversión de la carga de la prueba, a partir de las presunciones. Asimismo, la aplicación de un estándar de prueba consistente en una estimación razonable para la determinación de la cuantía del daño habría posibilitado su indemnización mediante el cálculo realizado a partir de los documentos acompañados por el Sernac, o a través de una fórmula que ordenara la restitución de lo percibido de manera irregular, descartándose la exigencia de probar el daño individual de cada miembro del colectivo.

En resumen, existen herramientas que auxilian a nuestros tribunales a la hora de enfrentar casos como el comentado, en los que la determinación de la cuantía del daño es compleja –algunas de las cuales, sin ir más lejos, fueron utilizadas en Sernac con Cencosud–, por lo que resulta errado rechazar la indemnización de perjuicios debido a dicha dificultad. Tal forma de resolver termina por amparar un enriquecimiento ilícito de los proveedores que incurrir en conductas que vulneran los derechos de los consumidores, atentando contra la finalidad disuasiva, además de resarcitoria, que tiene la responsabilidad civil en estos casos⁷⁰.

⁶⁸ PINO (2019) pp. 380 y 392.

⁶⁹ LEVMORE (1990) p. 711.

⁷⁰ HERNÁNDEZ y TAPIA (2019) p. 55; HERNÁNDEZ (2018) p. 116.

IV. CONCLUSIONES

1. El ámbito del consumo financiero sigue siendo uno en el que se presentan con regularidad episodios de vulneraciones a los derechos de los consumidores. Dada la expansión de esta área de la economía, un importante número de consumidores puede verse afectado por tales conductas abusivas, lo que transforma a la acción de protección del interés colectivo en una vía de protección importante.
2. Los casos colectivos de consumo financiero presentan una importante dificultad en lo que respecta a la prueba de la cuantía del daño sufrido por los consumidores. Ante esto, nuestra jurisprudencia respondió inicialmente abordando el problema desde las particularidades que presentan el derecho del consumidor y las acciones colectivas, como se ve en Sernac con Cencosud, lo que permitió la debida reparación a los consumidores afectados.
3. Luego de Sernac con Cencosud se aprecia un retroceso jurisprudencial en perjuicio de los consumidores. Este se caracteriza por el tratamiento de los casos como el comentado bajo reglas de derecho común para efectos de la acción indemnizatoria, exigiéndose un estándar elevado de la prueba del daño y su cuantía, la que debe ser proporcionada por el demandante y contener evidencia de consumidores considerados individualmente.
4. Los casos como el que es objeto del presente comentario exigen la aplicación de las herramientas que permiten superar las dificultades que puedan enfrentarse para la debida reparación a los consumidores. En tal sentido, preferir una estimación razonable del daño y su cuantía, invertir la carga de la prueba aplicando presunciones, obligar al proveedor a aportar los instrumentos que sirvan para acreditar los hechos del juicio y recurrir a alternativas ante la dificultad del cálculo de la indemnización, como es la disposición de la restitución de los dineros ilícitamente cobrados por el proveedor, permite arribar a soluciones en las que se repare debidamente a los consumidores afectados por conductas abusivas de los proveedores de productos y servicios financieros.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2019): *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia. Un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena* (Santiago, LegalPublishing).
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2000): “La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 2: pp. 291-330.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2020): “El diálogo entre el derecho común y el derecho del consumidor”, en BARRÍA, Rodrigo, FERRANTE, Alfredo y SAN MARTÍN, Lilian (edits.), *Presente y futuro del derecho contractual* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 421-446.
- BARAONA GONZÁLEZ Jorge (1997): “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 1: pp. 151-177.

- BARRIENTOS, Francisca y FUENTES, Claudio (2019): “La configuración del rol especial del juez de consumo en los procesos colectivos: Fundamentos y consecuencias”, en CONTARDO, Juan; FERNÁNDEZ, Felipe y FUENTES, Claudio (coord.), *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC* (Santiago, LegalPublishing) pp. 324-351.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2019): *Lecciones de derecho del consumidor* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2014): “Una mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso CENCOSUD”, en Pizarro, Carlos (dir.) y ROJAS, Marcelo (edit.), *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado VIII* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 27-46.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2013): “Silencio y aceptación tácita. Aumento unilateral. Prescripción. Corte Suprema (SERNAC con Cencosud, Tercera Sala de la Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol N° 12.355-11)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20: pp. 255-261.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2015): “La modificación unilateral del contrato en el derecho del consumo; la saga: el fallo “Sernac con Cencosud”, los Ds. N° 153, de 19.12.2013 N° 39, de 09.03.2015”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 32, pp. 135-138.
- CARTWRIGHT, Peter (2004): *Consumer Protection and the Criminal Law. Law, Theory, and Policy in the UK* (Cambridge, Cambridge University Press)
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013a): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, LegalPublishing).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013b): “Notas sobre el caso “Sernac con Cencosud”: valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas”, *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, N° 3: pp. 221-226.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2013): “Artículo 50 A”, en PIZARRO, Carlos y DE LA MAZA, Íñigo (dirs.) y BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, LegalPublishing) pp. 977-980.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004): *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores* (Santiago, LexisNexis).
- HENSLER, Deborah (2010): “Using class action to enforce consumer protection law” en HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain y WILHELMSSON, Thomas (eds.) *Handbook of research on international consumer law* (Northampton, Edward Elgar Publishing), pp. 515-536.
- HENSLER, Deborah, y otros (2000): *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain* (Santa Mónica, RAND Corporation).
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel y CAMPOS MICIN, Sebastián (2020): “Abusividad por falta de transparencia, nulidad de cláusulas no incorporadas e improcedencia de responsabilidad infraccional. 17° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, 27 de enero de 2017, rol N° 15092-2015. Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2018, rol

- N° 8261-2017. Corte Suprema, 27 de diciembre de 2019, rol N° 114-2019”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 34: pp. 335-349.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel y TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2019): *Colusión y daños a los consumidores* (Santiago, LegalPublishing).
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2018): “Colusión y responsabilidad civil por daño colectivo a los consumidores”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30: pp. 87-126.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2014a): *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión* (Barcelona, Marcial Pons).
- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2014b): “Protección constitucional de los derechos de los consumidores” en CHIA, Eduardo y QUEZADA, Flavio (edits.), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)* (Santiago, Friedrich Ebert-Stiftung) pp. 329-342.
- GARNICA MARTÍN, Juan (2000): “Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos por asociaciones de consumidores y usuarios” en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel y RIFÁ, José (coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barcelona, Iurgium Editores).
- ISLER SOTO, Erika (2015): “Cargos en tarjeta de crédito no autorizados por el consumidor. Comentario de sentencia”, *Revista Ars Boni Et Aequi*, año 11, N° 1: pp. 137-153.
- KLEIN, Gary y KAVANAGH, Shennan (2010): “Causes of the Subprime Foreclosure Crisis and the Availability of Class Action Responses”, *Northeastern University Law Journal*, vol. 2, N° 1: pp. 111-166.
- LARROCAU TORRES, Jorge (2019): “La prueba en los procedimientos judiciales de consumo” en MORALES, María (dir.) y MENDOZA, Pamela (coord.), *Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, DER Ediciones).
- LETELIER CIBIÉ, Pablo (2020): “¿Dos diferencias entre las aproximaciones del derecho chileno y francés al enriquecimiento injustificado?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 34: pp. 93-121.
- LEVMORE, Saul (1990): “Probabilistic recoveries, restitution, and recurring wrongs”, *Journal of Legal Studies*, vol. XIX pp. 691-726.
- LORENZINI BARRÍA, Jaime (2012): “Sernac financiero: Fundamentos y perspectivas”, *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, N° 2: pp. 267-280.
- MACNEIL, Ian (2015): “Enforcement and Sanctioning” en MALONEY, Niamh, FERRAN, Eilís y PAYNE, Jennifer (edits.), *The Oxford Handbook of financial Regulation* (Oxford, Oxford University Press) pp. 281-303.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos (2018): “Las restituciones consecutivas a la nulidad o resolución en los contratos de bienes muebles”, *Revista Ius et Praxis*, año 24, N° 1: pp. 329-360.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2017): “Restitución de ganancias por incumplimiento contractual”, en CORRAL, Hernán y MANTEROLA, Pablo (edits.), *Estudios de Derecho Civil XII. Ponencias presentadas en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, Thomson Reuters).
- PINO EMHART, Alberto (2019): “Los supuestos de restitución de ganancias ilícitas en el derecho privado chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 2: pp. 373-398.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013): “Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho del consumo chileno”

- no. Comentario a la sentencia de la Exma. Corte Suprema de 24 de abril de 2013 recaída en el “Caso Sernac con Cencosud”, *Revista Ius et Praxis*, año 19, N° 1: pp. 365-378.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea (2014): *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- PORZIO, Paula (2014): “El juez frente al proceso colectivo. Un nuevo marco para la función jurisdiccional”, en SALGADO, José (dir.), *Procesos colectivos y acciones de clase* (Buenos Aires, Editorial Cathedra Jurídica) pp. 98-121.
- SAN MARTÍN, Lilian (2013): “Artículo 3° Inciso 2°”, en PIZARRO, Carlos y DE LA MAZA, Iñigo (Dirs.) y BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, LegalPublishing) pp. 140-150.
- SHERMAN, Edward (2004): “Consumer Class Action: Who are the real winners?”, *Maine Law Review*, vol. 56, N° 2: pp. 223-237.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2014): “Silencio y aceptación del consumidor” en PIZARRO, Carlos (Dir.) y ROJAS, Marcelo (edit.), *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado VIII* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 47-66.
- VALDERRAMA ROJAS, Ligia (2013): *Perspectivas del derecho del consumo* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

JURISPRUDENCIA CITADA

- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON AGUAS DEL VALLE S.A.* (2020): Corte Suprema, 9 de junio de 2020, Rol N° 31.780-2019 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON PAOLO VERGARA* (2020): Corte Suprema, 25 de marzo de 2020, Rol N° 18.154-2019 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON FINANCIERA LA ELEGANTE S.A.C. LTDA.* (2019): Corte Suprema, 21 de enero de 2019, Rol N° 34.507-2017 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA* (2018): Corte Suprema, 29 de noviembre de 2018, Rol N° 100.759-2016 (acción de protección del interés colectivo).
- PÉREZ CON CENCOSUD ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A.* (2017): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de enero de 2017, rol N° 169-2016 (acción de protección del interés individual).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON HITES INVERSIONES LIMITADA* (2017a): Corte Suprema, 18 de octubre de 2017, Rol N° 33.848-2017 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON HITES INVERSIONES LIMITADA* (2017b): Corte Apelaciones de Santiago, 4 de abril de 2017, Rol N° 1.007-2017 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CARLOS LÓPEZ VEGA PRODUCTORA DE EVENTOS E.I.R.L.* (2016): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 20 de julio de 2017, Rol N° 28-2016 (acción de protección del interés colectivo).

- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON AGN DE PUBLICIDAD Y PRODUCTORA R&C LTDA.* (2016): Corte Suprema, 7 de julio de 2016, Rol N° 30.948-2015 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON HITES INVERSIONES LIMITADA* (2017b): Corte Apelaciones de Santiago, 4 de abril de 2017, Rol N° 1.007-2017 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON TIME FOR FUN* (2016): Corte Suprema, 19 de mayo de 2016, Rol N° 7.002-2015 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CRÉDITOS, ORGANIZACIÓN Y FINANZAS S.A.* (2015): Corte Suprema, 8 de octubre de 2015, Rol N° 27.082-2014 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON TICKET FÁCIL* (2014): Corte Suprema, 8 de octubre de 2014, Rol N° 21.716-2014 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CENCOSUD ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A.* (2013): Corte Suprema, 24 de abril de 2013, Rol N° 12.355-2011 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON FINANCIERA LA ELEGANTE S.A.C. LTDA.* (2011): 3° Juzgado de Letras de Coquimbo, 30 de noviembre de 2015, Rol N° 2.820-2011 (acción de protección del interés colectivo).
- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON CENCOSUD ADMINISTRADORA DE TARJETAS S.A.* (2010): 10° Juzgado Civil de Santiago, 30 de diciembre de 2010, Rol N° 21.910-2006 (acción de protección del interés colectivo).

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CHILE, Código Civil.
- CHILE, Ley N° 19.496 (7/3/1997), sobre Protección a los Derechos de los Consumidores.
- CHILE, Ley N° 21.081 (13/9/2018), que modifica la Ley N° 19.496 sobre Protección a los Derechos de los Consumidores.
- CHILE, Ley N° 18.010 (27/6/1981), que establece normas para operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica.
- ARGENTINA, Ley N° 24.240 (22/9/1993), de Defensa del Consumidor.
- BRASIL, Ley N° 13.105 (16/3/2015) Código del Proceso Civil.
- ESPAÑA, Ley 1/2000 (8/1/2000), de Enjuiciamiento Civil.
- ESPAÑA, Real Decreto Legislativo 1/2007 (30/11/2007), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- UNIÓN EUROPEA, Directiva (UE) 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, 26/11/2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión.
- CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA (28/10/2004).