



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO[®]

2022 · Enero - Abril · Vol. 49 - Nº 1

■ ESTUDIOS

DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHO CIVIL

DERECHO COMERCIAL

DERECHO PENAL

■ RECENSIONES

■ ENSAYOS

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO®

■ ESTUDIOS

Derecho Constitucional

Derecho Civil

Derecho Comercial

Derecho Penal

■ RECENSIONES

■ ENSAYOS

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

REVISTA CHILENA DE DERECHO®

Pontificia Universidad Católica de Chile

COMITÉ EDITORIAL

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

Director

Álvaro Paúl Díaz

Cristóbal García-Huidobro Becerra

Coordinador General

Francisco Rubio Varas
Adriana Villamizar Rivera
Ayudantes de Redacción

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

María José Gómez Álvarez
Bibliotecóloga de Investigación y Publicación

Andrea Valenzuela Niemann
Secretaria de la Revista

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

Esta revista recibe el apoyo de Bibliotecas UC

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

Índices de impacto: Journal Citation Reports. Social Sciences Edition (JCR), SCImago Journal & Country Rank (SJR).

Bases de datos bibliográficas: Web of Sciences - Social Sciences Citation Index, Scopus - Social Sciences & Humanities, JSTOR, HeinOnline, Dialnet, Latindex (catálogo y directorio) y Scielo-Chile.

La Revista Chilena de Derecho® es una marca registrada.

ISSN 0716-0747 (versión papel)

ISSN 0718-3437 (versión online)

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

Teléfonos: (56-2) 2354-2964

Correo electrónico de la Redacción: revchider@uc.cl

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

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

ÍNDICE

Volumen 49 N° 1

■ EDITORIAL

CARVAJAL, Patricio: *Utinam lex esset eadem quae uxori est viro. Amelia Castresana Herrero (1956-2022)* [V-X]

■ ESTUDIOS

Constitucional

FERNÁNDEZ, José Ángel: *Los protocolos universitarios contra el acoso, la violencia y la discriminación: una tensión entre el feminismo y bienestarismo* [1-25]

Civil

RODRÍGUEZ, María Sara y FERNÁNDEZ ARROJO, María: *La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida* [27-53]

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel Arturo: *El arrendamiento de inmuebles mediante plataformas digitales: un caso de eventual competencia desleal y de abuso de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de los oferentes de dichos inmuebles* [55-82]

Comercial

CABALLERO, Guillermo: *La subparticipación: un caso de sociedad sin personalidad jurídica en el código civil* [83-100]

Penal

RUSCA, Bruno: *Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica* [101-126]

■ RECENSIONES

VILLALONGA TORRIJO, Cristian Antonio: *Yowell, Paul (2018) Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review (oxford: hart) 174 páginas.* [127-131]

MIRANDA ARRAU, Carlos Felipe: *van Harten, Gus (2020): The Trouble with Foreign Investor Protection (Oxford, Oxford University Press) 224 pp* [133-136]

■ ENSAYOS

BERNAL PULIDO, Carlos: *La inexistencia de un derecho fundamental o humano a bloquear vías en situación de protesta* [137-154]

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- HALPERN MAGER, Gabriel: *Comentario de jurisprudencia del despido de un trabajador por actos temerarios que exponen a sus compañeros al virus COVID-19* [155-171]
- MADRID, Raúl; GUERRA ESPINOZA, Rodrigo y CORNACCHIA, Luigi: *Está el derecho penal al margen de discusiones axiológicas? A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la despenalización de la interrupción del embarazo* [173-192]
- TELLO MENDOZA, Juan Alonso: *El caso Ugarteche v/s Reniec: Sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo (Tribunal Constitucional)* [193-220]



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

EDITORIAL

UTINAM LEX ESSET EADEM QUAE UXORI EST VIRO
AMELIA CASTRESANA HERRERO
(1956-2022)

La fatalidad ha querido que regrese inmediatamente a los editoriales de esta Revista, por una nueva pérdida de un miembro del Consejo y colega de disciplina. El día viernes 14 de enero de este año 2022, ha muerto doña Amelia Castresana Herrero, mi maestra, y lo ha hecho rápidamente —mucho más de lo que esperábamos—, a causa de la E.L.A.

Yace ahora en su querida Comillas, España. Allí donde tuvo sus mejores recuerdos de niñez y sus mejores recuerdos como *uxor et materfamilias*. Nos observa tranquila desde el Cielo, libre de los pesados *vincula* que ataron su cuerpo en el último par de años.

Doña Amelia estudió en la *Deutsche Schule* de Madrid, fue licenciada en Filología Clásica y licenciada en Derecho —carreras que estudió paralelamente—, después, una jovenísima doctora en Derecho y, finalmente, Catedrática de Derecho Romano de la Universidad de Salamanca; dedicando así su vida profesional a la disciplina que Volterra llamó “*l’aristocrazia del diritto*”, como se suele recordar. Una mujer de tradición universitaria, pues su padre había sido un erudito Catedrático de Latín, en la misma Universidad, y su viudo, don José Luis, Catedrático salmantino de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público General.

Fue una mujer brillante, enérgica y de carácter, elegante y reservada, maternal, dulce y detallista; todo a la vez. Una óptima y personalísima mixtura de las dotes aprendidas de su madre y de su padre. Como ella misma dijo de ellos, encarnando en cada uno su pericia en las lenguas castellana y latina:

El español es y será siempre mi lengua madre, una madre que me educó en la prudencia, el rigor, el esfuerzo y en la tendencia a no obrar mal, a ni siquiera pensar mal; y también a llevar una vida frugal, poco apegada a las riquezas. —El latín me lo enseñó mi padre; de él aprendí la mansedumbre de ánimo y una serena firmeza a la hora de sostener las decisiones tomadas tras sopesar pros y contras. A amar el trabajo y a ser perseverante. Mi padre me animó a estudiar filología clásica, a leer los textos latinos sin prisas, a respetar a los maestros, y a amar la verdad y la justicia.

El texto es de mediados del año 2021¹, con ocasión de la entrega del VIII Premio Internacional Ursicino Álvarez Suárez. Ella fue la primera mujer en recibir esta máxima distinción, reservada solo a estudiosos romanistas cuya trayectoria les haya dado relieve mundial, otorgado por la Fundación de ese nombre con el patrocinio del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

¹ CASTRESANA HERRERO, Amelia (2021): Mis tres letras de cabecera, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, N° 34, pp. 19-26.

Con su impresionante e irrepitible oratoria, pronunció un hermoso, profundo y emocionante discurso en el magnífico salón de la Academia Matritense del Notariado; en una ceremonia encabezada por el Presidente del Consejo General del Notariado y por el Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Comenzaba así:

“Para mí, el estado de alarma no ha tenido nada que ver con el coronavirus, sino con la primera y segunda motoneurona, que hacen perder fuerza a mis músculos, debilitándolos y dejándome inmovilizada en la silla de ruedas. Y este singular estado de alarma que sufro y que me ha generado una vida nueva, inesperada e indeseada, radicalmente distinta de la vivida en el pasado, me ha traído por sorpresa emociones únicas, extraordinarias, que nunca antes había sentido.

(...)

Hoy en mi vida han hecho acto de presencia tres letras decisivas, determinantes de mi presente, y de mi futuro: E-L-A. Y esas tres letras –que gobiernan mi cuerpo–, esas mismas letras –con contenidos y resultados radicalmente distintos– han formado parte –curiosamente– del pasado de mi educación, de mi vida académica, del día a día de mi experiencia docente e investigadora durante más de cuarenta años. Porque son las letras que encabezan el nombre de las lenguas que he utilizado y disfrutado toda mi vida desde niña para comunicarme –cargada de cariño, cercanía y entusiasmo– con mi familia, mis amigos, y mis colegas: ESPAÑOL, LATÍN, ALEMÁN, E-L-A.

(...)

El alemán lo aprendí de niña en el Colegio Alemán de Madrid, y lo compartí durante años con mi hermano, que me ha enseñado, entre otras cosas, a mantener el buen ánimo en cualquier circunstancia, incluso ante la enfermedad que padezco.

El alemán, además, se ha hecho protagonista de buena parte de mi vida académica, gracias a la generosa invitación de los profesores Andreas Wacke [*un verdadero padre espiritual, como doña Amelia tantas veces declaró públicamente*] y Rolf Knütel, este último, lamentablemente, ya fallecido. Ambos me animaron a ejercer la docencia en las Universidades de Colonia y Bonn, reuniendo las tres letras, E, L, A, español, latín y alemán en mis clases sobre la terminología jurídico-privada y los primeros descubrimientos históricos de Marco Porcio Catón, en su obra de agricultura. Gracias a ellos aprendí a investigar con rigor las fuentes latinas y a hacer que el alemán se incorporara definitivamente a mi vida académica sin despegarme del español y el latín. Y esa misma afición a reunir por y para el derecho romano las tres lenguas, la he compartido también durante muchos años con mi ilustre colega que ha recibido este Premio, el profesor Christian Baldus, un amigo entrañable.

Las mismas letras, E-L-A, han sido letras anheladas, estudiadas y apreciadas durante toda mi vida académica, porque encabezan exigencias éticas muy relevantes que, además, dan nombre también a conceptos jurídicos singulares, que han sido, son, y seguirán siendo los mejores modelos de la justicia social: EQUIDAD, LIBERTAD, AUTORIDAD, E-L-A. Tenemos que pensar y ejercitarnos en estos tres valores de mi apreciado *ars iuris romani*, como guía principal de aprendizaje.

(...)

Y ahora como *uxor* y *materfamilias* me dirijo a mi esposo y a mis hijas.

La E tiene que ver con el ENTUSIASMO que me trasladáis minuto a minuto, porque sois la mejor E de la ESCULTURA que modela la figura del amor. No me dais la ESPALDA nunca, ESTIRÁIS con fuerza mi vida. Porque la L de la LABILIDAD, que me hace frágil, débil, poco estable, está siendo combatida por la misma L de la LABOR diaria vuestra que transforma la labilidad en fortaleza y coraje. Sois la mejor LIGA familiar que –integrada también por mis hijos políticos, mi hermano, mis primas y Paqui–, convierte las LÁGRIMAS de la adversidad en la sonrisa del AMOR, un amor intenso y vivo. Me siento AFORTUNADA, pese al atroz atropello de las tres letras malditas de la ELA. Porque me dais ALIENTO, ÁNIMO, valor y brío. Y la A vuelve a unirse a la E de la ESPERANZA por un posible avance en la investigación de la ELA que limite el progreso de la enfermedad y alargue mi vida, y la de todos mis actuales compañeros que padecen la misma enfermedad”.

Doña Amelia estudió su tesis con don Alfredo Calonge, discípulo de don Pablo Fuenteseca, quien, a su vez, fue el primer discípulo de don Álvaro D’Ors. La filiación académica interesa, porque la fortuna quiso que el día anterior a la lectura de su tesina, con los elementos iniciales de su posterior tesis sobre la *pecunia traiecticia*, conociera en persona a don Álvaro –quien pernoctaría en Salamanca de camino a Coimbra–. Desde allí en adelante trabaron una amistad académica y personal decisiva para ella; un discipulado que perduró hasta el fallecimiento de don Álvaro. El encuentro ocurrió un par de años antes de que ella defendiera su Tesis doctoral: *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana* (Ediciones Universidad de Salamanca, 1981), un libro fundamental en el estudio de esta materia.

Yo conocí a doña Amelia a través de su obra, mientras estudiaba en la Universidad Católica de Chile. Buscando materiales para mi tesis de licenciatura en Derecho, me topé con su pequeño pero sustancioso libro “*Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*” (Tecnos, Madrid, 1991). Quedé impresionado por su calidad. Recuerdo haberlo comentado al profesor que me dirigía en ese trabajo, don Francisco Samper; quien, siendo discípulo de D’Ors y Catedrático jubilado de la Universidad española, la conocía perfectamente de su etapa inicial. Don Paco me dijo con su elocuente estilo: “*Sí, es muy inteligente la chica esa*”. Años después, doña Amelia sonreía con afecto por ese recuerdo elogioso de ella, de cuando todavía era una investigadora.

Con solo esa información sobre la que para mí todavía era simplemente “la profesora Castresana”, al final de mis estudios de licenciatura recibí una beca doctoral y me fui a Salamanca para conocerla. Sirvió de enlace la profesora de Derecho Civil, hoy diputada nacional, doña María Jesús Moro Almaraz, a quien le agradezco hasta hoy por haber hecho posible el encuentro. Me entrevisté con doña Amelia en su “despacho” de Salamanca y me admitió generosamente, de manera inmediata, para realizar mi tesis con ella.

Una vez iniciado mi discipulado, busqué raudo otro libro más suyo que se encontraba en la biblioteca: era el *Catálogo de Virtudes Femeninas: de la debilidad histórica de ser mujer “versus” la dignidad de ser esposa y madre* (Tecnos, Madrid, 1993). Con su lectura

terminé de comprender los intereses generales de doña Amelia: una jurista con especial preocupación por la historia de las palabras y su finísima precisión en el Derecho, con mayor –aunque no única– preferencia por el Derecho de Obligaciones y, en otra vertiente, una académica ejemplar, preocupada de poner su intelecto y sus altos valores éticos al servicio de las cuestiones relativas a las mujeres.

Sin ningún ánimo de hacer un recuento completo de su obra –desde ya, prescindiendo de su inmensa cantidad de artículos especializados–, respecto de aquella primera área de interés, además del ya mencionado libro sobre la *Fides* se puede destacar *Grundbegriffe des spanischen Privatrechts* (Europa, Salamanca, 1999), su libro *Actos de Palabra y Derecho* (Ratio Legis, Salamanca, 2007), y su glosario, publicado con ocasión de la celebración del octingentésimo aniversario de su universidad, *800 Años de Historia a través del Derecho Romano* (Ediciones Universidad de Salamanca, 2018). En cuanto a sus estudios sobre las obligaciones, además de su autorizado libro sobre el *préstamo marítimo*, es obligado recordar otra obra fundamental, *Nuevas Lecturas de la Responsabilidad Aquiliana* (Ediciones Universidad de Salamanca, 2001), además de su libro sobre los fundamentos del derecho de obligaciones moderno, *Defectos en el Cumplimiento de la Prestación: Derecho Romano y Derecho Europeo Actual* (Ratio Legis, Salamanca, 2014). Por último, en su faceta vinculada a la situación de las mujeres, al *Catálogo de Virtudes Femeninas* siguió un exitoso curso optativo *Historia de las mujeres. Silencios, desigualdades*, para los estudiantes de Salamanca; y de esa experiencia surgieron sus dos últimas publicaciones, *La “imbecilidad” del sexo femenino: una historia de silencios y desigualdades* (Paso Honroso, Salamanca, 2019) y *Los Augurios de Craso* (Marcial Pons, Madrid, 2021). Esta última obra, si bien no es un libro académico sino una novela histórica, recoge en la trama las vicisitudes del “antimodelo” social de las mujeres cultas en el mundo romano y por eso resulta formar parte de este acervo. Hay, por último, dos libros que tienen un alcance mayor y que no pueden ser preteridos, su introducción y traducción de *De agri cultura* de Marco Porcio Catón (Tecnos, Madrid, 2009), que desarrolló en una intensa estancia de investigación en Alemania; y su manual, en cuatro ediciones, *Derecho Romano. El arte de lo bueno y de lo justo* (Tecnos, Madrid, 2020).

Después de terminar mi doctorado, doña Amelia me invitó en innumerables ocasiones al Estudio Salamantino como profesor, para colaborar con ella en su curso de Derecho Romano. Recuerdo con especial afecto la estupenda ceremonia de presentación de su glosario publicado para festejar los ochocientos años de la Universidad de Salamanca, con el Paraninfo repleto de público y con la presencia de la mayoría de los colegas que habían contribuido, provenientes de las universidades más antiguas de Europa, como Bolonia, París, Oxford, Heidelberg, Padova y Pisa.

Además, estoy especialmente agradecido de que hayamos organizado mancomunadamente siete Cursos Internacionales de Derecho Romano, que consistían en una semana de clases en jornada completa para estudiantes chilenos de la licenciatura en Derecho, que se impartía en Salamanca. La asistencia superaba los cien alumnos voluntarios. Disfrutaban de un curso de excelencia en que la carga principal de la docencia le correspondía a mi maestra, quien era acompañada como complemento por los más distinguidos profesores europeos. Para aquellos profesores, acostumbrados a ofrecer sesudas conferencias, resultaba una oportunidad única poder impartir la enseñanza básica a los estudiantes. Y no exagero al se-

ñar que los estudiantes quedaban todos deslumbrados, maravillados, por la calidad superlativa de los profesores y, en suma, por el, para ellos, inédito nivel de su primera experiencia internacional de estudios en el extranjero. Doña Amelia les fascinaba, pero sospecho que los alumnos ni siquiera intuían el esfuerzo y la dedicación con que preparaba minuciosamente dichas lecciones, especialmente para ellos. Más bien creo que pensaban que era algo espontáneo, lo que sin duda aumentaba su prestigio, pero limitaba una parte del mensaje que amorosamente deseaba transmitir, respecto del trabajo bien hecho. El Curso Internacional de Derecho Romano siempre se orientó a los estudiantes de licenciatura en Derecho, pero se prestigió hasta el punto de que profesores y también estudiantes de doctorado de América y Europa comenzaron a frecuentarlo.

Nos visitó en varias oportunidades. Reacia a los viajes largos, sin embargo nunca se negó a venir a Chile y a impartir cuantas clases y conferencias se le solicitaran. Todas con gran éxito, por cierto.

Mi relación con ella fue siempre de “usted”; muy respetuosa, pero no formal, sino que era un “usted” cariñoso y cercano. Desde mi llegada a Salamanca me acogió y no solo dirigió mi tesis, sino que me integró a su familia con varias invitaciones tanto a su “piso” como a su casa del campo o a su casa de playa. Así supe por su marido, don José Luis, de las conversaciones que doña Amelia tenía con su queridísimo padre, de ocho o diez horas seguidas, sobre los significados de una línea o de una palabra en latín; unas sesiones que él solo estuvo dispuesto a soportar por ser un novio y, luego, un marido enamorado, como él mismo comentaba sonriendo. Pude conocer un aspecto de doña Amelia imperceptible desde su actividad profesional: su esmero y devoción por su marido y por sus hijas, María y Amelia, al igual que, en el último tiempo, por su pequeño nietecito, Martín. Se preocupaba por cada uno de ellos de acuerdo a sus necesidades y en todos los detalles. Era sin duda quien conducía la administración doméstica: acudía todos los días a las siete de la mañana al mercado para comprar el pescado, la carne, el pan, etc., todo lo que sería necesario para el día. Le gustaba estar en su casa, cocinar, recibir y atender a sus cercanos. Recuerdo muy especialmente la preparación de la celebración de sus bodas de plata, en su casa de Alba de Tormes. Con admiración, observaba cómo estaba en todos los aspectos del festejo, los grandes y las minucias; también, la austera elegancia de sus gustos y la delicada selección *personarum et rerum*; y, asimismo, el puesto principal que previó para la bendición que estuvo a cargo del sacerdote jesuita amigo de la familia. Es cierto que no le gustaban las actividades sociales nocturnas, porque, como siempre confesaba, le gustaba dormir a las diez de la noche. Pero ocasionales comidas que ofreció para los colegas en su casa, fueron “excepcionales” en el más amplio sentido de la palabra. Los encuentros, que generalmente eran recepciones para los colegas europeos que la visitaban, eran finísimos y sumamente cordiales, gracias a la particular aura de distinción y confianza que era propia de doña Amelia. De los profesores chilenos que pasaron por su casa de Salamanca, recuerdo la ocasión en que asistió a ella don Alejandro Guzmán, después de dar una clase magistral sobre el derecho como facultad en la neo-escolástica española; quien siempre recordaba la exquisita gentileza, además de la inteligencia y de la elegancia, de doña Amelia, con quien también trabó amistad.

Yo no puedo sino tener el máximo agradecimiento hacia ella, en primer lugar, y luego también hacia su familia; porque recibí de mi maestra todo su cariño, deferencia y deli-

cada hospitalidad, tanto en mi etapa de estudiante como en mi vida profesoral y personal. En el plano académico me honró inmerecidamente señalando que yo era su mejor discípulo —cosa de la que me he enterado después de su muerte—. Ahora, ante su partida, recibí un llamado desde el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Salamanca, para pedirme que continúe con la dirección de tesis de la última discípula que había aceptado. Es un último honor inmerecido, un encargo que cumpliré con gusto, si bien será difícil estar a la altura.

Como siempre he elegido un título en latín para el editorial. Para esta luctuosa ocasión, “*Utinam lex esset eadem quae uxori est viro*”, es decir, ¡*Ojalá hubiera una misma ley para las mujeres que para los maridos!* Una frase tomada de la obra *Mercator* (El mercader), de Plauto (circa 200 a. C.), que doña Amelia gustaba de citar, para ilustrar que ya desde la Antigüedad existió la preocupación por las discriminaciones de las mujeres; muchas mujeres meritorias que, sin embargo, vivían encasilladas en unos esquemas sociales que no les permitían su pleno desarrollo, bajo el fundamento de una supuesta “*imbecillitas perpetua*”, que hasta el propio jurista Gayo (Instituciones 1.190) consideraba un absurdo, una *levitas animi* que “*magis speciosa videtur quam vera*” (pareciera más aparente que verdadera).

Una de aquellas mujeres meritorias fue Hortensia, hija de uno de los principales oradores romanos, quien hacia el año 42 a. C. se presentó ante los Triunviros, Octavio, Marco Antonio y Lépido, para protestar por la imposición de un impuesto al lujo solo para las mujeres. La intervención de Hortensia fue a tal punto eficaz, que los gobernantes finalmente se vieron forzados a echar pie atrás. La perfecta construcción retórica de los argumentos de quien seguramente es la primera abogada de las mujeres en la historia, fue más tarde destacada por el retórico Quintiliano (siglo I d. C.), quien señalaba que el discurso de Hortensia todavía se estudiaba hasta sus días como una pieza ejemplar, sin que el sexo de su autora tuviera influencia alguna en esa valoración. Tomo entonces las palabras de Quintiliano, parafraseándolo para rendir este último homenaje a la flamante ganadora del premio Ursicino Álvarez Suárez, a la Catedrática, a la querida Maestra, y a la ejemplar *materfamilias*: “*Magistrae Castresanae oratio apud Colegium Tabulariorum Matritenses habita legitur non tantum in sexus honorem*” (El discurso de la maestra Castresana ante el Colegio de los Notarios de Madrid todavía se estudia, y no en razón de su sexo).

Doña Amelia Castresana Herrero, descanse en paz.

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

LOS PROTOCOLOS UNIVERSITARIOS CONTRA EL ACOSO, LA VIOLENCIA Y LA DISCRIMINACIÓN: UNA TENSIÓN ENTRE FEMINISMO Y BIENESTARISMO

CHILEAN POLICIES AND PROCEDURES ON VIOLENCE, HARASSMENT AND DISCRIMINATION AMONG STUDENTS: FEMINIST WAR ON CRIME V. WELFARISM

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ¹

RESUMEN: El presente trabajo trata algunos de los problemas interpretativos que han surgido en la aplicación de los protocolos contra la violencia, el acoso y la discriminación entre estudiantes en las universidades chilenas debidos, principalmente, a la tensión entre una comprensión garantista y bienestarista de los procedimientos disciplinarios y las propuestas feministas de protección de los derechos de las víctimas. En concreto, se abordarán los problemas de certeza a la hora de definir y delimitar estas conductas; el consentimiento en los casos de violencia sexual; el ámbito competencial de estos protocolos a hechos acaecidos fuera de las instalaciones universitarias o del contexto de actividades académicas; y las garantías procesales y el estándar probatorio aplicables a estos procedimientos disciplinarios.

Palabras clave: violencia, acoso y discriminación; Universidades; mandato de certeza; competencia territorial; garantías procesales; estándar probatorio.

ABSTRACT: The present study addresses the central problems in legal interpretation of Chilean universities' policies and procedures on violence, harassment, and discrimination among students, due to the tension between the welfarist understanding of disciplinary procedures and feminist proposals for protecting victims' rights. It analyzes the void-for-vagueness issues in defining and determining the conducts of violence, harassment, and discrimination; consent in sexual relationships; the scope of the university's jurisdiction off-campus; and due process guarantees and evidence standard relevant to these policies and procedures.

Keywords: violence, harassment, and discrimination; campus; void-for-vagueness; consent in sexual relationships; scope of the university's jurisdiction off-campus; due process; evidentiary standard.

I. INTRODUCCIÓN

La promulgación de los protocolos contra el acoso, violencia y discriminación en las universidades (en lo sucesivo, PAVD) ha supuesto un cambio estructural en la manera de tratar esta problemática, no solo respecto de los procedimientos disciplinarios y del diseño institucional, sino también en cuanto a las prácticas de la comunidad universitaria. En concreto, en el diseño y aplicación de estos protocolos se puede apreciar una tensión entre la

¹ Doctor en Derecho, Universidad Europea de Madrid. Profesor de Derecho penal, Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Isla Teja s/n, Valdivia, Chile. Correo electrónico: josefernandez@uach.cl. Número Orcid: 0000-0002-7035-0968.

comprensión clásica y, en especial, en sus aspectos garantistas y resocializadores² de los procedimientos disciplinarios y aquellas propuestas feministas de protección de los derechos de las víctimas de corte punitivistas.

Esta tensión se ha centrado en el terreno de las garantías procesales y el estándar de prueba, el principio de proporcionalidad y, primordialmente, en cuestiones de competencia. Pero también se han presentado conflictos a la hora de incorporar nuevas formas o propuestas de control social, como es el caso paradigmático de la justicia restaurativa. Así y, debido a los problemas de asimetría que se presentan entre la víctima y el victimario en los casos de violencia de género, parte de las propuestas feministas ha planteado la limitación e, incluso, la prohibición de aplicar los acuerdos reparatorios³.

En todo caso, debemos recalcar que no en todas las propuestas feministas se plantean las mismas tensiones y de la misma intensidad con una visión garantista y bienestarista de los medios de control social.

Una reconstrucción de las teorías feministas que puede resultar provechosa para este estudio es la que se ha centrado en el reconocimiento de los derechos de las víctimas en materia penal, ya que estos protocolos comparten gran parte de las finalidades del derecho penal y se plantean, como veremos, las mismas tensiones y conflictos⁴: retribuir o coaccionar psicológicamente a la ciudadanía o al concreto infractor *versus* garantizar sus derechos y ofrecer alternativas al infractor, a la víctima y a la sociedad en su conjunto para, de esta forma, superar los conflictos sociales que subyacen a la comisión de un delito o un ilícito⁵. Si bien en otro estudio he desarrollado esta reconstrucción, entiendo que, a efectos de una mejor comprensión de este trabajo, resulta necesario reproducir sus aspectos más relevantes.

Sin duda, una de las principales novedades de los PAVD tiene relación con aquellas medidas que tienen como finalidad garantizar y reconocer los derechos de las víctimas. Estas se han convertido en los últimos tiempos en un actor principal en los medios de control social. A través de su organización y de una creciente atención por parte de los medios de comunicación, han conseguido llamar la atención de diferentes poderes e instituciones pú-

² La referencia al garantismo y bienestarismo resulta para parte de la doctrina redundante, ya que las posiciones socialdemócratas sobre el castigo y la sanción entienden que el garantismo constituye un aspecto necesario, pero no suficiente de esta última posición política criminal o sancionadora. Véase, en el derecho penal, RIPOLLÉS (2005) pp. 1-37. No obstante, en este trabajo se hace referencia ambos aspectos con la finalidad de recalcar que esta tensión con parte de las propuestas feministas se produce tanto respecto de las garantías como de las medidas resocializadoras. Respecto de las propuestas feministas con una visión más cercana al garantismo y bienestarismo penal, denominadas como feminismo no punitivista o crítico, véanse: ROACH (1999) pp. 671-716; ABADÍA (2020) pp. 105-118; GRUBER (2020) pp. 170-207. Entre sus propuestas podemos destacar: la prevención primaria en la educación y la familia; la justicia restaurativa como los acuerdos reparatorios; la protección de las víctimas; la resocialización del delincuente o infractor como una de las formas de prevención de la violencia machista más eficaces y, a la vez, respetuosa con los derechos humanos; y el denominado comunitarismo no punitivista que, en el caso de las universidades, supone la participación de todos sus estamentos en la prevención de este tipo de conductas.

³ Véase una posición crítica en: VILLACAMPA (2020) pp. 47-75.

⁴ No obstante, en la doctrina administrativa chilena existe, en la actualidad, una interesante discusión sobre la autonomía del derecho sancionador y disciplinario respecto del derecho penal. Véase, entre otros, LETELIER (2017) pp. 622-689.

⁵ BUSTOS y HORMAZÁBAL (2004) pp. 64-87.

blicas, lo que, a la vez, ha derivado en una de las principales manifestaciones de la juridificación de los nuevos procesos de inclusión.

El reconocimiento de los derechos de las víctimas puede incluirse tanto en el modelo de seguridad ciudadana o punitivista, como en el modelo bienestarista o no punitivista, asociado este último, principalmente, a la justicia restaurativa.

El modelo punitivista –heredero de una visión retributiva, preventiva (general y especial negativa) o expresiva de la pena– propone, como mecanismo de reconocimiento de los derechos de las víctimas, un mayor rigorismo penal, la inclusión de ciertos derechos procesales a favor de las víctimas y una restricción de los derechos y garantías penales del acusado o condenado. Así, el sistema penal opera como un juego de suma cero, en el que cualquier ganancia de la víctima debe ser a expensas del acusado⁶. A la vez, se cuestiona la visión liberal a favor de la no punibilidad de conductas consideradas libremente consentidas, como la prostitución o la pornografía. Incluso, se muestra contraria a ciertas formas de justicia distributiva, como ocurre en nuestro caso con los acuerdos reparatorios⁷.

También puede utilizar técnicas populistas, como son las movilizaciones sociales fundamentadas en casos trágicos (sobre) divulgados por los medios de comunicación, creando una insatisfacción continua de las víctimas y de la sociedad en general. No obstante, el populismo penal y, en concreto, el de corte feminista no debe ser visto, en todo caso, como un fenómeno, al menos en un primer momento, socialmente negativo⁸. En este sentido, la inclusión de protocolos de prevención y sanción de la violencia en las universidades se debe en gran parte a la repercusión mediática que tuvieron las protestas estudiantiles de 2018. Ahora, si bien este populismo de corte bienestarista ayuda a la consecución de un interés socialmente positivo, legitima la lógica de proponer soluciones sencillas, normalmente desproporcionadas, a un problema complejo.

Esta visión punitivista se ha reproducido también en los casos de acoso, violencia y discriminación (en lo sucesivo, AVD) en las universidades, situación que genera ciertas contradicciones valorativas. Así no resulta infrecuente que asociaciones estudiantiles que denuncian la vulneración de principios penales, como el de proporcionalidad de las penas, o de garantías como, por ejemplo, el de presunción de inocencia respecto de la aplicación de la legislación antiterrorista a los miembros de la comunidad mapuche o de los delitos cometidos en el contexto de las propuestas estudiantiles, adopten, por el contrario, posturas punitivistas y de intolerancia respecto del acoso sexual en los campus universitarios. Sin duda, los grupos de presión relacionados con el feminismo han logrado la inclusión de una serie de medidas contra hechos que, hasta tiempos recientes, eran tolerados e invisibilizados por el Estado y la comunidad, pero si las penas o sanciones se aplican no en función de la entidad de la conducta y la culpabilidad, sino principalmente en relación con quién sea la víctima o el victimario o como medio para la consecución de una agenda política, éstas pueden derivar en prácticas discriminatorias y desproporcionadas. En este sentido, debe tenerse presente que parte de la denominada victimología positivista y algunos movimientos

⁶ LOADER (2008) p. 3.

⁷ Art. 19 de la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar.

⁸ Véase, en general, LACLAU (2016).

feministas comparten la crítica al modelo bienestarista clásico por centrar sus medidas y políticas públicas en la resocialización del delincuente o infractor⁹.

Por el contrario, el modelo no punitivista de reconocimiento de los derechos de las víctimas trata de minimizar los efectos indeseados de la violencia con medidas centradas en la resocialización y la justicia restaurativa¹⁰. Así, esta forma de reconocimiento de derechos se centra en una serie de políticas destinadas a proteger a las víctimas más vulnerables, donde la familia y la comunidad desempeñan un papel fundamental. Asimismo, comparte con el garantismo tanto la necesidad de limitar el poder punitivo o sancionador, así como un escepticismo respecto a la utilidad de la pena¹¹. Ahora bien, este modelo no punitivista no implica el rechazo de cualquier medida penal o, en nuestro caso, disciplinaria. Sin duda, la victimología ha visibilizado en la violencia machista un plus en el desvalor del hecho o lesión del bien jurídico protegido que, hasta tiempos recientes, no era considerado por el derecho positivo. En este sentido, ha puesto de manifiesto que no es lo mismo matar a una mujer o pareja que hacerlo tras haber ocasionado a esta de manera sistemática todo tipo de vejaciones, maltratos, violencias psicológicas, etc.

En todo caso, esta reconstrucción no debe llevarnos a concluir que los procedimientos disciplinarios universitarios establecidos con anterioridad a la aparición de los PAVD, algunos de ellos aprobados durante la dictadura militar, constituyen instrumentos de control social garantistas; ni tampoco a calificar con carácter general todos los PAVD como punitivistas.

El presente trabajo abordará algunos de los problemas interpretativos que han surgido como consecuencia de esta tensión entre una visión punitivista y bienestarista de los PAVD. En primer lugar, los términos “acoso sexual” y “violencia sexual” constituyen, en la actualidad, casos paradigmáticos de producción social de un “significante vacío”, situación que ha incidido en su indeterminación normativa. En segundo lugar, algunos grupos de casos paradigmáticos conocidos por los PAVD plantean una tensión con las concepciones clásicas del consentimiento, en especial, respecto de las relaciones sexuales. En tercer lugar, varios PAVD han ampliado expresamente su ámbito de competencia a casos que se producen más allá de las instalaciones universitarias y del contexto de actividades académicas, generando un conflicto institucional con los tribunales de justicia y otros organismos del Estado. En cuarto y último lugar, se ha unido a la problemática sobre las garantías procesales y el estándar probatorio entre el derecho penal y el derecho disciplinario las propuestas feministas que proponen un modelo menos garantista y un menor estándar probatorio en los casos de AVD.

Se formula como hipótesis ante esta problemática una serie de propuestas interpretativas y reformas de los protocolos PAVD y la legislación vigente, fundamentadas en una ponderación entre los principios valorativos e institucionales en conflicto: la adecuada protección a las víctimas y los límites del poder disciplinario de las universidades y la resocialización del infractor como una manifestación del derecho a la educación.

⁹ Véase en extenso, DAVIES (2017) pp. 12-40, 82-90.

¹⁰ ROACH (1999) pp. 673 y 669.

¹¹ ROACH (1999) pp. 670.

Respecto de la doctrina citada, se prestará especial atención a la literatura estadounidense, puesto que ha sido en este país donde se han desarrollado y discutido con mayor profusión estos instrumentos. Por último, se realizará una breve referencia a los preceptos de la Ley N° 21.369 de 15 de septiembre de 2021, que Regula el Acoso Sexual, la Violencia y la Discriminación de Género en el Ámbito de la Educación, relacionados con estos problemas interpretativos.

II. INDETERMINACIÓN NORMATIVA Y HEGEMONÍA

Los PAVD regulan fenómenos sociales en los que no existe, al menos por el momento, claridad sobre qué conductas resultan sancionables, a pesar de que la práctica totalidad de los protocolos contienen normas definitorias. Así, el acoso, la discriminación y la violencia constituyen fenómenos en los que no existe una suficiente certeza tanto por parte de sus destinatarios como respecto de sus aplicadores. A lo anterior, se añade la dificultad de que, en muchos casos concretos, se superponen conductas de acoso, violencia o discriminación. Por último, las definiciones contempladas en los PAVD, especialmente, las de acoso y discriminación, contienen conceptos indeterminados y cláusulas abiertas¹².

Los problemas de certeza de una disposición normativa suelen tener cuatro tipos de explicaciones. La primera, cuando ha existido un defecto en la descripción de la norma; la segunda, cuando la indeterminación de la norma refleja un conflicto externo entre derechos fundamentales o entre un derecho fundamental y la protección de un bien jurídico; la tercera, cuando existe un conflicto interno entre los principios que informan el mandato de certeza y, en especial, entre la claridad y la precisión¹³; y la cuarta, cuando la realidad que pretende regularse resulta especialmente confusa tanto para los destinatarios como para los aplicadores de la norma¹⁴.

Una de las explicaciones sobre esta confusión se encuentra en lo que Laclau denomina una producción social de un “significante vacío”¹⁵. Así, junto con los casos de significantes equívocos o ambiguos que concurren a la hora de delimitar conceptualmente términos como “acoso” o “violencia sexual”, la lucha política contra la violencia machista ha sido un factor determinante para “vaciarlos” de significado, especialmente, del otorgado por el derecho y los juristas.

¹² Véanse, a modo de ejemplo, el Art. 2 del REGLAMENTO DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE o el Art 3 del REGLAMENTO DE LA UNIVERSIDAD ARTURO PRAT.

¹³ Una regulación más precisa no supone siempre una mayor claridad. Así, por ejemplo, las remisiones normativas que realiza el Art. 2 del REGLAMENTO DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE a la Ley 20.609 contra la discriminación, resultan más precisas, pero a la vez le restan claridad. Entendemos que lo prioritario es vincular de forma efectiva a los jueces al imperio de la ley (precisión) y asegurar su aplicación igualitaria (concreción) frente a la obligación de informar a los ciudadanos. NAVARRO (2013) p. 56.

¹⁴ NAVARRO (2013) pp. 48.

¹⁵ LACLAU (1996) pp. 68 y 85. Hemos tomado como referencia la obra de Laclau, ya que ha sido uno de los autores postmarxistas más influyentes en el pensamiento crítico latinoamericano relacionado con el populismo. Su propuesta sobre hegemonía y significantes vacíos ha sido inspirada por diversos autores y nociones, entre quienes resaltan la propuesta sobre la hegemonía de Gramsci, el post-estructuralismo de Derrida, el simbolismo de Lacan y los juegos del lenguaje de Wittgenstein. SALINAS (2011) p. 169.

La reciente conciencia social sobre la especial vulnerabilidad de las mujeres junto con una cultura crítica y de transformación social en el seno de las universidades chilenas han contribuido a que toda actividad o conducta que denote, en alguna medida, un menoscabo a los derechos de las mujeres sea vista como equivalentes en su confrontación con el régimen patriarcal¹⁶. Así, los términos “acoso sexual” y “violencia sexual” no poseen un denominador común positivo, sino uno de carácter negativo: su oposición a un enemigo común. En cierta medida, han asumido la función de representar la lucha del movimiento feminista.

Incluso, podríamos afirmar que se ha arrogado en parte el papel de representar el movimiento postmarxista. El vacío ideológico acaecido tras la caída del muro de Berlín, es decir, el fin de un concepto universal (el Proletariado) abrió una lucha por la hegemonía del denominado discurso emancipador. El feminismo constituye un ejemplo paradigmático de una nueva democracia, en el que los movimientos sociales compiten entre sí por la generación de significantes vacíos¹⁷.

Al menos, una parte importante del movimiento feminista ha sido criticada en el sentido de que una aproximación meramente cultural de los fenómenos sociales ha derivado en una visión fragmentaria, identitaria y particularista de la sociedad¹⁸. A mayor abundamiento, el posestructuralismo ha sido conceptualizado como un movimiento o teoría que no permite o dificulta la posibilidad de ofrecer explicaciones sistemáticas y soluciones objetivas y universales de la sociedad¹⁹.

Con independencia de las críticas antes mencionadas, en el ámbito penal y, por tanto, siempre susceptibles de ser trasladadas al ámbito disciplinario, las diferentes percepciones sobre el femicidio y la denominada criminalización de los pueblos originarios constituyen ejemplos paradigmáticos de una política criminal fragmentaria, identitaria y particularista. Así, se hace difícil de explicar por qué el presidio perpetuo calificado en el caso del femicidio es una pena racional y, en cambio, en el homicidio terrorista constituye una pena inhumana y especialmente desproporcionada.

En el ámbito relacionado con el PAVD, el caso paradigmático de esta situación es la percepción que tiene parte de la comunidad universitaria entre el acoso y algunas manifestaciones de las denominadas “funas” contra los propios acosadores o, lo que es más grave aún, supuestos acosadores²⁰. Aquí, el discurso emancipador feminista entra en conflicto directo con una concepción general y universal del acoso.

¹⁶ Un ejemplo de esta situación se puede ver con claridad en el movimiento *#Me Too*, en que se denunció, principalmente, a través de las redes sociales casos de violencia y acoso sexual contra las mujeres silenciados durante mucho tiempo por las estructuras del patriarcado. Así, estas denuncias se caracterizaron por su heterogeneidad, pero todas catalogadas como formas de violencia. La razón se debe, tanto de un punto de vista descriptivo como normativo, a la necesidad de incluir el punto de vista de las víctimas a la hora de interpretar estos hechos y darles prioridad sobre la idea masculina de disponibilidad de las mujeres. Véase una justificación de esta idea en: JARAMILLO (2020) pp. 215-218.

¹⁷ LACLAU (1996) pp. 68 y 85.

¹⁸ Esta situación ha provocado una división en el seno de las aproximaciones teóricas de izquierda. Véase, un estudio crítico en: BUTLER (2000) pp. 109-121.

¹⁹ En un sentido crítico, BUTLER (2000) p. 110.

²⁰ Véase en Chile: SCHMEISSER (2019) pp. 25-39.

Además, la conceptualización de estas diferentes particularidades atendiendo a términos como el género, la identidad de género o grupos desaventajados, entre otros, afecta a la claridad, entendida esta como la posibilidad del conocimiento efectivo de la norma por parte de sus destinatarios²¹. Ahora bien, en principio, la inclusión de estos particularismos puede otorgar una mayor precisión, es decir, una mayor seguridad jurídica en sentido objetivo que permita una mayor certeza a los aplicadores de los PAVD. Así, por ejemplo, el acoso sexual resulta más preciso que el acoso en general. No obstante, esta precisión solo opera respecto a los destinatarios de la norma y no sobre las conductas subsumibles, que es donde se presentan los principales problemas de certeza. Pero, además, este tipo de definiciones afecta a la concreción, entendida como la suficiente individualización de las normas que, paradójicamente, permite una aplicación no igualitaria de estas, es decir, sanciona o castiga de la misma manera conductas con un distinto desvalor. Como puede apreciarse, se plantea un conflicto entre las diferentes manifestaciones o dimensiones del mandato de certeza que, de acuerdo con Navarro, debe primarse la consecución de una mayor precisión y concreción, aunque suponga una menor claridad por parte de los destinatarios primarios de estos reglamentos disciplinarios²².

La reciente Ley N° 21.369 que Regula el Acoso Sexual, la Violencia y la Discriminación de Género en el Ámbito de la Educación Superior, refleja esta indeterminación generada, entre otras razones, por una política identitaria y fragmentaria. Veamos la norma conceptual que establece esta ley.

“Artículo 2°, inc. 2°: El acoso sexual es contrario a la dignidad de las personas, su libertad, integridad personal y la igualdad de derechos y prohibición de discriminación arbitraria.

“Constituye acoso sexual cualquier acción o conducta de naturaleza o connotación sexual, sea verbal, no verbal, física, presencial, virtual o telemática, no deseada o no consentida por la persona que la recibe, que atente contra la dignidad de una persona, la igualdad de derechos, su libertad o integridad física, sexual, psíquica, emocional, o que cree un entorno intimidatorio, hostil o humillante, o que pueda amenazar, perjudicar o incidir en sus oportunidades, condiciones materiales o rendimiento laboral o académico, con independencia de si tal comportamiento o situación es aislado o reiterado”.

Esta disposición merece dos comentarios. En primer lugar, en el título de la ley se diferencia, de acuerdo con las ciencias jurídicas y sociales, entre acoso, violencia y discriminación, pero en el Art. 2° solo se define la primera conducta de una forma en la que pareciese que se incluyen las otras dos. Esta definición extremadamente amplia, además de generar una norma menos precisa, difumina las diferencias valorativas entre acoso, violencia y discriminación, situación que puede derivar en sanciones desproporcionadas por parte de los organismos encargados de aplicar los PAVD. En segundo lugar, el título de la ley hace solo

²¹ Véase, un caso paradigmático en el Art. 3 del REGLAMENTO DE LA UNIVERSIDAD ARTURO PRAT.

²² NAVARRO (2010) pp. 45-56.

referencia al acoso, la violencia y la discriminación de género. Si bien, se puede concluir sin demasiada dificultad que otros tipos de acosos, violencias o discriminaciones distintas a las de género se encuentran sancionadas por esta ley, ya que el Art. 2 citado no discrimina el contexto donde se produce la conducta, sin duda y desde una perspectiva performativa, este título va a incidir a que las universidades se centren en prevenir y sancionar este tipo de conductas y que la comunidad entienda que solo los relacionados con el género son los sancionados por estos reglamentos internos.

Como conclusión, el *vaciamiento* o *difuminación* de significado de los términos “acoso sexual” y “violencia sexual” por parte del discurso hegemónico feminista ha contribuido a su indeterminación. No obstante, llegados a este punto, debemos recordar que los términos acoso, discriminación y violencia son estructuralmente inciertos debido a la complejidad de estos fenómenos sociales que los PAVD pretenden regular y, por lo tanto y con independencia de este proceso de politización debe aceptarse una mayor indeterminación en la redacción de estos. Esto significa que la falta de precisión y claridad en las normas conceptuales relacionadas con el acoso y la violencia sexual no siempre se debe a un defecto en la descripción de estas. Así, a la hora de regularlos se plantea un conflicto entre derechos fundamentales o entre un derecho fundamental y la protección de un bien o interés. En este último caso, los órganos reguladores de las universidades, conscientes o no, consideran que la mejor manera de resolver estos problemas de certeza es que los aplicadores de los PAVD vayan precisando el contenido normativo de las disposiciones normativas a través de sus resoluciones.

Continuando con la transformación de los conceptos de acoso, violencia y discriminación como significantes vacíos, esta situación ha incidido, sin duda, en los destinatarios de los reglamentos, pero la cuestión que queda por dilucidar es si también ha afectado o debería afectar a sus aplicadores, en el sentido de ampliar los casos que se puedan considerar como acoso en el ámbito universitario²³. Aquí, se debe distinguir entre los casos de sobreinclusión, que lo que se pretende es ampliar de manera indiscriminada el ámbito de aplicación del acoso o la violencia sexual, y los casos visibilizados por el feminismo merecedores de algún tipo de medida disciplinaria²⁴.

²³ Un caso claro de abusos sexuales (“tocamientos en la entrepierna de la víctima sin su consentimiento”) fue calificada por Comisión para la Prevención, Investigación y Sanción de Actos de Acoso, Hostigamiento, Violencia y Discriminación Arbitraria de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso como un supuesto de acoso sexual. *ALCAINO CON UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO* (2020).

²⁴ Un caso interesante en el que la inclusión de una concepción particularista del acoso generó un caso de indeterminación normativa, lo encontramos en el fallo de la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que conoció de un recurso de protección contra una resolución disciplinaria de la Universidad Santo Tomás. Esta calificó como un acto de acoso sexual el envío reiterado de unos mails con “propuestas de contenido sexual” a un profesor (director de carrera) de parte de una estudiante, “adjuntando algunas fotografías en ropa interior, cuestión que se habría repetido en una oportunidad en el año 2016”. El hecho fue calificado como una falta grave con la concurrencia de una circunstancia atenuante, y la sanción aplicada fue la suspensión de toda actividad académica por el lapso de un semestre académico. El epígrafe 3.1.1. del Manual de Buen Trato de la citada universidad establece: “El acoso sexual es una manifestación de violencia de género y **expresa la desigualdad de poder y el abuso** hacia quien es considerado de menor valor o sujeto de dominación por parte de otro. Puede darse en el marco de relaciones jerárquicas, **entre pares** y entre personas del mismo o distinto sexo, entre conocidas/os o desconocidas/os, y entre quienes tienen o no un vínculo amoroso; tanto en las dependencias de

Una manera de minimizar estos problemas de certeza estructural, además de contemplar y mejorar las normas definitorias establecidas en los PAVD, es incluir una resolución especial de no admisibilidad de la denuncia con la finalidad de abordar supuestos que no constituyen acoso, violencia o discriminación, pero que el hecho denunciado puede afectar a la convivencia o que su reiteración pueda derivar en algunas de estas conductas. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Universidad Austral de Chile (Art. 13 b) contempla la posibilidad que, en el caso de que existan dudas sobre si una determinada conducta pueda encuadrarse en algunos de los tipos de AVD, de no admitir la denuncia e implantar una medida de acción. Este sería el caso, por ejemplo, de una broma o chiste aislado de carácter machista realizado en las redes sociales.

Pero, en el caso de que surgiera esta falta de certeza en el marco de las conductas sancionadas como acoso, violencia o discriminación, aquí debe operar el principio *in dubio pro reo* en su dimensión interpretativa. Así, por ejemplo, en el caso de que existan dudas sobre si un determinado hecho constituye un ilícito de acoso o de violencia, deberá calificarse como el primero de ellos. De esta manera, se puede ponderar de manera adecuada el conflicto entre el principio de seguridad jurídica y el fin o interés de prevenir conductas de ADV.

Otra medida para afrontar los problemas de certeza estructural consiste en impartir regularmente cursos de inducción, formación y difusión que pongan en conocimiento de la comunidad universitaria no solo las conductas o grupos de casos paradigmáticos de AVD, sino también aquéllos que resultan dudosos o que no pueden calificarse como tales.

Por último, queda por dilucidar, desde una perspectiva política, este proceso de conversión de los términos acoso y violencia en significantes vacíos apropiados por los movimientos emancipadores. Una forma de afrontarlo es recuperar los discursos garantistas y bienestaristas en la configuración y aplicación de los medios de control social o, al menos, visibilizar las contradicciones, limitaciones y vulneraciones a los derechos y garantías fundamentales que conlleva toda producción social de un significante vacío.

III. EL CONSENTIMIENTO EN LAS RELACIONES SEXUALES

La falta de consentimiento en las relaciones sexuales se ha asociado normalmente al uso de fuerza física, intimidación o amenaza de sufrir un daño grave propio o a terceros; y a la falta de capacidad para consentir, sea permanente (minoría de edad o enajenación) o circunstancial (privación de sentido o aprovechamiento de una situación concreta de incapa-

la institución como fuera de ella, independientemente de la circunstancia u ocasión en que estas conductas se realicen (Unidad de Equidad de Género, Mineduc, 2016). // El acoso sexual constituye **un agravio a la intimidad y dignidad de la víctima, y al mismo tiempo restringe su libertad de decisión**. Puede expresarse en manifestaciones no verbales presenciales o en manifestaciones verbales presenciales; extorsiones, amenazas u ofrecimientos, manifestaciones por medios digitales o físicas u otras más graves tales como la obligación a presenciar exhibicionismo y/o abuso sexual (...).” Como puede apreciarse en las partes señaladas en negrita, se produce en esta norma conceptual una tensión entre una visión estructural del acoso fundamentada en las relaciones de poder con un enfoque más liberal asentada en la afección de los bienes jurídicos (intimidad, dignidad y libertad), situación que genera una indeterminación normativa y que constituyó uno de los fundamentos del recurso de protección. La Corte de Apelaciones se inclinó por esta última comprensión. *BARRÍA CON UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS* (2019) C. 5°. Véase un comentario de la citada sentencia en: FERNÁNDEZ (2021) p. 161-176.

cidad). Junto a estos, se encuentran los casos de consentimiento viciado, como ocurre con las modalidades comisivas del estupro (Art. 363 CP).

No obstante, se discute en la actualidad si deberían incluirse otros supuestos. Por una parte, tenemos los casos de coerción verbal indirecta como, por ejemplo, la amenaza de finalizar una relación personal o, en general, expresiones o actitudes que generen una presión con el fin de realizar una actividad sexual²⁵; y por otra, los casos en que ha existido un previo consentimiento para iniciar una relación social o íntima, pero este no se ha actualizado en el momento de llevar a cabo un concreto acto sexual.

Así y respecto a este último supuesto, el ámbito universitario constituye uno de los contextos en los que con mayor frecuencia las víctimas de violencia sexual no denuncian sus experiencias como un posible delito o infracción y los agresores justifican sus conductas con el fundamento de la concurrencia de un consentimiento previo de la víctima. La doctrina ha señalado varias razones por las que, con carácter general, una víctima no denuncia una agresión o acoso sexual, entre las que destacan el sentimiento de vergüenza o culpa por haber cometido un hecho indebido o inmoral, el miedo a ser criticados o sancionados por medios de control social informales, la falta de expectativas ante las instituciones encargadas de prevenir y sancionar este tipo de conductas, los costes del proceso penal o disciplinario (tiempo, dinero, revictimización, etc.), una falta de comprensión jurídica del hecho cometido y la relación previa con el agresor. En cuanto a la falta de comprensión del hecho cometido, este suele darse debido a la percepción compartida de que las agresiones sexuales no concurren cuando ha existido un acto previo de consentimiento o no ha concurrido una violencia física de relevancia. Respecto de la relación previa con el agresor, suele concurrir cuando la víctima, a pesar de comprender la desvaloración normativa del hecho, decide no denunciarlo debido a la previa relación de amistad o sentimental con el agresor²⁶.

Así, en los casos paradigmáticos de agresiones sexuales en el contexto universitario como son el previo consentimiento para ir juntos a una fiesta universitaria; besarse o compartir un mismo lecho, por ejemplo, en una residencia universitaria o departamento o cabaña arrendada por estudiantes; el consumo de alcohol y drogas en estas fiestas u hogares universitarios; y una relación previa con otro estudiante son, con frecuencia no denunciados por las razones anteriormente expuestas. De esta suerte, se puede dar un sentimiento de vergüenza por haber hecho algo inmoral, de miedo de ser criticado por sus compañeros y compañeras o de culpabilidad por haber ingerido previamente alcohol o drogas o consentir una relación sexual; entender o comprender que un consentimiento previo para iniciar una relación sexual incluye también otro tipo de relaciones como la felación o la penetración; creer que la denuncia ante las autoridades universitarias no va a tener una respuesta satis-

²⁵ En un sentido similar, MELLINS y otros (2017) p. 6.

²⁶ PITTS y SCHWARTZ (1993): p. 1. Así, el estudio sobre la victimización de las mujeres ocasionada por delitos sexuales en las universidades estadounidenses (*The National College Women Sexual Victimization Study*) ha corroborado, entre otras cuestiones, que un número importante de víctimas no define el hecho como una agresión sexual y que la práctica totalidad de los agresores eran conocidos. FISHER y otros (2010) p.15, 17 y 18. Si bien, no existen estudios empíricos en Chile sobre criminalidad y acoso sexual no detectados en las universidades, mi experiencia como miembro de la Comisión para la Intervención en situaciones de Acoso, Violencia y Discriminación de la Universidad Austral de Chile, confirma estas conclusiones.

factoria; y, finalmente, una suerte de perdón por una agresión cometida por un amigo o compañero. Esto ha llevado a una disminución de las tasas de denuncia y a una revictimización que se produce, principalmente, por el hecho de tener que compartir con el agresor las aulas y demás espacios universitarios y por la ausencia de unas adecuadas medidas de protección y sanción por parte de las autoridades universitarias.

Así, en el caso estadounidense, ya a mediados de los años ochenta del siglo pasado, los estudios feministas pusieron en evidencia que los casos de violaciones en los campus o contextos universitarios resultan mucho más comunes que los recogidos por las estadísticas oficiales. Contra la creencia compartida por las autoridades universitarias de que las agresiones sexuales ocurrían normalmente entre extraños y con el uso de violencia extrema, estos estudios pusieron en evidencia el alto porcentaje de criminalidad sexual no detectada²⁷. A lo anterior, debemos añadir que, en no pocas ocasiones, los hombres eluden preguntar o ratificar el consentimiento para, de esta manera, evitar un posible rechazo por parte de la víctima²⁸.

Ante esta situación, cobra especial relevancia el denominado consentimiento afirmativo, entendido como una autorización expresa, clara y revocable de ambas partes a la hora de llevar a cabo una relación sexual. En este sentido, varias universidades estadounidenses han incorporado esta forma de consentimiento en sus protocolos²⁹.

Normalmente, en la determinación del consentimiento sexual a la hora de aplicar los PAVD, se tiende a equipararlo al establecido en el derecho penal³⁰. Este concepto restrictivo de consentimiento puede justificarse de acuerdo con el principio de mínima intervención³¹, pero nada obsta para que, en el caso del derecho disciplinario, pueda extenderse a otras formas como los casos de ausencia de consentimiento activo y, en especial, aquellos en los que el consumo de drogas o alcohol ha producido una privación parcial del sentido³².

Ahora bien, la inclusión de este tipo de consentimiento no debe entenderse como una restricción absoluta a la posibilidad de que concurra un error (de tipo) sobre la conformidad de la víctima. Tampoco debe entenderse probada la falta de consentimiento por la mera manifestación de la víctima o que, a partir de una visión paternalista, se elimine la capacidad de agencia de la “supuesta víctima”. Esto supondría, como manifiesta Abadía, “desestructurar todo el anclaje teórico que sustentan la teoría del delito y de la responsabilidad penal”³³.

²⁷ PITTS y SCHWARTZ (1993): p. 1.

²⁸ JOZKOWSKI y VIERSMA (2015) p. 20.

²⁹ JOHNSON y HOOVER (2015) p. 3; LAURIE M. y otras (2017) pp. 243-258.

³⁰ ANDERSON (2016) pp. 1945-1946.

³¹ No obstante, en el derecho penal comparado se viene produciendo un cambio de tendencia. PERAMATO (2020) pp. 5-12.

³² Respecto de las universidades estadounidenses: LANGTON y SINOZICH (2014) p. 8. El problema que se presenta con cierta frecuencia es que la relación sexual se inicia con consentimiento, pero, en un cierto punto, se torna no consentida y unido al consumo de alcohol y otro tipo de drogas se vuelve extremadamente difícil determinar con exactitud ese preciso momento. BEAVER, (2017) pp. 261 y 262.

³³ ABADÍA (2020) p. 108. Además, como manifiesta la autora, la inferencia de que una relación estructural (la asimetría de poder entre los hombres y mujeres en las relaciones laborales) no puede sustentar por sí sola que esta asimetría ocurre en todos los casos, ni mucho menos que pueda presumirse la falta de consentimiento. ABADÍA (2020) p. 108

A lo anterior debe tenerse presente que, si decidimos incluir una regla referida al consentimiento activo en la aplicación de los protocolos, no debemos caer en la tentación de equipararlo valorativamente a los casos en que concurre violencia, intimidación o privación total de la razón. En otras palabras, estos casos deben considerarse de menor gravedad.

Como conclusión, resultaría de especial ayuda que los protocolos contemplen una norma conceptual sobre el consentimiento, que incluyera la modalidad activa y los casos de coerción verbal indirecta³⁴. Incluso, y debido a la relevancia e intereses y derechos en juego, la Ley 21.36 debería haber establecido algunos lineamientos sobre el consentimiento en las relaciones sexuales.

IV. COMPETENCIA TERRITORIAL: LA UNIVERSIDAD COMO ACTOR SOCIAL CONTRA LA VIOLENCIA, EL ACOSO Y LA DISCRIMINACIÓN

La aplicación de los PAVD ha generado un interesante debate en los tribunales de justicia chilenos a la hora de delimitar su competencia territorial. En concreto, se discute si estos protocolos pueden aplicarse a aquellos supuestos de AVD que ocurren fuera de las instalaciones universitarias o del contexto de actividades académicas.

Así, podemos diferenciar los siguientes grupos de casos:

1. AVD dentro de **las instalaciones de la Universidad**, por ejemplo, una agresión en un aula de clases.
2. AVD fuera de las instalaciones de la universidad en el **contexto de una actividad académica**, por ejemplo, una violación con ocasión de unas clases prácticas de estudiantes de ingeniería forestal en un bosque.
3. AVD fuera de las instalaciones de la universidad en el **contexto de una actividad extraacadémica organizada o financiada por alguna institución de la universidad**, por ejemplo, un abuso sexual con ocasión de una fiesta financiada por un centro de estudiantes con recursos de la universidad.
4. AVD fuera de las instalaciones de la universidad en el contexto de **una actividad extraacadémica organizada o financiada informalmente por estudiantes universitarios**, por ejemplo, un abuso sexual en una cabaña arrendada por estudiantes con ocasión de una fiesta informal universitaria.
5. AVD fuera de las instalaciones de la universidad y del contexto de actividades extraacadémicas formales e informales, en los que **sus efectos sobre las víctimas se reproducen en la universidad**, por ejemplo, un caso de violencia intrafamiliar en el que, con posterioridad, la víctima y victimario ingresan a la misma carrera y curso académico.
6. AVD fuera de las instalaciones de la universidad, en el que no existe ninguna relación académica entre estudiantes, no se ha realizado en el contexto de actividades ex-

³⁴ Véase en Estados Unidos: GRAHAM y otros (2017) pp. 249-253. Incluso, el Gobierno Federal ha desarrollado una página web destinada a facilitar y asesorar a las universidades en la regulación y ejecución de estos protocolos, en el que se incluye una guía específica sobre el consentimiento en las relaciones sexuales. Véase: <http://changingourcampus.org/>

traacadémicas formales ni informales y no se deriva ningún efecto en la universidad, por ejemplo, un caso de violencia intrafamiliar en el que victimario cumplió la sanción o pena impuesta y no ha infringido ninguna medida de protección por el tribunal y con posterioridad ingresa a la misma universidad, pero en una distinta sede.

Podemos encontrar varias reglas de competencia en los protocolos de las universidades chilenas³⁵.

1. Protocolos que incluyen hechos dentro y fuera de sus dependencias sin añadir ningún requisito adicional³⁶.
2. Protocolos que incluyen solo conductas acaecidas dentro de sus instalaciones o en otros lugares destinados a la realización de actividades académicas³⁷.
3. Protocolos que solo requieren una relación subjetiva o personal de carácter universitario entre las partes involucradas³⁸.
4. Protocolos que requieren otros requisitos en los casos de AVD realizados fuera de las instalaciones universitarias o del contexto de actividades académicas. Así, podemos mencionar los siguientes:
 - a) Criterios de carácter funcional con las actividades universitarias como, por ejemplo, “actividades que realice la Universidad u organice la Federación de Estudiantes, los centros de alumnos y, en general, toda organización vinculada directamente con la Universidad”³⁹.
 - b) Que el hecho provoque problemas de convivencia en la universidad⁴⁰.
 - c) Actividades académicas y sociales (fiestas, paseos, graduaciones, etc.) desarrolladas o patrocinadas por la universidad⁴¹.

³⁵ En el derecho estadounidense, se ha determinado con criterios geográficos y urbanísticos. La concretización de estos criterios no ha estado exenta de problemas. Véase, *THE HANDBOOK FOR CAMPUS SAFETY AND SECURITY REPORTING* (2016) pp. 1-27.

³⁶ Universidad de O'Higgins, Resolución Exenta N° 742 de 2018, Art. 1; Universidad de Santiago de Chile, Resolución Exenta, N° 1287 de 2017, Art. 5; y Universidad de Tarapacá, Resolución Exenta N° 884 de 2018, Art. 1.

³⁷ Esta parece ser la posición de la Universidad de los Lagos. Decreto Universitario N° 1769 de 30 de 2018, Arts. 2 y 3.

³⁸ Universidad Arturo Prat, Decreto Exento N° 550 de 2018, Art. 1., e); Universidad de la Serena, Decreto Exento, N° 253 de 2018, Art. 2; Universidad Tecnológica Metropolitana, Art. 1 de la Resolución Exenta 2089 de 2018. Incluso, encontramos reglamentos disciplinarios de carácter general que solo requiere que el infractor sea miembro de la comunidad académica. Véase, Universidad Metropolitana, Resolución Exenta N° 03406 de 11 de diciembre Art. 1. En *PROBOSTE CON UNIVERSIDAD METROPOLITANA* (2020), se consideró que esta regla de competencia no resultaba arbitraria y no excedía de su autonomía universitaria (C. 9°).

³⁹ Pontificia Universidad Católica de Chile de 2017, Protocolos I, II y IV.

⁴⁰ Universidad Alberto Hurtado, Compromiso de 2018, pp. 6 y 7; Universidad de Valparaíso de 2018, Art. 3. En el derecho estadounidense, véase una regla similar de competencia en: <https://www.washington.edu/studentconduct/jurisdiction/>.

⁴¹ Universidad Diego Portales, Resolución de Rectoría N° 33/2017 de 2017, Art. 8). La universidad de Magallanes amplía el ámbito de aplicación a las actividades no académicas auspiciadas o patrocinadas por ésta, incluyendo un listado a modo de ejemplo. Resolución N° 135/2018, Título III. La Universidad de Chile incluye los casos acaecidos fuera de sus instalaciones. Art. 1, Decreto Exento, N° 1817 de 10 de enero de 2017.

- d) Criterios cualitativos, como es el caso del Reglamento UACH, que acude a la gravedad del hecho y a la especial necesidad de protección de la víctima (Art. 1).
5. Protocolos que hacen referencia expresa a las vías telemáticas o virtuales⁴².

En especial, los grupos de casos del núm. 4 han sido los que han generado mayores reparos por parte de los tribunales de justicia, al cuestionarse si las universidades exceden de sus competencias en materia disciplinaria. A lo anterior, podemos apreciar de la lectura de la variopinta tipología de reglas de competencia un claro peligro de aplicación no igualitaria de la ley. Esta situación se resolvería en parte con una regulación estatal de mínimos, en el que se delimitara la competencia territorial de los PAVD. Esta ha sido la opción de la Ley 21.369 que comentaremos con posterioridad.

Pasando ya a los casos judicializados, podemos destacar tres fallos de la Corte Suprema.

El primero, a propósito del Reglamento Universidad Austral de Chile, ha establecido una suerte de interpretación orientada a la Constitución de esta regla especial de competencia. Así, sostiene que “los tribunales de justicia han reconocido con carácter general, de acuerdo con la letra a) del artículo 2° de la Ley N° 21.091 sobre Educación Superior, la autonomía de las universidades para regular mediante su regulación interna este tipo de actividades, siempre que esta potestad disciplinaria **se oriente a sus fines y proyectos institucionales**”⁴³. A partir de esta consideración de tipo funcionalista, la Corte Suprema ha establecido una interpretación restrictiva de la regla excepcional de competencia del citado reglamento. Así, mantiene que no basta la mera “circunstancia de estar involucrados en los hechos personas relacionadas con la universidad por algún vínculo docente o funcionario o de otra naturaleza análoga⁴⁴, porque, precisamente, las potestades que derivan de la autonomía universitaria se extienden, como lo dispone la norma transcrita, hasta donde alcancen sus fines y proyectos institucionales”⁴⁵. Así, la Corte Suprema entiende que esta vinculación funcional se circunscribe exclusivamente al “contexto de actividades académicas”.

⁴² Así, la Universidad de Antofagasta aplica su protocolo a hechos acontecidos fuera de sus instalaciones, pero “dentro del contexto propio de las actividades universitarias”. Sin embargo, se aplica también a los producidos a través de “medios virtuales contextualizados en el marco de relaciones personales (...). Decreto Exento N° 1531, de 13 de diciembre de 2018, Art. 3.2. La Universidad Católica de Valparaíso contempla la misma regla de competencia territorial. Decreto Supremo N° 572/2018, Art.4.

⁴³ Negrita nuestra.

⁴⁴ Esta afirmación no resulta correcta, ya que el Reglamento de la Universidad Austral de Chile requiere, además de la vinculación personal, la concurrencia que el hecho sea de considerable gravedad y de una especial necesidad de protección de la víctima (Art.2).

⁴⁵ *RIVERA CON UNIVERSIDAD AUSTRAL* (2019), C. 7°. La Corte Suprema concluye que la aplicación de esta regla excepcional de competencia sobrepasa “los márgenes académicos, por hechos propios de la competencia común de los tribunales establecidos por la ley, con lo cual la recurrida se ha constituido, desde este ángulo, en una comisión especial, como quiera que carece de origen legal” (Cons. 11°). Véase en el mismo sentido *GIMPEL CON UNIVERSIDAD AUSTRAL* (2019), C.7°; *CERECEDA CON UNIVERSIDAD AUSTRAL* (2019), C. 7°; *ACUÑA CON UNIVERSIDAD AUSTRAL* (2020), C. 4°; *ALCAINO CON UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO* (2020), C. 9° a 14°. No obstante, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que la Universidad Santo Tomás, que contempla expresamente la posibilidad de aplicar su reglamento AVD a hechos acaecidos fuera de las instalaciones de la universidad y del contexto de las actividades académicas, tenía la competencia para conocer un supuesto hecho de acoso sexual de una estudiante a un profesor a través de la remisión a este de correos electrónicos de connotación sexual, justificando su decisión en la consecución del “bien común y del desarrollo del país” como fines institucionales de las

Una interpretación alternativa es entender que existen otras conexiones funcionales más allá de las estrictamente académicas. Efectivamente, las universidades no tienen como única función institucional las diferentes manifestaciones de la actividad académica, sino que, como actores sociales, persiguen otras funciones como es, precisamente, prevenir y sancionar conductas de AVD en las que, de alguna manera, estas se vean involucradas. En el caso de la Universidad Austral de Chile, esta cuenta con una “Política de Prevención y Sanción del Acoso, la Violencia y Discriminación en la Comunidad Universitaria” que, expresamente, declara como contrarios a los principios y valores de la Corporación “todo fenómeno de acoso, violencia y discriminación, incluidos los que ocurren en el marco de relaciones de pareja”⁴⁶. Incluso, se puede entender que la prevención y sanción de estas conductas constituyen un presupuesto para que las universidades puedan llevar a cabo sus tareas académicas. Así, resulta difícil que, por ejemplo, una víctima de un caso de AVD en el contexto de una relación de pareja con otro estudiante o de una actividad lúdica, pueda desarrollar sus actividades académicas de manera adecuada si debe convivir con el agresor en las instalaciones universitarias⁴⁷. En otras palabras, estas reglas de competencia garantizan, en último término, una igualdad material en la educación⁴⁸.

Con posterioridad, la Corte Suprema conoció de una resolución disciplinaria, en la que se expulsó a un estudiante de medicina por haber difundido videos en una red social, profiriendo expresiones ofensivas referidas al peso corporal y amenazas respecto de personas naturales ajenas a la universidad. La Corte Suprema, tras señalar que la reglamentación de la universidad establece para determinar su competencia territorial no solo un criterio objetivo (el espacio físico o instalaciones universitarias) sino también uno subjetivo (la calidad de ser alumno regular)⁴⁹, entiende que la universidad en este caso se encuentra habilitada para aplicar su reglamentación interna a conductas que van más allá de las meras relaciones académicas. De esta manera, expresiones relacionadas con las condiciones de salud y rasgos de identidad “no resultan aceptables respecto de un estudiante que se está preparando en una disciplina que tiene por objetivo asistir en el restablecimiento de la salud de las personas (...)”⁵⁰.

universidades (Art. 2 a) Ley 20.091)” (subrayado nuestro). Ahora bien, este caso puede entenderse, de acuerdo con el razonamiento de la Universidad Santo Tomás, como cometido dentro de las instalaciones universitarias, ya que los mensajes se remitieron al correo institucional del profesor. *BARRÍA CON UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS* (2020), C. 2° y 3°. En el caso de unos abusos sexuales acaecidos en un domicilio privado en el contexto de una fiesta universitaria, y a pesar de que en el recurso de protección no se cuestionó la competencia territorial, la universidad de Concepción entendió que esta conducta “constituye un atentado a la convivencia universitaria y una transgresión a los principios éticos que deben regir el comportamiento de los estudiantes, siendo además contraria al respeto y promoción de los derechos humanos”. *BURGOS CON UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN* (2020).

⁴⁶ Decreto N° 76 de 2015, p. 4.

⁴⁷ En este sentido resulta interesante el fallo de la Corte de Apelaciones de la Serena, en la que se indica que, si bien la mayoría de las conductas sancionadas (violencia psicológica en el ámbito de pareja) sucedieron fuera de las instalaciones de la universidad, los efectos que estas producen en la víctima afectan en su desempeño académico. *ÓRDENES CON UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE* (2020), C. 9°.

⁴⁸ CHMIELEWSKI (2013) pp. 165-167.

⁴⁹ *FIGUEROA CON UNIVERSIDAD AUTÓNOMA* (2020), C. 6°.

⁵⁰ *FIGUEROA CON UNIVERSIDAD AUTÓNOMA* (2020), C. 9°.

Por último, la Corte Suprema confirmó un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el que se sancionó una agresión sexual acaecida en una actividad social de carácter privado que tenía por objetivo evaluar la gestión realizada por un centro de estudiantes⁵¹.

Como conclusión, podemos afirmar que, si bien existe una línea jurisprudencial afianzada con *Rivera con Universidad Austral de Chile*, encontramos otros fallos más recientes de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones que reconocen reglas de competencia territorial más amplias que las circunscritas a las instalaciones universitarias y al contexto académico.

La reciente Ley 21.369 de acoso, violencia y discriminación en los recintos universitarios se hace cargo de los problemas de competencia de los PAVD. No obstante, como veremos, no zanja satisfactoriamente esta cuestión. Los incisos 3° y 4° del Art. 2 establecen:

“Para los efectos de esta ley, quedan comprendidos todos aquellos comportamientos o situaciones que sean realizados o que tengan como destinatarias a personas que cursen programas de pre y posgrado, desarrollen funciones de docencia, administración, investigación o cualquier otra función relacionada con las instituciones de educación superior.

“La potestad de las instituciones de educación superior de investigar y sancionar de conformidad con esta ley se extenderá a los hechos o situaciones que se enmarquen en actividades organizadas o desarrolladas por instituciones de educación superior o por personas vinculadas a ellas de conformidad con el inciso anterior, **ocurran o no en espacios académicos o de investigación, especialmente si tales hechos o situaciones afectan el buen desenvolvimiento de los fines y propósitos de dichas instituciones de educación superior**”⁵².

Sin duda, la determinación de la competencia constituye uno de los aspectos más relevantes de los PAVD —ya que la mayoría de los casos se producen fuera de las instalaciones universitarias y que, como hemos visto, tenemos varias líneas jurisprudenciales—. Por estas razones, el establecimiento de una norma sobre el ámbito de aplicación resulta positiva y conveniente a efectos de una mayor seguridad jurídica, igualdad y efectiva protección de los derechos fundamentales.

Del tenor literal del precepto podemos afirmar que esta ley permite que una universidad intervenga en casos de AVD acaecidos fuera de las instalaciones universitarias y del contexto de actividades académicas. No obstante, esta norma no resuelve uno de los problemas clave abordados por los tribunales de justicia: no delimita cuáles son los fines o propósitos que una universidad debe o puede perseguir a efectos de prevenir y sancionar el

⁵¹ *PRADO CON UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE* (2020). Tanto la Corte Suprema como la Corte de Apelaciones de Santiago no entraron a dilucidar si la universidad tenía competencia territorial para conocer este caso, a pesar de que fue aducido por la recurrente, pero sí afirmó que un hecho que puede ser constitutivo de delito no impide que pueda ser sancionado disciplinariamente. *PRADO CON UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE* (2019), C. 2°, 6° y 7°. No obstante, en el caso del fallo de la Corte Suprema debe destacarse el voto en contra en el que se reproduce los fundamentos de *RIVERA CON UNIVERSIDAD AUSTRAL* (2019).

⁵² Subrayado mío. Este precepto toma como referencia la jurisprudencia desarrollada en *RIVERA CON UNIVERSIDAD AUSTRAL* (2019).

AVD. Esto supone que esta cuestión queda de nuevo a criterio de las universidades y, en último término, de los tribunales de justicia. Así, se puede producir tanto un caso de infra-inclusión como suprainclusión. Se puede mantener la jurisprudencia de *Rivera con Universidad Austral de Chile*, a saber, que los fines institucionales se circunscriban exclusivamente a los académicos⁵³ o, por el contrario, que los PAVD se apliquen a supuestos en que la relación universitaria es meramente circunstancial, por entenderse que uno de los fines institucionales es, como expresa el Art. 1 de la Ley 21.369, “erradicar el acoso sexual”. Así, en el ejemplo del grupo de casos N° 6 señalado con anterioridad se podría aplicar una medida de protección que impidiera al estudiante sancionado por un caso de violencia intrafamiliar permanecer en los espacios comunes de la universidad.

V. DEBIDO PROCESO Y ESTÁNDAR PROBATORIO

El sistema de garantías y el estándar probatorio aplicables a estos protocolos constituyen dos de los aspectos más problemáticos, tanto desde un punto de vista teórico como práctico. Así, y debido al hecho de que, en muchos casos, los PAVD contemplan conductas tipificadas penalmente, se plantea la cuestión de si deben contener el mismo sistema de garantías y estándar probatorio. En todo caso, debemos partir por la constatación de que la práctica totalidad de los PAVD contienen menos garantías y, en cuanto al estándar probatorio, estos guardan silencio⁵⁴.

Las razones de este modelo menos garantista podemos resumirlas en las siguientes: los intereses y derechos comprometidos son menores que los afectados en el proceso penal; los costes institucionales asociados a la implementación de un sistema de garantías más riguroso; los costes sociales derivados de una política universitaria que no prevenga o sancione adecuadamente estas conductas; y, en especial, los efectos perniciosos para la víctima que conlleva la aplicación de ciertas garantías establecidas en el derecho penal⁵⁵.

No obstante, los PAVD no contemplan una garantía reconocida en el proceso penal y que ha sido problematizada en el derecho estadounidense⁵⁶: el principio de contradicción a la hora de examinar a los testigos y partes en el proceso. La inclusión de esta garantía en los PAVD presenta un conflicto entre la necesidad de asegurar tanto la veracidad de las de-

⁵³ Esta interpretación restrictiva resulta posible si entendemos “espacios académicos y de investigación” como las instalaciones físicas, es decir, los protocolos se podrán a casos acaecidos fuera de estas instalaciones, siempre y cuando afecten al “contexto de actividades académicas”.

⁵⁴ *The Handbook for Campus Safety and Security Reporting* –un documento elaborado por el Departamento de Educación estadounidense que tiene como objeto el asesoramiento a los establecimientos educacionales estadounidenses a la hora de redactar, aplicar y actualizar sus PAVD–, entiende que, de acuerdo con la legislación vigente, deberán asegurarse las siguientes garantías: unos plazos razonables de investigación y resolución; un acceso igualitario y transparente de ambas partes al proceso, en el que debe incluirse mecanismos informales de inicio del procedimiento; el establecimiento de mecanismos que eviten los conflictos de intereses o preferencia, prejuicios o sesgos a favor o en contra de alguna de las partes; y el aseguramiento a ambas partes de la asistencia de terceras personas que defiendan sus intereses.

⁵⁵ TRIPLETT (2012) p. 512-517.

⁵⁶ Otras garantías que no se contemplan en los PAVD son la de intermediación del órgano decisor y, en especial, la prescripción. También, algunos protocolos no incluyen una segunda instancia.

claraciones de víctima y testigos como de evitar un falso testimonio o acusación, y proteger a la víctima de una de las pruebas más traumáticas y revictimizantes⁵⁷. En asuntos relacionados con la violencia sexual y, por tanto, en gran parte de los casos de AVD en las universidades, Triplett pone en evidencia que la credibilidad de la víctima constituye un aspecto probatorio fundamental, ya que, normalmente, solo se cuenta con el testimonio de esta y, por tanto, constituye la única o principal evidencia de culpabilidad o inocencia⁵⁸.

Una solución intermedia a este conflicto es la inclusión de una contra examinación indirecta como, por ejemplo, permitir a los estudiantes denunciados que remitan un cuestionario a las víctimas a través de los órganos aplicadores⁵⁹. De esta manera, podría asegurarse el derecho a contraargumentar el testimonio de las partes o testigos y mitigar la revictimización⁶⁰.

El estándar probatorio constituye un elemento fundamental a la hora de determinar la responsabilidad por un hecho de AVD⁶¹. Como hemos mencionado, los protocolos chilenos no especifican el estándar probatorio aplicable. Esto supone que los órganos decisivos deben determinarlo.

En el derecho y doctrina estadounidense, se ha descartado el estándar penal para determinar el sustrato fáctico de la responsabilidad disciplinaria universitaria por AVD. Frente a este rígido estándar, se exige uno sensiblemente inferior, conforme al cual resulta suficiente que la existencia del hecho denunciado se encuentre corroborada en mayor grado por las pruebas disponibles que su negación. Se trata del denominado estándar de preponderancia de la prueba o de balance de probabilidades y es el que típicamente se aplica en litigios civiles⁶². Debido a los derechos involucrados en los procesos disciplinarios de AVD (una restricción parcial o total al derecho a la educación o restricción leve a la libertad) respecto a los afectados en un proceso penal (una restricción grave de la libertad ambulatoria) se justificaría la aplicación de un estándar probatorio menos exigente⁶³.

⁵⁷ HARPER y otros (2017) p. 309. Respecto de los delitos contra la libertad sexual, véase TRIPLETT (2012) pp. 520-522

⁵⁸ TRIPLETT (2012) pp. 513-514.

⁵⁹ HARPER y otros (2017) p. 308; TRIPLETT (2012) p. 521 y jurisprudencia citada en nn. 195-197.

⁶⁰ Para parte de la doctrina, un protocolo sin que exista una contra examinación de las partes o testigos no cumpliría con los estándares del debido proceso en el derecho disciplinario. HARPER y otros (2017) p. 310. Los protocolos estadounidenses, en general, aseguran el principio de intermediación del órgano que debe imponer la sanción disciplinaria y la posibilidad de contra examinación de las partes y testigos. No obstante, el *Title IX* de 1972 obliga que los protocolos establezcan mecanismos de protección de interrogatorios humillantes, aunque este resguardo ha sido criticado porque puede afectar al derecho de defensa. Por todos, HARPER y otros (2017) p. 309. También encontramos sentencias que requieren que los protocolos recojan el derecho de contra examinación. Otros fallos establecen que debe tenerse en cuenta si la credibilidad de la víctima o testigo resulta determinante en la valoración de la prueba o la gravedad de los hechos. Véase la jurisprudencia citada en HARPER y otros (2017) p. 313-315.

⁶¹ VILLASENOR (2016) p. 223.

⁶² En todo caso, el estándar probatorio no debe entenderse exclusivamente desde un punto de vista cuantitativo que, en el caso del estándar preponderante, supondría la necesidad de producir más prueba, sino que debe centrarse en generar un estado de convicción sobre un supuesto fáctico, situación que puede acontecer con un menor número de pruebas, pero de mejor calidad. REDMAYNE (1999) p. 168.

⁶³ CHMIELEWSKI (2013) pp. 149-150. Sobre este estándar de prueba y sus diversas formulaciones, véase: REDMAYNE (1999) pp. 167-195

El establecimiento del estándar de prueba preponderante tiene, además, una justificación de corte victimológica: incentiva a las víctimas a denunciar ante las autoridades académicas un hecho de AVD⁶⁴. La exigencia de un estándar penal supondría una barrera más que tienen estas y, en especial, las mujeres a la hora de denunciar este tipo de conductas⁶⁵.

En un primer momento, la mayoría de las universidades estadounidenses, de manera voluntaria, adoptaron el estándar de la preponderancia probatoria, pero con posterioridad y de acuerdo con los requerimientos del Departamento de Educación, este constituye, a priori, el exigido para este tipo de sanciones. Debe tenerse presente, que este es el estándar que venía utilizándose con anterioridad en los procedimientos disciplinarios universitarios⁶⁶.

La principal crítica de este sistema de garantías y estándar probatorio menos exigente se centra en el hecho de que pueda aumentarse considerablemente los casos de falsos sancionados⁶⁷. A lo anterior, debemos tener presente la falta de medios y personal capacitado para investigar y valorar la prueba en los casos de violencia sexual en las universidades.

Una solución a la hora de resolver esta cuestión es aplicar distintos estándares probatorios en atención a los derechos involucrados en cada caso concreto⁶⁸. Así, cuando la sanción aplicable constituya la expulsión del centro universitario, los órganos aplicadores deberían utilizar un estándar más restrictivo, ya que supone una restricción grave al derecho a la educación⁶⁹. En este sentido, parte de la jurisprudencia estadounidense, ha exigido un estándar probatorio entre el preponderante y el penal (*The clear and convincing evidence standard*), ya que el interés afectado (una limitación grave al derecho de educación) se asemeja más a los supuestos que contempla este estándar como, por ejemplo, el internamiento de un enfermo mental en un centro psiquiátrico o la pérdida de la patria potestad por parte de uno de los progenitores⁷⁰.

⁶⁴ CHMIELEWSKI (2013) pp. 148.

⁶⁵ CHMIELEWSKI (2013) pp. 149-150.

⁶⁶ CHMIELEWSKI (2013) p. 150, n. 34.

⁶⁷ Un acusado (inocente) tiene cinco veces más posibilidades de ser incorrectamente sancionado cuando se le aplica un estándar de preponderancia probatoria que cuando se le aplica uno más allá de toda duda razonable. VILLASENOR (2016) pp. 223-237.

⁶⁸ Al menos desde un punto de vista teórico resulta posible adoptar en el derecho penal varios estándares probatorios. FERRER (2007) p. 2.

⁶⁹ Así, podría aplicarse el estándar intermedio. No obstante, este estándar probatorio, a caballo entre los anteriores, es quizá el más difícil de concretar. Los tribunales han venido variando su contenido y requisitos, con expresiones, en cierta manera, performativas como, por ejemplo, que el “hecho haya acaecido con una alta probabilidad”. Véase en profundidad, CHMIELEWSKI (2013) p. 150, n. 31.

⁷⁰ Así, esta ha sido la propuesta de parte de la doctrina estadounidense. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha aplicado ese estándar en los casos en que una libertad fundamental resulta imposibilitada. Véase la doctrina y jurisprudencia en: WEIZEL (2012) pp. 1618 y 1647. No obstante, la autora citada se muestra en contra de aplicar este estándar probatorio, entre otras razones, por entender que, de acuerdo con la propia jurisprudencia de la Corte Suprema, los intereses afectados por una expulsión de un estudiante (su reputación y el derecho a continuar sus estudios superiores) no revisten la cualidad de fundamentales; por los costes económicos, humanos de implementación y, especial, los denominados costes de judicialización de los PAVD; y por la necesidad de flexibilidad a la hora de responder a un variado elenco de posibles conductas sancionables. WEIZEL (2012) pp. 1613 y 1655.

También, en los casos de expulsión, una medida que, de manera indirecta, obliga a aplicar un estándar de prueba más restrictivo consiste en exigir la unanimidad de los integrantes de las comisiones encargadas de aplicar los PAVD⁷¹.

Lo que debe evitarse, en todo caso, es un estándar probatorio que solo tome como referencia la mera declaración de la víctima sin una serie de resguardos que aseguren su credibilidad⁷² o, por el contrario, se aplique de manera automática el estándar penal⁷³.

La Ley 21.369 de Acoso, Violencia y Discriminación en los Recintos Universitarios en su Art. 6° a) hace referencia con carácter general al debido proceso y al principio de proporcionalidad. Además, incluye expresamente una “prohibición de revictimización”. Lo primero que tenemos que señalar es que esta ley debería haber realizado una referencia al estándar probatorio, ya que constituye el aspecto central en los casos más graves de AVD. En segundo lugar, debería haberse concretado qué reglas o principios del debido proceso deben aplicarse en los PAVD. En tercer lugar, este texto normativo omite cualquier referencia a la resocialización del infractor y si lo unimos a la inclusión de términos como “erradicar el acoso sexual”, podemos concluir que esta ley se acerca a una comprensión securitaria y punitivista del AVD. En cuarto y último lugar, si nos tomamos en serio la prohibición de revictimización que contempla esta ley, los PAVD deberán suprimir o limitar de manera muy intensa las garantías del investigado y la instrucción de los procedimientos. Obviamente, la consideración de la revictimización no puede considerarse como una regla (de todo o nada), sino como un principio que necesariamente entra en conflicto con otros: como los de oficialidad en la investigación y de defensa. Por tanto, lo que obliga esta ley es a una ponderación que permita optimizarlos.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este estudio ha propuesto una serie de reformas, prácticas interpretativas y medidas con la finalidad de armonizar las propuestas feministas relacionadas con los PAVD con una visión garantista y bienestarista del derecho. También este estudio ha puesto en evidencia que estos procedimientos disciplinarios no se encuentran sometidos a los mismos principios y garantías que los establecidos en el derecho penal o, en su defecto, estos no deben aplicarse con la misma intensidad.

Así, en primer lugar, a la hora de afrontar los problemas (estructurales) de certeza o indeterminación resulta necesario contar con un elenco variado de sanciones para resolver los casos de penumbra y con programas de difusión y formación que pongan en conocimiento de la comunidad universitaria las conductas o grupos de casos paradigmáticos de AVD. En segundo lugar, resulta necesario ampliar los casos de falta de consentimiento

⁷¹ En este sentido, Carnevali y Castillo proponen que, en materia penal, si el voto disidente concluye de manera motivada la existencia de una duda razonable deberá declararse la absolución. CARNEVALI y CASTILLO (2011), pp. 77-118.

⁷² En este sentido, puede servir como punto de partida, los criterios establecidos en el proceso penal para determinar la credibilidad del testimonio. Véase, por ejemplo, HUERTA y otros (2019).

⁷³ Varias universidades estadounidenses aplicaron de hecho un estándar probatorio mayor del establecido formalmente en ellos. TENEROWICZ (2001) p. 688.

relacionados con la violencia sexual. En tercer lugar, los actuales fines institucionales de las universidades justifican que el ámbito de aplicación de sus PAVD se amplíe a casos de AVD acontecidos más allá de sus instalaciones y del contexto académico. En cuarto y último lugar, uno de los principales retos en el diseño y aplicación de los PAVD consiste en desarrollar una serie de reglas que ponderen de manera adecuada las garantías del debido proceso con los derechos de las víctimas. En este sentido, debe aplicarse un estándar probatorio menos exigente que el establecido en el proceso penal.

Pero a la vez, resulta necesario que el movimiento feminista y la teoría de género se hagan cargo con mayor profundidad y detenimiento de las tensiones que se producen con el garantismo y el bienestarismo a la hora de afrontar el acoso, la violencia y la discriminación en las universidades y, de esta manera, contribuyan a evitar o mitigar medidas desproporcionadas, sesgadas y alejadas de los principios del daño y de resocialización. En este sentido, resulta imprescindible que el garantismo y el bienestarismo constituyan los discursos hegemónicos a la hora de afrontar el AVD en las universidades, no solo por razones de principio, sino también porque es la mejor manera de legitimar los PAVD en las comunidades universitarias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABADÍA, Marcela (2020): “El delito de acoso sexual en Colombia, discusiones entre feminismos del castigo y feminismos críticos”, en JARAMILLO, Isabel C. y CORREA, María Camila (Coords.), *Sexo, violencia y castigo* (Buenos Aires, Didot) pp. 1-290.
- ANDERSON, Michelle J. (2016): “Campus Sexual Assault Adjudication and Resistance to Reform”, *The Yale Law Journal*, N° 125: pp. 1940-2005.
- BECKER, Howard S. (1963): *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance* (Nueva York, The Free Press).
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán (2004): *Nuevo Sistema de Derecho Penal* (Madrid, Trotta).
- CHMIELEWSKI, Amy (2013): “Defending the Preponderance of the Evidence Standard in College Adjudications of Sexual Assault”, *Brigham Young University Education and Law Journal*, N° 1: pp. 143-174.
- DAVIES, Pamela y otros (2017): *Victims, Crime and Society. An introduction* (Londres, Sage Publications, segunda edición)
- DONDE, Sapan D. (2017): “College women’s attributions of blame for experiences of sexual assault”, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 32 N° 22: pp. 3520-3538.
- JOZKOWSKI, Kristen. N. (2015): “‘Yes means yes’? Sexual consent policy and college students”, *The Magazine of Higher Learning*, Vol. 16, N° 23: pp. 16-23.
- FEINBERG, Joel (1989): *Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. III (Nueva York, Oxford University Press).
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2020): “Los protocolos universitarios para la prevención y sanción de la violencia, acoso y discriminación entre estudiantes: una mirada criminológica y político criminal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 33, N° 2: pp. 297-317

- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2020): “Feminismo y punitivismo bienestarista”, *Columnas de Opinión* (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile). Disponible en: <https://derecho.uach.cl/index.php/vinculacion-con-el-medio/columnasdeopinion/53-columnasdeopinion/843-feminismo-y-bienestarismo>. Fecha de consulta: 15/10/2021.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2021): “Acoso sexual en la universidad: relaciones de poder y ámbito de aplicación. Comentario de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 4129-2020)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 35: pp. 161-176.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N° 15. Disponible en: <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>. Fecha de consulta: 10/10/2020.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988): “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, N° 5: pp. 155-173.
- GRAHAM, Laurie M. y otras (2017): “Sexual Assault Policies and Consent Definitions: A Nationally Representative Investigation of U.S. Colleges and Universities”, *Journal of School Violence*, Vol. 16 N° 3: pp. 243-258.
- GRUBER, Aya (2020): *The Feminist War on Crime. The Unexpected Role of Women's Liberation in Mass Incarceration* (Oakland, California University Press).
- HUERTA CASTRO, Sofía y otros (s.d.): *Guía para la Evaluación Pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales. Documento de Trabajo Interinstitucional* (Santiago de Chile, Ministerio Público y otros). Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=36047&pid=221&tid=1&d=1>. Fecha de consulta: 2/5/2022.
- JOHNSON, Annika M. y HOOVER, Stephanie M. (2015): “The potential of sexual consent interventions on college campuses: A literature review on the barriers to establishing affirmative sexual consent”, *Pure Insights*, Vol. 4 N° 1: pp. 1-12.
- LACLAU, Ernesto (1996): *Emancipación y diferencia* (Madrid, Ariel).
- LANGTON, Lynn y SINOZICH, Sofi (2014): *Rape and Sexual Assault Victimization among College Aged Females, 1995-2013* (Washington, D.C., U.S. Bureau of Justice Statistics).
- LETÉLIER, Raúl (2017): “Garantías penales y sanciones administrativas”, *Política criminal*, vol. 12, N° 24: pp. 622-689.
- LOADER, Ian (2006): “Fall of the ‘Platonic Guardians’: Liberalism, Criminology and Political Responses to Crime in England and Wales”, *British Journal of Criminology*, 46 (4): pp. 561-586.
- NAVARRO FRÍAS, Irene (2010): *El mandato de determinación y tipicidad penal* (Madrid, Comares).
- PERAMATO, Teresa (2020): “Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual. El consentimiento”, *Jueces para la Democracia*, N° 11: pp. 3-35.
- PITTS, Victoria L. y SCHWARTZ, Martin D. (1993). “Promoting Self-Blame Among Hidden Rape Survivors”, *Humanity & Society*, Vol. 17 (4): pp. 383-398.
- HARPER, Shannon y otros (2017): “Enhancing Title IX Due Process Standards in Campus Sexual Assault Adjudication: Considering the Roles of Distributive, Procedural, and Restorative Justice”, *Journal of School Violence*, Vol. 16 N° 3: pp. 302-316.
- SCHMEISSER, Carol (2109): *La funa: aspectos históricos, jurídicos y sociales. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de Chile.

Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/170496>. Fecha de consulta: 10/11/2021.

- TENEROWICZ, Lisa (2001): “Student misconduct at private colleges and universities: A road-map for “fundamental fairness”, *Boston College Law Review*, Vol. 4, N° 3: pp. 653-693.
- REDMAYNE Mike (1999): “Standards of proof in civil litigation”, *The Modern Law Review*, Vol. 62, N° 2: pp. 167-195.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2005): “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01: pp. 1-37.
- ROACH, Kent (1999): “Four Models of the Criminal Process”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, N° 89-2: pp. 671-716.
- TRIPLETT, Matthew. R. (2012): “Sexual assault on college campuses: Seeking the appropriate balance between due process and victim protection”, *Duke Law Journal*, Vol. 62, N° 2: pp. 487-527.
- VILLACAMPA, Carolina (2020): “Justicia restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal”, *Política Criminal*, Vol. 15, N° 29: pp. 47-75.
- VILLASENOR, John (2016): “A probabilistic framework for modelling false Title IX ‘convictions’ under the preponderance of the evidence standard”, *Probability and Risk* N° 15: pp. 223-237.
- WEIZEL, Lavinia (2012): “The process that is due: preponderance of the evidence as the standard of proof for university adjudications of student-on-student sexual assault complaints”, *Boston College Law Review*, vol. 53: pp. 1618-1647.

NORMAS Y OTROS INSTRUMENTOS CITADOS

- CHILE, Ley N° 20.609 (24/7/20/2012), Establece Medidas contra la Discriminación.
- CHILE, Ley (15/9/2021), Regula el Acoso Sexual, la Violencia y la Discriminación de Género en el Ámbito de la Educación Superior. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1165023&f=2021-09-15>. Fecha de consulta: 22/11/2021.
- ESTADOS UNIDOS, *Title IX of the Education Amendments Act of 1972* No. 92318, 86 Stat. 235, 20 U.S.C. §§ 1681-1688.
- ESTADOS UNIDOS, *Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Policy and Campus Crime Statistics Act (11/8/90)*, *Title II of Public Law*: 101-542 (S. 580).
- ESTADOS UNIDOS, U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION, *The Handbook for Campus Safety and Security Reporting*, June 2016. Disponible en: <https://clerycenter.org/wp-content/uploads/2017/01/handbook-2.pdf>. Fecha de consulta: 25/9/2020.
- UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO (27/03/2018), Compromiso contra la Violencia Sexual y/o de Género de la Comunidad de la Universidad.
- UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE, Reglamento N° 28 (16/6/2016), Procedimiento para el Acompañamiento, Investigación y Sanción de Conductas de Acoso, Violencia y Discriminación entre los Estudiantes.
- UNIVERSIDAD DE O'HIGGINS, Resolución Exenta N° 742 (14/5/2018), Protocolo de Actuación frente a Denuncias sobre Vulneración de Derechos como Acoso o Discriminación Arbitraria.

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE CHILE, Resolución Exenta N° 1287 (30/3/2017), Aprueba Protocolo de Política Institucional de Prevención, Sanción y reparación contra el Acoso Sexual, de Género y otras Conductas Discriminatorias.

UNIVERSIDAD DE TARAPACÁ, Resolución Exenta N° 884 (10/9/2018), Aprueba Protocolo de Actuación.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA METROPOLITANA, Resolución Exenta N° 2089 (8/4/2019), Aprueba Protocolo de Actuación contra el Acoso Laboral de Connotación Sexual y Discriminación Arbitraria.

UNIVERSIDAD DE LOS LAGOS, Decreto Universitario N° 1769 (30/5/2018), Reglamento de Actuación frente a Denuncias de Acoso Sexual, Discriminación de Género y Hostigamiento por Ambiente Sexista.

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO (2018), Reglamento sobre Normas de Conducta, Criterios y Protocolos de Actuación para Prevenir y Enfrentar Situaciones de Acoso u Hostigamiento Sexual o Sexista.

UNIVERSIDAD ARTURO PRAT, Decreto Exento N° 550 (2/4/2018), Aprueba Reglamento de Prevención y Tratamiento del Acoso, Violencia y Discriminación en la Comunidad universitaria.

UNIVERSIDAD DE LA SERENA, Decreto Exento N° 253 (14/8/2018), Crea Centro de Atención de Denuncias y Prevención de Acoso Laboral, Acoso Sexual, Acoso Psicológico, Abuso de Poder y Discriminación Arbitraria al interior de la Universidad de La Serena, Reglamenta Procedimiento y Complementa Disposiciones del Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la Universidad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, Protocolos I, II y IV (1/2017). Disponible en: <https://www.uc.cl/no-a-la-violencia-sexual/#protocolos>. Fecha de consulta: 10/4/2020.

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Resolución de Rectoría N° 33/2017 (12/9/2017), Normativa de Prevención y Sanción de Acciones de Violencia Sexual Universidad Diego Portales.

UNIVERSIDAD DE MAGALLANES, Resolución N° 135/su/2018 (3/8/2018), Oficializa Manual Transitorio de Actuación ante Denuncias de Acoso Sexual, Hostigamiento o cualquier Manifestación de la Violencia.

UNIVERSIDAD DE CHILE, Decreto Exento, N° 1817 (10/1/2017), Aprueba Protocolo de Actuación ante denuncias sobre Acoso Sexual, Acoso Laboral y Discriminación Arbitraria.

UNIVERSIDAD DE ANTOFAGASTA, Decreto Exento N° 1531, Reglamento de Prevención y Tratamiento del Acoso, Violencia y Discriminación Arbitraria en la Comunidad Universitaria (13/12/2018).

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO, DECRETO SUPREMO N° 572/2018 (2805/2018), Reglamento para la Prevención, Investigación y sanción de Actos de Acoso, Hostigamiento, Violencia y Discriminación Arbitraria.

JURISPRUDENCIA CITADA

OPORTO CON UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE (2018): Corte de Apelaciones de Valdivia, 22 de noviembre, Rol N° 1870-2018 (Recurso de protección).

RIVERA CON UNIVERSIDAD AUSTRAL (2019): Corte Suprema, 1 de julio, Rol N° 5453-2019 (Recurso de protección).

FIGUEROA CON UNIVERSIDAD AUTÓNOMA (2020): Corte Suprema, 17 de enero, Rol N° 26.104-2019, de 17 de enero de 2020 (Recurso de protección).

PRADO CON UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de septiembre, Rol N° 47.062-2019 (Recurso de protección).

PRADO CON UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE (2020): Corte Suprema, Rol N° 33.389-2019, de 22 de mayo (Recurso de Protección).

GIMPEL CON UNIVERSIDAD AUSTRAL (2019): Corte de Apelaciones de Valdivia, 26 de julio, Rol N° 1480-2019 (Recurso de Protección).

CERECEDA CON UNIVERSIDAD AUSTRAL (2019): Corte de Apelaciones de Valdivia, 13 de agosto, Rol 1677 – 2019 (Recurso de protección).

ÓRDENES CON UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE (2020): Corte de Apelaciones de la Serena, 8 de enero, Rol 3620-2019 (Recurso de protección).

ACUÑA CON UNIVERSIDAD AUSTRAL (2020): Corte de Apelaciones de Valdivia de 15 de julio, Rol 813-2020 (Recurso de protección).

BARRÍA CON UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS (2020): Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de julio, Rol 4129-2020 (Recurso de protección).

BURGOS CON UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (2020): Corte de Apelaciones de Concepción de 8 de agosto, Rol 56.356-2019 (Recurso de protección).

LA INTENCIÓN DE PROCREAR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CONTEXTO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

THE INTENTION TO PROCREATE AND THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN THE CONTEXT OF ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNIQUES

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO¹

MARÍA FERNÁNDEZ-ARROJO²

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto proponer el control de idoneidad de los comitentes, la eliminación del anonimato en la donación de gametos y la determinación de la maternidad por el hecho del parto como paradigmas de conciliación entre el interés superior del niño y la intención de uno o más adultos en procrear. Esta proposición responde a una valoración del efecto de las técnicas de reproducción asistida en el derecho de la filiación desde el punto de vista del interés superior del niño. Se critica la reacción normativa que tiende a validar la intención de procrear como fuente de atribución de filiación. Se evalúa la cuestión en aspectos tales como la legitimación de mujeres solas para acceder a las técnicas, la determinación de paternidad en base a la intención de procrear, la doble maternidad y la doble paternidad.

Palabras clave: España; Chile; Derecho de la filiación; Interés superior del niño; Técnicas de reproducción asistida; Paternidad intencional.

ABSTRACT: This article aims to propose a control of suitability of intended parents, the elimination of anonymity in the donation of gametes and the determination of maternity by the fact of childbirth as paradigms of reconciliation between the best interests of the child and the intention of one or more adults to procreate. The proposal reacts to an assessment of the legal effects of assisted reproductive technologies on Filiation Law from the point of view of the best interest of the child. It criticizes the normative development that tends to validate the intention to procreate as a means of determination of filiation bonds. The issue is evaluated in aspects such as the access of single women to assisted reproductive technologies, the determination of paternity based upon the intention to procreate, double maternity and double paternity.

Keywords: Spain; Chile; Filiation Laws; Child's Best Interest; Assisted Reproductive Technologies; Intentional Parenthood.

¹ Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesora Titular de la Universidad de los Andes, Chile. Dirección postal: Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago. Correo electrónico: msrodriguez@uandes.cl. Número Orcid: 0000-0002-7319-3291.

² Doctora en Derecho. Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universitat Internacional de Catalunya. Dirección postal: c/Inmaculada 22, 08017, Barcelona, España. Correo electrónico: mariaf@uic.es. Número Orcid: 0000-0003-0492-8482.

I. INTRODUCCIÓN

Por el hecho de la generación, el hijo adquiere una identidad biológica y genética indeleble y estable, suficiente para sustentar la consecuencia jurídica de una relación legal de filiación; un estado civil. Por este motivo la generación debería seguir siendo el supuesto fáctico de toda forma de atribución de filiación biológica o por naturaleza. El uso de la reproducción asistida heteróloga hace que hoy sea posible que el hecho de la generación pueda desdoblarse en la concepción, y la gestación y alumbramiento. Según esto, un niño puede tener filiación biológica e intencional disociadas.

Surge entonces el dilema de si debiera reconocerse un valor jurídico determinante a la sola intención de los progenitores para determinar legalmente una filiación que no tiene el sustrato biológico correspondiente. Pues algo que técnicamente es posible, no necesariamente lo es desde el punto de vista de la integridad e identidad personal del hijo. Pensamos que la filiación de niños nacidos por reproducción asistida heteróloga no debería poder determinarse sobre la base de una sola **intención de procrear** manifestada por declaraciones de voluntad, consentimientos, convenciones, acuerdos o contratos, cuando la identidad biológica y genética del recién nacido no coincide con la de el o los declarantes (padres intencionales). Si atendemos al interés superior del niño, ni la sola voluntad ni el afecto pueden ser suficiente base para determinar una filiación no biológica.

El motivo más importante es el que utiliza la relatora especial sobre la venta y la explotación de niños, incluidos la prostitución, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños en un informe al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 2018:

“Un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un ‘derecho a tener un hijo’ suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad. Debe resistirse con firmeza el enfoque basado en el ‘derecho a tener un hijo’, pues se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos”³.

Como personas, los niños no pueden ser objeto de declaraciones, consentimientos, convenciones o contratos relativos a una intención de procrear concebida como expresión de autodeterminación reproductiva de uno o más adultos.

Esta conclusión se alcanza por consideración primordial del principio del interés superior del niño⁴. Es innegable que el interés superior del niño comprende la protección

³ UN ADoc. 18 de enero de 2018, A/HRC/37/60, n. 64. La venta y explotación de niños es perseguida por la Convención de Derechos del Niño (Arts. 35 y 36). El PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCION INFANTIL Y LA UTILIZACION DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFIA, fue puesto en vigencia interna por el D.D. (Relaciones Exteriores) N° 225, de 6 de septiembre de 2003.

⁴ Art. 3.1 Convención de Derechos del Niño.

de su derecho a una identidad personal estable, indeleble⁵. Aunque se trate de un concepto indeterminado, el Comité de Derechos del Niño ha desarrollado este concepto para afirmar que el interés superior del niño es valor fundamental del sistema internacional de protección de derechos humanos⁶; y tiene por fin la salvaguarda de la dignidad humana de los niños⁷. Su condición de ser humano titular de derechos es una premisa; por lo tanto, también un contenido. Todo el respeto que merece una persona adulta debe ser atribuido a los niños. Como se observa en el informe citado más arriba, este principio se refiere siempre a personas humanas, dotadas por sí mismas de dignidad cualesquiera sean las circunstancias de su concepción y nacimiento⁸.

El interés superior del niño debería exigir que toda filiación no biológica se determine en función de la idoneidad de los comitentes o padres intencionales, antes o después de nacido el niño, incluida la de quienes intentan ser padres por TRA con gametos de terceros. Cuando no hay conexiones biológicas entre los padres intencionales y los niños nacidos por procreación asistida, la determinación de vínculos de filiación debería someterse a controles análogos a los de la adopción, que es una filiación no biológica constituida por sentencia judicial. La filiación no biológica por TRA debería determinarse en función del interés del niño a tener un padre y una madre, como en la adopción, independientemente de las formas en que uno o más adultos pueden organizar su vida. La eliminación del anonimato de los proveedores o donantes de células germinales para TRA debería contribuir al reconocimiento del derecho del niño a conocer sus orígenes, como también ocurre en la adopción. El interés del niño también debería exigir la garantía de que se mantendrá la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto. El hecho del parto produce certeza sobre la identidad de la madre, que pertenece también al concebido con gametos proporcionados por terceros. Parte de su identidad personal es la identidad de su madre. Cualquier decisión de entregar un niño a uno o más padres comitentes debería hacerse en la consideración fundamental del interés del niño.

Todas estas proposiciones se ven desafiadas en Chile por la reciente ley N° 21.400, de 10 de diciembre de 2021, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta ley hace posible determinar legalmente filiaciones no biológicas por declaraciones de voluntad de progenitores intencionales, sin control judicial ni sanitario, sin ley sobre reproducción asistida. Sin embargo, la también reciente ley N° 21.430, de 15 de marzo de 2022, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, nos exige reforzar

⁵ Arts. 7 y 8 Convención de Derechos del Niño. Antes de esta convención, la propia identidad de los niños ya estaba protegida por el sistema internacional de derechos humanos en los siguientes lugares: Art. 24, nn. 2-3 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (1966); Art. 18 Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Sobre la protección de un derecho a la identidad en Chile, GÓMEZ DE LA TORRE (2017), pp. 100. Recientemente, la ley N° 21.430, de 15 de marzo de 2022, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y de la adolescencia, reconoce más explícita, clara y extensamente tanto el interés superior del niño (Art. 7) como el derecho a la identidad (Art. 26).

⁶ UN Doc. CRC/C/CG14, n. 1.

⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CRC/C/CG14, n. 3. Sobre la importancia de este principio en nuestra legislación, incluido un análisis de la Observación General N° 14 de 2013 (UN Doc. CRC/C/CG 14), ver GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 73-100.

⁸ Art. 2.1 Convención de Derechos del Niño. Arts. 7 y 8 ley N° 21.430, de 2022.

el interés superior del niño y su derecho a una identidad, incluido el derecho a conocer sus orígenes. Por lo que sigue vigente la cuestión de la justificación de la sola voluntad de una o más personas para establecer un vínculo estable como el de filiación, cuando está desconectada del hecho biológico subyacente.

La metodología utilizada en este artículo es el análisis dogmático y crítico de piezas de legislación y literatura de fuente española que revela la reacción del derecho de filiación a las TRA. Esto se confronta con la situación en Chile, que se inspira en las reformas que tuvo el Código Civil español, incluidas la ley N° 21.400, de 2021, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo y la ley N° 21.340, de 2022, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, pero sin una ley especial sobre técnicas de reproducción asistida. También se acude a sentencias judiciales, desarrollos normativos y estudios de diversa fuente en campos relacionados con la biotecnología reproductiva que demuestran que los comitentes de técnicas de reproducción asistida deberían someterse a controles análogos a los de la adopción.

El contenido de este artículo se presenta de la siguiente manera. En una primera parte (§ II.), se formula una recapitulación del estado de cosas *ex ante*, aludiendo a la reacción normativa y al uso actualmente vigente. La evaluación de esta reacción se realiza confrontando algunos resultados con valores inherentes al principio del interés superior del niño, que deberían considerarse para conciliarlo con la intención de procrear de uno o más adultos (§ III.).

II. RECAPITULACIÓN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

2.1. EL HECHO DE LA GENERACIÓN HUMANA, DIFICULTAD PROBATORIA Y TENSIÓN FORMALISTA

Desde sus orígenes en el Derecho romano, el derecho de filiación se ha erigido sobre el hecho natural y basal de la generación humana. Esto significa que en el plano *jurídico* es padre el que lo es biológica y genéticamente. Antes del desarrollo de pruebas biológicas certeras sobre inclusión o exclusión de vínculos filiales entre dos personas, el derecho establecía estos vínculos sobre la base de presunciones. El hecho de la generación se presumía de un determinado estado de cosas; y el derecho determinaba o atribuía legalmente estos vínculos sobre dicho supuesto fáctico. Así ocurría con el matrimonio de la madre, que permitía presumir la paternidad del marido; o con el concubinato notorio de la madre con el supuesto padre, que permitía reclamar paternidad contra este. Se trataba de un sistema realista en la medida en que pretendía la correspondencia de la dimensión jurídica con su fundamento biológico.

La técnica que servía a este objeto era la de las presunciones legales o judiciales; es decir, la de tener por cierto un hecho desconocido a partir de un conjunto de circunstancias conocidas. Algunas presunciones podían tener resultados formalistas. La dificultad o imposibilidad de demostrar la verdad de una determinada filiación podía justificar que los códigos de la época protegieran cierto estado de cosas institucional o formal. Sin embargo, esto empezó a cambiar.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se produce, en los regímenes de filiación, una vuelta hacia la concepción realista. Influye en ello, no solo la positivación del interés superior del niño⁹, sino también el desarrollo de los derechos fundamentales, que entraron en colisión con los modelos formalistas de filiación al combatir la desigualdad de trato en función del origen familiar institucional. El levantamiento del velo de la relación biológica de paternidad, gracias a la ciencia, también contribuyó al abandono de filiaciones basadas en presunciones o ficciones para provecho de los progenitores. El niño y su beneficio se convierten en el núcleo de la regulación, también, de la filiación adoptiva. De ahí la elección del adoptante en función del interés del menor, así como la sustitución de la reserva sobre la identidad de los padres biológicos por el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos.

Esta visión entró en España a raíz de la Constitución de 1978. La nueva norma fundamental consagró la igualdad de todos los hijos ante la ley y reconoció al niño una especial protección¹⁰. La ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, sirvió para adaptar el Código Civil español (en adelante CCesp) al orden impuesto por la Constitución. Las novedades son reflejo de un sistema realista de filiación en la medida en que posibilitan la libre investigación de la paternidad biológica¹¹ y equiparan los derechos de los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos en adopción plena¹². Además, a partir de 2015 se reconoce el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos¹³.

Estos cambios normativos tienen su correlato en Chile con la Ley N° 19.585, de 1998, que reforma el Código Civil (en adelante CCch) para admitir la libre investigación de la paternidad y el uso de pruebas biológicas en juicios de reclamación e impugnación de filiación¹⁴. La ley reconoce expresamente el privilegio de la identidad biológica real del hijo para la determinación o impugnación de filiaciones¹⁵. La Ley N° 19.620, de 1999, so-

⁹ El principio tiene referencias anteriores en legislaciones nacionales, pero es reconocido por primera vez en el sistema internacional de derechos humanos en 1959, en la Declaración de los Derechos del Niño, NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/4354.

¹⁰ El Art. 14 CE recoge el principio de igualdad. El Art. 39.2 CE proclama el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, además de incluir el principio de libre investigación de la paternidad. El Art. 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda y el párrafo 4 dispone que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

¹¹ La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 7/1994 sostiene con firmeza que la investigación de la paternidad reconocida en el Art. 39.2 CE tiene como finalidad la defensa de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica.

¹² Art. 108.2 CCesp.

¹³ Art. 180.6 CCesp.

¹⁴ Este principio fue un fundamento de la ley N° 19.585. Así consta en la historia de la ley; y así ha sido reconocido en sentencias de tribunales superiores de justicia. Más recientemente y, por todos, GÓMEZ DE LA TORRE (2017) 100.

¹⁵ Arts. 199, 199bis, 200 y 201 CCch. En este sentido, por todos, CORRAL (2010) pp. 60-63 y autores anteriores por él citados. Más recientemente, GÓMEZ DE LA TORRE (2017) pp. 100-103.

bre adopción de menores, regula una única forma de constituir filiación por adopción. Se asegura el control judicial de la susceptibilidad de menores de edad para ser adoptados y de la idoneidad de los adoptantes. Estos últimos deben ser, preferentemente, un matrimonio de chilenos o extranjeros. La adopción se constituye por sentencia judicial en interés del adoptado. El adoptado mantiene vínculos con su familia de origen para evitar matrimonios endogámicos. La Convención de La Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional exige a los Estados Parte que garanticen que se conserve la información que tengan en su poder relativa al origen del niño, especialmente, la relacionada con la identidad de sus padres y el historial médico del niño; como asimismo asegurar que el niño o sus representantes tengan acceso a dicha información con el asesoramiento adecuado y en la medida que sea autorizado por la ley de ese Estado¹⁶. La reciente ley sobre garantías y protección integral de la niñez admite expresamente el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres y su origen biológico, como también el derecho del adoptado a buscar y conocer sus orígenes.

De alguna manera el Derecho de filiación en Occidente se apoyaba en unos pilares comunes y claros. La relación **jurídica** de filiación era un trasunto de su sustrato **biológico**. Se garantizaba la libre investigación de la paternidad. El interés superior del niño debía ser consideración primordial. El adoptado tenía derecho a conocer sus orígenes biológicos. Sin embargo, este panorama cambia con el uso heterólogo de TRA. La vertiginosa evolución de la biotecnología reproductiva ha suscitado el desafío de delimitar un campo de actuación en un entorno nuevo de consecuencias inciertas, de una manera compatible con los intereses de todas las personas afectadas.

2.2. REACCIÓN NORMATIVA FRENTE AL ADVENIMIENTO DE LAS TRA

La implantación de las TRA provocó una primera intervención legislativa en España, en 1988¹⁷. Esta normativa definió las pautas de utilización de este modo de reproducción y reguló la cuestión de la donación de células sexuales. Fue derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA) que, entre otras novedades, suprimió la alusión a la actuación médica ante la esterilidad humana como justificación de las TRA¹⁸. Esta fundamentación vinculaba las TRA directamente con el derecho a la salud. Su desaparición en la ley, unida a la posibilidad de que mujeres solas, o incluso parejas casadas de lesbianas, accedan a estas técnicas ha dado lugar a que doctrinalmente se plantee la posibilidad de considerarlas como una forma alternativa de reproducción¹⁹.

En Chile, la Ley N° 19.585, de 1998, se limitó a introducir una norma que sirviera para determinar legalmente la filiación de niños nacidos por aplicación de TRA respecto

¹⁶ Art. 30, CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL. Art. 26, ley N° 21.430, de 2022.

¹⁷ Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (en adelante LTRA).

¹⁸ Así estaba contemplado en el Art. 1.2 LTRA. El Art. 1 LTRHA, al suprimir esta referencia, ha permitido que la fecundación asistida no sea ya un remedio a la esterilidad, como en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre (Art. 1.2). BARBER (2010) p. 36.

¹⁹ ORDÁS (2016) pp. 20 y ss.

del hombre y la mujer que se sometían a ellas²⁰. La Ley N° 21.400, de 2021, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, modifica este estado de cosas. Sin regulación de la procreación asistida, se introducen cambios en el Código Civil y otros lugares de la legislación para admitir que la filiación pueda quedar determinada respecto de “dos personas” de igual o distinto sexo que obtienen un hijo por procreación asistida heteróloga. La reforma no legitima la maternidad subrogada²¹. Las TRA continúan desarrollándose a nivel clínico sin norma legal que regule su utilización. En la práctica, se acude a ellas para tratar la infertilidad de parejas casadas o no; pero también se estarían utilizando para procurar resultados reproductivos a mujeres solas, a parejas de mujeres unidas o no por un acuerdo de unión civil o, a partir de la ley N° 21.400, matrimonio. Cuando el uso homólogo de estas técnicas no es eficaz o posible para obtener un embarazo, se estaría recurriendo a proveedores de material genético (óvulos y espermatozoides)²². En Chile, el único control estaría siendo, actualmente, la autorregulación médica²³.

2.3. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN ESTE ESTADO DE COSAS

2.3.1. *El uso de técnicas de reproducción asistida por mujeres solas*

Tanto en España como en Chile, el empleo de material genético de terceras personas hace posible que una mujer sola pueda ser madre sin necesidad de un varón que asuma la paternidad del hijo. Esta posibilidad está vigente en España desde 1988²⁴, a pesar de que tal planteamiento chocara frontalmente con la concepción de las TRA como tratamiento médico ante “la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”²⁵. La ley de 2006 permite a las mujeres mayores de edad con plena capacidad acceder a estas técnicas, cualquiera que sea su estado civil u orientación sexual²⁶. En Chile, donde no hay norma que regule estas técnicas, puede requerirlas cualquier persona que sea admitida por los equipos médicos que las utilizan. La Ley N° 21.400, de 2021, resuelve el problema de determinación de la filiación respecto de “dos personas” que se hayan sometido a reproducción asistida; pero no el de una persona

²⁰ “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (Art. 182 CCCh). Para un análisis reciente de la historia de esta norma, CORRAL (2021).

²¹ “La filiación del hijo que nazca por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, quedará determinada respecto de las dos personas que se hayan sometido a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (Art. 182 CCCh, modificado por la ley N° 21.400, de 2021).

²² Así se constata en la publicidad de Clínica CER Centro de Estudios Reproductivos [en línea] disponible en <<https://www.cer.cl/cer/>>. Fecha de consulta: 23/02/2021; y en la de Clínica Las Condes [en línea] disponible en <<https://www.clinicalascondes.cl/CENTROS-Y-ESPECIALIDADES/Especialidades/Departamento-de-Ginecologia-Obstetricia/Unidad-de-Medicina-Reproductiva>>. Fecha de consulta: 23/2/2021.

²³ Véase HOPENHAY (2019). En el mismo sentido, ESPADA (2017) p. 60.

²⁴ Art. 6 LTRA.

²⁵ Art. 1.2 LTRA.

²⁶ Art. 6.1 LTRHA.

sola²⁷. La donación de espermatozoides y óvulos está autorizada para fines terapéuticos, no reproductivos²⁸. Pero, de hecho, se utilizaría material genético de terceras personas para fines reproductivos²⁹. No hay norma que garantice la idoneidad, la identidad ni el anonimato del proveedor.

En la medida en que se preserve el anonimato del proveedor de semen por ley (como es el caso en España) o de hecho (como ocurre en Chile), los que nacen por este medio serán hijos sin padre³⁰. Así, el hecho de que la ley admita el recurso a las TRA a mujeres solas provoca un conflicto entre su intención de concebir, que sería expresión de una facultad que la ley o el uso les concedería, y el interés reconocido por la Constitución a los hijos menores de gozar de la asistencia de sus padres³¹. El legislador español, al ponderar los dos intereses enfrentados, optó por considerar que el interés del menor en este caso no impedía el reconocimiento de la posibilidad de que mujeres solas recurriesen a estas técnicas con el fin de ser madres³². En Chile, se piensa que estos niños no deberían quedar privados del derecho a investigar la paternidad, disponible para todos, pues la única norma del ordenamiento sobre determinación de la filiación en TRA no aplica al caso de mujeres solas³³. Esta conclusión se mantiene vigente después de la ley N° 21.400, de 2021, porque se discute sobre el supuesto de “dos personas” que se someten a procreación asistida y no de una persona sola³⁴.

El uso de TRA por mujeres solas es tema debatido en la doctrina española. El núcleo de la cuestión gira en torno a la disyuntiva entre concebir las TRA como una alternativa de solución frente a los problemas reproductivos, o como un modo más, opcional, de procreación. En el primer caso, concebir las técnicas como un tratamiento médico para parejas he-

²⁷ Art. 182 CCCh, modificado por la ley N° 21.400, de 2021.

²⁸ El Código Sanitario chileno autoriza el “aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo, para su injerto en otra persona” siempre que se haga “a título gratuito y con fines terapéuticos” (Art. 145). Un reglamento de esta norma dispone que los procedimientos dispuestos para el trasplante de órganos “no se aplicarán a las donaciones de espermios, óvulos, sangre, médula ósea, huesos, piel, fanereos, así como a todo producto de la concepción que no llegue a nacer vivo, todas las cuales se perfeccionarán por la sola voluntad del donante, manifestada sin formalidad alguna” (Art. 17, D.S. N° 240, de 1983).

²⁹ Véase la campaña de sollicitación pública de óvulos para procreación asistida de una clínica de Santiago, Chile, titulada “De una donación nace una vida”. [en línea] disponible en: <<https://www.clinicalascondes.cl/INFORMACION-AL-PACIENTE/Campanas/Campana-Ovodonacion-Donantes>>. Fecha de consulta: 15/01/2021. El único centro que dispondría de gametos masculinos Chile sería la Clínica CER Centro de Estudios Reproductivos. [en línea] disponible en <<https://www.cer.cl/cer/>>. Fecha de consulta: 15/1/2021.

³⁰ En España, el anonimato cede solo en casos muy excepcionales (Art. 5.5 LTRHA). La revelación de la identidad del donante no implicará, en ningún caso, la determinación legal de la filiación. En Chile, los hijos de una mujer sola tienen por madre a la que los da a luz (Art. 183 CCCh). GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 127.

³¹ Art. 39.3 CE.

³² Art. 6.1 LTRHA. En Italia no se permite el acceso a las TRA a mujeres solas (Art. 5 *Legge* 40 de 19-2-2004). Francia solo prevé la inseminación con donante para parejas heterosexuales infértiles o con riesgo de hijos gravemente discapacitados (Art. 2141-2 *Code de la Santé Publique*). Portugal lo permite solo desde 2017 (Art. 6 de la *Lei* n. 32/2006, modificado por la *Lei* n. 58/2017).

³³ En este sentido, GÓMEZ DE LA TORRE (2007) pp. 126, 127; CONCHA GARAY (2013) pp. 28-29.

³⁴ Art. 182 CCCh, modificado por la ley N° 21.400, de 2021. El Art. 26 de la ley N° 21.430, de 2022, podría haber terminado con el anonimato del proveedor de gametos masculino y femenino en Chile, puesto que se reconoce expresamente el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres y su origen biológico

terosexuales que no pueden tener hijos naturalmente, circunscribe el debate al campo de la salud. En cambio, considerarlas como un modo alternativo de reproducción ha dado ocasión a que se discuta sobre un supuesto derecho a procrear³⁵, o sobre un “derecho a la salud reproductiva”³⁶. De forma análoga, el recurso a las TRA se ha fundamentado en el derecho de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad personal y sexual y a disponer de sus aptitudes genéticas³⁷.

El tema debatido, no obstante, no se reduce a la consideración del derecho de la mujer a tener hijos sola. No hay un derecho absoluto a la maternidad ni uno ilimitado a disponer del propio cuerpo. Y si bien el ordenamiento español protege el derecho a la intimidad de la madre que desea ocultar la identidad del padre de su hijo³⁸ y no garantiza al niño nacer con padre y madre, tal vez se debería cuestionar si el Derecho debiera consentir que a un niño se le niegue un padre³⁹; si en función del interés superior del niño debería admitirse que el niño quede privado de vínculos con su padre (desbiologización) por la sola voluntad de la madre (contractualización).

2.3.2. *La determinación de la filiación paterna en la reproducción asistida*

Tanto en España como en Chile, el régimen para la determinación de la paternidad de niños nacidos por TRA puede ser sintetizado en los siguientes puntos:

1º. El uso de material genético del marido por pareja matrimonial (TRA homólogas) está sometido a las reglas del Código Civil español. Es decir, en los casos en que el hijo nazca después de celebrado el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido y la filiación es matrimonial⁴⁰. En Chile, se alcanza la misma conclusión por aplicación de las normas civiles sobre determinación de la filiación matrimonial⁴¹.

2º. En el uso de material genético propio por parejas de hecho que recurren a las TRA (TRA homólogas), la paternidad no matrimonial se determina por reconocimiento volunta-

³⁵ Ya la Exposición de Motivos de la ley de 1988 señalaba que la gestación por mujer sola es una previsible aplicación de las TRA y que tal posibilidad llevaba a interrogarse sobre la existencia de un derecho a la procreación.

³⁶ ORDÁS (2016) p. 21.

³⁷ Si el derecho a procrear fuese un derecho subjetivo debería existir un sujeto pasivo obligado a realizar una prestación frente al titular; en este caso, el hijo no puede ser considerado como el objeto del derecho a procrear porque sería cosificarlo. Por este motivo, debería ser considerada una libertad limitada en función de las circunstancias concurrentes. RUIZ (1998) p. 2041.

³⁸ Art. 18.1 CE.

³⁹ DIEZ SOTO (2007) p. 107 critica el acceso por mujer sola sobre la base de del principio de igualdad de todos los hijos y el derecho de todo hijo a recibir asistencia de todo orden de sus padres respectivamente.

⁴⁰ Art. 116 CCesp. La LTRHA no regula el caso en que la mujer es inseminada con semen del marido sin que éste haya consentido. El hecho de ser hijo biológico del esposo y el interés superior del niño son argumentos usados para defender la matrimonialidad del hijo. En este sentido, LACRUZ y otros (2010) p. 360.

⁴¹ Art. 184 CCch. Este caso estaría excluido del supuesto de hecho regulado en el Art. 182 CCch, aun después de la ley N° 21.400, de 2021. El Art. 182 CCch deja de discurrir sobre el supuesto de un hombre y una mujer; pero continúa regulando la hipótesis de que “dos personas” se sometan a reproducción asistida, sean un hombre y una mujer, dos mujeres o dos varones. Según el Art. 184 CCch, la paternidad matrimonial se determina por presunción solo cuando se trata de cónyuges de distinto sexo; aunque según el Art. 185, inciso 2º CCch, la nueva ley hace posible matrimonializar a un hijo si sus “dos padres” o sus “dos madres” contraen posteriormente matrimonio entre sí. En otro sentido, GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 176.

rio del padre, tanto en España como en Chile⁴². El reconocimiento voluntario del padre tiene por fundamento el hecho de la generación, aunque sea artificial, con su propio material genético. La identidad biológica y genética del hijo no queda alterada. En Chile, nadie niega que el hijo puede reclamar la filiación en juicio, si el padre no reconoce voluntariamente al hijo⁴³. Ante la ausencia de tratamiento legal, en España, cuando no hay consentimiento del varón y pese al vínculo genético que le une con el niño, la responsabilidad del nacimiento podría atribuirse exclusivamente a la madre⁴⁴. Esto no se ha discutido en Chile.

3°. Cuando se usan células germinales de un tercer proveedor (TRA heterólogas) la situación cambia. Tanto la ley española como chilena reconocerían cierta primacía a la **intención de procrear** sobre la biología para determinar la filiación. Por este motivo la ley española requiere que el hombre consienta formal, previa y expresamente la fecundación con material genético de un tercer donante⁴⁵. Pero pese a que la anuencia del varón es condición *necesaria*, no es suficiente para atribuir paternidad ni en España ni en Chile. Se aplican las normas del Código Civil español para la determinación de la filiación paterna con base en la situación de la madre.

Si está casada, se presume que el hijo tiene por padre al marido⁴⁶. Si es mujer soltera, el reconocimiento voluntario del padre *intencional* será el cauce habitual para atribuir la filiación paterna. En este caso, el reconocimiento muta su naturaleza. De acto fundamentado en el hecho de la generación, pasa a ser expresión de una intención de procrear desvinculada de la verdad biológica del hijo. Al haber consentido formal, previa y expresamente a la TRA, los cónyuges no pueden impugnar la filiación matrimonial del niño pese a que no se corresponda con el dato biológico⁴⁷. La LTRHA establece que no se atribuirá paternidad al donante en base a su relación genética, tampoco en los supuestos en los que por excepción su identidad sea desvelada⁴⁸.

En Chile, ninguna de las dos personas (varón y mujer, dos varones o dos mujeres) que se sometieron a una TRA podrá impugnar la filiación determinada respecto de ellas por presunción o reconocimiento, ni reclamar otra distinta, conclusión que se mantiene

⁴² Art. 120 CCesp. Arts. 187 y 188 CCch. En otro sentido, GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 177.

⁴³ Art. 195 CCch y siguientes.

⁴⁴ Hay quien estima lógico que se apliquen al caso las normas de la reproducción con donante anónimo, que no consideran padre jurídico al padre biológico aun cuando el niño porte sus genes. LACRUZ y otros (2010) p. 361; RIVERO (1988) pp. 149-150.

⁴⁵ Art. 8.1 LTRHA.

⁴⁶ Art. 116 CCesp. En España, se ha pensado que el título de atribución de la paternidad en estos casos sería el consentimiento del marido para la inseminación artificial con donante (expresión de una intención de procrear). RIVERO (1988) p. 148. En Chile, se presume que el niño tiene por padre al marido, Art. 184 CCch. No se admite la impugnación de esta paternidad ni la reclamación de una distinta, Art. 182 CCch.

⁴⁷ Art. 8.1 LTRHA. En el caso de varón no casado, cuando falta reconocimiento, el consentimiento del varón sirve como escrito indubitado a efectos de determinar la filiación por vía de expediente gubernativo (Art. 8.2 LTRHA). Incluso se admitiría una acción de reclamación contra el que consintió en la TRA y después no reconoció al hijo, si el trámite gubernativo deviene en contencioso. Así, BARBER (2010) p. 31. En Chile, Art. 182 CCch, incluso modificado por la ley N° 21.400, de 2021 Así, GÓMEZ DE LA TORRE (2017) p. 177.

⁴⁸ Art. 8.3 LTRHA.

después de la modificación que experimenta el CCch por la ley N° 21.400 de 2021⁴⁹. La inhabilidad para reclamar una filiación distinta dejaría a salvo la determinación de filiación respecto del proveedor de gametos masculinos; pero se piensa que la acción de reclamación no podría negarse al hijo para conocer su propia identidad personal⁵⁰.

2.3.3. *Los fenómenos de doble maternidad y doble paternidad*

La donación de óvulos para TRA produce un embarazo heterólogo y una maternidad biológica irreversiblemente disociada en maternidad genética y gestacional⁵¹. Donde se admite la donación de óvulos, viene a ser preciso el distinguir entre la gestación de una mujer que no intenta renunciar a la maternidad, por lo menos gestacional (embarazo heterólogo y gestación directa), y la de quien realiza la gestación con la intención u obligación de entregar el recién nacido a una o más terceras personas (embarazo heterólogo y gestación por subrogación).

El embarazo heterólogo de quien intenta ser madre del hijo concebido *in vitro* con el óvulo de una tercera persona es un hecho que en España y en Chile se toleraría porque la maternidad se determina por el parto. La maternidad está asociada a la gestación⁵². Esta conclusión continúa vigente después de la ley N° 21.400, de 2021, porque no se modifican la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto ni las causas tasadas de impugnación de la maternidad⁵³.

En España, la donación de óvulos para reproducción está regulada; y tiene el mismo tratamiento legal que la donación de esperma: el hijo no puede acceder a su identidad genética salvo casos excepcionales⁵⁴; la información sobre la proveedora del óvulo es general⁵⁵. En ningún caso el hijo podría reclamar maternidad contra esta tercera mujer⁵⁶.

La donación de óvulos no está regulada en Chile. Pero en este país no hay norma que prohíba la investigación de la paternidad o maternidad al hijo; y la maternidad no puede impugnarse sino por falso parto o suplantación del hijo. La maternidad se determi-

⁴⁹ Art. 182 CCch (modificado por la ley N° 21.400, de 2021). El nuevo Art. 34 del CCch, introducido por la ley N° 21.400, de 2021, expresa que “Las madres y los padres de una persona son sus progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación. Se entenderán como tales a su madre y/o padre, sus dos madres, o sus dos padres”

⁵⁰ TURNER y otros (2000) pp. 24-25. A partir de la ley N° 21.340, de 2022, se reconoce expresamente el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres y su origen biológico (Art. 26).

⁵¹ Este motivo es suficiente para justificar una prohibición de la donación de óvulos para reproducción asistida, como hace ALEMANIA. Ley N° 745/90.

⁵² Art. 10.2 LRHA. Art. 183 CCch (no modificado por la ley N° 21.400, de 2021). Sobre la inconveniencia de modificar esta regla, Comité de Bioética de España (2017) pp. 21-24 y 86.

⁵³ Art. 183 CCch (condiciones para la determinación de la maternidad por el hecho del parto) y Art. 217 CCch (causas por las que puede ser impugnada una maternidad y legitimación para esta acción).

⁵⁴ Art. 5.5.3 LTRHA.

⁵⁵ Art. 5.5.2 LTRHA.

⁵⁶ Art. 8.3 LTRHA.

na por el hecho del parto y no puede ser impugnada por una prueba biológica excluyente cuando se fundamenta en la evidencia del parto⁵⁷.

A partir de 2007, en España, cuando una mujer estuviere casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer, esta última podrá manifestar su consentimiento “formal, previo y expreso” a que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge⁵⁸. Es el caso de la **doble maternidad**⁵⁹. La maternidad se atribuye a la gestante por el hecho del parto. Puede haber gestado con óvulo propio, de donante o, incluso, de su cónyuge, compañera o conviviente civil del mismo sexo⁶⁰. En cualquiera de estos casos, la **maternidad** de la mujer no gestante se basa en su intención de procrear. Como en el caso del acceso a las TRA por mujer sola, en este supuesto el niño no tiene padre.

La **doble maternidad** no estaba regulada en Chile sino hasta la ley N° 21.400, de 2021. Hasta antes de esta ley, el hecho de someterse dos mujeres unidas por un acuerdo de unión civil a reproducción asistida, no modificaba la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto ni las causas por las que podía ser impugnada esta maternidad (falso parto o suplantación). La intención de procrear de la pareja del mismo sexo de la madre no servía para atribuirle doble maternidad⁶¹. La ley N° 21.400 cambia esta situación al admitir expresamente que “dos personas”, sin distinción de sexo, puedan haberse sometido a reproducción asistida; y que la filiación del hijo que nazca por efecto de este procedi-

⁵⁷ Arts. 195, 217 CCCh. Se conocen sentencias judiciales que han acogido acciones de impugnación y reclamación de maternidad entre la proveedora del óvulo (demandante) y la gestante (demandada) para conseguir que maternidad se determine respecto de la proveedora del óvulo. En un caso, la proveedora era hija de la gestante. Segundo Juzgado de Familia de Santiago, sentencia de 8 de enero de 2018 (Rol no disponible públicamente). En otro caso, la proveedora era amiga de la gestante y entre ellas existía un “acuerdo privado de útero subrogado”. Segundo Juzgado de Familia de Santiago, sentencia de 3 de diciembre de 2018 (Rol no disponible públicamente). En ambos casos el hijo no fue adecuadamente emplazado ni representado en el juicio; y la sentencia parece haberse obtenido en un proceso coludido y fraudulento. Téngase en cuenta que a partir de la ley N° 21.340, de 2022, se reconoce expresamente el derecho del niño a conocer la identidad de sus padres y su origen biológico (Art. 26).

⁵⁸ Art. 7.3 LTRHA.

⁵⁹ La Disposición Adicional 1ª de la Ley 3/2007 añadió el párrafo 3 al Art. 7 de la LTRHA que posteriormente fue modificado por la Disposición Final 5ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio. España admite desde 2005 la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio). Desde entonces, hasta 2007 la forma de acceder a la *doble maternidad* era mediante la adopción del hijo por parte de la cónyuge no gestante. La *doble maternidad* era una filiación adoptiva. Pero ahora se reconoce formalmente como una filiación *por naturaleza*.

⁶⁰ Mediante la técnica denominada FIV ROPA (fecundación in vitro con método de recepción de ovocito de la pareja); y posterior implantación del embrión en el endometrio de la gestante que intenta ser madre.

⁶¹ Arts. 182, 183 y 217 CCCh. En un fallo reciente, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago acogió una acción de reclamación de maternidad de la conviviente civil del mismo sexo de la madre para determinar que sería la segunda madre del niño, concebido por la demandada por fecundación asistida con esperma de un donante anónimo (sentencia de 8 de junio de 2020, RIT C-10028-2019). Sin embargo, antes y después de este caso, la Corte Suprema ha rechazado recursos de protección contra el Registro Civil cuando este se niega a registrar en la partida de nacimiento de un niño el nombre de una segunda madre. Corte Suprema (Tercera Sala), 14 de marzo de 2018 (Rol 971-2018); Corte Suprema (Tercera Sala), 24 de julio de 2018 (Rol 15108-2018); Corte Suprema (Tercera Sala), sentencia de 20 de julio de 2020 (Rol 33316-2019). Para un análisis de la situación anterior a la ley N° 21.400, de 2021, ARENAS y VALLADARES (2019), p. 105-109.

miento quede determinada respecto de esas “dos personas”⁶². Esto concuerda con la posibilidad formal o meramente legal de que una persona tenga “dos madres” o “dos padres”⁶³. A la vez, no se modifica la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto. Esto significa que la maternidad se determina legalmente respecto de la mujer que da a luz al hijo por el hecho del parto. La mujer que se sometió con ella a la reproducción asistida (acompañante o proveedora de material genético) puede reconocer al hijo como suyo, en calidad de “progenitor no gestante”⁶⁴. En definitiva, a partir de la ley N° 21.400, de 2021, se podría decir que es posible una doble maternidad en Chile. Es decir, se ha hecho legalmente posible una segunda maternidad no biológica utilizando el reconocimiento voluntario, sin control de idoneidad administrativo ni judicial alguno.

Pasamos ahora a la doble paternidad. La **doble paternidad** se diferencia de la **doble maternidad** en que supone necesariamente la participación de una madre subrogada o sustituta. Podemos entender por maternidad subrogada el contrato por el que se conviene la gestación con o sin precio “a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”⁶⁵. El uso de esta práctica es muy variado. Pueden ser comitentes parejas heterosexuales u homosexuales, casadas o no, o mujeres u hombres solos. En cuanto a las combinaciones genéticas, aunque la ciencia posibilita cualquier tipo, en general, se procura que la proveedora del servicio de gestación no tenga vínculo genético con el niño. Esto evitaría el apego y garantizaría la posterior entrega del recién nacido a los comitentes. Son muchas las posibles motivaciones para recurrir a esta práctica: falta de capacidad para gestar de la comitente por razones médicas; o, simplemente, su deseo de tener un hijo sin gestarlo; o la incapacidad natural masculina para gestar, motivo por el que acuden a ella los varones. La maternidad subrogada es, generalmente, el producto de un embarazo heterólogo por efecto de la fecundación in vitro de material genético femenino proporcionado por una tercera persona con espermatozoides del comitente o de terceros proveedores, conocidos o no, con la obligación de entregar al hijo a los comitentes renunciando a cualquier vínculo con él.

Actualmente, la maternidad subrogada está prohibida en España por la LTRHA, que sanciona con la nulidad absoluta los contratos por los que se convenga⁶⁶. Además, se

⁶² Art. 182 CCch, modificado por la ley N° 21.400, de 2021.

⁶³ Nuevo Art. 34 CCch, introducido por la ley N° 21.400, de 2021.

⁶⁴ La ley N° 21.400, de 2021, autoriza a que “alguno de sus progenitores” reconozca al hijo mediante declaración formulada con ese determinado objeto, en la forma establecida por los Arts. 187 y 188 CCch. Que este progenitor puede ser la segunda madre lo sabemos por información que proporciona el nuevo Art. 34 CCch. La misma ley introduce una norma en el Código del Trabajo donde se hace referencia a una “persona gestante” y a un “progenitor no gestante” (Art. 207 ter).

⁶⁵ Art. 10.1 LTRHA. Un estado de la cuestión en España en VAQUERO (2018) p. 231. También CABRERA (2019) p. 527.

⁶⁶ Art. 10.1 LTRHA. La licitud de estos acuerdos sigue siendo tema debatido social y doctrinalmente. En 2017, el Comité de Bioética de España aconsejó mantener la prohibición. Véase, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. En 2015, el Parlamento europeo condenó la práctica de la gestación por sustitución como contraria a la dignidad de la mujer, estimando que debía prohibirse (Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015). Más tarde, pide principios claros e instrumentos jurídicos que aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con la gestación subrogada (Resolución de 12 de diciembre de 2018). La gestación subrogada está prohibida en Italia (Art. 4.3

establece que la filiación materna de los hijos será determinada por el parto⁶⁷. La misma ley hace posible que el padre biológico reclame la paternidad de acuerdo con las reglas generales, lo que suscita algunos problemas de interpretación. En el sistema desregulado chileno, la maternidad subrogada es un contrato que tiene por objeto el cuerpo humano y el estado civil de las personas, ambos objetos indisponibles e intransferibles. No puede transigirse sobre el estado civil de las personas⁶⁸. Solo por normas especiales se autoriza la donación de ciertos órganos para trasplantes⁶⁹. Aun después de la ley N° 21.400, la maternidad se determina por el hecho del parto⁷⁰. La condición de la madre permite determinar la paternidad o filiación del hijo respecto del “progenitor no gestante”⁷¹. Si la madre es casada o si está unida a un varón mediante un acuerdo de unión civil vigente, se presume que el recién nacido tiene por padre al marido (hijo matrimonial) o al conviviente civil (hijo no matrimonial). Esta presunción de paternidad no se aplica a una pareja del mismo sexo, casada o no con la madre⁷². Si la madre es soltera, el recién nacido podría ser reconocido formalmente por un varón comitente (paternidad no matrimonial); pero esta filiación podría ser repudiada por el hijo e impugnada⁷³. A partir de la ley N° 21.400, una mujer o un varón podría reconocer formalmente al hijo, estableciéndose una filiación.

La **doble paternidad** no es legalmente posible en España. Sin embargo, existe una práctica tolerante con la inscripción como hijos de comitentes varones del mismo sexo en el Registro Civil español. Indirectamente, la **doble paternidad** se obtiene por el recurso a madres subrogadas en el exterior⁷⁴. A partir de la ley N° 21.400, de 2021, la **doble paternidad** parece posible en Chile porque se admite que una persona pueda tener “dos padres”⁷⁵.

de la ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004, que prohíbe las TRA heterólogas) y en Francia (Arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil). Se permite en el Reino Unido desde 1985 (*Surrogacy Arrangements Act* 1985), y en Portugal (Art. 8 de la *Lei* 32/2006, *Procriação medicamente assistida* (introducido en su versión actual por *Lei* 25/2016). No obstante, el Tribunal Constitucional portugués ha anulado varios puntos de la norma al considerar que viola principios y derechos constitucionales (*Acórdão do Tribunal Constitucional* 225/2018).

⁶⁷ Art. 10.2 LTRHA.

⁶⁸ Art. 2450 CCCh.

⁶⁹ CORRAL (2018) pp. 247-250.

⁷⁰ Art. 183 CCCh.

⁷¹ Arts. 187 y 188 CCCh, modificados por la ley N° 21.400. Art. 207 ter del Código del Trabajo, introducido por el Art. 5º, párrafo 2 de la misma ley.

⁷² Art. 184 CCCh. Art. 21 LAUC. La ley N° 21.400 modifica el Art. 184 CCCh para precisar que la presunción de paternidad del marido se aplica solo si se trata de “cónyuges de distinto sexo”. Lo que ocurre es que el posterior matrimonio entre los “dos padres” o las “dos madres” de un niño produce su matrimonialización, según las modificaciones introducidas por la ley N° 21.400 al Art. 185, inciso 2º CCCh.

⁷³ Arts. 191 y 216 CCCh.

⁷⁴ Esta cuestión se ha tratado con criterios diferentes en la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) (DGRN, Resolución de 18 febrero 2009) y en el Tribunal Supremo (STS 835/2013, con un voto particular que sostiene una posición radicalmente opuesta). El 11 de julio de 2014 la DGRN emitió una Circular dirigida a los encargados de los registros civiles con el objeto de reafirmar el criterio de la Instrucción de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y evitar que se aplicara el de la sentencia del Tribunal Supremo citada. La RDGRN ha sido criticada por DE BARRÓN (2009) y BERCOVITZ (2009) pp. 1-2.

⁷⁵ Art. 34 CCCh; Arts. 187 y 188 CCCh.; Art. 207 ter del Código del Trabajo. Todos introducidos o modificados por la ley N° 21.400, de 2021.

Antes de esta reforma, se intentaba hacer valer la doble paternidad ante el Registro Civil, pretendiendo la inscripción en Chile de niños nacidos en el extranjero por maternidad subrogada o adoptados en el extranjero por parejas del mismo sexo. La negativa del Registro Civil para consignar el nombre de dos padres en la partida de nacimiento había sido impugnada judicialmente en reiteradas ocasiones, con distintos resultados. En 2020, para obedecer a una sentencia favorable a esta pretensión, el Registro Civil optó por “abrir una casilla” en la partida de nacimiento de un niño para consignar el nombre del segundo padre⁷⁶. Con los cambios de la ley N° 21.400, de 2021, el Registro Civil debería adecuar su sistema para registrar a un segundo padre en la partida de nacimiento del hijo. La maternidad de estos niños continúa determinándose según el parto; sin que esto pueda impugnarse sino por falso parto o suplantación, porque la ley N° 21.400, de 2021, no modifica la regla de determinación de la maternidad por el hecho del parto ni las causas por las que puede impugnarse judicialmente una maternidad. Los acuerdos de maternidad subrogada continúan siendo nulos y de ningún valor ante la ley chilena. En consecuencia, aunque la nueva ley discorra sobre la posibilidad de dos padres, la doble paternidad de niños nacidos en Chile no sería posible porque la maternidad subrogada no está legitimada.

La **doble maternidad** y la **doble paternidad** se justificarían en una alegada **intención de procrear** que favorecería a quienes se someten a TRA o son comitentes de maternidad subrogada. La cuestión es de qué forma esto podría ser compatible con el interés superior del niño nacido por reproducción asistida heteróloga, es decir, con material genético de terceros proveedores. La ley española garantiza el anonimato del donante⁷⁷. Al mismo tiempo, autoriza la fecundación *post mortem*⁷⁸, prohibida en Alemania⁷⁹. En Chile, maternidad y paternidad siguen siendo consecuencia del hecho de la generación; y la única excepción a este escenario es la determinación de la filiación de niños nacidos por TRA respecto de las dos personas que se sometieron al procedimiento⁸⁰.

III. ALGUNOS PARADIGMAS DE CONCILIACIÓN ENTRE LA INTENCIÓN DE PROCREAR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En lo que sigue proponemos algunos criterios que deberían considerarse para conciliar, en la medida de lo posible, el principio del interés superior del niño con la regla de determinación de filiación según la intención de procrear de uno o más adultos. Esta conciliación o reconciliación debería operar por vía de determinación del interés superior del niño y, también, como política legislativa que permita resolver el dilema que produce la *intención de procrear* frente a la dignidad personal del niño y su derecho a una identidad.

⁷⁶ CHAPARRO (2020a) y CHAPARRO (2020b).

⁷⁷ Arts. 5 y 8.3 LTRHA.

⁷⁸ Art. 9 LTRHA. Para un estudio crítico sobre los intereses en juego en este supuesto véase RODRÍGUEZ GUTIÁN (2015).

⁷⁹ ALEMANIA. Ley N° 745/90.

⁸⁰ Art. 182 CCch.

3.1. EL CONTROL DE IDONEIDAD DE LOS QUE INTENTAN UNA FILIACIÓN NO BIOLÓGICA

El control de habilidades parentales es algo que conocemos para constituir una filiación por adopción y también para evaluar la medida judicial de separación de un niño de sus padres biológicos. En la adopción, este control se realiza en forma previa. La idoneidad de los adoptantes no se presume para constituir una filiación no biológica. La idoneidad de los que son padres por naturaleza, en cambio, se presume. La verdad biológica es un hecho que tiene consecuencias jurídicas; pero que no tiene control social. A pesar de esto, la idoneidad de los padres biológicos está sujeta a control judicial en casos de inhabilidad física o moral que justifiquen la separación del niño del cuidado de su familia de origen. La razón de este control, en un caso anterior y en el otro posterior, es la consideración primordial del interés del niño.

El interés superior del niño como consideración primordial es lo que justifica el cuestionamiento crítico de la atribución de filiación de niños nacidos por TRA (parcial o totalmente heteróloga) por la **intención de procrear** de uno o más adultos. Los padres intencionales no tienen vínculos genéticos, biológicos ni gestacionales con el niño. Lo que hay en ellos es la intención de procrear y los contratos consiguientes para obtener un hijo. La cuestión es si esta intención y estos contratos son compatibles con la dignidad personal de un niño que pretenden que sea su hijo.

Nuestra opinión es que los comitentes de TRA deberían estar sujetos a controles de idoneidad análogos a los de quienes buscan la adopción⁸¹. En ambos casos se intenta constituir una filiación no biológica; y no hay motivos para presumir *ex ante* la idoneidad de quienes intentan una filiación no biológica. La filiación no se constituye por contrato porque ni los niños ni los hijos pueden ser objeto de un contrato. Aunque sea reiterativo repetirlo, son persona, sujeto de derechos y no objeto⁸². No existe un derecho a procrear⁸³. Esta es la dificultad más grande de quienes proponen resolver los dilemas de las TRA con la técnica del derecho de contratos⁸⁴.

La idea de algún control de idoneidad en los comitentes es conocida en varios países, como el Reino Unido, Suecia, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica. El control de idoneidad de los que acceden a TRA es una norma en el Reino Unido. Según la *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (modificada), los centros autorizados para tratamientos de fertilidad están obligados a documentar una evaluación de el o los pacientes en prevención de cualquier riesgo de daño o negligencia para el niño que puede nacer del tratamiento⁸⁵. Entre otros factores, se considera la edad del paciente y su probable capacidad

⁸¹ Para el ordenamiento español, JARUFE (2012) pp. 355-360; ARECHEDERRA (2017). Algunos niegan que exista analogía entre la relación de padres no biológicos con sus hijos concebidos por donación de gametos y la adopción. BRANDT y otros (2017) p. 18.

⁸² NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/37/60, n. 64.

⁸³ Para el cuestionamiento a un derecho a procrear, QUIGLEY (2010) p. 403.

⁸⁴ Véase, MARGALIT (2019) *por todas partes*.

⁸⁵ Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (as amended), Section 13 (5): “A woman shall not be provided with treatment services unless *account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment* (including the need of that child for supportive parenting), and of any other child who may be affected by the birth.” (No se proporcionarán servicios de tratamiento de fertilidad a una mujer a menos que se haya tenido en cuenta el bienestar de cualquier niño que pueda nacer como resultado del tratamiento [incluida

futura para cuidar o satisfacer las necesidades de un niño; el compromiso del paciente de tener y criar a uno o más hijos; la situación económica del paciente junto con su capacidad para satisfacer las necesidades de cualquier niño o niños nacidos como resultado del tratamiento; el entorno del hogar y el efecto del nuevo bebé o bebés sobre los niños existentes; la salud física y mental del paciente y su pareja; los antecedentes médicos y familiares de la pareja y sus familias; los antecedentes penales de los padres intencionales; si el paciente y sus hijos han sido retirados de su custodia y cualquier historial de abuso infantil; el potencial de la necesidad del niño de conocer su origen⁸⁶.

De acuerdo con la legislación sueca, las TRA con donantes de gametos deben ofrecerse solo si puede preverse que el niño crecerá en buenas circunstancias⁸⁷. En Suecia, la evaluación de circunstancias psicológicas y sociales de los candidatos a reproducción asistida se justifica en el bienestar del niño; pero también, según un estudio, en un uso responsable de los fondos públicos⁸⁸. Controles previos semejantes a cargo de los equipos médicos existen en Francia⁸⁹.

En los Estados Unidos, las legislaciones varían de un estado a otro y el uso de TRA se sujeta en gran medida a la autorregulación de los centros clínicos de fertilidad⁹⁰. Sin embargo, existen normas de conducta sobre la evaluación de idoneidad de los candidatos a TRA. A partir de 1998, la *American Society for Reproductive Medicine* y la *Society for Assisted Reproductive Technologies* han emanado opiniones éticas y códigos de buenas prácticas en los que recomiendan la evaluación de los padres intencionales desde variados puntos de vista, médicos y socioeconómicos⁹¹. También han recomendado limitar el número de embriones para ser transferidos⁹². Los programas pueden requerir que los pacientes reciban asesoramiento; esto debería ser de rutina cuando los tratamientos requieran material genético de terceras personas. Entre los factores que se recomienda considerar para evaluar a potenciales pacientes o padres intencionales se mencionan, por ejemplo, una enfermedad psiquiátrica no controlada o no tratada, abuso de sustancias, o antecedentes de abuso físico o emocional⁹³. No es raro encontrar opiniones sobre restricciones de edad para la aplicación de TRA⁹⁴. Desde el punto de vista legal, las distintas jurisdicciones se debaten entre dar mayor o menor prevalencia a la intención de potenciales padres no biológicos en la determinación de la filiación. También se consideran vínculos biológicos y de gestación⁹⁵. En todo caso, los argumentos

la necesidad de que ese niño tenga una paternidad de apoyo], y de cualquier otro niño que pueda ser afectado por el nacimiento) (traducción de las autoras).

⁸⁶ HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (2019) Section 8.14.

⁸⁷ The Swedish Statute Book, 2006:351, Chap. 6 §3, Chap. 7 §5. LIND (2020) pp. 19-27.

⁸⁸ LIND (2020) p. 19.

⁸⁹ Art. L 2141-10, Code de la santé publique.

⁹⁰ CASOLO y otros (2019) pp. 315-319.

⁹¹ PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND PRACTICE COMMITTEE FOR THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (2012) pp. 1301-1308.

⁹² PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND PRACTICE COMMITTEE FOR THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (2017) p. 901.

⁹³ ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE (2017) pp. 944-947.

⁹⁴ ZWEIFEL y otros (2020) p. 257.

⁹⁵ CASOLO y otros (2019) pp. 323-353.

que favorecen la regla de la intención parecen discurrir más sobre el interés de parejas de personas del mismo sexo en tener hijos por TRA que en el interés superior del niño⁹⁶.

En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, el examen de idoneidad de los comitentes no biológicos es un criterio recomendado. En el contexto de su denuncia del riesgo de cosificación de niños en la maternidad subrogada, una de las conclusiones del informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, es que los Estados velen por que los tribunales y demás autoridades competentes realicen un “examen apropiado y no discriminatorio de la idoneidad del aspirante o aspirantes a progenitor, antes o después del parto o tanto antes como después”⁹⁷. Otra consideración importante de este informe es que no existe un derecho a procrear. El niño no puede ser objeto de derechos ni de contratos⁹⁸. La maternidad subrogada puede provocar venta de niños o ser equiparable a esta⁹⁹.

En resumen. El control de idoneidad asegura que los niños no sean entregados a comitentes o padres intencionales que son menos aptos que los que intentan adoptar. Con posterioridad, las habilidades parentales están sujetas a un control que se realiza a través de medidas de protección o de separación de los niños del cuidado de sus progenitores, biológicos o no, por causa proporcionada. Los padres biológicos también están expuestos a medidas de control si fallan en las habilidades parentales que se presume que tienen y que la sociedad espera de ellos.

¿Debería aceptarse que mujeres solas se sometan a TRA o que una mujer requiera la implantación y gestación de un embrión concebido después de la muerte de su padre biológico? Según el principio del interés superior del niño, no debería aceptarse la procreación solitaria, que priva al hijo de un padre conocido y presente. Esto puede ocurrir en los hechos por la muerte o desconocida identidad del padre. Sin embargo, no se debería aceptar que por un procedimiento extraordinario y, especialmente, con gametos proporcionados por terceros que no intentan paternidad, una mujer sola dé a luz a hijo sin padre conocido. No es lo mismo que una persona carezca de padre por causas naturales, o que circunstancialmente el Derecho transija con que una mujer oculte la identidad del padre, a que el ordenamiento, de buen principio, impida al niño tener un padre que existe, pero que va a permanecer en el anonimato. Ninguna filiación **legal** logra cambiar el sustrato biológico estable y subyacente del sujeto.

3.2. LA ELIMINACIÓN DEL ANONIMATO EN LA DONACIÓN DE GAMETOS PARA TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La segunda medida de interpretación holística y de política legislativa que debería asegurarse en el contexto del interés superior del niño es la eliminación de toda forma de anonimato en la donación de gametos.

⁹⁶ CASOLO y otros (2019) pp. 347-353.

⁹⁷ NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/37/60, n. 77, literal f).

⁹⁸ NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/37/60, n. 64.

⁹⁹ NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, A/HRC/37/60, n. 8.

La legislación española actual garantiza el anonimato de proveedores de gametos para técnicas parcial o totalmente heterólogas¹⁰⁰. Es decir, no asegura suficientemente el derecho del niño a conocer la identidad de sus progenitores biológicos¹⁰¹. Este derecho esencial a la identidad personal cede frente al deseo de los adultos que deciden su nacimiento (regla de la intención), ya sea en función de su derecho a la salud, al libre desarrollo de su personalidad o de un pretendido derecho a procrear. Si la ley no niega al adoptado el derecho a conocer sus orígenes; tampoco debería hacerlo con el niño concebido por TRA¹⁰². En Chile, no hay norma alguna que proteja el anonimato de los donantes de gametos para fines reproductivos. De hecho, la donación de gametos para fines reproductivos no está expresamente autorizada por ley alguna, pues solo está permitida a título gratuito y con fines terapéuticos¹⁰³. El anonimato estaría protegido solo por la práctica médica. No se conocen casos en que esto haya sido impugnado judicialmente. Por otra parte, la ley garantiza la investigación de la paternidad¹⁰⁴; y nadie niega este derecho a los nacidos con gametos donados. El derecho a la identidad está implícitamente reconocido en la Constitución Política: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”¹⁰⁵. Está expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes Y, actualmente en la ley N° 21.340, de 2022, sobre garantías y protección integral de la niñez¹⁰⁶.

Ahora bien, el levantamiento del anonimato y la donación de gametos para fines reproductivos deberían regularse y asegurarse mediante un sistema de registro y publicidad. En España, esto es algo mandado por ley, pero hasta ahora no puesto en vigencia. En Chile, cualquier regulación debería contemplar un sistema de registro y trazabilidad. En el Reino Unido, por ejemplo, la *Human Fertilisation and Embryology Authority* hace trazabilidad de todos los casos de donación de óvulos o esperma y no permite el anonimato del donante por lo menos desde 2008¹⁰⁷. En 2017, un amplio estudio acerca de la donación y venta de óvulos y esperma reconocía una fuerte tendencia hacia la legalización del derecho de los niños concebidos con gametos donados a tener acceso a información que identifique a sus donantes, por lo menos desde que alcancen la mayoría de edad¹⁰⁸. En esta misma línea, en

¹⁰⁰ Art. 5.5 LTRHA.

¹⁰¹ Sobre este derecho véase MATHIEU (2015).

¹⁰² Si el niño tiene determinada su filiación a favor del padre legal, los efectos personales y patrimoniales de la filiación solo a él le serán imputables. En caso de una mujer que ha recurrido a las TRA sola, el principio de libre investigación de la paternidad (Art. 39.2 CE) unido al principio de igualdad (Art. 14 CE) y al deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos (Art. 39.3 CE), sería base suficiente reclamar derechos y deberes propios de la paternidad.

¹⁰³ Art. 145 Código Sanitario.

¹⁰⁴ Art. 195 CCch. A partir de la ley N° 19.585, autores admiten que no podría negarse al hijo de reproducción asistida el derecho a conocer sus orígenes como emanación de su derecho a una identidad real. CORRAL (2010), p. 57; GÓMEZ DE LA TORRE (2017), p. 175.

¹⁰⁵ Art. 5º, inciso 2º Constitución Política de la República de Chile.

¹⁰⁶ Arts. 7 y 8, CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO; Art. 5º, inciso 2º Constitución Política de la República de Chile. Art. 26 de la ley N° 21.340, de 2022.

¹⁰⁷ HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (2019), Guidance Note 20.

¹⁰⁸ BRANDT y otros (2017) p. 13.

2019, el Consejo de Europa emanó una versión provisional de Recomendación de la Asamblea Parlamentaria sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos, “sopesando los derechos de los padres, donantes y niños”¹⁰⁹. El 15 de enero de 2020, el Comité de Bioética de España emitió un informe recomendando el levantamiento del anonimato de los donantes de gametos para reproducción asistida, actualmente vigente en ese país¹¹⁰. La tendencia a la abolición del anonimato de donantes es fuerte a nivel internacional.

3.3. LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD POR EL HECHO DEL PARTO

Agregamos, por último, que los criterios y medidas propuestos deberían adoptarse manteniendo la regla de determinación de maternidad por el hecho del parto. La legislación española mantiene esta regla en el derecho común y por ley especial. En 2017, El Comité de Bioética de España emanó un extenso informe en que recomienda que esta regla no se modifique y que, incluso, se fortalezca. La regla se apoya en una tradición que procede del Derecho romano. Pero la razonabilidad de la regla se apoya en evidencia científica reciente y abundante sobre los vínculos que se establecen entre el hijo y la madre durante la gestación. El hecho del parto es el resultado de un tiempo de gestación que produce cambios corporales y cerebrales en la gestante; la voz, el sabor y el olor del cuerpo de la madre configuran y desarrollan los sistemas sensoriales del hijo durante la gestación; los cambios psíquicos de la gestante contribuyen a la configuración de la futura personalidad del hijo. Estos y muchos otros motivos justifican que se mantenga la regla de atribución de maternidad por el parto¹¹¹. A falta de regulación especial, en Chile rige la regla de determinación legal de la maternidad por el hecho del parto, cuando la identidad del recién nacido y de la mujer que lo ha dado a luz constan en la partida de nacimiento extendida por el Registro Civil¹¹². Esta regla no se modificó por la ley N° 21.400, de 2021, sobre matrimonio entre personas del mismo sexo. La discusión sobre **doble maternidad** o **co-maternidad** (no biológica) a favor de la mujer conviviente civil o cónyuge de la madre, en función de su intención de procrear se encuentra en parte resuelta por esta nueva ley que opta por proveer reglas de determinación de la filiación por reproducción asistida, sin regular todas o algunas de estas prácticas en el ámbito de la práctica de la medicina¹¹³.

La determinación de la maternidad por el hecho del parto, que debe mantenerse en todas las legislaciones, es incompatible con la maternidad subrogada, de quien se obliga a entregar al recién nacido a uno o más comitentes a cambio de una compensación pecuniaria o por mera liberalidad. Esta práctica es cuestionada porque ofende la dignidad personal de mujeres gestantes, quienes se ven involucradas en una industria lucrativa de producción de niños. También porque ofende la dignidad personal de miles de niños, separados de la mujer que los da a luz y entregados a unos comitentes que pueden no tener vínculo bioló-

¹⁰⁹ CONSEJO DE EUROPA, ASAMBLEA PARLAMENTARIA, Doc. 14835.

¹¹⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020).

¹¹¹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017) pp. 12-16.

¹¹² Art. 183 CCch; Art. 41, 3° Ley N° 4.808 sobre Registro Civil.

¹¹³ La ley N° 21.400, de 2021, probablemente producirá el archivo del Boletín N° 10.626-07 (26/11/2019): Proyecto de ley sobre derecho de filiación de hijos e hijas de parejas del mismo sexo (radicado en el Senado, en primer trámite constitucional).

gico alguno con él. No raramente expuestos al riesgo de abandono¹¹⁴. El interés superior del niño y su dignidad personal excluyen cualquier contrato que pueda afectar su identidad y su derecho a un desarrollo holístico.

IV. CONCLUSIONES

La proposición que se ha buscado defender en este artículo es que, para la determinación legal de una filiación, el derecho debe continuar atribuyendo efectos más a los hechos que a las intenciones. Antes del desarrollo de las TRA, los avances científicos permitieron que en el derecho de la filiación se consolidara el principio de correspondencia entre el vínculo formal o legal y la realidad biológica subyacente real. Se consideraba un avance que se pudiera atribuir legalmente una filiación a quienes biológicamente eran los verdaderos padre y madre de un niño. Las presunciones subsistían siempre que el hecho desconocido fuera verdadero. La adopción se constituía en el interés del adoptado y la tendencia era y sigue siendo que este pudiera conocer sus orígenes reales. La adopción no alteraba la verdadera identidad del adoptado.

La llegada de TRA introdujo una problemática nueva: la posible separación entre el momento de la concepción, que ahora podía obtenerse extrauterinamente, y la posterior implantación y gestación de un niño. El hecho de la generación quedaba artificialmente dividido. Esto hacía que fueran posibles algunas situaciones consideradas problemáticas desde el punto de vista del interés del niño. La admisión de mujeres solas a estos procedimientos tenía por resultado el fenómeno de niños intencional y legalmente procreados para no tener padre; y algo semejante podía ocurrir con la fecundación de mujeres después de la muerte del padre. Por otra parte, el uso parcial o totalmente heterólogo de TRA, con material genético de terceras personas que no intentaban ser padre o madre, hizo posible una filiación no biológica por la **intención de procrear** de quienes podían no tener conexiones con el niño. En todos estos casos, los padres intencionales no estaban sujetos al control de idoneidad que actualmente existe para los adoptantes. La intención de procrear podía convertir en doble o segunda madre a la pareja del mismo sexo de la madre, casada o unida de otro modo con ella. En algunos países, podía convertir en padre a un hombre solo o a personas incapaces de tener hijos entre sí, como dos varones que intentaban doble paternidad.

En este trabajo argumentamos que el principio del interés superior del niño exige la atención de jueces y legisladores a criterios que pueden proponerse como determinaciones. Los acuerdos o contratos, gratuitos u onerosos, relativos a un niño por concebir, gestar o entregar podrían ofender su dignidad de persona, sujeto de derechos, nunca objeto. El anonimato de terceros proveedores de gametos para TRA podría vulnerar el derecho a una identidad personal integral, biológica y social del niño. Una maternidad disociada afecta también la integridad de la identidad personal. Sabemos algo de las profundas conexiones que se establecen entre el hijo y la madre durante la gestación; no conocemos totalmente las consecuencias de la disociación entre maternidad genética y gestacional en el niño. La

¹¹⁴ Algunos casos denunciados por la prensa, SAHURQUILLO y SEVILLANO (2020); J.K. (2019); WHITEMAN (2014).

maternidad heteróloga es problemática y debería prohibirse. La maternidad subrogada es inadmisibles desde el punto de vista de la dignidad personal de las mujeres, cuyos cuerpos no son objeto de contrato, como no lo son sus órganos ni los órganos de ninguna persona humana. También lo es desde el punto de vista del interés del niño, privado tempranamente de la voz, del olor y de los cuidados de la mujer que lo ha gestado y dado a luz. Debería mantenerse la prohibición de los contratos de maternidad subrogada, altruistas u onerosos; y la humanidad debería avanzar hacia la total abolición de esta práctica solo comparable a la esclavitud¹¹⁵.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARENAS MORALES, Julio y VALLADARES SANZO, Natalie (2019): *Análisis del problema jurídico suscitado a propósito de la doble maternidad*. Universidad de Chile. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales dirigida por la profesora Maricruz Gómez de la Torre.
- ARECHEDERRA, Luis Ignacio (2017): *Realidad, ilusión y delirio en el Derecho de filiación* (Madrid, Dykinson).
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles (2010): “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre: pp. 25-37.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2009): “Hijos *made in California*”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 3: pp. 1-2.
- BRANDT, Reuven, WILKINSON, Stephen y WILLIAMS, Nicola (2017): “The Donation and Sale of Human Eggs and Sperm”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/gametes-donation-sale/>. Fecha de consulta: 8/1/2019.
- CABRERA CARO, Leticia (2019): “El consentimiento libre: la trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46 N° 2: pp. 527-553.
- CASOLO, Jenna y otros (edits.) (2019): “Assisted Reproductive Technologies”, *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, Vol. 20, pp. 313-355.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017), *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf. Fecha de consulta: 19/9/2019.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2020), *Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20>

¹¹⁵ Según organizaciones feministas, “es urgente que se desarrolle una convención internacional sobre abolición de la maternidad subrogada en el marco de las Naciones Unidas, basada en el modelo alcanzado en contra de la esclavitud y otras prácticas por la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud en 1956”. COORDINATION (2015), disponible en internet. El sitio www.stopsurrogacynow.com (Fecha de consulta: 8/1/2022) ofrece testimonios y estudios de la batalla global contra la maternidad subrogada por personas y grupos feministas.

- sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf. Fecha de consulta: 30/12/2020.
- CONCHA GARAY, Paulina (2013): *Derecho a la identidad en la reproducción asistida*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas.
- CORRAL, Hernán (2010): “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, pp. 57-88.
- CORRAL, Hernán (2018): *Curso de Derecho Civil. Parte general* (Santiago Chile, Thomson Reuters).
- CORRAL, Hernán (2021): “Técnicas de reproducción asistida y filiación: la curiosa historia del art. 182 del Código Civil”. Disponible en: <https://corraltalciani.wordpress.com/2021/12/19/tecnicas-de-reproduccion-asistida-y-filiacion-la-curiosa-historia-del-art-182-del-codigo-civil/>. Fecha de consulta: 13/1/2022.
- COORDINATION DES ASSOCIATIONS POUR LE DROIT À L'AVORTEMENT ET À LA CONTRACEPTION y otros (2015): *Contribution of a grouping of Feminist and Human Rights Organizations to the work of The Hague Conference on Private International Law regarding legal issues concerning international surrogacy conventions (“parentagelsurrogacy project”) Comments on Preliminary Document No 3 B of March 2014 and Preliminary Document No 3A of February 2015*. Disponible en: https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy_hcch_feminists_english.pdf. Fecha de consulta: 4/5/2022.
- CHAPARRO, Andrea (2020a): “Fallo que ordena inscripción de niños con dos padres reabre debate entre abogados”, *El Mercurio Legal*. Disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/noticias-y-reportajes/2020/07/02/fallo-que-ordena-inscripcion-de-ninos-con-dos-padres-reabre-debate-entre-abogados.aspx>. Fecha de consulta: 2/7/2020.
- CHAPARRO, Andrea (2020b): “Tras presentar sus reparos, Registro Civil cumple fallo y realiza primera rectificación de partida de nacimiento de niños con dos padres”, *El Mercurio Legal*. Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2020/07/01/Tras-presentar-sus-reparos-Registro-Civil--cumple-fallo-y-realiza-primera-rectificacion-de--partida-de-nacimiento-de-ninos-con-dos-padres.aspx>. Fecha de consulta: 1/7/2020.
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma (2009): “La posibilidad de inscribir en el Registro civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 31: pp. 29-42.
- DIEZ SOTO, Carlos Manuel (2007): “Comentario jurídico al Art. 6”, en LLEDÓ YAGÜE, Francisco y OCHOA MARIETA, Carmen (dirs.), *Comentarios científico-jurídicos Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Madrid, Dykinson) pp. 104-110.
- ESPADA MALLORQUIN, Susana (2017): “Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 11, N° 39, enero-junio de 2017: pp. 9-23.

- ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE (2017): “Child-rearing ability and the provision of fertility services: An Ethics Committee opinion”, *Fertility and Sterility*, vol. 108, N° 6, pp. 944-947.
- HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (2019): *Code of Practice* (9th edition, Revised December 2019). Disponible en: <https://portal.hfea.gov.uk/media/1605/2019-12-03-code-of-practice-december-2019.pdf>. Fecha de consulta: 4/5/2022.
- HOPENHAY, Daniel (2019): “José Balmaceda, el doctor que hace guaguas: ‘Como animales reproductivos, los humanos somos pésimos’”, *La Tercera*, 10/8/2019, Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/jose-balmaceda-doctor-guaguas-animales-reproductivos-los-humanos-somos-pesimos/776420/>. Fecha de consulta: 2/7/2020.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2017): *Sistema filiativo. Filiación biológica* (Valencia, Tirant Lo Blanch)
- J. K., Judith (2019): “Una pareja se plantea rechazar a su bebé por gestación subrogada porque no se parece físicamente a su padre”, *La Vanguardia*. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/cribeo/estilo-de-vida/20190815/47438584421/una-pareja-se-plantea-rechazar-a-su-bebe-por-gestacion-subrogada-porque-no-se-parece-fisicamente-a-su-padre.html>. Fecha de consulta: 4/5/2022.
- JARUFE CONTRERAS, Daniela (2012): *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida* (Madrid, Dykinson).
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros (2010): *Elementos de Derecho civil IV, Familia* (Madrid, Dykinson, 4ª edición).
- LIND, Judith (2020): “Child welfare assessments and the regulation of access to publicly funded fertility treatment”, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 10: pp. 19-27.
- MARGALIT, Yehezkel (2019): *Determining Legal Parentage. Between Family Law and Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MATHIEU, Géraldine (2015): “Le droit de connaître ses origines: un droit fundamental”, *résumé de thèse réalisé à la Fondation Brocher*: pp. 1-45. Disponible en: https://www.childsrighs.org/documents/actualites/editos/droit-origines_gm.pdf. Fecha de consulta: 2/10/2019.
- ORDÁS, Marta (2016): “El derecho a la identidad genética versus el anonimato del donante en la procreación mediante técnicas de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 1: pp. 1-39.
- PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND PRACTICE COMMITTEE FOR THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (2012): “Recommendations for practices utilizing gestational carriers: an ASRM Practice Committee Guideline”, *Fertility and Sterility*, vol. 97, N° 6, pp. 1301-1308.
- PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE AND PRACTICE COMMITTEE FOR THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (2017): “Guidance on the Limits to the Number of Embryos to Transfer: A Committee Opinion”, *Fertility and Sterility*, vol. 107, N° 4, pp. 901-903.
- QUIGLEY, Muireann (2010): “A right to reproduce?”, *Bioethics*, vol. 24, N° 8: pp. 403-411.

- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1988): “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, en *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987* (Madrid, Trivium) pp. 141-168.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2015): “La reproducción artificial *post mortem* en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, N° 20: pp. 292-322.
- RUIZ LARREA, Nekane (1998): “‘El daño de procreación’: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 1: pp. 2039-2046.
- SAHURQUILLO, María S. y SEVILLANO, Elena G. (2020): “Bebés en el limbo en Ucrania: la pandemia pone en cuarentena el negocio de los vientres de alquiler”. *El País*. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html>. Fecha de consulta: 22/1/2020.
- TURNER SAELZER, Susan; MOLINA PEZOA, Marcia y MOMBERG URIBE, Rodrigo (2000): “Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo”, *Revista De Derecho (Valdivia)*, Vol. 11, N° 1, pp. 13-26.
- VAQUERO PINTO, María José, (2018): “¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?”, en BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, QUICIOS MOLINA Susana, VERDERA SERVER, Rafael (Coord.), *Retos actuales de la filiación* (Madrid, Tecnos) pp. 229-268.
- WHITEMAN, Hillary (2014): “Una pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada”. *CNN en Español*. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2014/08/04/una-pareja-australiana-abandona-bebe-con-sindrome-de-down-de-madre-subrogada/>. Fecha de consulta: 4/5/ 2020.
- ZWEIFEL Julianne E. y otros (2020): “Is it time to establish age restrictions in ART?”, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, vol. 37, N° 2: pp. 257-262.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- ALEMANIA. Ley N° 745/90 (13/12/90), de protección del embrión.
- CHILE. Código Civil (s.d.).
- CHILE. Código Sanitario (31/1/1968).
- CHILE. Constitución Política de la República (11/8/1980).
- CHILE. Ley N° 21.400 (10/12/2021), sobre matrimonio entre personas del mismo sexo.
- CHILE. Ley N° 21.430 (15/3/2022), sobre garantías y protección integral de la niñez y adolescencia.
- CHILE. Ley N° 20.830 (24/4/2015), sobre acuerdo de unión civil.
- CHILE. Ley N° 4.808 (10/2/1930), sobre Registro Civil.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: “Observación general N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, CRC/C/GC/14 (29/5/2013).

- CONSEJO DE EUROPA, ASAMBLEA PARLAMENTARIA: “Parliamentary Assembly, Anonymous Donation of Sperm and Oocytes: Balancing the Rights of Parents, Donors and Children”, Doc. 14835 (20/02/2019). Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27680&lang=en>. Fecha de consulta: 29/12/2020.
- CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (29/5/1993).
- CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (20 de noviembre de 1989).
- ESPAÑA, Constitución (29/12/1978).
- ESPAÑA. Ley N° 14 (26/5/2006), sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- ESPAÑA. Ley N° 19 (13/7/2015), de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil
- ESPAÑA. Ley N° 3 (15/3/2007), reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
- ESPAÑA. Ley N° 35 (22/11/1988), sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- ESPAÑA, Código Civil (24/7/1889).
- FRANCIA, Code de la Santé Publique (7/10/1953).
- FRANCIA, Code Civil (15/3/1803).
- ITALIA, Legge N° 40 (19/2/2004), Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS: *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niño, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, A/HRC/37/60 (15/1/2018).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Declaración de los Derechos del Niño, A/4354 (20/11/1959).
- PORTUGAL, Lei N° 32 (26/7/2006) Procriação medicamente assistida.
- PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA (25/5/2000).
- REINO UNIDO, Human Fertilisation and Embryology Act 2008.
- REINO UNIDO, Surrogacy Arrangements Act 1985.
- UNIÓN EUROPEA, PARLAMENTO EUROPEO, Resolución “Sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto”, 30/11/2015.

JURISPRUDENCIA CITADA

- ESPAÑA. STC 53/1985, de 11 de abril.
- ESPAÑA. STC 7/1994, de 17 de enero.
- ESPAÑA. STC 116/1999, de 17 de junio.
- ESPAÑA. STC 273/2005, de 27 de octubre.
- ESPAÑA. Resolución DGRN, de 18 febrero 2009.
- ESPAÑA. STS 740/2013, de 5 de diciembre.
- ESPAÑA. STS 836/2013, de 15 de enero de 2014.

ESPAÑA. STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

ESPAÑA. RESOLUCIÓN DGRN, de 8 de febrero de 2017.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018.

DE RAMÓN CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN (2018): Corte Suprema, 14 de marzo de 2018, Rol 971-2018 (apelación protección).

MYRA VICTORIA OPAZO MENDEZ Y OTRO CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN (2018): Corte Suprema, 24 de julio de 2018, Rol 15108-2018 (apelación protección).

ARIAS CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, REGIÓN DEL BIOBÍO. Corte Suprema, 20 de julio de 2020, Rol 33316-2019 (apelación protección).

Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de junio de 2020, RIT C-10028-2019.

EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES: UN CASO DE EVENTUAL COMPETENCIA DESLEAL Y DE ABUSO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS OFERENTES DE DICHOS INMUEBLES

THE LEASE OF REAL ESTATE THROUGH DIGITAL PLATFORMS: A CASE OF POSSIBLE UNFAIR COMPETITION AND ABUSE OF THE FREEDOM OF ENTERPRISE AND PROPERTY RIGHTS OF THE OFFERERS OF SUCH REAL ESTATE

JOEL GONZÁLEZ CASTILLO*

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar la legalidad del arriendo de inmuebles amoblados a través de plataformas digitales. Se desarrollan, fundamentalmente, cuatro factores que llevan a concluir su ilegalidad: (i) afectación del derecho de propiedad de otros comuneros, (ii) explotación comercial de inmuebles de uso habitacional, (iii) conducta constitutiva de competencia desleal, y (iv) abuso del derecho. En especial, se estudia cómo el incumplimiento simultáneo y relevante de la legislación tributaria, laboral, sectorial, y de otra índole, que deja en una posición mejorada a un oferente, constituye una conducta de competencia desleal al amparo del artículo 3° de la ley sobre competencia desleal. La disrupción tecnológica, la innovación y nuevas modalidades de contratación que favorecen a los usuarios deben ser acogidas, pero en igualdad de condiciones para todos los competidores u oferentes. Si bien, como se desarrolla, se trata de una actividad no regulada, ello no la pone al margen de la legislación debiendo aplicarse la de actos similares como ocurre con todo contrato innominado.

Palabras clave: plataformas digitales, arriendo, hospedaje, competencia desleal, abuso del derecho.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the legality of the rental of furnished real estate through digital platforms. It develops, fundamentally, four factors that lead to conclude its illegality: (i) infringement of the property rights of other co-owners, (ii) commercial exploitation of real estate for residential use, (iii) conduct constituting unfair competition, and (iv) abuse of rights. In particular, it studies how the simultaneous and relevant non-compliance with tax, labor, sectorial, and other legislation, which leaves an offeror in an improved position, constitutes unfair competition conduct under article 3 of the law on unfair competition. Technological disruption, innovation and new contracting modalities that favor users must be welcomed, but under equal conditions for all competitors or suppliers. Although, as the paper will show, it is an unregulated activity, this does not put it outside the legislation and the legislation of similar acts should be applied as in the case of all unnamed contracts.

Keywords: digital platforms, leasing, hosting, unfair competition, abuse of rights.

* Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: jagonzac@uc.cl. Código Orcid: 0000-0002-4006-2631. Agradecemos los comentarios y observaciones del profesor Felipe Bravo Alliende al capítulo sobre competencia desleal.

I. INTRODUCCIÓN. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES EN EL DERECHO CHILENO. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS PLATAFORMAS

El “arriendo” (precisaremos esto más adelante) de inmuebles habitacionales amoblados a través de plataformas digitales u *online*, generalmente por plazos inferiores a 15 días, se ha masificado en Chile y el mundo, surgiendo al mismo tiempo una intensa discusión sobre su legalidad por la afectación del derecho de propiedad de otros comuneros y la explotación comercial de inmuebles de uso habitacional, sumado a su ausencia de regulación.

En estas plataformas se opera bajo un sistema de reservas de hospedaje, con garantías de pago de la estadía correspondientes al período total que se desea contratar, no existiendo limitación en cuanto a la extensión de la misma, la que puede ser de días u horas, según lo contratado por el cliente. Existen tres partes en la operación, la compañía, que ofrece una plataforma para llevar adelante la contratación en línea, el oferente de un inmueble amoblado para arriendos de corto tiempo, o anfitrión, y el demandante de esos inmuebles, o huésped¹.

Las empresas mencionadas se enmarcan en lo que se conoce como economía colaborativa (*sharing economy*) o “economía de plataforma”, que aunque no existe aún una definición comúnmente aceptada, se puede considerar que es aquella

“que engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet. La economía colaborativa se caracteriza por una horizontalización de la estructura económica para el intercambio de bienes y servicios infrautilizados, basándose en ‘redes distribuidas’ de individuos y comunidades interconectados digitalmente, en contraste con el paradigma analógico de instituciones centralizadas, la propiedad como método predominante de acceso a los bienes económicos y la relación predominantemente unidireccional de consumidor-empresa”².

Respecto a los efectos, la economía colaborativa, se dice, presenta numerosos beneficios para los consumidores y usuarios, entre otros, facilita la entrada de nuevos proveedores

¹ La descripción de la operación contractual de estas plataformas donde intervienen la compañía, “anfitriones” y “huéspedes”, puede verse con más detalle en AMUNÁTEGUI (2019).

² Véase al respecto el acabado trabajo de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA DE ESPAÑA (2016) p. 18. Boboc hace ver que la terminología empleada para referirse al fenómeno abordado no es homogénea. Entre las expresiones más comúnmente utilizadas se encuentran: “consumo colaborativo”, “economía compartida”, “economía bajo demanda”, “economía de acceso”, etc., si bien la más frecuente es la de “economía colaborativa”. Aunque el tema había sido tratado antes por otros autores, la popularización del concepto de economía colaborativa se atribuye a Rachel Botsman y Roo Rogers, autores del libro *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. Tampoco existe un concepto unánime de economía colaborativa, pudiendo adoptarse uno amplio o restringido, esto es, si se considera que la economía colaborativa engloba todo tipo de intercambio en los que interviene una plataforma digital, o, por el contrario, solo aquellos entre iguales, o, incluso, únicamente entre particulares. BOBOC (2018) pp. 273 y 275.

de bienes y servicios, la mayor competencia conduce a precios más bajos, mayor calidad por un mismo precio, más oferta y fomento de la innovación³. Además, estos nuevos canales de intermediación, generalmente bajo la forma de plataformas digitales,

“pueden representar una reducción de costes frente a la forma habitual de actuar de los intermediarios tradicionales, tanto en lo que respecta a los costes de transacción (información, negociación, litigiosidad y garantía) como en la expugnabilidad de los mercados, así como los costes de entrada y salida de los mismos. Esto debería generar efectos procompetitivos a corto y a largo plazo”⁴.

II. LA CALIDAD JURÍDICA DE LAS PLATAFORMAS: ¿MEROS INTERMEDIARIOS O PRESTADORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO?

Surge el problema de cómo calificar la actividad de las plataformas, siendo las alternativas o que se le considere simples intermediarias o bien que desarrollan efectivamente un servicio de hospedaje turístico. La importancia de una u otra calificación es que si se determina que Airbnb, u otra plataforma, sí ofrece un servicio de hospedaje –y que no presta solo un servicio de intermediación–, podría dar fundamento, al no cumplir con la normativa nacional vigente, para estimar, eventualmente, en alguna medida, su participación en una conducta de competencia desleal, cuestión que luego desarrollaremos.

Existen diversos factores que nos llevan a concluir que estas plataformas son solo intermediarias (“corredores” en los términos de los artículos 48 y siguientes del Código de Comercio) y que no prestan un servicio de alojamiento. En efecto, las plataformas que tratamos lo que efectúan, fundamentalmente, es un acto de mediación entre la oferta y la demanda; por otra parte, no son ellas las oferentes de los inmuebles sino los propietarios que listan sus propiedades en esas plataformas las cuales solo ponen a disposición de los oferentes un medio o soporte tecnológico para que sus inmuebles tengan una suerte de vitrina virtual al alcance de usuarios en cualquier parte del mundo; los precios son fijados por los propios oferentes sin intervención de las plataformas⁵; éstas cobran por sus servicios una comisión con cargo en parte del oferente y en parte del usuario⁶, algo propio de la inter-

³ Véase por todos, COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA DE ESPAÑA (2016) p. 13.

⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA DE ESPAÑA (2016) p. 19.

⁵ En este sentido, Airbnb “no dirige ni controla su Servicio de Anfitrión, y usted entiende que puede, a su exclusivo criterio, decidir si presta el Servicio de Anfitrión, cuándo y a qué precio y en qué condiciones”. AIRBNB, INC (2021b) apartado 5.3.

⁶ Así, “Cuando se reserva un espacio, la comisión de servicio puede estructurarse de dos formas distintas: o bien es compartida (es decir, la pagan entre el anfitrión y el huésped), o bien el anfitrión asume el importe completo. 1. Comisión compartida. Esta opción es la más común. La comisión de servicio del anfitrión se deduce del cobro que recibe; por otra parte, a los huéspedes se les cobra cuando abonaron el pago de la reserva...”. AIRBNB, INC (2021a)

mediación⁷; los impuestos los paga el oferente⁸; los ingresos son también para los oferentes recibiendo la plataforma solo una comisión, y, finalmente la plataforma carece de los activos necesarios para la prestación del servicio de alojamiento. En rigor, las tareas que asume y ejecuta la plataforma no dejan de ser auxiliares en relación con la prestación del servicio subyacente: encargarse del cobro del precio por adelantado y ofrecer a los clientes mecanismos de evaluación o calificación de los servicios y de los “anfitriones-oferentes”.

En el mismo sentido, las propias plataformas se califican como un espacio en línea de intermediación. Así, por ejemplo:

“Airbnb ofrece una plataforma que permite a los Miembros publicar, ofrecer, buscar y reservar Servicios de Anfitrión. Cuando los Miembros realizan o aceptan una reserva, suscriben un contrato directamente entre ellos. Airbnb no es una de las partes ni interviene de otro modo en la relación contractual entre los Miembros”⁹.

Es lo mismo que ha concluido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) según pasamos a exponer.

No obstante la similitud entre Uber y Airbnb, ambas son plataformas digitales que ponen en contacto a oferentes y usuarios, el TJUE las ha calificado de distinta manera. Para dicho tribunal lo relevante, como cuestión *decisoria litis*, es si la plataforma tiene o no una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios. Así, al contrario de lo que resolvió en 2017 a propósito de Uber, al cual calificó como un servicio de transporte, en 2019 dijo que Airbnb solo era un mero intermediario que no formaba parte de un servicio global de alojamiento. Veamos.

En el caso Uber el razonamiento del TJUE fue como sigue:

“de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, **Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores.** Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio

⁷ Esto acorde con que “el corredor es un simple intermediario, que ayuda a las partes a concluir sus negocios (...) la función primordial del corredor es mediar, esto es, acercar a las partes para que concluyan sus negocios. La mediación, que es siempre asalariada, no solo se limita a poner en contacto a las partes, sino que además contribuye enormemente a la preparación y celebración misma del contrato”. SANDOVAL (2015) pp. 109 y 198. Todos aspectos que se observan en las plataformas de alojamientos.

⁸ Por ejemplo, dentro de las normas de Airbnb se señala que el anfitrión “es responsable de averiguar y cumplir sus obligaciones legales respecto a declarar, recaudar, liquidar o incluir en el precio el IVA u otros impuestos indirectos aplicables, impuestos sobre el alojamiento, tasas turísticas, impuestos sobre la renta u otros gravámenes”. AIRBNB, INC (2021b) apartado 8.1.

⁹ AIRBNB, INC (2021b) apartado 16.

máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos. Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de ‘servicio de la sociedad de la información’ (...), sino a la de ‘servicio en el ámbito de los transportes’¹⁰.

Por el contrario, en 2019, en el caso Airbnb, el TJUE afirmó que si bien ha declarado que

“un servicio de intermediación que cumpla todos esos requisitos (de un servicio de la sociedad de la información) constituye, en principio, un servicio distinto del servicio subsiguiente al que está vinculado y, por consiguiente, debe calificarse de ‘servicio de la sociedad de la información’, no ocurre así en el supuesto de que ese servicio de intermediación forme parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica”¹¹

y cita, en ese sentido, la sentencia Uber que hemos referido.

En la especie, AHTOP (*Association pour un hébergement et un tourisme professionnels*) alegaba, esencialmente, que el servicio prestado por Airbnb Ireland “es parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es una prestación de alojamiento (...) que no se limita a poner en contacto a dos partes a través de su plataforma electrónica, sino que también ofrece servicios adicionales característicos de la actividad de intermediación en transacciones inmobiliarias”¹².

El TJUE razonó que:

“ese servicio de intermediación es disociable de la transacción inmobiliaria propiamente dicha en la medida en que no solo tiene por objeto la realización inmediata de una prestación de alojamiento, sino, más bien, sobre la base de una lista estructurada de los alojamientos disponibles en la plataforma electrónica epónima que correspondan a los criterios de las personas que buscan un alojamiento de corta duración, proporcionar un instrumento que facilite la conclusión de contratos en futuras transacciones. La creación de esa lista en beneficio tanto de quienes dispongan de alojamientos para arrendar como de quienes buscan ese tipo de alojamiento constituye el principal rasgo de la plataforma electrónica gestionada por Airbnb Ireland”¹³.

¹⁰ ASOCIACIÓN PROFESIONAL ELITE TAXI CON ÜBER SYSTEMS SPAIN S.L. (2017) apartados 39-40.

¹¹ AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS (2019) apartado 50.

¹² AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS (2019) apartado 51.

¹³ AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS (2019) apartado 53.

Agrega el TJUE que

“un servicio como el prestado por Airbnb Ireland en modo alguno resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles”¹⁴

y que de la información que figura en los autos

“(no) resulta que Airbnb Ireland determine o limite el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento. De ello se deduce que, en cuanto tal, un servicio de intermediación como el prestado por Airbnb Ireland no se puede considerar parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio de alojamiento”¹⁵.

Concluye el TJUE marcando la diferencia entre Uber y Airbnb:

“el Tribunal de Justicia señaló en dichas sentencias que Uber ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de la prestación de transporte efectuada por los conductores no profesionales mediante la aplicación que les fue facilitada por dicha empresa (sentencias de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C434/15, y de 10 de abril de 2018, Uber France, C320/16). Ahora bien, los elementos tomados en consideración por el órgano jurisdiccional remitente (...), **no permiten demostrar que Airbnb Ireland ejerza tal influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento** a los que está vinculado su servicio de intermediación, puesto que, en particular, Airbnb Ireland no determina ni directa ni indirectamente el precio de los arrendamientos (...), al igual que tampoco selecciona a los arrendadores ni los alojamientos que estos ofrecen en su plataforma”¹⁶.

III. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NACIONAL

Como muchos países, el nuestro carece de una normativa específica para esta actividad. Lo único, al respecto, es la ley N° 21.210, del 24 de febrero de 2020, que estableció que los servicios remotos remunerados prestados por no residentes no domiciliados en Chile, deben pagar el Impuesto al Valor Agregado (IVA).

¹⁴ *AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS* (2019) apartado 55.

¹⁵ *AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS* (2019) apartados 56-57.

¹⁶ *AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS* (2019) apartados 67-68.

De ahí, que se podría argumentar que este tipo de alojamientos, por tratarse de una actividad no regulada, no puede, entonces, incurrir en incumplimiento de norma legal alguna. Sin embargo, lo cierto es que el hecho que la actividad que comentamos no esté regulada solo significa que estamos en presencia de contratos innominados o atípicos a los cuales se les aplica la legislación común general y, por analogía, la de los actos típicos o nominados más semejantes o parecidos¹⁷, en la especie, la actividad hotelera. Los contratos innominados, esto hay que destacarlo, no se transforman, por ser tales, en “islas jurídicas” al margen de la ley. Todo contrato innominado debe celebrarse cuidando de no vulnerar la moral, el orden público y la ley, y se viola esta última cuando no se cumplen obligaciones tributarias, municipales y demás, como sucede en este tipo de negocios según explicaremos. Quienes participen del negocio de alojamiento turístico deben someterse a las normativas comerciales, tributarias y sectoriales básicas, tal como lo hacen todas las empresas y, específicamente, a las de la hotelería. Tienen que regirse por un marco legal mínimo, como emitir boletas y facturas, pagar impuestos, contar con una patente comercial y dar cumplimiento a normas sanitarias y de seguridad. De lo contrario, además de vulnerar muy diversa legislación, los pondría en una situación de competencia inmerecidamente mejorada respecto del resto de los actores de ese mercado.

En todo caso, sin duda sería conveniente que, en lo posible, en el corto plazo, como ya lo han hecho otros países y ciudades, el nuestro regule también esta actividad dada la masividad que ha alcanzado¹⁸. La necesidad de regulación se hace imperiosa para formalizarla y despejar toda incerteza jurídica a su alrededor.

¹⁷ Se han formulado varias teorías para determinar la legislación aplicable a los contratos innominados: “La teoría de absorción busca el elemento preponderante, y si se corresponde con el preponderante de un contrato típico, se aplica su normativa. Por ejemplo: puede considerarse que en el ‘contrato de garaje’ se busca ante todo la custodia del vehículo, por lo que la prestación principal es la de custodia que ha de prestar el garajista, lo que permite acudir a la normativa del contrato de depósito. En contra, la teoría de la combinación construye una propia normativa combinando la correspondiente a cada uno de los contratos típicos, teniendo presente el fin perseguido por los contratantes. La teoría de la absorción plantea una dificultad inicial, cual es la de calificar el elemento preponderante o, si se quiere, el verdadero objeto perseguido por los contratantes. Cabe dudar, por ejemplo, de si en el contrato de garaje se ha querido más que la custodia el arrendamiento de un espacio, o si en un contrato de hospedaje se quiere preponderantemente el alquiler de la habitación más que las prestaciones de manutención y servicios. Por eso, para los supuestos que no admitan la teoría de la absorción conviene la teoría de la combinación, que habrá de realizarse sin perder de vista el fin contractual pretendido. Hay una tercera teoría, llamada de la aplicación analógica, que recomienda la aplicación de la normativa de la figura tipificada más afín. Solución aparentemente simple, pero enormemente dificultosa, al tropezar con una realidad casi insuperable: la atipicidad del contrato, en otras palabras, su no encaje en los tipos legales, y lo que se quiere es precisamente lo contrario”. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2001) p. 37.

¹⁸ Algunas legislaciones se han inclinado por colocar muchas restricciones, casi al nivel de prohibición, a Airbnb y otras plataformas con el ánimo de defender a la industria hotelera y eliminar los incentivos de que los propietarios “hotelicen” sus propiedades (por ejemplo, Berlín, *Zweckentfremdungsverbotsgesetz*, 2014), mientras que otros países o ciudades han permitido el funcionamiento de las mismas bajo la imposición de ciertas restricciones –por ejemplo, se prohíbe el arrendamiento de unidades por menos de treinta días (Nueva York, *New York State Multiple Dwelling Law*, 2016) o bien un número máximo de días que se puede alquilar la propiedad al año (San Francisco, *Ordinance No. 178-16, Short-Term Residential Rentals*, 2016; París, *Code du Tourisme*, article L324, Londres, *Deregulation Act*, 2015, Amsterdam, *Wet toeristische verhuur van woonruimte*, 2020)– que tienen el fin de mitigar las externalidades negativas causadas por los arrendamientos de corto plazo.

Si bien en nuestro país hay una ausencia de regulación especial, deben tenerse presentes varias disposiciones de la ley N° 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria que, en lo que interesa para este trabajo, regulan el ejercicio de las facultades que entrega el dominio a los propietarios de cada unidad. Así, el artículo 32 de la citada ley prescribe que:

“Los copropietarios, arrendatarios u ocupantes a cualquier título de las unidades del condominio, deberán ejercer sus derechos sin restringir ni perturbar el legítimo ejercicio de los derechos de los demás ocupantes del condominio. Las unidades se usarán en forma ordenada y tranquila y no podrán hacerse servir para otros objetos que los establecidos en el reglamento de copropiedad (...). Tampoco se podrá ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los copropietarios o comprometa la seguridad, salubridad y habitabilidad del condominio o de sus unidades”;

mientras que su artículo 17 N° 10 señala que solo podrán tratarse en sesiones extraordinarias de la asamblea el “cambio de destino de las unidades del condominio”. Además, debe tenerse presente el artículo 28 que dispone que los copropietarios de un condominio deberán acordar un reglamento de copropiedad con los siguientes objetos: “b) Imponerse las limitaciones que estimen convenientes”. Como se ve, esta norma permite imponer limitaciones recíprocas en el ejercicio de su dominio a los distintos copropietarios.

Generalmente, los Reglamentos de Copropiedad reproducen en una de sus cláusulas el artículo 32 citado y, además, prohíben a los propietarios destinar cualquier unidad a un uso que se aleje de su naturaleza, esto es, estrictamente habitacional. Algunos son más explícitos y establecen la prohibición de usar los departamentos como *apart hotel* y la de arrendar los departamentos por horas. En todo caso, es algo que debe evaluarse caso a caso, ya que hay diferencias entre un reglamento y otro.

Por otra parte, el artículo 582 del Código Civil dispone que: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”. Como se sabe, las facultades esenciales del dominio son usar, gozar y disponer de un bien. Actos de disposición y administración (por ejemplo, ventas y arriendos, respectivamente) se pueden celebrar al amparo de la facultad de disposición; percibir los frutos civiles (rentas de arrendamiento, por ejemplo), en tanto, encuentran su fundamento en la facultad de goce¹⁹.

Referente al arrendamiento este no tiene limitación legislativa, en cuanto a su duración, sea mínima o máxima.

IV. LA TUTELA DEL PERJUDICADO A TRAVÉS DEL RECURSO DE PROTECCIÓN

La controversia respecto de estos arriendos de inmuebles, se ha planteado en sede de protección, alegándose, fundamentalmente, vulneración del N° 24 del artículo 19 de la

¹⁹ Véase por todos: PEÑAILILLO (2019) pp. 435-440, RAJEVIC (1996) pp. 23-97.

Constitución Política, esto es, el derecho de propiedad y que los departamentos son explotados comercialmente lo cual está prohibido por los respectivos reglamentos de copropiedad.

Los recursos, similares en su texto, en síntesis exponen que habría una explotación comercial de los inmuebles que generaría

“un continuo entrar y salir de turistas, lo que pone en riesgo a los copropietarios del edificio, a la vez que (...) los lugares comunes del edificio, tales como estacionamientos, gimnasio, lavandería, sala de eventos, entre otros, son publicitados como servicios, disponiendo los turistas de ellos mediante la entrega de llaves y controles para el acceso a ellos (...) existen constantes ruidos molestos, fiestas hasta altas horas de la noche, riñas, uso excesivo de espacios comunes, resultando éstos insuficientes en tamaño para el exceso de ‘pasajeros’ y suciedad que se generan, entre otras molestias”²⁰.

Los hechos descritos conculcarían la garantía del artículo 19 N° 24,

“toda vez que los propietarios adquirieron sus inmuebles teniendo certeza que se trataba de un edificio con fines habitacionales y no comerciales, sin perjuicio de que, además, el servicio a turistas afecta, especialmente, el uso de espacios comunes con fines y modalidad distinta de los señalados en el reglamento de copropiedad”²¹.

Desde luego, debemos señalar, que el hecho que la modalidad de alojamiento descrita no esté regulada en nuestra legislación no puede ser el motivo de su ilegalidad, pues, como es sabido, en uso de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual las partes son libres de celebrar cualquier acto o contrato, esté o no regulado positivamente, de ahí la figura de los contratos atípicos o innominados.

A nuestro juicio, la ilegalidad de estos alojamientos temporales debe encontrarse en: (i) el carácter comercial de la actividad, cuestión prohibida, generalmente, por los reglamentos de copropiedad (ii) la vulneración del derecho de propiedad de los otros propietarios, (iii) una eventual competencia desleal, y (iv) el abuso del derecho por parte de quienes comercializan sus unidades bajo estas modalidades. Los dos primeros, aunque no siempre, han sido invocados por los tribunales para acoger los recursos.

Así, en un comienzo, se rechazó un recurso de protección porque el impedimento de arrendar los departamentos por períodos breves afectaría las facultades del dominio y porque, además, no habría una explotación comercial de los mismos (se trataría de una actividad civil). Los actores reclamaban en contra de la administración del edificio por haberles prohibido de modo general arrendar sus departamentos por períodos inferiores a treinta días, razonando la Corte Suprema que “no puede el Reglamento de Copropiedad o un acuerdo del comité o de la asamblea, imponer una limitación que afecte directamente

²⁰ Así, *VELASCO CON CONDEZA* (2021), cons. 1°. Es lo que se conoce como “inmisiones” y que ha sido tratado ampliamente en nuestro país por AMUNÁTEGUI (2009) pp. 505-525, AMUNÁTEGUI (2012) pp. 77-120, AMUNÁTEGUI (2013) pp. 45-88.

²¹ Así, *VELASCO CON CONDEZA* (2021), cons. 1°.

y en su esencia los atributos que el derecho de dominio entrega a su titular²² y que debe objetarse toda constricción respecto del uso temporal del inmueble, puesto que su cesión transitoria por sus dueños tampoco encuentra limitación legal, afirmación que tiene sustento normativo en lo que disponen los artículos 14 y 30 de la Ley N° 19.537²³, que razonan sobre la base de ser factible arrendar los inmuebles de los que cada propietario es dueño, incluyendo, los espacios comunes²⁴. Concluye, nuestro más alto tribunal, que careciendo entonces la prohibición de arrendar los departamentos del edificio por menos de treinta días del necesario sustento normativo; tal prohibición, establecida en el Reglamento de Copropiedad, y la comunicación de la misma por la Administración -siempre que se les dé por los arrendatarios un uso lícito y habitacional, sin cambio de su destino y excluyendo una finalidad de carácter comercial- no solo es ilegal, sino que además, es arbitraria al estar desprovista de una mínima exigencia de racionalidad que la sostenga²⁵.

Sin embargo, posteriormente, en el causa Rol N° 8.366-2018, a diferencia del fallo precedente, la Corte Suprema descartó el actuar arbitrario de la administración de un edificio, tras establecer que el giro de apart hotel es un acto de comercio al tenor de lo establecido en el artículo 3° del Código de Comercio, en cuanto dispone que: “Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 5° Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes”. En efecto, agrega nuestro más alto tribunal, tradicionalmente se ha entendido que en este numerando queda incluida la actividad hotelera, que es precisamente la que entrega la actora y llevada a cabo, por ella, de manera habitual, característica que, según el artículo 7° del Código citado, distingue a los comerciantes, esto es, a las personas que “teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”²⁶. Continúa el razonamiento de la Corte Suprema afirmando que la cualidad atribuida al edificio en cuestión, vale decir, su condición de construcción destinada a la vivienda, se contrapone, por su propia naturaleza y características, con el ejercicio de actividades de índole mercantil, de modo que mientras dicho destino no sea modificado por los canales y a través de las formalidades adecuadas, no podrá ser utilizado por la recurrente para la explotación del quehacer comercial²⁷ y que, además, el Reglamento de Copropiedad del inmueble prohíbe explícitamente la destinación de los diversos departamentos al giro de “Apart Hotel”, que es preci-

²² *LUDUEÑA CON ADMINISTRADOR EDIFICIO MIRAMAR DE REÑACA* (2017), cons. 15°.

²³ La primera de dichas normas dice: “Los derechos de cada copropietario en los bienes de dominio común son inseparables del dominio exclusivo de su respectiva unidad y, por tanto, esos derechos se entenderán comprendidos en la transferencia del dominio, gravamen o embargo de la respectiva unidad. Lo anterior se aplicará igualmente respecto de los derechos de uso y goce exclusivos que se le asignen sobre los bienes de dominio común”. Por su parte, el artículo 30 inc. 1° dispone: “Las normas del reglamento de copropiedad serán obligatorias para los copropietarios, para quienes les sucedan en el dominio y para los ocupantes de las unidades a cualquier título”.

²⁴ *LUDUEÑA CON ADMINISTRADOR EDIFICIO MIRAMAR DE REÑACA* (2017), cons. 16°.

²⁵ *LUDUEÑA CON ADMINISTRADOR EDIFICIO MIRAMAR DE REÑACA* (2017), cons. 17°.

²⁶ *VACATION RENTAL SPA CON COMUNIDAD EDIFICIO JACARANDÁ* (2018), cons. 6°.

²⁷ *VACATION RENTAL SPA CON COMUNIDAD EDIFICIO JACARANDÁ* (2018), cons. 7°.

samente la definición más adecuada que se puede aplicar a los servicios de arrendamiento vacacional que se obligó a prestar la recurrente²⁸.

En otro caso, los dueños de un departamento en un condominio recurrieron de protección denunciando como acto ilegal y arbitrario, la emisión de una circular de la administración que notificaba que se cursarían multas a los propietarios que arrendaran sus unidades a través de la plataforma Airbnb basada en lo dispuesto en el Reglamento de Copropiedad que señalaba que quedaba prohibido utilizar las unidades habitaciones como “Apart Hotel” o en la modalidad de arrendamiento por hora. Las recurrentes señalaban que

“la recurrida yerra al equiparar las expresiones antes aludidas con la plataforma Airbnb, la que solo corresponde a una modalidad para rentar su propiedad a particulares o turistas, sin que comparta los aspectos relevantes y diferenciadores del ‘Apart Hotel’”²⁹.

La Corte Suprema, en línea con la anterior sentencia, razonó que la naturaleza de las labores que desarrollan las recurrentes se contraponen con el carácter y el destino habitacional del edificio, atendido a que el Reglamento de Copropiedad prohíbe explícitamente la destinación de los diversos departamentos o unidades al giro de “Apart Hotel”, reiterando que es “la definición que más se ajusta a la oferta de hospedaje estacional de la plataforma de Airbnb y que se puede aplicar a los servicios de arrendamiento generalmente por plazos de días, inferiores a 15”³⁰. La Corte, advierte, que otro criterio ineludible que se aplica al supuesto enjuiciado aparece configurado por la presencia o ausencia de una finalidad comercial, circunstancia que conduce a remitirse al concepto de habitualidad que se recoge en el artículo 7° del Código de Comercio. La habitualidad, continúa la sentencia, requiere de regularidad, programación, reiteración y frecuencia del actuar aludido, circunstancias cuya convergencia resulta irrefutable en arriendos por hora o de un número de días inferior a 15, que ponen en evidencia la ausencia del ánimo para residir o morar toda vez que la estancia es fundamentalmente efímera y por lo tanto no habitacional³¹. También un elemento a considerar, dice la misma Corte, es la publicidad del servicio ofrecido, mediante la oferta pública del inmueble a través de un medio de comunicación digital masivo como es un portal *online*³².

Así, para la Corte Suprema, cuando se arrienda un departamento por un plazo inferior a 15 días utilizando la aplicación en referencia, no es posible observar, en principio, los elementos necesarios que permitan calificar de civil el contrato de arrendamiento por lo que no se afecta el derecho de propiedad del recurrente³³.

²⁸ *VACATION RENTAL SPA CON COMUNIDAD EDIFICIO JACARANDÁ* (2018), cons. 8°.

²⁹ *VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN* (2019), cons. 1°.

³⁰ *VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN* (2019), cons. 14°.

³¹ *VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN* (2019), cons. 14°.

³² *VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN* (2019), cons. 14°. En el mismo sentido, *COMUNIDAD EDIFICIO PIAMONTE CON KOTHER* (2020).

³³ *VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN* (2019), cons. 15°. Comentando esta sentencia Corral señala que parece acertada la decisión, así como su fundamento basado en la comercialidad de los arriendos vía Airbnb. Cree, sin embargo, que podría hacerse una mayor consideración al Reglamento de Copropiedad y al

La sentencia confirma la procedencia de la multa por haberse infringido el reglamento de copropiedad, pero omite indicar como fundamento el artículo 21 de la ley sobre copropiedad inmobiliaria que es clara al disponer que “el Comité de Administración podrá dictar normas que faciliten el buen orden y administración del condominio, como asimismo imponer las multas que estuvieren contempladas en el respectivo reglamento, a quienes infrinjan las obligaciones de dicha ley y del reglamento de copropiedad”. De esta manera, cada vez que se realice un arriendo turístico prohibido, el Comité puede multar al propietario infractor.

Complementando lo señalado en las sentencias referidas, hay que precisar que más que un arrendamiento estamos en presencia de un servicio de hospedaje consistente en el “alojamiento y asistencia que se da a alguien”³⁴; actividad de carácter comercial, primero, por su analogía con los actos de comercio del artículo 3° N° 5 del Código de Comercio, donde tradicionalmente se ha entendido incluida la actividad hotelera³⁵, y, luego, por la habitualidad con que esos propietarios ofrecen sus unidades para alojamiento de huéspedes por periodos estacionales.

Sobre este artículo 3° N° 5 Sandoval dice que

“el criterio seguido por el legislador es que la explotación de estos rubros se realice bajo la forma de empresas. Es la actividad del empresario que organiza los diferentes medios, humanos y materiales, para ponerlos a disposición del cliente, lo que configura el acto de comercio”³⁶.

Por tanto, como observa Amunategui,

principio de autonomía privada para regular las relaciones entre los copropietarios de una comunidad. Podría aplicarse en estos casos, agrega, la idea de limitaciones a la propiedad fundadas en la autonomía privada, como sucede cuando un propietario constituye un usufructo o una servidumbre voluntaria sobre un bien propio. No es necesario así justificar, a su juicio, la limitación sobre la base de la función social y discurrir sobre el núcleo esencial del derecho de propiedad. Bastaría como razón legitimadora el consentimiento del dueño. Debe considerarse que en materia de servidumbres los particulares tienen libertad para crear diversas modalidades sin que estén legalmente tipificadas (art. 880 CC). Como estas restricciones están en el Reglamento de Copropiedad, que es una convención que tiene su origen en un acto de voluntad del primer o los primeros propietarios, las limitaciones al dominio que se contienen en él deben considerarse autorizadas por la voluntad de los condóminos. Es cierto que los propietarios que adquieren las unidades después de la aprobación del Reglamento no han participado en su redacción, pero debe considerarse que al adquirir la propiedad han aceptado tácitamente dicha regulación. Por ello, se exige que el Reglamento sea inscrito en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces (art. 29 Ley N° 19.537), de manera que todos los que compren o adquieran las unidades sepan que al hacerlo están aceptando su obligatoriedad. CORRAL (2019).

³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020).

³⁵ Véase por todos, SANDOVAL (2015) p. 91. Aunque en su último pronunciamiento la Corte Suprema ha dicho que: “Dicha modalidad responde a una situación no reglada en nuestro ordenamiento jurídico, que consiste en la oferta a terceros por medio de plataformas digitales de contacto como portales en línea, dirigida a huéspedes, normalmente viajeros o de paso, ofrecidas por propietarios, agentes de intermediación o administradores que operan en carácter de ‘anfitriones’. Desde luego, dicha modalidad no se ajusta a la actividad regulada, típica y homologable de hospedaje turístico a través de hoteles, residenciales, posadas, fondas o pensiones que en su ejercicio como actividad comercial, prevista en el artículo 3 N° 5 del Código de Comercio, se encuentran afectas a una regulación completa y responsable desde el punto de vista tributario, municipal, sanitario, de seguridad y garantía de pasajeros y de protección al consumidor”. VELASCO CON CONDEZA (2021), cons. 14°.

³⁶ SANDOVAL (2015) p. 90.

“si el departamento se destina exclusivamente a alojamientos turísticos, y aún más si se adquirió con esa finalidad, o si hay empleados destinados a la recepción de pasajeros y la limpieza del departamento, la organización del arriendo parece de carácter empresarial y comercial, por lo que el arrendador no solo quedará afecto a obligaciones tributarias, sino que además su actividad sobrepasa los fines netamente habitacionales, para convertirse en un uso comercial”³⁷.

En su más reciente pronunciamiento sobre la materia, nuestro más alto tribunal añade que el concepto de “habitualidad” que se recoge en el artículo 7° del Código de Comercio, resulta, en la especie, de ofrecer como anfitrión servicios de alojamiento con regularidad; del desarrollo de una misma conducta con ánimo profesional, programada anticipadamente y mantenida en el tiempo, contraponiéndose entonces a lo ocasional, singular o esporádico y, de considerar el espacio de tiempo por el cual la propiedad es puesta a disposición de un tercero para su uso y goce³⁸, descartando, nuevamente, de esta manera, los elementos necesarios que permitan calificar de civil tales contratos de arrendamiento³⁹.

En cuanto al derecho de propiedad de los otros copropietarios podemos decir que éste se ve afectado directa e inmediatamente (imposibilidad de hacer un uso y goce tranquilo y seguro de los departamentos o unidades y de los espacios comunes) y, también, indirecta o mediatamente (disminución del valor de los inmuebles).

De ahí que compartamos el razonamiento de la Corte Suprema que dichos tipos de alojamientos

“quebrantan el derecho garantizado en el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, en tanto el alto tránsito de personas, derivado del arrendamiento, por breves espacios de tiempo, de distintos departamentos de un edificio no solo lesiona el uso y goce de los espacios comunes del inmueble por sus propietarios, sino que, además, desvaloriza las unidades de los restantes dueños y entorpece, cuando menos, el uso tranquilo y pacífico que estos últimos hacen de sus respectivos apartamentos”⁴⁰,

provocando la afectación del derecho de propiedad de los otros copropietarios y externalidades que incentivan las controversias entre los mismos.

³⁷ AMUNÁTEGUI (2019).

³⁸ VELASCO CON CONDEZA (2021), cons. 15°.

³⁹ VELASCO CON CONDEZA (2021), cons. 16°. En relación a la habitualidad Sandoval se pregunta si es necesaria la repetición de los actos para considerar que ellos determinan una profesión habitual. De manera general, dice, puede señalarse que sí es necesaria la repetición de los actos comerciales, porque se estima que su ejecución constituye una profesión habitual, aunque en el fondo, como observa Ripert, hay aquí una redundancia: la profesión implica el hábito de ejecución de ciertos actos. SANDOVAL (2015) p. 133. Repetición de actos que es observada en el tipo de alojamientos que comentamos.

⁴⁰ VELASCO CON CONDEZA (2021), cons. 17°.

V. EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES COMO UN EVENTUAL CASO DE COMPETENCIA DESLEAL

Además de los argumentos que se repiten en las sentencias citadas –afectación del derecho de propiedad y carácter comercial de los arriendos, cuestión prohibida por los reglamentos de copropiedad– queremos poner énfasis en otros dos aspectos que no han salido a colación en cuanto a su ilegalidad, como son la competencia desleal y el abuso del derecho.

1. EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES COMO UN EVENTUAL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL. LA INFRACCIÓN DE LEY COMÚN COMO CONDUCTA CONSTITUTIVA DE COMPETENCIA DESLEAL

La doctrina especializada de nuestro país y la jurisprudencia han dedicado, prácticamente, nula atención a si el incumplimiento de obligaciones legales puede por sí mismo ser constitutivo de una conducta de competencia desleal. A nuestro juicio la respuesta es positiva, siempre que se cumplan dos condiciones: (i) que el incumplimiento de esas obligaciones sea relevante o significativo, y (ii) que como consecuencia de ello un competidor quede en una posición mejorada frente a los otros.

Si bien en nuestra legislación no se contempla específicamente como ilícito desleal la infracción de normas, estimamos que se puede acudir, para su configuración y sanción, a la cláusula general de competencia desleal del artículo 3° de la Ley N° 20.169, que dispone:

“En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”.

Como primera cuestión, nos parece del todo aplicable a estos nuevos negocios de hospedaje a través de plataformas digitales u *online* lo señalado por Contreras cuando dice que debe tenerse en cuenta que esta cláusula general que establece la Ley de Competencia Desleal debe ser entendida como una norma “expansiva” y sujeta a la interpretación judicial, en cuanto la misma debe cubrir las nuevas conductas que puedan crear los competidores que, no obstante exceder los tipos específicos que establece el artículo 4° de la ley, sí puedan caber dentro de la ilicitud general que establece el artículo 3° de la misma. En efecto, agrega el mismo autor, una normativa que regulase la materia mediante un listado cerrado o taxativo de actos sería claramente ineficaz, puesto que los actos o conductas abusivas de la buena fe comercial no son pétreos, fijos o estáticos, sino claramente evolutivos y dinámicos, y tienen la capacidad de adecuarse a los nuevos tiempos. Por todo ello es que las fórmulas generales sobre lo que son las conductas desleales han sido aprobadas por la doctrina como un remedio eficaz ante las nuevas maniobras de los competidores que buscan engañar al mercado⁴¹. De opinión similar, Inostroza apunta que teniendo en cuenta la imposibilidad del legislador para ponerse en todos los casos en que “la astucia de los competi-

⁴¹ CONTRERAS (2012) pp. 105-106.

dores pudiere afectar ilícitamente a sus pares”, la ley chilena siguió la tendencia comparada de tipificar de manera bastante amplia las conductas constitutivas de competencia desleal (art. 3°), sin perjuicio de tipificar algunas conductas desleales específicas (art. 4°)⁴² y que la denominada cláusula general de competencia desleal contenida en el art. 3° no es una norma abstracta o programática que solo reciba aplicación en los tipos específicos consagrados en el art. 4°. Muy por el contrario, el art. 3° constituye “una norma sustantiva completa, aplicable directamente a cualquier conducta concurrencial que cumpla con los requisitos en ella establecidos”⁴³.

Los elementos constitutivos de la cláusula general de competencia desleal o verbos rectores, ha dicho la doctrina, que le dan vida, son: (i) que una conducta sea contraria a la buena fe o, alternativamente, a las buenas costumbres; y (ii) que tal conducta, por medios ilegítimos, persiga desviar la clientela de un agente del mercado⁴⁴.

En cuanto a los “medios ilegítimos”, estos son, como su nombre lo indica, las actuaciones que materializan la actuación desleal. En gran medida esa noción en la definición de competencia desleal, según Tapia y otros autores, es una “repetición innecesaria”, pues no son otra cosa que las conductas contrarias a los usos comerciales aceptables y, por tanto, se insertan en la noción de actos contrarios a la buena fe o a las buenas costumbres⁴⁵. También se ha dicho que los medios ilegítimos empleados para obtener el desvío de la clientela son “medios de distorsión o engaño que se ejercen para torcer la voluntad del consumidor medio, los cuales deben resultar –y en la práctica siempre será así– contrarios al deber de corrección que establece la ley”⁴⁶.

Obsérvese que el artículo 3° habla de “toda conducta” que puede consistir en una acción o bien en una omisión, por ejemplo, como sostenemos, el incumplimiento relevante de obligaciones legales que deje a un competidor en una posición mejorada frente a los otros. Bien destaca Tapia que la Ley de Competencia Desleal se refiere en términos amplios “a toda conducta, sin hacer distinciones, las que no se pueden crear, como se sabe, por vía de interpretación”⁴⁷. Contreras agrega, precisamente, que el actor deberá acreditar que la amenaza o acto de ejecución de la conducta reprochada se configura “a través de una acción u omisión”⁴⁸.

⁴² INOSTROZA (2017) p. 25.

⁴³ INOSTROZA (2017) p. 27.

⁴⁴ Véase por todos, CONTRERAS (2012) p. 100, INOSTROZA (2017) pp. 28 y ss., BERNET (2014) pp. 425 y ss., TAPIA (2017) pp. 173 y ss.

⁴⁵ TAPIA (2017) p. 179. En el mismo sentido, CONTRERAS (2012) p. 100-101, BANFI (2013), p. 235. En contra, Bernet para quien la referencia en la norma a los medios ilegítimos “no es superflua ni absurda, sino que es una constatación de que la orientación elegida por nuestro legislador para controlar la deslealtad de un comportamiento tiene una directriz objetiva, y con ello (...) pierde relevancia la indagación de un posible dolo del agente”. BERNET (2014) p. 440.

⁴⁶ CONTRERAS (2012) p. 105.

⁴⁷ TAPIA (2017) p. 173.

⁴⁸ CONTRERAS (2012) p. 104. En el sentido de considerar incluidas las omisiones se pronuncian también INOSTROZA (2017) p. 29, BERNET (2014), p. 426.

A nuestro entender el incumplimiento significativo de normas tributarias⁴⁹, municipales y sectoriales, entre otras, que luego señalaremos, claramente otorga una ventaja indebida al tipo de negocios que tratamos, lo cual se puede constatar empíricamente con los precios que ofrecen que son, a veces, ostensiblemente menores que los de los establecimientos formales que pagan impuestos, patente municipal, etcétera. Se produce así una desviación de clientela por medios ilegítimos o reñidos con el ordenamiento jurídico⁵⁰, en este caso, por el **incumplimiento sustancial y simultáneo** de obligaciones legales de muy diversa índole (lo cual debe ser debidamente probado de manera tal que formen, al respecto, una real convicción en el juez, sin olvidar que en materia de competencia desleal la prueba es legal o tasada y no se valora de acuerdo a las normas de la sana crítica como sí sucede en materia de defensa de la libre competencia conforme al art. 22, inciso final del Decreto Ley N° 211). El sistema de libre competencia supone una igualdad de armas entre los intervinientes, no pudiendo admitirse ventajas indebidas obtenidas por algunos por el incumplimiento de normas aplicables al sector. Por otra parte, el incumplimiento de obligaciones legales de distinta naturaleza o ponerse al margen de ellas no solo significa una infracción al ordenamiento jurídico, sino también una infracción al deber de corrección y buena fe que se exige a todos los competidores, configurándose así, en definitiva, los requisitos del referido artículo 3° de la ley sobre competencia desleal (conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres; y que tal conducta, por medios ilegítimos, persiga desviar la clientela de un agente del mercado).

Calificados incumplimientos dicen relación, por ejemplo, con el hecho que estas plataformas no pagaban hasta hace muy poco IVA; tampoco, en la mayor parte de los casos, lo hacen los oferentes de los inmuebles, no obstante que el artículo 8° del D.F.L. N° 825 sobre IVA dispone que:

“El impuesto de este Título afecta a las ventas y servicios. Para estos efectos serán considerados también como ventas y servicios, según corresponda: ...g) El arrendamiento, subarrendamiento, usufructo o **cualquier otra forma de cesión del uso o goce temporal** de bienes corporales muebles, **inmuebles amoblados**, inmuebles con instalaciones o maquinarias que permitan el ejercicio de alguna actividad comercial o industrial y de todo tipo de establecimientos de comercio” (énfasis agregado).

Si bien la ley N° 21.210, del 24 de febrero de 2020, estableció que los servicios remotos remunerados prestados por no residentes ni domiciliados en Chile, deben pagar el Impuesto al Valor Agregado a partir del 1 de junio de 2020, siguen subsistiendo diferencias en lo referente al impuesto a la renta. En efecto, mientras los hoteles pagan el impuesto de primera categoría, las plataformas no tributan, al menos en Chile, por las rentas que obtienen configurándose así un claro caso de competencia desleal. De ahí que

⁴⁹ Sobre este punto recomendamos el excelente trabajo de CALDERÓN (2020) pp. 1-22.

⁵⁰ En este sentido Inostroza estima que un medio puede calificarse como ilegítimo “cuando su utilización sea contraria al ordenamiento jurídico, y lo será cuando haya sido proscrito expresamente por la ley, o cuando, no estando expresamente prohibido, su utilización con la finalidad de desviar clientela ajena constituya un ejercicio abusivo de la libertad de competir”. INOSTROZA (2017) p. 42.

“un aspecto relevante es que el impuesto a la renta es un mecanismo aun no tratado por esta normativa (nueva ley N° 21.210) y que ciertamente a juicio de la OCDE requiere de acuerdos multilaterales; esta última propone mecanismos y la fijación de impuestos o tasas especiales⁵¹. Sin embargo, claro es que el problema de la erosión fiscal comienza a ser abordado, pero requiere de tener en mira que los impuestos directos como la renta sigue siendo un tema pendiente no abordado en Chile, para estas plataformas digitales extranjeras que no tienen residencia en Chile”⁵².

Por otra parte, desde el punto de vista de los oferentes-propietarios de los inmuebles la práctica muestra que, en muchos casos, estos son dueños de varias unidades, y no dan cumplimiento a la obligación que en caso de tener más de dos propiedades DFL N° 2, la tercera (o más), deben pagar un impuesto a la renta por las ganancias recibidas de éstas (artículos 1°, inciso 2°, y 15 del DFL N° 2)⁵³.

Por ejemplo, en Uruguay, a partir de enero de 2018, las empresas que prestan servicios digitales se encuentran gravadas tanto con el impuesto a la renta como con el IVA (cuya tasa asciende al 22%), lo que le convierte en uno de los primeros países de Latinoamérica en legislar a este respecto, a través de la Ley 19.535 y el Decreto 144/018 que vino a reglamentar esta ley. Respecto a las actividades de mediación e intermediación en la oferta o en la demanda de servicios prestados a través de Internet, plataformas tecnológicas, aplicaciones informáticas o similares, se establecieron dos porcentajes de gravamen a la renta, dependiendo del lugar en donde se encuentre el oferente y el demandante del servicio. Así, se grava la renta en un 100% cuando oferente y demandante se encuentren en territorio uruguayo, y con un 50% cuando oferente o demandante del servicio se encuentre en el exterior, presumiéndose que el solicitante del servicio se encuentra en territorio nacional cuando la contraprestación se efectúe a través de medios de pago electrónico administrado desde Uruguay. Reglamentariamente se dispuso que se entiende que el demandante se encuentra en territorio nacional cuando se localiza en Uruguay la dirección de IP (Internet Protocol) del dispositivo utilizado para la contratación del servicio o su dirección de facturación. Además, se estableció que estos servicios se gravarían con IVA sobre el 100% o 50% del precio dependiendo del lugar en donde se encuentren el oferente y el demandante⁵⁴.

Agréguese que tampoco hay pago de patente comercial.

Además, la Ley N° 20.423, sobre el sistema institucional para el desarrollo del turismo, luego de señalar que se entiende por servicios de alojamiento turístico los “estableci-

⁵¹ OCDE (2015).

⁵² PALAVECINOS y ZAMORANO (2021) p. 54.

⁵³ Justamente, comentando el artículo 15.1 de la ley de competencia desleal española, que considera desleal no solo la infracción de leyes de competencia sino también de cualquier otra naturaleza, con los requisitos que luego expondremos, Miranda explica que, al parecer, al redactar esta norma el legislador estaba pensando “principalmente en la violación de normas tributarias y de la seguridad social que se produce por las realidades empresariales que engloban lo que se conoce ordinariamente como economía sumergida. Ahora bien, a lo anterior se añade que los términos amplios en los que está redactada la norma permiten abarcar las infracciones de cualesquiera normas no concurrenciales tales como, por ejemplo, de prevención de riesgos laborales, de higiene, aduaneras, laborales, horarios de trabajo, convenios colectivos, etc.” MIRANDA (2018) p. 218, nota 47.

⁵⁴ SÁNCHEZ y TOLEDO (2019) p. 31.

mientos en que se provee comercialmente el servicio de alojamiento, por un período no inferior a una pernoctación, que estén habilitados para recibir huéspedes en forma individual o colectiva, con fines de descanso, recreo, deportivos, de salud, estudios, negocios, familiares, religiosos, u otros similares” (art. 5° letra h), dispone que “Los prestadores de servicios de alojamiento turístico deberán inscribirse en el Registro Nacional de Clasificación del Servicio Nacional de Turismo” (art. 34) sancionando con una multa al prestador que no cumpla con la obligación de registro establecida en el artículo 34 (art. 50 letra a). Nada de esto es observado por los oferentes de los inmuebles en cuestión.

En nuestra misma línea argumentativa, Bernet, que ha escrito en forma breve pero precisa sobre lo que nos ocupa, dice que

“no cabe duda que atentaría contra las exigencias de la buena fe (a que se refiere la cláusula general del artículo 3° de la Ley N° 20.169) aquel agente que falsee la competencia al obtener una posición privilegiada en el mercado como consecuencia de la infracción de una norma jurídica. Ello no significa, como dicen los tribunales italianos, estimar que toda violación de una prescripción de Derecho Público es a su vez un acto desleal, sino solo lo será en la medida que tal infracción incida en manera significativa en el proceso competitivo”.

Sin perjuicio de ello, agrega el mismo autor, tratándose de una infracción de una norma destinada a regular el acceso y el ejercicio de una actividad económica, “es posible al menos presumir que tal ventaja competitiva se obtiene por el infractor, debiendo este último, para evitar la condena, probar que tal violación no tiene un efecto sobre la *par conditio concurrentium*”. Este principio, cabe recordar, garantiza la igualdad de todos los operadores en un sector y, por tanto, “rechaza toda ventaja que no sea fruto de la propia eficiencia o mérito de los agentes, como lo sería aquella mejora que tenga como nexo causal la infracción de una norma obligatoria para todos los partícipes”⁵⁵.

Como dijimos, consideramos que el incumplimiento de obligaciones legales, para calificarlo como constitutivo de conducta desleal, además de ser relevante o significativo, debe tener como consecuencia que un competidor quede en una posición mejorada frente a los otros. En palabras de Rivas,

“el hecho de incumplir con obligaciones legales no es *per se*, contrario a una sana y leal competencia. De hecho, las infracciones a la ley son sancionadas por los distintos ordenamientos, en consideración a su naturaleza. Lo que sí resulta repudiable, agrega, desde el punto de vista de la competencia desleal es el hecho de que, a través del incumplimiento de determinada normativa, un agente alcance condiciones ilegítimamente más favorables para competir en el mercado, logrando con ello la preferencia de consumidores, que de otra forma no lo habrían elegido”⁵⁶.

⁵⁵ BERNET (2016).

⁵⁶ RIVAS (2010) p. 77.

Por tanto, habrá que examinar si el incumplimiento de las normas suponen para las propiedades listadas en las plataformas digitales ventajas económicas materiales –por incurrir en menores costos– que les permitan ofrecer precios más competitivos a los turistas para que se les considere competencia desleal con respecto al resto de los hospedajes.

Nuestra tesis que el incumplimiento de obligaciones legales –reiteramos, de manera relevante o significativo y que deje a un competidor en una posición mejorada frente a los otros– puede ser constitutivo, al amparo del artículo 3° de la ley N° 20.169, de una conducta de competencia desleal ha sido recogida jurisprudencialmente.

Así, en el caso Comar-Sunoco se trataba de una empresa distribuidora de combustibles a nivel nacional, que vendía a distribuidores minoristas. Algunos de ellos habían informado a su proveedora que habían recibido cartas suscritas por Gazpal, otra distribuidora competencia de Comar-Sunoco, en las que les ofrecían venderles clandestinamente combustibles, a precios inferiores, en camiones sin identificación y a altas horas de la madrugada, para que lo expendieran en sus bencineras. La Comisión Resolutiva resolvió:

“la proposición para incumplir un contrato que habrían recibido dos revendedores de Comar puede importar una trasgresión de otras normas legales o reglamentarias pero no constituyen un hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia. Lo anterior no significa que deban considerarse ajenas a las normas del D.L. N° 211 **las trasgresiones a la legislación tributaria, sanitaria, contractual, de seguridad y otras** que cometan los agentes económicos pues, en algunos casos ellas **pueden constituir una especie de competencia desleal respecto de quienes intervienen en el mercado acatando esa legislación**”⁵⁷ (énfasis agregado).

En otro caso, la empresa Kim Ltda. presentó una denuncia en contra de Korea Travel por haber sido objeto de competencia desleal por parte de esta última. Ambas empresas disputaban casi el 100% del mercado de boletos aéreos a Corea. La empresa denunciada había comenzado a rebajar fuertemente el valor de los pasajes aéreos a ese país, a precios que incluso estaban por debajo de los costos de los pasajes aéreos que ellos vendían y que lo anterior se debía, a juicio de la denunciante, a que la empresa requerida no declaraba y tampoco enteraba los Pagos Provisionales Mensuales, a que obliga la ley (sobre las comisiones que Kim Ltda. le cobraba a la empresa aérea que realizaba los vuelos desde Estados Unidos hacia Corea, Korean Air, y que correspondían a la venta de los pasajes por el tramo Santiago-Seúl, ida y vuelta) y que, además, reducía los costos no pagando patente comercial. La Comisión Resolutiva falló que: “de acuerdo a los antecedentes antes expuestos (y acreditados) la conducta de la requerida no puede sino calificarse como competencia desleal en perjuicio de su principal competidora, Kim Ltda., la que se ha manifestado en una rebaja indiscriminada e injustificada de tarifas de pasajes aéreos” y que “por otra parte, la actividad de la requerida desarrollada **sin cumplir con los requisitos legales** establecidos para el normal desenvolvimiento de una empresa, aparece a juicio de esta Comisión,

⁵⁷ *COMBUSTIBLES MARÍTIMOS S.A.* (1988).

como un comportamiento encubierto y clandestino, lo que se contrapone al actuar de la competidora”⁵⁸ (énfasis agregado).

Más recientemente, en 2014, la Corte de Apelaciones de Santiago estableció que la demandada había incurrido en actos de competencia desleal al efectuar en forma deliberada y coordinada actos de propaganda (entrega de volantes) en los accesos de los tres locales de otro competidor en el rubro de cursos pre universitarios, considerando para ello, entre otros motivos, que “en la comuna de Santiago de conformidad a lo que dispone la Ordenanza de Aseo N° 62, se prohíbe repartir volante en la vía pública, motivo por el cual **los promotores que ejecutan esa actividad por encargo de la demandada trasgreden la norma reglamentaria comunal**”⁵⁹ (énfasis agregado).

La normativa española es un ejemplo de regulación del supuesto sugerido como acto de competencia desleal. Así, la Ley 3/1991, de 10 de enero de 1991, de competencia desleal, dispone:

“Artículo 15. Violación de normas.

1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa.
2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”⁶⁰.

Nótese que mientras el numeral segundo sanciona la violación de la legislación específica sobre competencia, el numeral primero, en línea con nuestra tesis, considera desleal, sin distinción, la “infracción de leyes”, sean éstas tributarias, sectoriales o de otra naturaleza, que se traduzca en una ventaja para un competidor.

El Tribunal Supremo de España ha explicado con nitidez la diferencia entre estos numerales del artículo transcrito:

“Dos son las infracciones tipificadas en el artículo 15 de la Ley 3/1991. En ambas el comportamiento desleal presupone la infracción de normas jurídicas, en un sentido material. Pero así como en el supuesto descrito en el apartado 2 las mismas han de tener por objeto la regulación de la actividad concurrencial, esto es, han de estar destinadas directamente a cumplir la función de ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de quienes en él participan, las normas a las que se refiere el supuesto del apartado 1 no integran el ordenamiento concurrencial, razón por la que el legislador –que no pretende sancionar como desleal toda clase de violación norma-

⁵⁸ *TURISMO CHI GU CHON KIM LTDA. CON KOREANA TRAVEL LTDA.* (2000). Confirmado por la Corte Suprema, *TURISMO CHI GU CHON KIM LTDA. CON KOREANA TRAVEL LTDA.* (2000).

⁵⁹ *PREUNIVERSITARIO PEDRO DE VALDIVIA CON ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES LA ALAMEDA LIMITADA* (2014), cons. 12°.

⁶⁰ Similar regla se encuentra en Colombia donde la Ley 256 de 1996, sobre competencia desleal, establece dentro de su catálogo de conductas, la infracción de leyes. En efecto, su artículo 18 dispone: “Violación de normas. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”.

tiva— exige que la infracción genere en beneficio del infractor una ventaja competitiva, de la que, por ello mismo, no disfrutarán quienes hubieran optado por cumplir el mandato legal por aquel desatendido (...). Solo en este supuesto la conducta ilícita se entiende que afecta al correcto funcionamiento del mercado, falseándolo. En un caso —el previsto en el apartado 2—, se considera que el normal desenvolvimiento del sistema concurrencial sufre con la misma infracción, mientras que en el otro —el previsto en el apartado 1— la causa de la perturbación no es ésta, sino la obtención de un beneficio del que no disponen los agentes cumplidores, pues **no se toleran las ventajas competitivas obtenidas con el incumplimiento de normas generales**⁶¹.

En relación con el mismo artículo 15, la doctrina, con razón, ha observado que la libre competencia en el mercado parte de la base según la cual todos los competidores deben cumplir las obligaciones legales que les corresponden. Por ello quien compite violando las normas legales que debería cumplir se sitúa en una posición ventajosa frente al resto de los participantes en el mercado que compiten con él⁶² y que, sin perjuicio de que el ilícito del artículo 15 no constituye una sanción general al incumplimiento de concretas obligaciones legales o reglamentarias, sino una sanción diferente y compatible,

“puede decirse también que este ilícito por deslealtad contribuye indirectamente a fortalecer el cumplimiento de dichas obligaciones por los agentes económicos que concurren en el mercado, pues el reproche de deslealtad y la sanción de esa conducta por medio de la legislación de competencia desleal podrán sumarse a las sanciones previstas para el incumplimiento de las normas jurídicas en cada caso concreto”⁶³.

2. LA TUTELA DEL COMPETIDOR PERJUDICADO

La relevancia práctica de la calificación del incumplimiento de obligaciones legales, con los requisitos que hemos señalado, como acto de competencia desleal radica en que los competidores perjudicados pueden recurrir a los diversos remedios que franquea la ley contra esos actos que los facultan para ejercer, conjunta o separadamente, las siguientes acciones: (i) acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica, (ii) acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste, (iii) acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo, y (iv) acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil (art. 5° de la ley N° 20.169)⁶⁴.

⁶¹ *LABORTEAM SL CON GUARISCO INDUSTRIA TESSILE SPA* (2011).

⁶² BERCOVITZ (2006) p. 377.

⁶³ CARBAJO (2011) p. 412.

⁶⁴ El desarrollo de estas acciones puede verse en CONTRERAS (2012) pp. 165-193; LÓPEZ (2021), pp. 81-95.

VI. EL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES COMO UN CASO DE ABUSO DEL DERECHO: UN SUPUESTO DE ABUSO DE LIBERTAD DE EMPRESA; UN SUPUESTO DE ABUSO DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD DE LOS OFERENTES DEL INMUEBLE

En lo que dice relación con el abuso del derecho, advertimos, a nuestro juicio, su presencia desde dos perspectivas. En primer lugar, la competencia desleal misma es un caso de abuso del derecho, en lo que nos ocupa, un abuso de la libertad de competir, pero, además, hay un abuso en el ejercicio del derecho de propiedad de parte de los oferentes de los inmuebles.

1. UN SUPUESTO DE ABUSO DE LIBERTAD DE EMPRESA

Como hemos explicado, a nuestro juicio, el incumplimiento de obligaciones legales de forma relevante o significativa que tenga como consecuencia que un competidor quede en una posición mejorada frente a los otros constituye un acto de competencia desleal, y ésta, en opinión de una doctrina pacífica, es un caso de abuso del derecho.

Así Contreras explica que

“la teoría de la competencia desleal es una forma especializada de la teoría general del abuso de derecho; a saber, el abuso de la libertad de concurrencia. El derecho a competir forma parte del orden público económico y, en tal calidad, tiene una esencia social. Es por ello que su ejercicio fuera de los límites impuestos por la ley y el espíritu de la misma debe considerarse abusivo, constituyendo una fuente de responsabilidad para el infractor. Este abuso se materializa cuando las conductas competitivas exceden el interés jurídicamente protegido por las normas constitucionales y legales que reconocen la libertad de competir y desarrollar cualquier actividad económica, con lo cual dejan de estar autorizadas por la Constitución y la legislación”⁶⁵.

La misma idea se ha expresado señalando que el juez debe establecer la legitimidad o ilegitimidad del medio atendiendo a si su utilización para desviar la clientela del competidor afectado implica o no un abuso de la libertad de competir. Ello, “pues la utilización de medios ilegítimos implica un abuso o ejercicio antijurídico del derecho subjetivo que la Constitución y las leyes reconocen a los agentes de mercado para competir y desarrollar una actividad económica”⁶⁶.

2. UN SUPUESTO DE ABUSO DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD DE LOS OFERENTES DEL INMUEBLE

Respecto de esto, Peñailillo hace ver que el adverbio “arbitrariamente” que incluye el artículo 582 del Código Civil, cuando define el dominio o propiedad, debe conjugarse con

⁶⁵ CONTRERAS (2012) p. 34.

⁶⁶ INOSTROZA (2017) pp. 42-43. En el mismo sentido, BANFI (2014) p. 40, BANFI (2013) pp. 120-132, 151 y 191, BARROS (2020) p. 689, BERNET (2014) p. 444, MASSAGUER (1999) p. 147.

su complemento “no siendo contra la ley o contra derecho ajeno” que permite morigerar y aún impedir la arbitrariedad y el abuso⁶⁷ y que se ha ido imponiendo la regla de que las colisiones en las relaciones de vecindad han de salvarse aplicando un criterio de **normalidad en el ejercicio** de los derechos que a cada vecino corresponde y conforme al **normal destino** de los bienes que físicamente originan la contigüidad, considerando las características materiales, ambientales, culturales, etc., del vecindario; así, quien se aparte de ese ejercicio o uso normal, considerando aquellos factores, se pondrá, a lo menos en principio, al margen de lo que puede denominarse “lícita relación de vecindad”⁶⁸.

En la misma línea argumentativa, se ha indicado como una de las restricciones al dominio el abuso del derecho. El ejercicio del derecho subjetivo, dice Alessandri, principalmente el de propiedad, puede realizarse conforme a las disposiciones legales y al destino social de aquél; pero aún así puede perturbar, en mayor o menor medida, el goce o ejercicio de otro derecho subjetivo (o el derecho de propiedad de otros). El titular de este último debe tolerar las molestias en cierto grado, porque la convivencia humana y la concurrencia de derechos obligan a soportar las perturbaciones consiguientes al ejercicio del derecho ajeno;

“pero la tolerancia tiene su límite. La teoría del **acto excesivo** trata de determinar cuál es ese límite y de evitar, así, la colisión de los derechos. En general, un acto es excesivo cuando la molestia o el perjuicio que causa a los terceros excede la medida de los inconvenientes normales que trae la convivencia humana y la concurrencia de derechos”⁶⁹.

Es ilustrativo a este respecto el Código Civil portugués que dispone en su artículo 334: “Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando el titular excede manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, las buenas costumbres o el fin social y económico de ese derecho” (en términos muy similares, entre otros, artículo 7.2 del Código Civil español⁷⁰; artículo 10 inc. 2° del Código Civil y Comercial argentino⁷¹).

El abuso del derecho, puede resumirse, “es un ejercicio antifuncional de un determinado derecho propio, que contraría lo razonable y lo justo. Para que se configure se

⁶⁷ PEÑAILLO (2019) p. 293.

⁶⁸ PEÑAILLO (2019) p. 470.

⁶⁹ ALESSANDRI y otros (1993) p. 80. En términos similares Barros dice: “El abuso de derecho como correctivo del ejercicio excesivo o anormal del derecho. Por mucho que el ejercicio de un derecho se enmarque en los límites externos que le fija la ley, son imaginables hipótesis en que el ejercicio concreto de ese derecho, atendidas las particulares circunstancias, resulta de tal modo contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas, que debe ser limitado por el derecho objetivo. Este es genéricamente el fundamento más aceptado para la doctrina del abuso del derecho”. BARROS (2020) p. 670. Véase también GARCÍA (2017) pp. 275-287.

⁷⁰ “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice **sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho**, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso” (énfasis agregado).

⁷¹ “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el **que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres**” (énfasis agregado).

requiere que un derecho sea ejercido de un modo injusto, inequitativo o irrazonable, con afectación de los derechos de otros”⁷².

Al igual que el resto de los derechos subjetivos el de propiedad reconoce límites definidos por el derecho ajeno (en este caso, el de los otros propietarios) o por las normas de derecho objetivo que le son aplicables.

De ahí que el Derecho no puede tolerar la satisfacción de los propios intereses, en la especie, de los propietarios oferentes, en desmedro de la tranquilidad, seguridad, ambiente (ruidos, higiene) y otros derechos del resto de los copropietarios en los edificios o comunidades. Las molestias no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar –en el caso, generalmente, propiedad horizontal–; así lo exige el uso normal y regular de la propiedad por oposición a un ejercicio abusivo de la misma.

En la actividad de hospedaje que comentamos, claramente los propietarios que ofrecen sus unidades para alojamientos turísticos se apartan del criterio de normalidad en el ejercicio de su derecho de propiedad y exceden los límites de la buena fe, desde que ellos saben, probablemente desde su adquisición, el destino o fin habitacional de los edificios o condominios en que se encuentran los inmuebles que ofrecen mediante plataformas digitales y, además, tienen conocimiento de las variadas externalidades negativas o perturbaciones que se producirán para el resto de los copropietarios. Se ataca el derecho de los vecinos y el interés general de la comunidad, cuando la intensidad y/o continuidad de esas molestias viene a ser intolerable para ellos, y excede la normal tolerancia y la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad; configurándose, así, un abuso o un acto excesivo en el ejercicio del derecho de propiedad.

En este conflicto de intereses –la facultad de disposición de los propietarios oferentes, por una parte, y el derecho a la tranquilidad y seguridad del resto de la comunidad– la balanza debe inclinarse, cumpliéndose los requisitos dichos, en favor de los últimos y el interés individual debe ceder ante el beneficio colectivo o común.

Cabe señalar que no es necesario el dolo o mala fe de parte de los oferentes de los inmuebles, pues como señala la doctrina en caso de ejercicio abusivo de un derecho, el daño producido usualmente será atribuible a la notoria desconsideración (en la especie, de parte de los oferentes) de un deber implícito de cuidado (culpa) o una intención desviada (dolo) y en este último supuesto aun cuando el causar daño a otro no haya sido el principal propósito perseguido por el agente. De este modo, es posible asumir que se ha incurrido en el ejercicio doloso de un derecho (propiedad) cuando este se ejerce con la intención de satisfacer el propio interés (de los oferentes en lo que venimos comentando), pero aceptando el perjuicio ajeno (de los otros copropietarios) como una consecuencia de la propia conducta. De ahí, que en las hipótesis de abuso que consisten en actos contrarios a las exigencias de conducta mínimas que plantea la sociabilidad (buenas costumbres) o contrarios a la lealtad debida en la relaciones recíprocas (buena fe), no resulta necesaria la intención de dañar para que el abuso quede configurado; buena fe que “hace referencia a las expectativas nor-

⁷² HERRERA y CAMELO (2015) p. 37.

mativas que se pueden tener respecto de los vecinos (esto es, lo que se tiene derecho a esperar de ellos en razón de deberes no escritos de consideración del interés ajeno)”⁷³.

La tutela que pueden impetrar los perjudicados consiste, fundamentalmente, en una indemnización de perjuicios, ya que el abuso del derecho, actualmente, la doctrina lo entiende y encuadra como un caso de responsabilidad extracontractual⁷⁴, lo cual está en armonía con lo dispuesto en la letra d) del artículo 5° de la ley sobre competencia desleal, al cual ya hicimos referencia, que permite ejercer, entre otras, una “acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”.

VII. CONCLUSIONES

El ofrecimiento de inmuebles por períodos cortos a través de plataformas digitales es ilegal, pues se afecta el derecho de propiedad de los otros copropietarios; lo es también, por el carácter comercial de los arriendos, cuestión prohibida por los reglamentos de copropiedad, y por ser esa actividad una conducta constitutiva de competencia desleal y abuso del derecho.

El incumplimiento relevante o significativo de la legislación común de orden tributario, municipal, sectorial o de otra naturaleza deja a los oferentes de esos inmuebles en una posición inmerecidamente mejorada que falsea las condiciones de la competencia, produciéndose así, por medios ilegítimos, una desviación de clientela que sanciona la legislación sobre competencia desleal. Hay que acoger la disrupción tecnológica, la innovación y nuevas modalidades de contratación que favorezcan a los usuarios, pero en igualdad de condiciones para todos los competidores u oferentes.

Las plataformas como Airbnb, y otras de similar naturaleza, son solo intermediarias entre oferentes y usuarios y no prestan un servicio de alojamiento, pues ellas no fijan los precios, no son propietarias ni oferentes de los inmuebles sino solo un soporte tecnológico para mediar entre la oferta y demanda de inmuebles para períodos breves de estadía.

Hay un abuso del derecho ya que los oferentes no ejercen su derecho de propiedad conforme al criterio de normalidad en el ejercicio de las facultades que les confiere el dominio ni conforme al normal destino de esos inmuebles, que ordinariamente es habitacional, y que no admiten una explotación comercial por las muchas externalidades negativas que conlleva el hospedaje temporal de personas extrañas a la comunidad.

La existencia de plataformas como Airbnb y otras permiten que inmuebles generen ingresos adicionales para sus propietarios y que usuarios encuentren alternativas más económicas de alojamiento. Sin embargo, debido a que las plataformas de alquiler de viviendas entre particulares de corto plazo generan externalidades negativas sustanciales, tales como la perturbación de la convivencia y la disminución de ingresos en el sector hotelero, sumado al incumplimiento de variada legislación, hacen que la industria necesite ser regulada.

⁷³ BARROS (2020) pp. 680, 694-695.

⁷⁴ Ver, por todos, BARROS (2020) p. 694.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIRBNB, INC (2021a): ¿Qué son las comisiones de servicio de Airbnb? Disponible en: <https://www.airbnb.es/help/article/1857/qu%C3%A9-son-las-comisiones-de-servicio-de-airbnb>. Fecha de consulta: 10/7/2021.
- AIRBNB, INC (2021b): *Términos de Servicio para Usuarios Europeos*. Disponible en: <https://www.airbnb.es/help/article/2908/t%C3%A9rminos-de-servicio#EU16>. Fecha de consulta: 10/7/2021.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (1993): *Tratado de los derechos reales. Bienes*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2009): “No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 3: pp. 505-525.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2012): “Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. 38: pp. 77-120.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2013): “Hacia un concepto de inmisiones en el Derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 1: pp. 45-88.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2019): “Arrendamiento de apartamentos turísticos por internet”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, N° 26.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2014): “Acerca de la imputación de responsabilidad por ilícitos anti-competitivos entre rivales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 1: pp. 37-58.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2013): *Responsabilidad civil por competencia desleal. Estudio del Derecho chileno y comparado* (Santiago, LegalPublishing).
- BARROS BOURIE, Enrique (2020): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (2006): *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial* (Pamplona, Aranzadi).
- BERNET PÁEZ, Manuel (2014): *La presentación comercial en el Derecho de la Competencia Desleal* (Santiago, LegalPublishing).
- BERNET PÁEZ, Manuel (2016): *Uber y la competencia desleal*, *El Mercurio Legal* (29/4/2016).
- BOBOC, Silvia (2018): “Blablacar: ¿economía colaborativa o competencia desleal? Una cuestión abierta”, en MIRANDA, Luís y COSTAS, Julio (directores), *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad* (Madrid, Marcial Pons) pp. 263-277.
- CALDERÓN CORREDOR, Zulema (2020): “Economía de plataforma y fiscalidad: estrategias para un cumplimiento tributario sostenible”, *Ius et Praxis*, vol. 26 N° 3: pp. 1-22.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando (2011): “Artículo 15. Violación de normas”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (director), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (Pamplona, Aranzadi) pp. 405-431.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (2016): *Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. E/CNMC/004/15*. Disponible en: http://www.ascav.es/es/la-asociacion/biblioteca/item/download/33_adad1ca-079fb08990acd2b5df84b725f.html. Fecha de consulta: 25/6/2021.

- CONTRERAS BLANCO, Óscar (2012): *La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2019, “Airnb y copropiedad inmobiliaria: la Corte Suprema se pronuncia”. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907376&Path=/0D/D8/> Fecha de consulta: 07/10/2021.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2001): *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II (Madrid, Tecnos).
- GARCÍA MEKIS, Benjamín (2017): “La teoría del abuso del derecho; *status quaestionis*”, *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 35: pp. 275-287.
- INOSTROZA SÁEZ, Mauricio (2017): “El ilícito concurrencial general en la Ley N° 20.169 sobre Competencia Desleal”, *Ius et Praxis*, vol. 23 N° 1: pp. 21-66.
- LEÓN URRUTIA, Rodrigo (2007): “La calificación contractual y el régimen jurídico de los contratos innominados”, en CORRAL TALCIANI, Hernán y RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (coords.), *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, LegalPublishing) pp. 651-664.
- HERRERA, Marisa y CAMELO, Gustavo (2015): “Comentarios a los arts. 1° a 18”, en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado* (Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2021): “La publicidad desleal y la tutela del competidor: una aproximación desde el Derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 250: pp. 59-101.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017): *Los Contratos. Parte General* (Santiago, Thomson Reuters, 6° ed.).
- MASSAGUER, José (1999): *Comentario a la Ley de Competencia Desleal* (Madrid, Civitas).
- MIRANDA SERRANO, Luis María (2018): “Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la presentación de servicios facilitados por plataformas digitales?”, *Revista de Estudios Europeos*, N° 70: pp. 197-249.
- OCDE (2015): *Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015*. Disponible en: <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>. Fecha de consulta: 10/2/2022.
- PALAVECINOS PLACENCIA, Claudio y ZAMORANO HERNÁNDEZ, Rodny (2021): *Impuestos Digitales en Chile*, Memoria, Universidad Finis Terrae, Santiago. Disponible en: https://repositorio.uft.cl/xmlui/bitstream/handle/20.500.12254/1948/Palavecinos_Zamorano_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Fecha de consulta: 10/2/2022.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Thomson Reuters. 2ª ed.).
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (1996): “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 N° 1: pp. 23-97.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2020): *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en: <https://dle.rae.es/hospedaje?m=form->. Fecha de consulta: 14/7/2021.
- RIVAS SANCHEZ, María Virginia (2010): *Los ilícitos de responsabilidad civil por competencia desleal en la jurisprudencia sobre libre competencia*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2015): *Derecho Comercial*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

SÁNCHEZ, Christian y TOLEDO, César (2019): “Tributación de los ingresos generados por la economía digital. Perspectiva regional”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 52: pp. 27-35.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2017): “Competencia desleal por culpa”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 29: pp. 165-207.

JURISPRUDENCIA CITADA

VELASCO CON CONDEZA (2021): Corte Suprema, 17 de mayo de 2021, Rol N° 14.374-2021 (recurso de protección), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/55311/2021. Fecha de consulta 20 de abril de 2021.

COMUNIDAD EDIFICIO PIAMONTE CON KOTHER (2020): Corte Suprema, 6 de agosto de 2020, Rol N° 43.721-2010 (recurso de protección), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/72212/2020. Fecha de consulta 15 de abril de 2021.

AIRBNB IRELAND CON ASSOCIATION POUR UN HÉBERGEMENT ET UN TOURISME PROFESSIONNELS (2019): Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 19 de diciembre de 2019, asunto C390/18 (decisión prejudicial).

VERSLUYS CON COMUNIDAD JARDINES FRAY DE LEÓN (2019): 18 de marzo de 2019, Rol N° 20.667-2018 (recurso de protección), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/1436/2019. Fecha de consulta 20 de abril de 2021.

VACATION RENTAL SPA CON COMUNIDAD EDIFICIO JACARANDÁ (2018): Corte Suprema, 10 de septiembre de 2018, Rol N° 8.366-2018 (recurso de protección), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/5100/2018. Fecha de consulta 5 de abril de 2021.

ASOCIACIÓN PROFESIONAL ÉLITE TAXI CON UBER SYSTEMS SPAIN S.L. (2017): Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 20 de diciembre de 2017, asunto C434/15 (decisión prejudicial).

LUDUEÑA CON ADMINISTRADOR EDIFICIO MIRAMAR DE REÑACA (2017): Corte Suprema, 31 de octubre de 2017, Rol N° 16.663-2017 (recurso de protección), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/7051/2017. Fecha de consulta: 20/4/2021.

PREUNIVERSITARIO PEDRO DE VALDIVIA CON ESTABLECIMIENTOS EDUCACIONALES LA ALAMEDA LIMITADA (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de julio de 2014, Rol N° 7334-2013 (recurso de apelación), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/4962/2014. Fecha de consulta: 12/7/2021.

LABORTEAM SL CON GUARISCO INDUSTRIA TESSILE SPA (2011): Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil), 16 de febrero de 2011, Resolución N° 38/2011 (recurso de casación).

TURISMO CHI GU CHON KIM LTDA. CON KOREANA TRAVEL LTDA. (2000): Comisión Resolutiva, 29 de marzo de 2000, Resolución N° 568 (recurso de reclamación).

TURISMO CHI GU CHON KIM LTDA. CON KOREANA TRAVEL LTDA. (2000): Corte Suprema, 4 de julio de 2000, Rol N° 1548-2000 (recurso de reclamación), en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/389/2000. Fecha de consulta 10/4/2021.

COMBUSTIBLES MARÍTIMOS S.A. (1988): Comisión Resolutiva, 24 de mayo de 1988, Resolución N° 283 (recurso de reclamación).

LA SUBPARTICIPACIÓN: UN CASO DE SOCIEDAD SIN PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL

SUB-PARTICIPATION: AN UNINCORPORATED PARTNERSHIP CASE IN THE CIVIL CODE

GUILLERMO CABALLERO GERMAIN*

RESUMEN: La tesis de este trabajo es que la subparticipación es una sociedad. La doctrina mayoritaria entiende que la sociedad forma necesariamente una persona jurídica distinta de los socios y, por consiguiente, la subparticipación no puede ser una sociedad. Esa noción restrictiva de sociedad, en nuestra opinión, no se ajusta a las reglas del Código Civil, que califican expresamente a la subparticipación como sociedad, aunque carezca de personalidad jurídica. La subparticipación como sociedad interna típica nos permite recuperar la sociedad puramente obligacional, largo tiempo olvidada por nuestra doctrina.

Palabras clave: Subparticipación, Sociedad, Personalidad jurídica.

ABSTRACT: The thesis of this paper is that sub-participation is a partnership. Most scholars argue that partnerships necessarily constitute legal entities and, therefore, sub-participation cannot be a partnership. This narrow definition of partnership, in our opinion, does not fit with the regulation of partnerships contained in the Civil Code, which expressly qualifies sub-participation as a “partnership”, despite the fact that it is not a legal entity. Sub-participation, as typical internal partnership, enables us to recover partnerships as a pure contractual relationship, long forgotten by our scholarship.

Keywords: Sub-participation, Partnership, Legal entity.

INTRODUCCIÓN

La comprensión de ser la personalidad jurídica algo inherente a una sociedad es predominante en nuestra doctrina y jurisprudencia, al punto de unir las indisolublemente: no hay sociedad sin personalidad jurídica¹. Esa visión restringida de la sociedad se funda en la regla de formar la sociedad una persona jurídica distinta a los socios individualmente considerados, establecida en el artículo 2053, inciso 2º del Código Civil chileno².

* Abogado. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor Asociado de Derecho comercial de la Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Chile. Correo electrónico: gcaballero@derecho.uchile.cl. Este artículo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular N° 1200781.

¹ Entre otras sentencias de la Corte Suprema: *Flores González con Comercial Aillón Hermanos Ltda.* (2012); *Banco Bilbao Vizcaya con Troncoso Parra* (2012); *Palau Guzmán* (2018). En la doctrina, por todos, PUGA VIAL (2014) p. 79.

² Conviene recordar que esa regla fue incorporada en el denominado “Proyecto Inédito”, en la última etapa de la formación del Título XXVIII “De la sociedad”, sin que hasta ahora se conozcan las razones para esa profunda innovación. GUZMÁN (1982) p. 373.

En nuestra opinión, la interpretación mayoritaria es errada y problemática. Errada porque se centra exclusivamente en el inciso 2° del artículo 2053 del Código Civil, sin tomar en consideración otras normas del propio Título XXVIII, como aquella que regula la subparticipación, objeto central de este trabajo. La doctrina mayoritaria ha privilegiado una exégesis formal de nuestro Código Civil en el ámbito societario, poniendo en el centro del sistema societario la personalidad jurídica, por sobre una comprensión sistemática de las normas de la sociedad contenidas en el Código Civil a partir de la cual debe entenderse la sociedad personificada solo como el modelo usual³. Problemática porque no obstante las ventajas que supone dotar a la sociedad de personalidad jurídica, ello también genera inconvenientes. El más evidente es impedir poner a disposición del público estructuras societarias carentes de personalidad jurídica. Otro, menos notorio, pero más grave, es el empobrecimiento de la “caja de herramientas” societaria. La doctrina predominante, al desconocer la existencia de sociedades sin personalidad jurídica ha renunciado al rico acervo jurídico cultivado durante siglos para explicar las relaciones entre los socios de una sociedad carente de subjetividad jurídica. A tal punto ha llegado la hegemonía de la sociedad personificada, que los operadores jurídicos quedan desconcertados ante la idea de una sociedad carente de la misma, no obstante que ello fue, durante siglos, la regla general. A pesar de todo, existe interés por utilizar figuras societarias carentes de personalidad jurídica, como lo prueba una consulta realizada sobre la subparticipación al Servicio de Impuestos Internos el año 2014, el que en su respuesta refleja tanto la falta de comprensión del artículo 2088 Código Civil, como las consecuencias prácticas de la interpretación restrictiva imperante de no existir sociedad sin personalidad jurídica en nuestro ordenamiento⁴.

Quién con mayor claridad ha defendido la licitud de la sociedad sin personalidad jurídica en nuestro ordenamiento es Puelma Accorsi, quien sostiene que el artículo 19 N° 15 de la Constitución reconoce el derecho de “asociarse sin permiso previo”, agregando el inciso segundo de la misma disposición que “para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley”. Por lo anterior, el autor sostiene que los socios pueden pactar la exclusión del surgimiento de una persona jurídica a consecuencia de la celebración de un contrato de sociedad, exclusión que el propio codificador ha realizado, como, por ejemplo, en las cuentas en participación, una sociedad sin personalidad jurídica de cuño legal⁵. Por nuestra parte, concordamos con el planteamiento de Puelma Accorsi, agregando a los referidos argumentos otro –aquí nuestro aporte– de coherencia al interior del propio Título “De la sociedad” del Código Civil, donde se regula la subparticipación. La idea central de esta investigación es demostrar el carácter de sociedad sin personalidad jurídica de la subparticipación y explicar su régimen jurídico. Para llevar

³ Bello introdujo una notable innovación al establecer de forma expresa la personalidad jurídica como un efecto de la sociedad. Ese progreso no pretendía eliminar de nuestro ordenamiento la sociedad sin personalidad jurídica. Ha sido la doctrina predominante la que ha convertido la innovación de Bello en un exceso dogmático, al interpretar que no existen en nuestro ordenamiento sociedades sin personalidad jurídica.

⁴ Consulta al Servicio de Impuestos Internos “Respecto de las normas tributarias aplicables a la situación que regula la parte final del artículo 2.088 del Código Civil”. Oficio ordinario N° 190, de fecha 31 de enero de 2014, sobre la cual volveremos más adelante (*infra* II.2).

⁵ PUELMA (2006) pp. 99-101 y 172-174. El punto ahora planteado es discutido *infra* I.2.2.

adelante esta tarea, el trabajo se estructura de la forma siguiente: primeramente, se estudian la naturaleza de la subparticipación societaria y la utilidad de la figura en la práctica actual (I). La segunda sección presenta una descripción del régimen jurídico (II), finalizando con una reflexión sobre las nuevas preguntas que la subparticipación abre sobre la noción de sociedad en nuestro ordenamiento (III).

I. LA NATURALEZA DE LA SUBPARTICIPACIÓN

La subparticipación aparece regulada en nuestro Código Civil en los términos siguientes:

Ningún socio, aun ejerciendo las más amplias facultades administrativas, puede incorporar a un tercero en la sociedad, sin el consentimiento de sus consocios; pero puede sin este consentimiento asociarle a sí mismo, y se formará entonces entre él y el tercero una sociedad particular, que solo será relativa a la parte del socio antiguo en la primera sociedad⁶.

La subparticipación, respetando estrictamente el carácter *intuitu personae* de la sociedad colectiva, ofrece una configuración apta para el aprovechamiento de la parte de socio a través de la formación de una sociedad interna, según se explicará, en el mismo orden, en los apartados siguientes.

1. LA FUNCIÓN DE LA FIGURA

La función de la subparticipación es permitir el aprovechamiento de la parte de socio. El vínculo de confianza entre los socios colectivos (*intuitu personae*) es el reflejo de tratarse esta —en su modelo puro— de una sociedad de trabajo, donde cada socio tiene facultades de administración y representación y responde con su patrimonio individual de las deudas de la sociedad a prorrata de su interés social⁷. Cada socio, entonces, puede afectar no solo el éxito de la empresa acometida en común sino el patrimonio individual de sus consocios, sin limitación de responsabilidad. Por lo anterior, no es permitido a un socio incorporar a un tercero en la sociedad sin el consentimiento de los demás socios⁸.

El referido carácter *intuitu personae* de la sociedad colectiva inmoviliza la participación de cada socio. Esta, no obstante formar parte del patrimonio individual de un socio, no puede circular sin el consentimiento de los consocios y ello pugna con el principio de la libre circulación de los bienes⁹. La subparticipación ofrece una solución a esta dificultad:

⁶ Art. 2088, Código Civil

⁷ ZIMMERMANN (1996) p. 454; PUGA (2021) pp. 79-83.

⁸ Esta idea tiene difícil acomodo en una sociedad de responsabilidad limitada, pues la limitación de responsabilidad solo al capital invertido disminuye los riesgos para los socios la incorporación de un tercero. Explicar el carácter *intuitu personae* en una sociedad de responsabilidad limitada es una tarea pendiente de nuestra doctrina, al igual que, en general, la propuesta de una construcción razonable de una sociedad de responsabilidad limitada de base personalista.

⁹ LIRA (1956) pp. 67-71.

formar con un tercero una sociedad “relativa a la parte del socio antiguo en la primera sociedad” sin el consentimiento de los consocios¹⁰, y de ese modo permitir al socio aprovechar su parte de interés en la sociedad¹¹.

La subparticipación es “la participación integral y permanente en la economía de la parte de socio”¹². La formación de la subparticipación comprende los aportes del socio antiguo y del subpartícipe. El subpartícipe aporta dinero, trabajo u otros bienes, sin ingresar en la sociedad antigua. El socio antiguo o partícipe principal aporta la parte de socio, sin ceder su parte de socio al subpartícipe y, por consiguiente, conservando intacto el carácter *intuitu personae* de la sociedad colectiva¹³.

Precisamente por lo anterior, la formación de una subparticipación es un derecho individual del socio, cuyo ejercicio no está sujeto al consentimiento de los demás socios¹⁴. Dispensado el socio de ese consentimiento, se le facilita el aprovechamiento de su parte de un modo compatible con el carácter *intuitu personae* de la sociedad colectiva civil. Los consocios no pueden oponerse a la decisión de un socio de asociar a un tercero a su parte en la sociedad, pues las relaciones del socio en la sociedad antigua y en la nueva sociedad operan en esferas separadas.

La subparticipación recae sobre la cuota o parte de interés del socio antiguo. La posición de socio se configura en la sociedad colectiva civil como un (único) derecho subjetivo, comprensivo de un conjunto de derechos, deberes y obligaciones de contenido económico y político nacidos de la relación jurídico-societaria. De esta forma, la parte de interés de un socio puede ser objeto de negocios jurídicos de forma independiente a las participaciones de los consocios, en nuestro caso, a fin de formar con un tercero una “sociedad particular”¹⁵.

La subparticipación puede pactarse sobre la cuota de interés de un socio en cualquier sociedad de personas, pues en todas ellas cumple la función de facilitar el aprovechamiento de la parte de socio¹⁶. Así, por ejemplo, el socio de una sociedad de responsabilidad limitada civil puede acordar con un tercero formar una sociedad sobre su cuota en la sociedad, aprovechando económicamente su parte de socio en la referida sociedad de responsabilidad limitada.

¹⁰ Art. 2088, Código Civil.

¹¹ GIRÓN (1976) p. 606.

¹² PAZ-ARES (1993d) p. 1475. La subparticipación puede cumplir diversas funciones, como, por ejemplo, facilitar a un socio, carente de recursos líquidos, la concurrencia en un aumento de capital de la sociedad antigua o conseguir el capital necesario para participar de una futura sociedad.

¹³ Si el socio antiguo cede totalmente su interés en la sociedad, se trataría de una venta, no de una sociedad SCHWING (1935) p. 152; PAZ-ARES (1993d) p. 1475. En ese caso, la cesión de derechos sociales, al no contar con el consentimiento de los consocios, sería ineficaz. ZAMORA SASO Y OTRO CON SOCIEDAD AGRÍCOLA Y GANADERA CHALACO LIMITADA (2012); VÁSQUEZ CON DELGADO VERGARA Y OTROS (2012); CABALLERO (2017) *passim*, especialmente p. 388.

¹⁴ En el caso de una sociedad colectiva mercantil, la formación de una subparticipación tampoco está sujeta a la autorización previa de los consocios (Art. 404 N° 3, Código de Comercio).

¹⁵ PAZ-ARES (1993a) p. 1327.

¹⁶ La doctrina se ha manifestado a favor de admitir la subparticipación también respecto de la posición de socio en las sociedades de capital. MARTÍNEZ (2011) p. 76.

2. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA SUBPARTICIPACIÓN

El uso de la expresión “sociedad particular” demuestra que, para el propio codificador, estamos ante una sociedad. A favor de la calificación de la subparticipación como una sociedad, en nuestra opinión, militan tanto argumentos históricos (2.1.) como sistemáticos (2.2.).

2.1 *Las fuentes históricas*

La fuente remota de la norma en estudio es el derecho romano, como lo atestiguan dos fragmentos de Ulpiano recogidos en el Digesto: “El que es admitido socio, es socio solamente para aquel que lo admitió; y con razón, porque como la sociedad se contrae por el consentimiento, no puede ser socio mío el que yo no quise que fuera socio; ¿qué, pues, si lo admitió mi socio? Es socio de él solo”¹⁷; y “Porque el socio de mi socio no es socio mío”¹⁸.

Estas reglas romanas pasaron posteriormente al Código Civil francés donde la subparticipación es regulada en los términos siguientes¹⁹: “Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s’associer une tierce personne relativement à la part qu’il a dans la société; il ne peut pas, sans ce consentement, l’associer à la société, lors même qu’il en aurait l’administration”²⁰.

La influencia francesa, a su turno, en la regulación de la subparticipación en nuestro Código Civil es evidente no solo por la semejanza entre los textos, sino por las fuentes utilizadas por Bello²¹. Ese influjo probablemente tuvo a Delvincourt como fuente directa, quien trataba de la subparticipación en su famoso *Cours de Code civil* en los términos siguientes²²:

L’associé, même administrateur, ne peut associer un tiers à la société, sans le consentement de ses co-associés; mais il peut, sans ce même consentement, se l’associer à lui-même; et il se forme alors, entre lui et ce tiers, une société particulière, relative seulement à la part qu’il a dans la première société²³.

Delvincourt, como era el estilo de la época, no agrega mucho a lo que ya indicaba el artículo 1861 del *Code*. Sin embargo, en las explicaciones anotadas al final del libro, agrega

¹⁷ D. 17.2.19. Traducción de GARCÍA DEL CORRAL (1889).

¹⁸ D. 17.2.20; D. 50.17.47. Traducción de GARCÍA DEL CORRAL (1889).

¹⁹ TROPLONG (1843) par. 756; GIRÓN (1976) p. 606.

²⁰ Art. 1861 original.

²¹ Una referencia expresa al artículo 1861 del *Code* se incorpora por Andrés Bello en una nota en el Proyecto Inédito: “V. Art. 1861, del C[ódigo] F[rancés]”. BELLO (1954) p. 795. Sin embargo, la norma en estudio presenta ya en el Proyecto de 1842 la fisonomía actual, con diferencias menores. Los proyectos anteriores al Proyecto Inédito, decían “aun siendo administrador” en vez de “aun ejerciendo las más amplias facultades administrativas”, “coasociados”, en vez de “consocios”, “coasociársele” por “asociarle” y “formándose” en vez de “y se formará”. BELLO (1954) p. 795.

²² Así se desprende de la nota de Bello en el Proyecto de 1853 al inicio del párrafo “De los derechos i obligaciones de los socios”, señalando que “[e]n este Párrafo, se ha seguido principalmente a Delvincourt”. AMUNÁTEGUI (1888) p. 541. Sobre la influencia de Delvincourt en los distintos proyectos de Código Civil, GUZMÁN (1982) pp. 422 y 424.

²³ DELVINCOURT (1819) p. 123.

que los consocios del socio antiguo no tienen acción directa en contra del subpartícipe²⁴. Esta idea concuerda con la de Pothier, otro autor francés con fuerte influencia en el pensamiento de Bello sobre la regulación de la sociedad²⁵.

Pothier califica a la subparticipación como una “*société particulière*” distinta a la sociedad antigua²⁶. Siguiendo las fuentes romanas, Pothier destaca que los consocios pueden solamente ejercer la *actio pro socio* en contra de su socio (y no contra el tercero subpartícipe) para exigir la entrega de las ganancias o el resarcimiento de las pérdidas generadas por la actividad del tercero a consecuencia de haberse inmiscuido en los negocios societarios por la parte de interés puesta en común, lo que muestra que la subparticipación excede la pura repartición de resultados.

Bello probablemente toma de las referidas fuentes la expresión “sociedad particular”, utilizada una sola vez en nuestro Código Civil, en la norma en estudio, en un doble sentido. Primeramente, en oposición a la formación de una sociedad universal de bienes entre el socio antiguo y el subpartícipe, anatematizada entre nosotros por el artículo 2056.I CC.²⁷. La segunda acepción de la voz “sociedad particular” pone de relieve el hecho de tratarse la subparticipación de una sociedad distinta a la sociedad antigua. Coexisten la “sociedad particular”, formada entre el socio antiguo y el subpartícipe, y la “sociedad antigua”, formada por el socio antiguo y sus consocios²⁸.

Los autores franceses que sirvieron de inspiración a Bello coinciden pacíficamente en que la subparticipación es una sociedad²⁹. La amplia coincidencia acerca de la naturaleza societaria de la subparticipación se comprende al recordar que, en esa época, en Francia, una sociedad de personas se entendía como una relación principalmente obligacional, carente de personalidad jurídica³⁰. Esto último es particularmente útil recordarlo al calificar la naturaleza jurídica de la subparticipación en nuestro ordenamiento, a lo cual dedicamos el apartado siguiente.

2.2.. El carácter societario

En nuestra opinión, la subparticipación es una sociedad, al concurrir en ellas los elementos esenciales de la figura. La doctrina mayoritaria considera como elementos esen-

²⁴ DELVINCOURT (1819) p. 461.

²⁵ GUZMÁN (1982) p. 424; CLARO (2013) p. 406 nota 128; y la nota de Pedro Lira Urquieta al inicio del Título XXVIII en BELLO (1954) p. 773.

²⁶ POTHIER (1825) p. 485, par. 94.

²⁷ La *sociedad universal* es aquella formada por el aporte del total de los bienes presentes y venideros de los socios (sociedad universal de bienes) o solamente las ganancias futuras (sociedad universal de ganancias). En cambio, una *sociedad particular* recae sobre uno o más bienes, como cabalmente sucede en el caso de la subparticipación: el objeto de la subparticipación es la parte de socio consistente en un (único) derecho subjetivo, según adelantamos.

²⁸ Expresamente en este sentido, TROP LONG (1843) par. 758.

²⁹ Troplong, también fuente de inspiración de Bello, afirma que la subparticipación es “une société particulière et distincte”, cuya característica radica en que el subpartícipe “chevauche sur son partner et ne se distingue pas de lui”, TROP LONG (1843) par. 755. En el mismo sentido, GUILLOUARD (1892) pp. 339-340.

³⁰ La personalidad jurídica de la sociedad civil no fue reconocida por la jurisprudencia francesa sino hasta una sentencia de la Corte de Casación de 23 de febrero de 1891, en MERLE (2020/2021) p. 118.

ciales de una sociedad el aporte, la búsqueda de un beneficio común, la participación en los beneficios y la contribución a las pérdidas, incluyendo algunos, la *affectio societatis*³¹. La subparticipación cumple con todos los elementos esenciales antes mencionados. En efecto, el socio antiguo y el subpartícipe acuerdan poner en común respectivamente, la parte de socio del primero y un aporte por parte del segundo, en vistas a repartir los beneficios y pérdidas de la explotación de la parte de interés del socio antiguo. Precisamente por lo anterior, no son pocos los autores nacionales que también califican a la subparticipación como una sociedad³². Más aún, no solo autores, sino también la propia Corte Suprema se ha pronunciado favorablemente a la calificación de la subparticipación como sociedad:

El caso que ha dado lugar al presente juicio, ó sea el de un socio que asocia á un tercero al negocio que tiene en sociedad ó participación con otro, no se halla previsto en el Código de Comercio sino en el Civil, de modo que es necesario, para resolverlo, atenerse á las disposiciones del último.

El artículo 2088 del Código Civil, que niega á un socio el derecho de incorporar á un tercero á la sociedad, sin el consentimiento de sus consocios, le concede, sin embargo, la facultad de asociar al tercero a sí mismo; pero en tal caso se forma entre él y el tercero una sociedad particular que solo es relativa á la parte del socio antiguo en la primera sociedad.

Don Alejandro Coudeu asoció á la casa Coudeu Camales Hermanos, para la explotación del privilegio ó invento; y en conformidad al artículo 2088, se formó entre él y esa casa una sociedad particular, que solo pudo extenderse á la parte que don Alejandro tenía en el invento, ó sea á la mitad de él, y consecuentemente á la mitad de los provechos que su explotación produjera³³.

No obstante existir un juicio favorable acerca de la naturaleza societaria de la subparticipación tanto en parte de la doctrina como de la jurisprudencia, su reconocimiento

³¹ Concuerdan, al menos, en los referidos elementos esenciales, PALMA (1928) p. 152 (incluyendo la *affectio societatis*); TORO (1935) pp. 62-76; ALESSANDRI (1936) pp. 198 y 199 (incluyendo la *affectio societatis*); VARELA (1955) pp. 160-165 (incluyendo la *affectio societatis*); OLAVARRÍA (1969) p. 233; MEZA (1992) p. 337 (incluyendo la *affectio societatis*); UBILLA (2005) pp. 137-159; PUELMA (2006) pp. 66-86; SANDOVAL (2007) pp. 19-27 (incluyendo la *affectio societatis*); BAEZA (2008) pp. 565-576 y 594-626 (agregando la personalidad jurídica); CONTRERAS (2011) pp. 388-390 (incluyendo la *affectio societatis*); VÁSQUEZ (2013) pp. 302-324, aunque en un trabajo posterior (VÁSQUEZ (2014) p. 144) propone de *lege ferenda* un concepto amplio de sociedad, cuyos elementos esenciales son el origen negocial, la existencia de un fin común y la contribución de todos los socios a su realización; JEQUIER (2014) pp. 37-97 (incluyendo la *affectio societatis* para las sociedades personalistas) y PUGA (2021) p. 49.

³² En este sentido, ALESSANDRI (1936) p. 208; CLARO (1923) p. 202; SILVA (1933) p. 66 N° 56; BAEZA (1981) p. 124; Meza (1992) p. 337; MEZA (1946) p. 23. La subparticipación es admitida por las cortes de Inglaterra, Escocia y Australia, bajo la denominación de *subpartnership*. MORSE y BRAITHWAITE (2020) p. 36.

³³ *CONTRERAS CON COUDEU* (1906) considerando 5°. Esta es la única sentencia de la Corte Suprema, hasta donde hemos podido investigar, sobre subparticipación. En ella, la subparticipación no solo es calificada como una sociedad, sino que se reconoce su aplicación a las cuentas en participación: si el socio gestor o partícipe asocia a un tercero a su cuota estamos ante una subparticipación. La decisión judicial es coincidente con la opinión de Troplong, quién no solo admite la figura, sino que indica su utilización “très-souvent” (TROPLONG (1843) par. 767).

como sociedad no es unánime. Una objeción a la naturaleza societaria de la subparticipación puede construirse ante la ausencia de personalidad jurídica: si toda sociedad “forma una persona jurídica”³⁴ y la subparticipación, según hemos explicado, no genera un ente distinto a los socios, luego la subparticipación no es sociedad. Este raciocinio descansa sobre la idea central de ser la personalidad jurídica de la sociedad una consecuencia legal indisponible por los socios. En palabras de Puga Vial:

La personalidad jurídica no es elemento de la esencia, ni de la naturaleza del contrato de sociedad: es un efecto de dicho contrato, inherente a él. Si alguien forma sociedad, ella, a pesar de los socios, tendrá personalidad jurídica, porque la ley dice que así acontece, no porque lo pacten las partes³⁵.

Si hemos entendido bien el argumento de Puga Vial, estaría impedido a los socios excluir el efecto de generar la sociedad una persona jurídica. Aun cuando no compartimos esa opinión, en la subparticipación no son las partes sino que la ley la que establece una sociedad sin personalidad jurídica. El fundamento de esta afirmación radica en que, si la “sociedad particular” formada entre el socio antiguo y el subpartícipe es de aquellas personificadas, entonces se habrá incorporado a un tercero (la nueva sociedad) a la sociedad (antigua), siendo esa conclusión incompatible con la regla del primer segmento del artículo 2088 del Código Civil. Por otra parte, si sostenemos que la subparticipación no es una sociedad, sino otra figura jurídica, entonces desconocemos el tenor claro del texto legal (que califica a la subparticipación de “sociedad”) y la historia de su formación, según esperamos haber demostrado. En suma, dado que, en nuestra opinión, la subparticipación es una regla diseñada legalmente bajo la lógica de una sociedad sin personalidad jurídica, ello no pugna con la (supuesta) prohibición de excluir convencionalmente el efecto de generar la sociedad una persona jurídica.

Por todo lo anterior, nuestra propuesta es reconocer, a la luz de las fuentes y de la coherencia interna de la regla en estudio, que nuestro Código Civil establece sociedades con y sin personalidad jurídica, de modo que la personalidad jurídica no es una consecuencia jurídica necesaria de toda sociedad. Si bien la sociedad dotada de personalidad jurídica (sociedad externa) corresponde al modelo general en nuestro ordenamiento, la subparticipación es una sociedad sin personalidad jurídica (sociedad interna), según explicaremos seguidamente.

3. LA SUBPARTICIPACIÓN COMO SOCIEDAD INTERNA

La distinción entre sociedad interna y sociedad externa tiene como criterio determinante la forma de estructurar el contrato. La *sociedad interna* es aquella configurada como vínculos puramente obligacionales (por ejemplo, comunicar resultados o distribuir costos),

³⁴ Art. 2053, inc. 2º, Código Civil.

³⁵ PUGA (2020) p. 79. En el mismo sentido, *Ubilla* (2005) p. 4. PUGA sostiene que si falta el precio, ese contrato no es una compraventa al igual que si falta la personalidad jurídica, ese contrato no será una sociedad. PUGA (2020) p. 81. El yerro reside en confundir un elemento esencial del contrato (el precio de la compraventa) con un efecto del contrato (de sociedad, la personalidad jurídica). Se trata de problemas jurídicos distintos.

excluyendo los socios los efectos organizativos o externos. En cambio, la sociedad externa es aquella estructurada como organización con relevancia *ad extra* de la sociedad y, en nuestro ordenamiento, personificada, y por tanto, generadora de efectos tanto obligacionales (internos) como organizativos (externos)³⁶.

La clasificación entre sociedad interna y externa no debe confundirse con aquella que, en atención a la publicidad, distingue entre sociedad oculta y sociedad manifiesta. La sociedad oculta es aquella en que los socios no dan a conocer a terceros la existencia de la sociedad. En cambio, en la sociedad manifiesta los socios exteriorizan la existencia de la sociedad con la intención de que esta participe en el tráfico económico³⁷. De las clasificaciones antes enunciadas se desprende que usualmente una sociedad interna, será también oculta y una sociedad externa, adicionalmente, manifiesta. Sin embargo, ello no necesariamente debe ser así. Una sociedad interna, puede ser manifiesta si los socios acuerdan darla a conocer a los terceros, como sucede en el caso de la subparticipación manifiesta (*infra* II.3).

Una sociedad interna carece de personalidad jurídica, siendo los socios quienes actúan individualmente en la consecución del fin común. Cada socio actuará en su propio nombre y los efectos del negocio se radicarán en el patrimonio personal, único vinculado frente a terceros³⁸. La acción de los socios para exigir el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de sociedad es la *actio pro socio*³⁹. Así, por ejemplo, un socio puede exigir a sus consocios que le reembolsen las sumas que adelantó para financiar un negocio social en la proporción estipulada en el contrato de sociedad.

La calificación de la subparticipación como una sociedad interna permite resolver la cuestión del régimen aplicable. Siendo la sociedad colectiva una sociedad externa, las normas contenidas en el Título “De la sociedad” del Código Civil deben aplicarse *cum grano salis*, solo en cuanto sean coherentes con el carácter interno de la subparticipación. En subsidio, deben aplicarse por analogía las reglas de las cuentas en participación, figura con la cual presenta mayor similitud⁴⁰.

³⁶ PAZ-ARES (1993a) pp. 1352-1353 y 1358; FERRARA y CORSI (1987) p. 173.

³⁷ CAMPOBASSO (2017) p. 60.

³⁸ Como indica Paz-Ares, “coinciden productor del acto y destinatario de los efectos, coinciden deuda y responsabilidad; en el lado activo hay comunidad de derechos, en el lado pasivo hay –si concurren varios– obligación colectiva”. Paz-Ares (1993b) p. 1353.

³⁹ El uso de la *actio pro socio* durante la explotación del giro social, sin por ello poner término a la sociedad, no fue admitido en el Derecho Romano clásico, sino por el *Ius Commune* (ZIMMERMANN (1996) p. 471), de donde ha pasado hasta nuestro código.

⁴⁰ MARTÍNEZ (2011) p. 77. Aún si se admite que las cuentas en participación no sean una sociedad (no es por cierto, nuestra opinión), no debiera ser un obstáculo para la aplicación por analogía de sus reglas a la subparticipación. La analogía no exige una absoluta concordancia entre el supuesto de hecho regulado (cuentas en participación) y aquél que presenta una laguna legal (subparticipación), sino que exista una semejanza entre los supuestos de hecho y una misma identidad de razón (*ratio legis*) que, así justifique su aplicación a un supuesto de hecho diverso al expresamente previsto por la ley. Entre la subparticipación y las cuentas en participación existe una semejanza suficiente como para justificar la procedencia de la analogía. ¿Qué otra figura jurídica se asemeja a la subparticipación? La comunidad presenta diferencias más fuertes con la subparticipación que las cuentas en participación (*infra* nota 43). En cuanto a una supuesta imposibilidad de aplicar supletoriamente un norma mercantil (cuentas en participación) a una sociedad civil (subparticipación), baste recordar que las reglas sobre formación del consentimiento están contenidas en el Código de Comercio, aceptándose pacíficamente su aplicación ante el vacío existente en el Código Civil; por todos, ABELIUK (2011) p. 60.

II. EL RÉGIMEN DE LA SUBPARTICIPACIÓN

La subparticipación es una sociedad interna típica; esto es, regulada expresamente en el Código Civil. Esa regulación específica difiere en algunos aspectos del régimen general de una sociedad interna, según explicaremos en los apartados siguientes.

1. LA FORMACIÓN

La subparticipación tiene su fuente en un contrato de sociedad celebrado entre el socio antiguo o partícipe principal y uno o más subpartícipes con la finalidad de repartir las ganancias y las pérdidas derivadas de la parte o cuota de interés puesta en común. Se trata de un negocio consensual, carácter que subsiste aun cuando la cuota de interés corresponda a una sociedad solemne, como, por ejemplo, una sociedad de responsabilidad limitada⁴¹.

En cuanto a los sujetos intervinientes, la subparticipación presenta dos categorías de socios: el socio antiguo o partícipe principal y el o los subpartícipes. El socio antiguo puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica. Este puede formar una o varias subparticipaciones respecto de su cuota en la sociedad, sin que para ello sea necesario ni la autorización ni el consentimiento de un subpartícipe anterior⁴². A su turno, el subpartícipe puede ser una o más personas naturales o jurídicas.

2. LOS APORTES

A diferencia de la sociedad interna general, en la subparticipación el aporte del socio antiguo es típico: la cuota de interés en la sociedad antigua⁴³. En cambio, el subpartícipe si bien usualmente aportará dinero o servicios, existe completa libertad para configurar su aporte, con la limitación que ellos sirvan a la consecución de la finalidad común; en nuestro caso, la explotación de la parte de interés en la sociedad antigua. Así, por ejemplo, el partícipe principal, co-administrador separado de la sociedad antigua con facultades de delegación, puede asociarse con un subpartícipe a fin de que este aporte sus servicios para colaborar en la gestión de la sociedad antigua⁴⁴. La subparticipación no se limita a un pacto de reparto de utilidades, sino que puede extenderse, como lo indica Pothier, a otras materias vinculadas a la gestión de la parte de interés común (*infra* I.2.1).

La configuración patrimonial de la subparticipación presenta una particular dificultad para quienes estamos acostumbrados a la lógica de una sociedad dotada de personalidad jurídica, donde la estipulación de los aportes, por regla general, sirve de título translativo

⁴¹ PAZ-ARES (1993d) p. 1476; MARTÍNEZ (2011) p. 79.

⁴² MARTÍNEZ (2011) pp. 79-80.

⁴³ El objeto de la subparticipación no es la cesión total de la parte de interés del partícipe principal (*supra* nota 10), ni tampoco algunos de los derechos de socio, como, por ejemplo, la participación en los beneficios, figura que se acerca a un negocio parciario. GIRÓN (1976) p. 606; PAZ-ARES (1993d) p. 1475.

⁴⁴ Si bien internamente se trata de una subparticipación, frente a los consocios de la sociedad antigua y terceros, el subpartícipe aparece como un mandatario del socio antiguo. De ello se sigue que frente a los consocios del partícipe principal, los actos del subpartícipe aparecen como actos propios del socio antiguo. Tratándose de una sociedad comercial, la labor del subpartícipe no debe sustituir al socio antiguo en el desempeño de sus funciones de administración (Art. 404 N° 3, Código de Comercio), so pena de nulidad. Para Rioseco, la delegación de funciones de representación no infringiría esta prohibición de sustitución. RIOSECO (1990) p. 21.

del dominio desde el patrimonio del socio al de la sociedad personificada⁴⁵. Es necesario ahora desprendernos de esa lógica⁴⁶. Como se recordará, la configuración jurídica de la subparticipación tiene como límite la intangibilidad de la titularidad del partícipe principal en la sociedad antigua. Por esa razón, la configuración patrimonial de la subparticipación presenta una fisonomía típica: el partícipe principal aparece *ad extra* como el único titular de los bienes aportados a la consecución del fin común⁴⁷. La subparticipación no da lugar a la formación de un patrimonio distinto, como sucede al formarse una sociedad dotada de personalidad jurídica. Tampoco da lugar a la formación de una comunidad sobre los bienes aportados *a domino*, como es la regla general en la sociedad interna⁴⁸. Los bienes aportados se reputan, como se indicó, bajo la titularidad del partícipe principal, al aplicarse, según adelantamos, por analogía la regla de las cuentas en participación⁴⁹.

En este punto es posible que surja una nueva objeción: la ausencia de un fondo común sería incompatible con la existencia de una sociedad (que es uno de los principales argumentos para atacar la calificación de las cuentas en participación como sociedad)⁵⁰. Antes de abordar el punto, conviene recordar que esa (supuesta) exigencia legal es omitida por el propio codificador en la subparticipación, sin que ello le impida calificarla expresamente como “sociedad”, lo cual basta para inclinar la balanza a favor de no ser el fondo social un elemento esencial de la subparticipación. Subrayado lo anterior, no cabe duda que, en el

⁴⁵ “Una de las normas extrañas del Código Civil es el artículo 2088” señala PUGA (2021) p. 233. A nosotros no nos parece esta una norma extraña al Código Civil, pero entendemos que así aparezca para quienes la personalidad jurídica de la sociedad es un dogma.

⁴⁶ La inercia de la lógica societaria predominante (sociedad personificada) es palpable en un oficio del Servicio de Impuestos Internos ante una consulta respecto de las normas tributarias aplicables a la subparticipación: “De acuerdo a la descripción que hace el peticionario, el socio original, manteniendo su condición de tal en los estatutos de la sociedad original, concurriría a la constitución de una nueva sociedad con el tercero, la denominada sociedad particular, creando *en favor de esta nueva sociedad* un derecho personal, en virtud del cual todas las utilidades y beneficios económicos que le corresponden al socio original en la sociedad original de la que forma parte, se confieren y *trasladan a la sociedad particular* que ha constituido con el tercero, haciéndose *dueña* de todos los beneficios económicos derivados de la sociedad original” (cursiva agregada). Servicio de Impuestos Internos, Oficio ordinario N° 190 (31/01/2014). Como se aprecia, se razona en el entendido que la sociedad es un tercero distinto al socio antiguo y el subpartícipe, lo que es incompatible con la norma en estudio por las razones antes apuntadas (*supra* I.2).

⁴⁷ GIRÓN (1976) p. 608; MARTÍNEZ (2011) pp. 83.

⁴⁸ La subparticipación no puede calificarse como una comunidad, al menos, por dos razones. La existencia de un contrato entre socio antiguo y subpartícipe excluye la existencia de una comunidad, según se desprende del artículo 2304 del Código Civil. En este sentido, MIQUEL (1993) pp. 1066 y 1070-1072; MIQUEL (2013) pp. 373-375, quién respecto a un texto similar al artículo 2304 del Código Civil, sostiene que el Código Civil español, al nombrar los contratos, delimita de modo negativo el supuesto de hecho de la comunidad: si hay contrato, no puede existir comunidad. Adicionalmente, como ha sostenido PANTALEÓN, en la subparticipación no existe comunidad porque esta presupone la existencia de pluralidad de personas cotitulares del mismo nivel. El socio principal es quien gestiona la subparticipación y este es el único que ostenta la cualidad de socio en la sociedad antigua, sin que el tercero devenga socio en esta. PANTALEÓN y PORTELLANO (1990) p. 219.

⁴⁹ Art. 510, inciso 2°, Código de Comercio.

⁵⁰ PUGA (2020) p. 80. Esta objeción tiene antigua data. De ella daba cuenta Troplong, rebatiéndola en los términos siguientes: “De plus, comment peut-on dire qu’il n’y a pas de chose commune!! Quoi! La communication que l’associé fait d’une partie de son intérêt à un partner ne rend pas la chose commune et ne donné pas à la société un fond social!! La part gardée et la part cédée ne constituent pas un capital qui représente les mises de chaque associé!!”. TROPLONG (1843) par. 757.

caso de una sociedad personificada, lo usual será la formación de un fondo social con los aportes realizados por los socios, los que pasarán a formar parte del patrimonio de la nueva persona jurídica. Esta dimensión del aporte como título translaticio de dominio es el punto de vista que suele utilizar nuestra doctrina⁵¹. Sin embargo, también es lícito formar una sociedad, por ejemplo, colectiva o de responsabilidad limitada, exclusivamente con aportes de industria. En este caso, ciertamente los socios de industria “estipulan poner algo en común” (trabajo), pero sin efectos jurídico-reales, sino puramente obligacionales⁵². De lo anterior se desprende que, si bien todo socio debe necesariamente realizar un aporte, este no necesariamente constituye un título translaticio del dominio, ni forma un fondo social, sino que basta que el bien o servicio esté destinado a servir al fin común, que es lo económicamente relevante; en otras palabras, lo relevante es la índole económica del aporte social, no la titularidad del mismo por parte de la sociedad⁵³. De ello se sigue que la ausencia de un fondo común en la subparticipación no es un obstáculo para su calificación como sociedad en nuestro ordenamiento.

Frente a la titularidad externa exclusiva del socio antiguo, el subpartícipe tiene contra este pretensiones de carácter puramente obligacional, que revisaremos en el apartado siguiente⁵⁴.

3. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA SUBPARTICIPACIÓN

La subparticipación genera derechos y obligaciones exclusivamente entre los partícipes. El subpartícipe es titular de obligaciones y derechos políticos (voto, información, a exigir la rendición de cuentas) y económicos (aporte, reparto de beneficios y participación en las pérdidas). Así, si la sociedad antigua entrega beneficios a sus socios, el subpartícipe está legitimado para exigir al partícipe principal, el reparto de esos beneficios por medio de la *actio pro socio*⁵⁵.

⁵¹ Así, por ejemplo, JEQUIER (2014) p. 65 quién señala que “el aporte constituye un título de enajenación”.

⁵² BAEZA (2008) p. 601. En el sentido de no formarse un “fondo común” con los aportes de industria, entre nosotros, TORO (1935) pp. 75 y 96; LAGOS (2013) p. 41, considera que no forma del capital social. En la doctrina española, GIRÓN (1976) p. 42; DIEZ-PICAZO (2010) p. 607; VERGEZ (1972) pp. 59-64; PAZ-ARES, (1993a) p. 1305). PUGA (2021) p. 94, pero solo respecto de la sociedad colectiva civil. Conviene aclarar, que la ausencia del fondo común no impide afirmar que tanto la sociedad colectiva como la sociedad de responsabilidad limitada están dotadas de patrimonio, al ser este un atributo de toda persona jurídica, con independencia de la naturaleza de los aportes de los socios.

⁵³ PAZ-ARES (1993a) p. 1306. En esta línea parece manifestarse, entre nosotros, UBILLA (2005) pp. 138 y 144, quien sostiene que el fondo social está conformado por todos los aportes, incluido los de industria, aunque estos últimos no forman parte de la garantía general patrimonial de la sociedad frente a terceros ni puede ser exigido compulsivamente su cumplimiento por parte de la sociedad. Y agrega que, en las sociedades de personas, el fondo social es el género y el capital social la especie. Ubilla no utiliza la expresión “fondo social” en el sentido comúnmente dado por la doctrina (jurídico-real), sino que, en uno amplio, incluyendo los aportes de trabajo, que el propio autor reconoce no forman parte de la garantía general patrimonial de la sociedad. Este sentido amplio de fondo social es equivalente, entonces, a “poner algo en común” y, aparentemente, se encamina a la idea —señalada en el cuerpo de este trabajo— que lo relevante para la puesta en común no es tanto la titularidad como la índole económica del aporte.

⁵⁴ PAZ-ARES (1993c) p. 1376; MARTÍNEZ (2011) p. 80.

⁵⁵ MARTÍNEZ (2011) pp. 85. Coincide en este punto PUGA (2021) p. 234.

Si bien la subparticipación y la sociedad antigua operan en ámbitos diferenciados, ambas sociedades están conectadas. La conexión procede de la cuota de interés en la sociedad antigua. La forma bajo la cual se estructura esta vinculación es la subordinación de la subparticipación a la sociedad antigua⁵⁶. Esta subordinación se manifiesta estructuralmente en la posición del socio antiguo como administrador *ex lege* de la subparticipación y, por consiguiente, único legitimado para ejercer *ad extra* los derechos derivados de la posición de socio en la sociedad antigua. El partícipe principal al ejercer los derechos correspondientes a la cuota de interés en la sociedad antigua queda sujeto a los deberes derivados de su posición de socio en la referida sociedad. Así, por ejemplo, el deber de fidelidad le impide competir con la sociedad antigua⁵⁷ o traspasar al subpartícipe información sobre la sociedad antigua a la cual tenga acceso en cuanto socio, salvo se trate de una subparticipación manifiesta y así se haya pactado (*supra* I.3)⁵⁸.

El ejercicio del derecho de voto en las decisiones de la sociedad antigua también queda sujeto al régimen de subordinación de intereses que venimos explicando. Siendo el partícipe principal el único legitimado para ejercer los derechos derivados de la posición de socio en la sociedad antigua, el subpartícipe tiene derecho a intervenir, a través del partícipe principal, en las decisiones de la sociedad antigua que afecten sustancialmente a la subparticipación, como, por ejemplo, la disolución de la sociedad antigua o modificaciones estructurales de la misma. Fuera de esas decisiones “extraordinarias”, la gestión de la subparticipación corresponde exclusivamente al partícipe principal. Con todo, las partes pueden modular el ejercicio de esos derechos por parte del partícipe principal por la vía de pactos. Así, por ejemplo, el partícipe principal y el subpartícipe pueden acordar reconocer a este último un derecho de oposición frente a ciertas o todas las materias de gestión de la subparticipación. Naturalmente, la infracción de esos pactos solo producirá una acción de daños, siendo válidas las decisiones que el partícipe principal, en infracción de los referidos pactos, manifieste en el seno de la sociedad antigua en su calidad de socio⁵⁹.

La participación en las ganancias y en las pérdidas puede ser también objeto de pactos entre el socio antiguo y el subpartícipe, con el límite de no tratarse de pactos leoninos. En subsidio, los socios repartirán entre sí las ganancias a prorrata de los aportes⁶⁰. En cuan-

⁵⁶ GIRÓN (1976) p. 606; MARTÍNEZ (2011) pp. 82.

⁵⁷ Puga Vial afirma que la subparticipación vulneraría la prohibición de competencia establecida en el artículo 404 N° 4 del Código de Comercio, extensible a la sociedad colectiva civil por aplicación de la buena fe. PUGA (2021) p. 234. En nuestra opinión, la subparticipación no genera una persona jurídica distinta a los socios y, por consiguiente, no puede desarrollar conducta alguna, entre ellas, competir. Tampoco el partícipe principal puede competir con la sociedad antigua debido a la subordinación de la subparticipación a la sociedad antigua. Al contrario de lo que sugiere Puga Vial, no existe en nuestro ordenamiento incompatibilidad legal alguna entre la subparticipación y la sociedad antigua.

⁵⁸ SCHWING (1935) p. 154. El carácter oculto de la subparticipación es un elemento de su naturaleza, no de su esencia. Los socios de la sociedad antigua pueden reconocer la existencia de la subparticipación (subparticipación manifiesta, *infra* I.3) y otorgar derechos al subpartícipe para intervenir en la sociedad principal, vinculándose, en ese caso, el subpartícipe directamente con la sociedad antigua. MARTÍNEZ (2011) p. 86.

⁵⁹ MARTÍNEZ (2011) p. 84.

⁶⁰ Art. 2069, Código Civil.

to a las pérdidas, el subpartícipe responderá solamente en la medida de su aporte, al aplicarse por analogía, la regla de las cuentas en participación⁶¹.

4. LA DISOLUCIÓN

La disolución de la subparticipación opera por las causales acordadas por los socios y, supletoriamente, por las establecidas para la sociedad colectiva civil⁶². La subparticipación termina también por la disolución de la sociedad antigua, debido a la íntima conexión existente entre una y otra, según antes se explicó. Concurriendo cualquier otra causal de disolución de la subparticipación, esta opera separadamente de la disolución de la sociedad antigua, la cual continuará operando, sin ser afectada por el término de la subparticipación.

En la subparticipación la disolución coincide con la extinción de la sociedad. En las sociedades personificadas, la disolución (en sentido estricto) da paso, por regla general, a la liquidación, terminada la cual se produce la extinción de la sociedad⁶³. La liquidación como operación previa a la extinción de la sociedad cumple la función de desafectar los bienes sociales al fin común, reintegrándolos, en la medida que corresponda, al patrimonio individual de los socios, sea en dinero o en especie.

Nada de ello es necesario en la subparticipación. Tratándose de una sociedad interna, que carece de un patrimonio *social* que deba desvincularse del fin común, el partícipe principal deberá rendir cuenta al subpartícipe acerca de las pérdidas y ganancias del negocio y conforme al resultado corresponderá, en su caso, la restitución del aporte del partícipe y el reparto del remanente (división).

III. REFLEXIÓN FINAL

Como esperamos haber demostrado, una lectura atenta de las reglas del Título “De la sociedad” dan cuenta de la subparticipación como una sociedad carente de personalidad jurídica. El régimen legal de la subparticipación presenta como elemento estructural el aporte de la cuota de interés del partícipe principal en la sociedad antigua, cuya proyección sobre la relación obligacional entre los partícipes se manifiesta en la subordinación de la subparticipación a la sociedad antigua. Se trata de una sociedad con efectos puramente obligacionales, donde predomina sin contrapeso la vertiente contractual de la relación societaria.

Explicada la naturaleza societaria y el funcionamiento de la subparticipación en nuestro ordenamiento, nos interesa ofrecer una reflexión final acerca de cuál puede ser la contribución de la subparticipación en la comprensión de la noción de sociedad en nuestro ordenamiento jurídico. La subparticipación nos conecta con la antigua y rica tradición jurídica del contrato de sociedad, hoy empobrecida en nuestro entorno por una lectura excesivamente formal de las normas legales societarias. En este punto es útil recordar que Bello

⁶¹ Art. 510, inciso 2°, Código de Comercio.

⁶² Art. 2098, Código Civil. TROPLONG (1843) par. 762.

⁶³ Para un importante sector doctrinal, la disolución de la sociedad colectiva civil coincide con su extinción VARELA (1955) p. 233; PUELMA (2006) pp. 415, 434 y 438; VÁSQUEZ (2013) p. 379; TORRES (2010) p. 65; BAEZA (2008) p. 736; SANDOVAL (2007) p. 67. Por nuestra parte, discrepamos de la opinión mayoritaria, según hemos indicado en otro lugar. CABALLERO (2015) pp. 657-661.

al incorporar la regla sobre la personalidad jurídica de la sociedad menciona a Troplong como su fuente directa. Pues bien, el propio Troplong defiende la naturaleza societaria de la subparticipación, sin objetar que esta carezca de personalidad jurídica, no obstante ser un entusiasta defensor de la idea de formar la sociedad una persona moral⁶⁴. De ello se sigue que para Troplong pueden existir sociedades con o sin personalidad jurídica.

El reconocimiento de la subparticipación como una sociedad interna típica amplía nuestra “caja de herramientas” societarias y abre el camino para realizar una (re)lectura de las reglas societarias codificadas, donde convivan sociedades con y sin personalidad jurídica. La subparticipación puede servir de insumo para explorar nuevas soluciones para algunos de los problemas generados en nuestro sistema societario debido al dogma de la sociedad personificada, como, por ejemplo, la difícil delimitación conceptual entre la sociedad y la comunidad. En suma, avivar en nuestro medio la vigencia de la subparticipación es una invitación a abandonar los dogmatismos y a repensar los contornos de la noción de sociedad en nuestro ordenamiento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK, René (2011): *Las obligaciones*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).
- ALESSANDRI, Arturo (1936): *Derecho civil. De los contratos* (Santiago, Editorial Zamorano y Caperán)
- AMUNÁTEGUI, Miguel Luis (1888): *Obras Completas de don Andrés Bello, Proyecto de Código Civil (1853)*, T. XII, “Art. 2257” (Santiago, Editorial Pedro G. Ramírez).
- BAEZA CAMPOS, María del Pilar (1981): *La subcontratación* (Santiago, Editorial Jurídica).
- BAEZA, Gonzalo (2008): *Derecho comercial*, T. II (Santiago, LegalPublishing).
- BELLO, Andrés (1954): *Obras completas. Código Civil de la República de Chile*, T. XIII (Caracas, Ministerio de Educación).
- CABALLERO, Guillermo (2015): “La reactivación de la sociedad colectiva civil disuelta”, en VIDAL, Álvaro y otros (eds.), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 653-663.
- CABALLERO, Guillermo (2017): “La autorización previa de los socios para la cesión del interés social”, en ALCALDE, Jaime y otros (eds.) *Estudios de Derecho Comercial. Sextas jornadas chilenas de Derecho Comercial* (Santiago, Ediciones UC) pp. 385-393.
- CAMPOBASSO, Gian Franco (2017): *Diritto Commerciale, Diritto delle società* (Milano, Utet, novena edición).
- CLARO SOLAR, Luis (1923): “La Ley Núm. 3918 de 14 de marzo de 1923 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XX, marzo a julio.
- CLARO SOLAR, Luis (2013): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. T. III “Bienes”* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2011): *Instituciones de Derecho Comercial* (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing Chile, tercera edición).

⁶⁴ TROPLONG (1843) pars. 755-766; especialmente pars. 758 y 759.

- DELVINCOURT, Claude-Etienne (1819): *Cours de Code civil*, T. III. (París, Delestre-Boulogne).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2010): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (Madrid, Civitas).
- FERRARA, Francesco Jr. y CORSI, Francesco (1987). *Gli imprenditori e le società* (Milano, Giuffrè, séptima edición).
- GIRÓN, José (1976): *Derecho de Sociedades* (Madrid, Artes Gráficas Benzal).
- GUILLOUARD, Louis Vincent (1892): *Traité du contrat de société* (París, A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1982): *Andrés Bello codificador*, T. I. (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile).
- JEQUIER, Eduardo (2014): *Curso de Derecho comercial (Sociedades)*, T. I., Vol. 1; T. II., Vol. 2 (Santiago, Thomson Reuters).
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso (1889): *Cuerpo del Derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Primera parte. Instituta-Digesto* (Barcelona, Jaime Molinas, editor).
- LIRA URQUIETA, Pedro (1956): *El Código Civil Chileno y su época* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LAGOS, Osvaldo (2013): “Los servicios que un socio presta a una sociedad de personas”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL, UNIVERSIDAD DE CHILE (eds.), *Estudios de Derecho comercial. III Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Santiago, Gráfica LOM), pp. 39-44.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza (2011): “El socio del socio: características y régimen jurídico de la subparticipación”, *Revista de Sociedades*, N° 37: pp. 75-86.
- MERLE, Philippe (2021): *Droit comercial: sociétés commerciales* (París, Dalloz).
- MEZA BARROS, Ramón (1992): *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, T. I. (Santiago, Editorial Jurídica, séptima edición).
- MEZA MOLINA, Jorje (sic.) (1946): *Quiebra de las Sociedades* (Talca, Librería, Imp. y Enc. Poblete).
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1993): “Artículo 392”, en PAZ-ARES, Cándido, DÍEZ-PICAZO, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo y SALVADOR CORDECH, Pablo (eds.), *Comentario del Código Civil*, T. I. (Madrid, Ministerio de Justicia) pp. 1066-1072.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (2013): “Comunidad y sociedad”, en *Separata, Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LIII, pp. 353-382.
- MORSE, Geoffrey y BRAITHWAITE, Thomas (2020): *Partnership & LLM Law* (Oxford, Oxford University Press, novena edición).
- OLAVARRÍA, Julio (1969): *Manual de Derecho Comercial* (Barcelona, Clarasó).
- PALMA ROGERS, Gabriel (1928): *Derecho Comercial* (Santiago, Imprenta Chile).
- PANTALEÓN, Fernando y PORTELLANO Pedro, en PANTALEÓN, Fernando, PORTELLANO, Pedro y VERGEZ, Mercedes (1990): *Comentario al régimen de las sociedades mercantiles*, T. XIV, Vol. 1º. B, Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada (Madrid, Civitas) pp. 213-255.
- PAZ-ARES, Cándido (1993a): “Artículo 1665”, en PAZ-ARES, Cándido *et al.* (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II. (Madrid, Ministerio de Justicia) pp. 1299-1333.

- PAZ-ARES, Cándido (1993b): “Artículo 1669”, en PAZ-ARES, Cándido *et al.* (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II. (Madrid, Ministerio de Justicia) pp. 1351-1376.
- PAZ-ARES, Cándido (1993c): “Artículo 1670”, en PAZ-ARES, Cándido *et al.* (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II. (Madrid, Ministerio de Justicia) pp. 1376-1385.
- PAZ-ARES, Cándido (1993d): “Artículo 1696”, en PAZ-ARES, Cándido *et al.* (Dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II. (Madrid, Ministerio de Justicia), pp. 1468-1476.
- POTHIER, Robert Joseph (1825): *Œuvres de Pothier*, T. III, *Traite du contrat des sociétés* (Paris, Imprimerie de J. Tastu).
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2006): *Sociedades*, T. I. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2020): *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*, T. I. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2021): *La sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad colectiva y la sociedad en comandita simple* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RIOSECO HENRÍQUEZ, Gabriel (1990): “La administración en las sociedades de personas”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Nº 187: pp. 7-26.
- SANDOVAL, Ricardo (2007): *Derecho Comercial*, T. I, Vol. 2 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, octava edición).
- SCHWING, Alfred (1935): “La nature juridique du droit de croupier”, *Revue des sociétés*, pp. 152-157.
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro (1933): *De la cesión de derechos. De los créditos personales* (Santiago, Sociedad Impresora y Litografía Universo).
- TORO MANRÍQUEZ, Hernán (1935): *Sociedades civiles y comerciales* (Santiago, Editorial Nascimento).
- TORRES ZAGAL, Óscar (2010): *Derecho de sociedades* (Santiago, LegalPublishing)
- TROPLONG, Raymond-Théodore (1843): *Le Droit Civil expliqué. Du contrat de société*, T. II. (París, Charles Hingray).
- UBILLA, Luis (2005): *De las sociedades y la E.I.R.L* (Santiago, LexisNexis).
- VARELA VARELA, Raúl (1955): *Derecho comercial*, T. I (Santiago, Editorial Universitaria).
- VÁSQUEZ, María Fernanda (2013): *Sociedades* (Santiago, Legal Publishing).
- VÁSQUEZ, María Fernanda (2014): “Hacia la reconstrucción del concepto de sociedad en el Derecho chileno. Revisión desde una perspectiva comparada”, *Revista de Derecho Privado* Nº 22: pp. 107-160.
- VERGEZ, Mercedes (1972): *El socio industrial* (Madrid, Tecnos).
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The Law of Obligations* (Oxford, Oxford University Press).

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE DE APELACIONES

- VÁSQUEZ CON DELGADO VERGARA Y OTROS (2012): Corte de Apelaciones de la Serena, 19 de octubre de 2012, Rol Nº 331-2012.

CORTE SUPREMA

CONTRERAS CON COUDEU (1906): Corte Suprema, 8 de junio de 1906, *Gaceta*, T. I, N° 384, p. 628; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 3, sec. 1ª, p. 376.

FLORES GONZÁLEZ CON COMERCIAL AILLÓN HERMANOS LTDA (2012): Corte Suprema, 12 de enero de 2012, Rol N° 680-2011.

ZAMORA SASO Y OTRO CON SOCIEDAD AGRÍCOLA Y GANADERA CHALACO LIMITADA (2012): Corte Suprema, 3 de abril de 2012, Rol N° 5266-2011.

BANCO BILBAO VIZCAYA CON TRONCOSO PARRA (2012): Corte Suprema, 11 de abril de 2012, Rol N° 7455-2011.

PALAU GUZMÁN (2018): Corte Suprema, 2 de enero de 2018, Rol N° 2294-2016.

CORTE DE CASACIÓN -FRANCIA

Corte de Casación de 23 de febrero de 1891.

SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

Oficio Ordinario N° 190 (31/1/2014).

NORMAS CITADAS

CHILE, Código Civil de la República de Chile (DFL N° 1 30/5/2000)

CHILE, Código de Comercio de la República de Chile (23/11/1865)

CHILE, Ley N° 3918 (14/3/1923), sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada.

LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO PRESUNCIONES REFUTABLES. NUEVOS ARGUMENTOS EN DEFENSA DE UNA TEORÍA CLÁSICA

IMPLICIT DANGER CRIMES AS REBUTTABLE PRESUMPTIONS. NEW ARGUMENTS TO SUPPORT A CLASSICAL THEORY

BRUNO RUSCA*

RESUMEN: El trabajo examina las principales teorías que se han formulado para legitimar los delitos de peligro abstracto; esto es, la criminalización de comportamientos que, en general, crean un riesgo para bienes indeterminados, aunque pueden presentarse circunstancias particulares en las que una conducta de esa clase no ocasione tal peligro. Luego de analizar críticamente diferentes propuestas de legitimación, se defiende la perspectiva que concibe a dichos delitos como presunciones rebatibles. Si bien este enfoque ha sido defendido con anterioridad, el trabajo presenta argumentos que permiten comprender más acabadamente sus virtudes como también responder a las objeciones que se plantean en su contra. Concretamente, se argumenta que la concepción de los delitos de peligro abstracto como presunciones rebatibles puede maximizar los beneficios de recurrir a esta técnica legislativa, ya que aprovecha en buena medida las ventajas que otorgan las reglas, sin incrementar sustancialmente las situaciones de injusticia material.

Palabras clave: criterios de criminalización, delitos de peligro abstracto, presunciones rebatibles.

ABSTRACT: The paper analyzes the most important theories that have been proposed to justify the so-called crimes of implicit danger; that is, the criminalization of behaviors that, in general, unleash a risk of harm to indeterminate interests, although there may be particular circumstances in which this kind of conduct does not provoke such a risk. After a critical review of different proposals, this paper supports the perspective that understands these crimes as rebuttable presumptions. Although this approach has been supported in the past, the paper provides arguments that allow us to understand better its advantages as well as to respond to the objections raised against it. In particular, it is argued that the view of crimes of implicit danger as rebuttable presumptions can maximize the advantages of resorting to this legislative technique, since it exploits largely the benefits of rules, without substantially increasing its unfair consequences.

Keywords: criminalization criteria, implicit danger crimes, rebuttable presumptions.

* Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Profesor de Derecho, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: brunorusca@gmail.com, número ORCID 0000-0001-5460-9207. El autor agradece a Gustavo Beade, Diego Dei Vecchi, Jordi Ferrer Beltrán, Ignacio Gómez Perdiguero, Luis Greco, Mariona Llobet Anglís, María Laura Manrique, Pablo Navarro, José Milton Peralta, Gabriel Pérez Barberá y a todos los miembros del grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona por comentarios críticos y valiosas contribuciones realizadas para la mejora de una versión previa del trabajo. También agradece especialmente a dos evaluadores anónimos por sus interesantes observaciones, las cuales han enriquecido sustancialmente el producto final.

I. INTRODUCCIÓN

Las dificultades que plantea la criminalización de conductas sobre la base de su peligrosidad en abstracto es un tema extensamente analizado en la literatura del derecho penal. Tanto en el ámbito continental europeo como en la tradición del derecho penal anglosajón, la cuestión ha sido abordada por los más destacados penalistas, quienes desarrollaron importantes teorías respecto de su legitimación. Lamentablemente, a menudo también el debate académico se ha empobrecido por la influencia de modas intelectuales, las que, en vez de contribuir con propuestas fundadas al esclarecimiento del problema, apelan al uso de eslóganes efectistas para conquistar adeptos y estigmatizar adversarios¹. Con todo, la postura que, por un lado, niega todo atisbo de legitimidad a los delitos de peligro abstracto, como la perspectiva que desconoce las situaciones de injusticia que inevitablemente producen, tienden a soslayar aspectos relevantes de la discusión. El desarrollo de una respuesta teórica adecuada requiere, en cambio, reconocer las ventajas que proporciona esta técnica legislativa, pero sin negar los costos que trae aparejados.

Si bien, como se ha señalado previamente, la literatura sobre el tema es profusa, el trabajo argumenta que la comprensión de los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables permite armonizar de modo adecuado las tensiones que involucra la criminalización de estos comportamientos; esto es, el conflicto entre razones consecuencialistas con consideraciones relativas al merecimiento de pena de los agentes. Ciertamente, aunque esta teoría clásica parece no contar con demasiada aceptación en la actualidad, se intenta demostrar que su rechazo se funda en críticas débiles, como también en cierta incompreensión de sus principales virtudes. De este modo, más allá de que la perspectiva defendida en el trabajo es bien conocida, se fundamenta en argumentos que no han sido debidamente considerados, lo que contribuye a alcanzar una mejor comprensión del problema.

El texto comienza con el planteo de una serie de distinciones conceptuales relevantes, con el propósito de evitar ciertos malentendidos usuales en el empleo de los términos peligro abstracto y concreto. Asimismo, se aclara que el análisis está circunscripto a los delitos cuya peligrosidad surge, como regla general, de la mera realización de la conducta descrita en la norma, sin que sea necesario, además, un acto posterior del propio agente o de un tercero, ni tampoco la repetición de esa misma acción por un conjunto significativo de personas. En segundo lugar, se analizan las principales ventajas e inconvenientes que presentan los delitos de peligro abstracto. Aunque la criminalización de comportamientos sobre la base de su peligrosidad en abstracto inevitablemente da a lugar a situaciones de injusticia material, ya que algunos inocentes son castigados², brindan una mayor precisión en comparación con los delitos de peligro concreto, lo cual resulta conveniente desde un punto de vista consecuencialista. Una vez que se advierte la imposibilidad de escapar a este dilema, puede comprenderse también por qué no es una buena idea renunciar completa-

¹ Ampliamente sobre este punto, GRECO (2004) pp. 90-92.

² En este caso, el término “inocente” no hace referencia a la categoría procesal, esto es, a quien no ha cometido el delito del cual se lo acusa. Por el contrario, en este contexto, “inocente” alude a la persona que, aunque formalmente haya cometido un delito, en términos estrictamente retributivos, no merece ser castigada, pues no ha realizado una conducta materialmente ilícita o disvaliosa.

mente a los delitos de peligro abstracto. Posteriormente, el trabajo presenta las principales teorías, tanto del ámbito anglosajón como continental-europeo, que pretenden brindar una solución al problema, así como las objeciones más importantes que pueden formularse en contra de cada una de ellas.

Por último, se defiende la perspectiva que concibe a los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. De acuerdo con esta idea, el recurso a dicha técnica legislativa es legítimo, si de la realización de la conducta descrita en la norma puede inferirse, más allá de toda duda razonable, la creación de un riesgo *ex ante* penalmente relevante. En tales casos, cuando se acredita que el acusado llevó a cabo la acción típica, le corresponde a este refutar la presunción; esto es, crear al menos la duda de que, en virtud de las circunstancias particulares de la situación concreta, su comportamiento no dio lugar al peligro que fundamenta esa prohibición penal. El trabajo argumenta que este modo de concebir los delitos de peligro abstracto permite conservar, en una medida aceptable, los beneficios que, desde un punto de vista consecuencialista, otorgan las reglas, y, además, no involucra una violación al principio de inocencia, siempre que dicha garantía constitucional sea interpretada de un modo adecuado.

II. DISTINCIONES CONCEPTUALES Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En la literatura del derecho penal, la discusión acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, como también la pregunta sobre si cierta conducta debe subsumirse en una categoría de peligro o en otra, a menudo, resultan distorsionadas por imprecisiones terminológicas. Es frecuente, por ejemplo, que algunos autores rechacen enfáticamente toda posibilidad de justificación de la criminalización de puestas en peligro en abstracto, pero luego adopten una definición de peligro concreto tan amplia, que, finalmente, acaben por llegar a las mismas conclusiones respecto de los comportamientos que legítimamente pueden constituir un delito.³ Para evitar que la controversia se reduzca a meros desacuerdos verbales, es necesario, entonces, aclarar con la mayor precisión posible el modo en que se emplean dichos términos.

Conforme a una definición extendida, un delito es de peligro concreto si, para la configuración del tipo penal, se requiere que tenga lugar un peligro para un bien jurídico *determinado*⁴. Paradigmáticamente, constituye un delito de peligro concreto el tipo penal de abandono de personas, el cual exige poner “en peligro la vida o la salud de otro”⁵. Aunque, en este caso, se trata de un resultado de peligro. Para la consumación del delito, en consecuencia, es necesario acreditar que la conducta llevada a cabo por el agente ocasionó un riesgo empíricamente verificable para un bien concreto; por ejemplo, respecto del abandono de personas, se debe demostrar que el acusado en verdad puso en peligro la vida o la salud de la persona que abandonó.

³ En este sentido, GRECO (2004) p. 122.

⁴ MÁRQUEZ (2016) p. 64.

⁵ ARGENTINA, Código Penal, Art. 106.

El análisis para determinar si una conducta ha ocasionado un peligro concreto consta de dos instancias diferentes. El primer paso consiste en comprobar el carácter *ex ante* riesgoso de la acción; esto es, que, al momento de la realización de esa conducta, era probable que el resultado lesivo ocurriera, con total independencia de lo que haya sucedido después. De acuerdo con la concepción más extendida, el juicio de peligrosidad de la acción se formula desde el punto de vista de un observador imaginario dotado de los conocimientos de una persona *estándar* o *razonable*, a la que deben añadirse los conocimientos especiales del autor concreto⁶. Si este observador ficticio, ubicado en el lugar donde se encontraba el autor al momento del hecho, hubiera advertido que la realización de la acción podía probablemente ocasionar el resultado, entonces debe concluirse que el comportamiento del agente era *ex ante* peligroso. Así, pues, una persona razonable consideraría riesgosa la maniobra automovilística de adelantarse en una curva sin visibilidad, ya que, desde la perspectiva del conductor de ese automóvil, no es posible saber si circula un vehículo en la dirección contraria⁷.

El segundo paso para establecer si ocurrió un peligro concreto requiere analizar si, además de la existencia de un riesgo *ex ante*, la conducta del agente creó un peligro real contra un bien determinado, esto es, el *resultado* de peligro. En líneas generales, para que tenga lugar dicho resultado, deben concurrir dos presupuestos: por un lado, que un bien determinado entre en el radio de la acción peligrosa y, por otro lado, que se produzca una situación de proximidad a la lesión de dicho bien⁸. La comprobación de tales requisitos, a diferencia del juicio de peligrosidad de la acción, se realiza sobre la base de *todas* las circunstancias conocidas con posterioridad al momento en que sucedió el hecho, es decir, de acuerdo con un punto de vista *ex post*.

Ahora bien, según cierta opinión, el concepto de proximidad o peligro de lesión es de naturaleza ontológica: hay peligro concreto si el resultado no ocurrió por razones científicamente inexplicables⁹. El problema de este punto de vista radica en que, con acceso a toda la información cognoscible *ex post*, prácticamente cualquier evento puede ser explicado mediante las leyes científicas, lo que da lugar a un concepto de peligro muy restringido. Por ello, la concepción más extendida recurre a un enfoque normativo: cabe afirmar un peligro concreto si el resultado no se produjo por circunstancias en las que una persona prudente o racional no confiaría¹⁰. Así, por ejemplo, si en el caso del automovilista que se adelanta en la curva sin visibilidad, efectivamente circulaba un vehículo en la dirección contraria, pero el accidente no ocurrió por una difícil maniobra de evitación realizada por el conductor amenazado, entonces existió peligro concreto, ya que nadie prudente confiaría en la eventual destreza extraordinaria de otro automovilista¹¹.

⁶ ROXIN (1997) p. 367.

⁷ El ejemplo ha sido extraído de KINDHÄUSER (2009a) p. 12.

⁸ MENDOZA (2002b) p. 23; ROXIN (1997) p. 404.

⁹ GRECO (2004) p. 120.

¹⁰ GRECO (2004) p. 121.

¹¹ ROXIN (1997) p. 406.

En contraposición a los delitos de lesión y de peligro concreto, los delitos de peligro abstracto no requieren que la conducta prohibida ocasione un resultado¹². La particularidad de estos delitos es que la acción descrita en el tipo penal, *en general*, reviste un nivel elevado de peligro, lo cual constituye el fundamento de su criminalización; de todos modos, el carácter peligroso de dicho comportamiento no se menciona en la norma penal. Paradigmáticamente, algunas legislaciones establecen como delito la acción de conducir un automotor por encima de cierto límite de velocidad o con determinado nivel de alcohol de alcohol en sangre¹³. La razón para prohibir estas conductas reside en el grado elevado de riesgo que normalmente involucran para otros participantes en el tráfico. En efecto, aunque los delitos de peligro abstracto no exigen que tenga lugar un resultado, sancionan conductas que, desde la perspectiva de una persona estándar en la posición del autor, como regla general, son *ex ante* riesgosas. Sin embargo, la norma penal solo contiene la descripción del comportamiento generalmente peligroso.

El término peligro abstracto comúnmente se utiliza también para caracterizar a los delitos preparatorios y acumulativos¹⁴. Aunque estos tipos penales prohíben conductas sobre la base de su peligrosidad y tampoco requieren la producción de un resultado, presentan ciertas particularidades en cuanto al fundamento de su criminalización. Por un lado, respecto de los delitos preparatorios, el riesgo para intereses de terceros no deriva de la conducta prohibida en sí misma, sino de otros comportamientos conectados con ella, que el propio agente u otras personas *podrían* posteriormente realizar¹⁵. En definitiva, como su nombre lo indica, se trata de la criminalización de actos preparatorios, es decir, de acciones previas al momento en que el autor desencadena todo el riesgo de daño que se encuentra bajo su control. Así, por ejemplo, constituye un delito preparatorio la tenencia ilegal de armas¹⁶; en tal caso, el riesgo para la seguridad de otros no surge de la tenencia en sí misma, sino del uso del arma que pudiera hacer el portador u otras personas. En este sentido, a diferencia del sujeto que conduce un automóvil alcoholizado, quien ya ha creado todo el riesgo necesario para que ocurra un resultado disvalioso, el tenedor ilegal de un arma es castigado por un comportamiento futuro *-i.e.*, el uso riesgoso del arma-, el cual podría nunca ocurrir.

Por otro lado, los delitos acumulativos prohíben conductas que por sí solas crean un riesgo insignificante, pero realizadas en conjunto con otras acciones similares, son capaces de ocasionar un daño a un interés merecedor de protección. La criminalización de comportamientos que infringen normas medio-ambientales es, quizás, el ejemplo paradigmático

¹² Se utiliza el término “resultado” exclusivamente para hacer referencia a la situación de lesión o peligro concreto para un bien jurídico. Empero, no debe entenderse como alusivo a la distinción dogmática entre delitos de resultado y delitos de mera actividad, pues ambos conceptos no son equivalentes. A este respecto, véanse GRECO (2010) pp. 40-41; MAÑALICH (2021) p. 82.

¹³ Así lo hace, por ejemplo, el Código penal español (Art. 379 inc. 1 y 2, segunda parte).

¹⁵ VON HIRSCH y WOHLERS (2016) p. 282.

¹⁶ Se hace referencia al delito previsto en el Art. 189 bis, 4° párrafo del Código Penal argentino, el cual establece: “(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-)”.

de delitos acumulativos. Ciertamente, la emisión de gases con un nivel de toxicidad mayor al permitido por parte de una única fábrica difícilmente sea apta para provocar un impacto significativo en la calidad del aire que respiran los ciudadanos; solo cuando un número importante de establecimientos industriales realizan acciones similares puede ocurrir un daño considerable al medio ambiente. De nuevo, en contraposición con el conductor alcoholizado, quien ya ha hecho todo lo que estaba a su alcance para que tenga lugar el resultado, en estos casos, al agente se lo castiga por un comportamiento que solo crea un peligro relevante si *otras* personas actúan de la misma forma. Los delitos acumulativos, en última instancia, podrían involucrar una forma de responsabilidad por la conducta de otros¹⁷.

En este trabajo, el análisis de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto se limitará a la criminalización de acciones riesgosas que, como la de conducir bajo los efectos del alcohol, materialmente tienen una estructura *similar* a la tentativa acabada; es decir, que, en general, la realización de la conducta prohibida da lugar a todo el riesgo necesario para que se produzca un resultado de peligro concreto o de lesión.¹⁸ Así, pues, a partir del momento en que una persona comienza a conducir alcoholizado un automóvil, sin la capacidad para responder adecuadamente a los riesgos normales del tránsito, el hecho de que alguien corra un riesgo o sufra un accidente, desde el punto de vista del conductor, depende de la casualidad; esto es, de que otro participante del tráfico eventualmente se cruce en su camino, en circunstancias que exijan la realización de una maniobra que, por los efectos del alcohol, él no está en condiciones de realizar. Los delitos acumulativos y preparatorios, en cambio, tienen una estructura diferente, pues, para que ocurra el riesgo capaz de causar el resultado, es necesario que el propio agente u otras personas realicen comportamientos adicionales. Por tal motivo, estos delitos presentan dificultades especiales en cuanto a su legitimación, y requieren, en consecuencia, de un análisis particular.

¹⁷ VON HIRSCH y WOHLERS (2016) p. 293.

¹⁸ La afirmación de que existe cierta similitud, y no una equivalencia completa, entre la estructura material de esta clase de delitos de peligro abstracto y la de la tentativa acabada debe entenderse en un sentido meramente didáctico; ello alude simplemente a que, en ambos casos, con la realización de la conducta prohibida, el agente ya ha desencadenado todo el riesgo de daño que está bajo su control. Sin embargo, nada se dice respecto a la cuestión formal de si el tipo penal de tentativa *de lege lata* es aplicable también a los delitos de peligro abstracto. De la misma manera, puede afirmarse que ciertos delitos criminalizan comportamientos que, desde un punto material, constituyen actos de participación –por ej.: el delito de incitación pública a la violencia colectiva prevista en el Art. 212 del Código penal argentino–; empero, con ello no se asume una postura acerca de si el tipo penal de participación sería aplicable también a esta clase de delitos. Por último, la comparación tampoco implica asumir una posición respecto del elemento subjetivo de los delitos de peligro abstracto; conceptualmente, es posible tanto una tentativa dolosa como imprudente, aunque la mayoría de las legislaciones solo prevean el castigo de la primera. De hecho, como se explicará más adelante, un sector importante de la doctrina alemana y española considera que los delitos de peligro abstracto deben interpretarse materialmente como tentativas imprudentes; tal concepción solo tiene sentido una vez que se comprende que la limitación del castigo de la tentativa, como regla general, a su modalidad dolosa es una mera contingencia del derecho positivo.

III. LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Como es sabido, resulta imposible, y además inconveniente, prohibir todo comportamiento riesgoso. Las principales actividades necesarias para la vida social, como el suministro de medicamentos y la aplicación de vacunas, el tráfico vial y aéreo, la producción y distribución de alimentos, la construcción de viviendas y otras obras de infraestructura, por solo mencionar algunos ejemplos, involucran riesgos para intereses de terceros, aun cuando se cumplan rigurosamente todas las normas de seguridad que rigen en sus ámbitos respectivos. La única manera de evitar por completo los riesgos que derivan de tales actividades consiste en renunciar definitivamente a ellas¹⁹. Sin embargo, nadie consideraría como una alternativa viable prescindir de las contribuciones que cualquiera de estas prácticas presta a la vida en sociedad. El balance de costos y beneficios, en definitiva, da lugar a que, como condición para el desempeño de actividades valiosas para la organización social, sea necesario tolerar determinado nivel de riesgo. En este sentido, los delitos que prohíben comportamientos en razón de su peligrosidad deben interpretarse como prohibiciones de crear riesgos *sustanciales* contra intereses de otros²⁰, o, mejor dicho, de realizar acciones cuya peligrosidad exceda el nivel de riesgo permitido.

Los delitos de peligro abstracto criminalizan comportamientos que, en general, involucran un riesgo sustancial contra intereses dignos de protección. Así, pues, el motivo por el cual, de acuerdo con algunas legislaciones, es delito la conducción de un automóvil con determinado nivel de concentración de alcohol en la sangre consiste en que, a partir de cierta medida, la ingesta de alcohol deteriora la capacidad para conducir de modo seguro. Según el grado de consumo, el alcohol afecta algunas funciones del organismo que son necesarias para conducir adecuadamente, como la visión periférica o la capacidad de atención y reacción, entre otras habilidades²¹. Por tal razón, con el resto de las condiciones iguales, un conductor que ha ingerido cierta cantidad de alcohol crea mayor riesgo para la seguridad de otros participantes en el tráfico que un conductor que no ha bebido en absoluto, o que, en caso de haberlo hecho, su nivel de concentración de alcohol en la sangre es menor al de aquél.

Ahora bien, aunque el fundamento para castigar la conducción bajo los efectos del alcohol consiste en la creación de un peligro para el tránsito mayor al permitido, es posible que alguien realice efectivamente dicha conducta y, sin embargo, no ocasione *ese* nivel de riesgo. Ello se debe a que el grado de peligrosidad de la acción de conducir depende de múltiples factores, no solo del consumo de alcohol. En consecuencia, un conductor puede tener una concentración de alcohol en la sangre mayor a la permitida, pero el resto de los factores relevantes mantenerse por debajo del estándar de riesgo; de modo tal que, analizadas conjuntamente todas las variables que influyen en la seguridad del tránsito, ese conductor no crea un peligro sustancial para la integridad de otras personas *—i.e.*, un ries-

¹⁹ Sobre este punto, extensamente, Jakobs (1996) pp. 43-44.

²⁰ Husak (1998) p. 606.

²¹ Al respecto, con cita de numerosos estudios empíricos, MÁRQUEZ (2016) pp. 132-142.

go no permitido—. Repárese en el siguiente ejemplo: un automovilista experimentado y con excelentes reflejos, quien supera *apenas* el límite de intoxicación alcohólica permitido, conduce un automóvil de última generación por una calle prácticamente desierta y lo hace durante el transcurso del día; consciente de que ha bebido, además, circula a una velocidad mínima, realiza un trayecto de corta distancia y presta extrema atención a todos los detalles del tránsito²². Aunque el comportamiento del automovilista cumple los requisitos del delito de peligro abstracto que prohíbe conducir con determinada tasa de alcohol, como todos los demás factores de riesgo se mantienen por debajo del estándar permitido, él no provoca un peligro mayor al límite tolerable. Concretamente, dicho conductor no crea un riesgo para el tránsito más elevado del que ocasionan automovilistas sobrios en condiciones legamente aceptables, como, por ejemplo, conductores menos experimentados que circulan en autos más comunes, o que realizan trayectos más largos durante la noche.

En definitiva, el inconveniente principal que plantean los delitos de peligro abstracto consiste en que, como toda regla, son sobre-inclusivos²³; es decir, que, en determinadas situaciones, una persona puede llevar a cabo la conducta descrita en la norma sin que resulten aplicables las razones que justifican la creación de esa norma²⁴. En el ejemplo planteado, un automovilista puede conducir con una tasa de alcohol mayor a la permitida —*i.e.*, la acción prohibida—, pero no ocasionar el riesgo que fundamenta tal prohibición²⁵. En el ámbito del derecho penal, este carácter sobre-inclusivo de las reglas es especialmente problemático, pues podría dar lugar al castigo de personas que no han realizado un comportamiento materialmente ilícito, esto es, una acción que, desde un punto de vista valorativo, sea digna de reprobación. En efecto, de acuerdo con los fundamentos de la norma que prohíbe conducir con determinada tasa de alcohol, no parecieran existir diferencias relevantes

²² El ejemplo ha sido extraído de HUSAK (1998) pp. 611-612.

²³ Naturalmente, como toda regla, los delitos de peligro abstracto también dan lugar a problemas de sub-inclusión. A modo de ejemplo, si, para evitar accidentes de tránsito, una legislatura decide sancionar un delito que prohíbe la conducción con determinada tasa de alcohol, ello daría lugar a que otros comportamientos igualmente riesgosos para la seguridad del tránsito, como conducir cansado o mientras se utiliza un teléfono celular, resultarían excluidos del ámbito de aplicación de la norma penal. Este problema de sub-inclusión es propio de las reglas, pues si la legislatura sancionara un delito sobre la base de un estándar amplio de peligrosidad —*v.gr.*: que prohibiera “conducir un vehículo de modo temerario” — evitaría ese inconveniente. De todas formas, el problema de sub-inclusión reviste menor gravedad, porque, en todo caso, solo implica que algunos culpables no pueden ser castigados. Ciertamente, si se acepta la premisa de que es más grave condenar a *un* inocente que absolver a *un* culpable, lo cual fundamenta varios principios del derecho penal —*v.gr.*, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable—, entonces debería suscitar mayor preocupación el problema de sobre-inclusión. A este respecto, véase HUSAK (1998) p. 604.

²⁴ ALEXANDER y FERZAN (2011) pp. 269-272.

²⁵ La diferencia entre los delitos de peligro abstracto y los denominados delitos de aptitud radica justamente en esta característica. Aunque los delitos de aptitud también criminalizan comportamientos *ex-ante* peligrosos y tampoco requieren la producción de un resultado de peligro, en la medida en que consisten en estándares, carecen del problema de sobre-inclusión. Un ejemplo de delito de aptitud puede encontrarse en la primera parte del Art. 379, inc. 2 del Código Penal Español, el cual criminaliza la acción de conducir “un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”. La segunda parte del mismo artículo, en cambio, constituye un delito de peligro abstracto: “En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire respirado superior a 0,60 miligramos por litro o por una tasa de alcohol en la sangre superior a 1,2 gramos por litro”. ESPAÑA, Código Penal.

entre, por un lado, el comportamiento del automovilista experimentado que, a pesar de haber bebido mínimamente más de lo permitido, conduce con extrema precaución y, por otro lado, el comportamiento del conductor sobrio y menos experimentado que realiza un trayecto largo durante la noche. Por tal razón, la aplicación mecánica de los delitos de peligro abstracto, sin tomar en cuenta si el destinatario de la norma provocó *ex ante* un riesgo mayor al permitido, podría involucrar el castigo de personas inocentes.

De todos modos, los delitos de peligro abstracto también presentan una ventaja importante, ya que, como toda regla, establecen de modo preciso el comportamiento que se espera de los ciudadanos; consecuentemente, contribuyen a resolver problemas de coordinación y facilitan una aplicación uniforme, eficiente y más predecible del derecho²⁶. Así, pues, la norma que prohíbe la conducción con determinada tasa de alcohol transmite un mensaje concreto sobre el modo debido de actuar. En cambio, la utilización de un estándar amplio, que, por ejemplo, prohibiera conducir en estado de “intoxicación alcohólica”, dejaría a los destinatarios de la norma sin una guía precisa acerca de cuánto alcohol pueden consumir; por consiguiente, muchos ciudadanos bien dispuestos a cumplir con el derecho podrían cometer errores y beber más de la cuenta. En este sentido, las reglas permiten que todas las personas, sin necesidad de realizar cálculos complejos, lleguen a la misma conclusión sobre cómo deben comportarse en circunstancias determinadas.

Asimismo, las reglas facilitan a las autoridades la tarea de aplicación del derecho, lo que permite también dotar de mayor eficiencia, uniformidad y predictibilidad a las decisiones estatales. Si, por ejemplo, un policía de tránsito tuviera que determinar si un automovilista se halla en un estado de intoxicación alcohólica que le impide conducir con seguridad, en primer lugar, él debería contar con los conocimientos para evaluar cómo y en qué medida el alcohol puede afectar las capacidades que requiere la conducción de un vehículo²⁷. Y aun si el policía estuviera suficientemente preparado para llevar adelante dicha tarea, realizar una evaluación de esa clase requeriría bastante más tiempo y esfuerzo que si, simplemente, él tuviera que medir con un instrumento el nivel de concentración de alcohol en la sangre del conductor²⁸. Con todo, es probable, además, que diferentes policías atribuyan un sentido diverso al estándar de “intoxicación alcohólica”; mientras que algunos podrían interpretar que un conductor se halla en tal estado si, sencillamente, él tiene halitosis alcohólica, en cambio, otros policías podrían considerar necesario que el automovilista no supere una prueba de sobriedad, como pararse sobre un sola pierna o caminar varios pasos y girar²⁹.

En este sentido, la creación de un delito de peligro abstracto que se limitara a criminalizar la conducción con determinada tasa de alcohol permitiría evitar los inconvenientes que un estándar como el de intoxicación alcohólica ocasionaría en la aplicación del derecho. Los policías y jueces podrían tomar decisiones con mayor celeridad, las que, a su vez, serían más consistentes y predecibles; en consecuencia, los ciudadanos tendrían una idea

²⁶ ALEXANDER y FERZAN (2011) pp. 268-269.

²⁷ Sobre esta cuestión, véase SCHAUER (2009) p. 193.

²⁸ SCHAUER (2009) p. 193.

²⁹ Sobre el uso de estándares y el problema de la inconsistencia en la aplicación del derecho penal, véase DUFF (2005) pp. 60-61.

más precisa acerca del comportamiento requerido por el derecho. En definitiva, aunque los delitos de peligro abstracto dan lugar a problemas de sobre-inclusión, que podrían traer aparejado el castigo de personas que no han cometido un hecho merecedor de reproche penal, presentan características que, de acuerdo con razones consecuencialistas, son especialmente ventajosas. Por ello, la propuesta de prescindir por completo de esta clase de delitos, al final, resulta difícil de admitir, pues los valores que las reglas promueven parecen ser necesarios también en el ámbito de la legislación penal.

En conclusión, la sustitución de los delitos de peligro abstracto por normas penales fundadas en estándares, como el de “intoxicación alcohólica”, permitiría, efectivamente, evitar el problema de sobre-inclusión. Solo aquellos conductores que, debido al consumo de alcohol, crearan *ex ante* un peligro elevado para la seguridad de los demás serían alcanzados por tal delito. Sin embargo, de este modo se introducirían criterios mucho más imprecisos en la legislación, los que además de proporcionar una orientación relativamente débil a los ciudadanos acerca de cómo deben comportarse, darían lugar a una aplicación más inconsistente, ineficiente e impredecible del derecho. Una solución adecuada al problema de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, en cambio, requiere armonizar, al menos en alguna medida, las razones consecuencialistas que subyacen a dicha técnica legislativa con las razones de merecimiento que, en el ámbito del derecho penal, son especialmente importantes. A continuación, se presentarán diferentes perspectivas que han intentado dar respuesta al problema planteado, así como las principales objeciones que pueden formularse en contra de cada una de ellas³⁰.

IV. ANÁLISIS DE DIFERENTES PROPUESTAS DE LEGITIMACIÓN DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

1. EL ARGUMENTO DE LA ARROGANCIA COMO RESPUESTA AL PROBLEMA DE SOBRE-INCLUSIÓN

Una posible respuesta al problema plantea que, verdaderamente, no existe un conflicto entre razones consecuencialistas y de merecimiento, porque el sujeto que viola la norma sin crear un riesgo mayor al permitido es igualmente culpable y merecedor de reproche penal. En este sentido, por la trascendencia que ha tenido su propuesta, merece destacarse la perspectiva de Antony Duff, quien ha defendido especialmente esta posición. Para este autor, la persona que realiza la conducta descrita en el delito de peligro abstracto, pero no ocasiona el peligro que fundamenta dicha prohibición, debe ser castigado por su “arrogancia cívica”, es decir, por considerar que él es superior al resto de los ciudadanos, aun cuando tuviera razón en obrar como lo hizo³¹. Dicho a modo de ejemplo, aunque el automovilista

³⁰ Las distintas posiciones analizadas pueden considerarse como las tendencias o líneas de argumentación principales. No es posible presentar aquí todas las perspectivas que, particularmente en la tradición alemana, se han desarrollado para dar respuesta al problema. Para un abordaje detallado de la discusión en Alemania, véase GRECO (2010) pp. 4-39.

³¹ DUFF (2005) p. 62.

que ha bebido apenas más del límite permitido, y que circula lentamente por una calle desierta, no ocasiona un riesgo relevante para el derecho penal, merecería ser castigado por creer que sabe más que el legislador; esto es, por considerar que él mismo puede determinar cuánto alcohol tiene permitido consumir el conductor de un vehículo.

El argumento de Duff se apoya en la idea de que, en determinadas circunstancias, las personas no se encuentran en una posición adecuada para decidir, según su propio juicio, acerca de cómo actuar de modo seguro. Dado que es frecuente que los individuos tiendan a exagerar sus propias capacidades o a subestimar los riesgos de ciertas actividades, simplemente deben confiar en los límites que establecen las normas³². Por supuesto, es perfectamente posible que un conductor *sepa* que puede conducir de modo seguro, aun cuando circule con un grado de concentración alcohólica mayor al permitido. Empero, en tal caso, lo reprochable de violar la norma no consiste en que el sujeto se equivoque sobre el carácter riesgoso de su conducta —de hecho, le asiste razón—, sino, por el contrario, en que su comportamiento involucra una pretensión de superioridad frente a los demás ciudadanos. Es decir, aun cuando el conductor pudiera realizar la conducta prohibida sin ocasionar el peligro que fundamenta el delito de peligro abstracto, en reconocimiento a sus conciudadanos con capacidades normales, y para evitar los riesgos que se derivan de admitir excepciones a las leyes, él debería, a pesar de todo, conformarse a la regla; tal obligación es una modesta carga que él debe tolerar como una implicancia de su condición de ciudadano³³.

Ahora bien, esta perspectiva tiene varios problemas. Como han señalado diferentes autores, si lo que hace al sujeto merecedor de castigo es su comportamiento arrogante, debería ser castigado por ello, *no* por cometer el delito de peligro abstracto³⁴. Por otro lado, es discutible que el comportamiento del sujeto que viola la norma, con consciencia de que obra de modo seguro, deba calificarse como “arrogante”. Así pues, como sostiene Husak, si la arrogancia consiste en reclamar una excepción a una regla que los demás deben cumplir, la persona podría estar perfectamente de acuerdo en que todo aquel que, en el caso concreto, sepa que violar la norma es seguro, sea también exceptuado de cumplirla³⁵. Por último, es difícilmente admisible que defectos del carácter como la arrogancia, el egoísmo o la vanidad puedan ser criminalizados *en sí mismos*. Aunque los vicios y virtudes que conformen el carácter de las personas son naturalmente motivo de elogio y reprobación en el marco de relaciones interpersonales estrechas, pareciera que no constituyen un asunto de incumbencia del derecho. En efecto, una premisa del derecho penal de orientación liberal establece que al Estado solo le interesan los actos de los individuos, esto es, aquello que *hacen* a los demás, pero no lo que ellos mismos *son*. Por consiguiente, deberá considerarse a ese defecto de la personalidad como propio de *su* esfera privada y, por tal razón, como algo ajeno al ámbito de injerencia estatal.

³² DUFF (2005) p. 61.

³³ DUFF (2005) p. 61.

³⁴ ALEXANDER y FERZAN (2011) p. 275; HUSAK (2013) p. 182.

³⁵ HUSAK (2013) p. 182.

2. EL ARGUMENTO DEL ATENTADO CONTRA EL “ESTADO DE DERECHO” COMO RESPUESTA AL PROBLEMA DE SOBRE-INCLUSIÓN

Por otra parte, Alexander y Ferzan también han desarrollado una perspectiva que pretende compatibilizar los delitos de peligro abstracto con consideraciones relativas al merecimiento de pena. Para estos autores, el individuo que comete el delito sin crear un riesgo de daño mayor al permitido, de todos modos, merece ser castigado, pero por un ilícito diferente a aquellos que *sí* ocasionan el riesgo que fundamenta la prohibición. De acuerdo con este enfoque, en tales casos, el infractor atenta contra el “Estado de derecho”, puesto que aun cuando él tuviera razón en obrar como lo hizo, no muestra suficiente respeto al valor de tener normas que resuelvan los casos para todos los ciudadanos³⁶. Más específicamente, Alexander y Ferzan sostienen que deben analizarse dos condiciones para determinar la responsabilidad del sujeto: 1) si él dio suficiente importancia a la posibilidad de que estuviera equivocado en su evaluación del riesgo; 2) si él dio suficiente importancia al valor de tener reglas generales, que resuelvan los casos para todos los ciudadanos —*i.e.*, el riesgo de que su comportamiento pudiera debilitar el mensaje moral del derecho—³⁷. Solo cuando el autor cumpla con ambas exigencias quedará exento de toda responsabilidad; en caso contrario, será culpable de poner en riesgo el “Estado de derecho”.

La perspectiva desarrollada por estos autores permite evadir las críticas formuladas a la teoría de Duff. De todos modos, es pasible de varias objeciones. En primer lugar, falta precisar qué significa exactamente “dar importancia al valor de tener normas generales” y cuáles son las conductas que pueden poner en peligro ese interés. Si bien los autores sostienen que ambos requisitos son conceptualmente independientes, al final, pareciera que cuando se cumple con la exigencia de evaluación razonable del riesgo (1), también queda satisfecha la condición de valorar la importancia de las reglas (2). En definitiva, es dudoso que, en verdad, se trate de dos requisitos distintos.

Asimismo, también es discutible que el “Estado de derecho” pueda constituir un interés cuya protección justifique la criminalización de una conducta. Ciertamente, algunas consecuencias que se derivan de esta perspectiva resultan muy controvertidas. En rigor, como admiten Alexander y Ferzan, una vez que se reconoce al Estado de derecho como un interés digno de protección penal, debería castigarse por tentativa al sujeto que comete un delito putativo, o sea, a quien lleva a cabo una acción atípica, en la creencia de que existe un tipo penal que prohíbe dicha conducta —*v.gr.*: alguien que, al cometer adulterio, cree realizar un acto penado por la ley—³⁸. Empero, ya desde un punto de vista intuitivo, es difícil aceptar que la realización de esa acción pueda dar lugar a un castigo penal.

Las consecuencias problemáticas que se derivan de esta perspectiva se deben a que el fundamento de la culpabilidad del agente, en última instancia, reside en no adoptar una actitud formalista, o, más precisamente, en no obedecer el derecho *por* el hecho de ser el derecho.³⁹ A este respecto, incluso para quienes defienden una concepción subjetivista de

³⁶ ALEXANDER y FERZAN (2011) p. 276.

³⁷ ALEXANDER y FERZAN (2011) p. 276.

³⁸ ALEXANDER y FERZAN (2011) p. 277.

³⁹ DUFF (1996) pp. 157-159.

la responsabilidad penal, y de la tentativa en particular, tal premisa es cuestionable.⁴⁰ La punibilidad de la tentativa inidónea de cualquier delito se justifica porque, si la realidad fuera como imagina el agente, su conducta crearía un riesgo contra un interés que merece protección del derecho⁴¹. Así, el que dispara contra un muerto, en la creencia errónea de que mata, demuestra con su conducta una *disposición* homicida –i.e., la voluntad de atentar contra la vida–. En cambio, el adúltero que asume equivocadamente cometer un delito no manifiesta la disposición de dañar un bien merecedor de protección jurídica, pues, de hecho, la fidelidad matrimonial no configura un interés de esa clase. Dicho de otra manera, con su comportamiento, él simplemente expresa la voluntad de desobedecer el derecho, no la voluntad de atentar contra un interés que merezca la protección del derecho –o, al menos, la protección del derecho penal–. Empero, ello difícilmente puede configurar una actitud capaz de hacer a alguien verdaderamente culpable.

En resumidas cuentas, la propuesta de Alexander y Ferzan pretende demostrar que la persona que comete un delito de peligro abstracto, pero no ocasiona el riesgo que fundamenta tal prohibición, igualmente merece ser castigada, porque atenta contra el Estado de derecho. El problema de este enfoque consiste en que la voluntad genérica de incumplir el derecho, como la que supuestamente manifestarían tanto quien, en tal caso, desobedece una norma de peligro abstracto como el que comete un delito putativo, no proporciona una base adecuada para la imposición de responsabilidad penal. Para considerar a alguien culpable, en cambio, se requiere que el agente manifieste la voluntad de atentar contra un interés que merezca la protección del derecho. Sin embargo, el que comete un delito de peligro abstracto, sin crear un peligro mayor al permitido, no expresa esa voluntad, pues él tiene buenas razones para desobedecer el derecho. En todo caso, él solo manifiesta una disposición a no obedecer por la obediencia misma.

3. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO LESIONES CONTRA LA SEGURIDAD EN LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES

De acuerdo con cierto punto de vista, los delitos de peligro abstracto representan una modalidad *sui generis* de delitos de lesión. Esta perspectiva, defendida por Kindhäuser, afirma que cuando ciertos bienes se encuentran en una situación de *inseguridad* –i.e., que depende de la mera casualidad que no sean dañados–, ya resultarían menoscabados en su valor, con total independencia de si el daño, finalmente, ocurre; o, expresado con otras palabras, la propia situación de *inseguridad* configuraría una modalidad particular de lesión⁴². Sería irracional, por ejemplo, iniciar una demanda en un tribunal cuando es probable que los testigos mientan, o circular en un vehículo cuando otros conductores están embriagados⁴³. La mera existencia de estas conductas riesgosas, sostiene Kindhäuser, recorta el ám-

⁴⁰ Sobre este argumento, véase DUFF (1996) p. 159.

⁴¹ DUFF (1996) p. 159.

⁴² KINDHÄUSER (2009a) p. 13. Para un enfoque más reciente sobre el problema, que sigue en líneas generales el punto de vista de Kindhäuser, véase MAÑALICH (2021) pp. 79-100.

⁴³ KINDHÄUSER (2009a) p. 14.

bito de libertad de las personas⁴⁴. Por tal razón, aun cuando tales riesgos no se materialicen en un daño –*v.gr.*: una sentencia fundada en pruebas falsas, un accidente de tránsito, etc.–, o peligro concreto para un bien determinado, igualmente producen una afectación de las posibilidades de desarrollo de los individuos⁴⁵.

La perspectiva de Kindhäuser sobre los delitos de peligro abstracto se fundamenta en su particular concepción de las normas. En efecto, el autor sostiene que, aun cuando el fin de las normas jurídico-penales de comportamiento es indudablemente la protección de bienes jurídicos, en ciertos casos, como en el de la tentativa, la finalidad de la pena no puede ser la protección de bienes jurídicos.⁴⁶ En tales supuestos, en que no tiene lugar un menoscabo o lesión del bien jurídico, el comportamiento del agente expresa, sin embargo, una oposición en contra de la norma, al comunicar que la prohibición no rige para él⁴⁷. Entendido el problema en un nivel normativo-comunicativo, argumenta Kindhäuser, entonces también se produce en estos casos un menoscabo *específico*: el de la vigencia de la norma⁴⁸. Esto es así, pues si la norma no vale, se debilitaría su función social, debido a que ya no sería posible confiar en ella como un modelo de orientación del comportamiento.

En definitiva, según esta tesis, los delitos de peligro abstracto penalizan comportamientos que ocasionan un daño a un interés diferente al de los delitos de lesión; concretamente, dichas conductas afectan las condiciones de seguridad necesarias para disponer de ciertos bienes. La consecuencia de ello es que, de acuerdo con este enfoque, los delitos de peligro abstracto no deben interpretarse como un adelanto de la criminalización a un momento previo a que se produzca el daño, sino, por el contrario, como acciones que ya involucran *en sí mismas* una forma particular de daño. La producción de ese estado de *inseguridad*, que impide la utilización racional de algunos bienes, permitiría, según Kindhäuser, justificar la criminalización del sujeto que comete el delito de peligro abstracto, independientemente de si su conducta es apta para causar una lesión posterior⁴⁹.

Con todo, esta perspectiva es problemática. La idea de que cualquier realización de la acción típica conlleva necesariamente una situación de “inseguridad” presupone una noción formal y vacía de dicho concepto, el cual, en última instancia, se identifica con el mero incumplimiento de la norma⁵⁰. Empero, si se utiliza un concepto sustancial de inseguridad, entendido como una situación en la que la producción de cierto daño depende únicamente de la casualidad, entonces es falso que todo comportamiento que coincida con la descripción de la norma penal de peligro abstracto, necesariamente, produzca inseguridad. La afectación real de la seguridad requiere, pues, que la conducta realizada por el

⁴⁴ Son bienes jurídicos, sostiene Kindhäuser, las condiciones para el libre desenvolvimiento personal a través de la participación en la vida social y estatal. KINDHÄUSER (2009b) p. 3.

⁴⁵ KINDHÄUSER (2009a) p. 14.

⁴⁶ KINDHÄUSER (2009b) p. 4.

⁴⁷ KINDHÄUSER (2009b) p. 5.

⁴⁸ Sobre la distinción entre lesión del bien jurídico y lesión de la norma, véase KINDHÄUSER (2009b), pp. 3-6. Para una crítica del concepto de norma desarrollado por Kindhäuser, puede verse ROBLES (2019) pp. 1-13.

⁴⁹ MENDOZA (2002a) p. 50.

⁵⁰ MENDOZA (2002a) p. 51.

agente, al menos, sea *ex ante* idónea para ocasionar un daño⁵¹; solo así pueden las personas sufrir un recorte de las posibilidades de utilización racional de sus bienes. Dicho mediante un ejemplo, no es irracional presentar una demanda ante un tribunal si se sabe de antemano que las mentiras del testigo no influenciarán la sentencia del juez; como tampoco resulta irracional desplazarse en un vehículo si los automovilistas que han bebido no crean un riesgo elevado, o mayor al permitido, de causar accidentes en el tráfico.

4. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO DELITOS IMPRUDENTES SIN RESULTADO

Conforme a otra opinión, desarrollada especialmente por la doctrina alemana y española, los delitos de peligro abstracto deben ser conceptualizados como la criminalización de conductas imprudentes sin resultado⁵²; es decir, representarían una modalidad particular de delitos imprudentes, salvo que, a diferencia de los propios delitos imprudentes, no se exige un resultado lesivo para su consumación⁵³. Según esta idea, los delitos de peligro abstracto suponen un adelanto del castigo en el ámbito de la imprudencia, en la medida que, excepcionalmente, el legislador decide criminalizar ya la mera *tentativa*⁵⁴.

Ahora bien, si se entiende que el solo hecho de realizar la conducta descrita en la norma *–v.gr.: conducir por encima del límite máximo de velocidad–* involucra *necesariamente* la violación de un deber objetivo de cuidado, o sea, un comportamiento imprudente, entonces esta teoría no aporta ninguna solución al problema de la sobre-inclusión. La razón de ello radica en que es perfectamente posible llevar a cabo dicha acción sin, a su vez, actuar de manera imprudente, como, por ejemplo, si el conductor supera el límite máximo de velocidad, pero lo hace en circunstancias que no involucran la creación de un riesgo elevado para la seguridad de otros. En tal caso, no existe *verdaderamente* un comportamiento imprudente⁵⁵.

Para otros autores, en cambio, la interpretación de los delitos de peligro abstracto como tentativas de imprudencia exige, como condición necesaria para la subsunción de la conducta en la norma, que el agente, en el caso concreto, haya obrado efectivamente de modo imprudente⁵⁶. De acuerdo con esta perspectiva, no debe equipararse la violación del deber objetivo de cuidado con la mera realización formal de la acción descrita en la norma penal, sino que, además, se requiere que tal comportamiento ocasione *ex ante* un riesgo mayor al permitido⁵⁷. Para que se configure el delito de peligro abstracto, entonces, es preciso comprobar *individualmente*, en cada caso, si la conducta en cuestión, desde la perspectiva de un observador razonable y con los conocimientos especiales del autor, dio lugar al peligro que fundamenta la prohibición⁵⁸. En consecuencia, solo en tal caso podría afirmarse

⁵¹ MENDOZA (2002a) p. 51.

⁵² Para una explicación de esta teoría, véanse CEREZO (2002) p. 68; MENDOZA (2002a) p. 68; ROXIN (1997) p. 408.

⁵³ MÁRQUEZ (2016) p. 86.

⁵⁴ MÁRQUEZ (2016) p. 86.

⁵⁵ MENDOZA (2002a) p. 58.

⁵⁶ CEREZO (2002) p. 69; ROXIN, (1997) p. 408.

⁵⁷ MENDOZA (2002a) p. 58.

⁵⁸ MÁRQUEZ (2016) p. 86; MENDOZA (2002a) p. 60.

que existió una violación de un deber objetivo de cuidado y, por tanto, que el agente obró de modo imprudente⁵⁹.

Este enfoque, en la medida en que restringe la extensión de la norma penal, soluciona el problema de sobre-inclusión, pues solo admite el castigo de las personas que actúan peligrosamente, más allá de si realizan la conducta descrita en la norma; con todo, el inconveniente es que elimina todas las ventajas de los delitos de peligro abstracto. Ciertamente, como se ha explicado con anterioridad, la principal virtud de esta clase de delitos consiste en que funcionan como reglas y, por tanto, su aplicación no requiere, en general, de la interpretación judicial; por la misma razón, transmiten un mensaje preciso a los ciudadanos sobre la conducta que se espera de ellos. Esta concepción, en cambio, se basa en un estándar amplio de peligrosidad, el cual depende de lo que un observador “razonable” o “atento”, con los conocimientos especiales del autor, consideraría riesgoso. Todo ello exige, evidentemente, de un amplio esfuerzo de interpretación judicial, ya que es preciso analizar *cada* caso, individualmente, para establecer si el agente, en la situación concreta, se comportó de modo imprudente; además, el concepto de observador razonable o atento puede ser interpretado de manera diversa según cada tribunal, lo cual daría lugar a problemas de inconsistencia en la aplicación del derecho. En definitiva, el costo de introducir la exigencia de este análisis particular estriba en la reducción *sustancial* de la precisión que ofrecen los delitos de peligro abstracto; al final, la perspectiva que concibe a estos delitos como tentativas imprudentes, para evitar el castigo de personas inocentes, sacrifica *totalmente* las razones consecuencialistas.

5. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO PRESUNCIONES

De acuerdo con este enfoque, los delitos de peligro abstracto constituyen una presunción de carácter general de que la realización del comportamiento descrito en la norma produjo un peligro concreto para un bien determinado, o, según otra versión de la teoría, una presunción sobre el carácter riesgoso de la acción prohibida⁶⁰. Si bien la formulación tradicional de esta perspectiva calificaba a la presunción como de carácter irrefutable, posteriormente, adquirió mayor aceptación la propuesta de admitir la posibilidad de que, mediante el aporte de prueba en contrario, dicha presunción pueda ser rebatida⁶¹. Esta teoría, en sus diferentes variantes, no cuenta actualmente con demasiada popularidad⁶², pues, en razón de los cuestionamientos que ha recibido, distintos autores consideran que no puede proporcionar una justificación aceptable de los delitos de peligro abstracto⁶³.

En primer lugar, una objeción común que se formula a este punto de vista consiste en que, finalmente, transformaría los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto, lo cual sería problemático, porque si el legislador ha decidido sancionar una norma penal de peligro abstracto, se argumenta, es porque pretende prohibir algo diferente de

⁵⁹ Un punto de vista similar defiende HUSAK (1998) pp. 625-626.

⁶⁰ MENDOZA (2002a) p. 46.

⁶¹ CEREZO (2002) p. 66.

⁶² MENDOZA (2002a) p. 45.

⁶³ Roxin (1997) pp. 407-408.

lo que prohíbe un delito de peligro concreto⁶⁴. Así, por ejemplo, la norma que castiga la conducción de un vehículo con determinado nivel de alcohol en la sangre no requiere que el conductor alcoholizado ponga en peligro a una persona en particular. La idea de que el fundamento de la criminalización de dicha conducta es la presunción de que el conductor alcoholizado ha ocasionado esa situación de riesgo, efectivamente, implicaría equiparar este delito a uno de peligro concreto, ya que, en ambos casos, al agente se le reprocharía lo mismo –i.e., la producción de un resultado de peligro–. De todos modos, la crítica solo alcanza a la versión de la teoría que concibe a los delitos de peligro abstracto como presunciones de esta clase. Empero, conforme a otra concepción, lo que se presume es la peligrosidad *ex-ante* de la acción prohibida, no la producción de una situación de peligro contra una persona determinada. Es decir, dado que, en general, conducir un vehículo con un porcentaje de alcohol mayor al permitido configura un comportamiento que ocasiona *ex ante* un riesgo elevado para el tránsito, se presume que, en el caso particular, la conducta del agente también ha involucrado ese nivel de riesgo.

En segundo lugar, también se critica a esta perspectiva que, en sus diferentes variantes, daría lugar a una violación del principio de inocencia⁶⁵. Por un lado, si la presunción es de carácter irrefutable, se condena al acusado sin darle la posibilidad de cuestionar un elemento de la acusación. Más específicamente, se le impide aportar prueba respecto de un componente nuclear de la conducta ilícita –i.e., la peligrosidad del comportamiento prohibido–. Por otro lado, si la presunción es de carácter rebatible, se invierte la carga de la prueba, ya que, una vez acreditado que el acusado llevó a cabo la acción descrita en la norma –v.gr., conducir en estado de ebriedad–, él debería probar que su comportamiento no creó *ex ante* un riesgo mayor al permitido. Esta concepción de los delitos de peligro abstracto, continúa el argumento, infringiría la premisa de que el acusado se presume inocente y, consecuentemente, que la carga de probar el delito corresponde al Estado.

V. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO PRESUNCIONES REFUTABLES DE LA PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA PROHIBIDA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PERSPECTIVA

El dilema entre, por un lado, conservar las ventajas que traen aparejadas los delitos de peligro abstracto y, por otro lado, evitar el castigo inmerecido de personas que han realizado la acción prohibida no admite una respuesta exenta completamente de costos. Cualquier intento de solucionar este problema debería comenzar por reconocer que, o bien se resigna algo de eficiencia para impedir situaciones de injusticia material, o bien se acepta cierto nivel de injusticia material para conservar eficiencia. Las propuestas que, como las de Duff o Kindhäuser, consideran al autor de un delito de peligro abstracto, que no crea un riesgo mayor al permitido, culpable de un ilícito *diferente*, en rigor, solo disimulan el castigo de personas inocentes, pues fracasan en justificar la culpabilidad de tales agentes. Empero, las demás respuestas, en general, tampoco resuelven el dilema de forma apropia-

⁶⁴ CEREZO (2002) p. 67.

⁶⁵ ROXIN (1997) pp. 407-408.

da. El punto de vista que limita el alcance de los delitos de peligro abstracto al castigo de conductas *ex-ante* riesgosas, como la tesis de la tentativa imprudente, echa por la borda todas las ventajas de las reglas, ya que, al introducir un estándar de persona “razonable” o “prudente”, acaba por convertir a estos delitos en normas fundadas en principios. En el extremo opuesto, la perspectiva que concibe a los delitos de peligro abstracto como presunciones irrefutables maximiza las ventajas consecuencialistas, porque no introduce ninguna limitación a la aplicación de dichas reglas; de todos modos, como la norma de peligro abstracto prevalece frente a todos los resultados sub-óptimos *-i.e.*, las situaciones de sobre-inclusión-, autoriza también el castigo de *todos* los inocentes que no crean un riesgo mayor al permitido.

En cambio, de acuerdo con el punto de vista defendido aquí, la teoría de los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables, en la medida en que tales presunciones se interpreten como referidas a la *peligrosidad* de la conducta prohibida, *sí* resuelve el problema adecuadamente. En efecto, este enfoque permite equilibrar, en una medida aceptable, las razones consecuencialistas que subyacen la decisión de recurrir a esta técnica legislativa con las razones de merecimiento que se oponen al castigo de las personas inocentes *-i.e.*, quienes no han realizado el hecho ilícito que fundamenta el delito de peligro abstracto-. Asimismo, la objeción de que esta perspectiva involucraría una violación al principio de inocencia, pues se presumiría la prueba de un elemento del delito en contra del acusado, no es para nada contundente. Por el contrario, existen buenas razones para considerar que, bajo determinadas condiciones, la presunción de que la realización de la conducta descrita en la norma ha creado un riesgo mayor al permitido constituye una inferencia válida, la cual no contradice el principio de inocencia. El desarrollo de este argumento requiere formular algunas aclaraciones.

La presunción de inocencia (en adelante, PI) constituye un derecho fundamental de los ciudadanos en los países que se rigen por un Estado de derecho, el cual cuenta con amplio reconocimiento constitucional en distintos sistemas jurídicos⁶⁶. De todos modos, a pesar de su relevancia, las diferencias en cuanto al alcance y contenido de PI suelen ser significativas, y distan de estar completamente resueltas. Desde el comienzo, no resulta claro si lo que debe presumirse durante el proceso penal es la inocencia *material* del acusado *-i.e.*, que él verdaderamente es inocente-, o, en cambio, su inocencia *probatoria -i.e.*, que aún no se ha alcanzado el estándar de prueba necesario para condenar⁶⁷. Tampoco existe consenso acerca de si el reconocimiento de PI conlleva la necesidad de adoptar *determinado* estándar de prueba en el juicio penal, o, por el contrario, si ello configura una cuestión por completo independiente⁶⁸. Asimismo, para algunos autores, PI carece de implicancias en relación a la carga de la prueba, pues la premisa de que corresponde al Estado probar los

⁶⁶ ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) pp. 221-222.

⁶⁷ Para una defensa de PI como presunción de la inocencia probatoria del acusado, paradigmáticamente, véase LAUDAN (2006) pp. 100-106.

⁶⁸ Al respecto, véanse FERRER (2016) pp. 266-270; ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) pp. 223; DUFF (2012) pp. 52-53.

elementos de la acusación, en todo caso, es una consecuencia que se deriva simplemente del estándar de prueba⁶⁹.

Ahora bien, si se asume una definición que sea lo más robusta posible en términos de protección para el acusado, puede afirmarse que PI, como regla que rige durante *todo* el procedimiento penal⁷⁰, presupone que el Estado tiene la carga de probar más allá de toda duda razonable los elementos de la acusación. De acuerdo con esto, hasta tanto el Estado no haya logrado demostrar la culpabilidad del acusado conforme a dicho estándar de prueba⁷¹, él debe ser considerado inocente. Expresado de otra manera, que la carga de la prueba corresponda al órgano acusador significa que, si este no logra alcanzar el umbral de suficiencia probatoria, el caso debe ser resuelto en favor del acusado⁷². En consecuencia, él no debe probar nada para ser considerado como inocente, pues es el Estado quien debe derrotar esa presunción, mediante la presentación de evidencia que permita probar más allá de toda duda razonable su culpabilidad.

Con todo, PI de ningún modo se opone a que la prueba de un hecho pueda inferirse de la prueba de otro. En rigor, esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la prueba del dolo.⁷³ Si una persona de condiciones psíquicas normales, desde una distancia cercana, dispara con un arma de fuego a la cabeza de otra, en principio, es correcto atribuirle dolo

⁶⁹ Defienden la idea de que el reconocimiento de PI no exige la adopción de un estándar de prueba en particular, FERRER (2016) pp. 270-272; LAUDAN (2006) pp. 109-110.

⁷⁰ En general, se reconoce *actualmente* que PI se aplica durante todo el proceso penal y no solo durante el juicio. Al respecto, véanse FERRER (2016) p. 249; DUFF (2012) pp. 51-52. En contra, LAUDAN (2006) pp. 93-96.

⁷¹ Los estándares de prueba pueden definirse como criterios que establecen cuándo está justificado dar por probado un hecho; es decir, ellos determinan el caudal de evidencia requerido para aceptar como verdadera cierta circunstancia fáctica que se pretende probar. Tales criterios funcionan como mecanismos de distribución del riesgo de error judicial, ya que, al fijar el umbral que se debe superar para probar los hechos que son objeto del juicio, determinan la frecuencia con que pueden ocurrir ciertos errores. En el procedimiento penal, como regla general, rige un estándar de prueba riguroso, pues, para declarar culpable al acusado, el Estado debe probar más allá de toda duda razonable los hechos que son objeto de la acusación. Ciertamente, aunque no sea posible cuantificar con exactitud el grado de probabilidad requerido por dicho estándar, es indudable que, en comparación con el proceso civil, el dictado de una condena penal requiere un caudal de prueba más importante. En este caso, no basta con el hecho de que, en función de la evidencia disponible, la verdad de la acusación sea la hipótesis más probable; es necesario, en cambio, un grado de probabilidad más elevado, de modo tal que cualquier hipótesis compatible con la inocencia del acusado luzca, además, *irrazonable*. La justificación para adoptar un estándar de prueba más exigente en el proceso penal reside en que, de este modo, se pretende minimizar el riesgo de que acusados inocentes resulten condenados. En efecto, mientras mayor es el caudal de prueba requerido para condenar, disminuye la probabilidad de considerar verdadera una acusación fundada en hechos falsos *-i.e.*, la condena de un inocente-, y, consecuentemente, aumenta la probabilidad de considerar falsa una acusación fundada en hechos verdaderos *-i.e.*, la absolución de un culpable-. Con otras palabras, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable da lugar a una distribución desigual entre el riesgo de que ocurran ambos errores. La razón de ello se explica por la premisa de que condenar a *un* inocente constituye una injusticia más grave que absolver a *un* culpable. Sobre el concepto de estándar de prueba y las distintas funciones que cumple en el proceso, véase FERRER (2021) pp. 109-138. Sobre significado del estándar de prueba más allá de toda duda razonable, véanse CÉSPEDES (2021) pp. 235-239; LAUDAN (2006) pp. 32-62; ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) pp. 253-258.

⁷² Para algunos autores, este sentido objetivo de la carga probatoria en el proceso penal *-i.e.*, quien pierde si no se alcanza el umbral de suficiente probatoria-, es compatible con atribuirle al acusado la carga de aportar elementos sobre ciertos hechos en particular. Sobre esta idea, véase FERRER (2016) pp. 271-272.

⁷³ Sobre los criterios para la prueba del dolo, véase RAGUÉS (1999) pp. 379 y ss.

homicida, pues de tales circunstancias fácticas puede inferirse razonablemente la voluntad de matar, o el conocimiento del elevado grado de riesgo contra la vida que involucraba la realización de esa acción, según como se defina el dolo. Si, en cambio, el autor creía erróneamente que el arma estaba descargada y solo pretendía darle un susto a la víctima, le corresponde a él alegar esa defensa, como también aportar la evidencia que permita, al menos, crear una duda razonable sobre la validez de la inferencia probatoria. Empero, nada de esto conlleva una violación a PI.

En este sentido, así como resulta legítimo inferir la prueba del dolo en el caso particular de un conjunto de circunstancias genéricas, también puede inferirse la prueba de la peligrosidad *ex ante* de la conducta en concreto a partir de la realización de una acción que, en general, ocasiona un nivel de riesgo mayor al permitido. Expresado mediante un ejemplo: como, en circunstancias habituales, la conducción de un automóvil con determinado nivel de concentración de alcohol en la sangre ocasiona un riesgo elevado para el tráfico, el acusado, en las circunstancias particulares, también ocasionó un riesgo elevado para el tráfico. Esta clase de inferencia no resulta en absoluto diferente del razonamiento mediante el cual se infiere el dolo del agente a partir de datos objetivos del mundo. De nuevo, mediante un ejemplo: dado que en general los miembros mentalmente capaces de la sociedad *x* saben que un disparo de arma de fuego a la cabeza es potencialmente mortal, y el acusado es un miembro mentalmente capaz de la sociedad *x*, entonces él probablemente sabía que de ese modo podía matar. Y, así como cuando se infiere el dolo de datos externos el acusado puede refutar esa inferencia mediante la presentación de evidencia que demuestre lo contrario, también el acusado de cometer un delito de peligro abstracto puede desvirtuar la presunción de peligrosidad de la conducta; para ello, él debe presentar evidencia de que, a pesar de realizar la acción descrita en la norma, debido a las circunstancias especiales que concurrían en el caso particular, no ocasionó un riesgo mayor al permitido⁷⁴. A este respecto, será suficiente para la eficacia de la defensa que él logre producir, al menos, una duda razonable acerca de la creación de ese nivel de riesgo.

La utilización de una regla de esta naturaleza no involucra una violación a PI porque, en definitiva, simplemente constituye una reformulación del proceso inferencial propio del razonamiento probatorio. En efecto, el término presunción a menudo se utiliza en el contexto jurídico para hacer referencia a reglas de diferente naturaleza, lo cual puede dar lugar a ciertos equívocos⁷⁵. En este sentido, es necesario distinguir, por lo menos, entre dos clases de presunciones. Por un lado, aquellas reglas que ordenan al tribunal dar por probado un hecho, aunque no exista evidencia en su apoyo, lo cual permite superar situaciones de incertidumbre *—legal presumptions—*⁷⁶. Así, por ejemplo, la norma que establece que, si en una catástrofe fallecen dos o más personas vinculadas en materia hereditaria, se entenderá que los más jóvenes murieron después que los mayores, constituye una presunción de esta

⁷⁴ Una defensa de la concepción de los delitos de peligro abstracto como presunciones no implica sostener que el injusto o ilícito penal de estos delitos radique en una presunción; en todo caso, lo que se afirma es que la conducta descrita en la regla legal permite *presumir* la realización del ilícito penal, el cual, en definitiva, consiste en llevar a cabo una conducta que involucra *ex ante* un riesgo sustancial para intereses de terceros.

⁷⁵ ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) p. 231.

⁷⁶ ROBERTS y ZUCKERMAN (2012), p. 233.

clase⁷⁷. El hecho de que las personas hayan fallecido en dicha situación trágica no constituye ninguna prueba en apoyo de que ellas fallecieron en el orden cronológico que prescribe la norma, sino que tal hecho se tiene por probado en virtud de dicha disposición legal. Cuando se trata de una presunción que admite prueba en contrario, ello da lugar a una distribución la carga de la prueba, ya que es el interesado en derrotar la presunción quien tendrá la carga de aportar la evidencia requerida para demostrar lo contrario.

Por otro lado, las denominadas presunciones fácticas –*presumptions of fact*– constituyen, en verdad, inferencias probabilísticas, las cuales permiten tener por probado un hecho desconocido en virtud de una relación de probabilidad que lo vincula con cierto hecho conocido⁷⁸. Esta clase de presunciones relacionan circunstancias que, normalmente, ocurren de modo conjunto⁷⁹. Así, por ejemplo, de la posesión de una cantidad reducida de marihuana puede inferirse razonablemente que el acusado tenía el propósito de consumir tal sustancia, y no en cambio un fin de comercialización, porque, usualmente, la tenencia de esa cantidad de marihuana está destinada al consumo. Mientras la conexión entre ambas circunstancias fácticas sea más frecuente, más firme será el fundamento de la presunción. En definitiva, en este caso, no se trata de que una regla legal permita tener por probado un hecho en ausencia de prueba suficiente en su apoyo, sino que, por el contrario, el hecho presumido se encuentra realmente probado en función de una inferencia probabilística válida⁸⁰. Por tal razón, si los delitos de peligro abstracto son entendidos como presunciones fácticas, simplemente establecen que de la prueba de la conducta prohibida puede inferirse más allá de toda duda razonable la creación de un riesgo mayor al permitido. Por ello, en la medida en que no involucran verdaderamente ninguna inversión de la carga de la prueba, tampoco implican una violación de PI.

Ahora bien, el hecho de que esta teoría proporcione una base adecuada para legitimar los delitos de peligro abstracto no implica que *todos* los delitos de peligro abstracto, tal como se hallan formulados en cierta legislación, sean legítimos. La razón de ello reside en que, para poder inferir más allá de toda duda razonable la creación de un riesgo no permitido de la realización de la conducta descrita en la norma, debe mediar una relación de determinado grado de probabilidad entre ambas variables, lo cual depende, fundamentalmente, de cuál es el nivel de riesgo socialmente aceptable y de cómo se describa la conducta prohibida. Repárese, de nuevo, en la conducción vehicular bajo los efectos del alcohol. Si la capacidad de conducir de modo seguro resulta afectada recién a partir de una concentración alcohólica de 0,3 gr/l, la conducta penalmente prohibida no podría consistir en con-

⁷⁷ ULLMAN-MARGALIT (1983) p. 145.

⁷⁸ SCHWIKKARD (1999) p. 24.

⁷⁹ ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) p. 232.

⁸⁰ Por tal razón, algunos autores sostienen que las presunciones fácticas no son verdaderamente presunciones. En este sentido, ROBERTS y ZUCKERMAN (2012) p. 232; SCHWIKKARD (1999), p. 25. Más allá de cuál podría ser la expresión más apropiada para designar esta clase de inferencias, se prefiere mantener el término presunción debido a que, en el ámbito del derecho penal, existe un uso extendido de tal denominación para hacer referencia a la teoría que se defiende aquí.

ducir con una concentración alcohólica de 0,3 gr/l⁸¹. En efecto, como el grado de peligro que ocasiona la conducción depende de muchos factores, y no solo del consumo de alcohol, una reducción considerable en cualquiera de las demás variables relevantes –*v.gr.*; velocidad, volumen de tráfico o extensión del trayecto recorrido– podría compensar fácilmente el mínimo aumento del riesgo producido por la ingesta de alcohol. En cambio, si la conducta prohibida consistiera en conducir con un nivel de concentración alcohólica mayor –*v.gr.*: 0,8 gr/l–, que afectara más intensamente las capacidades que requiere la conducción, la compensación de ese nivel riesgo por la reducción de otras variables sería más difícil y menos probable⁸². En tal caso, entonces, la realización de la conducta descrita en la norma sí permitiría inferir más allá de toda duda razonable la creación de un riesgo no permitido.

2. CONSIDERACIONES ADICIONALES

En contraposición con otras teorías, esta perspectiva da lugar a la consecuencia de que los delitos de peligros abstracto pueden funcionar verdaderamente como reglas. Tanto la policía encargada de controlar el tránsito vehicular, como los jueces que deben aplicar la norma penal, solo deben ocuparse de verificar que el automovilista haya realizado la conducta prohibida, esto es, conducir con un grado de concentración alcohólica mayor al permitido. No es necesario, *en principio*, recurrir a ningún estándar de conductor “prudente” o “cuidadoso”, como tampoco analizar si el riesgo ocasionado por la ingesta de alcohol, en las circunstancias particulares, ha sido compensado por la disminución de otros factores que inciden en el riesgo de la conducción. Por tal razón, la norma transmite, además, un mensaje más preciso a los ciudadanos sobre la conducta que se espera de ellos, quienes, en caso de realizar la acción descrita en la norma, deberán afrontar el inicio un procedimiento penal. Para evitar incurrir en responsabilidad penal, corresponderá al acusado la carga de refutar la presunción de peligrosidad de su comportamiento; es decir, él deberá proporcionar evidencia para crear al menos una duda razonable de que, a pesar de llevar a cabo la conducta prohibida, no ocasionó un riesgo mayor al permitido. A este respecto, deberá acreditar que, en el caso particular, se dieron circunstancias *excepcionales*, pues, debido a que otros factores relevantes se mantuvieron por debajo del estándar de riesgo, finalmente, él se comportó de modo prudente o cuidadoso. En definitiva, desde un punto de vista consecuencialista, la ventaja de la teoría reside en que la carga de derrotar la regla recae sobre el acusado⁸³.

⁸¹ Los porcentajes de concentración de alcohol que se mencionan están expresados en gramos por litro de sangre y la referencia es meramente ejemplificativa, sin ninguna pretensión de verdad. Sobre los efectos del nivel de consumo de alcohol en las capacidades para conducir, véase MÁRQUEZ (2016) pp. 117-146.

⁸² El *grado* de probabilidad requerido para que pueda inferirse de modo válido la creación del peligro que fundamenta la norma de la realización de la acción prohibida, en definitiva, depende de cuál es el estándar de prueba que rige en el proceso penal; o, más específicamente, depende del grado de probabilidad que exige el estándar de más allá de toda duda razonable. Cuanto más exigente sea dicho estándar de prueba, el grado de probabilidad requerido será mayor.

⁸³ El hecho que el acusado tenga no solo la carga de alegar la defensa, sino también la de proporcionar evidencia en su apoyo, es relevante, porque permite al tribunal, como regla general, desentenderse de la cuestión de si el acusado creó en el caso concreto un riesgo mayor al permitido. Dicho de otra manera, el tribunal *solo* deberá abordar ese planteamiento si el acusado logra aportar un mínimo de evidencia que brinde sustento a su defensa.

Sin embargo, cabe aclarar que la perspectiva de los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables no maximiza *todas* las ventajas de las reglas, ya que, efectivamente, la regla puede ser derrotada por razones que demuestren la injusticia material que provocaría su aplicación *–i.e., el castigo de un inocente–*. Desde un punto de vista consecuencialista, en cambio, sería más conveniente concebir a los delitos de peligro abstracto como presunciones irrefutables. Ciertamente, si la presunción fuera interpretada de este modo, la regla prevalecería frente a todas las situaciones de injusticia material, lo cual permitiría promover aún más la eficiencia, uniformidad y predictibilidad en la aplicación del derecho⁸⁴. De todos modos, en la medida en que se trata de una norma de carácter penal, es necesario tomar en cuenta, al menos en *alguna* medida, consideraciones relativas al merecimiento. Ello se debe a que, aun cuando desde un punto de vista consecuencialista la pena es concebida como una herramienta de regulación social, y no como un mecanismo para darle su merecido a los culpables, constituye una herramienta especial, pues transmite un mensaje de censura o desaprobación moral sobre el comportamiento del agente⁸⁵. Esta dimensión expresiva de la pena⁸⁶, que la diferencia de otras clases de sanciones, requiere que solo sean castigadas aquellas personas que, verdaderamente, merecen ser tratadas de ese modo. La teoría de los delitos de peligro abstracto como presunciones irrefutables, si bien maximiza las ventajas consecuencialistas de las reglas, asume un costo demasiado alto, ya que deja *completamente* indefensos a los inocentes que, a pesar de haber cometido el delito, no han realizado un acto digno de reprobación⁸⁷.

Por último, la perspectiva defendida aquí, en comparación con otras teorías, tiene una virtud adicional. Fundamentalmente, al no disimular las implicancias problemáticas que conlleva la criminalización de una conducta mediante la sanción de un delito de peligro abstracto, la teoría contribuye también a promover una actitud más cautelosa respecto de la sanción de esta clase de legislación penal. En efecto, en la medida en que los delitos de peligro abstracto dan lugar al riesgo de condenar a acusados que, a pesar de haber realizado la conducta descrita en la norma, eran verdaderamente inocentes, solo debería recurrirse a la sanción de estos delitos cuando existan razones suficientemente sólidas como para compensar los riesgos que ellos traen aparejados. La decisión de recurrir a un delito de peligro abstracto debería estar siempre precedida de una evaluación rigurosa, a base de información empírica, que tome en cuenta la gravedad de la conducta a prohibir y la medida en que los ciudadanos tienden a incurrir en ella, como también los recursos con los que cuentan las autoridades para controlar dicho comportamiento. Solo una vez que se ha realizado un análisis sobre la base de tales consideraciones contextuales, puede determi-

⁸⁴ Al respecto, véase SCHAUER (2009) p. 227.

⁸⁵ SIMESTER y VON HIRSCH (2011) p. 8.

⁸⁶ Sobre la dimensión expresiva de la pena, véase FEINBERG (1965) pp. 377-423.

⁸⁷ Por supuesto, si bien la facultad concedida al acusado de refutar la presunción de peligrosidad de su comportamiento *disminuye* el riesgo de que inocentes acaben por ser condenados, tal riesgo no desaparece completamente, pues es posible que algunos acusados que no han ocasionado un peligro mayor al permitido carezcan de los elementos de prueba necesarios para poder refutar dicha inferencia.

narse si vale la pena asumir el costo que implica la utilización de esta técnica legislativa⁸⁸. En este sentido, y a diferencia de los abordajes que suelen predominar en la literatura del derecho penal, la pregunta por la legitimidad de los delitos de peligro abstracto no admite una respuesta universal, que sea independiente por completo de consideraciones relativas al contexto social.

VI. CONCLUSIONES

En líneas generales, se ha presentado la discusión sobre la legitimidad de los delitos que criminalizan comportamientos que, normalmente, crean un riesgo *ex ante* mayor al permitido, aunque, en circunstancias excepcionales, la realización de esa conducta puede no ocasionar el nivel de riesgo que fundamenta la prohibición. El dilema que plantea esta clase de normas penales consiste en que, por un lado, transmiten un mensaje más preciso a los ciudadanos acerca de la conducta prohibida y, además, contribuyen a una aplicación más eficiente, consistente y predecible del derecho; empero, por otro lado, dan lugar al castigo de personas que, a pesar de haber realizado la conducta prohibida, no merecen la imposición de una pena, porque el riesgo que ellos ocasionaron se mantuvo dentro de un límite aceptable. Si bien, de acuerdo con algunas teorías, el dilema planteado no es tal, pues el acusado que viola la norma sin ocasionar un riesgo sustancial merecería igualmente ser castigado, tales enfoques fracasan en justificar la culpabilidad del agente en esas circunstancias. A su vez, si bien otros autores proponen castigar al acusado solo cuando él merezca la imposición de la pena, acaban por renunciar completamente a las ventajas de los delitos de peligro abstracto, ya que, al introducir conceptos que requieren un amplio esfuerzo de interpretación, transforman a estos delitos en normas penales fundadas en estándares.

Un modo adecuado de resolver la tensión entre las razones consecuencialistas que subyacen a la decisión de recurrir a esta técnica legislativa con las razones de merecimiento, que en el ámbito del derecho penal son especialmente relevantes, reside en interpretar los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables de la peligrosidad de la conducta prohibida. De acuerdo con esta idea, en la medida que el delito haya sido formulado correctamente, la realización de la acción descrita en la norma permite inferir más allá de toda duda razonable la creación de un riesgo mayor al permitido. En consecuencia, los delitos de peligro abstracto pueden funcionar verdaderamente como reglas, lo cual permite aprovechar las ventajas que esta clase de normas trae aparejadas en la aplicación del derecho penal. A su vez, se reconoce al acusado la posibilidad de refutar dicha presunción, mediante la presentación de evidencia que permita, al menos, dar lugar a una duda razonable acerca

⁸⁸ Así, por ejemplo, en una sociedad en la que la conducción bajo los efectos del alcohol no ocasionara un número elevado de víctimas fatales, o que contara con numerosos recursos económicos e institucionales para ampliar el control sobre los conductores alcoholizados –*v.gr.*: policías y funcionarios judiciales–, la sanción de un delito de peligro abstracto que criminalizara dicha conducta podría ser injustificada. En cambio, en un contexto social diferente, en el cual los accidentes causados por la conducción bajo los efectos del alcohol fueran más numerosos y los recursos disponibles para lidiar con tal comportamiento resultaran escasos, las ventajas que un delito de peligro abstracto proporcionaría en la aplicación del derecho penal podría justificar la sanción de esta clase de legislación penal.

de la creación de un riesgo mayor al permitido. De este modo, los inocentes que no han realizado una acción digna de reprobación disponen de un medio de defensa contra el castigo inmerecido. Empero, dado que la carga de derrotar la presunción recae sobre el acusado, quien deberá aportar elementos de prueba suficientes para apoyar esa defensa, como *regla general*, los jueces no deben ocuparse de analizar si, en el caso particular, tuvieron lugar circunstancias extraordinarias que compensaran el riesgo ocasionado por la realización de la conducta descrita en la norma.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry y FERZAN, Kimberly Kessler (2001): “Beyond the Special Part”, en DUFF, R. y GREEN, Stuart (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 253-278.
- CEREZO MIR, José (2002): “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N° 10: pp. 47-72.
- CÉSPEDES, Tomás (2021): “Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 44: pp. 233-261.
- DUFF, R. (1996): *Criminal Attempts* (Oxford, Oxford University Press).
- DUFF, R. (2005): “Criminalizing Endangerment”, en DUFF, R. y GREEN, Stuart (eds.) *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 43-64.
- DUFF, R. (2012): “Presuming Innocence”, en ZEDNER, Lucía y ROBERTS, Julian (eds.) *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice* (Oxford, Oxford University Press) pp. 51-66.
- FEINBERG, Joel (1965): “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, Vol. 49, N° 3: pp. 377-423.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2021): *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso* (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2016): “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en FERRER BELTRÁN, Jordi (ed.) *Motivación y racionalidad de la prueba* (Lima, Grijley) pp. 243-273.
- GRECO, Luis (2010): *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)* (Río de Janeiro, Editora Lumen Juris).
- GRECO, Luis (2004): “‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstracto – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, N° 49: pp. 88-147.
- HUSAK, Douglas (2013): *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal* (trad. Rocío Lorca Ferreccio, Madrid, Marcial Pons).
- HUSAK, Douglas (1998): “Reasonable Risk Creation and Overinclusive Legislation”, *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 1, N° 2: pp. 599-626.
- JAKOBS, Günter (1996): *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc).

- KINDHÄUSER, Urs (2009a): “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *InDret*, N° 1: pp. 1-19.
- KINDHÄUSER, Urs (2009b): “La lógica de la construcción del delito”, *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, N° 14: pp. 1-11.
- LAUDAN, Larry (2006): *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology* (New York, Cambridge University Press).
- MALDONADO, Francisco (2006): “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados ‘delitos de peligro’ en el moderno derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7: pp. 23-63.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2021): “Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, N° 2: pp. 79-100.
- MÁRQUEZ CISNEROS, Segundo (2016): *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto* (Madrid, Marcial Pons).
- MENDOZA BUERGO, Blanca (2002a): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 9: pp. 39-82.
- MENDOZA BUERGO, Blanca (2002b): *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto* (Granada, Comares).
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (1999): *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona, José María Bosch Editor).
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2019): “Normas de conducta”, *InDret*, N° 1: pp. 1-13.
- ROBERTS, Paul y ZUCKERMAN, Adrian (2012): *Criminal Evidence* (Oxford, Oxford University Press).
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (trad. de la segunda edición alemana Diego Luzón Peña [dir.] - Manuel Díaz y García Conlledo - Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas).
- SCHAUER, Frederick (2009): *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning* (Cambridge, Harvard University Press).
- SCHWIKKARD, Pamela (1999): *Presumption of innocence* (Cape Town, Juta).
- SIMESTER, A. P. y VON HIRSCH, Andrew (2011): *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalization* (Portland, Hart Publishing).
- ULLMAN-MARGALIT, Edna (1983): “On Presumption”, *The journal of Philosophy*, vol. 80, N° 3: pp. 143-163.
- VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (2016): “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa” (trad. Beatriz Spínola Tártalo), en HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?* (Madrid, Marcial Pons) pp. 279-302.

NORMAS CITADAS

ARGENTINA, Código Penal (29/10/1921).

ESPAÑA, Código Penal (24/11/1995).

YOWELL, Paul (2018) *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review* (Oxford: Hart) 174 pp.

Sin duda, la creciente relevancia de los tribunales en la vida pública a través de la revisión de la constitucionalidad de las leyes es uno de los fenómenos jurídicos de mayor importancia en las últimas décadas, lo que ha justificado un interés académico por el estudio de la jurisdicción constitucional a nivel global. Junto con estimular los estudios empíricos sobre comportamiento judicial, la relevancia del *judicial review* ha originado una abundante literatura que discute la legitimidad de esta institución. En términos generales, esta literatura se divide entre aquellos que observan el protagonismo de los tribunales con desconfianza por una eventual afectación al régimen democrático y aquellos que celebran el uso de este mecanismo como una forma de dar respuesta a distintos déficits en el proceso legislativo¹.

Recientemente, Paul Yowell ha escrito una interesante monografía que podríamos encuadrar dentro de la primera tendencia antes descrita, la que observa desde una aproximación crítica el papel expansivo de los tribunales a través del *judicial review*. Sin embargo, al abordar este asunto, él centra su análisis desde una perspectiva novedosa, enfocada en las capacidades institucionales de los altos tribunales para el razonamiento moral y empírico dentro del marco de la práctica constitucional. Aunque múltiples estudios previos ya han aludido parcialmente a este asunto, partiendo por la clásica obra de John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, existen distintos motivos que permiten destacar esta obra². Por una parte, ella aborda la capacidad institucional de los tribunales como primer foco de análisis, evitando realizar una crítica general al *judicial review*, como sucede en la buena parte de las obras clásicas sobre la materia. Por otra parte, esta monografía aborda este tópico desde una reflexión teórica que no se agota en el derecho de los Estados Unidos.

En el primer capítulo, el trabajo sitúa el contexto que sirve para su argumento. Explica primeramente cómo la teoría de los principios jurídicos de Dworkin y de razón pública en Rawls han introducido la reflexión moral en la argumentación judicial, reforzado una nueva versión del constitucionalismo nacida desde la segunda postguerra. Detalla, asimismo, de qué manera este nuevo tipo de razonamiento opera respecto de la invalidación de la legislación a partir de la aplicación de derechos morales de textura abierta. A su juicio, tal aproximación no solo renegaría de la doctrina de la separación de poderes difundida por Montesquieu, sino que se aparta de una más que milenaria tradición que distingue estrictamente los argumentos jurídicos de aquellos que no lo son.

A continuación, los capítulos dos y tres abordan en detalle el problema del razonamiento moral a nivel judicial. Estos reflexionan principalmente en torno al test de proporcionalidad, el que ejemplificaría este modelo de razonamiento orientando el foco de esta monografía. Para estos efectos, el capítulo dos explica detalladamente las distintas operaciones que involucra el test de proporcionalidad, utilizando ejemplos provenientes de la Corte Europea de Derechos Humanos, Canadá y los Estados Unidos. Junto con distinguir este test con otras líneas de razonamiento moral similares, como la idea de constitución

¹ Ver, por ejemplo: BICKEL (1986); TUSHNET (1999); Tushnet (2008).

² ELY (1981).

viviente, Yowell identifica una particular paradoja: el nuevo constitucionalismo se ha originado a partir de la idea de inviolabilidad de los derechos fundamentales, pero una de sus principales manifestaciones, el juicio de proporcionalidad, realiza un escrutinio para restringir los derechos cuando estos se encuentran en conflicto. En un intento por explicar en mayor profundidad esta paradoja, el capítulo tres estudia diversas variantes anti-utilitaristas propuestas por Dworkin sobre la idea de los derechos como triunfos de los individuos por sobre el bienestar general. De esta manera intenta responder si es o no necesario realizar un razonamiento empírico en la aplicación de los derechos, o si, por el contrario, su aplicación es solo un asunto ético-normativo.

En el capítulo cuatro, la obra aborda directamente el problema de los tribunales y el razonamiento empírico en el *judicial review*. A través de distintos procesos clásicos en el derecho constitucional norteamericano, como *Lochner* (1905), *U.S. v. Carolene Products* (1938) y *Roe v. Wade* (1973), Yowell muestra que los tribunales están diseñados para observar hechos singulares referidos al caso concreto (*adjudicative facts*), no consideraciones generales sobre la sociedad (*legislative facts*). A partir de estos y otros casos de estudio, el trabajo problematiza las competencias de los tribunales para apreciar los métodos y conclusiones propios de las ciencias sociales. Particularmente ilustrativo resulta su exposición sobre las deficiencias que han mostrado los tribunales respecto de su capacidad para apreciar la información estadística.

Los siguientes dos capítulos realizan un análisis comparado de las capacidades institucionales de los tribunales y el legislador, tanto en lo que se refiere al razonamiento empírico como en lo que respecta al juicio moral. Yowell afirma que la capacidad epistemológica de los tribunales se desenvuelve dentro de un contexto artificial en el que estos deben vincular las decisiones judiciales pasadas con el nuevo caso. Mientras tanto, los legisladores gozarían de una especie de superioridad epistemológica, tanto por estar habituados en regular el mundo real como por sus múltiples bagajes profesionales y experiencias, a los que se suman diversas estructuras de apoyo destinadas a la elaboración de políticas públicas. Respecto del juicio moral en particular, Yowell plantea que los tribunales sufren la imposibilidad de realizar un razonamiento transparente desde una amplia variedad de perspectivas, pues están limitados por el derecho. Asimismo, destaca que las virtudes de imparcialidad y equanimidad que habitualmente se atribuyen a los jueces no son tan claras, pues ellos se rigen por la regla de mayoría y su razonamiento está fuertemente condicionado por consideraciones estratégicas (p. 129). A través de distintos ejemplos históricos, estos capítulos muestran como a lo largo del tiempo los tribunales han incurrido en razonamientos morales que han resultado erróneos y se han convertido en obstáculos a las reformas jurídicas.

Finalmente, Yowell analiza las características que debería poseer una jurisdicción constitucional que asuma las capacidades reales de los jueces para el juicio moral y el análisis empírico (y su correlativa desventaja frente al legislador). En buena medida, su propuesta se asemeja al modelo de legislador negativo ideado por Kelsen, alternado con algunas propuestas concretas para mejorar la capacidad institucional de los tribunales. Tomando como ejemplo el fallido establecimiento del *Council of Review* discutido por los redactores de la constitución de Estados Unidos, Yowell aboga por un sistema de revisión abstracta, centralizada en un alto tribunal, y diseñada como legislador negativo que solo puede anular

la ley. De este modo, busca desincentivar la litigación adversarial y permitir un análisis menos susceptible a la impresión emocional que puede provocar los detalles del caso concreto. Asimismo, propone crear departamentos de estudio robustos para que los tribunales analicen información empírica, fortaleciendo una interacción directa de los jueces con expertos que supere la mera lectura de informes periciales. Igualmente, propone la inclusión de jueces legos que incorporen nuevas perspectivas a fin de mejorar la capacidad de razonamiento moral abierto, como sucede en el Consejo Constitucional francés.

El trabajo es una contribución relevante no solo para quienes estudian el derecho público en general, sino también para todos aquellos quienes poseen un particular interés en el papel de la judicatura en el proceso político. Posee una serie de pasajes muy agudos, que vale la pena leer, como su cuidadoso análisis comparado de las capacidades institucionales de jueces y legisladores (pp. 90-130). Sin embargo, es conveniente formular algunas notas críticas.

En primer lugar, una posible deficiencia asociada fundamentalmente al carácter teórico del texto, es su aproximación anecdótica a la jurisprudencia de los tribunales. Hoy existen trabajos significativos de que examinan el razonamiento constitucional a nivel agregado, como la obra *Comparative Constitutional Reasoning*, coordinada por Andrés Jakab, Arthur Dyevre y Giulio Itzcovich, que estudia la argumentación judicial en este ámbito en 18 jurisdicciones a nivel global. Un análisis de esta evidencia permitiría dimensionar el punto de partida del trabajo de Yowell: el creciente involucramiento judicial con consideraciones empíricas y morales³. A través de ella, por ejemplo, sería posible evaluar si las consideraciones morales y empíricas de los tribunales constitucionales constituyen el centro de la toma de decisiones judiciales o si son más bien elementos retóricos que resultan marginales frente a consideraciones normativas.

En segundo lugar, pareciera que el trabajo parte de cierta consideración idealizada de legislador. Aunque Yowell está en lo correcto al identificar sus mejores capacidades institucionales frente a los tribunales, omite mencionar que un número importante de investigadores hoy destacan cómo el legislador ha visto mermado su rol. Al respecto conviene revisar evidencia reciente que muestra la forma en que el Congreso de los Estados Unidos ha perdido relevancia frente al papel del Poder Ejecutivo, producto de factores como la incapacidad de sortear los vetos de minorías parlamentarias circunstanciales y una menor capacidad de análisis de políticas públicas que las agencias administrativas⁴. A ello cabría agregar que, en muchos lugares en los que el régimen democrático resulta más débil, los defensores del activismo judicial reclaman la captura del legislativo por intereses privados y redes de corrupción⁵. Habría sido conveniente que el Yowell al menos hubiere dedicado algunas palabras que incorporen esta realidad en su análisis.

En último lugar, el capítulo final dedicado al modelo que propone como alternativa al régimen de *judicial review* debe también ser matizado. La propuesta de un régimen diseñado en base a la revisión abstracta, centralizada en un alto tribunal, y estructurada como

³ JAKAB, DYEVRE E ITZCOVICH (2017).

⁴ LAPIRA, DRUTMAN Y KOSAR (2020).

⁵ BARROSO (2016).

legislador negativo en ningún caso elimina los problemas del razonamiento empírico y moral de los altos tribunales en este ámbito. En la práctica del derecho comparado existen innumerables ejemplos sobre tribunales constitucionales que, en el marco de un régimen de *judicial review* como el que Yowell propone, recurren a líneas argumentativas similares a las que son objeto de su crítica. Además, en el caso de la revisión abstracta, los cuestionamientos a la compatibilidad entre el régimen democrático y el *judicial review* pueden convertirse en un problema más agudo.

Pese a aquellas críticas puntuales, el libro de Yowell realiza un aporte significativo y debería convertirse en un clásico de gran relevancia para todos quienes examinan las capacidades institucionales de los jueces. Aunque el texto por sí mismo busca cubrir este tópico, resulta recomendable estudiarlo con otros trabajos de Yowell, como *Legislated Rights*, escrito en conjunto con otros autores⁶. Ello permite comprender este texto como parte de un proyecto intelectual más amplio, que también busca reivindicar que el legislador toma de decisiones morales de justicia que trascienden una mera comprensión utilitarista sobre el bienestar general, cuestionando asimismo que este sea un mero esclavo de las mayorías políticas. Debido a la calidad del trabajo y el imperativo que significa defender la separación de poderes como un requerimiento del estado de derecho, debería convertirse en un libro imprescindible para los tiempos actuales.

CRISTIÁN VILLALONGA TORRIJO
Pontificia Universidad Católica de Chile

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARROSO, Luis Roberto (2016): "Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts" en BUSTAMANTE, T. y GONÇALVES, B. (eds.): *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and Legitimacy of Constitutionalism* (Cham: Springer): pp. 71-90.
- BICKEL, Alexander. (1986): *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Heaven N.J.: Yale University Press).
- ELY, John Hart (1981): *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge M.A.: Harvard University Press).
- JAKAB, András, DYEVE, Arthur y ITZCOVICH, Giulio (eds.) (2017): *Comparative Constitutional Reasoning* (New York: Cambridge University Press).
- LAPIRA, Timothy M., DRUTMAN, Lee y KOSAR, Kevin (eds.) (2020): *Congress Overwhelmed. The Decline in Congressional Capacity and Prospects for Reform* (Chicago. The University of Chicago University Press).
- TUSHNET, Mark (1999): *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton N.J. Princeton University Press).

⁶ WEBBER, YOWELL, EKINS, KÖPCKE, MILLER y URBINA (2018).

TUSHNET, Mark (2008): *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton N.J. Princeton University Press).

WEBBER, Grégoire, y otros (2018): *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (New York: Cambridge University Press).

VAN HARTEN, Gus (2020): *The Trouble with Foreign Investor Protection* (Oxford, Oxford University Press) 224 pp.

Gus Van Harten es uno de los más influyentes críticos de los tratados de inversión (TI). Existe una abundante literatura sobre las injusticias y otros inconvenientes de los TI. Gus Van Harten, sin embargo, da un paso más allá, sintetizando dichos problemas jurídicos para formular, de manera más general, una crítica desde la economía política. En sus palabras, los TI consagran una desigualdad basada en la riqueza, otorgando privilegios legales a corporaciones multinacionales por la mera posesión de activos en más de un país (p. vii). El constitucionalismo prohíbe que la mera posesión de riqueza sirva de base para discriminar en el acceso a la igual protección que la ley debe otorgar a todas las personas. Si la tesis de Van Harten es correcta, los TI deberían ser sometidos a un profundo escrutinio y reforma, para alinearlos con los estándares de justicia que la democracia y los derechos humanos exigen. A continuación se explica cómo los TI, en la forma interpretada por los respectivos árbitros, consagran dichos privilegios, de acuerdo a lo expuesto por Van Harten.

Acceso a la justicia. La tipología de litigios de inversión extranjera suele ser, a grandes rasgos, la siguiente: un Estado adopta una medida regulatoria de interés público, como puede ser la protección ambiental, el bienestar laboral o el respeto a la participación de pueblos indígenas en asuntos que les concierne directamente, lo cual afecta las utilidades de un inversionista extranjero, el cual demanda al Estado frente a un tribunal arbitral internacional para que se le indemnice la pérdida de lucro que la medida le genera. De acuerdo a los estándares mínimos de debido proceso internacionalmente reconocidos, toda parte que se vea afectada por el resultado de un juicio debería tener derecho a participar del mismo, como sería el caso, por ejemplo, si producto de dicho litigio, el Estado optara por derogar una norma de protección ambiental en detrimento de los derechos de una determinada comunidad. Sin embargo, los árbitros de inversiones han tomado una posición restrictiva al respecto. No solo han negado a los interesados el derecho a ser parte del juicio, sino que raramente han concedido, siquiera, la posibilidad de ser oídas como *amici curiae* (p. 66). Para ilustrar el punto, Van Harten cita el caso *Von Pezold (Bernard) and Others v Republic of Zimbabwe*. Allí, cuatro comunidades indígenas, que reclamaban derechos sobre la tierra que era objeto de un litigio entre un inversionista extranjero y el Estado de Zimbabue, solicitaron a los árbitros del caso que se les admitiera como *amici curiae* para presentar su posición. A pesar de que los árbitros reconocen que su fallo puede impactar sus intereses, de todos modos rechazan la solicitud, esgrimiendo que las comunidades no eran neutrales o independientes, lo cual era injusto con el inversionista (p. 66).

Agotamiento de remedios domésticos. En el derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo, una víctima de dicha clase de ilícitos necesitaría recurrir a las instancias jurisdiccionales disponibles en su país antes de poder entablar una acción ante un tribunal internacional. Dichas gestiones, normalmente, pueden tomar varios años. Los árbitros de inversiones, sin embargo, han interpretado los TI de tal manera que permiten a los inversionistas extranjeros, en muchos casos, evitar las cortes nacionales (p. 41). Ello aligera la carga temporal y económica de las multinacionales, mientras las víctimas de derechos humanos, usualmente personas pobres, deben sortear onerosos requisitos para obtener justicia.

Elección de nacionalidad. El famoso caso *Barcelona Traction*, decidido por la Corte Internacional de Justicia en 1970, trató sobre una demanda de Bélgica en contra de España, en representación de accionistas belgas que tenían propiedad sobre una sociedad canadiense con activos en España, y que recaía sobre ciertas acciones ejecutadas por el Estado español que habrían afectado la propiedad de dichos accionistas belgas sobre la compañía. La CIJ estableció que no procede una demanda de esta naturaleza cuando la propiedad de los accionistas es indirecta. Legalmente, correspondía que demande Canadá, pues de dicho país es la nacionalidad de la compañía. Esta norma de derecho internacional, destinada justamente a evitar la proliferación de demandas internacionales, ha sido desestimada por los árbitros de inversiones (p. 70). En efecto, en el arbitraje de inversiones, es práctica común por parte de los inversionistas establecer *shell companies* (corporaciones meramente “de papel”, sin desarrollo de actividades productivas) en algún país con un TI favorable para acceder a su protección, independiente de cuál sea el lugar donde, efectivamente, desarrollen su negocio. Evidentemente, una persona natural no tiene tal posibilidad. Un chileno no puede esgrimir un tratado bilateral entre, digamos, Suecia y Estados Unidos, para obtener facilidades migratorias. Una multinacional de cualquier parte del mundo puede acceder a la protección de un TI extranjero que le sea favorable mediante un simple papeleo.

Esquivar los tribunales acordados. En la mayoría de jurisdicciones, las partes pueden acordar qué tribunales resolverán eventuales disputas y bajo qué ley. Obviamente, producido el acuerdo, las partes quedan vinculadas por él. No así para las multinacionales. Los árbitros de inversiones les han permitido entablar demandas contra un Estado bajo el procedimiento indicado en el respectivo TI incluso cuando habían acordado un foro jurisdiccional distinto (p. 74).

Secretismo. En Chile y muchísimos otros países, los expedientes de causas no criminales, en general, son públicos en su totalidad. Ello permite controlar la función jurisdiccional, un elemento básico del Estado de Derecho. En los arbitrajes de inversión, sin embargo, la regla es la opuesta. Salvo limitadas excepciones, los expedientes de dichas causas son secretos (p. 95-96).

¿Qué explica la existencia de estos privilegios? Pues una cuestión es querer fomentar un clima favorable a la inversión, lo cual debe ser prioridad de cualquier gobierno, y otra muy distinta es hacerlo mediante el otorgamiento de ventajas judiciales, lo cual debería sortear un riguroso escrutinio para conformarse con el principio de igualdad en la protección que la ley debe otorgar a todas las personas, sin discriminar por la cantidad de riqueza poseída o, menos aún, por la sola localización de los activos del inversionista extranjero. En dicho sentido, es difícil encontrar razones que justifiquen dicha discriminación.

Para contextualizar los temas que posteriormente se desarrollan, Van Harten aborda la historia del surgimiento de los TI. Sostiene dicho autor que ellos son un producto del colonialismo, en tanto fueron el mecanismo al que recurrieron los decadentes imperios europeos para mantener los privilegios económicos de sus empresas en las recientemente independizadas excolonias (p. 14). La primera ola de TI, aquellos suscritos en las décadas de 1960 y 1970, fueron, en su mayoría, suscritos entre potencias europeas occidentales y excolonias. A mayor abundamiento, Van Harten identifica la relación entre varios TI y regímenes dictatoriales, algunos de ellos aliados de los mismos países occidentales con

quienes suscribían dichos TI. El primer TI de que se tiene registro fue celebrado en 1968 entre Holanda y una de sus excolonias, Indonesia, cuando Suharto, uno de los más brutales dictadores de la historia, apoyado por Estados Unidos y sus aliados, era gobernador del país asiático. Italia, en 1968 y 1969, respectivamente, firma TI con Gabón, bajo régimen de partido único y Chad, bajo régimen autoritario. Holanda continuaría, entre 1970 y 1972, concluyendo cinco TI, con Uganda, Kenia, Malasia, Marruecos y Singapur, todos ellos, entonces, bajo regímenes autoritarios o de partido único. Estados Unidos hace lo propio en 1982, suscribiendo un TI con Panamá, entonces bajo la célebre dictadura de Manuel Noriega, colaborador de la CIA (p. 16-18). La lista completa de TI que obedecen a este patrón es aún más extensa.

Entre los defensores de los TI se ha alegado, por el contrario, que su existencia se debe a la adopción voluntaria que realizan los países, fruto de las ventajas económicas que los TI reportarían, al incentivar la inversión extranjera mediante normas robustas de protección de la propiedad. Esta influyente hipótesis, sin embargo, cuenta con escasa evidencia (p. 8). De hecho, los estudios que se han realizado para explorar el vínculo entre inversión extranjera y TI se inclinan por la irrelevancia de estos últimos para explicar el aumento de aquella¹. Además, los países también se benefician económicamente de empresas locales, quienes no gozan del antedicho beneficio (p. 8), lo cual contribuye a desestimar dicha hipótesis. Otro argumento levantado ha sido que el carácter de largo plazo de las inversiones, así como el carácter de “hundidos” de los costos involucrados, exige protecciones especiales que, de no existir, no incentivarían a los inversionistas a asumir el riesgo. Se puede aquí reiterar la misma réplica anterior: dichas cualidades pueden también poseerlas las inversiones domésticas, sin que por ello puedan acceder a estos privilegios legales (p. 9). Otro punto que se ha mencionado es la carencia de un sólido Estado de Derecho en países receptores de inversión extranjera, por ejemplo, sin tribunales independientes. Siendo dicha constatación cierta en algunos casos, no lo es en muchos otros. Además, como nos recuerda Van Harten, un débil Estado de Derecho exige no menos que el mejoramiento en el acceso a la justicia para todos los ciudadanos y respecto a todos sus derechos, no solo para inversionistas extranjeros y sus derechos económicos (p. 10).

Todo lo anterior permite tener una aproximación más fidedigna al asunto. De este modo, es posible que la explicación se halle en un punto intermedio entre la mera explotación colonial o el bienestar económico. Por ejemplo, se ha argumentado que los tratados económicos modernos parecieran ser, más bien, el producto de captura política por parte de conglomerados económicos cuyos intereses se encuentran sobrerrepresentados².

Todo lo anterior, en definitiva, contribuye a la situación de privilegio en que se encuentran los inversionistas extranjeros en relación al resto de sujetos de la sociedad. Cabe notar, como explica Van Harten, que estas interpretaciones exceden el texto de los mismos TI. La hipótesis que ofrece Van Harten es que en los arbitrajes internacionales existe un incentivo perverso para fallar en favor del inversionista. Ello, puesto que los árbitros que deciden estas materias aumentan sus ganancias cuanto mayor es la cantidad de juicios ini-

¹ STIGLITZ (2008), p. 454.

² RODRIK (2018), pp. 82 y ss.; STIGLITZ (2008), pp. 551-552.

ciados, al percibir mayores honorarios, ya sea como árbitros o abogados litigantes (roles que suelen emplearse simultáneamente en distintos litigios). Con una interpretación expansiva de las cláusulas de protección del inversionista, aumentan las posibilidades del inversionista de ganar el juicio, proliferando la existencia de estos procedimientos y el mencionado beneficio para los árbitros de la industria. De estar en lo cierto Van Harten, los TI se asemejarían más a un negocio que a una institucionalidad de protección de derechos.

CARLOS MIRANDA ARRAU

Instituto Nacional de Derechos Humanos

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- RODRIK, Dani (2018): "What do trade agreements really do?", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 32, N° 2: pp. 73-90.
- STIGLITZ, Joseph (2008): "Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities", *American University International Law Review*, vol. 23, N° 3: pp. 451-558.

LA INEXISTENCIA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL O HUMANO A BLOQUEAR VÍAS EN SITUACIÓN DE PROTESTA

THE NONEXISTENCE OF A CONSTITUTIONAL OR A HUMAN RIGHT TO BLOCK PUBLIC WAYS IN A PROTEST

CARLOS BERNAL*

RESUMEN: Este ensayo defiende la tesis, según la cual, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe un derecho fundamental definitivo a bloquear vías en situación de protestas. Tampoco existe un derecho humano semejante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Antes bien, las autoridades tienen la competencia, y en muchos casos también el deber, de levantar los bloqueos de vías, cuando estos afecten de forma desproporcionada a otros derechos fundamentales o bienes constitucionales.

Palabras clave: Derecho de reunión y manifestación; Protesta; Bloqueo de vías; Estándares interamericanos; Proporcionalidad.

ABSTRACT: This paper endorses the claim that, within the Colombian legal order, there is no constitutional right to block public ways during a protest. Furthermore, there is no human right with such content in the Inter-American Human Rights System. Instead, authorities have a power, and in many cases, a duty, to unblock public ways, when this disproportionately interferes with other constitutional rights or goods.

Keywords: Right to Demonstration; Protest; Public Way Blockage; Inter-American Standards; Proportionality.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el artículo 37 de la Constitución Política de Colombia: “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho”. Esta disposición institucionaliza el derecho de reunión y manifestación pacífica en el derecho constitucional colombiano.

Esta disposición replica lo dispuesto por algunas fuentes internacionales de derechos humanos, que son vinculantes para Colombia y para otros países en América Latina¹. Se-

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca y en Filosofía por la Universidad de la Florida. Profesor de las facultades de derecho de la Universidad de Dayton (Ohio, Estados Unidos) y de la Universidad de la Sabana (Bogotá, Colombia). Dirección Postal: University of Dayton School of Law, 300 College Park, Dayton, Ohio, 45469, Estados Unidos de América. Número Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1310-8398>. Direcciones de correo electrónico: cbernal1@udayton.edu y carlosbep@unisabana.edu.co. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación CAEFI 2021.

¹ Sobre el carácter de derecho humano de las libertades de expresión y de reunión, que pueden ejercerse por medio de la protesta, véase CORZO SOSA (2016) pp. 77 ss.

gún el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, estas disposiciones prevalecen en el orden interno². En este sentido, existe una coincidencia –por lo menos, en abstracto, en cuanto al *nomen iuris*– entre el contenido protegido por el derecho fundamental de reunión y manifestación y el derecho humano a reunirse y manifestarse de forma pacífica.

Las disposiciones internacionales de derechos humanos vinculantes para Colombia más importantes, en cuanto a la protección del derecho de reunión y manifestación pacífica, son: (i) el inciso 1º del artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³; (ii) los artículos 19 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴; y (iii) los artículos 15 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵.

En varios lapsos, entre 2019 y 2021, el contenido y los límites de este derecho fundamental han estado en el centro del debate político y jurídico en Colombia. En especial, estos aspectos adquirieron una súbita relevancia nacional e internacional, a partir del 28 de abril de 2021, debido a la situación de protestas que desencadenó el llamado “paro nacional”. En un intento de replicar las protestas que tuvieron lugar en Chile en octubre de 2019, este paro fue un movimiento liderado por organizaciones de la sociedad para exigir ciertas reformas económicas y sociales. Según dichas organizaciones, estas reformas están relacionadas con problemas históricos estructurales –la desigualdad y la falta de satisfac-

² Art. 93, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (1991). El texto de esta disposición es el siguiente: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. // El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución”.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

³ Art. 20, DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948). El texto de esta disposición es el siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”.

⁴ Art. 19 inciso 2º del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966). El texto de esta disposición es el siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Asimismo, es relevante el artículo 21 del mismo pacto, cuyo texto es el siguiente: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

⁵ Art. 15, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969). El texto de esta disposición es el siguiente: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”. También es relevante el inciso 1º del artículo 13 de dicha Convención, cuyo texto es el siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

ción de derechos económicos sociales y culturales—, que se agudizaron con la pandemia del Covid-19⁶.

En el desarrollo del paro nacional tuvieron lugar miles de actividades⁷. Algunas de estas actividades fueron de protesta pacífica. Otras consistieron en actos delictivos, vandálicos y violentos, en contra de la población civil, los miembros de la fuerza pública y algunos manifestantes, así como contra bienes públicos y privados⁸. Las protestas también impidieron el desenvolvimiento de actividades económicas y causaron desabastecimiento de víveres en varias ciudades, y de medicamentos y oxígeno en etapas dramáticas de la pandemia del Covid-19.

Una pregunta relevante en este contexto es si, como parte del contenido protegido por el derecho de reunión y manifestación, quienes protestan tienen un derecho fundamental o humano a bloquear vías públicas. O si, por el contrario, no existe un derecho semejante y, en consecuencia, las autoridades tienen el poder, y acaso también el deber, de prohibir los bloqueos —incluso mediante normas penales—, y de levantarlos. La respuesta a este interrogante debe darse en el marco de una discusión, más amplia, sobre ¿qué límites puede o debe constitucionalmente imponerse al derecho de reunión y manifestación pacífica, a fin de proteger otros derechos fundamentales —como, por ejemplo, los derechos a la vida y a la integridad de los particulares y de los miembros de la fuerza pública— u otros bienes constitucionales —verbigracia, la integridad del patrimonio público o la estabilidad económica—⁹.

En esta discusión de mayor amplitud han sido relevantes: (i) el informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tras su visita a Colombia en junio de 2021¹⁰; y (ii) el informe: “El Paro Nacional 2021: Lecciones aprendidas para el ejercicio del derecho de reunión pacífica en Colombia”, de diciembre de 2021, en que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó una evaluación de las protestas de 2021 y formuló recomendaciones al Gobierno Nacional. Estas fuentes jurídicas de derecho internacional blando contienen especificaciones pertinentes acerca de la forma en que los derechos fundamentales y humanos protegen el desarrollo de las protestas, así como sobre los límites de esta protección. Algunas de estas consideraciones son relevantes para determinar si existe un derecho fundamental o humano a bloquear vías en situación de protesta. Es cierto que estas fuentes no son vinculantes para el Estado. Sin embargo, ellas establecen reglas —a veces llamadas estándares— que los Estados deben cumplir de buena fe. En Colombia tales reglas tienen una naturaleza jurídica singular. Jueces y abogados a veces las consideran como parte del antes citado bloque de constitucionalidad, que integra todo el contenido de los derechos fundamentales.

⁶ NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2021) párrs. 18 a 27.

⁷ Según el Gobierno Nacional de Colombia, tan solo el primer día de paro nacional, el 28 de abril de 2021, tuvieron lugar más de 12.000 actividades de protestas. GOBIERNO NACIONAL (2021).

⁸ Al respecto son relevantes, por ejemplo, los resultados trágicos de varias jornadas en septiembre de 2020. Véase: EL TIEMPO (11.09.2020).

⁹ Véase, PAÚL (2019) pp. 634-641.

¹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021).

Dentro de este contexto, este trabajo defiende tres tesis: (i) primero, que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe un derecho fundamental o un derecho humano definitivo a bloquear vías en situación de protestas; (ii) segundo, que, antes bien, las autoridades públicas tienen el poder jurídico, y en muchos casos también el deber, de levantar los bloqueos de vías, cuando estos afecten de forma desproporcionada otros derechos fundamentales o bienes constitucionales; y (iii) en este sentido, el delito de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”, tipificado por el artículo 353A de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), es conforme con la Constitución Política y con los tratados internacionales sobre derechos humanos vinculantes para Colombia. Asimismo, el artículo 1° inciso 2° del Decreto 575 de 2021, que ordenó a los gobernadores y alcaldes de los departamentos y municipios más afectados por los bloqueos, cooperar con las fuerzas armadas para levantarlos, también es conforme con estas normativas.

Estas tesis pueden ser relevantes más allá de las fronteras colombianas. Tras los ejemplos de Chile y de Colombia, es posible que movimientos sociales utilicen la estrategia de protestas y de bloqueo de vías para conseguir objetivos políticos y reformas sociales y económicas en otros países de América Latina. Dados los pronunciamientos sobre el tema, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en esas latitudes también se suscitará el interrogante de si existe un derecho a bloquear las vías en situación de protestas y, de ser así, cuáles son sus límites.

Para fundamentar las tesis que defiendo en este artículo, procederé de la siguiente manera. En la sección II me referiré al contenido y a los límites del derecho fundamental de reunión y manifestación. En la sección III analizaré la prohibición de obstrucción de vías públicas como límite al derecho de reunión y manifestación, así como si resulta proporcionada y, en consecuencia, acorde con los derechos fundamentales y humanos. Tras ello, incluiré las conclusiones y la bibliografía. Este trabajo no persigue llevar a cabo un estudio de derecho comparado. Sin embargo, sí contiene algunas alusiones a regulaciones norteamericanas y a sentencias de ciertas jurisdicciones específicas que tienen relación directa con el problema central, es decir, el bloqueo de vías.

II. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

1. EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN NO PROTEGE LAS PROTESTAS QUE NO SEAN PACÍFICAS

El artículo 37 de la Constitución Política de Colombia instituye una limitación directamente constitucional al derecho fundamental de reunión y manifestación pública¹¹. Esta limitación consiste en que este derecho ampara solo las reuniones y manifestaciones pacíficas. Esto quiere decir que las reuniones y manifestaciones que no sean pacíficas, es

¹¹ Las limitaciones directamente constitucionales de los derechos fundamentales son aquellas que el propio texto de la Constitución Política instituye. Estas limitaciones excluyen de la protección constitucional los contenidos directamente limitados. Véase ALEXY (2008) pp. 248-252.

decir, las violentas, están excluidas del contenido o ámbito de protección de este derecho fundamental.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional. Esta Corte ha señalado que el derecho de reunión y manifestación pública y pacífica es esencial para el desarrollo de la democracia participativa. Por ello, no solo desde el punto de vista formal, sino también desde una perspectiva material, vinculada a la democracia¹², este derecho tiene el carácter de derecho fundamental. Asimismo, algunas conductas que pueden incluirse dentro de su ámbito normativo también están protegidas por el derecho fundamental a la libertad de expresión. Con todo, la Corte Constitucional ha enfatizado que este derecho no protege todo tipo de expresiones de manifestación. Antes bien, “excluye de su contorno material las manifestaciones violentas y los objetos ilícitos”¹³.

Esta posición de la Corte Constitucional¹⁴ es consistente con las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, antes enunciadas. Estas disposiciones no protegen el derecho de reunión y de manifestación cuando se lleva a cabo por vías violentas.

En lo que concierne a la última de estas fuentes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que: “El derecho de reunión protege la congregación pacífica, intencional y temporal de personas en un determinado espacio para el logro de un objetivo común, incluida la protesta”¹⁵. La Comisión también ha señalado que tanto en el plano internacional como en los ordenamientos jurídicos internos de los países de la región, este derecho está restringido en cuanto al modo de su ejercicio: “tiene como requisito el de ejercerse de manera pacífica y sin armas”¹⁶.

Algo similar ocurre en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. El artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos solo protege el derecho de “reunión pacífica”¹⁷. Como ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, este derecho no ampara manifestaciones que sean desarrolladas con intención de desplegar actos de violencia, para incitar a la violencia o para minar los fundamentos de una sociedad democrática¹⁸.

Una primera conclusión que hasta aquí puede extraerse es que ni el derecho fundamental ni el derecho humano de reunión y manifestación protegen actividades de protesta que no sean pacíficas. Como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido, esto implica que: (i) “el Estado puede restringir la participación en manifestaciones

¹² Sobre el fundamento material de los derechos fundamentales en la teoría democrática, véase BERNAL PULIDO (2014) capítulo III.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia del 7 marzo de 2018. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C-009.

¹⁴ La Corte Constitucional ya había asumido esta posición en la Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia C-742.

¹⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 19.

¹⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 81.

¹⁷ ART. 11, CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

¹⁸ *TARANENKO vs. RUSIA* (2014) § 66; *NAVALNYY vs. RUSIA* (2018); § 98; *TER-PETROSYAN vs. ARMENIA* (2019) § 53; *FÁBER vs. HUNGRÍA* (2012) § 37; y *GÜN Y OTROS vs. TURQUÍA* (2013) § 49.

públicas y protestas a las personas que cometan actos de violencia o que porten armas”¹⁹; (ii) el Estado puede restringir su derecho a la manifestación a las “personas que cometan actos de violencia en el contexto de protestas”²⁰; y (iii) que el Estado puede recurrir al uso legal, necesario y proporcional de la fuerza pública “para proteger la integridad de los manifestantes, así como de personas ajenas a la movilización que se vean involucradas”²¹.

2. EL MODO DE LAS PROTESTAS Y LA OBSTRUCCIÓN DE VÍAS

Ahora bien, en su informe sobre protesta y derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha aludido a algunas posiciones jurídicas que, *prima facie*, protegen el derecho de reunión y manifestación pacífica²². Estas se refieren a los derechos a participar en protesta sin autorización previa, elegir el contenido y los mensajes de la protesta, escoger el tiempo de la protesta, así como el modo de la protesta²³.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refiere a “derecho” cuando alude a estas posiciones jurídicas. Esta alusión es correcta, siempre y cuando se entienda que se trata de derechos *prima facie*, es decir, derechos que, en principio tienen validez, pero que pueden ser limitados por las autoridades²⁴. Si el Legislador limita estas posiciones, y la limitación es proporcionada, la posición desaparecerá del orden jurídico. En esta hipótesis, ya no podrá ser considerada como un derecho válido o definitivo²⁵. En otras palabras, las posiciones jurídicas relativas al poder de determinar el modo de las protestas tienen el carácter de *prima facie*. Si son desproporcionadas, las autoridades pueden limitarlas e impedir que sean reconocidos como derechos definitivos.

Una pregunta relevante es si el derecho a determinar el modo de la protesta implica un derecho *prima facie* a manifestarse en las vías públicas y ocasionar algunas obstrucciones. A esta pregunta debe darse una respuesta positiva, siempre y cuando –se reitera– se entienda que se trata de posiciones *prima facie*. Como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, es natural que el ejercicio del derecho de manifestación

¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 81.

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 84.

²¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 84.

²² En el ámbito de los derechos fundamentales o humanos, las posiciones jurídicas son relaciones jurídicas entre los titulares y los destinatarios de estos derechos. En su forma más común, presentan una estructura triádica en la cual el titular de un derecho –o sujeto activo– (por ejemplo, la persona que quiere ejercer el derecho de reunión y manifestación) tiene un derecho a que destinatario del derecho –o sujeto pasivo– (por ejemplo, el Estado), desarrolle a su favor una conducta o una abstención (por ejemplo, no impedir una manifestación). Los tres elementos de una posición jurídica son, entonces, el titular del derecho, el destinatario y la conducta debida. Véase sobre este concepto: BERNAL PULIDO (2014), capítulo primero.

²³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párrs. 25-33.

²⁴ Sobre el concepto de derecho *prima facie* o limitable, véase: BERNAL PULIDO (2014) capítulo sexto.

²⁵ Existe una amplia discusión doctrinal sobre si el principio de proporcionalidad es el único límite constitucional a la validez de las limitaciones legislativas a los derechos fundamentales. Sobre este aspecto, véase: BERNAL PULIDO (2014) capítulo tercero. Allí defendiendo la tesis según la cual el legislador tiene límites formales (de competencia y procedimiento) y materiales. Los límites materiales provienen de reglas constitucionales específicas y del principio de proporcionalidad. A este principio es posible reconducir algunos límites que surgen de los conceptos de contenido esencial o de razonabilidad.

genere “molestias”, “distorsiones” menores “a los derechos de otras personas” o a la “rutina de funcionamiento cotidiano”²⁶, incluso con “cortes de ruta”²⁷.

De lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deriva que: (i) el derecho de manifestación protege, *prima facie*, la conducción de manifestaciones que impliquen la eventual obstrucción de una vía o de algunas vías; (ii) la mera obstrucción de una vía que cause molestias a los derechos de otras personas o a la rutina no convierte en “no pacífica” a una manifestación; y (iii) la causación de estas molestias o interrupciones menores implica un ejercicio proporcionado del derecho de reunión y manifestación. En otras palabras, las obstrucciones de vías públicas son compatibles, de modo definitivo, con la Constitución Política y con la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando su magnitud e intensidad solo genere “molestias”, “distorsiones” menores “a los derechos de otras personas” o a la “rutina de funcionamiento cotidiano”.

Sin embargo, de esto no se sigue que exista un derecho fundamental o humano definitivo a obstruir vías, así como tampoco que el Estado carezca de competencia para prohibir la obstrucción generalizada o desproporcionada de vías. El Estado puede regular y limitar el derecho *prima facie* a obstruir vías en situación de protestas. Este no es un derecho absoluto. El contenido protegido *prima facie* por el derecho de reunión y manifestación pública y pacífica incluye conductas que necesariamente implican colisiones con otros derechos fundamentales. Por esta razón, como el propio artículo 37 de la Constitución Política prevé, el contenido del derecho de reunión y manifestación puede (y debe) ser limitado. La autoridad competente para limitarlo es el Legislador²⁸. Al tratarse de un derecho fundamental, solo el Legislador puede expedir una regulación general de este derecho –que incluya limitaciones específicas– mediante la expedición de una ley estatutaria²⁹.

Con todo, en ausencia de limitaciones estatutarias generales, el Presidente de la República, como responsable de “conservar en todo el territorio el orden público”³⁰, y de proteger los derechos fundamentales de todos los ciudadanos³¹, tiene la competencia –e incluso el deber– de prohibir la obstrucción de vías, cuando, por su magnitud o duración, implique afectaciones desproporcionadas de los derechos de los demás.

Sobre este aspecto, es competencia del Gobierno Nacional proteger los derechos de todas las personas que puedan resultar afectados por la obstrucción de vías e impedir que las afectaciones lleguen a ser desproporcionadas. Este tipo de desproporción no es tolerable, desde el punto de vista de los derechos fundamentales y humanos.

Es así como, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe de su visita de trabajo a Colombia, llevada a cabo del 8 al 10 de junio de 2021, no pudo soslayar y dejar de condenar algunas consecuencias desproporcionadas de la obstrucción de vías: (i) el desabastecimiento de “alimentos, medicinas y combustibles”; (ii) afecta-

²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 86.

²⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 84.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia C-742.

²⁹ Art. 152, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (1991).

³⁰ Numeral 4, Art. 189, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (1991).

³¹ Art. 2, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (1991).

ciones a las ventas; (iii) pérdida de empleos; y (iv) el fallecimiento de dos bebés³². Este tipo de resultados de la obstrucción de vías están prohibidos por la Constitución Política y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Incluso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera legítima la “dispersión o desconcentración forzada” de una manifestación para “liberar la circulación en las vías de tránsito”³³. Las autoridades tienen el poder y el deber jurídico de emplear esta posibilidad para evitar afectaciones desproporcionadas de derechos fundamentales y bienes colectivos que puedan derivar de la obstrucción de vías.

Ahora bien, es cierto que las limitaciones al derecho de reunión y manifestación, que prevean el Legislador o el Gobierno Nacional, están sometidas a límites que buscan impedir que este derecho se convierta en “letra muerta”³⁴. El principal de estos límites de los límites es el principio de proporcionalidad³⁵. De acuerdo con este principio, ni el legislador ni el Gobierno pueden limitar el ejercicio de este derecho de forma arbitraria, sino de acuerdo con razones que evidencien la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las limitaciones para proteger otros derechos fundamentales o para alcanzar otros fines constitucionales³⁶. Además, por efecto del principio de proporcionalidad, las limitaciones al derecho de reunión y manifestación pacífica no pueden ser tan indeterminadas que den lugar a la arbitrariedad³⁷. Antes bien, deben ser descritas con precisión, de tal forma que no puedan justificar conductas arbitrarias, abusivas o discriminatorias llevadas a cabo por las autoridades públicas³⁸.

En todo caso, es al juez constitucional a quien corresponde examinar la proporcionalidad de las limitaciones impuestas, en abstracto y en concreto, al derecho de reunión y manifestación. En este examen de proporcionalidad, el juez constitucional debe determinar si las limitaciones impuestas consiguen, por ejemplo, “conciliar el libre ejercicio del derecho y el orden público, así como armonizar los conflictos del derecho de reunión y manifestación de ciertas personas con el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás”³⁹.

De manera análoga, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las autoridades pueden limitar los derechos relevantes en una situación de protesta –incluidos los aspectos atinentes al modo de la protesta–. Sin embargo, las limitaciones deben cumplir con tres exigencias: “En primer lugar, toda limitación debe estar prevista en ley. En segundo lugar, debe

³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párrs. 137 y 138.

³³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párr. 153.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia del 17 de enero de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-024.

³⁵ Sobre este principio, BERNAL PULIDO (2014).

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia del 7 marzo de 2018. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C-009.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia C-742.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 14 de julio de 1992. Magistrados Ponentes: Jaime Sanin Greiffenstein y Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-456.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia C-742.

buscar garantizar los objetivos legítimos expresamente previstos en la Convención Americana. En tercer lugar, las restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática, criterio del que se derivan también los estándares sobre proporcionalidad⁴⁰.

Dado que la protesta es un modo de ejercicio de las libertades de expresión, reunión y de asociación, no puede prohibirse per se. En este sentido, la Corte Interamericana de derechos humanos ha reconocido que la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege estas libertades “cuando se ejercen de manera conjunta con la finalidad de protestar contra la actuación de los poderes estatales”⁴¹. La Corte Interamericana también ha reconocido que el artículo 15 de la Convención Americana protege prima facie el derecho a llevar a cabo protestas que impliquen “tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos”⁴². No obstante, la Corte Interamericana no se ha pronunciado acerca del contenido y los límites de este derecho. Como todos los demás derechos, no se trata de un derecho absoluto. Antes bien, puede ser objeto de limitaciones proporcionadas.

III. LA PROHIBICIÓN DEL BLOQUEO DE VÍAS PÚBLICAS COMO LÍMITE AL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

Hasta el momento, el Congreso de la República no ha expedido una Ley Estatutaria que, de forma general, regule el derecho de reunión y manifestación. Con todo, en la legislación ordinaria y en el Decreto 575 de 2021 se encuentran algunas disposiciones que limitan este derecho fundamental, en el sentido de prohibir la obstrucción de vías. Una pregunta relevante es si estas limitaciones son acordes con la Constitución y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE OBSTRUCCIÓN A VÍAS PÚBLICAS QUE AFECTEN EL ORDEN PÚBLICO

La disposición legal relevante es el artículo 353A de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). Esta disposición tipifica el delito de “Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”⁴³. De acuerdo con esta disposición, están prohibidas las conductas de –por medios ilícitos– incitar, dirigir, constreñir o proporcionar los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal

⁴⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019) párr. 33.

⁴¹ *LÓPEZ LONE y OTROS Vs. HONDURAS* (2015), párr. 160.

⁴² *CASO MUJERES VÍCTIMAS DE TORTURA SEXUAL EN ATENCO Vs. MÉXICO* (2018), párr. 171.

⁴³ El texto de esta disposición es el siguiente: “Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público. El que por medios ilícitos incite, dirija, constreñir o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho meses (48) y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión. // Parágrafo. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política”.

manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo.

En la Sentencia C-742 de 2012, tras un análisis de proporcionalidad, la Corte Constitucional encontró que esta disposición se ajustaba a la Constitución Política y la declaró exequible. No obstante, la Corte señaló que, para que un acto de manifestación pública pueda considerarse como una punible obstrucción de vía pública, “tiene que tratarse de una perturbación superlativa, que ni siquiera puede considerarse un grado superior de dificultad para la circulación, sino que es un estado diferente... no consiste solamente en paralizar o frenar un vehículo o el servicio de transporte público, sino en eliminar cualquier posible condición para la circulación del mismo”⁴⁴. De acuerdo con la Corte, resulta esencial que se demuestre “que se alteró el funcionamiento regular de las vías o infraestructuras de transporte, en cuanto de ese modo se atente en concreto contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo”⁴⁵. Asimismo, debe probarse un “daño al menos potencial para la seguridad pública”⁴⁶.

Esta decisión de la Corte Constitucional es consistente con regulaciones comparadas y con jurisprudencia en materia de derechos humanos. En Perú, por ejemplo, el artículo único del Decreto Legislativo 1237 introdujo una modificación al Código Penal para tipificar como conducta punible obstaculizar “vías de comunicación”, impedir “el libre tránsito de la ciudadanía” mediante violencia o amenaza, para obtener alguna ventaja económica o de otra índole.

El Tribunal Constitucional declaró exequible esta disposición en la Sentencia del Exp. N° 009-2018-PI/TC. Asimismo, en la Sentencia del expediente N° 012-2018-PI/TC, el mismo Tribunal sostuvo que la protesta está permitida “siempre que dichas manifestaciones sean pacíficas y no alteren el orden público o afecten derechos de terceros, pues cuando esto último ocurra (toma de locales, interrupción del tráfico [...]) la conducta es sancionable”.

En los Estados Unidos existen disposiciones similares. El bloqueo de vías públicas por parte de manifestantes está sancionado por ley. Actualmente existen en este país 36 leyes que prohíben y sancionan el bloqueo de vías públicas por parte de los participantes en una manifestación⁴⁷. Al respecto cursan otros 51 proyectos de ley. Entre los estados en los que están conductas están prohibidas se encuentran: Arkansas —una ley de 29 de abril de 2021 sanciona a los manifestantes que bloqueen vías públicas, lleven a cabo disturbios y ocasionen daños a monumentos; otra ley de 6 de abril de 2017 impone sanciones penales a quienes obstruyan la llegada del personal de ayuda médica—; Florida —una ley de 19 de abril de 2021 impone sanciones a los manifestantes que “atenten contra el libre desplazamiento de los vehículos”; asimismo, los manifestantes que bloqueen las vías públicas serán sancionados hasta con 15 años de prisión—; Iowa —una ley de 16 de junio de 2021 aumentó las

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia C-742.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia C-742.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia C-742.

⁴⁷ Véanse las estadísticas actualizadas del INTERNATIONAL CENTER FOR NOT-FOR PROFIT LAW.

penas contra los manifestantes que incurran en “disturbios”, “manifestación ilegal” o “bloqueo de tráfico público”, y se reconoció la inmunidad para los conductores que causen daños a los manifestantes que bloqueen las vías públicas—; Misuri —una ley de 1 de diciembre de 2020 aumentó las penas por bloqueo de vías durante una manifestación—; Oklahoma —una ley de 21 de abril de 2021 impone sanciones a los manifestantes que bloquean el tráfico, reconoce inmunidad a los conductores que atropellen a manifestantes e imputa responsabilidad a las organizaciones que trabajen conjuntamente con los manifestantes—; Dakota del Sur —una ley de 14 de marzo de 2017 amplía la competencia del gobernador para restringir cierto tipo de protestas, especialmente aquellas que interfieren con la movilidad y el tráfico—; Tennessee —una ley de 12 de abril de 2017 aumentó las penas para quien impida el paso de vehículos de emergencia, como ambulancias o vehículos oficiales, o bloquee vías principales—; y Texas —una ley de 1º de junio de 2021 impone sanciones a manifestantes que bloqueen vías públicas o que impidan el paso de vehículos de ayuda y atención—.

También sobre este aspecto es muy conocida la Sentencia que la Corte Europea de Derechos Humanos dictara en el caso *Barraco vs. Francia*⁴⁸. El demandante, Barraco, era un conductor de camión que había participado en una protesta sindical llevada a cabo en noviembre de 2002. Junto con otros 16 conductores, habían desplegado una operación caracol para ralentizar el tráfico en todos los carriles en un segmento de la autopista A46. Tras cinco horas de protesta, el demandante y otros dos conductores inmovilizaron sus vehículos y bloquearon todo el tráfico. Por esta razón, la Policía los detuvo.

Tras el inicio de un proceso penal por el delito de obstrucción del tráfico en vía pública, tipificado por el artículo L. 412-1 del Código de Circulación de Francia⁴⁹, en noviembre de 2003, el Tribunal de Primera Instancia de Lyon declaró la inocencia de los tres acusados con el argumento de que: (i) el bloqueo de vías estaba permitido como parte del derecho a la huelga y a la manifestación; y (ii) que, según el artículo 122-4 del Código Penal francés, nadie puede ser condenado penalmente por un acto que esté ordenado o autorizado por disposiciones legislativas o reglamentarias.

La Fiscalía francesa (el Ministerio Público) apeló la sentencia de primera instancia. Mediante sentencia de 27 de mayo de 2004, el Tribunal de Apelación de Lyon la revocó. La sentencia de segunda instancia consideró que los camioneros imputados habían cometido el delito de obstrucción del tráfico y que la conducta llevada a cabo por ellos estaba jurídicamente prohibida.

El condenado, Barraco, llevó su caso a instancias del Sistema Europeo de Derechos Humanos. Argumentó que Francia había vulnerado sus derechos humanos a la libertad de expresión⁵⁰, y a las libertades de reunión pacífica, asociación y asociación sindical⁵¹. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos desestimó estos alegatos. Dicha Corte

⁴⁸ *BARRACO VS. FRANCIA* (2009).

⁴⁹ El artículo L. 412-1 del Código de Circulación francés dispone: “El hecho, con el fin de obstruir u obstaculizar el tráfico, de poner o intentar poner, en una vía abierta al tráfico público, un objeto que obstruya el paso de vehículos o de utilizarlo, o de intentar utilizar cualquier medio para obstruirlo es sancionado con dos años de prisión y una multa de 4.500 euros”.

⁵⁰ Art. 10.1, CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

⁵¹ Art. 11.1, CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

sostuvo que: (i) es bien cierto que “cualquier manifestación en un lugar público puede causar cierto desorden en el curso de la vida diaria, incluida la interrupción del tráfico, y que, en ausencia de actos de violencia por parte de los manifestantes, es importante que las autoridades muestren una cierta tolerancia por las reuniones pacíficas”⁵²; (ii) el demandante no fue condenado por participar en una manifestación sino por “un comportamiento preciso adoptado durante la manifestación, a saber, el bloqueo de una autopista, que causó una obstrucción mayor que aquella que en general implica el ejercicio del derecho de reunión pacífica”⁵³; (iii) la Corte constató que las acciones del demandante causaron “en varias ocasiones, un bloqueo total de tráfico en la autopista, debido a la parada voluntaria de los vehículos a la cabeza de la procesión, incluido el del solicitante. Esta completa obstrucción del tráfico, obviamente, va más allá del simple inconveniente que ocasiona cualquier manifestación en la vía pública”⁵⁴; (iv) la Corte también constató “que las fuerzas policiales, que estuvieron presentes para garantizar el mantenimiento del orden público y la seguridad, solo detuvieron a los tres manifestantes con el objetivo de poner fin al bloqueo total y luego de que les hubieran advertido reiteradamente de la prohibición de detenerse en la carretera y las sanciones en las que estaban incurriendo”⁵⁵; (v) asimismo, la Corte estimó “que el demandante pudo ejercer, en este contexto, y durante varias horas, su derecho a la libertad de reunión pacífica y que las autoridades mostraron la necesaria tolerancia que debe adoptarse hacia tales reuniones”⁵⁶; (vi) en este contexto, tras una ponderación de los derechos en juego, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que “la condena penal del demandante no era desproporcionada con respecto a los objetivos perseguidos”⁵⁷; y (vii) que no había habido vulneración de los derechos humanos del demandante.

Esta sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos revela las razones insoslayables por las cuales las autoridades nacionales pueden prohibir, incluso con normas penales, la obstrucción de vías. Una obstrucción extendida en el tiempo y de magnitudes que sobrepasen la mera molestia temporal, puede implicar vulneraciones a otros derechos fundamentales. El Estado está llamado a impedir tales vulneraciones. Y para ello puede valerse de normas generales que incluso tengan carácter penal.

Si se observa con detenimiento lo prescrito por el artículo 353A de la Ley 599 de 2000, se verá que esta es una disposición legal –cumple con el principio de legalidad– que resulta acorde con el principio de proporcionalidad. Prohíbe penalmente obstrucciones a vías públicas marcadamente desproporcionadas, por cuanto “atentan contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo”. Los derechos fundamentales y humanos que este tipo penal protegen tienen igual o más peso abstracto que el derecho de reunión y manifestación pacífica. Asimismo, se prevé que las obstrucciones sancionadas deben llevarse a cabo por medios ilícitos. Por consiguiente,

⁵² *BARRACO VS. FRANCIA* (2009) párr. 43.

⁵³ *BARRACO VS. FRANCIA* (2009) párr. 46.

⁵⁴ *BARRACO VS. FRANCIA* (2009) párr. 49.

⁵⁵ *BARRACO VS. FRANCIA* (2009) párr. 49.

⁵⁶ *BARRACO VS. FRANCIA* (2009) párr. 49.

⁵⁷ *BARRACO VS. FRANCIA* (2009) párr. 49.

no resulta sorprendente que la Corte Constitucional, en una sentencia que ya ha hecho tránsito a cosa juzgada, haya declarado su exequibilidad pura y simple.

2. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL LEVANTAMIENTO DE BLOQUEOS DE VÍAS PREVISTO POR EL ARTÍCULO 1.2 DEL DECRETO 575 DE 2021

De forma consistente con lo anterior, resulta acorde con la Constitución que, en el artículo 1.2 del Decreto 575 de 2002, el Gobierno Nacional haya ordenado a los gobernadores y a los alcaldes de los departamentos y municipios afectados de forma mantenida y desproporcionada por obstrucciones de vías, coordinar actividades de asistencia miliar para “levantar los bloqueos internos” entonces existentes en sus jurisdicciones y “evitar la instalación de nuevos bloqueos”.

Los bloqueos entonces existentes habían causado graves alteraciones del orden público, habían impedido el paso de misiones médicas, y habían causado desabastecimiento de bienes de primera necesidad y de bienes e insumos para uso médico. Ante esta situación, la perpetuación de los bloqueos había devenido desproporcionada y causaba vulneraciones a los derechos fundamentales a la vida, alimentación, agua, salud, educación, trabajo y a las libertades económicas⁵⁸.

En este contexto, resulta difícil de comprender por qué, en informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tras su visita a Colombia observó que “la prohibición absoluta de todo bloqueo [en términos del Decreto 575, de 28 de mayo de 2021, de asistencia militar a la Policía Nacional para “levantar los bloqueos internos”, así como “evitar la instalación de nuevos”] puede tener el efecto de desvirtuar la participación excepcional de las fuerzas militares, evadiendo el análisis de las circunstancias particulares de cada bloqueo y sin que se agoten las medidas menos lesivas como el diálogo”⁵⁹.

Desde luego, el artículo 1° del Decreto 575 no institucionalizó una prohibición absoluta de bloqueos de vías. Tampoco impuso una participación generalizada de las fuerzas armadas para contener las protestas. No se trata de una medida de estado de excepción sino de una forma regular de implementación del Código Penal. Asimismo, esta disposición resulta proporcionada. Levantar bloqueos internos con intervención de la fuerza pública –de ser necesario, incluso de las fuerzas militares– resulta ajustado a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuando tales bloqueos pongan en peligro o vulneren otros derechos fundamentales.

Este escenario se presentó en algunos supuestos que tuvieron lugar en el contexto de las protestas de 2021 en Colombia. En una oportunidad⁶⁰, una bebé nació con serios problemas de salud en Buenaventura, una ciudad cuyo hospital público no dispone de una Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales. Los médicos la intubaron y la trasladaron a

⁵⁸ La COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párr. 143, reconoció la ingente magnitud de las obstrucciones de vías: “Según lo informado por la Policía Nacional, en las jornadas de manifestaciones se presentaron al menos 1.937 puntos de bloqueos de vía. De estos, 1.776 tuvieron una duración de 1 a 3 días, 46 duraron de 4 a 6 días, 115 se extendieron por más de 7 días y 9 se mantuvieron por 30 o más días, particularmente en el departamento del Valle del Cauca”.

⁵⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párr. 117.

⁶⁰ Sobre esta noticia, véase OQUENDO (2021).

Cali, la Capital del Departamento del Valle, que está ubicada a 100 kilómetros. El viaje habría de tardar dos horas. Sin embargo, la ambulancia se encontró con un bloqueo. A pesar de las peticiones de los médicos, quienes protestaban no dejaron pasar la ambulancia. Los líderes de la protesta sugirieron a los médicos trasbordar a la bebé. Sin embargo, esa opción no era posible, porque la menor de edad estaba intubada. Como consecuencia de este hecho, la bebé falleció. A pesar de este hecho, quienes protestaban atacaron la ambulancia con piedras y gases lacrimógenos. Este fue uno de los 163 ataques a misiones médicas y 49 ataques en contra de ambulancias durante los bloqueos.

En un escenario como este resulta ajustado al principio de proporcionalidad levantar las protestas. Primero, levantar el bloqueo con ayuda de la fuerza pública es idóneo para obtener la satisfacción de derechos fundamentales, como el derecho a la vida o a la salud de los pacientes transportados en ambulancias. Segundo, en condiciones como las de la vía que conduce de Buenaventura a Cali —que fue bloqueada por varios días y que es la única ruta que comunica a Buenaventura con un hospital público de tercer nivel— el levantamiento del bloqueo es una medida necesaria. No existe ninguna otra medida alternativa que permita a quienes protestan ejercer su libertad de expresión sin limitar de forma tan drástica derechos fundamentales de terceros. Por último, el levantamiento del bloqueo también es proporcionado en sentido estricto. En abstracto, la vida y la salud de los pacientes tienen un peso mayor que la libertad de expresión. Y en concreto, el bloqueo de una vía durante varios días supone una restricción muy severa, que supera con creces el grado de limitación de la libertad de expresión que supone el levantamiento del bloqueo. Quienes protestan pueden ejercer esta libertad de otras formas que no limiten de forma tan drástica derechos fundamentales de terceras personas⁶¹.

Desde luego, la proporcionalidad de los levantamientos de bloqueos debe fundamentarse de forma rigurosa. Los bloqueos son una expresión de protesta que en ocasiones es utilizada por una parte de la población cuyos intereses a veces resultan representados de forma inadecuada en contextos democráticos⁶². No cualquier tipo de bloqueo justifica la intervención de las fuerzas militares para levantarlo. En abstracto, solo los bloqueos muy prolongados que amenacen derechos fundamentales justifican el levantamiento, cuando no exista una medida alternativa para proteger estos otros derechos. Y en principio, son las autoridades de policía las llamadas a hacerlo. La intervención de las fuerzas militares solo debe darse de forma muy excepcional, cuando ello sea imprescindible⁶³.

⁶¹ Sobre la colisión de derechos que genera la protesta, véase: BASSA MERCADO y MONDACA GARAY (2019) p. 105.

⁶² Sobre este aspecto, véase: GARGARELLA (2006) p. 145.

⁶³ Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido lo siguiente: “Este Tribunal ya ha señalado que el uso legítimo de la fuerza y otros instrumentos de coerción por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado debe ser excepcional y solo utilizarse cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control, distinguiendo imperativamente, en tales circunstancias, entre quienes, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave para sí o para terceros y quienes ejercen sus derechos a manifestarse y no presentan esa amenaza. Además, la Corte ha enfatizado en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. En consonancia con lo anterior, en circunstancias de protesta social y manifestaciones públicas los Estados tienen la obligación de adoptar medidas razonables y apropiadas para permitir que aquéllas se desarrollen de forma pacífica, si bien no

En todo caso, situaciones como la antes descrita fueron documentadas, en su informe, por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar que:

tanto el Estado como personas que dieron sus testimonios informaron durante la visita, varios de estos bloqueos habrían causado vulneraciones al derecho a la vida, a la salud, a la libertad de locomoción y al trabajo. Adicionalmente, dichos bloqueos habrían afectado a diferentes sectores económicos del país, incluyendo la producción y distribución de alimentos e insumos básicos, el traslado de pacientes e insumos médicos y el abastecimiento de combustible. De manera particular, el Estado informó que algunos bloqueos obstaculizaron la circulación de ambulancias y el tránsito de bienes vitales en vías estratégicas. Tal es el caso de la vía que conduce al puerto de Buenaventura, donde llega el 35 por ciento de la carga nacional y desde donde se trasladan insumos químicos para potabilizar el agua en el país⁶⁴.

Asimismo, la Comisión aceptó que:

en casos específicos de cortes de vías se dinamizaron acciones delictivas contra la infraestructura de un sistema de transporte. Asimismo, señaló lo ocurrido el 25 de junio de 2021, cuando se presentó el fallecimiento de una persona que se movilizaba en su motocicleta en un bloqueo tras colisionar con un obstáculo que había sido instalado en la vía⁶⁵.

Desde luego, la sociedad debe tolerar ciertas afectaciones a la movilidad que surjan de bloqueos y cortes de ruta, a causa de las reuniones y manifestaciones pacíficas. Con todo, para cumplir con su obligación de proteger los derechos fundamentales y el orden social, el Estado debe limitar las afectaciones desproporcionadas a las vías públicas. Así lo reconoce el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el informe sobre las protestas en Colombia: "las reuniones entrañan un uso legítimo de los espacios públicos y de otros lugares, y dado que pueden causar, por su propia naturaleza, cierto grado de perturbación de la normalidad, se deben permitir esos trastornos, a menos que impongan una carga desproporcionada"⁶⁶. Por ejemplo, es compatible con los derechos humanos disipar un bloqueo prolongado del tráfico que cause una perturbación "grave y sostenida"⁶⁷. En este mismo sentido, en su informe tras la visita a Colombia, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos condenó "que algunos bloqueos hayan comprometido gravemente derechos como la vida, la provisión de alimentos, la potabilización

pueden garantizar esto en términos absolutos y tienen amplia discreción para elegir los medios por utilizar para tales efectos". *PEROZO Y OTROS VS. VENEZUELA* (2009) párr. 166.

⁶⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párr. 144.

⁶⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párr. 144.

⁶⁶ NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2021) párr. 196.

⁶⁷ NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2021) párr. 196.

de agua, la salud, entre otros”⁶⁸. Esa condena supone un mensaje al Gobierno Nacional para adoptar todas las medidas necesarias para impedir estas vulneraciones de derechos que derivan de las actividades de bloqueos y cortes de vía y cumplir con su obligación de proteger los derechos humanos. En este sentido, la Comisión destacó “la importancia de que las personas manifestantes que acudan al corte de ruta no pongan en riesgo la vida de las demás personas y permitan la circulación de insumos, servicios y provisiones esenciales”⁶⁹.

IV. CONCLUSIONES

Las principales conclusiones de este trabajo son las siguientes: (i) El derecho de reunión y manifestación comprende el derecho *prima facie* a determinar el modo de la protesta y, en ciertos casos, a manifestarse en las vías públicas y ocasionar algunas obstrucciones; (ii) Estas obstrucciones de vías públicas son compatibles con la Constitución Política y con la Convención Americana de Derechos Humanos cuando su magnitud e intensidad solo genere “molestias”, “distorsiones” menores “a los derechos de otras personas” o a la “rutina de funcionamiento cotidiano”; (iii) La mera obstrucción de una vía que cause molestias a los derechos de otras personas o a la rutina no convierte en “no pacífica” a una manifestación; (iv) Sin embargo, de esto no se sigue que exista un derecho fundamental o humano definitivo a obstruir vías, así como tampoco que el Estado carezca de competencia para prohibir la obstrucción generalizada o desproporcionada de vías; (v) El Estado puede regular y limitar el derecho *prima facie* a obstruir vías en situación de protestas. Este no es un derecho absoluto. Las autoridades tienen la competencia –e incluso el deber– de prohibir la obstrucción de vías, cuando, por su magnitud o duración, implique afectaciones desproporcionadas de los derechos de los demás; (vi) Las limitaciones legislativas o gubernamentales al ejercicio del derecho de reunión y manifestación deben, a su vez, respetar el principio de proporcionalidad; y (vii) En este sentido, disposiciones como la del artículo 353A de la Ley 599 de 2000 (Código Penal de Colombia), que tipifica el delito de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”, y la del artículo 1.2 del Decreto 575 de 2002, que ordena a los gobernadores y a los alcaldes de los departamentos y municipios afectados de forma mantenida y desproporcionada por obstrucciones de vías, coordinar actividades de asistencia miliar para “levantar los bloqueos internos” entonces existentes en sus jurisdicciones y “evitar la instalación de nuevos bloqueos”, son constitucionales y compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Levantar bloqueos internos con intervención de la fuerza pública –de ser necesario, incluso de las fuerzas militares– resulta ajustado a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuando tales bloqueos pongan en peligro o vulneren otros derechos fundamentales.

⁶⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párr. 154.

⁶⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2021) párr. 160.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2008): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición).
- BASSA MERCADO, Jaime y MONDACA GARAY, Daniel (2019): “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, *Izquierdas*, vol. 46: pp. 105-136.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2014): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4ª edición).
- CORZO SOSA, Edgar (2016): “Derecho humano de manifestación pública: Limitaciones y regulación”, en GARCÍA PEÑA, José Heriberto y GODÍNEZ MÉNDEZ, Wendy Aide (eds.), *Temas actuales del derecho. El derecho ante la globalización* (México, UNAM) pp. 77-92.
- GARGARELLA, Roberto (2006): “El derecho a la protesta social”, *Derecho y Humanidades*, vol. 12: pp. 141-151.
- INTERNATIONAL CENTER FOR NOT-FOR PROFIT LAW (sitio web), *US Protest Law Tracker*. Disponible en: <https://www.icnl.org/usprotestlawtracker/?location=&status=&issue=12&date=&type=>. Fecha de consulta 23/12/2021.
- OQUENDO, Catalina (2021): “La muerte de dos bebés aviva las críticas a los bloqueos de las carreteras en Colombia”, *El País*, 24 de mayo de 2021. Disponible en Internet en: <https://elpais.com/internacional/2021-05-24/la-muerte-de-dos-bebes-aviva-las-criticas-a-los-bloqueos-de-las-carreteras-en-colombia.html> (21/04/2021).
- PAÚL, Álvaro (2019): “Derechos humanos y obligación de usar la fuerza. A propósito de la crisis de orden público de 2019”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 3: pp. 633-641.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- COLOMBIA, Constitución Política de Colombia (5/7/1991).
- COLOMBIA, Código Penal, Ley 599 de 2000 (24/7/2000).
- COLOMBIA, Observaciones del Gobierno Nacional al documento “Lecciones aprendidas para el ejercicio del derecho de reunión pacífica en Colombia” (9 de diciembre de 2021).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: “Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal” (septiembre de 2019).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Observaciones y recomendaciones. Visita de trabajo a Colombia” (junio de 2021).
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22 de noviembre de 1969).
- CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (4 de noviembre de 1950).
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (10 de diciembre de 1948).
- GOBIERNO NACIONAL: “Observaciones al documento ‘Lecciones aprendidas para el ejercicio del derecho de reunión pacífica en Colombia’” (agosto de 2021).

NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: “El Paro Nacional 2021: Lecciones aprendidas para el ejercicio del derecho de reunión pacífica en Colombia” (diciembre de 2021).

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16 de diciembre de 1966).

JURISPRUDENCIA CITADA

COLOMBIA

Corte Constitucional. Sentencia del 14 de julio de 1992. Magistrados Ponentes: Jaime Sanin Greiffenstein y Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T-456.

Corte Constitucional. Sentencia del 17 de enero de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-024.

Corte Constitucional. Sentencia del 26 de septiembre de 2012. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Sentencia C-742.

Corte Constitucional. Sentencia del 7 marzo de 2018. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia C-009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PEROZO Y OTROS VS. VENEZUELA (2009): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 195.

LÓPEZ LONE Y OTROS VS. HONDURAS (2015): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 302.

CASO MUJERES VÍCTIMAS DE TORTURA SEXUAL EN ATENCO VS. MÉXICO (2018): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 371, para 171.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

BARRACO VS. FRANCIA (2009): Corte Europea de DD.HH., N° 31684/05, 5 de marzo de 2009.

FÁBER VS. HUNGRÍA (2012): Corte Europea de DD.HH., N° 31684/05, 5 de marzo de 2009.

GÜN Y OTROS VS. TURQUÍA (2013): Corte Europea de DD.HH., N° 31684/05, 5 de marzo de 2009.

TARANENKO VS. RUSIA (2014): Corte Europea de DD.HH., N° 31684/05, 5 de marzo de 2009.

NAVALNYI VS. RUSIA (2018): Corte Europea de DD.HH., N° 31684/05, 5 de marzo de 2009.

TER-PETROSYAN VS. ARMENIA (2019): Corte Europea de DD.HH., N° 31684/05, 5 de marzo de 2009.

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA DEL DESPIDO DE UN TRABAJADOR POR ACTOS TEMERARIOS QUE EXPONEN A SUS COMPAÑEROS AL VIRUS COVID-19

COMMENT ON JURISPRUDENCE RELATED TO THE DISMISSAL OF AN EMPLOYEE UNDER DISCIPLINARY GROUNDS FOLLOWING HIS RECKLES BEHAVIOUR EXPOSING HIS WORKMATES TO THE COVID-19 VIRUS

GABRIEL HALPERN MAGER*

RESUMEN: La sentencia analizada anula un fallo dictado por el Tribunal de primera instancia y establece como correcta la sanción de desvincular por motivos disciplinarios a un trabajador que expuso temerariamente a sus compañeros de trabajo al virus COVID-19. En este comentario, se analizan las decisiones y los pormenores del caso, concluyendo que se ajusta a la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

Palabras clave: COVID-19, despido por motivos disciplinarios, actos temerarios, Código del Trabajo

ABSTRACT: The decision to dismiss an employee on disciplinary grounds, following his reckless behaviour that exposed his workmates to the COVID-19 virus, is ruled as lawful by the analysed judgment which overturned the lower's Tribunal decision for this purpose. The case details and its decisions are addressed in this comment, concluding it complies with the law, the opinion of the experts and the jurisprudence.

Keywords: COVID-19, termination under disciplinary grounds; reckless behaviour; Labor Code.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

Ante el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en procedimiento monitorio seguido bajo el RIT M-444-2021, un trabajador interpuso demanda laboral contra su ex empleador y contra la presunta empresa principal, luego de ser desvinculada por la primera.

Sin perjuicio que en el texto de la demanda, el actor denuncia principalmente el hecho de haber sido desvinculado de manera verbal. Previo a la celebración de la audiencia única de contestación, conciliación y prueba, el empleador acompañó (y luego incorporó) la carta de despido que le fue enviada.

* Abogado, PwC Chile. Magister en Derecho (Queen Mary University of London, Reino Unido) (PUC, Chile). Dirección Postal: Embajador Doussinague 1762, Vitacura, Región Metropolitana, Chile. Correo electrónico: gabrielhalpern@gmail.com. Código Orcid 0000-0003-0813-6992.

1. LA CARTA DE DESPIDO, SUS FUNDAMENTOS Y PROBANZAS

En esta carta, de la que no se controversió que hubiera sido remitida conforme los requerimientos legales, se sostiene que el contrato de trabajo terminó por la causal contenida en el artículo 160 N° 5 del Código del Trabajo. Esto es, “Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores o a la salud de estos”.

Fundó esta causal, el empleador, señalando los siguientes hechos en la carta de desvinculación: 1) El día 12 de diciembre 2020, en tiempos de COVID-19, el trabajador asistió a una fiesta, en un espacio cerrado, donde se vulneraron los protocolos de seguridad dispuestos por las autoridades; especialmente, el concerniente a los aforos, ya que concurrieron habían más personas que las autorizadas por las reglas que en ese momento regían en cuanto a aforos; 2) Posteriormente, el día 14 de diciembre, el trabajador solicitó retirarse en forma anticipada a sus funciones por presentar síntomas de desaliento y solicitar ir al médico; 3) Con fecha 15 de diciembre 2020 el trabajador no concurrió a sus labores y se le solicitó contestar una declaración de salud; 4) Al contestar esa declaración de salud, faltó a la verdad, señalando que no había participado en eventos sociales que lo pusieran en riesgo de contraer el virus COVID-19; y 5) Posteriormente, el trabajador fue diagnosticado con el virus COVID-19.

En virtud de esos hechos, el empleador estimó que el trabajador puso en riesgo de forma temerosa la vida y salud de los demás trabajadores, lo que motivaba su desvinculación por la causal indicada. Para esa conclusión, el empleador destacó que el trabajador incumplió con protocolos de seguridad emitidos por la autoridad sanitaria, al concurrir a una fiesta en un lugar cerrado con más de 20 personas, exponiéndose imprudentemente a contraer el virus COVID-19. No obstante aquello, concurrió a prestar igualmente sus servicios, exponiendo a sus compañeros de trabajo a ser contagiados. Y, finalmente, al contestar las encuestas de trazabilidad (que son utilizadas para evitar mayores propagaciones), negó haber participado de esos eventos. Como corolario de lo expuesto, se comprobó que el trabajador efectivamente contrajo del virus COVID-19 en dicho evento y concurrió enfermo a prestar sus servicios.

Para justificar su decisión en el juicio, en lo pertinente, el empleador incorporó un comprobante de una capacitación efectuada el 19 de marzo de 2020, en cuyo temario se incluyó: “Evitar contacto con otras personas”, “evitar participación en actividades masivas” y “seguir recomendaciones de las autoridades sanitarias”, que efectivamente presenta la firma del extrabajador demandante como participante.

Por último, el otrora empleador también acompañó la encuesta que se realizó al trabajador con fecha 15 de diciembre 2020, denominada “Recolección de datos personas confirmadas o con sospecha de COVID-19”, donde el trabajador demandante respondió “no” a la pregunta si había mantenido más de 15 minutos de contacto cara a cara a menos de un metro, sin mascarilla, con compañeros de trabajo, formulario que tampoco cuenta con firma del trabajador demandante.

2. LA SENTENCIA DICTADA POR EL 2° JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO QUE ACOGIÓ LA DEMANDA

Con estos antecedentes, y algunas declaraciones testimoniales y confesionales que resultan impertinentes para este trabajo, el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago procedió a dictar sentencia definitiva el día 7 de abril de 2021.

En esta, el Tribunal de instancia calificó la actividad donde se expuso el trabajador al coronavirus como de naturaleza extralaboral. En este sentido, razonó que el empleador no tiene facultades para indagar en la vida extralaboral de los trabajadores ni tampoco para sancionar en virtud de ella, destacando que la pandemia ocasionada por el virus conocido como COVID-19 (en adelante, la “Pandemia”), no puede resultar en una restricción a los derechos de los trabajadores; a mayor abundamiento, razonó, las labores de trazabilidad extralaborales estarían encomendadas al Ministerio de Salud. También, estimó que la conducta no habría puesto en riesgo a los demás trabajadores en atención a la licencia médica que le fue extendida posteriormente y que, de todas maneras, el trabajador acudió a sus labores desconociendo que padecía de la enfermedad en cuestión e informó inmediatamente apenas presentó síntomas, consideraciones que lo llevaron a que calificase el actuar del trabajador como “prudente” y acogiera la demanda declarando el despido como indebido¹.

3. EL RECURSO DE NULIDAD QUE INTERPUSO EL EXEMPLEADOR Y DEMANDADA CONTRA LA SENTENCIA

Posteriormente, el exempleador interpuso recurso de nulidad contra esta sentencia definitiva. En lo pertinente, esta presentación alegó que la sentencia atacada había sido dictada con infracción a las reglas de la sana crítica, lo que importaba su nulidad en virtud de la casual consagrada en el artículo 478 letra b) del Código del Trabajo.

En aquello que se estima relevante, la parte recurrente sostuvo que el fallo en cuestión infringió las normas de la sana crítica y de la lógica, puesto que el trabajador demandante habría ocultado su resultado positivo de examen COVID-19 y habría mentado respecto a las personas con quienes tuvo contacto presentando síntomas de dicha enfermedad, lo que efectivamente constituiría un actuar imprudente y negligente (punto 26). Asimismo, indica como infringidas las máximas de la experiencia, ya que la conducta del demandante elevaría la posibilidad que sus compañeros resulten contagiados, por lo que a mayor abundamiento constituiría un actuar temerario que atentaría contra la salud de ellos.

4. LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO QUE ACOGIÓ EL RECURSO DE NULIDAD

A su turno, la Corte de Apelaciones de Santiago, luego de recorrer la causal de invalidación del artículo 478 b) del Código del Trabajo, en lo pertinente, estableció que la sentencia recurrida no acogió todos los antecedentes vertidos en la demanda y fue contradictoria con los bienes jurídicos que protege la causal de despido en cuestión. En consecuencia,

¹ Madrid González, Juan Carlos con *Exprochile S.A. y Otra* (2021), considerando décimo.

con fecha 16 de septiembre de 2021, acogió el recurso de nulidad y declaró inválida la sentencia impugnada².

Simultánea pero separadamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 478 inciso segundo del Código del Trabajo, la Corte de Santiago dictó sentencia de reemplazo, de la cual se transcriben a continuación sus considerandos más relevantes:

“TERCERO: Que es un hecho cierto, que el demandante al tener que cumplir con el protocolo exigido por la autoridad al empleador, faltó a la verdad respecto de datos personales asociados a la emergencia sanitaria que vive el país, situación que no puede analizarse en un sentido de afectación a la intimidad de la persona, puesto que está previsto para salvaguardar la salud de todas las personas que lo circundan y tienen relación con él, como son lo que laboran en su ámbito de trabajo. de modo que, el antecedente conocido de no haber entregado datos de los incumplimientos a las restricciones sanitarias, los contactos con personas afectadas por el mal y el hecho de haber ocultado el resultado del examen PCR que se había realizado, en la actual situación, no son elementos banales o que están por sobre el interés superior de la población de erradicar el contagio que produce el COVID-19.

CUARTO: Que la causal que aplica el artículo 160 N° 5, supone, en primer término, que los hechos ejecutados por el dependiente sean extremadamente imprudentes o con una negligencia considerable. No se requiere una intencionalidad especial, sino un olvido inexcusable de las precauciones que la prudencia aconseja y que conduce a la realización de hechos que, de mediar malicia, constituirían delito. Además, afectar bienes jurídicos establecidos en la norma referida, no es sinónimo de producir ciertamente un daño, sino que basta con la sola posibilidad concreta de que este perjuicio se produzca, atendido que en el caso en que lo amenazado sea la salud o la vida de otros dependientes la disposición del artículo 184 del Código del ramo prevé la obligación esencial del empleador de adoptar todas las medidas necesarias para proteger la vida y salud de los dependientes.

QUINTO: Que, el razonamiento lógico frente a la evidencia ocurrida con este trabajador, es que incurrió en una actitud de manifiesta imprudencia al incumplir restricciones sanitarias impuestas por la autoridad en la presente emergencia y por haber soslayado información a su empleador atinente al cuidado exigido, y que este ejerció por el deber de salvaguardar la vida y salud de sus demás dependientes, lo que hace plenamente justificada la causal de despido aplicada.

SEXTO: Que, a mayor abundamiento, se debe tener presente, que la Dirección del Trabajo en su dictamen N° 1189/01 de 11 de abril de este año, señaló lo siguiente: “Desde dicha perspectiva y dada la realidad que vive en país en razón de la pandemia derivada del COVID-19, resulta razonable que el empleador sea el más interesado en prevenir y controlar el eventual contagio entre sus trabajadores y, en consecuencia, arbitre todas las medidas que estén a su alcance en vistas del logro de dicho objetivo”.

SÉPTIMO: Que, en definitiva, cuando una persona como el demandante oculta el resultado positivo de su examen COVID-19, no dice la verdad respecto de las personas con las que tuvo contacto teniendo los sistemas del contagio e interfiere en la correcta aplicación

² Madrid González, Juan Carlos con *Exprochile S.A. y Orta* (2021), considerandos noveno y décimo.

de los protocolos de la empresa empleadora, referidos a la seguridad y salud en el trabajo, lo hace con imprudencia en su actuar, el que también debe ser considerado negligente.

OCTAVO: Que, asimismo, es una regla de experiencia que nos ha manifestado la pandemia que nos afecta, que el compartir dos o más personas sin los debidos resguardos en lugares cerrados incrementa exponencialmente las posibilidades de contagio de la enfermedad que nos acecha, por lo tanto, no decir la verdad conocida sobre actos que comprometen los efectos del COVID-19, eleva la posibilidad que otros compañeros de trabajo resulten contagiados y así se prolongue la cadena de afectación con grave riesgo para la salud y vida de las demás personas³.

II. COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE NULIDAD DICTADA POR LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Si bien es cierto que la sentencia relevante para este trabajo es la de reemplazo, que se analiza a continuación, existen unos aspectos formales de la sentencia de nulidad que llaman la atención por lo que nos detendremos en ellos.

La Corte de Apelaciones de Santiago decidió acoger la causal contenida en el artículo 478 letra b) del Código del Trabajo, que establece la invalidez de una sentencia definitiva que fuere dictada con infracción manifiesta a las reglas de la sana crítica. Según se indicó previamente, esta decisión se fundó en la infracción a las leyes de la lógica y las máximas de la experiencia.

El único comentario que cabe hacer al respecto, previo entrar a analizar la sentencia de reemplazo, es que existe abundante jurisprudencia que sostiene que una sentencia definitiva dictada en un proceso monitorio no es susceptible de ser impugnada por esta causal⁴; y, no solamente ello, también se podría sostener que el recurso no acusó con claridad las reglas de la sana crítica que fueron infringidas, además de que las que se habría sostenido calzarían con otras hipótesis de nulidad diferentes a la intentada⁵.

En suma la Corte de Santiago ha actuado lejos de la rigidez que la caracteriza al conocer recursos de nulidad; ya que, si bien existen motivos de naturaleza sustantiva de sobra para estimar que la sentencia impugnada era inválida, los motivos y el texto del recurso de nulidad parecen que no habrían cumplido con los presupuestos para su procedencia.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE REEMPLAZO DICTADA POR LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Luego de anular el fallo, cumpliendo con el mandato legal, la Corte de Santiago dictó separadamente, pero sin nueva vista de la causa, sentencia de reemplazo; en este caso, rechazando la demanda y declarando que el despido fue debido.

³ Madrid González, Juan Carlos con *Exprochile S.A. y Otra* (2021).

⁴ ZAVALA (2020) pp. 265 y ss.

⁵ ZAVALA (2020) pp. 192 y ss.

En acápite se analizará la sentencia de reemplazo, lo que se dividirá en dos secciones: La primera, analizará los contenidos que ponderó la Corte de Apelaciones; la segunda, repasará asuntos que se estiman relevantes para el caso pero que no fueron abordados por la Corte.

1. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS POR LA CORTE DE APELACIONES

Esta sentencia definitiva realizó un análisis de la causal de despido contenida en el artículo 160 N° 5 del Código del Trabajo, señalando que solamente requiere de una negligencia o imprudencia inexcusable y considerable por parte del trabajador, sin ser relevante su intencionalidad ni tampoco si efectivamente se concretó el daño (bastando que sea “eventual”), ya que el objetivo es proteger la vida y salud de todo el personal⁶.

Al respecto, la doctrina mayoritaria coincide en que no es un requisito sine qua non que efectivamente se produzca el daño⁷, sino que basta con que exista una importante posibilidad de que ocurra o que sea latente su ocurrencia en un futuro⁸; y que ya no requiere de una intencionalidad especial, sino que sea extremadamente imprudente⁹. A su turno, IRURETA indica que el resultado perjudicial no es necesario y que basta una “alteración mínima, una *afectación*” que asimismo, sea previsible para el trabajador¹⁰.

Este último autor, profundiza señalando que el empleador es un auténtico deudor de seguridad para sus empleadores, debiendo cumplir con un estándar mínimo de diligencia; señalando asimismo, que los trabajadores también tienen deberes a este respecto, como lo son la autoprotección, el cumplimiento de las medidas de protección y la cooperación con el empleador para estos efectos¹¹.

Es dable concluir, en consecuencia, que las conclusiones a las que arribó Corte de Santiago siguen las opiniones doctrinarias indicadas, ya que el trabajador en cuestión, si bien no produjo un daño concretó, si fue extremadamente imprudente, afectó a sus compañeros de trabajo (al exponerlos) e incumplió con sus deberes de cooperación y obedecer las regulaciones sanitarias.

Sin perjuicio de lo expuesto, se ha sostenido que este motivo de despido, en virtud a que no guarda relación directa y manifiesta con las obligaciones expresamente consagradas en el contrato de trabajo, ratifica el discutido contenido ético-jurídico del contrato de trabajo y la buena fe contractual¹². Se dice discutido, dado que existe una posición minoritaria que defiende la necesidad de reformular el rol de la buena fe laboral en sentido de restringirla solamente a un estándar de cumplimiento de las obligaciones expresamente contempladas en el contrato de trabajo y no de utilizarla como una fuente integradora de creación

⁶ Madrid González, Juan Carlos con *Exprochile S.A. y Otra* (2021), considerando cuarto.

⁷ PIERRY (2018) pp. 135-136.

⁸ DOMÍNGUEZ (2021a) p. 485.

⁹ LIZAMA y LIZAMA (2019) p. 250. Ver también GAMONAL (2021) pp. 433-434.

¹⁰ IRURETA (2015) pp. 473 y 485.

¹¹ IRURETA (2015) p. 483.

¹² *Corvalán con AFP Planvital S.A.* (2011).

de obligaciones secundarias o implícitas en el contrato de trabajo, puesto que podría terminar debilitando la protección que requieren los trabajadores¹³.

Siguiendo esta posición minoritaria, podría haberse concluido que la obligación de contestar con la verdad una encuesta de trazabilidad, que versa sobre aspectos que podrían estimarse extralaborales, no estaba consagrada en el contrato de trabajo; y por lo tanto, no era un deber del empleador cumplir con ella, haciendo en consecuencia indebido el despido.

Lo cierto es que la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que el despido era debido, ratificando la posición mayoritaria que acepta la integración del contrato de trabajo conforme la ética¹⁴, puesto que las conductas sancionadas (incumplir con protocolos de la autoridad sanitaria y mentir de ello al empleador) no estaban tipificadas en las regulaciones de la relación laboral.

En ese sentido, no se puede sino que estar de acuerdo con la conclusión de la Corte de Apelaciones de Santiago, ya que la situación de la Pandemia es excepcional y requiere que todas las personas cumplan con las estrictas medidas de seguridad para poder hacerle frente sin tener que lamentar mayores tragedias. Siguiendo con lo anterior, se destaca la vigencia de la posición mayoritaria, que sostiene que en virtud del artículo 1546 del Código Civil, los contratos de trabajo cuentan con un contenido ético-jurídico; exégesis que se estima de gran importancia –especialmente para el caso en particular–, toda vez que, ante la imposibilidad de prever todas las conductas reprochables¹⁵, ha permitido dotar al ordenamiento jurídico laboral de la agilidad necesaria para la defensa y protección de bienes jurídicos de la mayor relevancia, como es en este caso, la vida y salud del personal.

2. ANÁLISIS DE OTRAS CONSIDERACIONES QUE NO FUERON CONTEMPLADAS POR LA CORTE DE APELACIONES

Ya repasados los motivos que fundaron la decisión de la Corte de Apelaciones, en este acápite se repararán otros asuntos que se estima que despiertan interés en la materia.

a. *Análisis del procedimiento invocado por el empleador que desembocó en el despido del actor y del contenido de la carta de despido a él remitida*

Se podrían realizar varias observaciones a la técnica utilizada por el empleador para ejecutar el acto jurídico de poner término al contrato de trabajo de un dependiente. Sin embargo, en este trabajo nos centraremos solamente en aquellos aspectos que despiertan un

¹³ DOMÍNGUEZ (2021a) pp. 187-190; LIZAMA y LIZAMA (2020) p. 254, sostienen la tesis inversa, al igual que FERNÁNDEZ (2016) pp. 76 y ss. quien incluso argumenta a favor de las cláusulas en blanco (p. 78), THAYER y NOVOA (2003) pp. 398-430, quienes además destacan que en virtud de él, surge el deber de respeto a la persona y dignidad del trabajador (p. 401) el deber general de protección del empleador (p. 402), el deber de higiene y seguridad (p. 405) el deber de capacitación y educación (p. 418), el deber de diligencia y colaboración del trabajador (p. 422), el deber de fidelidad (p. 424), el deber de lealtad (p. 425), entre otros.

¹⁴ *Corvalán con AFP Planvital S.A.* (2010); THAYER y NOVOA (2003) pp. 398-414.

¹⁵ FERNÁNDEZ (2016) p. 80.

interés particular y no en aquellos comentarios que generalmente se realizan respecto de un procedimiento de despido¹⁶.

Dicho lo anterior, del caso se desprende que el empleador condujo una investigación para determinar la ocurrencia de las inconductas que imputa en la carta de despido; de la cual, llama la atención que no se haya discutido si ella estaba apoyada en la normativa que rige a las partes de un contrato de trabajo.

Si bien se podría interpretar que el ordenamiento jurídico laboral, autoriza al empleador a no contar con un procedimiento establecido para proceder al despido de un trabajador por motivos disciplinarios; dicha hipótesis podría resultar controversial, dado que se estaría consagrando una flexibilidad mayor para que el empleador proceda a sancionar a un trabajador de la forma más gravosa posible. Aporta a esta controversia, que esta interpretación bien podría atentar contra la regla in dubio pro operario que informa a todo el Derecho Laboral; en virtud del cual, siempre que existan dudas sobre la exégesis correcta de una norma, se debe preferir la interpretación que más beneficio reporte al trabajador¹⁷.

Este asunto no es baladí y ha sido objeto de riguroso análisis. En particular, FERNÁNDEZ ha señalado que la normativa laboral no ha consagrado la obligación de contar con un debido proceso para proceder a un despido sancionatorio laboral; sin embargo, rebate señalando que por aplicación de la garantía fundamental del debido proceso (artículo 19 N° 3 de la Constitución) y el principio de buena fe (artículo 1546 del Código Civil), todo empleador debería respetar -al menos- el derecho a defensa y el deber de proceder dentro de un plazo razonable desde que tomar conocimiento de los hechos y su autor¹⁸.

A su turno, DOMÍNGUEZ ha apoyado con mayor intensidad la necesidad de contar con un debido proceso previo y regulado, arguyendo que el despido o terminación unilateral del contrato de trabajo constituye un acto de autotela privada incoada por el empleador, donde se posiciona como juez y parte; y, como tal, al menos debería ser objeto de un debido proceso en sus facetas sustantiva y adjetiva¹⁹.

Se debe destacar que es cierto que el empleador tiene facultad de eliminar la fuente de trabajo y salario de las personas que a él se encuentran subordinados, sin que exista un

¹⁶ Dentro de los aspectos que podrían revisarse, se encuentra el cumplimiento a las formalidades legales en la carta de despido ya que, por ejemplo, no es meridianamente clara en cómo es que los demás trabajadores se vieron “expuestos directamente a contagio de COVID” ni qué protocolos se infringieron por parte del trabajador sancionado. Por otro lado, no queda claro que el extrabajador haya “mentido en su declaración de salud”; puesto que la única pregunta que incluye el documento a este respecto es “si había mantenido más de 15 minutos de contacto cara a cara a menos de un metro, sin mascarilla, con compañeros de trabajo, formulario que tampoco cuenta con firma del trabajador demandante” y la carta de despido nada señala al respecto. Por último, el empleador tampoco indica cómo es que recabó la información sobre la vida extralaboral del trabajador ni tampoco expone la justificación o razonabilidad de la medida en la carta de despido, lo que desde luego también podría afectar la legalidad de su conclusión

¹⁷ THAYER y NOVOA (2003) Tomo III, pp. 37-42.

¹⁸ FERNÁNDEZ (2016) pp. 274 y ss.

¹⁹ DOMÍNGUEZ (2021a) pp. 126 y ss; GAMONAL (2021) pp. 142 y ss. también sostiene la concurrencia de la posición de juez y parte que detenta el empleador en cuanto sus potestades disciplinarias

remedio efectivo ante un eventual mal uso de esta prerrogativa, ya que la sanción de reincorporación se encuentra limitada a unos pocos casos en el Código del Trabajo²⁰.

De esta manera, y especialmente si se sigue la tesis que el despido disciplinario constituye una sanción y no una mera resolución contractual²¹, no es un asunto que debería ser tomado a la ligera por quienes operan el sistema de relaciones laborales; al contrario, sería deseable que todo empleador consagre y cumpla rigurosamente con un procedimiento de investigación eficaz, que asegure los derechos de la parte investigada y, eventualmente, sancionada²².

Justamente, FERNÁNDEZ señala que la legislación laboral debería ser actualizada en este sentido para que pueda ser considerada “civilizada” y “respetuosa de los derechos de los trabajadores”²³; y más allá del debate dogmático, sugiere en todo caso la reglamentación de este procedimiento al interior de las empresas, en virtud a que contribuye a los intereses de trabajadores y empleadores²⁴.

Es un hecho que el empleador en este caso, practicó una investigación y terminó por aplicar al trabajador demandante la sanción más grave que contempla nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, independientemente de no ser una norma jurídica expresamente consagrada y que es ciertamente debatible, habría sido de interés que se hubiera analizado la procedencia de este actuar, puesto que el debido proceso es una garantía consagrada constitucionalmente (o, más rigurosamente, el derecho a un procedimiento racional y justo); y obedecer dicho estándar normativo, podría reducir la arbitrariedad que podría motivar a las decisiones empresariales de esta naturaleza²⁵; y, al mismo tiempo, otorgaría mayores herramientas para que los jueces competentes puedan analizar su razonabilidad²⁶ y apego a Derecho.

En este sentido, sería interesante avanzar, o al menos evaluar, la consagración del debido proceso, como requisito habilitante para proceder a la sanción de trabajadores con su despido laboral disciplinario. Por aplicación de la regla de irretroactividad, sería razonable que esto fuese regulado por la vía legislativa, de forma prospectiva²⁷.

No obstante lo cual, y según señala FERNÁNDEZ, la judicatura podría igualmente corroborar que las mínimas garantías de un debido proceso han sido cumplidas, como lo son el derecho a defensa y el plazo razonable del establecimiento de la sanción; ya que, una gro-

²⁰ ROJAS (2016) pp. 73 y ss. se refiere al fenómeno de la flexibilidad interna y externa del contrato de trabajo, que representa el punto establecido. Ver también a Domínguez (2021b), pp. 74-90.

²¹ FERNÁNDEZ (2015) pp. 440-444.

²² THAYER y NOVOA (2003) Tomo III, pp. 242-243 ya se referían tangencialmente a este asunto, al señalar que la separación provisional de un trabajador mientras dure la investigación, debía estar consagrada en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

²³ FERNÁNDEZ (2016) p. 283.

²⁴ FERNÁNDEZ (2016) p. 260.

²⁵ DOMÍNGUEZ (2021a) p. 137, sugiere que el procedimiento debería al menos contemplar los siguientes elementos: Imputación, defensa, investigación y comunicación; FERNÁNDEZ (2016) pp. 274 y ss., señala que mínimamente debería contemplar el derecho a defensa y derecho que se tome la decisión dentro de un plazo razonable.

²⁶ IRURETA (2020) pp. 18-20.

²⁷ LEY EFECTO RETROACTIVO DE LA LEI de 1861.

sera infracción a estas normas podría fácilmente devenir en una denuncia de vulneración de Derechos Fundamentales²⁸.

b. El derecho a la privacidad

Este Derecho Fundamental fue invocado en la sentencia especialmente en la sentencia de grado y de suma relevancia para el Derecho del Trabajo. En cuanto a él, el Juez a quo se pregunta: ¿Puede la empresa exigir al trabajador entregue información de su vida personal? A lo que responde que no, “por muy loable que sea el fin perseguido de salvaguardar la salud de otros trabajadores”.

Al respecto, CASTRO sostiene que el artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución Política de la República de Chile consagra el derecho a la intimidad o vida privada²⁹; y por aplicación del artículo 5, inciso primero del Código del Trabajo, las facultades del empleador encuentran un coto en él. Según el autor el indicado, “La privacidad espacial, por su parte, se refiere a aquellos ámbitos de la vida individual y social respecto de los cuales se puede, según las convenciones sociales dominantes, erigir una pretensión de privacidad u opacidad, esto es, de exclusión del conocimiento de terceros, particularmente del empleador”³⁰.

Entonces, pareciera que si el reproche del empleador se centrara en la conducta extralaboral del trabajador demandante, efectivamente podría fácilmente concluirse que la sanción se ha extralimitado e -incluso- se podría haber argüido que transgredió el Derecho Fundamental a la privacidad del trabajador demandante.

Sin embargo, pareciera que el verdadero reproche podría centrarse en faltar a la verdad ante las labores de trazabilidad efectuadas dentro de la esfera laboral; por lo que cabría contrainterrogar: ¿realizar labores de trazabilidad contraviene las convenciones sociales dominantes? Pareciera que no y, de hecho, todo lo contrario. En el contexto de la Pandemia, múltiples garantías constitucionales han sido restringidas para velar por un bien jurídico colectivo que es de la mayor relevancia, como lo es la salud pública; y, aterrizado a la empresa, la vida e integridad física y psíquica de todos los trabajadores.

La respuesta que sugiere la sentencia anulada, que debería ser solamente la autoridad sanitaria la que realice labores de trazabilidad respecto trabajadores de la empresa por sus actividades fuera de la jornada laboral, importa la ineficacia de dicha medida (especialmente por su lentitud) y, además, induce al empleador a una inactividad que terminaría desprotegiendo al resto de los trabajadores lo que lo forzaría a incumplir con el artículo 184 del Código del Trabajo y una contravención al artículo 5 inciso primero del mismo cuerpo legal, ya que omitir la labor de trazabilidad importa un daño eventual al contenido de la garantía constitucional a la vida y salud de los trabajadores, consagrada en el artículo 19 N° 1 de la Constitución.

Sobre este asunto, como se mencionaba, IRURETA ha señalado que el empleador es un deudor de seguridad para sus trabajadores, ostentando un auténtico deber de diligencia mínima al respecto; mientras que, los trabajadores, a su vez adquieren tres tipos de obliga-

²⁸ FERNÁNDEZ (2016) p. 288.

²⁹ CASTRO (2020) pp. 48 y ss.

³⁰ CASTRO (2020) p. 106.

ciones: de autoprotección, de cumplimiento de medidas de protección y de cooperación con el empleador³¹. Estas observaciones rebaten con severidad la hipótesis del sentenciador de instancia puesto que la inactividad del empleador en este caso habría necesariamente devenido en un grave incumplimiento a sus labores; y, por el otro lado, faltar a la verdad al responder requerimientos de información del empleador para realizar labores de trazabilidad –en épocas de una Pandemia– ciertamente puede interpretarse al menos como un incumplimiento al deber de autoprotección y de cooperación con el empleador, anotados.

Como corolario de lo expuesto, debe destacarse que el mismo autor señala que el no acatamiento de medidas de seguridad por parte del trabajador no exonera al empleador de las sanciones por no ejercer correctamente su deber de cuidado. Además de reforzar lo argumentado en el párrafo anterior, esta hipótesis permite incluso atribuir a la conducta del trabajador demandante un incumplimiento contractual³².

Adicionalmente a lo expuesto, la conclusión de la sentencia anulada carece de mérito jurídico aun cuando el reproche se mantuviese en la conducta extralaboral como pretendía. Efectivamente, FERNÁNDEZ ha señalado que la conducta extralaboral del trabajador podría ser relevante para configurar una causal de despido de naturaleza disciplinaria, en cuanto esta “afecte grave y negativamente el trabajo o provoca efectos perjudiciales en el óptimo cumplimiento de la prestación laboral”, señalando como un ejemplo concreto, el deber evitar aquellas conductas que afecten la prestación de servicios, como el consumo de sustancias que impidan realizar el trabajo convenido en la forma debida. Por ello, habiendo existido sospechas fundadas de comportamientos privados extralaborales que impactaban objetivamente a la relación laboral, este entrometimiento empresarial tendría que haberse estimado como procedente por parte del Juez del grado.

Es así que, se estima que el Juzgador de instancia, podría haber concluido de forma inversa a la forma que lo hizo: En primer lugar, lo reprochable sería una inconducta ocurrida dentro de la esfera laboral (faltar a la verdad ante labores de trazabilidad ejecutadas por el empleador en un contexto de Pandemia), lo que dio cuenta un severo incumplimiento a los deberes del trabajador demandante en cuanto a seguridad; y, en segundo lugar, la misma conducta extralaboral, en contexto de la Pandemia y existiendo sospechas fundadas, es del todo relevante para la relación laboral por lo que no tendría la entidad suficiente para vulnerar el derecho a la vida privada de los trabajadores. Al contrario, dado su deber de diligencia mínima, podría incluso entenderse que el empleador tendría el deber contractual de inmiscuirse en estos asuntos bajo el pretexto de proteger la vida y salud del personal.

c. Proporcionalidad

Como se desprende de lo razonado previamente, el análisis sobre la procedencia de encuestar al trabajador, durante la jornada laboral, por conductas relacionadas a la Pandemia, que ocurrieron dentro o fuera de la jornada laboral, con la intención de salvaguardar al personal durante la jornada laboral; podría importar una colisión entre el Derechos Fundamentales: a la vida privada del trabajador demandante (artículo 19 N° 4 y 5 de la

³¹ IRURETA (2015) p. 482-486.

³² IRURETA (2015) p. 486.

Constitución) con la vida e integridad física y psíquica de todo el personal de la empresa (artículo 19 N° 1 de la Constitución).

Ante esto, se puede sostener que existiría consenso en cuanto a que el mecanismo más utilizado para resolver este tipo de controversias es conducir un examen de proporcionalidad sobre la medida cuestionada³³; el que, a su vez, contempla tres subexámenes o juicios que deben ser aprobados para poder concluir que la medida (de encuesta en este caso) fue proporcional: de idoneidad, de intervención mínima o necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Someramente sobre el subexamen de idoneidad, UGARTE sostiene que se reprueba si la medida en cuestión no contribuye a la consagración de un fin constitucional legítimo³⁴. En consecuencia, pareciera que la medida sería idónea en cuanto vela por el Derecho Fundamental a la vida e integridad física y psíquica de los trabajadores de la empresa.

Luego, UGARTE señala que el juicio de necesidad o intervención mínima³⁵, importa la concurrencia de tres elementos fundamentales: a) la existencia de medidas alternativas; b) que esta sea igual o más eficaz para conseguir el fin en cuestión; y c) que esta restrinja en menor medida el Derecho Fundamental afectado³⁶.

Al respecto, también entendemos que la labor de trazabilidad aprueba este subexamen, ya que no se percibe que exista alternativa alguna que permita proteger en igual intensidad al resto al personal de la empresa; especialmente considerando que la labor que podría realizar el ejecutivo en este sentido, tendría de una eficacia sustancialmente menor.

Siguiendo con lo expuesto, dada la directa ponderación que hace esta sentencia respecto los bienes jurídicos enfrentados, queda de manifiesto que la conclusión de la sentencia habría reposado exclusiva o principalmente en el juicio de proporcionalidad estricta.

GAMONAL explica este subexamen, remitiéndose a dos leyes de ponderación de Robert Alexy: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” y “[c]uanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”, para luego finalizar señalando que este juicio persigue corroborar que la limitación del Derecho Fundamental del trabajador sea equilibrada en relación al objetivo perseguido a través de la medida³⁷. FERNÁNDEZ indica que este último juicio examina si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios que perjuicios³⁸.

Así las cosas, surgen dudas si el grado de afectación del derecho a la vida privada del trabajador demandante podría estimarse desequilibrada en este sentido, toda vez que

³³ Entre otros, CASTRO (2020) p. 95; GAMONAL (2021) pp. 270-272; DOMÍNGUEZ (2021a) pp. 142 y ss.; UGARTE (2018) pp. 256 y ss.; *Moreno con Empresa Consultores Asociados de Marketing* (2018); *Escobar con Sociedad Importadora y Comercial Multimaq* (2021); *Morales con Corporación Educación UDEC CFT Lota – Arauco* (2021) y *Cerda con Condominio Torres de Valparaiso* (2021).

³⁴ UGARTE (2018) p. 257.

³⁵ FERNÁNDEZ (2016) p. 194.

³⁶ UGARTE (2018) pp. 263-273

³⁷ GAMONAL (2021) p. 271 y ss. Pies de página eliminados.

³⁸ FERNÁNDEZ (2016) p. 194.

la medida solamente se entromete respecto al específico hecho si infringió en una ocasión puntual las reglas concernientes a los aforos en eventos sociales, sin intentar inmiscuirse en su vida privada en general; por lo que, como señala UGARTE, no infringe su núcleo³⁹.

Es decir, el grado de afectación no sería el más alto, en contraposición a la importancia de proteger una garantía constitucional colectiva o de todo el personal. Luego, en cuanto a la segunda ley de ponderación de Alexy, nuevamente se debe sostener que la afectación no sería del todo intensa (o no impactaría su núcleo en palabras de UGARTE); y, no obstante ello, la certeza protectora de la medida está garantizada y por tanto sustentaría la intervención.

Como corolario de lo expuesto, se debe destacar lo señalado por THAYER y NOVOA: “El contrato de trabajo impone como obligación principal al empleador la de preocuparse por la persona del trabajador y de sus legítimos intereses, en tanto cuanto le es posible”⁴⁰; lo que recalcó HUMERES: “[E]l empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger la vida y salud de sus trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales...”⁴¹, y, también, lo que observó IRURETA, en cuanto a que el empleador cuenta con un deber de diligencia misma que no se ve soslayado por incumplimientos de trabajadores⁴².

En este sentido, también cabe destacar que la Dirección del Trabajo ha autorizado medidas que podrían ser aún más intrusivas, como lo es practicar exámenes para detectar la existencia de COVID-19 entre sus trabajadores (“PCR”), donde señaló que el empleador es el más interesado en prevenir y controlar el eventual contagio entre sus trabajadores, por lo que debe adoptar todas las medidas que estén a su alcance para ello⁴³; y, no solamente ello, previamente señaló que los empleadores responderán de la culpa levísima en asuntos relacionados con la seguridad de sus trabajadores, por lo que debe “adoptar todas las medidas tendientes a garantizar dicha protección”⁴⁴.

Para finalizar, se debe destacar que en un fallo reciente, dictado por la Corte Suprema a propósito de medidas de seguridad relacionadas con el COVID-19, señaló que el derecho a la vida y a la integridad física es el “principal atributo que debe ser objeto de cautela por parte del empleador”⁴⁵; no solamente ello, que la Corte de Valparaíso justificó medidas provisionales y unilaterales de emergencia en virtud de la Pandemia, en virtud de la “necesidad de velar por la salud de los propios trabajadores”⁴⁶; y, finalmente, que la Corte de Antofagasta indicó que las empresas deben adoptar las medidas necesarias para cumplir con los protocolos y directrices establecidas por la autoridad sanitaria⁴⁷.

³⁹ UGARTE (2018) pp. 273 y ss.

⁴⁰ THAYER y NOVOA (2003) pp. 402-403.

⁴¹ HUMERES (2019) p. 290.; ver también, GAMONAL (2021) pp. 145 y ss.

⁴² IRURETA (2015), p. 486.

⁴³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, 1 de abril 2021, Dictamen N° 1189/01.

⁴⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, 27 de mayo 2021, Ordinario N° 1547.

⁴⁵ *Jérez con Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones* (2021).

⁴⁶ *Codelco Chile con Dirección del Trabajo Bío Bío* (2021).

⁴⁷ *Cabezas con Sociedad Constructora Excon S.A.* (2021)

Si se estima que el empleador debe adoptar todas las medidas requeridas, habiéndose mencionado que responde hasta de la culpa levísima⁴⁸, existiendo pronunciamientos que disponen su responsabilidad casi sin la concurrencia de culpa⁴⁹, y habiendo la autoridad laboral autorizado a empleadores practicar exámenes médicos que podrían ser de naturaleza invasiva; podría estimarse como improcedente que se coarten las labores de trazabilidad de los empleadores en este sentido, bajo el pretexto de proteger la intimidad –acotada a un hecho específico y sustancial– de un trabajador en particular, en desmedro de la vida y salud del resto del personal.

Todo lo anterior se ve reforzado por las disposiciones contenidas en la Ley N° 21.342 “de Retorno Seguro”⁵⁰, que en su artículo 2 y 7, establece que el empleador deberá implementar un protocolo de seguridad para estos efectos, señalando que los organismos administradores del seguro de la ley N° 16.744 deberán elaborar un formato tipo. Revisado uno de ellos, dispone las labores de trazabilidad para los empleadores en caso de detectarse casos sospechosos o contactos estrechos por COVID-19⁵¹.

De esta manera, considerando lo expuesto, podría haberse estimado que la medida empresarial aprobaba con cierta holgura el juicio de proporcionalidad.

d. Conclusiones sobre la sentencia dictada por el Juzgado de instancia.

Así las cosas, más allá de los asuntos adjetivos que no fueron analizados, esta sentencia acogió la demanda declarando el despido como indebido, a través de un análisis que podría no ser el más adecuado desde una perspectiva sustantiva.

En primer lugar, esta sentencia estima como infringido el derecho constitucionalmente consagrado a la vida privada, lo que no sería así dado que la labora de trazabilidad se efectuó dentro de los márgenes laborales laboral con efectos intencionados para el marco laboral.

No solamente ello, dada la convención social imperante en tiempos de Pandemia; y además, en virtud a que existían sospechas fundadas de haber incurrido el trabajador en conductas extralaborales que podrían impactar directamente la actividad empresarial y la salud del personal, era el deber del empleador de ejecutar los protocolos de seguridad y llevar a cabo las labores de trazabilidad, siendo el deber del empleador autoprotgerse y colaborar con el empleador en este sentido.

En segundo lugar, la sentencia habría estimado que la medida empresarial de encuestar para realizar labores de trazabilidad habría sido desproporcionada por fallar el subexamen de proporcionalidad estricta, en circunstancia que los análisis practicados sugieren una conclusión contraria.

En este sentido, esta sentencia evitó referirse al mérito de los hechos, atendiendo una presunta infracción que impedía en un primer lugar que el empleador conociere de estos,

⁴⁸ LANATA (2019) pp. 50-51 y 83-88; DIRECCIÓN DEL TRABAJO (1997): 24 de noviembre, Ordinario N° 7173/3661.

⁴⁹ ACF Minera S.A. con Inspección Provincial del Trabajo Antofagasta (2021).

⁵⁰ CHILE, LEY 21.342.

⁵¹ Se debe destacar que la sentencia anulada fue dictada el día 7 de abril de 2021, mientras que la ley N° 21.342 fue publicada durante el mes de junio 2021.

lo que le condujo a calificar el despido como indebido; lo que se estima, según se ha expuesto, podría ser la conclusión incorrecta.

IV. CONCLUSIONES

Así las cosas, se ha analizado que la decisión de la Corte de Apelaciones, que estimó que la medida sancionatoria adoptada por el empleador, en las circunstancias particulares del caso, fue adecuada y apegada a Derecho. Al respecto, especialmente en el contexto de la Pandemia, es procedente concluir que incumplir con la normativa sanitaria y faltar a la verdad en ello al empleador, entorpeciendo las labores de trazabilidad y amenazando concretamente la vida y salud del personal de la empresa, constituye una conducta deónticamente reprochable al amenazar en forma temeraria la salud del personal, y con ello, justifica en Derecho la sanción laboral de despido, al ser una conducta subsumible dentro de la causal contenida en el artículo 160 N° 5 del Código del Trabajo.

Junto con ello, cabe destacar que la sentencia de reemplazo ratifica con intensidad la vigencia del contenido ético-jurídico que integra al contrato de trabajo; y que, el caso en cuestión, también permite revisitarse el Derecho Fundamental a la vida privada o intimidad y su relacionamiento con otros bienes jurídicos en el contexto laboral; el examen de proporcionalidad; y, por último, ratifica la interesante interrogante sobre el mérito de exigir que todo despido, por motivo disciplinario, deba responder a un sumario laboral o investigación interna que cumpla con las reglas mínimas de un debido proceso (o proceso racional y justo).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CASTRO CASTRO, José Francisco (2020): *La protección de la intimidad del trabajador* (Santiago, DER Ediciones).
- DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro (2021a): *Las causales de despido disciplinario en Chile* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro (2021b): “La fragilidad causal del despido en Chile: Análisis, críticas y propuestas”, en Rojas Miño, Irene (edit.), *La protección ante el despido laboral* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago) pp. 67-120.
- FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl (2015): “El poder disciplinario del empleador: Configuración jurídica de la sanción laboral que puede imponer al trabajador dependiente”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLIV: pp. 423-460.
- FERNÁNDEZ TOLEDO, RAÚL (2016): *El poder disciplinario del empleador* (Santiago, legal Publishing Chile).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2021): *Derecho individual del trabajo. Doctrina materiales y casos* (Santiago, DER Ediciones).
- HUMERES NOGUER, Héctor (2019): *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, decimonovena edición).
- IRURETA URIARTE, Pedro (2015): “Efectos extintivos de un contrato de trabajo derivados de la ejecución de actos, omisiones o imprudencias temerarias”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLIV: pp. 461-490.

- IRURETA URIARTE, Pedro (2020): “El principio de razonabilidad laboral. Los límites a las potestades del empleador en el Derecho del Trabajo chileno”, *Revista Ius et Praxis*, año 26, N° 2: p. 1-31.
- LANATA FUENZALIDA, GABRIELA (2019): *Responsabilidad contractual y extracontractual por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales* (Santiago, DER Ediciones).
- LIZAMA PORTAL, Luis y LIZAMA CASTRO, Diego (2019): *Manual de Derecho individual del trabajo* (Santiago, DER Ediciones).
- PIERRY VARGAS, Lucía (2018): *Derecho individual del trabajo* (Santiago, DER Ediciones).
- ROJAS MIÑO, Irene (2016): *El Derecho del Trabajo en Chile. Su formación histórica y el control de la autonomía colectiva* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (2003): *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2018): *Derechos fundamentales, tutela y trabajo* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- ZAVALA ORTIZ, José Luis (2020): *Jurisprudencia del recurso de nulidad laboral* (Santiago, Libromar).

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- CHILE, Sin Número (7/10/1861), Ley sobre el efecto retroactivo de la lei.
- CHILE, Ley N° 21.342 (01/06/2021), Ley que Establece protocolo de seguridad sanitaria laboral para el retorno gradual y seguro al trabajo en el marco de la alerta sanitaria decretada con ocasión de la enfermedad de COVID-19 en el país y otras materias que indica.
- CÓDIGO CIVIL DE CHILE.
- CÓDIGO DEL TRABAJO DE CHILE.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2021): 1 de abril, Dictamen N° 1189/01.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2021): 27 de mayo, Ordinario N° 1547.
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO (1997): 24 de noviembre, Ordinario N° 7173/3661

JURISPRUDENCIA CITADA

- ACF MINERA S.A. CON INSPECCIÓN PROVINCIAL DEL TRABAJO DE ANTOFAGASTA (2021): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de agosto, Rol N° 148-2021 (recurso de nulidad), Libro Laboral-Cobranza.
- CABEZAS CON SOCIEDAD CONSTRUCTORA EXCON S.A. (2021): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 19 de agosto, Rol N° 7596-2021 (recurso de protección).
- CERDA CON CONDOMINIO TORRES DE VALPARAÍSO (2021): Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de abril, 336-2020 (recurso de nulidad), Libro Laboral-Cobranza.
- CODELCO CHILE CON DIRECCIÓN DEL TRABAJO BÍO BÍO (2021): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 25 de noviembre, Rol N° 534-2021 (sentencia de nulidad), Libro Laboral-Cobranza.

- CORONAO CON QUINTA S.A.* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de junio, Rol N° 3359-2019 (recurso de nulidad), Libro Laboral Cobranza.
- CORREA CON JUNTA NACIONAL DE JARDINES INFANTILES JUNJI* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de abril, Rol N° 1214-2020 (recurso de nulidad), Libro Laboral Cobranza.
- CORVALÁN CON AFP PLANVITAL S.A.* (2011): Corte Suprema, 31 de agosto, Rol N° 3715-2010 (recurso de casación).
- ESCOBAR CON SOCIEDAD IMPORTADORA Y COMERCIAL MULTIMAQ* (2021), Corte de Apelaciones de San Miguel, 9 de septiembre, Rol N° 373-2021 (recurso de nulidad), Libro Laboral-Cobranza.
- JÉREZ ATENAS, RUBÉN MANUEL ANTONIO CON SUBSECRETARÍA DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES* (2021): Corte Suprema, 24 de septiembre, Rol N° 22.446-2021.
- MADRID GONZÁLEZ, JUAN CARLOS CON EXPROCHILE S.A. Y OTRA* (2021): 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 7 de abril, Rol N° M-444-2021 (juicio monitorio laboral).
- MADRID GONZÁLEZ, JUAN CARLOS CON EXPROCHILE S.A. Y OTRA* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de septiembre, Rol N° 1327-2021 (sentencia de nulidad), Libro Laboral-Cobranza.
- MADRID GONZÁLEZ, JUAN CARLOS CON EXPROCHILE S.A. Y OTRA* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de septiembre, Rol N° 1327-2021, Laboral-Cobranza (sentencia de reemplazo) Libro Laboral-Cobranza.
- MEJÍA CON ALFONSO ELÍAS JAMIS E HIJOS LIMITADA* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de abril, Rol N° 1239-2020 (recurso de nulidad), Libro Laboral-Cobranza.
- MORALES CON CORPORACIÓN EDUCACIÓN UDEC CFT LOCA – ARAUCO* (2021): Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de junio, Rol N° 424-2020 (recurso de nulidad), Libro Laboral-Cobranza.
- MORENO CON EMPRESA CONSULTORES ASOCIADOS DE MARKETING* (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de febrero, Rol N° 2134-2017 (recurso de nulidad) , Libro Laboral-Cobranza.
- MUÑOZ CON FUNDACIÓN ALMIRANTE CARLOS CONDELL* (2021): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 8 de junio, Rol N° 4-2021 (recurso de nulidad), Libro Laboral-Cobranza.
- PEÑALOZA CON FLESAN S.A.* (2021): Corte Suprema, 26 de agosto, Rol N° 24.584-2020 (unificación de jurisprudencia), Libro Laboral-Cobranza.

¿ESTÁ EL DERECHO PENAL AL MARGEN DE DISCUSIONES AXIOLÓGICAS? A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO SOBRE LA DESPENALIZACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

IS CRIMINAL LAW IN THE MARGIN OF AXIOLOGICAL FOUNDATIONS? CONCERNING THE DECRIMINALIZATION OF ABORTION IN THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT

RODRIGO ANDRÉS GUERRA ESPINOSA*

RAÚL MADRID**

LUIGI CORNACCHIA***

RESUMEN: En este trabajo se formulan algunos comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declara constitucional la nueva regulación que presenta el art. 119 del Código Sanitario. Esta modificación permite la ocisión del que está por nacer ante supuestas situaciones de necesidad e inexigibilidad. Se pretende exponer que, en oposición a lo que indica la prevención del Tribunal Constitucional, la problemática del nuevo art. 119 se encuentra situada un campo axiológico. La tesis jurídico-penal presentada en este artículo descansa en la metarregla del doble efecto, que exige distinguir entre aquellas acciones en que se procura el homicidio de un inocente (per se) y aquellas acciones en que la muerte se desencadena como efecto colateral (per accidens) en situaciones de estado de necesidad.

Palabras clave: estado de necesidad, moral absolutismo, metarregla del doble efecto.

ABSTRACT: This paper makes some comments on the Chilean Constitutional Court's ruling related to the new regulation presented by article 119 of the Health Code. This modification allows the homicide of the unborn beyond sate of necessity. The aim is to show that,

* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Magíster en Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Internacional, Heidelberg Institute L.A. Magíster en Derecho Público, Universidad de los Andes, Chile. Minor en Sociología, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado, Chile. rguerra@uandes.cl. Profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de los Andes, Chile.

Este comentario de jurisprudencia se inserta en el Proyecto Fondecyt iniciación 11190024 sobre "Delimitación del miedo insuperable del estado de necesidad.

** Doctor en Derecho y Magister en Filosofía, Universidad de Navarra. Magister en Derecho (LLM), mención Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Titular Ordinario de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Facultades de Derecho y Filosofía). Director del Programa de Derecho, Ciencia y Tecnología. rmadrid@uc.cl.

*** Profesor de Derecho Penal Económico en la Università degli Studi di Bergamo, Italia. Doctor en Derecho Penal por la Università degli Studi di Trento (1999). Profesor visitante de la Universidad de Navarra (España), Universität zu Köln (Alemania), Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Alemania) y de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). luigi.cornacchia@unibg.it

in opposition to what the Constitutional Court's prevention indicates, the problem of the new article 119 is in an axiological field. The legal-criminal thesis presented in this article is based on the meta-rule of double effect, which requires a distinction to be made between actions in which the homicide of an innocent person (per se) is sought and those in which death is triggered as a collateral effect (per accident) in situations of state of necessity.

Keywords: necessity defense, moral absolutism, double effect meta-rule.

I. INTRODUCCIÓN: PROBLEMÁTICA Y OBJETIVOS DE ANÁLISIS

Desde hace tiempo la dogmática penal se ha planteado la cuestión de los límites en acciones que tengan por consecuencia la muerte de inocentes, la que se aplica analógicamente en la regulación actual del artículo 119 del Código Sanitario, ante una situación de riesgo vital para la madre gestante.

Algunos han pretendido reducir los límites de la justificación en la muerte del que está por nacer. Señalan que existe un núcleo esencial de la dignidad humana que no puede ser vulnerado, de manera que, si matar a la criatura es una vía idónea para salvar a la madre, el límite de la justificación no se reduce al hecho de salvar una vida y no perder dos. Con todo, esta es una posición minoritaria en la dogmática penal, de forma que, pasando por el consecuencialismo teleológico¹, se afirma que no existen absolutos morales, porque estos son virtuales según las consecuencias de la acción².

Ahora bien, la justificación del aborto a través del artículo 119 trae consigo la necesidad de utilizar un criterio axiológico, con objeto de evaluar la justificación de la muerte del que está por nacer, al contener esta disposición un concepto jurídico indeterminado. Estos son tan amplios que extienden de forma desmesurada la distancia entre el intérprete y la norma. Así pues, en el caso del artículo 119 del Código Sanitario, podemos indicar que esto se observa tanto en el concepto de *riesgo vital* como en el de *inviabilidad*. La indeterminación del concepto de riesgo vital requiere de un criterio que pueda orientar al intérprete en cómo resolver estas situaciones límites. Además, el caso del concepto de inviabilidad en la segunda causal del art. 119 del Código Sanitario implica estudiar cuáles son estos casos incompatibles genéticamente con la vida extrauterina. En ese sentido, ¿qué sucede con el anencefálico parcial o los casos de espina bífida? Ciertamente, sería un atentado a la dignidad humana considerarlos como personas inviables en la regla en cuestión, entre otros. Estas primeras aproximaciones apuntan a la cuestión de si es lícito justificar en

¹ En este contexto, “el utilitarismo es una forma de consecuencialismo. Pese a que existan varias formas de utilitarismo, este siempre tiene una perspectiva colectivista de juicio y, por regla general, conservan una antropología hedonista. En los casos trágicos de necesidad, la argumentación no depende de las premisas específicas del utilitarismo, sino de la apertura a la evaluación mínima de las consecuencias que se siguen del mantenimiento o interrupción de una lógica de pensamiento deontológica.” WILENMANN (2016) p. 43, nota 137. Esta lógica de pensamiento deontológica es parte de un consecuencialismo moderado o teleológico. Con ello, podemos diferenciar el utilitarismo del consecuencialismo, según algunos autores.

² Se puede observar una perspectiva consecuencialista que en su ponderación no se deja de considerar el núcleo esencial de la dignidad humana en casos de tortura en MOLINA (2009) pp. 30-31.

algún caso la ocisión directa de un inocente³. El problema es relevante, entre otras razones, porque se observa una tendencia a aceptar, en la dogmática penal, una posición axiológicamente neutra frente al consecuencialismo. Esto supone que el artículo 119 permitiría justificar la muerte selectiva del que está por nacer. Así, el texto normativo estaría distante tanto de los que sostienen que todo está justificado en los parámetros del artículo, como de quienes consideran que toda acción que conlleve la muerte de un inocente es injusta⁴.

Nos referiremos a continuación a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno rol 3729-17⁵, donde entra en consideración la problemática de la justificación de la ocisión del que está por nacer. Se trata de una sentencia que acepta la actual regulación del artículo 119 del Código Sanitario. Esta disposición despenaliza la interrupción del embarazo en tres causales. Así las cosas, en primer lugar, contrastaremos el razonamiento del Tribunal con la interpretación que, presente en las consideraciones del Ministro Hernández, dicta la prevención del fallo. En segundo lugar, contrastaremos el fallo con dos modalidades de interpretación, es decir, desde un paradigma consecuencialista y uno moral absolutista. Finalmente, presentaremos un análisis crítico que permita ajustar la interpretación del art. 119 a los parámetros del doble efecto.

II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ART. 119

Con fecha 2 de agosto de 2017, el Tribunal Constitucional de la República de Chile decidió aprobar el proyecto de Ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Este proyecto elimina la prohibición de toda acción que tenga por finalidad terminar con la vida del que está por nacer. La disposición del art. 119 establecía: *No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto*. La nueva disposición indica que: “Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:

- 1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.
- 2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.
- 3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del

³ Así pues, existe una diferencia entre matar directamente (homicidio) o hacerlo por efecto colateral dentro de los parámetros de una norma permisiva. De aquí que, si bien la especie física del acto es matar a otro sujeto en ambos casos, en el primero la ocisión directa es un acto antijurídico y en el segundo se puede ajustar a los parámetros de una norma permisiva. Ello, de cumplir los requerimientos del doble efecto, véase GARCÍA-HUIDOBRO Y MIRANDA (2013) *passim*.

⁴ Respecto del dogma de la imponderabilidad de la vida humana, véase WILENMANN (2016) pp. 5-13.

⁵ *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11* (2017): Tribunal Constitucional Chileno, Rol 3729-17, 28 de agosto de 2017.

embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación”.

La modificación provocó diversas reacciones en la dogmática constitucional chilena y, en particular, la adopción de medidas para enfrentar situaciones de peligro para la vida de la madre embarazada y del que está por nacer. En este contexto, el Tribunal Constitucional aceptó una reformulación del art. 119 en la que, junto con reforzarse la posibilidad de efectuar una intervención que tenga por finalidad matar al que está por nacer, se incluía una regulación que permitía un uso limitado de la despenalización del aborto en tres causales, con la consiguiente pérdida de la vida del que está por nacer, como sucede en una situación (a) de riesgo vital para la vida de la madre, (b) una enfermedad genética incompatible con la vida, y (c) en caso de violación. Esta última situación fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad y de amplia discusión en la esfera pública⁶.

Entre los argumentos a favor de la nueva regulación del art. 119, se utilizó la premisa de que la vida no es un valor absoluto, sustentada en el poder disponer de la vida a través de la pena muerte, la legítima defensa, el estado de necesidad y el uso de un arma por parte de la autoridad. Por otra parte, la sentencia sostiene que en estos casos estaría justificando el disponer de la vida humana, con independencia de la posible responsabilidad del inocente sobre el cual recae la acción por ser fuente de un peligro. Es decir, que la regulación de estas instituciones permitirá ahora disponer de la vida del que está por nacer, porque no sería un derecho absoluto, y la autonomía de la mujer permitiría sortear la situación de riesgo vital.

De ahí que en la sentencia se disponga, en su considerando septuagesimonoveno, que: **“El derecho a la vida que tienen todas las personas, tampoco es absoluto. Como se sostuvo en estrados, este se ve limitado por la pena de muerte (artículo 19 N° 1 de la Constitución). También, por una serie de instituciones que legitiman la muerte, como la legítima defensa, el estado de necesidad, el uso del arma de fuego por la autoridad policial. De este modo, no puede considerarse, como se indicó en estrados, que la vida del que está por nacer sea la única que no puede ser afectada en ninguna circunstancia, por ninguna razón o interés”**⁷.

La sentencia afirma que, ante una situación de riesgo vital, entre la vida del que está por nacer y la vida de la madre gestante, los derechos de la madre deben primar. Como se observa, la argumentación del Tribunal tiene un carácter consecuencialista que, en negación de la existencia de prohibiciones morales absolutas, es decir, de actos que nunca son lícitos de intentar por muy buenas que sean sus consecuencias; sostiene que se justifica terminar directamente con la vida del que está por nacer. Esta posición lleva a una indiferenciación entre el sacrificio de la vida de un inocente y la de un agresor ilegítimo. La suposición de una dialéctica de enfrentamiento entre la vida de la madre y del que está por nacer otorga, por otro lado, algunas pistas sobre el modelo antropológico y metodológico que fundamenta el argumento, basado en la oposición dinámica de categorías que se piensan de manera al parecer irreductible. La lógica tradicional, por el contrario, entendía esta relación en una perspectiva complementaria, en la que la madre tendía a proteger al hijo y el hijo, a

⁶ Respecto de un análisis detallado de cada uno de estos planteamientos, véase GARCÍA (2018) *passim*.

⁷ Énfasis añadido.

unirse a la madre. Ambos en un movimiento finalista destinado a favorecer la especie humana, en conformidad a los fines naturales de cualquier género biológico.

Resulta discutible sostener que acudir a la pena de muerte, el estado de necesidad y la legítima defensa no permite sostener que la vida del inocente tiene un valor absoluto, porque estas instituciones no responden al mismo orden lógico que la terminación voluntaria del embarazo. El argumento establece una analogía falsa, que pareciera destinada a confundir más que a hallar la justicia de la propuesta. El hecho de estar autorizado para provocar la muerte en legítima defensa o por traición a la Patria, no constituye en modo alguno una regla general para tolerar la muerte de personas en situaciones de *riesgo vital*. Con este método, se corre el riesgo de instrumentalizar y despojar a las personas de sus derechos fundamentales. Cuando el Tribunal acepta este razonamiento sin sujeción alguna a un absoluto moral, priva al que está por nacer del valor que le pertenece por el hecho de ser persona, cosa que en realidad no puede hacer. De ahí que, en conformidad a la sentencia, pareciera que la madre realiza un ejercicio de autonomía que posibilita el terminar con la criatura en el vientre materno.

En esta dirección, la sentencia establece en su considerando septuagesimonoveno: “Que, sin embargo, esta protección no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer. La Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación. Proteger al no nacido no es título para abandonar a la mujer. El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución. El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo. Pero a partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar”.

Con todo, la prevención de Hernández difiere de los argumentos ya expuestos. Su argumento se centra en el valor absoluto de la vida, en la imposibilidad de sostener la atipicidad de las tres causales del artículo 119 y en sostener que el artículo 119 es una excusa legal absolutoria para el equipo médico que interviene en la interrupción del embarazo. También defiende que el que está por nacer es una persona a la cual se le reconocen derechos fundamentales y rechaza la despenalización de la interrupción del embarazo como una consagración de la autonomía de la voluntad de la madre.

De aquí que se sostuviera en la prevención, en su letra a), que: “Ante todo, las causales de interrupción del embarazo que el proyecto de ley autoriza, no pueden ser evaluadas como reconocimiento del ejercicio de una supuesta autonomía de la voluntad de la madre gestante, sobre su propio cuerpo y/o derivada de ciertos derechos inherentes a su condición femenina tradicionalmente postergados por la sociedad y que hoy se vendrían a reconocer positivamente, en una situación de colisión entre la vida de la mujer y el mero interés jurídicamente protegido en que el *nasciturus* consistiría, que no persona y, por ello, disponible por decisión de la mujer en caso de conflicto. No compartimos aquello, toda vez que la autonomía de la voluntad consiste en el ejercicio de las libertades propias a efectos de asumir uno mismo las consecuencias de sus personales decisiones, por lo que concluye precisamente allí donde comienzan los derechos de los demás, sin que sea posible externalizar y radicar en otro las consecuencias de las decisiones personales, sin su consentimiento”⁸.

⁸ Énfasis añadido.

Nos parece que la prevención presenta una posición moral absolutista, es decir, en una corriente de pensamiento filosófico que sostiene que, gracias a los postulados de una tradición moral clásica, hay actos que nunca son lícitos intentar⁹; y funda su concepción en la inviolabilidad de los derechos fundamentales del que está por nacer. Pues bien, esta indica expresamente, en su letra a), que: “En este punto, somos de parecer que el embrión o el ulterior feto constituyen una forma de vida humana intrauterina, es decir, un ser humano vivo, si bien dependiente de la madre en términos biológicos e incluso psicológicos (emotivo-cognitivos). Este otro ser humano que ya existe en cuanto tal desde su concepción, con individualidad genética específica, sea que ella se origine desde la fusión de los gametos que crean el cigoto, o desde la implantación del mismo cigoto en el endometrio. Hay allí ya una información genética completa, que solo debe desarrollarse durante el proceso gestacional y desplegarse a lo largo de la vida humana después del nacimiento, que no es sino continuidad del mismo proceso reproductivo y evolutivo”. Por último, si bien estamos de acuerdo con que el embrión es un ser humano vivo, la prevención presenta otros argumentos que afectan esta premisa. Por ello, interesa mostrar por qué es posible advertir en la sentencia en comento dos criterios axiológicos para la interpretación del artículo 119: uno cercano al realismo jurídico clásico, y otro vinculado al consecuencialismo.

III. EL RECONOCIMIENTO DE UNA DICOTOMÍA AXIOLÓGICA

La dicotomía axiológica que presenta una disposición como la del artículo 119 ya ha sido observada en la dogmática. Concretamente, Wolf se había preguntado por la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en las disposiciones jurídicas¹⁰. El empleo de estos parece adecuado para obtener una “certeza (casuística) potencial, preferible a la imposible certeza de una casuística absoluta, siempre y cuando se remitan a principios valorativos [...] sin quedar sometidos al mero arbitrio judicial”¹¹. Es indiscutible que el reconocer estos conceptos en el actual artículo 119 puede enfrentar refutaciones debido a la falta de consenso contemporáneo sobre los presupuestos materiales de la ética. La indeterminación a que hacemos referencia, sin embargo, solo parece poder subsanarse a través de un tratamiento dogmático-axiológico, con el objeto de no restar credibilidad a la discusión desde una posición neutra.

Dicha pretensión de neutralidad se observa en la prevención al indicar que: “Por lo demás, las discusiones más o menos semánticas, originalistas o literalistas, cada una de ellas con cierta apoyatura en las fuentes formales o materiales de Derecho, acerca de si el embrión o el feto es o no una persona humana, nos parecen un tanto impertinentes. No toca al Derecho resolver acerca de la calidad de persona humana, ni acerca de la naturaleza humana. Todo aquello son tópicos filosóficos, teológicos o antropológicos milenarios irresolubles racionalmente y que al fin se deciden personal o colectivamente por una cuestión de fe o de opción, en conciencia, **todas las cuales visiones son válidas en principio**, en el seno de una sociedad

⁹ Ciertamente, esto desde una corriente de pensamiento judeocristiana, con independencia de las beneficiosas consecuencias de estos actos.

¹⁰ WOLF (1931) p. 58.

¹¹ OSSANDÓN (2009) p. 179.

pluralista y democrática, incluso a nivel religioso. La diversidad de visiones acerca de la persona y la sociedad, debe convivir dentro de un marco regulado común y aceptable para dicha misma sociedad en su conjunto. Por eso, pensamos que aquí rozamos lo que Hans Kelsen denominó ‘norma hipotética fundamental’, en tanto plexo valórico irreductible y no susceptible de elucidación analítica, que oficia de fundamento de validez del Derecho”¹².

Hemos citado esta sección de la prevención de la sentencia, porque su argumentación parece discutible, al dar la impresión de que no existe una función axiológica que incida en la interpretación del artículo 119. Esta exclusión hubiera sido adecuada de no hacer alusión al doble efecto¹³ como criterio axiológico, para justifica el terminar *colateralmente* con la vida del que está por nacer.

Así, el voto de prevención, en su numeral 2 letra b), indica lo siguiente: “Por consiguiente, la lógica que subyace a nuestro criterio aquí expuesto, es el de **regla general-excepción**. Por regla general, el aborto es delito. Por excepción, no lo es; ni para la madre, por justificación en el caso del llamado aborto indirecto, ni para el equipo médico que, en nuestra opinión, quedará exento de responsabilidad únicamente en virtud de una excusa legal absolutoria, motivada en consideraciones de política criminal y de utilidad social, pero en ningún caso porque el feto sea un mero interés jurídico y no un ser humano, o porque la mujer sea libre para interrumpir su embarazo, o porque la conducta sea atípica por adecuación social”¹⁴.

La expresión *aborto indirecto* no puede, por otra parte, ser ignorada. Como no destaca la prevención, hablar de *aborto indirecto* conlleva aceptar un criterio axiológico consonante con la existencia de algunos principios morales absolutos, que incorpore la diferencia entre matar *per se* y matar *per accidens*. Este principio tiene sentido para diferenciar cuándo es posible justificar inevitablemente la muerte de inocentes. Es decir, casos en los que sabemos que de una acción lícita, necesaria y proporcionada se deriva con certeza la muerte del que está por nacer. Así, el principio establece que nunca es lícito matar a un inocente mediante la ejecución de acciones positivas destinadas a producir tal efecto. Sin embargo, algunas veces *–per accidens–* es lícito permitir que la naturaleza de las cosas derive en la producción de su muerte. El principio del doble efecto supone que la muerte del que está por nacer solo sea un efecto colateral de una acción lícita, que busca salvar la vida de la madre y del hijo en riesgo vital.

De ahí que la prevención sostenga, en la prevención numeral 2 letra a), que “Esas situaciones deben necesariamente estar configuradas en concreto por un **tertium non datur**, vale decir, la imposibilidad de actuar de otro modo, la falta concreta de alternativas: o se produce el sacrificio necesario (volitivamente indirecto, cualquiera sea la forma que adopte la intervención corporal) del **nasciturus o él y la madre fallecen, en el caso del peligro para la**

¹² Énfasis añadido.

¹³ Esta es una metarregla que nos permite resolver situaciones extremas de necesidad en las que no hay otra alternativa que aceptar la muerte de un inocente por efecto colateral. En este sentido, en el campo jurídico penal, requiere de un peligro, que este peligro no sea evitable de otro modo y, asimismo, que la muerte del inocente sea resultado de un efecto colateral (*per accidens*) para poder justificarla según los parámetros del estado de necesidad justificante.

¹⁴ Énfasis añadido.

vida de la madre; o, en el caso de la no exigibilidad de otra conducta, debe configurarse una real situación de estado de necesidad exculpante entre bienes jurídicos incommensurables, en la línea de lo establecido actualmente en el artículo 10, número 11°, del Código Penal, cuyos supuestos no corresponde pormenorizar aquí, pero que podemos relacionar con riesgos de suicidio de la madre o severas e irresistibles enfermedades mentales para ella”¹⁵.

La prevención establece que el doble efecto es un criterio de justificación que exige que la muerte del que está por nacer sea colateral. Sin embargo, según la prevención, el equipo médico que participa quedaría exento de responsabilidad en atención a la excusa legal absoluta que presenta el art. 119. Si bien la primera sección del argumento es acertada, en torno a aceptar el doble efecto como un criterio de justificación, la segunda es desacertada en torno a la exclusión de responsabilidad de terceros. En primer lugar, el doble efecto, para operar, requiere proporcionalidad entre el efecto intencional y el preterintencional. Ello quiere decir que el efecto directo debe ser significativo, que se justifique el efecto colateral no deseado. Por eso el doble efecto postula que, si para salvar a la madre, existe otro medio menos lesivo, no se justifica terminar con la vida del que está por nacer. En segundo lugar, la acción de la que deriva el efecto preterintencional debe ser necesaria para alcanzar el efecto directo. Con ello, la intervención de terceros (equipo médico) es una cooperación funcional en el ejercicio de la causal del 119 N° 1. Así pues, el efecto volitivamente indirecto justifica y no exculpa al equipo médico tratante. De aquí que la causal de justificación, en atención a la dispuesto en el artículo 64 del Código Penal, se comunique al equipo médico que interviene en la inducción del parto¹⁶. Ello, de cumplirse los requisitos del doble efecto.

Ahora bien, si aceptamos esta teoría, no es posible en el estado de necesidad exculpar la ocisión directa de un inocente. Terminar con la vida del que está por nacer, si la mujer presenta tendencias suicidas o una enfermedad mental (irreversible), infringe la cláusula de subsidiariedad del doble efecto e incluso del estado de necesidad¹⁷, es decir, la selección del medio menos lesivo. De ahí que el doble efecto exija distinguir entre el control de la situación, propio del objeto físico de la acción, y la valoración del hecho conforme a la norma (propia del objeto moral) que presenta el artículo 119 N° 1. Pues bien, lo concluyente no

¹⁵ Énfasis añadido.

¹⁶ Respecto de la comunicabilidad de las causales de justificación, un sector de la dogmática chilena considera que es posible el comunicar los efectos de una eximente de estas características a quienes intervienen en el ejercicio de esta. Sin embargo, la dogmática contemporánea se muestra más favorable a rechazar esta posibilidad. Ello, porque el artículo 64 solo alude a circunstancias modificatorias de responsabilidad y no a las eximentes que se contemplan en el Código Penal o fuera de este, véase NOVOA (1960) pp. 117 y ss.; LEIVA (2017) p. 226. Con todo, es importante indicar que el estado de necesidad del artículo 10 N° 11 permite realizar una acción para evitar un mal actual o inminente a un tercero y, asimismo, no reconduce esta acción, como se observa en el § 35 del StGB, a un efecto exculpante. Así pues, consideramos que el efecto justificante del artículo 119 N° 1, de cumplir con los requerimientos del doble efecto, abarca la conducta del equipo médico que asiste al médico que induce al parto para salvar a la madre de una situación de riesgo vital en el embarazo.

¹⁷ En este orden de ideas, el peligro de suicidio de la paciente puede ser evitado sometiéndola a un tratamiento psiquiátrico o a un control clínico permanente. La muerte del no nacido no es la respuesta para evitar la situación de riesgo vital. Así las cosas, el homicidio cometido en esta situación no transforma en lícito lo ilícito. De lo contrario, daríamos una “flexibilización amplia [a] situaciones de necesidad para la admisión de un aborto no punible”, PERCY (2011) p. 141.

es solo el resultado que la acción provoca, sino también el tipo de acción que se realiza. Es fundamental determinar no solo el ejercicio de la acción sino también qué es lo que pretende el agente. Así, inicialmente, concordamos con que el doble efecto no es un problema de intención en términos de “aquello que remotamente se quiere conseguir con el acto que se está realizando (*finis operantis*), sino de lo que objetivamente se elige, como fin próximo o medio”¹⁸. Pues bien, en estos casos de necesidad, no se está escogiendo, ni como fin ni como medio, la muerte del que está por nacer. De ahí que se podría justificar la acción según los parámetros del doble efecto.

Conforme con ello, la segunda causal del artículo 119 (que el embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal) solo se podría utilizar en el caso de un cigoto humano que “carece de los primordios epigénéticos necesarios para desarrollar un cerebro [...] y, por lo mismo, no [habría] persona humana”¹⁹. En estos casos existiría una occisión directa que autoriza la interrupción de su embarazo, salvo que estemos ante trastorno anatómico o fisiológico que nos permita afirmar la ausencia de la calidad de persona o de su sustancia racional en el caso del feto. Pues bien, para ser persona se “requiere vivir como un organismo completo de la especie humana”²⁰. Por ello, “no son personas las molas hidatidiformes, los miembros o los órganos aislados (una mano, un corazón) ni tampoco, evidentemente, los cadáveres”²¹. De aquí que este argumento no se extrapole a la formación incompleta del sistema nervioso del que está por nacer o del individuo declarado cerebralmente muerto.

Por último, la tercera causal del art. 119 del Código Sanitario (que sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido *más de doce semanas de gestación*. Tratándose de una *niña menor de 14 años*, la *interrupción del embarazo* podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación) es incompatible con la doctrina del doble efecto²². Se permite la interrupción del embarazo siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas desde la gestación, o catorce en el caso de una menor de 14 años. La vida humana se protege desde la concepción siempre que no derive en un organismo incompleto, a saber, carente de capacidad básica conceptual o de naturaleza racional. En efecto, se tiene esta capacidad si el ovulo fecundado tiene “los primordios epigénéticos

¹⁸ MIRANDA (2013) p. 356.

¹⁹ FINNIS (2011) pp. 290-291.

²⁰ MIRANDA (2015) p. 45.

²¹ MIRANDA (2015) p. 45.

²² Se observa la vinculación de la teoría del *voluntario indirecto* o el doble efecto a la obra de Santo Tomás en la obra de Zaffaroni. Este autor reconoce que muchos de los problemas de la legítima defensa reconducen a las discusiones de Santo Tomás y San Agustín. De acuerdo con Zaffaroni, “tanto el argumento objetivista como el subjetivista no nacen de la ilustración moderna, sino que tienen su origen en la tesis de San Agustín y de Santo Tomás, cuando el primero afirmaba que la legítima defensa no podía justificar la muerte del agresor, en tanto que el segundo sostenía lo contrario”. Así pues, “Santo Tomás [...] usaba la teoría de la *voluntario indirecto*, conforme a la cual el agredido no podía pretender matar intencionalmente al agresor, sino que debía buscar como fin la conservación de la propia vida, aunque para ello utilizase como medio la muerte de su agresor”, ZAFFARONI (2002) p. 611. Por otra parte, los tomistas es frecuente denominar también el doble efecto como principio del voluntario indirecto, véase, MIRANDA (2008) p. 487, nota 2; PRÜMMER (1931) pp. 44-45.

de un cuerpo humano suficientemente normal como para ser la base orgánica de algún acto intelectual”²³. Por ello, habitualmente la “fertilización de un óvulo humano por un espermatozoide humano marca el inicio de una nueva persona”²⁴. De aquí que la tercera causal sea incompatible con la doctrina del doble efecto. Pues bien, implica la occisión directa de un inocente, porque el feto no es fuente de peligro para la vida de la madre en los casos de violación y, asimismo, siempre existirían tratamientos psicológicos para ayudar a la madre a recuperarse de este atentado en contra de su persona.

Ahora bien, la doctrina del doble efecto está emparentada –en su faz negativa– con la idea de que hay actos que son malos en sí mismos, que se relacionan positivamente con la regulación del homicidio. El doble efecto solo se puede aceptar en materia jurídico-penal si se admite el papel que tiene el objeto de la acción. Ello, según la norma que regula la causal de justificación del artículo 119 N° 1. De aquí que este punto sea uno de los factores que han postergado la aplicación del principio en el campo del Derecho Penal. Empero, la omisión de esta materia no queda sin consecuencias.

Conforme con lo anterior, la sentencia del Tribunal presenta en nuestra opinión una dicotomía axiológica; presenta una contraposición de juicios de valor que aparecen a la “conciencia del hombre”²⁵. Se trata, por tanto, de un problema axiológico propio del Derecho penal y donde se confrontan dos posiciones en torno a la justificación: consecuencialismo y moral absolutismo²⁶. En este contexto, la primera se identifica con la posibilidad de matar a un inocente, y es consecuente con la posición mayoritaria del fallo, que sostiene que no existe un derecho absoluto a la vida, pues bien es posible terminar con la vida en un caso de legítima defensa, en el caso de la pena de muerte, en el uso legítimo de un arma por parte de la autoridad, y asimismo en casos de estado de necesidad. De ahí que esta posición consecuencialista niegue la prohibición moral absoluta de matar a un inocente, porque esta sería virtualmente absoluta, dependiendo de las consecuencias. Por otra parte, la segunda posición se identifica con el doble efecto: existe derecho a resguardar la vida de un inocente. Con todo, en situaciones de riesgo para la vida de la madre, sería admisible por efecto colateral, no directo, la muerte de la criatura. Posición que conecta directamente con un segmento de la prevención del Ministro Hernández.

IV. EL DOBLE EFECTO COMO CRITERIO DE JUSTIFICACIÓN EN EL ART. 119

Hemos podido observar que el doble efecto, en el análisis de la prevención de la sentencia, exige como requisito que no exista otra manera de alcanzar el efecto directo. Si

²³ GRISEZ (1989) p. 40.

²⁴ MIRANDA (2015) p. 35.

²⁵ MÉNDEZ (1996) p. 63.

²⁶ Respecto de este punto en torno a la comprensión del principio del interés preponderante en materia penal, véase GUERRA (2017b) *passim*. Sin embargo, debemos indicar que existe una reciente posición dogmática que incorpora el doble efecto en una posición no absolutista, es decir, en el plano de la exculpación en materia penal, véase SARCH (2017) p. 457.

existe un medio menos lesivo, ciertamente, se debe seleccionar este²⁷. Consideramos, pues, que en la primera causal del artículo 119 la muerte del que está por nacer debe ser el único medio para salvar a la madre. Es decir, que no debe existir otra manera menos lesiva de impedir la situación de riesgo vital. Pero el doble efecto requería, además, una adecuada proporción entre el efecto directo y el efecto colateral. De aquí que nos preguntemos: ¿cómo cumplir con este requisito en la causal del art. 119 N° 1? Los tratadistas del doble efecto “siempre han estado conscientes de que esta cuestión solo puede apreciarse prudencialmente atendiendo a las circunstancias del caso concreto”²⁸. Sin embargo, la tradición del doble efecto plantea algunos razonamientos que facilitan orientar la aplicación de este criterio en materia penal.

No desarrollaremos aquí la evolución histórica del principio²⁹. Pues bien, aceptaremos como válida para estos efectos, con algunos matices, la posición que se expone –en torno al principio de proporcionalidad– en los trabajos de Orrego y Miranda³⁰. Así, por ejemplo, se debe considerar que un efecto dañoso para el embrión o feto tiene igual importancia que sobre la vida de la madre³¹. En otros términos, cabe aquí comprender la justificación de la acción en dos perspectivas: a) la madre podría dejarse morir por el bien de la criatura o b) estudiar la posibilidad de que la criatura muera por efecto colateral. Miranda, por ejemplo, sostiene que es un acto justificado el extirpar un útero que presenta células cancerígenas que conllevarían la muerte de la madre gestante. Y la razón que ofrece para esto es que “solo atiende a la intención en cuanto se revela o incluye en los *actos externos*, y la supone buena o mala conforme a la naturaleza de las acciones, a menos que conste lo contrario”³².

El criterio del doble efecto nos dice, por una parte, que si no existe otro medio menos lesivo para salvar la vida de la madre, razones tendremos para extirpar el útero, y, por otra, que mientras con certeza el efecto será la muerte de la madre, más intensa serán las razones para poner en marcha la acción. De conformidad con ello, por ejemplo, si ya se ha determinado que el efecto colateral es indirecto, esto es, que el efecto no es querido ni como fin ni como medio, el hecho de que la muerte de la madre se vaya a producir es esencial para realizar la acción. Así las cosas, ¿es válido sostener, en una situación de *riesgo vital*, para justificar la acción que tendrá por efecto colateral la muerte del feto, el argumento de que la madre morirá en cualquier caso? Sí, pero ello no es suficiente para justificar la acción que termina con la vida del que está por nacer. Más bien, el hecho de que la madre vaya a morir nos

²⁷ Se puede observar un reconocimiento expreso de la cláusula de subsidiariedad como la selección del medio menos lesivo en la sentencia del TSE del 3/12/1987. Esta sentencia reconoce a la inevitabilidad como parte de la esencia del estado de necesidad. Asimismo, se habla de la cláusula de subsidiariedad en la misma línea, en términos de necesidad concreta, en BALDÓ (1994) p. 150, nota 334.

²⁸ MIRANDA (2013) p. 357.

²⁹ Véase MIRANDA (2014) pp. 35-109.

³⁰ MIRANDA (2008) *passim*; ORREGO (2015) *passim*. Sin embargo, debemos advertir que la versión del principio que presentamos tiene variaciones que buscan hacer frente a las críticas presentes en RAKOWSKI (1993) pp. 1063 y ss.; MACKIE (1990) pp. 160 y ss.

³¹ En esta línea, la vida del que está por nacer tiene igual valor que la de la madre. Por ello, considerar al *nasciturus* únicamente como un bien objeto de ponderación es equivalente a negar al “no-nacido un auténtico derecho a la vida [...] propio de las personas”, SILVA SÁNCHEZ (2007) p. 01:8.

³² FERNÁNDEZ (1966) p. 158.

permite establecer que existe una razón proporcionada para actuar. Pero esta dificultad de la proporcionalidad supone haber resuelto el problema de la *imputación fáctica* y la *valoración del hecho conforme a la norma*³³. Esto es, que se ha determinado que la muerte de madre no es obtenida ni como fin ni como medio, sino que es únicamente un efecto colateral del acto de impedir la situación de riesgo vital desde la norma permisiva del art. 119 N° 1.

En la hipótesis del artículo 119 N° 1, la intervención médica se realiza teniendo conocimiento de que el efecto colateral será la muerte del que está por nacer, con el preciso objetivo de que la muerte del feto salve a la madre. En el aborto indirecto la muerte del que está por nacer no es pretendida ni como fin ni como medio. De aquí que su muerte se tolera como un efecto colateral conectado con el objetivo de salvar a la madre. Ciertamente, no es la muerte del que está por nacer lo que motiva la acción de inducir al parto, extraer el útero o seccionar las trompas de Falopio, porque su muerte no contribuye a lograr este objetivo. Por el contrario, la muerte del que está por nacer es elegida como medio para salvar a la madre.

Así las cosas, la relevancia de diferenciar entre los efectos de una acción es parte de la dogmática penal, y no solo de la tradición en que se inserta el doble efecto³⁴. Con todo, diversos autores en la dogmática rechazan la relevancia de la distinción entre un efecto directo y colateral. Para ellos, la problemática se centra en si el doble efecto es compatible con el dolo de las consecuencias seguras. Con este dolo, los agentes son responsables por todas las consecuencias previsibles de su acción, con independencia de la intención que dé lugar al balance de consecuencias. Ello, por lo demás, ya ha sido sostenido por diversos autores en la dogmática penal³⁵. De ahí que el problema enunciado, en torno a la compatibilidad del doble efecto y el dolo de las consecuencias seguras, solo se observa si aceptamos el doble efecto como un principio de aplicación general en la atribución de responsabilidad. Pues bien, consideremos que el Derecho penal “solo atiende a la intención en cuanto se revela o incluye en los actos externos, y la supone buena o mala conforme a la naturaleza de las acciones, a menos que conste lo contrario”³⁶. Por ello, nos parece que el inciso segundo del art. 1 del Código penal es claro e indica que: “las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan *siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario*”. Por ello, la intervención quirúrgica que provoca un aborto se reputa siempre dolosa, salvo que concurra una causal

³³ La imputación ordinaria está compuesta por dos niveles: uno fáctico y uno jurídico. En el primero se requiere control de la situación por parte del agente junto con el conocimiento de que realiza un hecho de forma voluntaria. De ahí que este nivel nos permite determina la existencia de un hecho de relevancia jurídico-penal (*factum*). Luego, procede una operación de valoración de ese hecho conforme a la norma (permisiva, prohibitiva o prescriptiva). Por último, en el segundo nivel, se requiere que el agente sepa que atenta contra el ordenamiento jurídico y estar en ausencia de una hipótesis de inexigibilidad. Última idea que está vinculada con el concepto de culpabilidad en el segundo nivel de la imputación. Respecto del modelo de imputación adoptado en este trabajo, véase HRUSCHKA (2005) p. 38; SÁNCHEZ-OSTIZ (2014) pp. 66-73.

³⁴ En esta línea, el bombardeo estratégico se justifica cuando se verifican los requerimientos del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra. Este protocolo contiene disposiciones que revelan la importancia de la diferencia entre efecto directo y colateral. De ahí que el artículo 57 inciso 2 permite realizar ataques contra objetivos militares aun cuando por efecto colateral mueran inocentes, véase GARCÍA-HUIDOBRO y MIRANDA (2013) p. 359.

³⁵ Véase WILENMANN (2016) p. 37, nota 120, entre otros.

³⁶ MIRANDA (2008) p. 503.

de justificación en la que la muerte del que está por nacer sea un efecto colateral de la intervención. Así, el doble efecto es una metarregla que puede debe ser aplicada en el estado de necesidad del art. 10 N° 11, el artículo 119 N° 1 del Código Sanitario o en otras disposiciones, cuando esté en resigo la vida de las personas.

Ahora bien, para los efectos de este estudio únicamente pretendemos denotar cómo una comprensión adecuada del doble efecto *matiza drásticamente* la prevención de Hernández. De este modo, consideramos que no podemos elegir la muerte del que está por nacer como medio para un fin (salvar la vida de la madre). Según la distinción clásica del doble efecto, en el aborto directo se haría esto, mientras que en el aborto indirecto no, en atención a la formulación del art. 119 N° 1. Sin embargo, la sentencia sostiene en algunos pasajes, a diferencia de la prevención, que el doble efecto no rige en casos de riesgo vital para la vida de la madre.

Según estos pasajes, en el considerando nonagésimo tercero, se sostiene que: “el primer reproche jurídico constitucional que se formula a la causal es que la Constitución **permite solo el aborto indirecto**, en circunstancias que la norma que se examina permite el aborto directo. Detrás de ese reproche está la **doctrina del doble efecto**. Esta postula que es lícito moralmente agotar las posibilidades de salvar a la madre y al feto. Pero que si eso no es posible, y se salva la madre, no hay intención de matar al feto”³⁷. De ahí que sostenga, en su considerando nonagésimo cuarto, “que, en todo caso, en cualquiera de los tipos de aborto, el resultado será siempre el mismo: la muerte del feto. En el aborto no hay muerte natural del que está por nacer. Hay una acción médica que provoca su muerte. En este caso concreto, **dicha muerte es porque el embarazo pone en peligro vital a la mujer**”³⁸.

Las conclusiones de esta sección nos parecen desacertadas. En primer lugar, en el aborto indirecto no se trata al que está por nacer como un medio: nada de lo que caracteriza a lo que es medio respecto de un fin está presente en la relación que produce la muerte del que está por nacer. En segundo lugar, el aborto indirecto no trata al que está por nacer como un mero interés a proteger. Ciertamente, el doble efecto exige que la muerte sea un efecto colateral, porque considera al que está por nacer sujeto de derechos fundamentales. En otros términos, la exigencia de que la muerte del que está por nacer se produzca por efecto colateral nos recuerda que no es suficiente, para justificar la acción, que su afectación sea medio para un fin. Esto es, que se debe tener ante el efecto colateral en consideración una cláusula de subsidiariedad, que nos obligue a desistir de la acción si podemos alcanzarla de una forma menos lesiva. De ahí que a la argumentación de la sentencia se puede replicar que existe “diferencia entre que [la] muerte [del feto] se produzca como efecto colateral de una acción lícita y proporcionada y que se produzca porque fue buscada intencionalmente”³⁹.

Cuando esta sección de la sentencia se muestra indiferente en diferenciar los efectos directos de los colaterales, desconoce que la justificación de la acción requiera de la metarregla del doble efecto. De aquí que aquello que es efecto colateral se justifica en atención

³⁷ Énfasis añadido.

³⁸ Énfasis añadido.

³⁹ MIRANDA (2013) p. 361.

a la indeterminación del peligro. Si bien algunos defensores del principio pretenden que el doble efecto sea un principio de aplicación general⁴⁰, nos parece que tiene solo aplicación en el estado de necesidad, el art. 119 o en toda norma que permita poner término a la vida de un inocente⁴¹. El doble efecto entrega una respuesta a por qué si bien ciertas acciones nunca es lícito realizar, estas pueden ser causadas con conocimiento con el objetivo de evitar un *riesgo vital* para la madre.

Ciertamente, la ausencia de una argumentación más profunda acerca del doble efecto en la sentencia y la dogmática penal actual se debe a que la distinción entre efecto directo y colateral no es admisible en la atribución de responsabilidad. Sin embargo, en la justificación de una acción guarda relevancia, gracias a la existencia de conceptos jurídicos indeterminados como el de peligro y riesgo vital presentes en el artículo 119. Así las cosas, el doble efecto presenta guiará nuestro análisis en las siguientes secciones.

V. LA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 119

El tema que nos ocupa es, como se ha indicado, la sentencia del Tribunal Constitucional chileno, dictada el 2 de agosto de 2017, que declaró constitucional la actual regulación del artículo 119 del Código Sanitario, que, cumplidas las condiciones de alguna de las tres causales que contempla, permite terminar con la vida del que está por nacer. Como es obvio, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional califica la congruencia del artículo 119 con la Constitución chilena. Esto establece una diferencia respecto de la disciplina del Derecho penal, que se interesara solo por los problemas que conlleva el artículo 119 en correspondencia con el delito de aborto⁴².

En el caso en cuestión, el punto más relevante es el que se refiere a la protección de la vida del que está por nacer, materia que, aunque esté recogida el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución, tiene un contenido axiológico que debemos a continuación tratar. En suma, lo que se busca es determinar cuándo una intervención médica –que provoque la muerte del que está por nacer– supone una lesión de la dignidad humana. Asimismo, es necesario establecer si los medios seleccionados en el artículo 119 son idóneos para

⁴⁰ Se observa la pretensión de considerarlo un principio jurídico de aplicación general en MIRANDA (2008) *passim*. Asimismo, se observa la pretensión de aplicarlo en materia de responsabilidad extracontractual en BANFI DEL RÍO (2015) pp. 800-801.

⁴¹ En este contexto, debemos advertir que nos parece que el concepto *preater intentionem* no debe ser vinculado a la justificación de una acción en materia penal. Pues bien, ello implicaría fusionar el concepto de voluntad indirecta e *in sua causa*, porque traería problemas en la atribución imprudente de un resultado más lesivo del que pretende el agente, es decir, en figuras de homicidio preterintencional. De ahí que no se vincule el concepto *preater intentionem* con un efecto cierto en materia penal. El concepto *preater intentionem* se correlaciona más bien a la siguiente formulación: “si el acto precedente fue culpable, así nadie se *excusa totalmente del pecado siguiente*, que se hace voluntario por la voluntad del acto precedente, en cuanto alguien, al obrar cosa ilícita, incide en el pecado siguiente”, S. Th., II-II, q. 150, a. 4, c. Énfasis añadido. De aquí que si bien no existe una excusa total existe una cierta excusa propia de la imprudencia.

⁴² En este contexto, la Ley 21.030 modifica el artículo 344 del Código Penal de la siguiente manera: “Artículo 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio”.

obtener el objeto que se pretende sin infringir la norma el artículo 19 N° 1, inciso segundo, de la Constitución: *La ley protege la vida del que está por nacer*⁴³.

Los argumentos del Tribunal Constitucional chileno son diversos. Algunos sostienen una interpretación que se sustenta en el valor relativo de la vida y las competencias médico-técnicas que son afectadas de aceptar el doble efecto. En cambio, la prevención acepta que el doble efecto conlleva mayores grados de responsabilidad en una intervención médica. Constatación que observamos, especialmente, en la segunda, tercera y cuarta sección de este trabajo. De ahí que una gran parte de la sentencia esté marcada por una interpretación que deviene del acontecer natural de los hechos y donde la decisión de intervenir solo pende de la autorización de la madre. De este modo, la imposibilidad de evitar el destino caracteriza la situación del que está por nacer. Así, la criatura carece de medios de defensa debido a las condiciones en las que se halla y que no puede controlar, que tienen como consecuencia la justificación de su exterminio. Esta comprensión es compatible con el consecuencialismo y es incompatible con la dignidad y la inviolabilidad de los derechos del que está por nacer.

Con todo, la prevención de Hernández establece que, ciertamente, no se está tratando al que está por nacer como una cosa: “La calidad humana del feto es clara y evidente por sí misma, más allá del choque paradigmático que este tan importante asunto ha puesto de manifiesto ante esta Magistratura Constitucional, entre posiciones de raigambre ius-naturalistas o neo constitucionalistas y otras de tonalidad más bien positivistas, que no es pertinente detallar en este voto. A mayor abundamiento, si se quiere otra razón lingüística, la raíz etimológica de la palabra aborto proviene del prefijo latín *ab* (privación, separación del exterior) y del verbo latino *ortus* (nacimiento), cuyo participio es la expresión latina *ordri* (aparecer, nacer), de donde proviene el verbo latino sustantivado *ordens* (oriente), que denota en geografía el lugar por donde nace o aparece el sol. Entonces, la privación del nacimiento como concepto no requiere resolver como *prius* lógico o valórico si el feto es o no persona: aborto es meramente privación de nacimiento” (prevención numeral 1 letra c)⁴⁴.

De este modo, la prevención no considera legítimo el argumento de quienes sostienen que las acciones del artículo 119 están al margen de una conducta típica⁴⁵. Pues bien,

⁴³ Respecto de esta norma constitucional existen interpretaciones contrapuestas. Sin embargo, nos parece que esta disposición tiene reconocimiento expreso en el Código Civil chileno en el art. 75, al indicar no solo que *la ley protege la vida del que está por nacer* sino también que *el juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento*. De esta forma, el Código Civil chileno protege la vida del que está por nacer concediendo una “especie de tutela cautelar [...] para que el juez adopte todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará (art. 75)”, CORRAL (2005) pp. 37-53. Argumento que se sostiene también en atención a lo dispuesto en el artículo 55 del Código Civil chileno, que establece que *son personas todos los individuos de la especie humana*, véase CORRAL (1997) pp. 47-62; UGARTE (2002) p. 118. Sin embargo, BASCUÑÁN, desde una perspectiva teológica subjetiva, cuestiona esta línea de interpretación, porque el legislador constitucional no fue expreso en erradicar la posibilidad de justificar el aborto, como, por ejemplo, en “el caso del embarazo que es producto de un abuso sexual”, véase BASCUÑÁN (2004) pp. 55 y ss.

⁴⁴ Énfasis añadido.

⁴⁵ El hecho que la conducta sea típica implica reconocerla dentro de los parámetros de la *imputación fáctica*, es decir, que los médicos tienen control de una intervención que afecta un interés protegido por el ordenamiento

en la práctica existe una colisión de deberes que pone en riesgo dos intereses jurídicos en juego: la vida de la madre y la del que está por nacer. Así, en estas colisiones *no* se comparte “que la vida humana sea un valor relativo, como lo demostrarían las instituciones de la legítima defensa, propia o de terceros, cumplimiento de un deber, estado de necesidad justificante o exculpante, ejecución de resoluciones judiciales, reacción a la fuga de presos, etcétera” (prevención numeral 1, letra e). De aquí que indique con precisión que “la vida humana es siempre un *valor absoluto en cuanto tal*. También lo es la norma que, emanada de dicho valor transformado en bien jurídico siempre, prohíbe matar a otro. Lo que ocurre es que, **en concreto**, y dentro del marco de las causas legalmente previstas, la norma (prohibición) puede ceder en su aplicación (caso de las causales de justificación, como la legítima defensa) [...]” (prevención numeral 1 letra e)⁴⁶. Como se observa, la sentencia, en principio, se aparta de una perspectiva consecuencialista y admite que hay intereses jurídicos que valen por sí mismo en esta situación de riesgo vital, a saber, la vida de la madre y de la criatura que está por nacer.

Ahora bien, ¿por qué indicamos que –en principio– la prevención se aleja de una posición consecuencialista? Porque sostiene que, en atención a las causales del art. 119, si bien es admisible el doble efecto en situaciones de riesgo vital para la madre, también es posible, ante circunstancias anormales de motivación, exculpar la conducta bajo el estado de necesidad. Esto implica aceptar la occisión directa de seres humanos inocentes, sea por medio de la segunda o tercera causal del artículo 119 en supuestos de violación e inviabilidad. De ahí que aceptar la posibilidad de una muerte directa es incompatible con el doble efecto⁴⁷, porque terminar *directamente* con la vida de un inocente implica un rechazo de los absolutos morales⁴⁸. Así, únicamente un trastorno mental propio de la inimputabilidad, el miedo insuperable o equivocada interpretación de los presupuestos fácticos del caso en el error invencible, podría exculpar el terminar *directamente* con la vida de un inocente. Consecuentemente, la exigencia de la selección del medio menos lesivo (cláusula de subsidiariedad) y una proporcionalidad adecuada entre el mal evitado (efecto directo) y el causado (efecto colateral) no es compatible con un trastorno mental que explique la falta de estos requisitos en la realización de la acción en el estado de necesidad exculpante. Pues bien, nos parece que el estado de necesidad exculpante debe juzgarse según parámetros concretos que exijan un peligro considerable, la falta de provocación de la situación, entre otros⁴⁹.

jurídico (la vida del que está por nacer). Esta acción pone fin a la vida de un inocente y estará justificada o prohibida según el análisis según la *valoración del hecho conforme a la norma*. Así, la intervención médica puede ser un acto de mérito (conducta justificada) o de demérito (conducta antijurídica) según lo dispuesto en el 119. De aquí que la intervención no se defina exclusivamente en atención a los parámetros de *lex artis* médica, porque requiere de una valoración jurídico-penal. Por ello, para nosotros el artículo 119 es una norma permisiva de tercer nivel que está encuentra fuera del Código penal. Respecto del reconocimiento de normas permisivas de tercer nivel u orden, véase MOLINA (2009) p. 43.

⁴⁶ Énfasis añadido.

⁴⁷ Respecto de la diferencia del doble efecto como principio y regla, véase GUERRA (2017a) pp. 460 y ss.

⁴⁸ Se observa un reconocimiento incipiente de los absolutos morales en torno a la indisponibilidad de la persona en PÉREZ DEL VALLE (2012) pp. 102 y ss.

⁴⁹ Se puede observar una propuesta general de estos requisitos en PAWLIK (2015) pp. 18 y ss. Sin embargo, no podemos desconocer que existe una lectura psicológica del estado de necesidad exculpante en GARCÍA (1999) p. 245.

VI. CONCLUSIONES Y BALANCE EN TORNO A LA PREVENCIÓN

Como hemos observado en este estudio, el principio del doble efecto permite un tratamiento acucioso de la prevención del Ministro Hernández. Este tratamiento tiene relación con la distinción entre efecto directo y colateral en la aplicación del actual artículo 119. Pues bien, esta distinción de efectos nos lleva sostener que la acción de terminar con la vida del que está por nacer se justifica siempre que se cumplan con las condiciones del doble efecto. De ahí que, cabe preguntarse si, en la prevención de la sentencia, se acepta la existencia del doble efecto como un principio, porque acepta que el estado de necesidad exculpante permita eximir de responsabilidad en casos de occisión directa. Sin embargo, el doble efecto supone algo que es incuestionable, esto es, que no es posible, bajo ninguna circunstancia, justificar la occisión directa de un inocente. Así, la muerte del que está por nacer no puede ser considerada un medio para salvación de la madre, porque no existe relación entre su muerte y la protección de esta.

Desde el doble efecto, tampoco la muerte del que está por nacer es procurada como fin a través de la interrupción del embarazo. La salvación de la madre se consigue con la intervención médica, y tal intervención se justifica en supuestos de riesgo vital. Por ello, si la muerte del que está por nacer fue utilizada como medio para el fin de salvar la vida de la madre, nos parece necesario hacernos la siguiente pregunta: ¿el médico realizaría la intervención, aunque la criatura no estuviera en el vientre materno? Si la respuesta es positiva, la muerte del que está por nacer es un efecto colateral de la intervención. Con ello, se puede afirmar que no se instrumentaliza al que está por nacer, porque si bien se afecta su autonomía, ella resultada perjudicada por la situación de riesgo vital. Es decir, una situación que no es imputable al que está por nacer, a la madre o al doctor que realiza la intervención. Si bien se podría contra argumentar que a la criatura se la está cosificando, la respuesta presupone preguntarnos por el alcance de la responsabilidad penal. De aquí que el doble efecto pone la permisión en consonancia con la prohibición de reducir al que está por nacer a la calidad de un simple instrumento.

También el doble efecto nos impide dejar morir a los sujetos que se encuentran en riesgo, a saber, el que está por nacer y la madre gestante. Respecto de ello, el doble efecto exige no reducirlos a la categoría de instrumentos. Por ello, es lícito aceptar con conocimiento la muerte de un inocente por efecto colateral, siempre que sea el único medio y su muerte no se produzca de forma directa. De lo contrario, estaríamos instrumentalizando a cualquiera de los dos agentes en la situación de riesgo vital. Es lo que sucede en el embarazo ectópico, la preclamsia, el embarazo cervical, entre otras hipótesis. En estos casos, si hay un motivo razonable, el médico puede lícitamente inducir al parto, aunque ello traerá consigo el efecto cierto de la muerte del que está por nacer. Cuando el médico elige salvar la vida de la madre no lo hace porque estime que su vida tenga un valor superior a la del que está por nacer. Ciertamente, lo que se pretende no es otra cosa que evitar la muerte de ambas personas. La mujer no vive porque el que está por nacer muere, sino a pesar de su muerte. Es decir, la muerte aquí no es buscada, sino justificada colateralmente.

Ciertamente, el solo hecho de considerar a la vida del que está por nacer en menor medida que la vida de la madre envuelve una instrumentalización. Sin embargo, esto suce-

dería también en el caso de que no se intervenga y se deje morir a la madre en riesgo, atendida la obligación del médico en su posición de garante. También aquí se podría alegar que el médico está actuando como si el que está por nacer no existiera.

En otras palabras, supongamos, que, reconociendo que hay una mínima posibilidad de que el que está por nacer se salve, el médico resuelve omitir practicar la intervención. Pero luego, contra lo pronosticado, la mujer muere ¿Podemos decir que el médico ha tratado al que está por nacer como una cosa, porque no le ha dado la protección que merecía? Pues bien, simplemente acontece que cuando se prevé que la mujer no morirá, es sensato no intervenir contra el que está por nacer, como también es razonable hacerlo si hay seguridad de que es la única vía para salvarla. Podemos darnos cuenta, entonces, que la solución del doble efecto permite ambos cursos de acción, mientras que la perspectiva consecuencialista termina aceptando solo la ocisión *directa* del que está por nacer. De este modo, la sentencia del Tribunal autoriza la interrupción del embarazo como una acción médica que es concluyente según los parámetros de su propia disciplina. De ahí que la prevención haga suyo el doble efecto para evitar este último efecto.

Sin embargo, no entendemos por qué Hernández admite la posibilidad de una ocisión *directa* del que está por nacer en el estado de necesidad exculpante. Pues bien, aceptar la ocisión directa en esta clase de estado de necesidad cosifica la vida del que está por nacer, y es un razonamiento incompatible con la premisa de que nunca es lícito cometer un homicidio en contra de un inocente. Si bien la prevención de Hernández atribuye relevancia al hecho de que la vida del que está por nacer es un derecho absoluto y la intervención médica se somete a los parámetros del doble efecto, es parcialmente consecuente con dicho criterio. Por ello, el aborto indirecto solo es lícito en los términos del artículo 119 N° 1.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BALDÓ, Francisco (1994): *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda* (Barcelona, Editorial Bdef, segunda edición).
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2015): “El principio del doble efecto y la responsabilidad civil”, en VIDAL, Álvaro, MEJÍAS, Claudia y SEVERIN, Gonzalo (eds.), *Estudios de Derecho Civil, X Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 793-811.
- BASCUÑÁN, Antonio (2004): “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, *Revista Estudios Públicos*, N° 95: pp. 43-89.
- CORRAL, Hernán (1997): “El embrión humano: del estatuto antropológico al estatuto jurídico”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 4: pp. 47-62.
- CORRAL, Hernán (2005): “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 11, N° 1: pp. 37-53.
- FERNÁNDEZ, Rafael (1966): *Filosofía del derecho o derecho natural* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- FINNIS, John (2011): “When Most People Begin”, en FINNIS, John (2011), *Intention and Identity. Collected Essays: Volume II* (Oxford, Oxford University Press) pp. 287-292.

- GUERRA ESPINOSA, Rodrigo Andrés / MADRID, Raúl / CORNACCHIA, Luigi ■ “¿Está el derecho penal al margen de discusiones...”
- GARCÍA, Percy (2011): “Caso de la depresión reactiva”, en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal* (Madrid, La Ley, segunda edición) pp. 129-142.
- GARCÍA, Gonzalo (2018): “Comentario sentencia Tribunal Constitucional chileno, rol 3729 (3751)-17-CPT, sobre despenalización del aborto en tres causales”, *Revista Jurídica Digital UANDES*: pp. 123-163.
- GARCÍA, María (1999): *El estado de necesidad en materia penal* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur).
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín y MIRANDA, Alejandro (2013): “Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes”, *Revista de Derecho*, N° 2: pp. 351-371.
- GRISEZ, Germain (1989): “When Do People Begin?”, *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, vol. 63: pp. 27-47.
- GUERRA, Rodrigo (2017a): *Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad* (Santiago, Ara Editores).
- GUERRA, Rodrigo (2017b): “Ambivalencia del interés preponderante”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 49: pp. 187-215.
- HRUSCHKA, Joachim (2005): *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (Navarra, Editorial Aranzadi, primera edición).
- LEIVA, Alejandro (2017): “La comunicabilidad en el Derecho penal chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como “principio del Derecho”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 49: pp. 219-253.
- MACKIE, John (1990): *Ethics. Inventing Right and Wrong* (Engalnd, Penguin Books).
- MÉNDEZ, Jary (1996): “Criterios Axiológicos a la Luz de la Teoría pura de Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. X: pp. 63-64.
- MIRANDA, Alejandro (2008): “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 3: pp. 485-519.
- MOLINA, Fernando (2009): *Estado de necesidad y justificación penal: ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?* (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, primera edición).
- NOVOA, Eduardo (1960): *Curso de Derecho Penal chileno, Parte General*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- ORREGO, Cristóbal (2005): “Principio de proporcionalidad y principio de Doble Efecto. Una propuesta desde la Filosofía del derecho”, *Dikaion*, vol. 24, N° 1: pp. 117-143.
- OSSANDÓN, María (2009): “Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza”, *Revista de Derecho*, vol. XXII, N° 1: pp. 159-183.
- PAWLIK, Michael (2015): “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática” en *InDret*, N° 4: pp. 1-33.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2012): “Límites a la autonomía personal: ¿Existen bienes jurídicos disponibles? Reflexiones a partir del debate doctrinal sobre el consentimiento en el s. XIX”, en SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo y CORNACCHIA, Luigi (coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal* (Pamplona, Thomson Reuters).
- PRÜMMER, Dominicus (1931): *Manuale theologiae moralis* (Friburgo, Herder, sexta edición).

- RAKOWSKI, Eric (1993): Taking and Saving Lives, *Columbia Law Review*, Vol. 93, N° 5: pp. 1063-1156.
- SANCHEZ-OSTIZ, Pablo (2014): *La libertad del Derecho penal: estudios sobre la doctrina de la imputación* (Barcelona, Atelier).
- SARCH, Alexander (2017): “Double Effect and the Criminal Law”, *Crim Law and Philos*, N° 11: pp. 453-479.
- SILVA, Jesús-María (2009): “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 09-01: pp. 01:1-01:18.
- UGARTE, José Joaquín (2002): “El derecho a la vida de la persona humana en la fase embrionaria y su protección constitucional”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 4, pp. 91-119.
- WILENMANN VON BERNATH, Javier (2016): “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, *Revista para el análisis del Derecho*, N° 1,,: pp. 1-54.
- WOLF, Erik (1931): *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit, Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts* (Breslavia, Hirt).
- ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2002): *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires, Ediar, segunda edición).

JURISPRUDENCIA CITADA

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11 (2017): Tribunal Constitucional Chileno, Rol 3729-17, 28 de agosto de 2017.

EL CASO UGARTECHE VS. RENIEC: SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO)

THE CASE OF UGARTECHE V. RENIEC: ABOUT SAME-SEX MARRIAGE (PERUVIAN CONSTITUTIONAL TRIBUNAL)

JUAN ALONSO TELLO MENDOZA¹

RESUMEN: El presente trabajo argumenta que la decisión del Tribunal Constitucional adoptada en el caso *Ugarteche*, fue conforme a la vigente Constitución Política y a las obligaciones internacionales contraídas por el Perú. Para ello, analiza los argumentos vertidos en la sentencia, concluyendo que no corresponde al juez constitucional redefinir la institución matrimonial. En tal caso, tal atribución compete al legislador y/o el constituyente mediante una reforma constitucional.

Palabras clave: Matrimonio, Interpretación constitucional, Democracia, Estado de Derecho, Activismo judicial

ABSTRACT: This paper argues that the decision by the Constitutional Tribunal in *Ugarteche* was in accordance with the current Peruvian Constitution and Peru's international obligations. Of special interest are the arguments of the Court that it is not up to a constitutional adjudicator to redefine the institution of marriage because that attribution rests with the legislator or with the power to introduce a constitutional reform.

Keywords: Marriage, Constitutional interpretation, Democracy, Rule of Law, Judicial activism.

I. INTRODUCCIÓN

El 3 de noviembre de 2020 el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo que pretendía inscribir en el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) el casamiento entre dos varones, uno peruano –de apellido Ugarteche– y otro mexicano, celebrado en 2010 en México D.F., lugar donde residen. En 2012, Ugarteche había acudido al RENIEC para solicitar la inscripción del matrimonio civil extranjero, cuestión que fue denegada en razón de, como señaló dicha entidad, la evidente imposibilidad de registrar actos no acordes con la legislación vigente, en tanto el art. 234 del Código Civil (también, CC) establece con claridad que el “matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común”.

¹ Investigador postdoctoral en Derecho Constitucional por la Universidad de Princeton (*James Madison Program*) y la Universidad de Barcelona (Becario Margarita Salas). Dirección postal: Avenida Diagonal, 684, 08028 Barcelona-España. Edificio Nuevo. Oficina A204. Código ORCID: 0000-0003-3329-6525. Correo electrónico: juan.tellom@ub.edu.

Ante ello, Ugarteche interpuso una acción de amparo para tutelar, a su entender, la afectación a su derecho al matrimonio. En primera instancia, el Séptimo Juzgado Constitucional le dio la razón en 2017². Entre los argumentos principales, la jueza titular Saldaña sostuvo que el único motivo por el que no se había aceptado el registro correspondiente era la condición homosexual de la pareja, algo “altamente discriminatorio y contrario a nuestra Constitución”. No obstante, por vía de apelación ante la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el RENIEC logró la anulación de todo lo actuado en 2018. Ello, en tanto la acción de amparo había sido presentada de forma extemporánea, es decir, fuera del plazo previsto desde notificada la última resolución administrativa de la entidad.

Tras este revés, Ugarteche presentó un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional en mayo de 2018, cuya audiencia pública se concretó al mes siguiente. El 3 de noviembre de 2020, finalmente, por mayoría de cuatro –Ferrero (F.), Miranda (M.), Blume (B.) y Sardón (S.); todos con votos separados– contra tres –Ramos (autor de la ponencia) y Ledesma (R&L), con voto conjunto, y Espinosa (E.)³–, se declaró improcedente la demanda. El presente artículo analiza por qué dicha decisión fue congruente con la Constitución Política peruana y las obligaciones internacionales contraídas.

II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO

Salvo Miranda, que ciñó su improcedencia a la existencia de otra vía igualmente satisfactoria –art. 5.2 del Código Procesal Constitucional⁴–, la contencioso-administrativa; los demás magistrados de la mayoría manifestaron que, en atención al art. 5.1 del Código Procesal Constitucional⁵, dado que en el ordenamiento peruano no existe el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, tampoco existe un “contenido constitucionalmente protegido” que, en tal sentido, haya sido afectado. Ello pues, de una interpretación concordada de los arts. 4⁶ y 5⁷ CP no es posible comprender, sino, que el matrimonio es la

² Otros casos con resolución judicial favorable para la inscripción en RENIEC: *MARTINOT Y URBINA VS. RENIEC*, sentencia del Sexto Juzgado Constitucional de Lima (Expediente N° 20900-2015-0-1801-JR-CI-11), y *PAREDES Y GRACIA VS. RENIEC*, sentencia del Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima (Expediente N° 10776-2017-0-1801-JR-CI-11).

³ La autoría de cada uno de los apartados está marcada a pie de página con la sigla junto a la referencia de la reflexión.

⁴ Para el momento en el que se resolvió el caso *ÓSCAR UGARTECHE VS. RENIEC*, el Código Procesal Constitucional vigente era el dado por la Ley 28.237, del 31 de mayo de 2004. Actualmente, rige un nuevo Código Procesal Constitucional dado mediante la Ley 31.307, del 21 de mayo de 2021. En este artículo las referencias al Código Procesal Constitucional referirán, naturalmente, al primero.

⁵ CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Perú. Art. 5.1: No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. Art. 4: La comunidad y el Estado (...) [t]ambién protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...).

⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. Art. 5: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

unión estable entre un hombre y una mujer, cuestión, además, conforme al art. 17.2⁸ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Ergo, el RENIEC procedió correctamente al aplicar el art. 234 CC y correspondía declarar improcedente la demanda.

Ramos y Ledesma consideraron que tal decisión dejaba “de lado una apertura al derecho internacional”, en tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) “han coincidido en señalar que es necesario brindar a estas uniones alguna fórmula de protección legal”⁹; más aún si, en la regulación matrimonial, la Constitución y el orden público internacional “no imponen que tales personas deban ser de distinto sexo”¹⁰. Por tanto, dirán, estos no “prohíben el matrimonio homosexual”¹¹. Por su parte, Espinosa apreció como “forzada” e “insostenible” aquella interpretación de los arts. 4 y 5 de la Constitución Política pues, según él, el matrimonio y el concubinato no son analogables, pero, incluso siéndolo, “estas fórmulas no pueden ser utilizadas para restringir el alcance de derechos o instituciones”¹². Añadió, además, que el juez constitucional debe “ser creativo en su labor interpretativa”, respetándose como parámetro el propio texto constitucional, lo que se infiera de este o de su lectura convencionalizada. En ese sentido, alegó que no existe una “consagración constitucional del matrimonio heterosexual”¹³.

Sin dejar de reconocer la labor jurídica de los magistrados en minoría, la posición más consecuente con nuestro ordenamiento constitucional y nuestras obligaciones internacionales fue la de la mayoría.

En primer lugar, porque sí existe una consagración constitucional del matrimonio –y de la unión de hecho– como la unión entre un hombre y una mujer. En tal caso, si aplicamos el mismo razonamiento de la minoría, aunque en sentido inverso, no existe en la Constitución norma alguna que contemple la posibilidad de que dos personas del mismo sexo mantengan una unión con efectos jurídicos legalmente reconocidos. En cambio, mientras el art. 4 de la Constitución Política prevé que la comunidad y el Estado “protegen a la familia y promueven el matrimonio”, en tanto “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”; el art. 5 de la Constitución Política añade que la “unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales”. Alegar que la ausencia de mención expresa de la condición hombre-mujer en el art. 4 de la Constitución Política supone una omisión en la configuración de la institución matrimonial, es incoherente con una interpretación unitaria, concordante e histórica de la Constitución peruana.

⁸ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Art. 17.2: Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (...).

⁹ STC 676-2020 (2020) p. 13 (F).

¹⁰ RPP (2020a): Ledesma: “En ningún extremo del artículo 4 de la Constitución dice que el matrimonio debe ser entre hombre y mujer”.

¹¹ STC 676-2020 (2020) p. 108 (F).

¹² STC 676-2020 (2020) p. 47-49 (F).

¹³ STC 676-2020 (2020) p. 50 (F).

Es incongruente con una interpretación unitaria y concordante¹⁴ pues, si el matrimonio no requiriese la diferencia sexual de los contrayentes, sería arbitrario que el concubinato sí lo hiciese. Máxime, si esta última figura ha sido regulada en tanto imagen espejular¹⁵ del matrimonio, institución con la que comparte análogos propósitos. Como bien reconoció Chirinos Soto, uno de los padres de la de la Constitución Política, “el concubinato es matrimonio en todo, menos en el nombre”¹⁶. De allí a la exigencia de hallarse sin “impedimento matrimonial” para poder acceder a tal unión de hecho. Mas, si ambas figuras no fuesen análogas –siquiera en sus fines–, como ha afirmado Espinosa, con más razón, tampoco podría equipararse una unión entre personas del mismo sexo al matrimonio, pues sus diferencias son mayores que las que podrían existir entre este y el concubinato.

Ciertamente, según afirma este último magistrado, la analogía entre ambas figuras –matrimonio y concubinato– no puede ser utilizada para conculcar derechos o instituciones. Empero, tal afirmación, en el contexto dado, ya presupone la existencia de un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, cuestión que, justamente, está en debate. Por ende, abierta aún la controversia, tal tesis no puede erigirse –a sí misma y de antemano– como la posición válida. De lo contrario, caería en el típico razonamiento circular de una *petitio principii*, que anticipa en las premisas la conclusión que tiene por deber probar. Cuestión que, además, sustraería de la deliberación pública y de la aprobación democrática un asunto –el eventual matrimonio entre personas del mismo sexo– no previsto ni en la Constitución ni en los tratados ratificados por el Perú. Más aún, si tal deliberación y decisión, de darse, debe ser adoptada no tanto por una mayoría al interior de un tribunal¹⁷ –nacional o internacional–, sino por una mayoría al interior de un parlamento y/o sociedad, de haber actos refrendarios en este último caso.

Pero, además, tal argumento bajo análisis –aquel por el que la ausencia de mención explícita de la condición hombre-mujer en el art. 4 de la Constitución Política supondría una omisión en la configuración de la institución matrimonial– resulta incoherente con una interpretación histórica de la Constitución¹⁸. El matrimonio, de conformidad con la “Constitución histórica del Perú”¹⁹, ha estado siempre referido a la unión entre un hombre y una mujer, pues solo de esta unión es posible la procreación humana y, por ende, la perpetuación de la especie y organización social²⁰; de allí a su referencia como “instituto natural y fundamental”, y a la regulación de los derechos y deberes respecto de los hijos en el art. 6²¹ CP. Prueba de ello es que todas, absolutamente todas las constituciones del Perú

¹⁴ HAKANSSON (2009) p. 64.

¹⁵ GONZÁLEZ (2019) p. 112.

¹⁶ STC 676-2020 (2020) p. 14.

¹⁷ GARGARELLA (2013) p. 11.

¹⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (1998) pp. 352-390; PLÁCIDO (2005) pp. 347-358.

¹⁹ Aquel conjunto de principios y demás bienes jurídicos consolidados constitucionalmente a lo largo del tiempo, por haberse recogido y mantenido en diversas constituciones peruanas, contribuyendo así a perfilar su contenido. STC 0014-2002-AI/TC.

²⁰ DURÁN (2017) p. 78.

²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. Art. 6: (...). Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres (...).

que se han referido al matrimonio han sido interpretadas por los operadores jurídicos en el sentido de que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, no entre dos personas del mismo sexo.

En tal caso, los silencios en una disposición –de haberlos– no conforman necesarias habilitaciones del intérprete constitucional para dotar de contenido a la norma según su libre arbitrio. La acción interpretativa está limitada por los parámetros establecidos en el sistema de normas del cual forma parte una disposición. El art. 4 de la Constitución Política, por ejemplo, no señala expresamente que el matrimonio esté constreñido a dos personas y, sin embargo, nadie lo pone en duda, siendo además que ello no habilita su ampliación para quienes quisieran que sea de tres o más. Si esto aplica allí donde hay silencios, más aún donde no los hay, como en la regulación constitucional peruana del matrimonio. Negar esto, además de obligarnos a desconocer nuestro marco constitucional, nos conduciría al absurdo de crear artificialmente un silencio donde no lo hay o, peor aún, de exigir la imperativa explicitud de la diferencia sexual –so pena de hallarnos en la ignorancia–; esto último, un literalismo formalista mayor que aquel del que parece acusarse a los magistrados en mayoría²². Asimismo, no parece ser una práctica interpretativa consecuente que, respecto del art. 4 de la Constitución Política, se apele al respeto por el parámetro del texto para afirmar que allí no se consagra expresamente el matrimonio heterosexual²³, mientras que para interpretar el art. 17 CADH –que sí prevé explícitamente “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”–, se abandone tal criterio de literalidad solo para aseverar que ello “no descarta ni descalifica el reconocimiento y tutela de otros tipos de matrimonio”²⁴.

En segundo lugar, porque la postura en minoría omite dos cuestiones. La primera, de haber reales habilitaciones, es el legislador democrático o el constituyente y no el juez constitucional –salvo determinados casos²⁵– quien debe colmarlos mediante una ley y/o una reforma constitucional. Esto, debido a la representatividad y legitimidad democrática del legislador o constituyente, así como de su mejor posición para decidir en materia de naturales controversias sobre asuntos no previstos o configurados de un modo y no de otro en la Constitución. Ciertamente, la inherencia e inalienabilidad de los derechos podría situar a los altos tribunales en un mejor lugar para su determinación –que no creación–, frente al parlamento. Sin embargo, dejando de lado el carácter coyuntural de las mayorías que siempre permearán en la composición de uno u otro órgano, si un derecho tuviese –además– una dimensión institucional, un juez no podría ignorar o, peor aún, subvertir tal configuración jurídica concreta. Ello pues, en tal caso, la reformulación de dicha institución recae en los representantes de la población: el legislativo. Bien lo sintetizó el juez Roberts²⁶ en su voto disidente de la sentencia *Obergefell vs. Hodges*, donde la Corte Suprema de los E.E.U.U. estableció mediante una exigua mayoría de cinco contra cuatro magistrados el

²² STC 676-2020 (2020) p. 61 (E.).

²³ STC 676-2020 (2020) p. 50 (E.).

²⁴ STC 676-2020 (2020) p. 61 (E.).

²⁵ Véase una bien entendida aplicación de las sentencias “manipulativas” (STC 0030-2005-PI/TC, f. j. 61).

²⁶ *OBERGEFELL V. HODGE*, 576 U.S. 644 (2015) (Roberts. Dissenting opinion).

derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. En dicho voto, tras afirmar que “este Tribunal no es una Asamblea Legislativa”, agregó que el “derecho fundamental a casarse no incluye el derecho a cambiar la definición de matrimonio de un Estado. Y la decisión de un Estado de mantener el significado del matrimonio que se ha mantenido en todas las culturas a través de la historia humana difícilmente se puede llamar irracional.” Es decir, la crítica jurídica se centró no solo en el expolio al poder legislativo de aquella competencia para definir y regular el matrimonio –cuestión compartida por todos los jueces disidentes²⁷– sino también en la desatención de la dimensión institucional de esta figura.

Todo lo anterior hace aún mayor razón si consideramos que, en materias como estas, nos hallamos a menudo en círculos de penumbra (legítimas discrepancias) en lugar de razonables marcos de certeza (mínimo consenso sobre valores compartidos), donde el juez constitucional sí ha de pronunciarse²⁸. En definitiva, equiparar la ausencia de prohibiciones expresas con habilitaciones interpretativas tácitas en favor del juez constitucional, no solo se aparta de una razonable práctica exegética, sino que además genera un gran desconcierto, toda vez que la técnica de redacción constitucional e internacional utiliza el lenguaje prohibitivo solo de modo residual, p. e., en casos como la tortura (art. 2.24.h de la Constitución Política o 5.2 CADH). Así las cosas, conforma un enfoque de partida errado –cuando no antojadizo–, analizar si “el matrimonio entre personas del mismo sexo es una fórmula prohibida o que no pueda desprenderse de la Constitución”²⁹.

La segunda, “definir” implica “delimitar” contenidos³⁰ –y posibles interpretaciones–, por tanto, dejar de lado supuestos no coincidentes con la noción conceptualizada. De este modo, el matrimonio a nivel constitucional –y convencional– sí goza de un contenido específico³¹, el cual solo alcanza a las uniones estables entre un varón y una mujer. Recuérdese que, “no es primero (...) la palabra, a la que después la sociedad o el Derecho dan el contenido que parece conveniente, sino que primero es la realidad designada (la unión estable y comprometida entre hombre y mujer), y después la palabra (matrimonio) que la designa y la identifica frente a otras realidades diferentes”³². Así, resulta extraño que se evite esta pauta al desentrañar el ordenamiento constitucional peruano y, en su lugar, se acuda al derecho comparado para extraer como conclusión la “clara (...) tendencia” hacia el “matrimonio igualitario”. Más aún si, reconociéndose en la ponencia el carácter palmariamente minoritario de dicha “tendencia” –frente a la “contra-tendencia” matrimonial vigente–, deviene de pronto en imperativo su seguimiento porque así lo dispone la Corte IDH³³. Las tendencias, incluso de haberlas en este caso, no hacen Derecho. De hecho, lo único que podría concluirse en tal caso es la existencia de una diversidad de posiciones y la ausencia de un consenso consolidado sobre esta materia en el derecho comparado³⁴.

²⁷ DELGADO (2017) p. 354.

²⁸ BARRERO (2016) sec. 1.

²⁹ STC 676-2020 (2020) p. 86 (R&L).

³⁰ STC 676-2020 (2020) p. 15 (S.).

³¹ DUMET (2017) p. 239.

³² MARTÍNEZ y DE PABLO (2007) p. 39.

³³ STC 676-2020 (2020) pp. 86-95 (R&L).

³⁴ LANGFORD (2017) p. 134; UGARTE (2014) p. 29.

Finalmente, citándose a Konrad Hesse, se construye el argumento no ya del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución Política, sino de la Constitución conforme a la ley, –en orden a clarificar el contenido protegido de un derecho fundamental. Seguidamente, se aduce que tal principio aplica a la relación entre los arts. 2.2 de la Constitución Política –igualdad– y 37.1 del Código de Procedimiento Constitucional–orientación sexual–, extrayéndose como colofón la prohibición de discriminación por orientación sexual, en la que, consideran, se habría incurrido³⁵. Siendo así, no se comprende por qué se evita utilizar ese mismo razonamiento en la evidente relación entre los arts. 4 de la Constitución Política –matrimonio heterosexual implícito– y 236 del Código Civil–matrimonio heterosexual explícito–, siendo que este último “clarifica” el contenido protegido del primero. Pero, dejemos ahora esta notoria omisión, ¿hubo, realmente, discriminación?.

III. DISCRIMINACIÓN E IMPOSICIÓN RELIGIOSA

Para la minoría sí. Ramos y Ledesma, considerando la doctrina de las categorías sospechosas³⁶, afirmaron que se discriminó por orientación sexual y, con ello, se obstaculizó el libre desarrollo de la personalidad³⁷. Espinosa, crítico de tal teoría, se decantó más bien por el test de igualdad del TEDH³⁸, arribando a una similar conclusión tras estimar la inexistencia de una justificación razonable o la mera presencia de fórmulas “paternalistas” y/o “perfeccionistas”³⁹. Sin embargo, dichas apreciaciones soslayan un aspecto crucial: determinadas uniones requieren un resguardo jurídico especial –matrimonio o unión de hecho– debido a una objetiva potencialidad procreativa y las consecuencias que de ello derivan⁴⁰. En tal sentido, no cabe calificar –sin más– como discriminatoria la aplicación del derecho vigente, asentada en una justificación razonable. Menospreciar este dato y, asumir o introducir en su reemplazo la categoría de “orientación sexual” como aquella base sobre la que habría actuado el RENIEC es, como mínimo, errado.

Desde una perspectiva individual, toda persona homosexual puede contraer matrimonio en las mismas condiciones y con los mismos sujetos con los que una persona heterosexual podría: con una mujer –si es varón– o con un varón –si es mujer. Ello es así porque el matrimonio está regulado en base al sexo de las personas, no en torno a su orientación sexual. Por tanto, la particular vivencia afectivo-sexual del contrayente es, *stricto sensu*, jurídicamente irrelevante para la celebración del acto. Un funcionario, por ende, no podría impedir su consecución debido a ello si se cumple la condición varón-mujer. Hacerlo, sí podría suponer un trato discriminatorio, pero no es el caso. En definitiva, introducir la orientación sexual, trastocaría la razón por la cual existe la regulación matrimonial, pues de ser una categoría ajena a su configuración, pasaría a diseñarla en función de ella. Aunque

³⁵ STC 676-2020 (2020) pp. 44-46 (R&L).

³⁶ STC 2317-2010-PA/TC, f. j. 32.

³⁷ STC 676-2020 (2020) p. 28; 42; 46; 55; 98.

³⁸ 1) Situaciones comparables; 2) Fin lícito en el trato diferenciado; y, 3) Medidas concretas –examen de racionalidad– y adecuadas –examen de proporcionalidad– para lograr dicho fin.

³⁹ STC 676-2020 (2020) pp. 25-25; 35.

⁴⁰ VALDIVIESO y ACOSTA (2019) p. 207.

los titulares del derecho no cambiarían (hombres/mujeres), sí lo harían las condiciones de ejercicio, pues: “Si antes era relevante el sexo de los contrayentes, con base en la complementariedad sexual, ahora deja de serlo: (...) se emplea un *no-requisito* (la orientación sexual) para suprimir lo que sí se concebía como presupuesto del matrimonio (el requisito del sexo y la diversidad sexual de los cónyuges)”⁴¹.

Desde una perspectiva más amplia, la unión estable entre un varón y una mujer, y aquella entre dos personas de igual sexo constituyen situaciones diferentes con resultados diferentes, por ello, el trato jurídico es diferente. El derecho a la igualdad ante la ley supone un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; es decir, a no ser tratados de manera distinta respecto de quienes se hallan en un escenario equivalente. *A contrario sensu*, cabe un tratamiento diferenciado, debiendo ser tal distinción objetiva y constitucionalmente razonable. Por ello, para el Tribunal Constitucional “el principio de igualdad no impide al operador del derecho determinar, entre las personas, distinciones que expresamente obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable”⁴². En tal caso, dirá el Tribunal Constitucional, constituye un “presupuesto inexorable para ingresar a evaluar” la eventual afectación del principio de igualdad “que se proponga un término de comparación (*tertium comparationis*) válido”, debiendo ser –necesariamente– las situaciones a comparar de “esencial identidad”⁴³.

En el caso, Ugarteche alegó discriminación, pero no aportó un *tertium comparationis* válido, toda vez que equiparó su situación jurídica (entre personas del mismo sexo) con el matrimonio constitucional peruano (entre personas de diferente sexo). Lo propio hubiese sido comparar su situación con otra análoga ya inscrita en RENIEC⁴⁴, pero no fue el caso. Así, de seguir el test de igualdad del TEDH propuesto por Espinosa, que exige como primer paso de análisis la existencia de un *tertium comparationis*, tendríamos que concluir que no nos encontrarnos siquiera ante situaciones comparables. Mientras que, de considerar –incluso– la doctrina de las categorías sospechosas propuesta por Ramos y Ledesma, que tiene como propósito invertir la carga de la prueba y/o elevar el estándar de justificación en la distinción realizada, tendríamos que concluir que no cabe responsabilizar al RENIEC por ceñir su conducta a Derecho al aplicar lo previsto en el art. 236 del Código Civil o por no haber aplicado un control difuso, ejercicio que no le corresponde en tanto entidad administrativa⁴⁵. En tal caso, el camino que tendría que recorrer la minoría pasaría, necesariamente, por cuestionar primero la constitucionalidad de dicha disposición legal por, según tal posición, vulnerar el principio de igualdad al reservar el matrimonio solo a la unión entre un varón y una mujer.

Así las cosas, resulta forzado aseverar que tenemos, sin más, una “discriminación” o, peor aún, un perfeccionismo moral cosificante⁴⁶, cuando no un arrebató apologético

⁴¹ NANCLARES (2019) p. 283.

⁴² STC 0261-2003-AA/TC, f. j. 3.2.

⁴³ STC 0014-2007-PI/TC, f. j. 12.

⁴⁴ STC 676-2020 (2020) p. 6 (F).

⁴⁵ STC 4293-2012-PA/TC, f. j. 31-35.

⁴⁶ STC 676-2020 (2020) p. 52; 55 (R&L).

religioso. En efecto, parte de la minoría sugiere que el art. 4 Constitución Política no refiere a ninguna “forma matrimonial determinada por naturaleza” y que, aunque cualquiera puede, bajo su libertad de pensamiento y religión, creer que tal “determinismo existe, no puede pretender imponer coactivamente dicha perspectiva naturalista”, más aún si el Estado Constitucional no acoge una “perspectiva dogmática sobre el matrimonio en base a algún fundamento religioso o metafísico”. Así, de acuerdo con esta parte de la minoría, por “imperativo constitucional, (...) toda dogmática confesional (...) debe permanecer en el ámbito de la ética privada”, pues si “un servidor público o un juez no comprende la extraordinaria importancia de esta diferencia (...), so pretexto de aplicar el Derecho del Estado Constitucional”, lo utilizará “al servicio de sus propias creencias, cosificando a los seres humanos”⁴⁷.

Pero, salvo se pruebe que el RENIEC o los jueces de la mayoría utilizaron un argumentario confesional –cuestión que ni consta ni la minoría demuestra–, alegatos así⁴⁸ descubren, más bien, un prejuicio o estereotipo por el cual se considera no hallar racionalidad ni razonabilidad en una postura constitucional distinta, sino solo un ropaje jurídico que encubre meras posiciones religiosas y/o perfeccionistas. Constituye, además, un argumento *ad hominem*⁴⁹ –al presentar a sus contrarios como proclives a un fundamentalismo que les impide utilizar correctamente las reglas constitucionales–, cuando no una falacia ‘muñeco de paja’⁵⁰, al desfigurarse adrede los razonamientos dados por estos, de cara a hacerlos fácilmente refutables. De modo insólito, pese a la depuración confesional y moral exigida, se culmina citando a favor –como alegato *ad verecundiam*⁵¹– unas palabras del Papa Francisco –aclaradas posteriormente por la Secretaría de Estado Vaticano⁵²– y aleccionamiento a los “que profesan la religión católica” sobre cómo deben dejarse las preferencias personales “cuando se discuten cuestiones basadas en los derechos” (R&L, f. j. 133).

En suma, es la singular potencialidad de consecuencias socialmente relevantes en la unión entre un hombre y una mujer la que le hace acreedora de un régimen jurídico especial frente a cualquier otro tipo de situaciones. Una vez más, como en su momento lo llegó a afirmar la Corte Suprema de Canadá, si solo las parejas heterosexuales pueden procrear niños –siendo, generalmente, cuidados y nutridos en el seno de esa relación⁵³–, y, si con ello se perpetua la especie y la organización social; entonces, resulta razonable darles una

⁴⁷ STC 676-2020 (2020) pp. 102-106 (R&L).

⁴⁸ RPP (2020b): Ledesma: “Yo creo muchísimo en Dios, pero cuando yo ejerzo la labor del [TC], yo soy un juez para todos los ciudadanos del país, sean religiosos o no. Tenemos un instrumento que se llama Constitución y, por último, el Estado se ha proclamado un Estado laico. Entonces, cómo yo siendo una jueza para toda la población, voy a colocar en mi interpretación una ideología muy particular”.

⁴⁹ “Se llama así todo mal argumento que, en lugar de refutar las afirmaciones de un adversario, intenta descalificarlo personalmente”. GARCÍA (2011) p. 46.

⁵⁰ “Consiste esta falacia en deformar las tesis del contrincante para debilitar su posición y poder atacarla con ventaja”. GARCÍA (2011) p. 60.

⁵¹ “Falacia en la que, para intimidar al adversario, se apela a una autoridad que no está bien visto discutir”. GARCÍA (2011) p. 98.

⁵² GALLAGHER (2020) sec. única.

⁵³ *EGAN V. CANADA* (1995), 2 S.C.R. 513 at 536

protección especial reconociendo la posibilidad de que accedan a una institución social⁵⁴ como el matrimonio o que, al menos, configuren una unión de hecho; a diferencia de las parejas del mismo sexo que, al no poder procrear hijos, no generan esa obligación de particular protección. No se trata, por tanto, de una discriminación injusta ni de un “concepto religioso que una mayoría confesional quisiera imponer a los demás”⁵⁵. Cuestión distinta, como veremos, es que sea factible prever algún tipo de figura jurídica en resguardo de los intereses patrimoniales, asistenciales, etc., que cualquier otro tipo de uniones, legítimamente, podría tener.

IV. LA OPINIÓN CONSULTIVA 24/17

La posición en mayoría sostiene, por una parte, que el derecho adquirido bajo un ordenamiento extranjero goza de análoga eficacia siempre que “sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”⁵⁶, y, por otra parte, que la Convención de Derecho Internacional Privado –tratado en vigor para el Perú– define que los “preceptos constitucionales son de orden internacional público” (art. 4). Siendo así, la mayoría concluye que la pretensión de Ugarteche no es atendible, en tanto colisiona no solo con el Código Civil, sino también con la Constitución Política, parámetro de ese “orden público internacional”. Se agrega que la OC-24/17 –en la que la Corte IDH pide a los Estados de la región legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo– no es vinculante, siendo su única fuerza la de generar convicción, propósito que no logra toda vez que desborda la solicitud hecha por Costa Rica y contraría a la propia CADH⁵⁷.

La minoría cree “desfasada” y hasta decimonónica aquella definición de orden público internacional (OPI), en tanto no consideraría el actual devenir del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en particular, de la jurisprudencia de la Corte IDH o el TEDH⁵⁸. En dicha línea, aunque se reconoce que las opiniones consultivas no son preceptivas, se aduce que, en la medida en que desarrollan derechos contenidos en la CADH, deben “ser consideradas por las autoridades jurisdiccionales en la resolución de controversias”⁵⁹. Para Espinosa, en cambio, se tratan de pronunciamientos vinculantes y de “cumplimiento inmediato”, aclaración que realiza frente a otros pareceres que, según estima, son dados “seguramente por falta de información”⁶⁰.

No obstante, tales razonamientos de la minoría no solo confunden el concepto –sujeto a discusión– de OPI para el derecho internacional público con el concepto preciso de OPI para el derecho internacional privado –que es el que nos concierne–, sino que también objetan su noción concreta establecida en un tratado del que el Perú es parte. Ello,

⁵⁴ *MIRON V. TRUDEL* (1995), 2 S.C.R. 418

⁵⁵ STC 676-2020 (2020) p. 3 (E).

⁵⁶ CÓDIGO CIVIL, artículo 250.

⁵⁷ STC 676-2020 (2020) pp. 6-7 (E.); 11 (B.); 13-15 (S.).

⁵⁸ STC 676-2020 (2020) p. 64; 65; 73; 92; 114 (R&L); 43; 47 (E.).

⁵⁹ STC 676-2020 (2020) pp. 118-120 (R&L).

⁶⁰ STC 676-2020 (2020) p. 29; 63.

no en virtud de la denuncia de dicho tratado o de la existencia de otro instrumento que lo defina, sino porque, a criterio suyo, la vigente noción del OPI resulta “desfasada”. En su lugar, aducen que el OPI actual concibe como preceptivo el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para ello, interpretan como jurídicamente equivalentes distintas fuentes como los tratados, la jurisprudencia o los dictámenes⁶¹. Es decir, según la minoría, no solo tal conclusión sería la única posible, sino que, además, debería preferirse dicha definición de OPI asentada en un amplio terreno de inseguridad jurídica que entremezcla –sin reparo alguno– *hard law* y *soft law*. Pero, fuentes del Derecho tan desemejantes como los tratados, la jurisprudencia o los dictámenes no son equiparables, ni para el derecho internacional⁶² ni para el nacional.

Respecto a esto último, alegan algunos autores la equivalencia jurídica que comparan tanto el tratado como aquella doctrina que la interpreta, citando para ello a la 4ª Disposición Final y Transitoria⁶³ de la Constitución junto al art. V⁶⁴ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁶⁵, o recordando al propio Tribunal Constitucional cuando refiere a la “vinculatoriedad” de la *ratio decidendi*⁶⁶ de las sentencias de la Corte IDH o, incluso, cuando este órgano constitucional alude a la –discutible– doctrina del control de convencionalidad⁶⁷ –figura que no abordaremos pues no fue utilizada por el Tribunal Constitucional en el caso Ugarteche. Pero, cuando la 4ª Disposición Final Transitoria de la Constitución refiere al principio de “interpretación conforme” de los derechos y libertades constitucionales con la DUDH, los tratados en materia análoga y las decisiones adoptadas por sus tribunales internacionales –esto último, por el art. V Título Preliminar del Código Procesal Constitucional–, no está estableciendo una subordinación jerárquica, una aplicación acrítica de toda fuente externa, o una igualación de la eficacia jurídica de los tratados y la doctrina que la interpreta –sea de un órgano jurisdiccional o no– sino solo un importante criterio hermenéutico de apertura al DIDH⁶⁸. De hecho, el Tribunal Constitucional ha aludido en su momento al ya citado art. 17 CADH y al art. 23⁶⁹ PIDCP, referidos a la familia y al matrimonio, para concluir que, haciendo “una comparación entre ambos ins-

⁶¹ STC 676-2020 (2020) p. 68 (R&L); 29; 43 (E.).

⁶² SHAW (2017) p. 70; CHINKIN (1989) p. 851; Art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁶³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. 4ª Disposición Final y Transitoria: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la [DUDH] y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

⁶⁴ CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Perú. Art. V del Título Preliminar: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos (...) deben interpretarse de conformidad con la [DUDH], los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

⁶⁵ STC 4587-2004-AA/TC, f. j. 44; STC 0217-2002-HC/TC, f. j. 2.

⁶⁶ STC 2730-2006-PA/TC, f. j. 12.

⁶⁷ STC 04617-2012-PA/TC, f. j. 5, 13 y 14.

⁶⁸ SAIZ (2011) p. 24.

⁶⁹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Art. 23: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (...).

trumentos (...), el derecho a contraer matrimonio se somete al recaudo de que el hombre y la mujer tengan la edad requerida por las leyes internas”⁷⁰.

Si bien los tratados son de obligatorio cumplimiento debido al *pacta sunt servanda* (art. 26 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, CVDT) y por constituir parte del derecho nacional (art. 55 de la Constitución Política) –o, más aún, del bloque de constitucionalidad si refieren a derechos humanos⁷¹–, la doctrina que la interpreta no corre, necesariamente, inmediata ni análoga suerte. Por tanto, mal haríamos en querer actualizar la noción de OPI partiendo de una pretendida simbiosis entre, para nuestro caso, la CADH y la OC-24/17. El “principio de interpretación conforme” establecido en la 4ª Disposición Final Transitoria de la Constitución, por influencia del art. 10.2⁷² de la Constitución española, supone reconocer la decisiva relevancia del valor exegético de la doctrina –jurisprudencial o no– elaborada por el respectivo órgano de control de tratados –no haremos ahora diferencias sobre su carácter jurisdiccional o no– para la tutela de los derechos. Pero no supone su “traslación mimética”⁷³ o “deducibilidad lógica”⁷⁴ en el ámbito doméstico, pues ello atentaría, entre otros, contra la explícita remisión hacia el ordenamiento interno u otros tratados, cuando estos brinden una protección más favorable⁷⁵ (principio *pro homine*, art. 29.b CADH), contra la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución Política o, incluso, contra la democracia constitucional si se impide un razonable margen de apreciación nacional sobre la configuración de los derechos y libertades.

Respecto de esto último, si por democracia constitucional⁷⁶ comprendemos ese justo equilibrio entre el ‘principio democrático’ –mediante las instituciones de la democracia política (legislativa y ejecutiva)– y, los ‘límites de la política’ –mediante la norma constitucional y el control de constitucionalidad–, parece evidente que un trasplante irreflexivo de toda doctrina hermenéutica de procedencia internacional en el ámbito doméstico, no solo cercenaría las manifestaciones y deliberaciones propias de un sano ejercicio del principio democrático en materia de derechos y libertades, sino también relegaría –en determinados casos– a la Constitución Política a un segundo orden de prelación y relevaría al Tribunal Constitucional de su misión como supremo guardián de aquel marco constitucional por el que debe velar. En suma, una mala comprensión del principio de interpretación conforme horadaría una noción consolidada de democracia constitucional al interior de un Estado de Derecho.

En similar sentido, debe comprenderse lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre la “vinculatoriedad” de la jurisprudencia interamericana, esto es, siempre como pauta interpretativa de indispensable consideración, pero no como obligación de acatamiento dogmático y acrítico. Difícilmente, podría acogerse este último sentido pues, más allá de

⁷⁰ STC 03605-2005-AA/TC, f. j. 4.

⁷¹ STC 0025-2005-PI/TC, f. j. 33.

⁷² CONSTITUCIÓN POLÍTICA, España. Art. 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la [DUDH] y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁷³ STC español N° 119/2001, FJ. 6.

⁷⁴ SAIZ (2011) p. 35.

⁷⁵ CABALLERO (2009) p. 340.

⁷⁶ FIORAVANTI (2001) pp. 163-164.

la evidente aplicación del *distinguishing* de los hechos del caso, cabría apreciar las propias limitaciones que el Tribunal Constitucional establece a esa “vinculatoriedad” al ponderar el principio *pro homine*⁷⁷ y el margen de apreciación nacional⁷⁸, esto último, para que los tribunales apliquen “según estimen conveniente” la jurisprudencia de la Corte IDH. Tal pauta, además, no diferiría de similares soluciones adoptadas, al respecto, por otros altos tribunales de la región, se trate de México –“siempre y cuando sea más favorable para la persona”⁷⁹–, Argentina –“imprescindible pauta de interpretación”⁸⁰–, Colombia –“criterio hermenéutico relevante”⁸¹– o Uruguay –“si bien está fuera de toda discusión que la Corte [IDH] es la intérprete última de la C[ADH] –naturalmente en el ámbito de sus competencias– tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Constitución (...) del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia”⁸².

Insistir en una perspectiva maximalista que presente al Tribunal Constitucional como el órgano que ya zanjó el asunto estableciendo un idéntico valor jurídico tanto para el tratado como para la doctrina que la interpreta, conllevaría a cuestionar la propia autoridad del Tribunal Constitucional. Esto, no tanto por el solo valor de doctrina constitucional⁸³ –no de precedente constitucional, art. VII⁸⁴ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional– de tales criterios sobre la “vinculatoriedad”, sino más bien porque es del todo discutible que el Tribunal Constitucional sea el órgano competente⁸⁵ para tomar tal decisión. Máxime, si dicha jurisprudencia interamericana resultaría también imperativa –no solo orientativa– cuando el Perú no ha sido parte de un caso⁸⁶ y si tal grado de eficacia jurídica no le fue conferido ni en la CADH, ni en la Constitución Política. Dicho de otro modo, desde una perspectiva constitucional, no podría pregonarse una “vinculatoriedad” en el sentido de acatamiento obligatorio toda vez que, de haber discordancia material o

⁷⁷ STC 2730-2006-PA/TC, f. j. 15. Actualmente, el nuevo CPC añade lo que hasta hace poco era solo desarrollado por la jurisprudencia constitucional, esto es, la consideración del principio *pro homine*. Véase: Código Procesal Constitucional peruano de 2021 (vigente). Artículo VIII del Título Preliminar: *El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte*. En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos (Destacado añadido).

⁷⁸ STC 04617-2012-PA/TC, f. j. 14.

⁷⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Abril de 2014, tesis P.J. 21/2014. P. 204-205.

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA. Sentencia de 14 de junio de 2005. Expediente 1767. XXXVIII. Considerando N° 17.

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-500/14 de 16 de julio de 2014. Expediente D-9958, apartado 8.3.

⁸² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DEL URUGUAY. Caso 20/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 22 de febrero de 2013. Considerando III.a

⁸³ HAKANSSON (2009) p. 72.

⁸⁴ CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Perú. Art. VII del Título Preliminar: Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...).

⁸⁵ VIO (2018) pp. 212-213.

⁸⁶ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Art. 68.1: Los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

axiológica, prevalecería la norma constitucional directamente estatuida –la Constitución– frente a la norma constitucional adscripta de origen convencional⁸⁷ –la jurisprudencia interamericana, por ejemplo.

A lo anterior, se suma una importante aclaración: ni siquiera las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la “vinculatoriedad” se refieren a las opiniones consultivas. Y es que, aunque desde 2014 la Corte IDH haya intentado, sin contar con la competencia para ello⁸⁸, convertirlas en preceptivas al incluirlas como parámetro de convencionalidad⁸⁹, lo cierto es que no obligan⁹⁰. Estas, como reconoció la Corte IDH desde sus orígenes, “por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”⁹¹. Ello pues, en dicho ámbito, la Corte IDH solo “cumple una función asesora”⁹². En tal caso, “tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”⁹³. De allí que el juez Vio Grossi haya aseverado que la OC-24/17 no es vinculante ni para los Estados Parte ni para los otros miembros de la OEA, “por lo que no procede que ordene la adopción de alguna conducta (...). La competencia no contenciosa o consultiva de la Corte [IDH] no consiste, entonces, en ordenar o disponer sino más bien convencer”⁹⁴. Pero es justo lo que no logra la OC-24/17: convencer.

En definitiva, ni la propia ponencia reclama la obligatoriedad de la OC-24/17, pero sí su “necesaria revisión”⁹⁵, cuestión que realiza la mayoría para, seguidamente, tomar distancia por las razones ya expuestas. No podría ser de otra manera si, además, consideramos las razonadas críticas que la OC-24/17 generó al pretender implantar una privativa visión de los derechos humanos, desdeñando su previa jurisprudencia procesal y utilizando injustificadamente instrumentos ajenos al caso⁹⁶. Si el activismo judicial resulta profundamente antidemocrático en sede constitucional, con más razón en sede internacional, donde ni siquiera existen los contrapesos institucionales previstos en el marco de un Estado de Derecho. En efecto, rebasando sus competencias (actos *ultra vires*⁹⁷) y apoyándose en una insostenible interpretación evolutiva⁹⁸, la Corte IDH concluyó que el art. 17 CADH, que “reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”, incluye en adelante la obligación internacional de garantizar el matrimonio para las uniones entre personas del mismo sexo. Con ello, trasladó un nuevo mandato a los Estados que, de no cumplirse, podría devenir en una responsabilidad internacional.

⁸⁷ CASTILLO (2019) pp. 39-40.

⁸⁸ VÍTOLO (2020) pp. 193-205.

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-21/14, párr. 31; OC-22/16, párr. 26; OC-23/17, párr. 28; OC-24/17, párr. 223; OC-25/18, párr. 58.

⁹⁰ GUEVARA (2012) pp. 315-322.

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-1/82, párr. 51; OC-2/82, párr. 32.

⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-3/83, párr. 32.

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-15/97, párr. 26.

⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-24/17. Voto parcialmente disidente de Vio, párrs. 10-12.

⁹⁵ STC 676-2020 (2020) p. 119.

⁹⁶ PAÚL (2019) pp. 209-212 y 217-225.

⁹⁷ VÍTOLO (2020) pp. 193-194.

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-24/17. Voto parcialmente disidente de Vio, párrs. 93-96.

Si bien es viable alegar una razonable exégesis evolutiva de los tratados, ello no debe significar el desprecio por otros métodos interpretativos y, peor aún, la pretensión de hacer hablar al texto allí donde guarda silencio, donde deliberadamente excluye un supuesto o donde lo regula en sentido contrario. Ello sería tan grave como subvertir la noción de las palabras⁹⁹, pues conviene recordar que, en principio, los tratados son fruto de intensas negociaciones y acuerdos de buena fe entre los Estados, donde lo “no explicitado” suele ser en ocasiones condición para la suscripción del instrumento¹⁰⁰. Las palabras no significan lo que una minoría pretende, sino lo que socialmente se comprende por ella. Si bien es verdad que, con el tiempo, las nociones pueden ir cambiando, también es cierto que ello no queda a total discreción del intérprete, pues ha de someterse a razonables parámetros de aceptabilidad. Así, entre otros, querer colegir la interpretación evolutiva con el principio *pro homine* (art. 29.b CADH) para obtener como resultado una lectura “no restrictiva” –sino amplia– del art. 17 CADH, de modo tal que también queden comprendidas las uniones del mismo sexo¹⁰¹, supone una grave manipulación por parte de la Corte IDH. Si el art. 29.b CADH prevé que dicho tratado no pueda ser interpretado en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención”, para llegar a la conclusión bajo análisis, tendría que existir –previamente– un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento local o en otra convención ratificada.

Ello, sin embargo, no es así, y mal se hace en tergiversar ciertas nociones para lograr la creación de un nuevo derecho o la ampliación del contenido de la CADH, sin contar para ello con la discusión o aceptación por los Estados parte. Todo ello, conlleva –además– a restar credibilidad a la jurisdicción de la Corte IDH y a comprometer al propio SIDH, del cual ha sido pieza importante hasta la fecha¹⁰². Ciertamente, si ya desconcierta que el proceder de la Corte IDH eluda el procedimiento previsto en la CADH para reconocer nuevos derechos¹⁰³ o introducir enmiendas¹⁰⁴, genera aún más suspicacia que la conclusión obtenida sea solo sostenible desde una singular perspectiva evolutiva, no desde las consolidadas reglas de interpretación del art. 31 de la CVDT¹⁰⁵. Asimismo, que dicha conclusión sea la más radical entre las adoptadas, hasta la fecha, por comparables órganos de derecho

⁹⁹ NÚÑEZ (2009) pp. 512-514.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ (2014), p. 380; NÚÑEZ (2012) pp. 512-514.

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-24/17, párr. 218.

¹⁰² Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Muñoz Díaz vs. España*. Voto particular de Myjer. Sec. única.

¹⁰³ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Art. 31: Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

¹⁰⁴ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Art. 76: 1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del secretario general, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención (...).

¹⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: OC-24/17. Voto parcialmente disidente de Vio, párrs. 84-92.

internacional. En efecto, a diferencia de la Corte IDH, ni el TEDH¹⁰⁶ ni el TJUE¹⁰⁷ ni la Comisión de Venecia¹⁰⁸ han pretendido instaurar como obligación estatal la equiparación del matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo.

La Comisión de Venecia¹⁰⁹, p. e., al emitir en 2017 una opinión sobre el proyecto de enmienda del art. 30 de la Constitución de Georgia —que reserva el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer—, señaló que, si este no incluyese a las parejas del mismo sexo, al ser Georgia parte del sistema europeo de derechos humanos, debía al menos otorgarles alguna especie de cobertura legal. El TJUE, por su parte, si bien señaló en 2018 que, en el marco de la libertad de circulación y residencia previsto para los Estados miembros de la Unión Europea, debía permitirse la residencia en Rumanía a un ciudadano no comunitario casado en Bélgica con un nacional rumano del mismo sexo, también afirmó que tal reconocimiento era solo a efectos de no lesionar el derecho de residencia, toda vez que los Estados miembros gozan de libertad para contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo. Finalmente, en cuanto al TEDH, la propia ponencia reconoce —como es verdad¹¹⁰— que este órgano jurisdiccional, si bien deja el asunto a decisión de cada Estado, sin dejar de abogar por algún tipo de mecanismo que reconozca los vínculos formados entre las personas del mismo sexo, no les ordena regularlos como matrimonio¹¹¹. Pero incluso si lo hiciese o tal materia fuese parte de un consenso europeo —que no lo es—, ello no sería jurídicamente vinculante para los Estados fuera de dicha región. Así mal haría la Corte IDH en importar y trasplantar supuestos consensos de otros sistemas, desconociendo los propios en el sistema interamericano¹¹².

En tal caso, si atendiésemos a la argumentación de fondo, bien podría tratarse de otro tipo de figura jurídica. De allí que sea reprochable que los magistrados en minoría, tras citar al TEDH, presenten la equiparación al matrimonio como la única modalidad posible. En tal caso si bien existen soluciones jurídicas alternas a casi todas las demandas —patrimoniales o no— que suelen presentarse en este ámbito, también es verdad que, por vía parlamentaria, podría crearse algún tipo de regulación para las personas que, por las circunstancias que fueren, guarden algún tipo de convivencia, de modo tal que encuentren cobijo jurídico en aquellos aspectos no cubiertos por la legislación existente o, incluso, en los ya cubiertos por esta. Más, si así fuese, esta figura no tendría por qué estar restringida

¹⁰⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Schalk y Kopf v. Austria*, párrs. 58-63, 108; *Gas y Dubois v. Francia*, párr. 66; *Hämäläinen v. Finlandia*, párr. 96; *Oliari y otros v. Italia*, párr. 192-194; *Chapin y Charpentier v. Francia*, párr. 33-51; *Orlandi y otros v. Italia*, párr. 192.

¹⁰⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *Coman y otros v. Rumanía*, párrs. 37-45; *K.B. v National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, párr. 55; *V.M.A. v. stolichna obshtina, rayon “Pan-charevo”*, párr. 51-52.

¹⁰⁸ COMISIÓN DE VENECIA: *Georgia. Opinion on the draft revised constitution*, párrs. 59-63.

¹⁰⁹ La ‘Comisión Europea para la Democracia por el Derecho’, más conocida como ‘Comisión de Venecia’, es un órgano consultivo del Consejo de Europa que tiene por finalidad asesorar jurídicamente a los Estados miembro —u otros Estados participantes— en materias de democracia, derechos humanos y Estado de Derecho.

¹¹⁰ NANCLARES (2019) pp. 283-285.

¹¹¹ *STC 676-2020 (2020)* p. 114-116 (R&L).

¹¹² VALDIVIA (2019) p. 62.

solo a las uniones entre personas del mismo sexo, sino abierta a cualquiera que quisiera acceder a tales beneficios jurídicos¹¹³. Volveremos sobre este asunto.

V. UN LLAMADO AL ACTIVISMO JUDICIAL

Como se sabe, la ponencia postuló una nueva definición de matrimonio “como la unión fundada en el amor de pareja, el respeto y la solidaridad”¹¹⁴, acogiendo con ello la tesis revisionista centrada en el ámbito afectivo-sexual¹¹⁵, cuando estos –aunque deseables– escapan de la regulación jurídica¹¹⁶. Si el alegado “amor” –imposible de verificar– fuese el fundamento de la regulación matrimonial, aunque se pretendan negar las consecuencias que de ello derivan¹¹⁷, no cabría –por arbitraria, invasiva y discriminatoria– establecer como restricción que tal figura esté constreñida solo a dos personas. Ello nos obligaría a reflexionar sobre la regulación de la poligamia. Y aunque la ponencia –tratando de evitar esta posibilidad– aduzca que la poligamia no encuentra respaldo en el derecho local o internacional, lo cierto es que sí encuentra respaldo en el derecho comparado. Mientras la ponencia consideró pertinente buscar apoyo argumentativo en el derecho comparado mediante la experiencia de los poco más de treinta países que regulan de uno u otro modo las uniones entre personas del mismo sexo, al mismo tiempo, omitió el hecho de que más de cuarenta países en el mundo conciben la poligamia como fórmula matrimonial¹¹⁸.

Más allá de ello, lo importante a retener es que, de validarse la tesis revisionista, devendría en jurídicamente sustentable una venidera demanda que exija ampliar los beneficios matrimoniales a tres o más personas toda vez que el alegado “amor, respeto y solidaridad” sean el motivo de tal unión. Sin embargo, incluso de aceptarse dicho escenario, tal modificación no es de competencia del Tribunal Constitucional, un poder constituido, sino del poder constituyente, el pueblo, y/o de sus representantes, el parlamento. No sorprenden así las críticas por estarse “implantando en el Perú el matrimonio homosexual, pese a la Constitución”, en tanto, “pretendiendo hacer las veces de “legislador” (...) da una nueva definición de matrimonio”¹¹⁹. En efecto, hubiese bastado un voto más en favor de la minoría para que, excluyéndose al parlamento y a la propia ciudadanía, el Tribunal Constitucional hubiese impuesto en el país esta figura, sin deliberación pública, sin reforma constitucional y sin disponer con las competencias para ello, *ergo*, sobreponiéndose a la misma Constitución y usurpando, una vez más, al propio constituyente, según el art. 45 de la Constitución Política.

Prueba de ello se da cuando la minoría, abriéndose al análisis comparado, obvia la sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 2020¹²⁰ y prefiere como paradigma a se-

¹¹³ STC 676-2020 (2020) p. 8 (F); 111-112 (B).

¹¹⁴ STC 676-2020 (2020) p. 100 (R&L).

¹¹⁵ GIRGIS, GEORGE y ANDERSON (2012) p. 246.

¹¹⁶ D’AGOSTINO (1991) p. 136.

¹¹⁷ STC 676-2020 (2020) p. 128 (R&L).

¹¹⁸ CASILLAS (2014) sec. única.

¹¹⁹ STC 676-2020 (2020) p. 7 (F).

¹²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 7774-2019. FJ. 23-26, 32.

guir la cuestionada¹²¹ sentencia, reflejo de un activismo judicial¹²², de la Corte Constitucional ecuatoriana de 2019¹²³.

La primera sentencia, que aborda un caso análogo, respeta la decisión del legislador chileno –al que no le corresponde sustituir, según afirma– cuando prevé a la institución matrimonial solo como la unión entre un hombre y una mujer, no siendo equiparable con las uniones entre personas del mismo sexo y no habiendo discriminación alguna en ello. La segunda sentencia, en cambio, pese a la explícita reserva varón-mujer que el art. 67 de la Constitución ecuatoriana hace del matrimonio y, pese también, a la ya prevista unión civil para personas del mismo sexo de entonces, asevera que dicha lectura constitucional es restrictiva y discriminatoria. Por ello, hace uso del control de convencionalidad, la Opinión Consultiva (OC) 24/17 y una interpretación evolutiva para, en adelante, comprender como incorporadas en la regulación del matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo. Todo ello, prescindiendo de la imperativa reforma constitucional que, en tal caso, se requería. En resumidas cuentas, mientras la primera sentencia reafirmó en Chile un criterio ya establecido en 2011, por el cual el Tribunal Constitucional se reconoce incompetente “para modificar y regular las instituciones [*la matrimonial*] que contempla el ordenamiento jurídico (...)”¹²⁴, toda vez que dicha facultad es propia del legislador¹²⁵; la segunda sentencia consideró competente a la Corte Constitucional ecuatoriana para, según los criterios de justicia material de la mayoría de magistrados, sortear la necesaria reforma constitucional que el asunto ameritaba.

Otra muestra se avizora cuando se reprocha a la mayoría del Tribunal Constitucional que, ni siquiera, haya reconocido el “matrimonio igualitario de Ugarteche”, en tanto ello no obligaría al Estado a instaurarlo, sino solo a validar “un acto jurídico celebrado en el extranjero”¹²⁶. Sin embargo, el resultado sería idéntico, solo que de modo indirecto pues, seguidamente, casos análogos exigirían un mismo trato, siendo discriminatorio –aquí sí– desatender a sus reclamos. Además, se crearía un artificial supuesto de discriminación económica toda vez que sería plausible alegar que no todos pueden permitirse acudir al extranjero a contraer nupcias y retornar luego al país para iniciar su proceso de reconocimiento, siendo imperativo instaurar tal figura en el ordenamiento peruano.

Incluso si nos ubicásemos en el supuesto de que los valores que dieron sustento a la actual configuración matrimonial hubiesen variado, correspondería seguir el procedimiento acorde a Derecho previsto para una modificación de tal magnitud: la reforma constitucio-

¹²¹ MARCHECO (2020) p. 192 y ss.

¹²² ATIENZA (2013) sec. única.

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia N° 11-18-CN/19. FJ. 127-128, 291-295; STC 676-2020 (2020) p. 90 (R&L); 59; 63 (E.).

¹²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 1881-2010. FJ. 9.

¹²⁵ Véase, p. e., la ley aprobada por el parlamento chileno en diciembre de 2021, en el sentido de permitir la realización de matrimonios entre las personas del mismo sexo.

¹²⁶ STC 676-2020 (2020) p. 127 (R&L); 65 (E.).

nal, según lo establecido en el art. 206¹²⁷ de la Constitución Política¹²⁸. Pero nunca una interpretación evolutiva en su reemplazo, más aún si con ella se pretende hacer decir a la norma algo contrario a lo que, realmente, dispone¹²⁹. Es decir, no bastaría tampoco una mera ley que, p. e., modifique el art. 234 del Código Civil pues, al tratarse el matrimonio de un instituto jurídico constitucionalmente garantizado, es preciso respetar su contenido esencial. Tal como afirmó en su momento el Tribunal Constitucional, “ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en este sentido, no puede equipararse a los propios del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido”¹³⁰. Si esto es así para el legislador, también –y, con mayor razón– para el juez constitucional.

La Constitución como tal, debemos recordarlo, tuvo entre sus propósitos originarios limitar el poder, no solo el de una mayoría desbocada o el de un gobernante arbitrario, sino también el de un juez activista¹³¹. Desconocer o evitar, por tanto, la necesidad de dicho recorrido, mediante una interpretación mutativa por adición, al no contarse con las mayorías parlamentarias –ni sociales– para lograr una reforma en tal sentido, supondría un expolio democrático difícil de aceptar. Ello pues a través de un fuerte activismo judicial que excede la propia noción de las denominadas sentencias “manipulativas”¹³², se replicarían más, determinadas nociones personales de justicia de los jueces de turno, que la noción de justicia expresada por el constituyente en la Norma Suprema. Así, coincidiendo con Peces-Barba¹³³, “una extraordinaria dimensión de este judicialismo patológico produce [...] una politización de la acción de los jueces sin legitimidad democrática”, lo cual ya “ha producido excesos, [e] (...) incluso modificaciones de las Constituciones por los propios tribunales constitucionales”. De allí que sea necesario mantener los controles sobre el Poder y tomar distancia de aquel ‘constitucionalismo líquido’¹³⁴ que aprecia el Derecho como “arcilla o plastilina en manos del intérprete, que puede hacerle decir lo que en cada momento estime oportuno”¹³⁵.

Además de antidemocrático, sería contrario al principio de corrección funcional¹³⁶ sustentado en la separación de poderes¹³⁷ (Art. 43¹³⁸ de la Constitución Política) en un Estado Constitucional de Derecho. Ciertamente, apoyándose en una particular perspectiva del “constitucionalismo de los derechos” o de un “rol tuitivo” hacedor, se intenta justificar

¹²⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. Art. 206: Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum (...).

¹²⁸ STC 676-2020 (2020) p. 17-18 (S.).

¹²⁹ STC español N° 198/2012. Voto particular de Aragón, f. j. 2.

¹³⁰ STC 2868-2004-AA/TC, f. j. 13.

¹³¹ DUMET (2017) p. 239.

¹³² STC 0030-2005-PI/TC, f. j. 61.

¹³³ PECES-BARBA (2003) p. 485.

¹³⁴ VILLAVERDE (2018) p. 34 y ss.

¹³⁵ MARTÍNEZ y DE PABLO (2007) p. 13.

¹³⁶ STC 5854-2005-PA/TC, F. J. 12.

¹³⁷ HAKANSSON (2009) p. 65.

¹³⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Perú. Art. 43: La República del Perú es democrática (...). Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

un activismo aduciendo que “el juez(a) constitucional no puede contagiarse de la mora o el silencio de otros intérpretes vinculantes de la Constitución”, que el “Congreso [continúa] guardando silencio”¹³⁹ o que el “Estado peruano, simplemente, *ha decidido no decidir* sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo”¹⁴⁰. Pero, tales afirmaciones son manifiestamente falsas. Desde 1993, se han presentado al menos unos ocho proyectos de ley¹⁴¹ –sin contar con las dos iniciativas en trámite– para, de alguna manera, regular las uniones entre personas del mismo sexo, pero nunca han prosperado, sea por abandono legislativo o por frontal rechazo –constituyendo ambos un claro mensaje. *A minori ad maius*, si ni siquiera estas propuestas fueron acogidas, menos aún una que pretenda la equiparación plena con el matrimonio o que evite el foro parlamentario para lograr la causa por otras vías. No ha habido omisión o silencio, sino una respuesta determinante: No.

Cuestión distinta es que tal resultado no haya sido de agrado y se intente, mediante el litigio estratégico, ganar más una causa política que una concreta situación de presunto agravio¹⁴², tomando atajos que eviten la deliberación parlamentaria. Tal proceder horada las reglas de la participación democrática en la adopción de decisiones controvertidas de gran envergadura, donde, naturalmente, existen plurales posiciones –jurídicas, políticas, axiológicas, etc. –, que merecen ser dialogadas y puestas a prueba al interior de la sociedad, pero no impuestas. De allí que el ex magistrado constitucional Álvarez haya aseverado sobre la sentencia de primera instancia que, si las normas vigentes gozan de presunción de constitucionalidad hasta ser derogadas, entonces, “no correspondía a la referida jueza determinar cuándo una norma, como nuestro Código Civil, debe ser incumplida”, pues “debe ser un foro de representación democrática nacional –como el Poder Legislativo– el que decida, luego de una profunda deliberación, la incorporación de modificaciones a instituciones jurídicas tan fundamentales”¹⁴³.

Ahora bien, retomando lo referido a la regulación para las unidades de convivencia distintas al matrimonio o concubinato, el respeto por las diversas manifestaciones de la libertad no supone un inmediato correlato de relevancia social que haga meritoria su promoción por el Derecho mediante la previsión de determinadas consecuencias jurídicas¹⁴⁴. La unión estable entre un hombre y una mujer, según hemos visto, satisface con creces las razones socialmente provechosas por las cuales el Estado y la sociedad deben procurar su apoyo y protección. Mas, si valoramos positivo crear alguna figura jurídica adicional en respuesta a un legítimo interés por resguardar relaciones interpersonales de compromiso, solidaridad o apoyo mutuo, que permita sustanciar aspectos patrimoniales, prestacionales, entre otros, con base en el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, etc., no parece haber razón jurídica suficiente para restringir dicha regulación solo a las parejas del mismo

¹³⁹ STC 676-2020 (2020) pp. 56-59; 61; 65 (E.).

¹⁴⁰ STC 676-2020 (2020) p. 19 (R&L).

¹⁴¹ VALDIVIA (2019) pp. 52-53.

¹⁴² LA REPÚBLICA (2020): Ugarteche: “A mí no me importa en qué dirección fallen, lo que quiero es que fallen. Quiero que se hagan personas de bien (...) Si nos dan la razón, todos los peruanos seríamos iguales ante la ley. Se sienta un precedente que se puede aplicar en el resto del mundo”.

¹⁴³ ÁLVAREZ (2017) pp. 209-210.

¹⁴⁴ NANCLARES (2019) pp. 298-309.

sexo, pues ello supondría privilegiar relaciones de índole sexual en detrimento de otras en las que dicho factor no está presente, cuestión, por lo demás, arbitraria¹⁴⁵ y discriminatoria. Tampoco parece haber motivo para discriminar a quienes no quieran circunscribir sus fórmulas de convivencia solo a dos personas¹⁴⁶.

En efecto, no queda claro cuál sería el interés social y estatal por el que habría que reconocer jurídicamente a proyectos de vida en común de tipo sexualizado, en base al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, pero al mismo tiempo excluir a otros proyectos de vida en común no-sexualizados, sustentados también en una legítima opción personal manifestativa de tal libertad. Por coherencia, si debido a los alegados derechos o valores resulta exigible hoy prever algún tipo de cobertura jurídica para las uniones entre personas del mismo sexo, se debe otorgar también “reconocimiento y protección a toda forma de convivencia libre, voluntaria, comprometida y en régimen de igualdad que constituya el proyecto de vida en común y el marco de desarrollo personal de sus integrantes, con independencia de quiénes sean y de cuántos sean estos. Y ello porque se trataría de fórmulas de vida acordes a esos valores constitucionales, manifestativas del libre ejercicio de los derechos descritos y de suyo no incompatibles con un orden público familiar que también parece haber evolucionado”¹⁴⁷.

VI. CONCLUSIONES

En democracia, resulta azaroso dar por justas determinadas causas –por legítimas que fueran– y, seguidamente, querer eximir las del debate parlamentario y de los mecanismos pre-establecidos para la toma de decisiones en un Estado Constitucional de Derecho, incluida, por supuesto, la reforma constitucional. Además, comporta presentar como conclusión *a priori* lo que, justamente, está por discutirse y decidirse: la justicia de dicha causa. Esto, a no ser que, como ha sucedido en el Perú, ya se hayan discutido, archivado y/o abandonados proyectos de ley en tal sentido. Con todo, de cara a no horadar la institucionalidad de los *checks and balances*¹⁴⁸ y la democracia constitucional, es siempre mejor la vía deliberativa institucional en asuntos novedosos –cuando no ajenos– al techo axiológico constitucional, frente a aquella vía que –imponiéndose al resto– procura –o concede– atajos judiciales para ganar pretensiones de considerable envergadura que, de otra manera, no lograría. De esta manera, si una “interpretación, por evolutiva que sea, no puede considerarse sinónimo de reforma o cambio”¹⁴⁹, constituye una buena noticia que la mayoría del Tribunal Constitucional no haya condescendido a reformar la Constitución por vía interpretativa.

¹⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Burden v. Reino Unido*. Opinión disidente de Zupan i, sec. única.

¹⁴⁶ OLLERO (2013) pp. 76-78.

¹⁴⁷ NANCLARES (2019) pp. 308-309.

¹⁴⁸ STC 3760-2004-AA/TC, f. j. 23-24.

¹⁴⁹ STC español N° 198/2012. Voto particular de Ollero, f. j. 5.

Si atendemos a la supremacía –o, a la preferencia¹⁵⁰, protagonismo¹⁵¹ o primacía¹⁵²– que corresponde al Parlamento en el marco de un Estado Constitucional de Derecho¹⁵³, entonces, el juez es también es un actor que se ubica al interior de la compleja estructura institucional que asegura la distribución del poder político. La misión del juez constitucional consiste en velar por el cumplimiento de la Constitución Política –empezando por él mismo– en los términos previstos por el constituyente. No consiste, por tanto, en ganar batallas¹⁵⁴ o en ser un buscavidas jurídico tras la caza de “oportunidades”¹⁵⁵ históricas, ambos horizontes, más propicios –quizás– para un abogado de parte, pero no para un juez. Dicha misión, en suma, tampoco consiste en restringir la voluntad política de los ciudadanos¹⁵⁶ y, menos aún, en reemplazar al legislador en materias no incluidas en la Constitución Política. En todo Estado de Derecho deben respetarse siempre los mecanismos democráticos pre-establecidos. Esto pues, como señala uno de los jueces de la mayoría, tal y como está diseñada nuestra Constitución, pretender equiparar el matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo e introducirlo “por la ventana, a través de una resolución del [Tribunal Constitucional], implicaría que los magistrados constitucionales usufructuemos y abusemos indebidamente del puesto que temporalmente ocupamos (...) Nosotros estamos aquí no para sustituir a los legisladores o constituyentes sino solo para hacer cumplir la Constitución Política del Perú”¹⁵⁷.

Dicho ello, quizás, la pregunta nuclear en este asunto resida en saber si existe o no una estructura sustancial en la figura matrimonial. Si respondemos afirmativamente, a continuación, habrá que presentar una justificación. Este trabajo lo ha hecho, considerando también supuestos de distinto cauce, pero análogos propósitos –la unión de hecho, por ejemplo–, y reconociendo que, finalmente, es heredero de la vasta historia y/o regulación civil, constitucional e internacional que refiere al matrimonio. Si respondemos negativamente, o arguyendo como nueva tesis una finalidad afectivo-sexual –solidaria, libre, voluntaria, igualitaria, entre otros–, valiosas todas ellas, por supuesto, pero desplazando y negando con ello, al fin de cuentas, una estructura inherente varón-mujer, entonces, paradójicamente, dicha postura incurriría en discriminación, toda vez que pregonararía beneficios cuasi o directamente matrimoniales solo para parejas conformadas entre personas del mismo sexo, excluyendo así y sin mayor fundamento a otros modelos de convivencia –sexuales o no– que, aunque quisieran, no encontrarían atención jurídica.

¹⁵⁰ BÖCKENFÖRDE (1993) p. 130.

¹⁵¹ GÓMEZ (2019) p. 74.

¹⁵² BUSTAMANTE (2018) p. 33.

¹⁵³ COMISIÓN DE VENECIA (2016), párr. 49.

¹⁵⁴ CARETAS (2020): Espinosa: “Se ha perdido una batalla, pero no se ha perdido la guerra. Creo que es cuestión de tiempo que encontremos el reconocimiento de casos como este a pesar del fallo del Tribunal Constitucional”. CARETAS, Espinoza: “Los Estados que han aceptado la competencia de la Corte no pueden poner trabas para la protección de los matrimonios igualitarios”.

¹⁵⁵ RPP (2020b): Ledesma: “el Tribunal ha perdido la gran oportunidad de afirmar el principio de igualdad que debe regir en nuestro país (...)”; EFE (2021): Ledesma: “(no) pasará a la historia cuando tuvo la oportunidad de afirmar el no trato discriminatorio por opción sexual”.

¹⁵⁶ HERNANDO (2019) p. 165.

¹⁵⁷ STC 676-2020 (2020) p. 18 (S.).

En suma, resulta de vital importancia el debate en el plano jurídico y, finalmente, en el de las ideas en estos asuntos. Quererlo evitar sustrayéndolo del espacio que le corresponde en un Estado Constitucional de Derecho, el parlamento, no solo merma –aún más– la salud de nuestra delicada estabilidad democrática e institucional, sino también desprolija a los propios ciudadanos de la genuina atribución de la que gozan para configurar política, jurídica y socialmente el espacio en el que han de vivir. Desdibujar el escenario presentando a quienes no comparten similares convicciones constitucionales como partícipes de un fundamentalismo anti-derechos, no contribuye al clima de respeto y buena fe necesarios para un diálogo en estas materias, más aún si aquellos calificativos provienen desde los propios magistrados en minoría. Pueden y deben encontrarse soluciones jurídicas de amplia acogida a aquellos legítimos intereses que buscan proteger a las distintas unidades de convivencia, pero para ello no es necesario ni propicio desfigurar la regulación matrimonial. El matrimonio nos favorece jurídica y socialmente a todos, su redefinición, no. Pese a ello, si se insistiese en redefinir la figura, deben al menos respetarse las reglas de juego propias de una democracia constitucional en un Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto (2017): “Opinión: Matrimonio homosexual en un registro civil”, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 111: pp. 209-210.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2013): “Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo”, *ElUniverso.com*. Disponible en: <https://bly/39akTDE>. Fecha de consulta: 9/2/2021.
- BARRERO ORTEGA, Abraham (2016): “¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, vol. 13, N° 26, sección 1.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst (1993): *Escritos sobre derechos fundamentales* (Baden, Nomos).
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2018): “El Estado de Derecho: Problemas, perspectivas, contenido y modelos”, *Vox Juris*, vol. 36, N° 2: pp. 21-36.
- CABALLERO OCHOA, José (2009): *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España* (México D.F., Porrúa).
- CARETAS (2020): “Espinoza: ‘Los Estados que han aceptado la competencia de la Corte no pueden poner trabas para la protección de los matrimonios igualitarios’”, Disponible en: <https://bit.ly/3iqjgEP>. Fecha de consulta: 9/2/2021.
- CASILLAS, Daniel (2014): “Estos son los 47 países donde es legal la poligamia”, Disponible en: <https://bit.ly/2LZF2DE>. Fecha de consulta: 9/2/2021.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2019): “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 17, N° 2: pp. 15-52.
- CHINKIN, Christine (1989): “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, N° 4: pp. 850-866.

- COMISIÓN DE VENECIA, “Criterios de Verificación del Estado de Derecho (CDL-AD (2016)007rev), adoptados en su 106ª Sesión Plenaria (Venecia, 11-12 de marzo de 2016)”, Estrasburgo, 2016.
- COMISIÓN DE VENECIA, “Georgia. Opinion on the draft revised constitution (Opinion 876/2017 - CDL-AD (2017)013), adopted on the 111th plenary session (16-17 June 2017)”, Estrasburgo, 2017.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1998): “Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional. Pleno-1993 (Diario de Debates)” (Lima, tomo I, Congreso de la República del Perú).
- D’AGOSTINO, Francesco (1991): *Elementos para una filosofía de la familia* (Madrid, Rialp).
- DELGADO, David (2017): “Obergefell contra Hodges: La sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista de Derecho Político*, N° 99: pp. 325-356.
- DUMET, David (2017): “Caso Ugarteche vs. RENIEC”, *Gaceta Constitucional*, tomo 110: pp. 237-242.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón (2017): “El matrimonio y las uniones homosexuales ante el principio de no discriminación (aporía jurídica española)”, en *La familia: naturaleza y régimen jurídico en el siglo XXI* (Chiclayo, USAT) pp. 75-100.
- E.F.E. (2021): “Presidenta del TC: Perú afronta ‘ejercicio perverso de la actividad política’”, Disponible en: <https://bit.ly/39cKFXJ>. Fecha de consulta: 9/2/2021.
- FIORAVANTI, Maurizio (2001): *Constitución: de la antigüedad a nuestros días* (Madrid, Trotta).
- GALLAGHER, Delia (2020): “El Vaticano aclara los comentarios que hizo el papa sobre las uniones civiles entre homosexuales”, Disponible en: <https://cnn.it/3pp4PUe>. Fecha de consulta: 8/2/2021.
- GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo (2011): “Diccionario de falacias”, Disponible en: <https://bit.ly/3706QPi>. Fecha de consulta: 8/2/2021.
- GARGARELLA, Roberto (2013): “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, en *Human Rights: Theoretical possibilities and practical challenges*, Universidad de Yale. Disponible en: <https://bit.ly/2S6sD3j>. Fecha de consulta: 20/4/2020.
- GIRGIS, Sherif; GEORGE, Robert; ANDERSON, Ryan (2012): “What is Marriage?”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 34, N° 1: pp. 245-287.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel (2019): “La obsolescencia de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 115: pp. 47-79.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Maricela (2019): “Matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿un derecho fundamental o una tergiversación de derechos?”, en TELLO, Juan y ZUTA, Erika (coords.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo* (Lima, Themis) pp. 109-134.
- GUEVARA, Augusto (2012): *Los dictámenes consultivos de la corte interamericana de derechos humanos. Interpretación constitucional y Convencional* (Barcelona, J. M. Bosch).

- HAKANSSON-NIETO, Carlos (2009): “Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación”, *Dikaion*, vol. 23, N° 18: pp. 55-77.
- HERNANDO NIETO, Eduardo, “Equiparación del matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo: una crítica”, en TELLO, Juan y ZUTA, Erika (coords.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo* (Lima, Themis) pp. 157-174.
- LA REPÚBLICA (2020): “Oscar Ugarteche: “Doscientos años después de la independencia, el país se está desintegrando”, Disponible en: <https://bit.ly/3hXD6ai>. Fecha de consulta: 9/2/2021.
- LANGFORD, Malcolm (2017): “Same-sex marriage in polarized times: revisiting *Joslin v New Zealand* (HRC)”, en BREMS, Eva y DESMET, Ellen (edits.), *Integrated Human Rights in Practice. Rewriting Human Rights Decisions* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing) pp. 119-144.
- MARCHECO ACUÑA, Benjamín (2020): “El constitucionalismo de los derechos y los límites de la interpretación constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 119: pp. 185-206.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos y DE PABLO, Pedro (2007): *Constitución, Derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo* (Madrid, Rialp).
- MARTÍNEZ ESTAY, José (2014): “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve Análisis de sus orígenes y su desarrollo”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, N° 1: pp. 365-396.
- NANCLARES VALLE, Javier, “El matrimonio y la familia ante la reforma del Derecho Civil peruano”, en TELLO, Juan y ZUTA, Erika (coords.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo* (Lima, Themis) pp. 283-318.
- 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. 32: pp. 487-529.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en ACOSTA, Paola y NÚÑEZ, Manuel (edits.), *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales* (México D.F., UNAM).
- OLLERO TASSARA, Andrés (2013): “No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, vol. 90: pp. 259-312.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro (2018): “Cuatro extendidos desaciertos de la Corte Interamericana que se observan en su Opinión Consultiva N° 24”, *Anuario de Derecho Público 2018*: pp. 203-226.
- PECES-BARBA, Gregorio (2003): “Parlamento, libertad civil y democracia”, en FUENTES, Eduardo y MARTÍN, José (edits.), *De las cortes históricas a los parlamentos democráticos: Castilla y León, s. XII-XXI* (Madrid, Dykinson) pp. 475-487.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Álex (2005): “Protección del niño, madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio. Artículo 4”, en GUTIÉRREZ, Walter (dir.), *La Constitución comentada* (Lima, Gaceta Jurídica, tomo I) pp. 347-391.
- RPP (2020a): “Ledesma: ‘En ningún extremo del artículo 4 de la Constitución dice que el matrimonio debe ser entre hombre y mujer’”, Disponible en: <https://bit.ly/3naiInO>. Fecha de consulta: 8 de febrero de 2021.
- RPP (2020b): “Ledesma: ‘TC ha perdido la gran oportunidad de afirmar el principio de igualdad que debe regir en el país’”, Disponible en <https://bit.ly/3993xqu>. Fecha de consulta: 9/02/2021.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2011): “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 2 N° 1: pp. 20-42.
- SHAW, Malcolm (2008): *International Law* (UK, CUP, 6ª ed.).
- SHAW, Malcolm (2017): *International Law* (UK, CUP, 8ª ed.).
- UGARTE MOSTAJO, Daniel (2014): *La garantía institucional del matrimonio en la Constitución de 1993. La heterosexualidad como rasgo esencial de la institución matrimonial* (Lima, Palestra).
- VALDIVIA AGUILAR, Trilce, “Rule of Love: ¿Es el reconocimiento legal de las uniones entre personas del mismo sexo una obligación del Estado Peruano en materia de Derechos Humanos?”, en TELLO, Juan y ZUTA, Erika (coords.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo* (Lima, Themis) pp. 51-85.
- VALDIVIESO LÓPEZ, Erika y ACOSTA YPARRAGUIRRE, Eduardo, “La univocidad jurídica y carácter excluyente del matrimonio”, en TELLO, Juan y ZUTA, Erika (coords.), *¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo* (Lima, Themis) pp. 205-250.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio (2018) “El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI”, *Revista da AJURIS*, vol. 45, N° 144: pp. 529-556.
- VIO GROSSI, Eduardo (2018): “La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte interamericana de derechos humanos”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 2, N° 2: pp. 200-214.
- VÍTOLO, Alfredo (2020) “El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las OC-21/14 y 23/17”, *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, N° 1: pp. 187-217.

NORMAS Y OTROS INSTRUMENTOS CITADOS

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESPAÑA (29/12/1978).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERÚ (30/12/1993).
- CÓDIGO CIVIL PERUANO (25/7/1984).
- CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ (31/5/2004).
- ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (26/6/1945).
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16/12/1966).

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (23/5/1969).

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22/11/1969).

JURISPRUDENCIA CITADA

ARGENTINA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Sentencia de 14 de junio de 2005. Expediente 1767. XXXVIII.

Canadá

EGAN v. CANADA (1995), 2 S.C.R. 513

MIRON v. TRUDEL (1995), 2 S.C.R. 418

COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-500/14 de 16 de julio de 2014. Expediente D-9958.

ESPAÑA

STC 119/2001

STC 198/2012

ESTADOS UNIDOS

OBERGEFELL v. HODGE, 576 U.S. 644 (2015)

MÉXICO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Abril de 2014, tesis P.J. 21/2014.

PERÚ

STC 0014-2002-AI/TC

STC 0217-2002-HC/TC

STC 0261-2003-AA/TC

STC 2868-2004-AA/TC

STC 3760-2004-AA/TC

STC 4587-2004-AA/TC

STC 0025-2005-PI/TC

STC 0030-2005-PI/TC

STC 3605-2005-AA/TC

STC 5854-2005-PA/TC

STC 2730-2006-PA/TC

STC 0014-2007-PI/TC

STC 2317-2010-PA/TC

STC 4293-2012-PA/TC

STC 4617-2012-PA/TC

STC 676-2020-PA/TC

URUGUAY:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Caso 20/2013. Proceso de Inconstitucionalidad. Sentencia de 22 de febrero de 2013

CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH

“OTROS TRATADOS” OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE (1982): OC-1/82, Serie A N° 1.

EL EFECTO DE LAS RESERVAS SOBRE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1982): OC-2/82, Serie A N° 2.

RESTRICCIONES A LA PENA DE MUERTE (1983): OC-3/83, Serie A N° 3.

INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997): OC-15/97, Serie A N° 15.

DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL (2014): OC-21/14, Serie A N° 21.

TITULARIDAD DE DERECHOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2016): OC-22/16, Serie A N° 22.

MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS (2017): OC-23/17, Serie A N° 23.

IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. OBLIGACIONES ESTATALES EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE NOMBRE, LA IDENTIDAD DE GÉNERO, Y LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN VÍNCULO ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO (2017): OC-24/17, Serie A N° 24.

LA INSTITUCIÓN DEL ASILO Y SU RECONOCIMIENTO COMO DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN (2018): OC-25/18, Serie A N° 25.

CORTE EUROPEA DE DD.HH.:

BURDEN v. REINO UNIDO (2008). N° 13378/05, 24 de abril de 2008.

MUÑOZ DÍAZ vs. ESPAÑA (2009). N° 49151/07, 8 de diciembre de 2009.

SCHALK Y KOPF v. AUSTRIA (2010). N° 30141/04, 24 de junio de 2010.

GAS Y DUBOIS v. FRANCIA (2012). N° 25951/07, 15 de marzo de 2012.

HÄMÄLÄINEN v. FINLANDIA (2014). N° 37359/09, 16 de julio de 2014.

OLIARI Y OTROS v. ITALIA (2015). N° 18766/11 36030/11, 21 de julio de 2015.

CHAPIN Y CHARPENTIER v. FRANCIA (2016). N° 40183/07, 9 de junio de 2016.

ORLANDI Y OTROS v. ITALIA (2017). N° 26431/12 26742/12 44057/12 60088/12, 14 de diciembre de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

K.B. v NATIONAL HEALTH SERVICE PENSIONS AGENCY AND SECRETARY OF STATE FOR HEALTH, Sentencia de 7 de enero de 2004. Asunto C-117/01.

COMAN Y OTROS v. RUMANÍA, Sentencia de 5 de junio de 2017. Asunto C-673/16.

V.M.A. v. STOLICHNA OBSHTINA, RAYON “PANCHAREVO”, Sentencia de 14 de diciembre de 2021. Asunto C-490/20.

EN ESTE NÚMERO

■ EDITORIAL

CARVAJAL, Patricio: *Utinam lex esset eadem quae uxori est viro. Amelia Castresana Herrero (1956-2022)*

■ ESTUDIOS

Constitucional

FERNÁNDEZ, José Ángel: *Los protocolos universitarios contra el acoso, la violencia y la discriminación: una tensión entre el feminismo y bienestarismo*

Civil

RODRÍGUEZ, María Sara y FERNÁNDEZ ARROJO, María: *La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida*

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel Arturo: *El arrendamiento de inmuebles mediante plataformas digitales: un caso de eventual competencia desleal y de abuso de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de los oferentes de dichos inmuebles*

Comercial

CABALLERO, Guillermo: *La subparticipación: un caso de sociedad sin personalidad jurídica en el código civil*

Penal

RUSCA, Bruno: *Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica*

■ RECENSIONES

VILLALONGA TORRIJO, Cristian Antonio: *Yowell, Paul (2018) Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review (oxford: hart) 174 páginas.*

MIRANDA ARRAU, Carlos Felipe: *van Harten, Gus (2020): The Trouble with Foreign Investor Protection (Oxford, Oxford University Press) 224 pp*

■ ENSAYOS

BERNAL PULIDO, Carlos: *La inexistencia de un derecho fundamental o humano a bloquear vías en situación de protesta*

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

HALPERN MAGER, Gabriel: *Comentario de jurisprudencia del despido de un trabajador por actos temerarios que exponen a sus compañeros al virus COVID-19*

MADRID, Raúl; GUERRA ESPINOZA, Rodrigo y CORNACCHIA, Luigi: *Está el derecho penal al margen de discusiones axiológicas? A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la despenalización de la interrupción del embarazo*

TELLO MENDOZA, Juan Alonso: *El caso Ugarteche vs Reniec: Sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo (Tribunal Constitucional)*