



50 Años

FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO

CHILEAN JOURNAL OF LAW

2024 · Enero - Abril · Vol. 51 - N° 1

■ ESTUDIOS

DERECHO PÚBLICO
DERECHO CIVIL
DERECHO PROCESAL
DERECHO TRIBUTARIO
DERECHO LABORAL

■ RECENSIONES

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO
CHILEAN JOURNAL OF LAW

■ ESTUDIOS

Derecho Público

Derecho Civil

Derecho Procesal

Derecho Tributario

Derecho Laboral

■ RECENSIONES

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

REVISTA CHILENA DE
DERECHO
CHILEAN JOURNAL OF LAW
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) - **Marta Cartabia** (Università Bocconi) - **José Luis Cea Egaña** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Hernán Corral Talciani** (Universidad de los Andes, Chile) - **Diane Desierto** (University of Notre Dame, Indiana) - **Ramón Domínguez Águila** (Universidad de Concepción) - **Carmen Domínguez Hidalgo** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Arturo Fernandois Vöhringer** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Juan Luis Goldenberg Serrano** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Félix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **María Carmelina Londoño Lázaro** (Universidad de La Sabana) - **Nuria Pastor Muñoz** (Universitat Pompeu Fabra) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **Etienne Picard** (Université de Paris I) - **Johann Christian Pielow** (Ruhr-Universität Bochum) - **Alejandro Romero Seguel** (Universidad de los Andes, 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)

MIEMBROS FALLECIDOS DEL COMITÉ EDITORIAL

Amelia Castresana † (Universidad de Salamanca) - **Enrique Cury Urzúa** † (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Alejandro Guzmán Brito** † (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) - **Franck Moderne** † (Université de Paris I) - **Arturo Yrarrázaval Covarrubias** † (Pontificia Universidad Católica de Chile)

EQUIPO EDITORIAL

Álvaro Paúl Díaz

Director

(Orcid: 0000-0003-3882-450X)

Cristóbal García-Huidobro Becerra

Coordinador General

(Orcid: 0000-0002-2184-8719)

Francisco Rubio Varas

(Orcid: 0000-0002-7627-6500)

Editor Asociado

Adriana Villamizar Rivera

(Orcid: 0000-0001-7693-6989)

Editora Asociada

Andrea Valenzuela Niemann

Secretaria de la Revista

María José Gómez Álvarez

Bibliotecóloga de Investigación y Publicación

Pía Ruiz-Tagle Donoso

Luciano Zúñiga García

Ayudantes de la Edición Electrónica

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 indexa en las siguientes bases de datos: Web of Sciences (Social Sciences Citation Index), Scopus (Social Sciences & Humanities), JSTOR, HeinOnline, Dialnet, Latindex (catálogo y directorio) y Scielo-Chile.

El impacto de la Revista se mide en: Journal Citation Reports (JCR), CiteScore (CS) y SCImago Journal & Country Rank (SJR)

ISSN 0716-0747 (versión papel) / ISSN 0718-3437 (versión online)

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Casilla 114-D. Santiago 1, Chile.
Teléfono: (56-2) 2354-2964. Correo electrónico: revchider@uc.cl. Sitio web: <https://revistachilenadederecho.uc.cl/>

ÍNDICE

Volumen 51 N° 1

■ EDITORIAL

BOCKSANG HOLA, Gabriel: *La Revista Chilena de Derecho en su Quincuagésimo Aniversario* [V-VII]

■ ESTUDIOS

Derecho Público

FERNANDA GÓMEZ, Rosa: *Régimen de protección de la legalidad urbanística* [1-34]

GONZÁLEZ RINCÓN, Ana Cristina: *Las reparaciones a los derechos humanos del ombudsperson mexicano a través de sus recomendaciones (1990-2019): una confluencia jurídica nacional e interamericana* [35-66]

Derecho Civil

UGARTE VIAL, Fernando: *Nulidad de sentencias firmes: hacia una relectura de la impugnación de la cosa juzgada* [67-98]

Derecho Procesal

RIED UNDURRAGA, Ignacio: *El efecto erga omnes de la sentencia de la acción de protección: un análisis desde el derecho procesal* [99-129]

Derecho Tributario

IRRIBARRA SOBARZO, Eduardo: *La intención de eludir en la norma general antielusión chilena: crítica a la concepción objetiva* [131-158]

Derecho Laboral

FEDDERSEN, Mayra y MORALES, Antonio: *¿Cómo se articulan las políticas migratorias y laborales para regular el trabajo extranjero?* [159-194]

■ RECENSIONES

ENCINAS, Gabriel: *Núñez, Jorge Emilio (2024): Cosmopolitanism, State Sovereignty and International Law and Politics: A Theory (Abingdon y Nueva York, Routledge) 202+xiv pp.* [195-204]

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián: *La disputa sobre las aguas del Silala entre Chile y Bolivia. Comentario de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de fecha 1 de diciembre de 2022* [205-230]



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

2024 • Enero - Abril • Vol. 51 - N° 1

EDITORIAL

LA REVISTA CHILENA DE DERECHO EN SU QUINCUAGÉSIMO ANIVERSARIO

Una revista consolidada, internacionalmente reconocida, de proyección mundial, de altísima calidad editorial y de gran impacto en el mundo intelectual. Así es como podría sintetizarse la envergadura de la *Revista Chilena de Derecho* al cumplirse medio siglo de su establecimiento.

No hubiera sido fácil prever en el año 1974 que una nueva revista de derecho, publicada en uno de los rincones más remotos del mundo, llegaría en el curso de 50 años a convertirse en un importante punto de apoyo de la reflexión jurídica mundial, como la principal de las revistas generalistas de derecho en lengua castellana (y que desde hace años también ha integrado al inglés como idioma de publicación).

Aún menos previsible lo era si se tomaba en cuenta que nuestra Facultad había intentado anteriormente consolidar otras publicaciones periódicas que no alcanzaron aquellos resultados excepcionales: *Anales Jurídico-Sociales*, establecida en 1936 y desaparecida en la década de 1960, y *Estudios Jurídicos*, que alcanzó solamente a cubrir los dos años inmediatamente anteriores a la *Revista Chilena de Derecho*.

Pues bien, el altísimo nivel de la publicación que el lector tiene ahora en sus manos (o, mejor dicho en nuestros días, en la pantalla frente a sus ojos) ha sido fruto de la labor incansable de muchas personas, y del liderazgo de los profesores que durante este tiempo generosamente han dirigido a la *Revista*, de modo visionario, persistente y en miras de la mejor calidad posible. Así, tras la labor fundacional del profesor Jaime Navarrete Barrueto (1974-1980), vino la conducción de los profesores José Luis Cea Egaña (1980-1993), Guillermo Bruna Contreras (1993-1997), Alejandro Vergara Blanco (1997-2007), Ángela Vivanco Martínez (2007-2012), Patricio Ignacio Carvajal Ramírez (2012-2014), Juan Luis Goldenberg Serrano (2014-2019), y la del actual director, profesor Álvaro Paúl Díaz (2019-).

A todos ellos quisiera en estas líneas dar testimonio de la gratitud de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile por su aporte invaluable para el mundo jurídico y también por lo que institucionalmente significa la *Revista Chilena de Derecho* para nuestra Facultad.

Asimismo, quisiera expresar todo el reconocimiento de nuestra institución a quienes se han desempeñado en el decurso de este medio siglo como coordinadores, secretarios, editores, bibliotecólogos, ayudantes y otros responsables de labores relacionadas con esta publicación periódica.

También ha sido fundamental para nuestra publicación la participación de un Comité Editorial de excelencia, internacional, robusto y con presencia en las más distintas disciplinas del derecho.

Por supuesto, quisiera asimismo agradecer con especial atención a todos quienes en el curso de estos cincuenta años han sido autores en nuestras líneas. Resulta muy reconfortante ver la magnitud de su aporte, tanto en profundidad como en vastedad, y saber que nuestra *Revista* ha podido servir bien a la difusión de su pensamiento y a constituir una plataforma muy relevante en la búsqueda permanente de la verdad.

Hay mucho que celebrar, en verdad, en este quincuagésimo aniversario. Y al mismo tiempo, también hay mucho que trazar hacia el futuro. El liderazgo que representa la *Revista Chilena de Derecho* y que ha construido en estas décadas debe seguir potenciándose y profundizándose. Ello deberá darse en un contexto de profundos desafíos, de circunstancias móviles y de desarrollos técnicos quizás mucho más radicales que los que se han constatado en nuestros primeros cincuenta años.

En 1974, el acceso a una publicación de estas características se daba necesariamente a través de un soporte en papel y con dificultades naturales de acceso derivadas de la necesidad de consultar cualquier revista en bibliotecas o bien mediante una suscripción que debía costearse por el particular. Cincuenta años después, en 2024, la *Revista Chilena de Derecho* es fundamentalmente una publicación electrónica; y la lógica del acceso abierto que nuestra publicación abrazó con mucha convicción ha permitido que cualquier persona, en el más apartado rincón del planeta, pueda consultar las páginas de la *Revista* de manera completamente gratuita.

¡Cómo se cumple, merced a la tecnología, el anhelo que expresó el decano Sergio Gaete en 1974, en el primer editorial de nuestra revista, en torno a que la *Revista* fuese “un vehículo de comunicación de la actividad jurídica chilena con la extranjera”, constatando que hoy la actividad jurídica de los más distintos países se despliega en estas líneas!

Pero ahora hay que impulsar a la *Revista Chilena de Derecho* desde el año 2024 hacia el futuro. Y está fuera de cuestionamiento que nuestros próximos cincuenta años requerirán que la *Revista* se brinde por entera para estar a tono con los tiempos y para responder plenamente a las necesidades intelectuales del futuro.

Por de pronto, si en el pasado el mundo científico se veía afectado por una escasez de información, o al menos una escasez de circulación y acceso a la información, el presente ya está manifestando las dificultades derivadas de una plétora de información. La irrupción masiva y profunda de la inteligencia artificial en el ámbito académico no ha venido sino a acentuar las ingentes dimensiones de este desafío. Por ende, será más necesaria que nunca la existencia de fuentes confiables y de alta calidad, en las que el rigor académico pueda brillar a través de procesos de revisión y de publicación robustos y transparentes.

En razón de lo anterior, la *Revista* debe seguir fortaleciendo su compromiso en torno a la preservación y la promoción en la ética de la investigación y el respeto de la propiedad intelectual. Ello debe corresponderse con la aplicación de los más estrictos estándares que eviten la permeabilidad de esta publicación periódica con cualesquiera tipos de infracciones o malas conductas académicas.

Asimismo, el carácter generalista de nuestra *Revista* debe ser una invitación a los cruces interdisciplinarios con distintas áreas del conocimiento. Ello en miras de permitir un desarrollo abierto del mundo jurídico, en conjunción con otras humanidades y ciencias

sociales, con el análisis de aspectos tecnológicos, y con los influjos de muchas otras esferas en la investigación.

En sintonía con lo ya expresado, la acelerada aparición de nuevos desafíos y de temas emergentes que comprometen al derecho necesita de un mundo académico que sea capaz de abordarlos cumplida y oportunamente. Las posibilidades editoriales de cualquier revista prestigiosa deben tener en consideración esta realidad, sin que ello signifique desconocer los condicionamientos del mundo editorial en general y los requerimientos de revisión que un medio de excelencia debe ser capaz de ofrecer.

Por otra parte, la creciente globalización en todas las disciplinas científicas, muy perceptible también en el derecho a pesar de los fuertes componentes nacionales que involucra, requiere de disponer los medios para interconectar el pensamiento de distintos países, culturas y tradiciones jurídicas. Este será sin duda un desafío permanente, que requerirá de distintos tipos de avances y de perfeccionamientos. Y también requiere de señales, tal como la denominación complementaria de la *Revista* como *Chilean Journal of Law* que ha venido a marcar de modo bilingüe su quincuagésimo aniversario.

Por último, la masividad que las comunicaciones han experimentado en los últimos años deben ser una invitación para consolidar una comunidad activa y responsable de autores y lectores. De tal modo, las redes sociales y todo tipo de plataformas digitales existentes o por establecerse en el futuro deberán servir del mejor modo posible el fomento de un profundo y fecundo intercambio de ideas a nivel global.

En medio de todos los desafíos enunciados, de muchos más ya existentes que podrían enunciarse en un análisis más profuso que el que corresponde al objetivo de las presentes líneas, y de un número aún mayor de desafíos futuros que nuestra imaginación quizás apenas alcance a entrever, la *Revista Chilena de Derecho* está llamada a seguir sirviendo y fomentando la búsqueda honesta y profunda de la verdad en materias jurídicas, con una aproximación genuinamente humana al conocimiento de nuestra disciplina. Que Dios nos ayude en los próximos cincuenta años –y en todos los que pudieren venir en el futuro– a responder a esta tarea noble y hermosa con la persistencia, con la seriedad y con la excelencia que ella requiere.

GABRIEL BOCKSANG HOLA

Decano

Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica de Chile

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

PROTECTION REGIME OF URBAN LEGALITY


Rosa Fernanda Gómez*

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto determinar que, aun cuando en el ordenamiento jurídico nacional no existe una regulación ordenada y coherente de la denominada “disciplina urbanística” esto es, –reglas que buscan prevenir y castigar el incumplimiento de las normas urbanísticas–, se advierte que la LGUC contempla técnicas de protección de la ordenación urbanística integrada por mecanismos de prevención, de restablecimiento de legalidad y sanciones. Estas tienen como objetivo asegurar el cumplimiento de la legislación urbanística y reprimir las conductas que alteren el orden y perpetúan la indisciplina. Ahora bien, se trata de una regulación que presenta deficiencias regulatorias y que se caracteriza por su carácter fragmentario, parcial e insuficiente.

Palabras clave: disciplina, prevención, restablecimiento, sanciones.

ABSTRACT: In the Chilean legal system there is no organized and coherent regulation of what is known as “urban planning discipline”, namely, rules that enforce urban planning. This article seeks to ascertain the mechanisms that citizens and public bodies can wield in order to protect urban planning. These consist of preventive measures, legal reestablishment methods and sanctions. All of these pursue compliance with urban planning regulations and the repression of behavior that disturbs order and perpetuates indiscipline. However, this regulation is characterized by its deficiencies: fragmentation, partiality, and its inefficacy in fulfilling its objectives.

Keywords: discipline, prevention, reestablishment, sanctions.

* Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: rgomez@uandes.cl. Dirección postal: Av. Mons. Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes, Santiago, Chile.  0009-0005-4838-6306. Esta investigación cuenta con el apoyo del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11230414 “Análisis dogmático de los mecanismos de protección de la legalidad urbanística en Chile en: revisión y sistematización de las medidas de prevención, restablecimiento de la legalidad y sanción”.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA EN CHILE¹

El derecho urbanístico comprende las disposiciones que tienen incidencia urbanística y que dan lugar a la existencia de una disciplina específica, con instituciones propias, cuyo objetivo es obtener un orden racional del espacio (existente y nuevo) y de la ciudad en general además de lograr la protección de la población a través de un conjunto de medidas sanitarias y de habitabilidad².

En la actualidad se puede sostener la autonomía del derecho urbanístico³ como una rama del Derecho público y, dentro de este, del Derecho Administrativo⁴, dando lugar a un sistema con un marco normativo y principios propios⁵.

Sin embargo, se aprecia la existencia de ámbitos que carecen de un desarrollo científico profuso y respecto de los cuales se advierte una regulación fragmentada, parcial y, en muchos casos, insuficiente, como acontece en materia de protección de la legalidad urbanística, cuyo análisis dogmático será objeto de este trabajo.

El derecho urbanístico como rama autónoma –provista de reglas, principios y normas propias– debe contar con mecanismos específicos de reacción frente a la transgresión de sus disposiciones mediante los cuales se asegure la permanente observancia de su marco normativo, resguardando la coherente organización, usos y aprovechamientos del territorio, la correcta ejecución de los actos de utilización del suelo y de las edificaciones, construcciones e instalaciones, así como también de las actividades en ellas desarrolladas. En otros términos, debe contar con instrumentos suficientes e idóneos para hacer frente a la transgresión de la ordenación urbanística⁶.

La tendencia del propietario es obtener el máximo rendimiento del inmueble⁷, lo cual puede dar lugar a un desarrollo urbanístico desordenado y anárquico

¹ Abreviaturas: Constitución Política de la República (CPR); Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC); Ley N° 19.880 (LBPA); Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC); Instrumentos de Planificación Territorial (IPT); Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (SEREMI MINVU); División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DDU); el Director de Obras (el DOM); la Dirección de Obras (la DOM); Plan Regulador Comunal (PRC); resolución de calificación ambiental favorable (RCA).

² CORDERO (2020) p. 206.

³ GÓMEZ (2022) pp. 159 y ss. Aunque algunos autores criticaron la autonomía de la disciplina haciendo referencia a su paulatino, pero insuficiente desarrollo, en RAJEVIC (2000) p. 530 y RAJEVIC (2010), pp. 63 y ss.

⁴ CORDERO (2021) pp. 34 y ss.

⁵ CORDERO (2020) p. 218.

⁶ PAREJO (2012) p. 13.

⁷ Fenómeno que la doctrina italiana denomina abuso de la edificación, ANGIOLINI Y OTROS (1999) pp. 469 y ss. En nuestro ordenamiento jurídico el tema sobre el abuso del derecho de propiedad ha quedado entregado a la regulación contenida principalmente en el Código Civil –ALDUNATE (2009) p. 340–. Sin embargo ha sido reconocido en materia de derecho urbanístico, véase Contraloría General de la República, 08/01/2016 y 29/08/2016. Con todo, se debe tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de máximo rendimiento del inmueble se puede asimilar al de

(construcciones sin permiso o licencia, loteos irregulares, afectación de áreas bajo protección oficial, etc.)⁸. Así, la regulación urbanística da cuenta de un conflicto o tensión permanente entre los intereses privados (máxima libertad, aprovechamiento y disposición de la propiedad)⁹ y los públicos (que buscan que el ejercicio del derecho de propiedad sea compatible con los intereses generales y, en concreto, acorde con la función social de la propiedad)¹⁰.

Si bien la regulación urbanística y los instrumentos de planificación territorial buscan frenar esta y otras tendencias¹¹, es necesario que la autoridad encargada de velar por la ordenación urbana intervenga oportuna y eficazmente con medios para obligar al cumplimiento de la normativa urbana¹². A este respecto, se debe tener presente que la Constitución permite que mediante una norma de rango legal se puedan establecer las limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad, los cuales derivan de su función social. En concreto, la norma fundamental dispone de un listado taxativo de sus manifestaciones: cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental¹³. De ello, se deriva que el derecho de propiedad como todo derecho fundamental es limitado, por lo que su dueño debe respetar la función social del inmueble y no puede ejercer su derecho de un modo absoluto e ilimitado. El ejercicio del derecho de propiedad no puede ejercerse arbitrariamente, sino que debe ejercerse teniendo presente el bien común y los intereses generales de la socie-

“capacidad máxima de edificación” (artículo 1.1.2. OGUC), de modo que el aprovechamiento de la máxima capacidad de edificación se ajusta a derecho y es la transgresión a dichos límites lo que genera una infracción urbanística.

⁸ Este fenómeno también puede obedecer a la falta o limitada regulación urbana, pero también a la liberalización económica de la actividad de urbanización, véase a VICUÑA (2013) pp. 183 y ss.

⁹ Al respecto, Eduardo Soto Kloss ha sostenido que la construcción de inmuebles o la edificación de obras es un derecho fundamental de las personas, previsto en la Constitución, tanto desde el punto de vista del ejercicio de derecho a desarrollar una actividad económica (art. 19 N° 21) como desde el punto de vista del ejercicio del derecho de propiedad, como de las facultades en que consiste el dominio (art. 19 N° 24) en SOTO KLOSS (1996) pp. 97 y 98.

¹⁰ PAREJO (1978) p. 245 y CORDERO (2008) p. 92. Según lo ha manifestado el Tribunal Constitucional, la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. El dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades que buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad constituyen la función social de la propiedad, Tribunal Constitucional 02/12/1996, c.25; 24/07/2012, c.42; 18/07/2017, c.23; 21/06/2018, c.42.

¹¹ Como la segregación residencial socioeconómica, véase a GIL Y BUCAREY (2021) pp. 107 y ss. Al respecto, se debe tener presente la definición de Planificación Urbana contenida en el inciso primero del artículo 27 LGUC, además de los criterios orientadores para el ejercicio de la potestad planificadora consignados en el artículo 28 decies LGUC.

¹² TESTA (1961) p. 377 y CARCELLER (1982) p. 20.

¹³ Tribunal Constitucional 21/08/2001, c.21; 24/07/2012, c.45; 27/01/2015, c.59 y 27/01/2015, c.59.

dad, en otro términos, existe la necesidad de armonizar los intereses del dueño de la propiedad con las necesidades sociales y su desarrollo sustentable¹⁴.

A lo anterior, cabe agregar que el crecimiento de las ciudades, la falta de suelo urbano, el aumento de la población migrante, entre otros factores, exigen que los mecanismos de protección de la legalidad territorial y urbanística sean suficientes e idóneos para prevenir y resolver los problemas de diversa naturaleza que pueden derivar de aquella realidad (*v.gr.* políticos, sociales, económicos). En efecto, la ocupación y uso del espacio ha planteado uno de los desafíos más complejos que el Estado ha debido enfrentar y que deriva de la función social que le asigna a la propiedad¹⁵. Tal como lo ha señalado la doctrina existe una tensión permanente en la forma como el legislador pretende establecer una regulación y programación para satisfacer estos valores y bienes constitucionales, frente a una realidad que tiende a presentar resistencia producto de factores culturales, sociales y económicos, que llevan a una disociación entre lo previsto por la norma y la realidad social¹⁶.

Conforme a lo anterior, las hipótesis de este trabajo son las siguientes: a) que si bien en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación ordenada y coherente de la denominada “disciplina urbanística” –reglas que buscan prevenir y castigar el incumplimiento de las normas urbanísticas–, se advierte que la LGUC contempla técnicas que tienen por objeto la protección de la legalidad urbanística; b) que el tema de la legalidad urbanística en Chile tiene un amplio alcance, el cual comprende medidas de carácter preventivo (*v.gr.* otorgamiento de permisos, fiscalización de obras y su recepción), medidas de restablecimiento (*v.gr.* paralización de obras o demoliciones) y sanciones (multas) y c) que la mera regulación no es suficiente garantía de cumplimiento, sino que es necesario que dichos instrumentos se encuentren articulados de manera sistémica, clara y coherente, de modo de facilitar su aplicación por parte de la autoridad y así lograr incentivar el respeto de la norma y reprimir de manera efectiva su contravención¹⁷.

Para el desarrollo de este trabajo y la demostración estas hipótesis se analiza el marco normativo general de derecho administrativo aplicable y, en particular, las normas de derecho urbanístico referidas a los mecanismos de protección de la legalidad urbanística. Ello con el objeto de establecer las fuentes formales que constituyen la base de la protección de la legalidad urbanística en Chile, lo cual será complementado con las fuentes dogmáticas existentes y con los pronunciamientos

¹⁴ NOGUERIA (2010) p. 163.

¹⁵ En este sentido, por ejemplo, la planificación urbana es una técnica destinada alcanzar el bien común véase SOTO DELGADO (2015) p. 371 y ss.

¹⁶ CORDERO (2019) p. 92.

¹⁷ Al respecto, la doctrina ha señalado que la legislación urbanística nacional no ha sistematizado los mecanismos de autotutela conforme a una estructura teórica, sino que optado por un criterio operativo conforme al cual ha establecido normas tutelares de la legalidad donde advierte la necesidad de introducirlas, FIGUEROA y FIGUEROA (2016) p. 480.

jurisprudenciales más relevantes sobre la materia. Por último, se recurre al régimen jurídico español como sistema de referencia.

II. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA EN CHILE

1. ASPECTOS GENERALES

A nivel comparado, el tema de los mecanismos de protección de la legalidad urbanística se ha tratado bajo el concepto de “disciplina urbanística”¹⁸, la cual ha sido definida como el conjunto de reglas que se ocupan de prevenir y castigar el incumplimiento de las normas urbanísticas¹⁹. Se trata de una pieza clave de respuesta tanto preventiva como reaccional al fenómeno patológico de la vulneración o conculcación urbanística²⁰, compuesto por un elenco de técnicas de garantía y protección de la ordenación urbanística integrada por mecanismos de prevención, de restablecimiento de legalidad urbanística y sanciones. Estas tienen como objetivo asegurar el cumplimiento de la legislación urbanística, reprimir las conductas que alteren el orden y perpetúan la indisciplina²¹. Este conjunto de mecanismos es de especial relevancia por cuanto contribuye a dotar de efectividad el sistema urbanístico y le brinda legitimidad²².

Este concepto se ha extendido al ámbito no urbanizado bajo el concepto de “disciplina territorial”, comprendiendo también el suelo rural, para hacer frente a las ilegalidades derivadas de la proliferación de edificaciones irregulares en suelo rústico (loteos irregulares), garantizando la sostenibilidad social, ambiental y económica perseguida por los instrumentos de planificación y territorial y normas urbanísticas.

¹⁸ JIMÉNEZ- BLANCO y REBOLLO (2003) pp. 519 y ss.; REBOLLO (2007) pp. 445 y ss.; PAREJO (2012); entre otros.

Es legislador comparado a utilizado la denominación “disciplina” urbanística no obstante la potestad ejercida en la materia no es doméstica o perteneciente al ámbito interno de la administración del Estado (derecho disciplinario de los funcionarios). PAREJO (2018) p. 399.

¹⁹ Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Un ejemplo de esta regulación se aprecia en la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, Título VII sobre “La disciplina territorial y urbanística”.

²⁰ PAREJO (2018) p. 400.

²¹ FERNÁNDEZ (2010) p. 1245. La indisciplina ha sido calificada por la doctrina como una de las grandes lacras del urbanismo, en FERNÁNDEZ (2017) p. 203. En diversos ordenamientos el fenómeno de la indisciplina urbanística se ha convertido en un problema crónico, conforme ha señalado BAÑO LEÓN (2009) p. 429, dando lugar a distintas medidas normativas para erradicarla, inclusive sanciones de carácter penal. Según BLANQUER (2010) p. 43, con todo, se trata de una lucha que trasciende en muchos casos las soluciones que se pueden proporcionar desde la técnica jurídica, de acuerdo con THAYER (2009) p. 251. Si bien el Derecho Urbanístico goza de sistemas de control sofisticados, en la práctica su eficacia es mínima, lo que repercute en la ilegalidad y en la generación de situaciones de corrupción, véase DESDENTADO (2009) pp. 73-123.

²² PAREJO (2006) pp. 3 y ss.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una denominación similar que sea comprensiva del conjunto de mecanismos establecidos para garantizar el cumplimiento de la ordenación urbanística, sin embargo, de la revisión de diversos preceptos de la LGUC es posible afirmar que nuestra normativa sí dispone de mecanismos de protección del "orden jurídico urbanístico"²³, las cuales tiene por objeto hacer frente y, en su caso, corregir, la conculcación de las normas urbanísticas.

La justificación de estos mecanismos reside en la necesidad de garantizar el complejo entramado de instituciones y técnicas que conforman el marco normativo urbanístico, resguardando la correcta utilización del territorio, la observancia de la planificación urbanística y la racionalización del uso y aprovechamiento del suelo. En otros términos, el sistema debe contar con instrumentos adecuados para hacer frente la transgresión de la ordenación territorial y urbanística y así, resguardar bienes jurídicos de suma relevancia y trascendencia para la sociedad²⁴ como la calidad de vida, el medio ambiente, la libertad de ambulatoria o de circulación, el derecho de reunión, la propiedad o la libertad económica.

La relevancia de dichos bienes jurídicos explica la progresiva sensibilización social frente a las transgresiones de la legalidad territorial y urbanística. Lo anterior, especialmente cuando suponen atentados al medio ambiente o se trata de actuaciones excesivas que suponen una sobrecarga a los servicios existentes (sanitarios, eléctricos, transporte, telecomunicaciones, recolección de basura, etc.) y una traslación indebida a la comunidad de las consecuencias negativas derivadas del sobreaprovechamiento urbanístico con lucro no solidario. Esto es, sin equidistribución de beneficios y cargas (procesos de urbanización acelerada o de intensa concentración urbana)²⁵.

La articulación de los mecanismos de protección de la legalidad urbanística es una tarea sumamente intrincada atendida la complejidad técnica del urbanismo, la diversidad de actos con repercusión urbanística, la facilidad de la transgresión y consolidación, la eminente existencia de terceros de buena fe y la trascendencia de los bienes jurídicos tutelados.

En términos generales, la reacción al fenómeno de la vulneración de las normas urbanísticas se articula a través de diversas técnicas: la reintegración del orden transgredido, la sanción de la conducta ilícita y la exigencia de responsabilidad patrimonial o penal.

En nuestro caso, la LGUC reconoce estas técnicas, asignado competencias de tutela del orden jurídico a diversas autoridades administrativas y judiciales, aunque no de modo sistemático y ordenado, sino que de forma dispersa en distintas normas urbanísticas y territoriales.

A continuación, se analizarán los mecanismos de protección de la legalidad urbanística contenidos en la LGUC, en particular aquellos cuyo ejercicio ha que-

²³ OCHOA (2010) p. 174 y ss.

²⁴ Tal como lo ha expuesto a nivel comparado PAREJO (2012) pp. 14 y ss.

²⁵ Fenómeno que también se presenta en otros ordenamientos, *u.gr.* PAREJO (2012) pp. 15 y 16.

dado entregado a las autoridades administrativas, dando cuenta de necesidad de su establecimiento y de sus principales características.

2. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA EN CHILE

2.1. Necesidad de medidas de "orden" o "disciplina" urbanística

Un modelo urbanístico debe contar con instrumentos suficientes e idóneos para hacer frente al incumplimiento de sus disposiciones, lo cual se extiende a todas aquellas medidas que pueden adoptar las autoridades para asegurar el cumplimiento de la legislación y ordenación urbanística: a) la intervención sobre la actividad urbanística de ejecución y edificación; b) la inspección de la ejecución de los actos y usos sujetos a intervención administrativa; c) el restablecimiento de la legalidad urbanística, y d) la sanción de las infracciones urbanísticas.

Además, se debe disponer de procedimientos claros para su ejercicio y establecer las distintas finalidades que cada una de ellas persigue. Mediante este tipo de potestades se busca combatir el fenómeno del incumplimiento de las normas urbanísticas, entregando herramientas que permitan controlar las ilegalidades y evitar los riesgos que dicha contravención pueda generar.

Su fundamento reside en la función pública que cumple el Derecho urbanístico. Los esfuerzos realizados en la configuración de un complejo de normas, instituciones y técnicas puestas al servicio del uso racional del suelo y del aprovechamiento del territorio conforme a una determinada planificación urbanística serían estériles si no estuviera garantizada su observancia con instrumentos suficientes e idóneos para hacer frente a la transgresión de la ordenación urbanística. En otros términos, "[...] el ordenamiento urbanístico impone una obligación general de respeto y observancia que vincula tanto a la administración como a los administrados"²⁶.

Aun cuando no exista una regulación específica, la normativa nacional prevé distintas maneras de abordar el incumplimiento, tanto de los instrumentos de planificación territorial como de los permisos de edificación que son necesarios para la ejecución de las obras, y plantea diversos mecanismos, tanto para la prevención y regularización de las infracciones cometidas como, en su caso, medidas coercitivas y sancionatorias para poner término a los incumplimientos detectados²⁷.

2.2. Características de las medidas de "orden" o "disciplina" urbanística en Chile

Luego de la revisión de las normas que regulan las distintas medidas de orden o disciplina urbanística es posible dar cuenta que presentan las siguientes características:

a) Su dispersión normativa y falta de delimitación de las medidas

Se trata de una regulación asistémica, parcial e inorgánica, lo que dificulta su aplicación práctica. En efecto, la regulación de las medidas no está bajo un título

²⁶ FIGUEROA y FIGUEROA (2016) p. 479.

²⁷ RÍOS (1985) pp. 421 y ss. y OCHOA (2010) p. 179.

específico de la LGUC, sino que se debe construir a partir de la sistematización de diversos preceptos de la ley y de su ordenanza, algunos de los cuales hacen referencia a medidas de carácter preventivo, mientras que otras que procuran el restablecimiento de la legalidad quebrantado y, finalmente, existen aquellas que establecen infracciones y sanciones.

Por su parte, las distintas medidas no se encuentran correctamente delimitadas, imprecisión que comporta un riesgo de confusión del régimen jurídico aplicable, por ejemplo, entre la reintegración del orden alterado y la represión sancionatoria, los cuales se sustentan en principio sustantivos y reglas procedimentales distintos, con las consecuencias negativas que ello comporta²⁸.

b) Pluralidad de órganos competentes

Su ejercicio está radicado en diversos órganos administrativos y judiciales, tales como el Alcalde, Director de Obras, SEREMI MINVU, juez de policía local, sin disponer de reglas específicas de coordinación entre ellos. En este sentido, se advierte que una misma medida puede ser ejercida por dos autoridades distintas.

Así, por ejemplo, la demolición puede ser ordenada por distintas autoridades, aunque conforme a requisitos diversos. Para algunos autores no existen diferencias sustantivas entre las competencias en materia de demolición entregadas a la SEREMI MINVU y al alcalde, por lo que no resulta adecuado otorgar las mismas prerrogativas a autoridades distintas²⁹. Esta dualidad de competencias podría generar problemas de descoordinación afectando el principio de unidad de acción y de buena administración pública³⁰. Por ello, se estima que la potestad sólo debería estar radicada en los alcaldes, atendida su naturaleza ejecutiva y carácter local, sin perjuicio de las denuncias que pudieran efectuar ante el municipio los SEREMI, en cumplimiento de sus funciones de vigilancia y fiscalización³¹.

Por su parte, el sistema de nombramiento de cada autoridad es diverso (*v.gr.* elección popular, concurso, designación, etc.), lo que puede incidir en el ejercicio de sus competencias y en la toma de decisiones.

c) Carácter eminentemente discrecional

Por regla general, las medidas han sido configuradas en términos discrecionales, esto es, han sido establecidas en términos genéricos sin establecer criterios legales que permitan su adecuado y racional ejercicio (oportunidad y extensión de la medida), confiriendo un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad que las impone lo que puede llevar a situaciones de desproporcionalidad, arbitrariedad

²⁸ PAREJO (2018) p. 402.

²⁹ RÍOS (1985) p. 542. Con todo, las facultades de ordenar demolición son más amplias en el caso de alcaldes, de hecho, el artículo 148 LGUC regula cuatro supuestos, mientras que el artículo 157 LGUC, solo contempla dos (contravención a PRC o sin permiso).

³⁰ VALENZUELA (1991-1992) p. 103.

³¹ RÍOS (1985) p. 542.

o desviación de poder³². Así, por ejemplo, la ley no establece los criterios para disponer las medidas (el cuándo); en los casos de suspensión de las obras no indica su duración (extensión de la medida) y en materia de sanciones, la LGUC no entrega criterios legales para la determinación concreta de la multa³³.

Ahora bien, la configuración discrecional para el ejercicio de las medidas de protección de la legalidad urbanística puede ser analizado desde dos perspectivas. Por una parte, entrega un margen de decisión a la autoridad para ponderar y equilibrar los distintos intereses involucrados así como atender a las complejidades derivadas del uso del territorio (*v.gr.* emergencia habitacional, crisis territorial, seguridad jurídica, cambios y ajustes normativos, expectativas legítimas, etc.). Por otro lado, el ejercicio de este poder discrecional no puede ser ilimitado y debe respetar los derechos y garantías de los interesados así como siempre puede ser objeto de revisión judicial.

d) Complejo y atomizado sistema de control

Existe una multiplicidad de mecanismos de control que pueden ser utilizados para impugnar la legalidad de las medidas adoptadas. De ahí que las partes afectadas pueden recurrir: al reclamo de ilegalidad municipal (art. 151 LOCM), a las SEREMI MINVU (arts. 12, 14 y 118 LGUC), a la Contraloría General de la República, a los tribunales ordinarios y especiales (ambientales), entre otros. Esta diversidad de acciones y recursos no se encuentra armonizada, de modo que algunas de ellas se presenten de modo paralelo, lo que puede generar decisiones contradictorias y afectar la seguridad jurídica. Asimismo, la presentaciones de acciones de modo sucesivo puede dilatar excesivamente la dictación y, en su caso, la ejecución de actos administrativos, demorando la obra o proyecto respectivo³⁴.

e) Exigua regulación procedimental

A nivel procedimental, no existe una regulación uniforme de las exigencias formales para la aplicación de las medidas, lo que puede situar al particular interesado en una situación de considerable desmedro de sus derechos y garantías. Lo crítico de este tema radica en el hecho de que se ha estimado que la especialidad del Derecho Urbanístico justifica la exclusión del régimen jurídico administrativo

³² *V.gr.* casos de ejercicio de la potestad de demolición para un fin distinto a la legalidad urbanística como la demolición de casas destinadas a actividades ilícitas.

³³ Lo cual ha sido declarado inaplicable por inconstitucional en algunos fallos (Tribunal Constitucional 16/12/2021; 18/06/2020 y 27/04/2021).

³⁴ La atomización de acciones y recursos se puede apreciar con claridad en proyectos de especial complejidad y/o envergadura, como el caso del Hotel Punta Piqueros, el cual fue objeto de diversas acciones de protección, reclamos de ilegalidad municipal, recursos ante la SEREMI MINVU, acciones ante los tribunales ambientales, ante la justicia ordinario y solicitudes de pronunciamiento ante Contraloría General de la República, Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2022/06/20/911155/otro-capitulo-punta-piqueros.aspx>. Fecha de consulta: 07/08/2023.

general contenido en la Ley N° 19.880 (LBPA), suprimiendo la aplicación de principios y normas sustantivas y procedimentales. Por ejemplo, en casos de traslado de industria molesta, se ha excluido la aplicación de la LBPA y, consecuentemente, la intervención del particular en la etapa administrativa, dada la existencia de mecanismos de impugnación posteriores³⁵, lo cual no solo contraviene los derechos de los interesados a participar en el procedimiento administrativo, sino que la garantía constitucional de un justo y racional procedimiento, el cual debe poder ejercerse, en plenitud en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles³⁶. Por consiguiente, la especialidad del Derecho Urbanístico no excluye la aplicación del régimen administrativo común, en particular cuando se trata de resguardar los derechos y garantías de los sujetos destinatarios de las medidas adoptadas por la autoridad³⁷.

2.3. El régimen de "orden" o "disciplina" urbanística nacional es fragmentario, parcial e insuficiente

De la revisión de la LGUC se advierte que nuestro ordenamiento dispone de un elenco de medidas de protección de la legalidad urbanística. Sin embargo, se caracteriza por su alto nivel de discrecionalidad, carácter fragmentario, parcialidad e insuficiencia. Esto incide en el cumplimiento de las normas urbanísticas, no contribuye a evitar la indisciplina o el abuso en materia de edificación y no cumple con el fin de generar un desincentivo del fenómeno de la construcción ilegal.

La falta de una regulación armónica de los diversos mecanismos de protección preventivos, correctivos y represivos de la legalidad urbanística, dificulta determinar qué medidas específicas la integran; cuáles son sus fines; qué régimen jurídico se les aplica; cuál es la autoridad competente y cuáles son los mecanismos de control que se pueden ejercer a su respecto.

En suma, el establecimiento de mecanismos de protección de la legalidad urbanística no es suficiente garantía de cumplimiento, sino que es necesario que dichos instrumentos se encuentren articulados de manera sistémica, clara y coherente, de modo de facilitar su aplicación por parte de la autoridad y así lograr incentivar el respeto de la norma y reprimir de manera efectiva su contravención.

III. MEDIDAS QUE INTEGRAN EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

En este apartado se analizan las medidas que integran el régimen de protección de la legalidad urbanística en Chile, con el objeto de determinar las distintas categorías que regula nuestro ordenamiento jurídico y su fundamento, destacando

³⁵ Véase Corte Suprema, 06/08/2021.

³⁶ Tribunal Constitucional, 17/06/2003

³⁷ Sobre la relación entre el Derecho Urbanístico y la parte general del Derecho Administrativo, véase a CORDERO (2020) pp. 323 y ss.

su importancia para efectos de asegurar el cumplimiento de las normas urbanísticas. En concreto, se busca precisar si el tratamiento normativo que reciben las aludidas medidas, ello a partir del análisis de su regulación, elementos característicos y límites conceptuales. Se hace presente que este trabajo tiene por objeto delimitar las medidas dando cuenta de sus características y aspectos críticos más relevantes, lo cual constituirá la base para futuras investigaciones.

1. ASPECTOS GENERALES

Diversas son las potestades que se puede establecer para efectos de asegurar el cumplimiento de la legislación y ordenación urbanística. Así, se puede recurrir a la técnica de intervención administrativa sobre la actividad urbanística de edificación y urbanización, a la inspección de la ejecución de actos y actividades sujetos a la intervención administrativa; el restablecimiento legalidad urbanística; la sanción de las infracciones urbanísticas, etc.

El examen se concentrará en las distintas técnicas de protección, excluyendo la intervención administrativa sobre la actividad urbanística de edificación y construcción³⁸. Lo señalado, atendido el limitado estudio que han presentado las medidas de inspección, prevención, restablecimiento de la legalidad y sanción en nuestro ordenamiento jurídico no obstante su significativa importancia práctica.

La exigencia de legalidad en materia urbanística busca establecer si las actuaciones de los particulares están precedidas de una autorización o permiso previo y, en su caso, si su ejecución se ajusta a las reglas allí dispuestas. Además, el cumplimiento a la legalidad urbanística también tiene por objeto procurar el buen orden urbanístico, de ahí que también contemple medidas para evitar los riesgos que puedan afectar a las personas, como sería el caso de una obra ruinoso, de propiedades afectadas por un siniestro o de la actividad de establecimientos industriales, comerciales o de edificios de cualquiera índole que no ofrezcan las debidas garantías de salubridad, higiene o seguridad.

En este contexto, la inspección será fundamental para determinar el cumplimiento de la legalidad, la cual se podrá disponer de oficio o previa denuncia y será practicada por los funcionarios municipales respectivos. La inspección puede concluir que la actividad del particular se ajusta a la legalidad o, en su caso, puede dejar en evidencia la existencia de una ilegalidad (2.1.), en cuyo supuesto, aparecen un conjunto de medidas que la autoridad podrá arbitrar. Esto es, medidas de prevención o de prima ratio (2.2.) o medidas que son consecuencia jurídica de una vulneración de la normativa urbanística que pueden generar dos consecuencias jurídicas de distinta naturaleza y alcance³⁹: el restablecimiento de la legalidad (2.3) o la aplicación de una sanción (2.4).

³⁸ CORDERO (2020), pp. 23 y ss. y FIGUEROA (2022) pp. 291 y ss.

³⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA (2023) p. 456.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS

2.1. *Facultades de inspección*

En términos generales, la fiscalización o inspección es una actividad administrativa material en la que, de manera directa, sin necesidad de procedimiento, la Administración examina o comprueba la conducta realizada por los sujetos particulares con el objeto de verificar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a los que están sometidos⁴⁰. Se caracteriza por su carácter esencialmente desformalizado y por la discrecionalidad de que dispone la Administración para su ejercicio (oportunidad, tipo de medidas, extensión y duración, etc.). Cumple un rol de prevención general y es accesoria o instrumental a la función preventiva o correctiva de incumplimientos. Además, es un mecanismo de levantamiento de información que permite adoptar medidas de naturaleza legislativa, administrativa, políticas, etc.

La potestad de inspección busca garantizar la eficacia de las normas que debe fiscalizar la Administración⁴¹ con un carácter amplio y permanente⁴², de modo que su ejercicio tiene una finalidad estrictamente preventiva-correctiva, orientada a evitar incumplimientos normativos y, en su caso, a disponer de medidas que contribuyan a la corrección de contravenciones.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional “[...] la inspección cumple una función correctiva. Ello es así ya que, en caso de constatarse incumplimientos o indisciplinas normativas, surge la necesidad de corregir, de forma urgente, los riesgos y peligros que dichas situaciones signifiquen para la comunidad. A este respecto, cabe hacer una distinción en torno a la entidad de los daños aparejados a la situación de incumplimiento. Así, en casos menos graves, la autoridad administrativa otorga un plazo al particular para que ajuste su comportamiento y subsane las deficiencias detectadas tras la inspección. Sin embargo, en casos de gravedad, la autoridad debe intervenir de inmediato, corrigiendo de manera rápida y efectiva los daños derivados del incumplimiento. Esto último tiene lugar, típicamente, mediante la imposición de diversas medidas cautelares, tales como la clausura, las prohibiciones temporales de funcionamiento, la prohibición de comercializar ciertos productos, entre otras”⁴³.

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que a partir de la consecución del fin último de todo órgano de la Administración, que es el bien común y el servicio público, surgen las potestades inspectivas o fiscalizadoras para controlar y disciplinar el actuar de los particulares, toda vez que su actividad puede vulnerar las normas y los derechos fundamentales de las personas, por lo que resulta indispensable

⁴⁰ Un análisis detallado sobre la potestad de inspección en LEAL (2014).

⁴¹ Corte Suprema, 28/06/2022.

⁴² Corte Suprema, 23/03/2023.

⁴³ Voto de quienes estuvieron por rechazar el requerimiento: Tribunal Constitucional, 31/07/2014 (a); 31/07/2014 (b)

determinar si respetan el ordenamiento jurídico y, en su caso, corregir el actuar en caso de ser necesario⁴⁴.

Esta potestad no se debe confundir con la potestad sancionatoria que exige un debido proceso⁴⁵ y que, si bien busca la eficacia y eficiencia del sistema, tiene un carácter disuasivo-represivo de las infracciones cometidas por el sujeto regulado⁴⁶.

De este modo, si bien un procedimiento de fiscalización puede dar lugar a uno sancionador, ello no necesariamente⁴⁷ y en todo caso debe configurarse, especialmente si se vulneran las medidas adoptadas en la etapa de fiscalización, tales como aquellas de naturaleza correctiva orientadas a evitar incumplimientos o subsanar contravenciones.

En materia urbanística la inspección es esencial para prevenir la comisión de irregularidades⁴⁸ y asegurar el cumplimiento y efectividad de las normas urbanísticas⁴⁹, por ello, la doctrina señala que es una potestad irrenunciable⁵⁰.

La potestad de inspección debe ser configurada de modo abstracto, para efectos de que sea comprensiva de cualquier acto de transformación o uso del suelo natural o construido y así comprobar su conformidad o no con la planificación urbanística aplicable. Esta potestad demanda un ejercicio activo por parte de los funcionarios responsables, ello conforme al programa y objetivos establecidos.⁵¹

La potestad de inspección urbanística se encuentra regulada en el artículo 142 de la LGUC, el cual establece que corresponderá a la DOM fiscalizar las obras de edificación y de urbanización que se ejecuten dentro de la comuna, como asimismo el destino que se dé a los edificios. Este precepto no indica las medidas concretas que se pueden adoptar en el marco de la inspección, de modo que la autoridad puede imponer las acciones que estime pertinente⁵², en la medida que se sean motivados⁵³ y se ajusten los principios que informan la actividad administrativa, como la razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de arbitrariedad. El inciso 2° del citado precepto establece que los funcionarios municipales tendrán libre acceso a todas las obras de edificación y urbanización que se ejecuten en la comuna, para

⁴⁴ Corte Suprema, 23/03/2023.

⁴⁵ Corte Suprema, 28/06/2022.

⁴⁶ Corte Suprema, 29/03/2022.

⁴⁷ Corte Suprema, 23/03/2023, precisa que las potestades de fiscalización y sanción son diversas, toda vez que las primeras no siempre concluyen en las segundas.

⁴⁸ Permiten a la autoridad "llegar a tiempo" BARCELONA (2009) p. 1192.

⁴⁹ PAREJO (2018) pp. 417 y ss.

⁵⁰ FERNÁNDEZ TORRES (2010) p. 1247.

⁵¹ PAREJO (2018) p. 417.

⁵² Corte Suprema sostuvo que no existe ilegalidad en actuación de la DOM que exige a titular de establecimiento la regularización por modificaciones estructurales de inmueble. Dicho acto es manifestación de facultades de fiscalización, sin que constituya un acto terminal, Corte Suprema, 15/06/2020.

⁵³ Corte Suprema, 22/03/2021 sostuvo que los actos de fiscalización, igual que cualquier acto administrativo, deben ser motivados.

ejercer las inspecciones que sean necesarias⁵⁴, pudiendo requerir, en caso de oposición, el auxilio de la fuerza pública. Concluye su inciso final señalado que después de recepcionadas las obras, las DOM podrán fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre seguridad y conservación de las edificaciones.

Esta disposición se debe complementar con lo dispuesto en los artículos 5.2.1 y 5.2.2 OGUC⁵⁵ y en letras b) y g) del artículo 24 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Estas normas disponen que la unidad encargada de obras municipales es la encargada de fiscalizar las obras en uso, a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas que las rijan y de, en general, aplicar las normas legales sobre construcción y urbanización en la comuna, respectivamente, por lo que si constata el incumplimiento de la normativa pertinente, puede ejercer sus facultades de fiscalización⁵⁶.

De las normas citadas se advierte que el ejercicio de la potestad de inspección tiene por objeto comprobar que los actos de urbanización, construcción y destinación, se ajustan a la legislación urbanística.⁵⁷

Si bien la ley no señala el modo en que se deberán efectuar las inspecciones, de conformidad con lo dispuesto en la LBPA, su ejercicio puede ser de oficio, en el marco de una planificación y programación, o previa denuncia de un particular u otro órgano público.

Por su parte, la LGUC señala que los funcionarios municipales tendrán libre acceso a todas las obras de edificación y urbanización que se ejecuten en la comuna, para ejercer las inspecciones que sean necesarias, para lo cual deberán exhibir un documento oficial que acredite su condición. En el marco de sus funciones los funcionarios tendrán autonomía para requerir y examinar toda clase de documentos vinculados con las obras, comprobar la adecuación de los actos en relación con la legislación urbanística, y obtener la información necesaria para el cumplimiento de su cometido. En dicho contexto, los particulares están obligados a prestarle la colaboración que precisen.

⁵⁴ Se ha cuestionado a constitucionalidad por estimar que vulnera el derecho de propiedad, sin embargo, el TC ha declarado inadmisibile el requerimiento, Tribunal Constitucional, 22/09/2017.

⁵⁵ La División de Desarrollo Urbano en su DDU467 indicó que: "Si bien la ley N° 20.898 no exige la inspección de las obras que se regularizan, la facultad de inspeccionar las edificaciones puede ser ejercida por los DOM en cualquier momento frente a dudas o sospechas de algún tipo de incumplimiento. Lo anterior, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 142° de la LGUC".

⁵⁶ Contraloría General de la República, 18/01/2016; 26/11/2018; 27/09/2019.

⁵⁷ El Tribunal Constitucional ha caracterizado las medidas provisionales señalando que reúnen las características típicas de las medidas cautelares: instrumentalidad, pues buscan la protección provisional de los intereses implicados; temporalidad, pues pueden ser confirmadas, modificadas o levantadas; urgencia, porque buscan asegurar la eficacia de la decisión, y homogeneidad, dada la vinculación entre la medida y la decisión final, razones por las que exigen los requisitos propios de las cautelares: peligro de daño, apariencia de buen derecho y no perjuicio, Tribunal Constitucional 26/11/2014, c.42°. Un análisis sobre este tipo de medidas en LARA y HELFMANN (2010) pp. 57-74.

Al igual como ocurre en otros ámbitos, de la inspección se debe levantar un acta o documento⁵⁸, el cual tiene la naturaleza de documento público y se presume válida. Su valor probatorio sólo se circunscribe a los hechos constatados y no a su calificación jurídica⁵⁹, por lo que los interesados podrán aportar pruebas en defensa de sus derechos e intereses.

La LGUC también permite que entidades que no forman parte de la Administración puedan “inspeccionar”, como los revisores independientes y los cuerpos de bomberos (artículo 142 incisos 3° y 4°), aunque en realidad se encuentran habilitados para informar a la DOM los resultados de su revisión, sin ejercer una potestad pública propiamente tal.

Dentro de las medidas de inspección también se encuentra la recepción de obras, la cual tiene por objeto verificar que las obras se han ejecutado de acuerdo con el permiso aprobado⁶⁰, incluidas sus modificaciones (artículos 144 y 145 LGUC). La recepción tiene un carácter habilitante, por cuanto la obra podrá ser habitada o destinada a su uso solo cuando obtenga la recepción definitiva parcial o total.

Enseguida, aun cuando la LGUC no lo señale expresamente los inspectores podrán adoptar las medidas provisionales que estimen convenientes para el cumplimiento de la legislación urbanística.

En relación con el ejercicio de esta potestad, Contraloría ha señalado que por expreso mandato legal las municipalidades están en la obligación permanente de velar por el cumplimiento de la normativa contenida en la LGUC. La norma no constituye la prestación de un servicio que genere el pago correlativo de un derecho municipal, de acuerdo con lo expresado en el artículo 40 del DL N° 3.063 de 1979, sino que un deber municipal. Por tanto, si un particular formula un reclamo o presentación ante una municipalidad, el cual tiene por finalidad poner en su conocimiento un asunto cuya naturaleza está relacionada con una función que la ley le ha entregado exclusivamente, esta se encuentra compelida a intervenir, enten-

⁵⁸ Si ley otorga la condición de ministros de fe a funcionarios fiscalizadores, cualquiera sea el documento que suscriban, se presumen verdaderos los hechos que ahí consten, sin que sea necesaria la suscripción de una “determinada acta de fiscalización”, Corte Suprema 11/11/2020.

⁵⁹ FERNÁNDEZ TORRES (2010) pp. 1248-1249.

⁶⁰ Mediante dictamen E357182, de 2023, Contraloría señaló que respecto de permisos de edificación vigentes cuyas obras se hayan ejecutado con sujeción estricta a los planos, especificaciones y demás antecedentes aprobados, corresponde a los directores de obras municipales proseguir con el procedimiento destinado a su recepción y revisar el cumplimiento de las normas urbanísticas conforme al permiso otorgado. Este pronunciamiento es relevante por cuanto hace presente que la recepción de obras es una función exclusiva y excluyente del Director de Obras (artículos 24 letra a) de la LOCM y 9° de la LGUC) y su único objeto es verificar que los trabajos de urbanización y de obras se hayan efectuado conforme con el permiso otorgado. De este modo, constituye un acto administrativo de constancia que acredita que la obra ejecutada ha sido construida conforme al permiso otorgado y que, por tanto, se ejecutó conforme con la normativa urbanística, FIGUEROA (2022) p. 379.

diendo que lo hace por la obligación que en tal sentido le impone el ordenamiento jurídico y no por satisfacer, necesariamente, el interés particular del reclamante⁶¹.

2.2. Medidas de prevención

Buscan evitar los riesgos que la actividad urbanística lícita o ilícita puede generar sobre las personas, el patrimonio o el medio ambiente. Dentro de estas medidas es posible encontrar normas en materia de seguridad, conservación y reparación de edificios.

Dado que su objetivo es prevenir situaciones de riesgo, su aplicación es perfectamente compatible con otra medidas, especialmente sancionadoras en caso de que su adopción esté precedida de una actuación ilegal del interesado.

La LGUC contempla diversas medidas con carácter preventivo, las cuales se encuentran agrupadas bajo el párrafo denominado "De la seguridad, conservación y reparación de edificios", las cuales si bien tiene por objeto preservar las edificaciones, de modo indirecto procuran resguardar la seguridad de las personas. Dentro de las medidas que regula la ley se encuentra:

a) Terminación de obras y reparación de edificios (artículo 158 LGUC)

La LGUC confiere dos potestades a la DOM: disponer la terminación de las obras o reparación de edificios.

En el primer supuesto, podrá exigir la terminación de las obras de edificación de un inmueble que hubieren sido paralizadas, en la medida que por su falta de terminación presentaren mal aspecto o implicaren riesgo de daño a terceros. La complejidad que reporta este precepto dice relación, en primer término, con el tiempo de paralización de las obras el cual debe ser como máximo el plazo de caducidad. En cambio, si se trata de obras ilegales, en principio, no se podrá ejercer esta facultad, salvo que medie regularización de las obras. Enseguida, la norma contiene dos conceptos jurídicos indeterminados que será necesario dotar de contenido, para lo cual deberá determinar objetivamente cuando un inmueble presenta mal aspecto o implica un riesgo de daño.

En el segundo supuesto, la DOM podrá exigir fundadamente que sean reparados los edificios que presenten daños que comprometan su estabilidad, o bien que, por su vetustez o mal estado de conservación, hicieren desmerecer el aspecto general de la vía o espacio público que enfrentan, o implicaren riesgo de daño a terceros. La redacción original del precepto solo se refería a los edificios que por su antigüedad y deficiente mantención afectare el mérito o valor del entorno en el cual se emplazan. Posteriormente, con la reforma incorporada por la Ley N° 20.703, la cual tiene por objeto, entre otros, garantizar la calidad de las construcciones, se extendió la obligación de reparar a los edificios que presenten daños de cualquier naturaleza (*v.gr.* terremotos o incendios). En ambos casos, la medida deberá ser fundada y a costa del propietario del inmueble.

⁶¹ Contraloría General de la República, 18/12/2000.

b) Mejoras o reparaciones de establecimientos industriales, comerciales o de edificios (artículo 159 LGUC)

La DOM podrá ordenar a los establecimientos industriales, comerciales o de edificios de cualquiera índole que ofrezcan las debidas garantías de salubridad, higiene o seguridad, para lo cual deberán efectuar las mejoras o reparaciones que determine, de acuerdo con la OGUC o Local. La LGUC no precisa cuáles son las medidas concretas que deberán adoptar, por lo que se estima necesario coordinar su adopción con otros órganos públicos y entidades privadas como la SEREMI de Salud o bomberos, para efectos de emitir una decisión debidamente fundada.

c) Orden de retiro de establecimientos industriales o locales de almacenamiento (artículo 160 LGUC)

Los establecimientos industriales o locales de almacenamiento, expuestos a peligro de explosión o de incendio, y los que produjeran emanaciones dañinas o desagradables, ruidos, trepidaciones u otras molestias al vecindario podrán ser objeto de una orden de retiro del sector en que estuvieren establecidos. La orden será dispuesta por la Municipalidad respectiva, la cual fijará, previo informe de la SEREMI MINVU y de Salud, el plazo dentro del cual deberán hacer efectivo el retiro, el cual no podrá ser inferior a un año, contado desde la fecha de la notificación de la resolución respectiva.

Esta norma forma parte del estatuto jurídico que rige los permisos y autorizaciones que amparan el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica. Esta disposición contiene limitaciones y obligaciones para el propietario de dicho establecimiento industrial o local de almacenamiento, las que consisten en no incurrir en alguna de las hipótesis que facultan a disponer el retiro de la actividad económica que afecta al vecindario.

Según el Tribunal Constitucional, esta norma afecta el estatuto de uso y goce del propietario, pero no se trata de un gravamen creado discrecionalmente por el legislador, sino que es una consecuencia ineludible de las necesidades de los habitantes del vecindario que, conforme con la nueva regulación territorial, pueden residir en la proximidad de la industria mal ubicada, establecimiento industrial o local de almacenamiento que molesta, daña o amenaza la seguridad de su vecindad. Dichos propietarios o vecinos son titulares de derechos protegidos por la Constitución y la ley, y los ejercen de acuerdo con el ordenamiento jurídico, por lo que resulta del todo lógico ofrecer la tutela que en derecho corresponde. Lo anterior se suma a los deberes del Estado que atañen directamente a las condiciones de vida de las personas, en particular, los que provienen del inciso cuarto del artículo 1° y de los números 1° y 8° del artículo 19, sin desmedro de otras garantías que podrían verse también afectadas. Además, señala el Tribunal, el cambio que afecta el estatuto de uso y goce del propietario, en ambas disposiciones, no impide el uso y goce de la propiedad, sino que prohíbe, exclusivamente, ciertas formas de uso y goce que generan externalidades negativas para el vecindario⁶².

⁶² Tribunal Constitucional, 27/01/2015 y 27/01/2015.

Como queda en evidencia, este precepto puede afectar el derecho fundamental de propiedad y a desarrollar actividades económicas cuando el ejercicio de la actividad ponga en riesgo la vida de las personas o la garantía a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Atendido lo anterior, se trata de una medida que debe ser adoptada mediante una resolución fundada y previa tramitación de un procedimiento⁶³ en el cual el reclamante tenga el pleno acceso al expediente y a los antecedentes resoluciones e informes que sirven de base a la decisión⁶⁴, así como tenga la posibilidad de ejercer los derechos previstos en el artículo 17 LBPA. Esta consideración será gravitante para definir el contenido de la decisión, en especial, el plazo para concretar el retiro de la industria o local.

d) Inhabitabilidad parcial o total de edificios (artículo 161 bis LGUC).

Se trata de una función privativa que podrá ser decretada por la municipalidad⁶⁵ respecto de edificios que presenten daños que comprometan su estabilidad, ordenando el desalojo correspondiente⁶⁶.

Antes de disponer su aplicación, la autoridad local deberá contar con el previo informe fundado de la Dirección de Obras⁶⁷.

Se trata de una medida que puede ser complementaria a la reparación del edificio (artículo 158), por cuanto, decretada la inhabitabilidad, la parte declarada inhabitable no podrá ser utilizada hasta contar con la recepción de las obras de reparación por la DOM.

2.3. Medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística

Las medidas de restablecimiento de la legalidad tienen por objeto restaurar el orden jurídico alterado a consecuencia de una conducta ilícita (autotutela ejecutiva)⁶⁸. Buscan eliminar la situación de desequilibrio en la ordenación del territorio provocada por el abuso o exceso edificatorio y restablecer el orden urbanístico vulnerado por la intervención edificatoria *contra legem*⁶⁹.

A diferencia de las sanciones, carecen de una finalidad represiva o reaccional se limitan a recuperar el orden legal infringido, esto es, buscan resguardar el respeto

⁶³ La Corte Suprema 06/08/2021, se sostuvo que el municipio no está obligado a instruir un procedimiento administrativo contradictorio previo para ordenar el traslado de una industria, por cuanto, de acuerdo con la legislación urbanística sólo debe reunir los informes técnicos señalados en el artículo 160.

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 22/11/2013, contra esta decisión se dedujo recurso de casación, el cual fue rechazado por la Corte Suprema 27/04/2015.

⁶⁵ Véase Corte de Apelaciones de Santiago, 14/10/2015.

⁶⁶ Este precepto fue incorporado a la LGUC en 2013 por medio de la Ley N° 20.703.

⁶⁷ Corte Suprema, 04/04/2017.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO (1981) p .791.

⁶⁹ TUMMINELLI (2023) p. 570.

de la legalidad a través de la restauración del estado anómalo o situación irregular generada por la contravención al ordenamiento jurídico⁷⁰.

Estas medidas pueden ser dispuestas con carácter principal o de manera adicional o accesoria a un procedimiento sancionador y podrán concretarse a través de dos vías: a) mediante la legalización del correspondiente acto o uso o, b) a través de la reposición o restitución de la realidad alterada a su estado originario⁷¹. Con todo, pueden existir situaciones en las cuales el restablecimiento presente dificultades para la completa reposición del orden quebrantado, como en el caso de las demoliciones.

Su objetivo es evitar que el riesgo que se ha generado se concrete, que se siga produciendo la lesión al interés general o que el perjuicio se mantenga de manera indefinida⁷². En este sentido, la doctrina ha señalado que “[...] se busca suprimir la situación de hecho que se ha creado, evitando la consolidación del efecto antijurídico, siendo la única finalidad del acto restablecer lo que nunca debió ser alterado. De ahí que en estos supuestos el dolo, la culpa, la inimputabilidad del sujeto o la existencia de un procedimiento administrativo previo (con todas sus etapas y garantías) no son plenamente exigibles, como ocurre tratándose de sanciones, atendido los intereses generales cuya afectación se encuentra comprometida”⁷³.

Distintos son los supuestos que pueden dar lugar a una medida de restablecimiento de la legalidad: actuaciones sin permiso habilitante preceptivo –compatibles o no con el instrumento de planificación vigente–, actuaciones con permiso ilegal, actuaciones con permiso legal, pero ejercidas al margen de lo autorizado, edificación en bienes nacionales de uso público, obras en áreas ambientalmente protegidas o en zonas de riesgo, entre otros.

La legislación urbanística contempla diversas medidas cuya finalidad es restablecer la legalidad vulnerada, *v.gr.* desalojos (artículo 124 LGUC); inhabilitación (artículo 145 LGUC); la paralización de obras (artículos 146 y ss. LGUC y 5.1.21 OGUC) o la demolición (artículos 148 y ss. LGUC).

Ahora bien, a pesar de su importancia, no existe un mayor análisis dogmático sobre las medidas de restablecimiento de la legalidad⁷⁴, las que, por lo demás, presentan diversas problemáticas en su aplicación, entre las cuales se pueden mencionar las siguientes:

⁷⁰ Véase SANTAMARÍA (2016) Tomo II pp. 432-433; CORDERO (2014) p. 34; GÓMEZ (2021) p. 139.

⁷¹ BERMÚDEZ (2012) pp. 153-194 y FERNÁNDEZ GARCÍA (2023) pp. 462 y ss.

⁷² CANO (2018) p. 27.

⁷³ GÓMEZ (2021) pp. 139-140.

⁷⁴ ÁLVAREZ (1998); VALENZUELA (1991-1992); SOTO KLOSS (1996); OCHOA (2010) y CORDERO (2020).

En primer término, se las considera sanciones⁷⁵, lo que genera un problema respecto de los principios y garantías aplicables⁷⁶. Lo anterior, debido a que, si se trata de sanciones, el régimen jurídico es más estricto⁷⁷.

Al efecto, cabe consignar que la finalidad que persiguen las sanciones y las medidas de restablecimiento es diversa: en el primer caso la finalidad es esencialmente punitiva o de castigo, mientras que las segundas carecen de dicha finalidad. Por ello, la adopción de una medida de restablecimiento y la imposición de una sanción no afecta el principio *non bis in idem*. Lo mencionado no excluye la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual deberá ser analizado de manera independiente respecto de cada medida, precisando su razonabilidad. Para ello, se debe tener presente que este principio no es exclusivo del ámbito administrativo sancionador, sino que es un principio común aplicable al ejercicio de toda potestad pública.

Asimismo, dado que no constituyen sanciones, es admisible que se pueda perseguir la responsabilidad del actual propietario del inmueble por incumplimientos cometidos por el anterior dueño, dado que la aplicación de estas medidas no debe observar el principio de responsabilidad personal. Se estima que se trata de actos que recaen sobre un bien de lo cual se deriva que su cumplimiento se extiende al actual dueño de la propiedad como a las terceras personas adquirentes de los inmuebles objeto de tales medidas. Se trataría de una subrogación en las responsabilidades contraídas por la persona causante de la ilegalidad urbanística.

Enseguida, respecto de las garantías procedimentales cabe manifestar que aun cuando no se trate de sanciones, su aplicación debe observar algunas garantías pro-

⁷⁵ Si bien hay autores que hacen la distinción, tales como FIGUEROA Y FIGUEROA (2016) p. 480. Otros en tanto sostienen que se trataría de sanciones, véase FERNÁNDEZ Y HOLMES (2008) p. 253. Además, señalan que las facultades de demolición forman parte del poder coercitivo del Estado por lo que debe cumplirse estrictamente con un debido proceso, de acuerdo con FERNÁNDEZ Y HOLMES (2012), p. 266, sin embargo, la exigencia de un debido proceso deriva de las normas generales aplicables al ejercicio de la actividad administrativa, especialmente cuando se trata de actos de carácter desfavorable.

⁷⁶ Así, por ejemplo, Corte Suprema 13/09/2011, se señala que la inhabilitación de una obra sería una sanción, sin embargo, se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad cuyo objeto es impedir que la obra respectiva sea habitada, atendida la falta de certeza acerca de su correcta ejecución y buen estado estructural. En otro fallo, la misma Corte Suprema señaló, respecto de un decreto que dispone la demolición de obras realizadas sin permiso de edificación, que no es posible aplicar el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador pues el decreto de demolición no se relaciona con una eventual sanción al administrado, sino que con el ejercicio de una prerrogativa pública vinculada con la necesidad de velar porque las construcciones sean realizadas respetando la normativa urbanística, esto es, por la seguridad de las personas, materia de orden público, en Corte Suprema 03/01/2019.

⁷⁷ Santamaría Pastor señala que la delimitación del concepto de sanción no es solo teórica por cuanto el establecimiento como la imposición de una sanción exigen el cumplimiento de requisitos de fondo y procedimentales más rigurosos que la adopción de cualquier otra medida desfavorable no sancionadora, en SANTAMARÍA PASTOR (2016) p. 433.

cedimentales, como la audiencia o traslado al interesado y la posibilidad de presentar pruebas o efectuar alegaciones.

En segundo término, se encuentra la intercambiabilidad de conceptos, esto es, la finalidad de la medida depende del supuesto fáctico que la motive. La normativa utiliza un mismo término con fines distintos. Así, la demolición constituye un permiso que debe solicitar el particular interesado para derribar edificios u obras de urbanización –demolición voluntaria– (artículo 116 LGUC) y, al mismo tiempo, una medida de restablecimiento (demolición involuntaria, artículos 148 y ss. LGUC). Al igual que en el supuesto anterior, conocer el fin de la medida no solo determina el procedimiento aplicable, sino también las garantías que se deben observar.

En tercer lugar, la falta de sistematización ha llevado a la autoridad a aplicar medidas de restablecimiento que no se ajustan al supuesto de hecho contenido en la norma. Por ejemplo, existen casos en los cuales se aplica la medida de inhabilitación, en circunstancias que procedía demolición de las construcciones provisionales allí señaladas⁷⁸.

En cuarto lugar, en algunos casos se ha estimado que la regulación urbanística en cuanto ley especial excluye la aplicación de las normas que integran el régimen administrativo común, como serían la Ley N° 18.575 o la Ley N° 19.880. Así, en la sentencia Rol N° 7.365-2018, la Corte Suprema señaló que para la dictación del decreto que dispone la orden de demolición de construcciones, la LGUC no exige ni contempla un trámite en cuya virtud el particular haya de ser oído con anterioridad. Esto, sin perjuicio de la posibilidad de que el propietario pida reposición de lo decidido después de acordada la demolición, oportunidad en que se le otorga el derecho a pedir que el DOM efectúe una nueva revisión de la obra.

Sin embargo, en otros fallos, se reconoce que no obstante su especialidad, el derecho urbanístico se somete a la regulación administrativa general. Así, en la sentencia Rol N° 27587-2020, el máximo tribunal indicó que la clausura dispuesta por el municipio era arbitraria por infracción al principio de coordinación, cuando estaba en su conocimiento las gestiones realizadas por el interesado ante otra autoridad para cumplir los requerimientos de la DOM. Asimismo, se ha considerado ilegal la clausura de una actividad por no contar con patente municipal si el afectado fue citado a la DOM y de manera previa a su comparecencia se dispuso la clausura. En dicho caso se afecta el debido proceso administrativo al impedir la audiencia previa, de acuerdo con la sentencia Rol N° 58.091-2021 de la Corte Suprema.

En quinto lugar, se advierte que el ejercicio de las medidas ha sido entregado a la competencia de distintas autoridades. Por ejemplo, el DOM tiene competencias en materia de inspecciones y paralización, en tanto, el alcalde puede ordenar la demoliciones⁷⁹. Sin embargo, lo problemático de esta distribución de competencia radica en que medidas análogas pueden ser adoptadas por autoridades distintas, sin proporcionar reglas claras que permitan determinar la competencia concreta

⁷⁸ Corte Suprema, 13/09/2011.

⁷⁹ SOTO KLOSS (1996) p. 104.

de una y otra para su aplicación⁸⁰. Así, la paralización de obras podrá ser ordenada tanto por el DOM (artículo 148 LGUC y 5.1.21 OGUC) como por la SEREMI MINVU (artículo 157 LGUC) y la demolición la puede disponer tanto el alcalde (artículo 148 LGUC), como por la SEREMI MINVU (artículo 157 LGUC)⁸¹. En particular, este tema presenta diversas problemáticas. En primer término, produce dualidad de competencias lo que es contrario a una buena técnica legal⁸². En la práctica se puede generar la adopción de medidas en paralelo e incluso contradictorias, afectando los principios de unidad de la acción, economía procedimental, coordinación, entre otros y, además, puede conllevar la vulneración de los derechos del particular interesado con la adopción desproporcionada de medidas.

En sexto lugar, en cuanto a la adopción efectiva de las medidas, por ejemplo, tratándose de la demolición, se advierte una resistencia de los alcaldes a aplicarla debido a las consecuencias que pueda generar desde una perspectiva política. A ello se debe agregar que la autoridad local no puede requerir el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de las medidas dictadas al amparo del artículo 148 LGUC, traducándose, en la práctica, en meras declaraciones administrativas⁸³. En tanto, la potestad que sobre la materia tienen los SEREMI MINVU se ha visto mermada por la forma en que se ha regulado la ejecución de la demolición, la cual se debe realizar con cargo a su presupuesto (artículo 157 inciso final LGUC)⁸⁴. Ambas situaciones han generado que, en la práctica, la institución de la demolición sea limitada y excepcional.

En definitiva, si bien nuestra legislación urbanística contempla diversas medidas de restablecimiento de la legalidad, su regulación es dispersa y carente de sistematicidad plantea diversas problemáticas las cuales no contribuyen al cumplimiento urbanístico⁸⁵. Así cabe determinar: si las medidas de restablecimiento sufren algún matiz si el particular es titular de un permiso (existencia de un título habilitante) o

⁸⁰ Se ha discutido si la SEREMI MINVU tiene facultades para ordenar a la municipalidad a demolición de una obra. Al respecto Contraloría ha señalado que esa secretaría solo puede ordenar, por sí misma la aludida demolición, en las situaciones previstas en el artículo 157 LGUC, previo informe del director de obras municipales (Contraloría General de la República, 07/01/1998).

⁸¹ SOTO KLOSS (1996) p. 104.

⁸² FIGUEROA y FIGUEROA (2016) p. 483.

⁸³ Contraloría General de la República, 20/02/2001. Con todo, se puede requerir judicialmente su cumplimiento.

⁸⁴ En Contraloría General de la República, 30/06/1999, se indica que el artículo 157 LGUC no obliga, sino que faculta al SEREMI MINVU, para ordenar la demolición de una construcción, de modo que las medidas adoptadas por dicha autoridad deben ajustarse a ella, esto es, ser tomada por ella y concretarla con cargo a los recursos de la misma SEREMI.

⁸⁵ A nivel comparado, la técnica jurídica que regula las medidas de restablecimiento de la legalidad y sanciones es determinante para efectos de establecer si se trata o no de un modelo de disciplina urbanística "defectuoso". Esto quiere decir que la regulación de las medidas permitirá dar cuenta si el régimen de disciplina urbanística es satisfactorio o no y logra garantizar el orden jurídico-urbanístico.

si aquel es declarado ilegal posteriormente; cuál sería el procedimiento⁸⁶ y el plazo para adoptarlas; cómo se articulan con las órdenes de regularización o de adecuación a la ordenación urbanística⁸⁷; cuál es el rol de los interesados denunciantes⁸⁸; cuál es el nivel de discrecionalidad que existe para su adopción⁸⁹; y si cabe un orden de prelación en la aplicación de medidas, por ejemplo, conforme a su intensidad (priorizar la suspensión y la regularización antes que la demolición).

2.4. Régimen sancionador urbanístico

Las sanciones constituyen una pieza fundamental de reacción frente a las transgresiones a las normas jurídico-administrativas, siendo un mecanismo necesario para el cumplimiento de las políticas públicas del sector regulado de que se trate⁹⁰.

En nuestro ordenamiento jurídico el régimen sancionador se caracteriza por su carácter fragmentario atendido la existencia de una multiplicidad de sectores de referencia⁹¹, lo cual no solo ha conllevado la aplicación de normas especiales a cada sector (*v.gr.* sanitario, educación, entre otros), sino que también ha contribuido a

⁸⁶ Contraloría ha sostenido que los órganos de la Administración tienen la facultad de revocar los actos administrativos que hubieren dictado, por tanto, puede una municipalidad revocar una demolición pendiente de ejecución, mediante otorgamiento de permiso de edificación al propietario de la propiedad a fin de que realice obras ya iniciadas, Contraloría General de la República, 06/10/2008.

⁸⁷ Por ejemplo, la SEREMI MINVU ha sostenido que “El artículo 157 de la LGUC contempla una medida de última ratio, la que debe ser ejercida de manera racional y proporcional, y solo en el caso que una determinada edificación no pueda ser regularizada, cuestión que no ocurre en la especie. Ergo, si la Administración puede optar entre distintas alternativas para solucionar un problema, debe elegir siempre aquella que mire el interés general y que cause el menor daño posible”, en Ordinario N° 1062, de 2021, de la SEREMI MINVU de Valparaíso, mediante el cual resolvió negar la solicitud de demolición presentada contra el Proyecto Hotel Punta Piqueros. En concreto, se estima que la regularización es crucial en un sistema de restablecimiento de la legalidad. Así, por ejemplo, el artículo 133 LGUC permite la regularización de las obras cobrando un recargo del 50% del derecho municipal respectivo, sin embargo, esto sólo puede tener lugar respecto de construcciones que se han practicado conforme con el plan regulador, pero no resuelve el problema respecto de las obras que no se ajustan al plan, las cuales, eventualmente también podrían regularizarse.

⁸⁸ GÓMEZ (2020) pp. 849 y ss.

⁸⁹ Al respecto, Contraloría, refiriéndose a la potestad de demolición regulada en el artículo 157 de la LGUC sostuvo que el término “podrá” utilizado en dicho precepto, “significa que la entidad posee un margen de discrecionalidad para disponer la demolición, o sea, que libre y prudencialmente deberá resolver la materia”, en Contraloría General de la República, 30/06/1999. En este mismo sentido, véase Corte de Apelaciones de Valparaíso, 02/11/2021 (esta sentencia fue dejada sin efecto posteriormente, aunque no se discutió el carácter discrecional de la potestad, véase Corte Suprema, 30/05/2022).

⁹⁰ Para la doctrina “[la]s sanciones en materia de disciplina urbanística deben ser enfocadas en el futuro, si se pretende que esas sanciones tengan eficacia, y realmente puedan ser un instrumento de control del urbanismo en la acción de la Administración, desde la perspectiva de una amplia participación del ciudadano en la Ordenación del territorio y urbanística”, en GARCÍA y BLASCO (2009) p. 292.

⁹¹ CORDERO VEGA (2020) pp. 240 y ss.

la atomización de las autoridades competentes para sancionar, asignado la potestad punitiva tanto a la Administración, judicatura ordinaria⁹², especial⁹³ o de policía local⁹⁴. Esta última autoridad es la encargada de conocer y sancionar las infracciones al régimen jurídico urbanístico.

Si bien en un primer momento se cuestionó la constitucionalidad de las sanciones impuestas al margen del sistema judicial ordinario⁹⁵, hoy en día el tema central se encuentra radicado en la racionalización de las medidas sancionadoras, en especial, en la observancia de una serie de garantías sustantivas y procedimentales. En este sentido, en el último tiempo el legislador ha establecido sistemas sancionadores bastante coherentes con dicha noción, a través de un equilibrio entre el interés general que busca regular la autoridad administrativa y los derechos del sujeto infractor (*v. gr.* mercado financiero, medio ambiente, aguas, etc.).⁹⁶

Sin embargo, existen sistemas que han quedado rezagados, como ocurre con el urbanístico. En efecto, se trata de un régimen que no ha sido mayormente desarrollado a nivel normativo y respecto del cual, además, se advierte un cierto abandono en su análisis dogmático no obstante su relevancia pragmática.

En términos generales, el conocimiento de las infracciones y la aplicación de las sanciones respectivas ha quedado entregada al juez de policía local, lo que nos plantea la discusión sobre la naturaleza jurídica de su régimen sancionador y de los principios y garantías aplicables a su ejercicio.

En opinión de la doctrina, se trata de un "régimen contravencional"⁹⁷, en el cual por excepción los jueces de policía local conservan competencia para conocer de algunas infracciones de preceptos legales o incluso de jerarquía infralegal, asimilados a las faltas penales, como ocurre con las infracciones a la LGUC⁹⁸.

Ahora bien, esto no excluye la aplicación de los derechos y garantías que la carta fundamental ha establecido para el ejercicio del *ius puniendi estatal*⁹⁹, de modo

⁹² *V.gr.* materias de consumidor y ciertas infracciones en materia de aguas.

⁹³ *V.gr.* Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los juzgados de letras del trabajo.

⁹⁴ *V.gr.* bosques, tránsito, urbanismo

⁹⁵ SOTO (1979/1980) pp. 95-103; SOTO (2005a) pp. 97-117; SOTO (2005b) pp. 29-49; SOTO (2009) pp. 403-419; SOTO (2014) pp. 39-52 y ARÓSTICA (1987) p. 74.

⁹⁶ En este sentido, la doctrina sostiene que la sanción puede responder a fines diversos, uno de los cuales sería garantizar el cumplimiento normativo, al efecto véase a GUILOFF y SOTO (2015), pp. 101-124; SOTO DELGADO (2016) pp. 189-226.

⁹⁷ El régimen contravencional sería una manifestación del *ius puniendi* del Estado que se caracteriza porque tribunales no penales, en ejercicio de la jurisdicción, imponen una sanción (en sentido amplio). Se trataría de un tercer *genus*, en ROMÁN (2020) p. 165.

⁹⁸ Tribunal Constitucional, 07/09/2015.

⁹⁹ Tribunal Constitucional, 07/09/2015. En el considerando N° 13 se indica que los órganos del Estado dotados de *ius puniendi* en nuestro ordenamiento jurídico administrativo en el ámbito de la regulación económica, deben sujetarse ciertos límites impuestos objetivamente por el legislador para efectos de la ponderación de la sanción so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de la delimitación de la potestad sancionadora.

que el juez de policía local debe respetar los principios sustantivos y procedimentales que tradicionalmente se han reconocido en su ejercicio, como la legalidad, proporcionalidad, responsabilidad personal, así como también las garantías derivadas del derecho a un justo y racional proceso.

El régimen sancionador se encuentra contenido en el artículo 20 LGUC, precepto que establece que toda infracción a las disposiciones de dicha ley, a su ordenanza general y los instrumentos de planificación territorial que se apliquen en las respectivas comunas, será sancionada con multa, a beneficio municipal. De este modo, la infracción urbanística se puede configurar si existe un permiso como por el hecho de actuar sin él.

Esta disposición se debe complementar con el artículo 1.3.2. de la OGUC, el cual establece un listado no taxativo de infracciones a las normas contenidas en dicha ordenanza. En cuanto a su monto, la ley dispuso diversas fórmulas de cálculo: a) multa no inferior a un 0,5% ni superior al 20% del presupuesto de la obra, a que se refiere el artículo 126 de la LGUC; b) en caso de no existir presupuesto, el juez podrá: i) disponer la tasación de la obra por parte de un perito, o ii) aplicar una multa que no será inferior a una ni superior a cien unidades tributarias mensuales (100 UTM).

La aplicación de sanciones es “sin perjuicio de la paralización o demolición de todo o parte de la obra”¹⁰⁰, según procediere, salvo que el hecho sea constitutivo de delito o tenga una sanción especial determinada en la LGUC o en otra. La ley ha entregado al juez de policía local la competencia sancionadora, no obstante, la municipalidad que corresponda, la SEREMI MINVU respectiva o cualquier persona podrán “denunciar” ante dicho tribunal, el incumplimiento de las normas urbanísticas. La denuncia deberá ser “fundada y acompañarse de los medios probatorios de que se disponga”. Finalmente, la ley establece que las acciones relativas a las infracciones urbanísticas prescribirán al momento de la recepción de la obra por parte de la Dirección de Obras Municipales.

Tal como se ha indicado, el análisis dogmático del régimen sancionador urbanístico ha sido bastante limitado¹⁰¹, no obstante su importancia como norma de cierre o clausura en materia de resguardo de la legalidad urbanística.

Uno de los primeros aspectos a destacar es que la norma omite una clasificación de las infracciones y sanciones de acuerdo con su gravedad.

Respecto de las infracciones, si bien se establecen algunos tipos básicos y una categoría genérica, se trata de contravenciones puramente formales¹⁰² que carecen de sustantividad vinculada al daño, lesión o riesgo que provocan al bien jurídico protegido y cuyo único marco de referencia consiste en el respeto a la legalidad

¹⁰⁰ En este sentido los procedimientos sancionadores y de restablecimiento de la legalidad urbanística se encuentran estrechamente relacionados, MONTAÑESES (2023) p. 495.

¹⁰¹ OCHOA (2010) pp. 189 y ss.; FERNÁNDEZ y HOLMES (2012) pp. 303 y ss. y CORDERO (2020) pp. 229 y ss.

¹⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO (1981) p. 867.

urbanística en general. Los preceptos no desarrollan ninguna clasificación de las contravenciones punibles, sino que las sitúan a todas en un mismo plano, lo cual repercute en la determinación legal de la sanción. No se establecen diferencias entre las transgresiones a la ley, reglamentos, la ordenanza o a los instrumentos de planificación territorial, ni tampoco discrimina entre categorías de infracciones (*v.gr.* gravísimas, graves y leves), pues es evidente que no todas las contravenciones tienen la misma gravedad¹⁰³.

En cuanto a las sanciones, se ha planteado la discusión sobre la proporcionalidad de las multas establecida en el artículo 20 LGUC. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha transitado desde el rechazo de los requerimientos hasta sostener la inaplicabilidad de una parte de la norma. En relación con este último criterio, ha señalado que ante una pluralidad indefinida de infracciones, la ley le asigna una penalidad abierta e indeterminada, sin criterios que permitan juzgar situaciones diferentes. Es el caso en que se cometen infracciones que no han ocasionado daño alguno, ni siquiera riesgos para la población, o en que el infractor no ha reportado beneficio ninguno con su perpetración. Además, la inexistencia de factores o variables que permitan calibrar la sanción aplicable a un caso singular, más allá del presupuesto de la obra, no se corresponde con la complejidad y especialidad de las diversas reglas que colman la normativa urbanística, lo que arriesga punir merced a la percepción subjetiva o vislumbre de cada juez en particular (la aplicación de la sanción queda entregada a la discreción de un tribunal unipersonal).

Para el Tribunal, la norma envuelve *per se* arbitrariedad toda vez que no señala las razones objetivas en virtud de las cuales se puede imponer una multa. A través de este criterio el Tribunal Constitucional ha sostenido que el referido artículo 20 no evidencia criterios objetivos, reproducibles y verificables que permitan determinar la sanción concreta a imponer, lo que configura un margen legal excesivamente amplio o laxo entre la sanción mínima y la máxima aplicable, raya o no en la indeterminación de la sanción penal¹⁰⁴.

Con todo, el artículo 20 proporciona algunos criterios –como el beneficio económico y la capacidad económica del infractor– para determinar la sanción, los cuales podrían complementarse con los criterios dispuestos en Ley N° 18.287, que establece procedimiento ante los juzgados de policía local (por ejemplo los establecidos en los artículos 14 y 19) o en otros preceptos legales (*v.gr.* número de personas afectadas, peligro o daño ocasionado, colaboración, conducta anterior, intencionalidad, etc.), lo cual se estima sería perfectamente admisible¹⁰⁵.

Lo anterior adquiere relevancia, especialmente si se considera que el marco normativo que subsiste a estas declaraciones de inaplicabilidad no logra cumplir con la finalidad disuasiva que persiguen las sanciones urbanísticas. Ello debido a

¹⁰³ Criterio contenido en Tribunal Constitucional, 07/09/2015.

¹⁰⁴ Se trata de un criterio que fue asentado en Tribunal Constitucional, 07/09/2015, reiterado en Tribunal Constitucional, 18/06/2020; 27/04/2021; 16/12/2021.

¹⁰⁵ GÓMEZ (2020), p. 200.

que deja subsistente un debilitado régimen sancionador urbanístico, lo cual contribuye a incrementar el incumplimiento normativo. En cierta medida, esta consecuencia ha dado lugar a que el Tribunal retome la doctrina original sobre este precepto, rechazando las acciones de inaplicabilidad que se han deducido¹⁰⁶.

Otro aspecto de interés está vinculado con la regla de prescripción que establece el artículo 20 LGUC. En su versión original, la norma no hacía referencia a ningún plazo de prescripción, luego, se señaló que las acciones relativas a las infracciones urbanísticas prescribirían en el término de dos años contado desde la recepción de la obra. Por su parte, la redacción actual, incorporada a través de la Ley N° 20.016 de 2005, establece que las aludidas acciones prescribirán al momento de la recepción de la obra por parte de la Dirección de Obras Municipales. Esta disposición se fundamenta en el hecho de que la recepción final de una obra exige la regularización de todas las infracciones que puedan existir a ese momento¹⁰⁷. Se trata de una norma que deja en permanente estado infraccional al particular (hasta la recepción de la obra)¹⁰⁸. Sin embargo, no resuelve diversos aspectos vinculados con la prescripción como su interrupción o suspensión. Además, no señala cuál será el plazo de prescripción de las sanciones urbanísticas.

Enseguida, cabe destacar que no hay claridad en cuanto a la forma en que se relacionan las sanciones urbanísticas con las medidas de restablecimiento de la legalidad, si es posible adoptar medidas de tolerancia constructiva¹⁰⁹ o respecto de cómo se ejecutan las multas impuestas.

A nivel procedimental, existe la necesidad de precisar las particularidades del contencioso contravencional, en el que, por lo general, las partes son la municipalidad y el administrado-infractor; conociendo de este proceso, el juez de policía local respectivo¹¹⁰. Además, existe cierta inquietud en torno a si las normas de la Ley N° 18.287, que establece el procedimiento ante el juzgado de policía local, se ajustan al estándar exigido en el artículo 19 N° 3° de la Constitución para el conocimiento de las infracciones y aplicación de sanciones urbanísticas.

¹⁰⁶ Entre otros, véase las sentencias del Tribunal Constitucional, 11/07/2017; 11/07/2017; 12/12/2017; 27/03/2019; 16/08/2022; 13/09/2022; 20/12/2022; 20/12/2022; 15/03/2023, en que fueron rechazadas las impugnaciones constitucionales.

¹⁰⁷ El DOM antes de otorgar la recepción definitiva de una obra, deberá verificar que ella ha sido realizada ajustándose al correspondiente permiso, otorgada por él mismo. FERNÁNDEZ (2010) p. 5.

¹⁰⁸ En la Corte Suprema, 13/10/2015, se discutió cuál era el plazo de prescripción aplicable: el previsto en el artículo 54 inciso 3° de la Ley N° 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local (cuyo texto refundido se encuentra contenido en el Decreto Supremo N° 307, de 1978 del Ministerio de Justicia) o en el artículo 20 LGUC. Al efecto, se sostuvo que de acuerdo con el principio de la especialidad, la norma aplicable en la especie es la que se encuentra contenida en el artículo 20 LGUC, en virtud de la cual las acciones que emanan de las infracciones a dicha ley, a su ordenanza general y a los instrumentos de planificación territorial, prescriben al momento de la recepción de la obra por parte de la DOM.

¹⁰⁹ MASSIMO (2021) pp. 209 y ss.

¹¹⁰ VALENZUELA (1991-1992) pp. 98 y ss. y FERNÁNDEZ y HOLMES (2012) pp. 303-304.

En definitiva, si bien existe un régimen sancionador urbanístico, subsisten varias interrogantes que resolver. En concreto, lo que dice relación con el marco normativo de garantías sustantivas y procedimentales aplicable.

IV. CONCLUSIONES

Si bien nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una regulación sistemática y ordenada en materia de mecanismos de protección de la legalidad urbanística, es posible efectuar su construcción dogmática a partir de una revisión de las diversas medidas de "orden" o "disciplina" urbana que tienen por objetivo asegurar el cumplimiento de la legislación urbanística y territorial, las cuales se encuentran fundamentalmente reguladas de modo disperso en la legislación urbanística.

Al efecto, de la revisión del marco normativo vigente se ha podido constatar que la regulación urbanística contiene fundamentos teóricos que permiten sustentar la existencia de un régimen de protección de la legalidad urbanística en nuestro ordenamiento jurídico, el cual está conformado por diversas medidas de prevención (*v.gr.* otorgamiento de permisos, fiscalización de obras y su recepción), restablecimiento de la legalidad (*v.gr.* paralización de obras o demoliciones) y de sanción (multas).

El aludido régimen de protección de la legalidad urbanística se caracteriza por su alto nivel de discrecionalidad, carácter fragmentario, parcialidad e insuficiencia, lo que incide en el cumplimiento de las normas urbanísticas, no contribuye a evitar la indisciplina o el abuso en materia de edificación y no cumple con el fin de generar un desincentivo del fenómeno de la construcción ilegal. En otros términos, la mera regulación legislativa no es suficiente garantía de cumplimiento, sino que es necesario que dichos instrumentos se encuentren articulados de manera sistémica, clara y coherente, de modo de facilitar su aplicación por parte de la autoridad y así lograr incentivar el respeto de la norma y reprimir de manera efectiva su contravención.

Además, nuestra regulación presenta serios problemas de aplicación práctica derivados de la falta de claridad en torno a la naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable, produciéndose una confusión entre las diversas medidas de prevención, restablecimiento de legalidad y las sancionatorias. Además, se evidencia una precaria regulación procedimental para su adopción, lo cual podría generar una afectación de los derechos de los sujetos afectados, especialmente al derecho a intervenir en el procedimiento, presentar pruebas y formular las alegaciones que estimen pertinentes.

Junto con ello, esta regulación asistémica ha contribuido a aumentar el nivel de conflictividad.

En definitiva, es necesario avanzar en una revisión y fortalecimiento de los mecanismos de protección de la legalidad urbanística existentes en nuestro ordenamiento jurídico, ello con el objeto de contar con medidas suficientes e idóneas para hacer frente a los perniciosos efectos del incumplimiento urbanístico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ, Raúl (1988): “La disciplina urbanística. Su entidad ante el Derecho”, *Revista de Ciencias Sociales Derecho y Sociedad*, N° 2.
- ARÓSTICA, Iván (1987): “Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 182: pp. 71-81
- ANGIOLINI, Vittorio y otros (1999): *Materiali per un corso di diritto urbanistico* (Torino, G. Giappichelli Editore, tercera edición).
- BAÑO, José María (2009): *Derecho Urbanístico Común* (Madrid, Iustel).
- BARCELONA, Javier (2009): “Inspección urbanística”, en MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto (Dir.), *Fundamento de Derecho Urbanístico* (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, segunda edición) pp. 1191-1203.
- BERMÚDEZ, Valeriano (2012): “La protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado en la legislación urbanística de Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 83: pp. 153-194.
- BLANQUER, David (2010): “En la disciplina urbanística”, *El notario*, N° 29: pp. 38-43.
- CANO, Tomás (2018): *Sanciones Administrativas* (Madrid, Francis Lefebvre).
- CARCELLER, Antonio (1982): *Manual de la disciplina urbanística* (Madrid, Tecnos).
- CORDERO, Eduardo (2020): *Estudios sobre propiedad y derecho urbanístico* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CORDERO, Eduardo (2019): “El problema de la regularización urbana en Latinoamérica”, en PAREJO, Luciano y CORDERO, Eduardo (Dir.), *Estudios sobre la regularización urbana y registral en Iberoamérica* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 91-105.
- CORDERO, Eduardo (2014): *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el derecho chileno* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- CORDERO, Eduardo (2021): “El permiso de construcción desde la perspectiva del Derecho administrativo general. Análisis de sus principales problemas a nivel jurisprudencial”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 33: pp. 33-70.
- CORDERO, Eduardo (2008): “El derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad”, *Revista de Derechos Fundamentales* N° 2, pp. 91-112.
- DESDENTADO, Eva (2009): “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (coord.) *El control de la legalidad urbanística: el estatuto básico del empleado público* (Sevilla, Junta de Andalucía e Instituto Andaluz de Administración Pública) pp. 73-123.
- DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO. Disponible en <https://dpej.rae.es/>. Fecha de consulta: 21/02/2023..
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2017): *Manual de derecho urbanístico* (Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 25ª edición).
- FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco (2023): “Las medidas accesorias a la sanciones urbanísticas: el restablecimiento de los daños a terceros y la autotutela administrativa”, *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023* (Madrid Civitas) pp. 455-491.
- FERNÁNDEZ RICHARD, José y HOLMES, Felipe (2008): *Derecho Urbanístico Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

- FERNÁNDEZ RICHARD, José y HOLMES, Felipe (2012): *Derecho Urbanístico Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón (2010): “Urbanismo, potestad sancionadora” en Lozano, Blanca (Dir.) *Diccionario de sanciones administrativas* (Madrid, Iustel) pp. 1245-1270.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (2016): *Urbanismo y Construcción* (Santiago, Legal Publishing, segunda edición).
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (2022): *Urbanismo y Construcción* (Santiago, Der Ediciones, tercera edición).
- FUEYO, Fernando (1967): “El problema de las autonomías o especialidades”, *Revista de Derecho Público*, N° 17.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARRANDE, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano (1981): *Lecciones de Derecho urbanístico* (Madrid, Editorial Civitas).
- GARCÍA MACHO, Ricardo y BLASCO DÍAZ, José Luis (2009): “La disciplina urbanística”, *Documentación Administrativa*, N° 282-283: pp. 291-319.
- GIL MC CAWLEY, Diego y BUCAREY, Nicolás (2021): “Derecho urbanístico y exclusión social”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol.48, N° 1: pp. 107-132.
- GÓMEZ, Rosa Fernanda (2020): “Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración”, *Revista Ius et Praxis*, Año 26, N° 2: pp. 193-218.
- GÓMEZ, Rosa Fernanda (2021): *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora: límites y mecanismos de control* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- GÓMEZ, Rosa Fernanda (2022): “Regulación urbanística: tendencias jurisprudenciales”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 35: pp. 157-180.
- GUILOFF, Matías y SOTO, Pablo (2015): “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”. En Ferrada, Juan Carlos, Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco (coords.). *La nueva justicia ambiental* (Santiago, Thomson Reuters - La Ley) pp. 101-124.
- LARA, José Luis y HELFMANN, Carolina (2010): “Las medidas provisionales y la Ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo reflexiones acerca de su sentido y alcance”, *Revista Ius Publicum*, N° 25: pp. 57-74.
- JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y REBOLLO, Manuel (2003): *Derecho urbanístico de Andalucía* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- LEAL, Brigitte (2014): *La potestad de inspección de la administración del Estado*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- CARLIN, Massimo (2021): “Sanzioni”, en ZUCHETTI, Alberto y DE ROSA, Brunello (edit.), *La semplificazione Edilizia* (Milano, Febbraio) pp. 207-238.
- OCHOA, Fernando (2010): “La protección del orden jurídico urbanístico multa, demolición y clausura en la Ley General de Urbanismo y Construcciones”, *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 3: pp. 174-196.
- PAREJO, Luciano (2012): *La disciplina urbanística* (Madrid, Iustel, segunda edición).
- PAREJO, Luciano (1978): “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán” (I), *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 17: pp. 245-274.

- PAREJO, Luciano (2012): “El derecho sancionador, en particular la disciplina urbanística y sus problemas en el derecho español”, Montaña, Alberto y Rincón, Jorge Iván [Editores], *El poder sancionador de la administración pública: discusión expansión y construcción* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 385-426.
- RAJEVIC, Enrique (2010): “El paulatino pero insuficiente desarrollo del Derecho urbanístico en Chile: en tránsito de la adolescencia a la madurez”, *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, N° 54: pp. 61-70.
- RAJEVIC, Enrique (2000): “Derecho y legislación urbanística en Chile”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. 2 N° 2: pp. 527-548.
- REBOLLO, Manuel (Coord.) (2007): *Derecho urbanístico y ordenación del territorio de Andalucía* (Madrid, Iustel).
- RÍOS, Lautaro (1985): El Urbanismo y los Principios Fundamentales del Derecho Urbanístico. Memoria de prueba para optar al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad Complutense de Madrid.
- ROMÁN, Cristián (2020): “Derecho administrativo sancionador en Chile: “ubicación” y “límites””, en *Revista Derecho y Sociedad, Asociación Civil*, N° 54, Vol I: pp. 115-170.
- SANTAMARÍA, Juan Alfonso (2016): *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo II (Madrid, Iustel, quinta edición).
- SOTO DELGADO, Pablo (2016): “Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental”, en *Ius et Praxis*, N° 2: pp. 189-226.
- SOTO DELGADO, Pablo (2015): “El poder de la Administración del Estado para planificar la ciudades: reposición de la declaratoria de utilidad pública la Ley General de Urbanismo y Construcciones”, en *Anuario de Derecho Público*: pp. 370-401.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2014): “Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración,” en ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ALARCÓN JAÑA, Pablo (Coord.), *Sanciones Administrativas* (Santiago, Thomson Reuters - La Ley) pp. 39-52.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009): “La potestad sancionadora de la Administración ¿se adecua a la Constitución?”, en SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing Abeledo Perrot) pp. 403-419.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2005a): “La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el “*solve et repete*” y el Estado de Derecho”, en SOTO KLOSS, Eduardo (edit.), *Conferencias Santo Tomás, Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo* (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 97-117.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2005b): “La potestad sancionadora de la Administración ¿Se adecua a la Constitución?”, en SOTO KLOSS, Eduardo (edit.), *Conferencias Santo Tomás de Aquino, Sanciones Administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo* (Santiago, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás) pp. 29-49.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): “¿Puede un gobernador ordenar a través de un acto administrativo la paralización de obras y su demolición invocando como base legal la disposición del artículo 4º, inciso 2º, letra h) de la Ley N° 19.175, de 1991?”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 93, N° 2: pp. 97-106.

SOTO KLOSS, Eduardo (1979/1980): *Derecho Administrativo Penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración*, en: *Boletín de Investigaciones, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, N° 44-45: pp. 95-103.

TESTA, Virgilio (1961): *Disciplina urbanística* (Milán, Giuffré).

TRAITER, Juan Manuel (2009): *Derecho urbanístico de Cataluña* (Barcelona, Atelier).

TUMMINELLI, Dative (2023): "La represión de las edificaciones ilegales en España e Italia: de sanciones al restablecimiento de la legalidad en busca de eficacia", *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2023* (Madrid Civitas) pp. 549-590.

VALENZUELA, Paulina (1989): Aspectos jurídicos del Permiso de Edificación Municipal. Memoria de para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

VICUÑA, Magdalena (2013): "El marco regulatorio en el contexto de la gestión empresarialista y la mercantilización del desarrollo urbano del Gran Santiago, Chile", *Revista INVI*, N° 78, Vol. 28: pp. 181-219.

JURISPRUDENCIA CITADA

JUDICIAL

Corte Suprema, 13/09/2011, rol 6.801-2011, protección

Corte Suprema, 27/04/2015, rol 16.814-2013, reclamo de ilegalidad municipal.

Corte Suprema, 13/10/2015, rol 8.126-2015, protección.

Corte Suprema, 04/04/2017, rol 1.629-2017, protección.

Corte Suprema, 03/01/2019, rol 24.935-2018, protección.

Corte Suprema, 15/06/2020, rol 36.685-2019, reclamo de ilegalidad municipal.

Corte Suprema, 11/11/2020, rol 33.588-2019, reclamo.

Corte Suprema, 22/03/2021, rol 150.549-2020, protección.

Corte Suprema, 06/08/2021, rol 25.480-2021, reclamo de ilegalidad municipal.

Corte Suprema, 29/03/2022, rol 50.326-2020, denuncia por infracción a Ley General de Pesca y Acuicultura.

Corte Suprema, 30/05/2022, rol 89.134-2021, protección.

Corte Suprema, 28/06/2022, rol 39.557-2021, reclamo de ilegalidad.

Corte Suprema, 23/03/2023, rol 104.545-2020, reclamo de ilegalidad.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 22/11/2013, rol 48-2013, reclamo de ilegalidad municipal.

Corte de Apelaciones de Santiago, 14/10/2015, rol 4.415-2015, reclamo de ilegalidad.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 02/11/2021, rol 27.923-2021, protección (caso Punta Piqueros).

CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional, 02/12/1996, rol 245, inaplicabilidad.

Tribunal Constitucional, 21/08/2001, rol 334, inaplicabilidad.

Tribunal Constitucional, 17/06/2003, rol 376, inconstitucionalidad.

Tribunal Constitucional, 24/07/2012, rol 1863, inaplicabilidad.

Tribunal Constitucional, 31/07/2014(a), rol 2.495, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 31/07/2014(b), rol 2.501, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 27/01/2015, rol 2.643, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 27/01/2015, rol 2.644, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 07/09/2015, rol 2.648, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 26/11/2014, rol 2.731, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 21/06/2018, rol 3.063, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 18/07/2017, rol, 3.086, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 11/07/2017, rol 3.099, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 11/07/2017, rol 3.100, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 22/09/2017, rol 3.791, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 12/12/2017, rol 3.305, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 20/03/2018, rol 3.110, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 18/06/2020, rol 8.278, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 27/04/2021, rol 9.129, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 16/12/2021, rol 10.922, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 27/03/2019, rol 12.158, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 16/08/2022, rol 12.234, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 13/09/2022, rol 12.795, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 20/12/2022, rol 12.996, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 20/12/2022, rol 13.043, inaplicabilidad.
Tribunal Constitucional, 15/03/2023, rol 13.318, inaplicabilidad.

ADMINISTRATIVA

Contraloría General de la República, 07/01/1998, dictamen N° 459.
Contraloría General de la República, 30/06/1999, dictamen N° 23.614.
Contraloría General de la República, 27/09/2019, dictamen N° 25.689.
Contraloría General de la República, 18/12/2000, dictamen N° 48.596.
Contraloría General de la República, 20/02/2001, dictamen N° 6.540.
Contraloría General de la República, 06/10/2008, dictamen N° 46.317.
Contraloría General de la República, 08/01/2016, dictamen N° 1.780.
Contraloría General de la República, 18/01/2016, dictamen N° 4.490.
Contraloría General de la República, 29/09/2016, dictamen N° 63.910.
Contraloría General de la República, 26/11/2018, dictamen N° 29.285.
Contraloría General de la República, 14/06/2023, dictamen N° E357182.

NORMAS Y OTROS INSTRUMENTOS CITADOS

CHILE, Decreto con Fuerza de Ley N° 458 de 1976 (13/04/1976), Aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcción.
CHILE, Circular Ordinaria N° 0270 (17/06/2022), División de Desarrollo Urbano, DDU 467.
CHILE, Decreto Supremo N° 47 de 1992 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (05/06/1992), Fija nuevo texto de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

CHILE, Decreto Supremo N° 307 de 1978 del Ministerio de Justicia (23/05/1978), Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local.

LAS REPARACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DEL OMBUDSPERSON MEXICANO A TRAVÉS DE SUS RECOMENDACIONES (1990-2019): UNA CONFLUENCIA JURÍDICA NACIONAL E INTERAMERICANA*

REPARATIONS TO HUMAN RIGHTS OF THE MEXICAN OMBUDSPERSON THROUGH ITS RECOMMENDATIONS (1990-2019): A NATIONAL AND INTER-AMERICAN LEGAL CONFLUENCE

Ana Cristina González Rincón**


RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo analizar el origen y evolución que ha tenido el derecho a la reparación integral en el sistema nacional no jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México. Para ello, en primer lugar, se exponen las recomendaciones como la principal fuente de legitimidad del sistema, repasando sus características relativas a la publicidad y la no vinculatoriedad. Sobre esta última, se hace una crítica para entender las obligaciones de estudiar y cumplir, o la de justificar su negativa o rechazo a una recomendación, como obligaciones mínimas para la autoridad. Posteriormente, se analizan las medidas de reparación dictadas por la CNDH mexicana en dichas recomendaciones, desde sus inicios en 1990 y hasta el último período de su último titular en 2019, teniendo en consideración la recepción del derecho internacional al derecho nacional a partir de la reforma en materia de derechos humanos de 2011. Todo lo cual se discute en el derecho a la reparación integral como producto de la confluencia o el mestizaje de elementos internos o nacionales, y externos o internacionales.

Palabras clave: derechos humanos, reparaciones, recomendaciones, *ombudsperson*, México

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the origin and evolution of the right to integral reparation in the national non-jurisdictional system for the protection of human rights in Mexico. To this end, recommendations are first presented as the main source of legitimacy of the system, reviewing their characteristics related to publicity and non-binding nature. Regarding the latter, a critique is made to understand it as a minimum obligation for the authority to study and comply, or to justify its refusal or rejection of a recommen-

* El presente trabajo es parte de la tesis doctoral titulada “La CNDH y el sistema interamericano: una relación para la protección de derechos”, realizada en el IIJ-UNAM.

A mis padres, por todo.

** Doctora en derechos humanos. Profesora en la Universidad Autónoma Metropolitana. CDMX, México. acgonzalez@cua.uam.mx,  0000-0003-0305-4808.

dation. Subsequently, the reparation measures dictated by the Mexican CNDH in such recommendations were analyzed from its beginnings in 1990 and until the last term of its last incumbent in 2019, taking into consideration the reception of international law into national law since the 2011 human rights reform. All of this is discussed in the right to integral reparation as a product of the confluence or miscegenation of internal or national, and external or international elements.

Keywords: human rights, reparations, recommendations, *ombudsperson*, Mexico.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las vías previstas en el sistema jurídico mexicano a efecto de reparar el daño, derivado de la responsabilidad en que incurrieron los servidores públicos del Estado, es el Sistema Nacional No Jurisdiccional de Protección de los Derechos Humanos¹. Este sistema está conformado por una Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y treinta y dos Comisiones Estatales, siendo en la actualidad la CNDH la única con plena autonomía y personalidad jurídicas.

La conclusión a la que llega la CNDH después de una investigación en derechos humanos queda plasmada en sus resoluciones, las que pueden tomar la forma de dos tipos en relación con su objetivo: por un lado, las recomendaciones públicas no vinculatorias derivadas de su función de protección de los derechos y las libertades fundamentales y, por otro lado, los relativos a su quehacer preventivo o de promoción, como son los acuerdos, las propuestas generales, los informes especiales y las medidas precautorias o cautelares. En este trabajo se expone y analiza, tanto teórica como prácticamente, al primer grupo, por ser el pilar del Sistema Nacional y, especialmente, de la Comisión Nacional. Teóricamente, se expone su fundamento constitucional así como sus características esenciales como la publicidad y la no vinculatoriedad. Prácticamente, se exponen las medidas de reparación contenidas con mayor intensidad y se analizan los derechos humanos que se han protegido a través de ellas.

De lo anterior, se pretende responder a la pregunta de investigación siguiente: ¿cuál ha sido la línea que ha seguido el derecho a una reparación integral en el sistema de recomendaciones del *ombudsperson* en México: la de una construcción y características propias y nacionales o la de seguir a la jurisprudencia interamericana? Y, derivado de ello, cuáles han sido las medidas empleadas más relevantes. La hipótesis es que el derecho a una reparación integral se ha conformado tanto por estándares nacionales como por elementos externos siguiendo la jurisprudencia interamericana, en una especie de mestizaje o confluencia jurídica, debido a sus facultades recomendatorias de Órgano Constitucional Autónomo. Así, esta investigación se enmarca en el período 1990-2019, desde la creación de ese Organismo Nacional, hasta la culminación de la etapa de su último titular.

¹ RECOMENDACIONES DE LA CNDH 36/2010, p. 31; 45/2010, p. 31; 77/2010, p. 16; 79/2010, p. 20; 19/2011, p. 32; 72/2011, p. 18; 88/2011, p. 24; 1/2012, p. 23.

El trabajo se divide en tres partes. En la primera parte se exponen brevemente los fundamentos constitucionales de las recomendaciones de la CNDH. En la segunda, se mencionan y analizan las medidas de reparación integral concernientes a la restitución, cesación, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, destacando la cesación por sus matices propios. Finalmente, en la tercera y última parte, se destacan los hallazgos de esta investigación en lo referente a la formación y evolución del derecho a la reparación en el sistema nacional no jurisdiccional mexicano.

II. LAS RECOMENDACIONES PÚBLICAS COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD DEL SISTEMA NO JURISDICCIONAL

Las recomendaciones públicas son uno de los instrumentos indispensables en las sociedades democráticas y los Estados de derecho para lograr su fortalecimiento², a través de la legitimidad que, con su cumplimiento, adquieren autoridades y servidores públicos ante la sociedad³. Por tanto, la emisión de una recomendación y el establecimiento de medidas de reparación que permitan restituir en su totalidad los derechos humanos de las víctimas, son fundamentales en el cumplimiento del sistema no jurisdiccional⁴. Su fundamento se encuentra establecido en el ya conocido artículo 102, apartado B de la Constitución federal, en virtud del cual “los organismos de protección de los derechos humanos formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas”. De lo cual, dos son los elementos que se deben analizar: lo público y lo no vinculatorio.

1. NECESARIAMENTE PÚBLICAS

La emisión de una recomendación, en tanto resultado de una investigación por parte de la Comisión Nacional, contiene acreditadas eficazmente las transgresiones a los derechos humanos que fueron cometidas o atribuidas a servidores públicos⁵. En consecuencia, para que las recomendaciones tengan un mayor alcance e impacto y no solo sean del conocimiento de la autoridad a quien se dirigen, un elemento que debe considerarse siempre es su publicidad. Así quedó establecido desde 1990, año en que empezó a funcionar la CNDH como un organismo desconcentrado, al manifestar que “la publicidad es la fuerza del *ombudsperson* para que sus recomendaciones sean del dominio público y conocidas por toda la sociedad, de lo

² También se habla de “fortalecimiento institucional interno que puede ocasionar un efecto multiplicador al propiciar las condiciones para que se geste un reforzamiento de las facultades y capacidades de la institución por medio de impulsos externos”, COSTE (2021), pp. 28 y 29.

³ RECOMENDACIONES DE LA CNDH 44/1998, pp. 67 y 68, 78/1998, p. 28, 92/1998, p. 25 y otras.

⁴ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 59/2019, pp. 23 y 24.

⁵ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 65/2017, p. 41.

contrario, si sus recomendaciones fueran secretas, las autoridades no se sentirían inclinadas o presionadas por la opinión pública para aceptarlas”⁶.

La publicidad implica, por tanto, la publicación de la recomendación cuando ha sido aprobada y finalmente dirigida a la autoridad, pues en ella se contiene toda la información, pruebas y evidencias que justifican las violaciones a los derechos humanos por parte de la autoridad. Son esas evidencias las que permiten justificar, a su vez, su divulgación y difusión como parte de una auditoria social:

“la publicidad de las Recomendaciones otorga información a la sociedad en general sobre su contenido, lo que se traduce en conocimiento de aquellas autoridades que violentaron derechos humanos. La *relación publicidad información-conocimiento* es una *fórmula* diseñada para que la sociedad cuente con elementos para hacer una labor de auditoria social respecto al quehacer de las autoridades en el tema de los derechos humanos”⁷.

Esto significa que no tiene que haber sido aceptada por la autoridad para hacerse pública, sino solamente emitida por la Comisión Nacional. Precisamente, esa labor de dar a conocer a la sociedad una recomendación recientemente emitida, la convierte en un elemento de presión social para juzgar el quehacer de las autoridades en materia de derechos humanos a fin de que acepten su responsabilidad públicamente y reparen el daño.

Sobre esa misma lógica, la CNDH manifestó en la Recomendación 17/2015 la gravedad de la omisión de la Comisión Estatal de Quintana Roo al no publicar sus recomendaciones en su página de internet⁸, enfatizando que “la publicidad del trabajo realizado por los organismos protectores de derechos humanos es parte esencial de su labor”⁹. Y, además, señalando que tiene un triple alcance: “representan un instrumento para fortalecer su fuerza moral frente a la autoridad destinataria; que la sociedad en general cuente con elementos para conocer el resultado del trabajo del *ombudsman* y como un ámbito preventivo e informativo referente a una alerta para las autoridades destinatarias respecto de aquellas zonas del quehacer institucional que requieren revisión para que tenga plena correspondencia con el debido respeto y protección de los derechos humanos”¹⁰.

En consecuencia, la obligación constitucional de formular recomendaciones públicas a cargo de la CNDH mexicana es relevante desde la óptica jurídica y social. Desde la vertiente jurídica, es relevante porque se trata de un mandato constitucional y faltar a ese deber supondría atentar contra su propia regulación, legitimidad y poder institucionales, toda vez que las recomendaciones públicas son su principal fuente de poder. A través de ellas, se busca observar y determinar un pa-

⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, PRIMER INFORME SEMESTRAL.

⁷ Énfasis añadido. Recomendación de la CNDH 17/2015, pp. 22 y 23.

⁸ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 17/2015, p. 22.

⁹ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 17/2015, p. 23.

¹⁰ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 17/2015, p. 22.

trón o conducta que haya dado origen a discriminaciones o conductas ilegales por parte de la autoridad y evitar que queden impunes¹¹. La intención de la CNDH no ha sido desacreditar ni constituir una afrenta hacia las autoridades o sus titulares, sino que ha pretendido únicamente que las mismas se den cuenta de sus errores y los corrijan hacia el futuro¹², pues “se busca que la autoridad destinataria realice las acciones necesarias para evitar que se repitan las conductas indebidas de los servidores públicos responsables”¹³.

Desde la óptica social, una de las finalidades de las recomendaciones es dar a conocer una situación y contexto particulares, mostrando la represión y discriminación sistemáticas a las que, en ocasiones, están expuestos diversos grupos. De esta manera, se legitiman para dar voz a las víctimas para que, al exponer sus casos, las autoridades reaccionen y tomen medidas oportunas que garanticen sus derechos. Así, el desconocimiento de las personas de esa labor por la falta de publicidad puede repercutir directamente sobre su imagen y reputación, haciendo que se perciba como poco transparente. La no difusión de sus recomendaciones también puede impedir que existan parámetros para evaluar su trabajo, esto es, su capacidad y calidad en el desempeño de ese campo¹⁴.

Por último, la publicación de una recomendación juega un papel fundamental en la promoción del propio sistema no jurisdiccional, y no es una cuestión menor, en la medida que, a través de ella, se hacen visibles sus criterios y línea recomendatoria, permitiendo a su vez, estudiarla y citarla en otros procedimientos jurídicos (penales o administrativos). Todo lo cual es en su beneficio para que pueda ser más reconocida tanto a nivel nacional como internacionalmente.

2. ENTENDIENDO LO “NO VINCULATORIO”

Es comúnmente aceptado expresar que las recomendaciones al ser no vinculatorias o no vinculantes para las autoridades, tampoco son obligatorias de cumplirse. Desde esa perspectiva¹⁵, se ha propuesto cambiar la naturaleza de este tipo de reso-

¹¹ RECOMENDACIONES DE LA CNDH 1/2017, p. 280; 4/2017, p. 99; 54/2017, p. 111; 9/2018, p. 82; 7/VG/17, p. 44; 11/VG/18, p. 175; 16/2018, p. 61 y 29/2018, p. 280.

¹² GALINDO (2021) p. 5

¹³ RECOMENDACIONES DE LA CNDH 44/1998, p. 67, 78/1998, p. 28, 92/1998, p. 24 y sucesivas. En la Recomendación 48/2003 la redacción cambia ligeramente para quedar como sigue: “La presente Recomendación, de acuerdo con lo mandado por el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene el carácter de pública y se emite con el propósito fundamental de hacer una declaración en relación con las conductas asumidas por los servidores públicos respecto a las facultades y obligaciones que expresamente le confiere la normatividad establecida”. Este párrafo prevalecerá en todas las recomendaciones y hasta el final del último período de análisis en 2019.

¹⁴ HERNÁNDEZ (2023), pp. 48 y 49.

¹⁵ Rosario Piedra Ibarra, actual titular de la CNDH, ha referido su intención de que la Ley de la CNDH reconozca la obligatoriedad de las recomendaciones, señalando que “según los juristas y defensores ortodoxos que defienden este modelo, lo contrario, es decir otorgarle más facultades de

luciones argumentando que el solo reconocimiento de un derecho vulnerado no es suficiente para derivar consecuencias jurídicas relevantes¹⁶. La perspectiva de este trabajo considera que se está confundiendo la obligatoriedad de una recomendación con su ejecutabilidad¹⁷, aún cuando esta última característica no es propia del derecho internacional de los derechos humanos¹⁸. Si se quisiera cambiar la naturaleza de las recomendaciones para que fueran ejecutables y coercitivas, se perdería la esencia del sistema no jurisdiccional. Además, esta consecuencia debe meditar en la medida que, sin pretender entrar en detalles, ese mecanismo, actualmente optativo para las personas, podría convertirse en forzosamente agotable antes de acudir a otros sistemas internacionales como el interamericano, en tanto recurso disponible y por la misma supuesta fuerza jurisdiccional en que se convertirían las recomendaciones¹⁹. De manera adicional, el Estado mexicano tendría que probar que se trata de un recurso efectivo para las personas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana. Incluso con ello, la coercitividad tampoco garantizaría su fiel cumplimiento, como de hecho es un problema en algunos casos con las sentencias de los tribunales²⁰. Por ello, en lugar de pensar en cambiar su naturaleza, es necesario reflexionar sobre las bondades del sistema actual, como su dinamismo y flexibilidad que, a diferencia de los excesivos formalismos exigidos en otras latitudes como el judicial, las autoridades pueden identificar las recomendaciones como una especie de recordatorios jurídicos²¹ sobre los espacios en que deben mejorar sus actuaciones, sobre una mala gestión, conducta o violación que hubieran cometido en su actuar.

Por lo anterior, se pueden analizar diversos aspectos intrínsecos a las recomendaciones que hacen que sean consideradas por las autoridades como obligatorias bajo ciertos parámetros. El primero es que son decisiones con una sólida base jurí-

calificación, desvirtuaría la naturaleza de una institución defensora de derechos humanos, por lo que su fuerza se reduce a la emisión de recomendaciones que además, afirman, no pueden ser vinculantes [...]. Nosotros pensamos distinto. La defensa y protección de los derechos humanos tiene un antecedente propio y peculiar en nuestro país, que no se reduce a la observación y a la queja. Entonces, una parte de la lucha es lograr que las recomendaciones tengan carácter vinculante, que las autoridades las acaten y reparen el daño consecuencia de sus actos, tener sobre todo mayor incidencia en las políticas públicas; y otra es reducir los gastos de la Comisión, optimizar los recursos, y centrarnos en lo que nos corresponde hacer: atender a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a quienes están en riesgo de serlo”. Véase COMUNICADO DE PRENSA DG/171/2020.

¹⁶ LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA MIRADA DESDE LAS UNIVERSIDADES JESUITAS.

¹⁷ HITTERS (2008) p. 137.

¹⁸ HITTERS (2008) p. 137.

¹⁹ Artículo 46. 1 a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 28 h) del Reglamento de la CIDH

²⁰ Para muestra véase, entre otros, el Caso *LÓPEZ LONE Y OTROS VS. HONDURAS* (2015): Corte Interamericana de DD.HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 302, en el que la Corte IDH constató la falta de ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en una clara violación al derecho a un recurso efectivo, sencillo y rápido para las personas.

²¹ FIX-ZAMUDIO Y FIX-FIERRO (2018) p. 151.

dica, pues en buena medida su estructura es la de una sentencia²². Esta afirmación tiene sustento tanto en la forma como en el fondo de la propia recomendación. En cuanto a la forma, se trata de un verdadero proceso con todas las garantías, a tal punto que poseen las mismas formalidades que un fallo²³. Así, una recomendación se expide como consecuencia de una investigación en profundidad que contiene información proporcionada tanto por la autoridad como por las víctimas (artículo 68 de la Ley de la CNDH). En relación con el fondo, la argumentación es la columna vertebral de cada una de sus partes y está conformada por las pruebas que deben estar relacionadas con cada uno de los puntos de la recomendación²⁴.

El segundo aspecto es que el texto constitucional prevé un mecanismo a cargo del poder legislativo, por medio del cual se pretenden generar efectos respecto de la no aceptación o cumplimiento de las recomendaciones²⁵. En efecto, a solicitud de la CNDH, la Cámara de Senadores podrá llamar a las autoridades para que expliquen el motivo de negarse a aceptar o cumplir una recomendación (artículo 102, apartado B de la Constitución nacional). Este mecanismo es lo más parecido que tiene la CNDH a la supervisión de cumplimiento de recomendaciones, pese a que se trata de un mecanismo político y no jurídico.

Los efectos pueden manifestarse en dos momentos: el primero se detecta justo después de emitir una recomendación y consiste en la exigencia mínima (*a priori*) a la autoridad destinataria para atenderla y estudiarla²⁶ y, como resultado de ello, o bien aceptarla o bien rechazarla fundando, motivando y haciendo público ese rechazo. El segundo momento es el que se presenta una vez que la recomendación ha sido aceptada (*a posteriori*), derivándose un deber formal y jurídico de cumplir con ella, de lo contrario, al igual que sucede en el primer momento, se debe fundar, motivar y hacer público su interés de no cumplirla habiendo sido aceptada. Este es quizá el más relevante y trascendental, en tanto que tiene un mayor alcance y peso jurídicos, pues aquí la autoridad se ha comprometido a cumplir cabal y totalmente la recomendación.

Hay ocasiones, sin embargo, en las que la autoridad lejos de hacer pública su negativa falta a la presentación de pruebas o avances. La CNDH lo ha interpretado más que como actitudes de incumplimiento, como si la autoridad nunca hubiera

²² Se comparte la opinión de que “las recomendaciones son verdaderas piezas de construcción jurídica equivalentes a las sentencias que emiten los tribunales judiciales, las cuales, para su emisión, exigen un escrupuloso y detallado manejo de la técnica jurídica, además de un sólido criterio ético que en su conjunto constituyan la base de los pronunciamientos que en ella se encuentren vertidos”. GARCÍA LÓPEZ-GUERRERO (2007) pp. 231 y 232 y VENEGAS Y PÉREZ (2021) p. 11.

²³ DUNSHEE (1980) p. 137.

²⁴ CARPIZO (2014) p. 210.

²⁵ Esta facultad, sin embargo, no ha sido empleada en el tiempo de funcionamiento de la CNDH. Sin embargo, no debe olvidarse que, en caso no solo de no aceptación de una recomendación, sino de no cumplimiento, se podrá recurrir al mecanismo de control por parte del poder legislativo, siempre que sucediera a iniciativa de la Comisión Nacional.

²⁶ NATARÉN (2005) p. 139.

aceptado esa recomendación²⁷. Este criterio de tener por no aceptada una recomendación que en realidad ha sido incumplida por la autoridad, equipara tal incumplimiento al rechazo en sí mismo. Esto es, para la Comisión Nacional, el hecho de no haber cumplido una recomendación o hacerlo de manera parcial, tiene como resultado tratarla como si desde el inicio hubiera sido rechazada o no aceptada, no obstante que, en ambos supuestos (rechazo e incumplimiento), la CNDH mantiene la libertad de poder acudir al mecanismo de control legislativo para demandar la comparecencia de la autoridad.

La justificación de lo anterior se encuentra en el tercer aspecto de las recomendaciones: su respetabilidad. En efecto, la cuestión de la efectividad de ciertos Órganos Constitucionales Autónomos, como la CNDH, depende no solo del concepto clásico de obligatoriedad, sino de la noción de autoridad, entendida como aquella posición de prestigio e influencia jurídica de sus actividades²⁸. Por tanto, la resistencia a aceptar una recomendación, así como la falta de interés o la carencia de esfuerzos para cumplir con ella, pueden interpretarse como actitudes de desprecio hacia su labor, lo que se traduce en una falta completa de colaboración en la tarea de la protección de los derechos humanos. Pero también, hacia la cultura de la legalidad, de tal manera que las recomendaciones emitidas requieren de la buena voluntad, disposición política y mejores esfuerzos de las autoridades a quienes se dirigen para su aceptación y cumplimiento²⁹.

La respetabilidad que defiende la CNDH se puede observar también en la consideración que la Corte IDH ha realizado sobre la labor de ese Órgano Nacional, al manifestar que la aceptación de una recomendación constituye un elemento adicional relevante sobre la participación de agentes estatales en los hechos³⁰, de lo cual se sigue la lógica siguiente: la aceptación de una recomendación por la autoridad indica la aceptación de su responsabilidad y, con ello, la buena fe para cumplirla.

A nivel nacional, la falta de cumplimiento de una recomendación genera desconfianza institucional hacia la autoridad a quien va dirigida y una total falta de seriedad con las víctimas. A nivel internacional, el incumplimiento de una recomen-

²⁷ RECOMENDACIONES DE LA CNDH 27/2012, p. 23; 28/2012, p. 20; 29/2012, p. 29; 34/2012, p. 31, entre otras.

²⁸ Esta idea es retomada de la teoría sobre la resistencia y retroceso a los tribunales internacionales que considera como premisa fundamental el concepto de autoridad de los tribunales y procedimientos internacionales para ser efectivos. ARÉVALO-RAMÍREZ Y ROUSSET (2023) p. 134.

²⁹ Véase la RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 20/2011, p. 15. A partir de la Recomendación de la CNDH 1/2015, p. 37, se cambia ligeramente la redacción para señalar que el no cumplir con una recomendación debidamente fundada y motivada “se debe interpretar como una actitud de indiferencia y falta de compromiso a la cultura de la legalidad, y una falta de colaboración en la tarea de la protección no jurisdiccional de los derechos humanos que realizan los organismos públicos de protección de los derechos humanos del país”.

³⁰ *ALVARADO ESPINOZA Y OTROS VS. MÉXICO* (2018): Corte Interamericana de DD. HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 370.

dación podría provocar que el Estado asuma una responsabilidad mayor³¹, al haber tenido la oportunidad de corregir los hechos. Por tanto, las recomendaciones de la CNDH operan manteniendo la unidad de la responsabilidad del Estado³², asegurando una protección integral y conjunta a los derechos humanos entre todas las instancias como verdaderas aliadas. Al grado tal que el incumplimiento al interior de una recomendación repercute en el incumplimiento del sistema entero. Por ello, las recomendaciones, aunque no siempre se acepten, normalmente se tienen en cuenta³³.

Un último aspecto de las recomendaciones es que son absolutas e integrales, de manera que el texto de una recomendación debe ser visto como un conjunto en sí mismo. La autoridad, en este sentido, está obligada a aceptar o rechazar la totalidad de una recomendación, sin que exista un escenario de reconocimiento intermedio. La CNDH se ha pronunciado señalando que “no existe la figura de la aceptación parcial”³⁴. Si una autoridad hiciera una declaración sobre la aceptación de una parte de la recomendación, entonces la Comisión Nacional la consideraría como no aceptada en su totalidad y para todos los efectos legales³⁵, quedando en libertad de hacerlo público para que la autoridad comparezca y pueda justificar su negativa. Así pasó en la Recomendación 65/2017 sobre el recurso de impugnación en el caso de una persona menor de edad perteneciente a una comunidad indígena y víctima de un delito sexual, al manifestar el Ayuntamiento de Mecatlán, Veracruz que aceptaba y daba cumplimiento parcial a la Recomendación 19/2016 de la Comisión Estatal de Veracruz.

Del análisis realizado hasta aquí se llega a la conclusión de que, el valor de las recomendaciones de la CNDH no se puede desdeñar bajo el término “no vinculatorias”, pues poseen efectos jurídicos innegables³⁶. Lo que significa que, las autoridades no pueden indiscriminadamente evadir sus obligaciones jurídicas sin

³¹ En materia de derechos humanos, para que exista responsabilidad internacional del Estado deben concurrir dos elementos: 1. Existencia de un acto u omisión que viole una obligación internacional del Estado en materia de derechos humanos y 2. Dicho acto de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado de acuerdo con las reglas de imputación de responsabilidad del derecho internacional público. Véase Nash Rojas (2012), pp. 39 y 40. La Corte IDH lo ha precisado en los siguientes términos: “Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado”. *LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO (OLMEDO BUSTOS Y OTROS) vs. CHILE* (2001): Corte Interamericana de DD. HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 73.

³² KRSTICEVIC (2001) p. 190.

³³ NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS.

³⁴ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 65/2017, p. 19.

³⁵ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 65/2017, p. 19.

³⁶ Se sigue la valoración que la Corte IDH hace de las opiniones consultivas en *INFORMES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (ART. 51 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)* (1997): Corte Interamericana de DD. HH., Opinión Consultiva OC-15/97, Serie A N° 15.

justificación o razón aparente. Esta consideración, se observa con mayor detalle en el siguiente apartado al exponerse y analizarse las reparaciones contenidas en las recomendaciones, pues se verá que la CNDH dispone de un aparato argumentativo lo suficientemente abundante e integrado para que la autoridad cumpla con ellas.

III. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN EN LAS RECOMENDACIONES

En el sistema nacional no jurisdiccional existe la premisa de que las recomendaciones, junto a la calificación de los actos u omisiones cometidos por las autoridades y servidores públicos que realicen, deberán acompañar las medidas que procedan para la efectiva restitución de los afectados en sus derechos humanos, al igual que la reparación de los daños y perjuicios causados³⁷. Esta obligación se deriva del artículo 44 de la Ley de la CNDH, que a su vez sigue el modelo interamericano de reparaciones, en el que destaca la interdependencia³⁸ de las medidas, así como su carácter enunciativo y no limitativo³⁹ en relación con el derecho violado. La reparación integral utilizada por la CNDH también sigue el concepto básico del derecho internacional y de la doctrina como una “institución jurídica para subsanar, en la medida de lo posible, las consecuencias reales y potenciales generadas a partir de la vulneración de un derecho, para que este sea reintegrado *in integrum*”⁴⁰. La CNDH ha reiterado que es indispensable que las autoridades apliquen un enfoque diferenciado teniendo en cuenta la condición de cada persona, así como su situación de vulnerabilidad particular que puede agravar las situaciones de desventaja preexistentes, por ejemplo, para las mujeres, personas indígenas, personas adultas mayores y niñas, niños y/o adolescentes⁴¹. En este sentido, la reparación además de integral debe ser emancipadora, lo cual impone el deber de facilitar la desvinculación de las víctimas de situaciones de subordinación y exclusión⁴².

1. RESTITUCIÓN

Considerando el carácter integral de los derechos humanos⁴³, la CNDH ha estimado primordial y necesaria como primera forma de reparación la restitución⁴⁴. En ese sentido, ha destacado las medidas de reparación que permitan restituir en su

³⁷ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, pp. 58 y 59.

³⁸ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 65.

³⁹ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 60.

⁴⁰ AGUIRRE Y ALARCÓN (2018), p. 126.

⁴¹ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 39/2017, p. 156.

⁴² BOLAÑOS Y QUINTERO (2022), p. 108.

⁴³ INFORME PREVIO EFECTO ÚTIL SOBRE LA CNDH MÉXICO.

⁴⁴ “Restituir las cosas al estado que guardaban, estrictamente, no solo es improbable, sino también imposible, porque la violación, con resultados materiales o formales (alteración de la realidad o afectación del derecho), constituyen un imborrable dato de la experiencia”, GARCÍA RAMÍREZ (2005), pp. 39 y 40.

totalidad los derechos conculcados. Su finalidad es el restablecimiento de las condiciones materiales y jurídicas (de derechos), al estado previo de la afectación, procurando en la mayor medida de las posibilidades un *status quo ante*⁴⁵. A su vez, en seguimiento de la Ley General de Víctimas, la CNDH ha señalado que “la restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados” (artículo 31).

Sobre ello, las recomendaciones que se formulan tienen una labor relevante pues deben incluir las medidas que procedan para lograr la efectiva restitución de los afectados en sus derechos fundamentales y las relativas a la reparación de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado⁴⁶. El objetivo de este tipo de reparación en el sistema no jurisdiccional es promover la justicia y remediar las violaciones manifiestas, tanto de las normas internacionales como de las normas nacionales de derechos humanos. En consecuencia, debe ser adecuada, efectiva y rápida, además de proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido⁴⁷.

Ahora bien, a lo largo del período 1990-2019, la plena restitución se ha detectado con especial énfasis en asuntos ambientales o de comunidades indígenas, sobre todo en lo que concierne a la reparación colectiva. Un ejemplo de ello son las situaciones identificadas por la CNDH que propiciaron impactos negativos sobre los derechos de una colectividad, derivados de la contaminación por actividades empresariales. En tales casos, declaró que “resulta imperativo aclarar que el goce y ejercicio del derecho humano a un medio ambiente sano, y por ende, a su restitución, no sólo se atribuyen a quienes denuncien las afectaciones, sino que se hace extensivo a todos los individuos aquejados por los desequilibrios ambientales”⁴⁸. Y más adelante, para facilitar las medidas de restitución, recomendó que “tanto el ayuntamiento de Jiutepec como el de Emiliano Zapata, realizaran permanentemente acciones de limpieza, mejoramiento y mantenimiento de avenidas, calles, banquetas y demás espacios públicos de la colonia Calera Chica; asegurando el retiro del material particulado sedimentado proveniente de la acumulación de derrames de materiales de construcción en la vía pública, por parte de operadores de camiones de carga”⁴⁹.

El mismo análisis jurídico se sigue en otros casos contenidos en las Recomendaciones 8/2002, 37/2003, 54/2004, 81/2004, 23/2015, 48/2015, 34/2018, 62/2018, 90/2018 y 20/2019. Resaltan las de 2015, debido a que en ellas, las medidas de restitución fueron en el sentido de realizar una consulta previa así como

⁴⁵ RECOMENDACIONES DE LA CNDH 48/2015, pp. 60 y 61, 28/2015, pp. 60 y 61.

⁴⁶ RECOMENDACIONES DE LA CNDH 21/2011, pp. 20 y 21, 45/2013, p. 12, entre otras.

⁴⁷ La violación a los derechos es la hipótesis normativa acreditable y declarable, mientras que la reparación es la consecuencia jurídica de aquélla. Véase GARCÍA RAMÍREZ (2005), p. 38.

⁴⁸ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 26

⁴⁹ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 34/2018, p. 161.

acciones de limpieza y mejoramiento de espacios públicos, a fin de reparar no solo a quienes denunciaron las afectaciones, sino a todas las personas aquejadas por los desequilibrios ambientales.

Finalmente, la plena restitución se ha detectado, a su vez, en aquellos asuntos en los que la CNDH ha recomendado a la autoridad devolver los montos pagados con motivo de omisiones administrativas que han contravenido los principios de legalidad y seguridad jurídicas, como sucedió en los casos sobre la regularización de bienes inmuebles en las Recomendaciones 13/1991, 117/1994, 55/1995, 157/1995, 165/1995, 24/1997, 108/1998 y 52/2016.

2. CESACIÓN

La CNDH suele separar las medidas de cesación de las de restitución, a diferencia de lo que ocurre a nivel interamericano, en las que la Corte IDH acostumbra incluir dentro de las medidas de restitución aquellas necesarias para hacer cesar⁵⁰ los efectos de las acciones violatorias de la Convención Americana.

Aunque de manera escasa, es común que en los casos en que la CNDH ha recurrido a estas medidas, lo haya hecho con el objetivo de poner fin a todos los actos u omisiones constitutivos de violaciones a derechos humanos⁵¹. Así, ha recomendado, por ejemplo, sobre violaciones a los derechos ambientales, realizar un inventario de las empresas e industrias identificando el ramo al que pertenecen, identificar las diferentes fuentes de sus emisiones, establecer sistemas de verificación permanentes en las empresas o industrias, verificar el cumplimiento de la normativa ambiental, establecer un sistema de monitoreo de la calidad del aire, entre otras. Esta fórmula se ha observado en las Recomendaciones 48/2015 y 47/2018, sobre la urgente necesidad de hacer cesar los efectos nocivos y contaminantes con la imposición de específicas y estrictas medidas sanitarias y de control tendientes a proteger la calidad ambiental, el bienestar general y, particularmente, la salud y demás derechos que por interdependencia resulten susceptibles también de afectación⁵². Inclusive, con el fin de evitar que se sigan emitiendo gases de combustión por la quema de los residuos, así como la contaminación de los suelos y agua por su inadecuada disposición, la CNDH ha considerado pertinente incluir dentro de las medidas de cesación el cierre y clausura del sitio de disposición final materia de los hechos⁵³.

Por último, un caso que ha llamado la atención, es el relativo a las afectaciones a los derechos a la educación, debido al paro de labores docentes en varias escuelas primarias y secundarias en el Estado de Oaxaca. En esa ocasión, la intervención de la CNDH en la Recomendación 41/2014, se realizó con el propósito de ordenar el inicio del ciclo escolar a la brevedad posible, a fin de cesar los agravios a los derechos

⁵⁰ *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras* (2015): Corte Interamericana de DD. HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 304.

⁵¹ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 61.

⁵² RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 47/2018, pp. 58 y 59.

⁵³ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 47/2014, p. 12; 10/2017, p. 150; 47/2018, p. 101.

de los niños oaxaqueños. Lo anterior en una muestra de la diversidad de casos en los que la CNDH ha interpuesto la cesación como medida de reparación.

3. INDEMNIZACIÓN O COMPENSACIÓN

La indemnización o compensación como otra forma de reparación de las violaciones a los derechos humanos, ha sido la primera y más usada por la CNDH en sus recomendaciones. En efecto, ya la Recomendación 88/1994 estableció que “en términos de equidad, proveer la reparación del daño [...] otorgando dicho pago a quien tenga el derecho de recibirlo”. Esta situación, sin embargo, siempre se complementó con otras medidas, aunque en esa época nunca fueron identificadas ni nombradas. De manera que la posibilidad de otorgar un pago justo a las personas como “un elemento más de la reparación integral”⁵⁴, como actualmente sucede, tiene como fundamento o base la práctica interamericana.

Así, en la actualidad es común que la CNDH guíe sus estándares reparatorios siguiendo la jurisprudencia nacional e interamericana. Por ejemplo, al disponer que, en algunos casos, el estándar de reparación integral puede alcanzarse mediante una indemnización, como lo prevé el párrafo segundo del artículo 113 constitucional, siempre y cuando no pueda restablecerse a la persona afectada a la situación en que se encontraba antes de la violación y la medida indemnizatoria o compensatoria sea suficiente para considerarla justa⁵⁵. Contrariamente, si en otros casos la indemnización fuera insuficiente para alcanzar el estándar de reparación integral, las autoridades competentes deben garantizar medidas adicionales que sean necesarias y suficientes para reparar integralmente a las personas por los daños materiales o inmateriales derivados de la actividad administrativa irregular del Estado que impliquen violaciones a sus derechos humanos⁵⁶.

También derivado de los cánones interamericanos, la CNDH ha entendido a la indemnización como “la reparación del daño causado sea material o inmaterial y permite compensar con un bien útil la pérdida o el menoscabo de un bien de la misma naturaleza e incluso de una diferente”⁵⁷. En relación con los daños materiales, el mismo Órgano Nacional ha recurrido, de manera general, al estándar conocido sobre el daño emergente y el lucro cesante. Para ello, ha reconocido que el pago debe concederse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables⁵⁸.

En la práctica, sin embargo, la CNDH no acostumbra señalar ni cuantificar por ella misma el monto de la indemnización, sino que recomienda hacerlo a la autoridad de manera coordinada con la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas a nivel federal. Como ejemplo puede se observar la Recomendación 24/2015, sobre

⁵⁴ CALDERÓN (2015) p. 24.

⁵⁵ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 59.

⁵⁶ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 60.

⁵⁷ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 13/2015, p. 44.

⁵⁸ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 22/2015, p. 41.

la inadecuada atención médica y pérdida del producto de gestación de una mujer en la Ciudad de México.

Por otro lado, en relación con los daños inmateriales, se detectó que, a partir de 2016, concretamente de la Recomendación No. 61, la CNDH estableció parámetros propios para la cuantificación de cualquier monto consistentes en los derechos violados, la temporalidad, el impacto biopsicosocial que incluye el estado psicoemocional de las víctimas en su privacidad e integridad psicofísica, en su esfera familiar, social y cultural, en su esfera laboral y profesional, en su situación económica y en su proyecto de vida, y las consideraciones especiales atendiendo a las condiciones de discriminación o vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres, personas indígenas, menores y personas en situación de pobreza. Para estos grupos, la CNDH suele referirse a una reparación reforzada⁵⁹, o lo que es lo mismo, transformadora⁶⁰, en términos de la jurisprudencia interamericana.

En cuanto al proyecto de vida, este es el que más popularidad ha tenido, pues tiende hacia una justicia restaurativa⁶¹ y contempla “la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, actitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas, se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para condicionar su vida y alcanzar el destino que se propone, e implica la pérdida o grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal en forma irreparable o muy difícilmente reparable”⁶².

Sobresalen dos Recomendaciones en atención a ese concepto, la 52/2015 y la 61/2016, sobre la violencia obstétrica e inadecuada atención médica así como la esterilización forzada que sufrieron dos mujeres. En esos casos, la CNDH fue clara al manifestar que la vulneración a su derecho a elegir el número de hijos y su esparcimiento, sobre todo de aquella mujer perteneciente a una comunidad indígena, les generó un daño a su integridad física y su expectativa futura en relación con su capacidad y autonomía reproductiva. Razón por la que, en ambos casos, la autoridad debía otorgarles un monto específico adicional, por el daño provocado.

Es de notar que la noción de daño al proyecto de vida fue desarrollada por primera vez en sede interamericana, en el Caso Loayza Tamayo y se consolidó después en el *Caso Cantoral Benavides*⁶³, por lo que se trata de una figura traída por la CNDH a sede nacional que ha sido útil para abordar casos como los descritos.

Por su parte, el término reparación o protección reforzada fue empleado por primera vez en la Recomendación 37/2015 sobre la violación a los derechos a un nivel de vida adecuado, a la salud y al desarrollo integral de los pueblos y comuni-

⁵⁹ Recomendación de la CNDH 18/2016, p. 58, 28/2016, p. 35, 61/2016, p. 42.

⁶⁰ GONZÁLEZ Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO (2009): Corte Interamericana de DD. HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 205.

⁶¹ MÉNDEZ Y HERNÁNDEZ (2020), p. 20.

⁶² RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 61/2016, pp. 42 y 43.

⁶³ CALDERÓN (2015), p. 40.

dades indígenas, en agravio de los jornaleros agrícolas de un albergue comunitario establecido en Michoacán. En esa ocasión, la CNDH refirió que “los jornaleros agrícolas migrantes y sus familias, la necesidad de migrar para encontrar fuentes de trabajo y el rezago social en el que se encuentran, convierten a este núcleo social en uno de los más vulnerables de la población en nuestro país, por tal razón, se requiere de una protección reforzada, así como la atención específica por parte del Estado para lograr su bienestar y cubrir sus necesidades básicas”⁶⁴.

Se trata, por tanto, de una equivalencia en cuanto a la reparación transformadora empleada por la Corte IDH, a través de la cual, ese Tribunal ha pretendido la realización de la justicia desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de las víctimas⁶⁵, así como poder cambiar las circunstancias que originaron las violaciones o, por lo menos, generar nuevas oportunidades, a través de un efecto restitutivo, para contribuir al cambio y facilitar la promoción social de ellas y de sus familiares⁶⁶.

Por último, se ha detectado que, en algunas Recomendaciones sobre la protección a los derechos a la salud, la CNDH ha sustituido el término de indemnización por el de compensación, siendo este último término el mejor valorado para aquellos bienes intangibles cuya tasación puede ser más difícil de determinar. Como ejemplos pueden citarse las Recomendaciones siguientes: 24/2015, 29/2015 y 60/2016. En ninguna de ellas la diferencia del término representó un cambio sobre los derechos de las víctimas a obtener un pago monetario.

4. REHABILITACIÓN

La reafirmación de la reparación integral del daño admite una variedad de remedios como una muestra de la pluralidad de la naturaleza de los derechos conculcados. Así, por tanto, otra medida adicional es la rehabilitación. Las recomendaciones de la CNDH dispusieron, desde temprana fecha, este tipo de medida basada, sobre todo, en la atención médica y psicológica. Véanse por ejemplo las Recomendaciones 27/1995, 134/1995, 135/1995, 142/1995, 143/1995, 144/1995, 147/1995 y 155/1995, las que, entre otras acciones, ordenaron el tratamiento integral y programas de rehabilitación para pacientes adictos a drogas en la Penitenciaría de Chihuahua, dotar de medicamentos psiquiátricos a las personas con padecimientos mentales en Aguascalientes y proporcionar servicios médicos y odontológicos en Campeche.

Esta medida de reparación también ha previsto la provisión sin costo de medicamentos, considerando las circunstancias y necesidades particulares⁶⁷ de las personas, así como la atención de los servicios sociales. Todo ello siguiendo con lo establecido en el Numeral 21 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho

⁶⁴ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 37/2015, p. 14.

⁶⁵ CANÇADO (2010) p. 207.

⁶⁶ BERISTAIN (2008) p. 344.

⁶⁷ En la RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 39/2017, pp. 157 y 158.

de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. En esos y otros casos, la CNDH ha señalado la necesidad de brindar este tipo de atención por personal especializado hasta demostrar que se ha logrado una recuperación total y que no hay secuelas de los hechos victimizantes vividos⁶⁸.

Ahora bien, la rehabilitación ha sido una de las medidas más recurrentes para tratar de remediar las vulneraciones a los derechos y las libertades fundamentales en los casos sobre torturas y Desplazamiento Forzado Interno (DFI) en México. Como ejemplo se puede citar la Recomendación 39/2017, en la que la CNDH solicitó a la autoridad realizar un censo de las personas desplazadas a fin de poder determinar la gravedad del fenómeno y cuantificar a quienes habría que garantizar sus derechos. En este caso, la actitud de la CNDH fue la de ordenar la implementación de un programa de atención que consistía en acciones y lineamientos con el fin de que las personas desplazadas tuvieran acceso inmediato a ayudas tales como alojamiento, salud y alimentación, atención médica y psicológica, así como las de integración a programas sociales, de forma gratuita y por el tiempo que fuera necesario. Todo ello a fin de contrarrestar su sufrimiento debido al desplazamiento forzado del que fueron víctimas.

Este caso es emblemático porque en México, hasta antes de 2016, no se contaba con un registro nacional de personas desplazadas ni tampoco con una legislación marco que estableciera las facultades de las autoridades y la atención de las víctimas en esa situación⁶⁹. Lo que ocasionaba que la autoridad fallara en la tutela y garantía a sus derechos. Por tanto, a partir de esa Recomendación y del Informe Especial sobre Desplazamiento Forzado Interno en México realizado por la CNDH también en 2016, se pudo identificar a las personas desplazadas a través de su nombre y apellido, especificando el sexo y la edad de cada una de ellas, la identificación de sus localidades de origen o del lugar del cual fueron forzadas a desplazarse, la fecha en la que comenzó su desplazamiento y el lugar o lugares a los cuales se habían desplazado desde ese momento⁷⁰.

Así también, la CNDH ordenó a la autoridad la elaboración de un diagnóstico que contuviera los lugares donde en ese momento se encontraban las personas desplazadas, la distancia de esos lugares de las cabeceras municipales de los Estados, las personas que requirieran una atención prioritaria por su edad, condición de discapacidad o por tener alguna deficiencia en su salud que requiriera atención inmediata, las causas del desplazamiento, qué posesiones tenían y en donde estaban ubicadas, la atención que habían recibido por parte de las autoridades y, finalmente, la identificación de factores estructurales y temporales que hubieran contribuido a

⁶⁸ RECOMENDACIONES DE LA CNDH 10/2015, p. 30; 12/2015, p. 35; 14/2015, pp. 51 y 52; 17/2015, p. 21, entre otras.

⁶⁹ CNDH. INFORME ESPECIAL SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO (DFI) EN MÉXICO.

⁷⁰ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 39/2017, pp. 158 y 159.

potencializar su situación de vulnerabilidad. Tanto la información del censo como del diagnóstico serviría como antecedente para que, un año después en 2017, se llevara a cabo la inscripción de las personas desplazadas en el Registro Nacional de Víctimas (RENAVI)⁷¹.

Aún más, dispuso las modalidades de tiempo para el cumplimiento tanto del censo como del diagnóstico, en un plazo máximo de seis meses, lo que supuso que las autoridades debían cumplir con los requerimientos de la recomendación, dentro del plazo dispuesto. Por ejemplo, enviando información detallada sobre los avances en la realización del censo, los documentos donde constara el cronograma de las acciones que iban a llevar a cabo para la realización del diagnóstico y la terminación de cada uno de ellos en el tiempo determinado⁷², con el fin de que la CNDH calificara tal recomendación de cumplida en su totalidad. En esta ocasión la CNDH fue tan cuidadosa que agregó la expresión “este punto recomendatorio se tendrá por cumplido cuando [...]”, seguido de las acciones que debían realizarse por la autoridad. De modo que los puntos recomendatorios parecieron condiciones impuestas por la CNDH y sin las cuales no habría cumplimiento total.

Cabe mencionar que esta particularidad se detectó con mayor frecuencia a partir de 2017 en la Recomendación No. 33, en la que la Comisión incluyó dos apartados solo para señalar las formas en que las autoridades debían dar cumplimiento a los puntos recomendatorios⁷³.

5. SATISFACCIÓN

Otra medida para reparar vulneraciones a los derechos humanos en el sistema nacional no jurisdiccional es aquella dirigida a mitigar las afectaciones de índole inmaterial por la omisión de los actos u omisiones constitutivos de responsabilidad, con la finalidad de reconocer y restablecer la dignidad de los agraviados⁷⁴. Como se mencionó previamente, la CNDH optó por identificar estas y otras medidas de reparación en apartados específicos, de manera que fueran más claras y visibles para la autoridad. Así, por ejemplo, en un apartado denominado “otras medidas de reparación”, la CNDH ha estimado conveniente, como un efecto de las medidas de satisfacción, que sus recomendaciones constituyen *per se* una forma de reparación⁷⁵, a la vez que ha ordenado la publicación del texto íntegro de la recomendación en

⁷¹ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 39/2017, p. 159.

⁷² Así, se dispuso “se tendrá por cumplido en el momento en que las autoridades demuestren que han implementado por lo menos el 30% del programa de atención, en un lapso que no deberá exceder los seis meses, en relación con el ejercicio de las personas desplazadas a su derecho a las ayudas inmediatas”. RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 39/2017, pp. 159 y 160.

⁷³ Véanse los apartados H e I respectivamente: “H. Formas de dar cumplimiento a los puntos recomendatorios dirigidos al Gobernador Constitucional del Estado de Baja California y al Comisionado Nacional de Seguridad” e “I. Formas de dar cumplimiento a los puntos recomendatorios dirigidos al Procurador General de la República”, en la RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 33/2017, pp. 83 y ss.

⁷⁴ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 64.

⁷⁵ RECOMENDACIONES DE LA CNDH 48/2015, p. 64.

páginas oficiales⁷⁶. Lo anterior, en claro seguimiento a la forma de reparación ordenada por la Corte Interamericana.

La actitud de implementar en la práctica la difusión de una recomendación como medida de reparación tiene como finalidad lograr efectos tanto en lo inmediato como en lo mediato. En lo inmediato, la CNDH busca llamar la atención de la autoridad sobre la emisión de una recomendación en su contra para que tenga oportunidad de remediar su conducta; en lo mediato, el propósito es difundir una cultura en derechos humanos⁷⁷, o como también se ha dicho, “que el mal perpetrado que se extiende en el tejido social, no se trasmita a los descendientes de los familiares de las víctimas fatales”⁷⁸.

Esta forma de reparación por satisfacción a cargo de la CNDH ha incluido, entre otras, las medidas siguientes: la verificación de los hechos en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones, la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad y la revelación pública y completa de la verdad (verdad histórica de los hechos)⁷⁹, una declaración oficial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima, una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades, conmemoraciones y homenajes a las víctimas, aprobar planes de emergencia para enfrentar disturbios en los centros de reclusión⁸⁰ y la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como la inclusión de estos contenidos en el material didáctico de todos los niveles⁸¹.

Por otra parte, desde sus inicios, la CNDH ha dispuesto iniciar procedimientos de investigación⁸², reabrir averiguaciones previas en donde se practicaran las diligencias procedentes⁸³, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones incluyendo aquellas que procedan a suspender de algún cargo a una persona por su mal comportamiento⁸⁴ y, especialmente, la colaboración amplia con esa Comisión Nacional en el trámite de quejas y otros

⁷⁶ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, pp. 64 y 65.

⁷⁷ GONZÁLEZ (2019).

⁷⁸ ÇANCADO (2010), p. 211.

⁷⁹ PÉREZ (2021), p. 13.

⁸⁰ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 98/1995.

⁸¹ RECOMENDACIONES DE LA CNDH 13/2015, p. 43, 22/2015, p. 41 y 52/2015, p. 30, entre otras.

⁸² RECOMENDACIONES DE LA CNDH 93/1995, 94/1995, 95/1995 y 98/1995.

⁸³ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 96/1995.

⁸⁴ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 97/1995.

procedimientos⁸⁵, como guía para las autoridades responsables a fin de que puedan determinar la reparación del daño en los casos de naturaleza penal, sobre todo en aquéllos que versan sobre la protección de los bienes jurídicos imprescindibles como la vida, la integridad y la seguridad personales⁸⁶.

De lo anterior se advierte que, las medidas de satisfacción pueden ser amplias y variadas, pues se emiten con el objetivo de reintegrar la dignidad de las víctimas y reorientar su vida y memoria⁸⁷. En definitiva, el establecimiento de medidas de esta índole permiten a las víctimas encontrar una solución adecuada y proporcional a la violación de sus derechos, lo mismo que a las autoridades tomar soluciones equivalentes en grado y forma a la violación cometida.

6. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Existen otras medidas que se han empleado por la CNDH cuando los efectos reparadores van más allá de las víctimas y sus familiares y, por lo tanto, se proyectan sobre toda la sociedad⁸⁸. Su finalidad es la no repetición de los actos u omisiones materia de responsabilidad, de manera que, además, se trata de prevenir y actualizar una situación, a través de la adopción de determinadas garantías⁸⁹. El deber de prevenir abarca medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos⁹⁰, por tanto, es normal que puedan consistir en acciones encaminadas a fomentar el conocimiento de los derechos humanos y los hechos que propiciaron sus vulneraciones⁹¹.

En estos asuntos, la CNDH ha optado por establecer medidas que busquen evitar cualquier conducta que haga surgir de nueva cuenta la violación a los derechos fundamentales. De esta manera, se puede afirmar que las recomendaciones tienen un efecto general o *erga omnes*⁹², al menos para las autoridades de una misma institución o sector. De conformidad con ello, en algunos casos sobre violaciones al derecho a la educación y el interés superior de la niñez, la CNDH ha recomendado la educación, de modo prioritario y permanente a todos los sectores de la sociedad, respecto de los derechos humanos y la función social de la educación básica, la capacitación a todos los servidores públicos y trabajadores de la educación, la revisión, reforma e incluso la formulación de leyes, normas u ordenamientos legales que contribuyan a la observancia de esos derechos⁹³.

⁸⁵ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 13/2015, p. 43.

⁸⁶ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 22/2015, pp. 41 y 42.

⁸⁷ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, A/60/147.

⁸⁸ AYALA (2007), p. 136.

⁸⁹ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 63.

⁹⁰ VERDÍN (2020), p. 344.

⁹¹ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 62/2018, p. 304.

⁹² AYALA (2007), p. 165.

⁹³ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2019, p. 68.

Así ocurrió en los primeros años de su funcionamiento (Recomendación 22/1996), al ordenar la adecuación de la normativa local con el fin de frenar el número de actos contrarios a los derechos, en concreto sobre la operación del Centro de Readaptación Social de Tula, Hidalgo, en la cual la CNDH recomendó modificar el Reglamento de los Centros Preventivos a fin de que la sanción disciplinaria de aislamiento temporal no conllevara la suspensión de las visitas familiares. Más recientemente, en la Recomendación 61/2016, la CNDH determinó reparar los derechos a la integridad, la salud, la libertad y la autonomía reproductiva por el delito de esterilización forzada. En esta ocasión, la Comisión Nacional constató que el Código Penal para el Estado de Oaxaca no contenía esa infracción, por lo que solicitó al Ejecutivo Estatal presentar “una iniciativa de reforma para incluir esa conducta como un tipo penal y se enviaran a esa Comisión Nacional las constancias de su cumplimiento”.

Entre este tipo de medidas se ha solicitado también la impartición de cursos de sensibilización y formación en materia de derechos humanos, derivado de la inadecuada atención médica y los derechos a la salud. En especial, se ha dictado diseñar e impartir programas integrales de formación a fin de promover la actualización y especialización de las autoridades y fortalecer los valores éticos y morales de actuación en el servicio público, como sucedió en las Recomendaciones 142/1995, 2/2015, 5/2015, 7/2015, 10/2015, 11/2015. También se ha determinado realizar cursos de capacitación presenciales y en línea y manuales, con el fin de difundir ampliamente la cultura de la legalidad⁹⁴, sobre todo en casos de abusos y agresiones sexuales.

De esta manera, la CNDH ha buscado que, a través de la aprobación de nuevas leyes, las autoridades puedan cumplir con sus obligaciones tanto constitucionales como convencionales, en una especie de contención, antes de que la situación jurídica no sea resuelta en el ámbito doméstico y llegue al espacio internacional. Esta actitud también sigue lo que la Corte IDH ha ordenado en sus sentencias sobre adoptar, modificar o dejar sin efectos determinadas leyes, como ha sucedido, entre otros, en el *Caso Barrios Altos* (2001), *Caso Última tentación de Cristo* (2001), *Caso Yatama* (2005), *Caso Usón Ramírez* (2009), *Caso Radilla Pacheco* (2009), y más recientemente en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas* (2014).

IV. MANIFESTACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA NO JURISDICCIONAL

Como se ha analizado en los apartados previos, el derecho a la reparación en el sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México, tuvo como base el activismo de la CNDH. De esta manera, pese a que nunca abordó ni desarrolló un concepto propio de reparación, sí propuso diversas medidas reparatorias y reconoció la calidad de víctimas a otras que no fueran las víctimas directas, como los familiares. Así se puede observar, por ejemplo, desde sus

⁹⁴ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 4/2015, pp. 34 y 35.

primeros años, en cuyas recomendaciones se señalaba el pago de una indemnización “a quienes tuvieran derecho a ello”⁹⁵. Y, junto a eso, en ciertas ocasiones, iniciar procedimientos, ejercer acciones penales, cumplir órdenes de aprehensión, revocar acuerdos de no responsabilidad, entre otras.

La situación descrita evolucionó en 2011 con la apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México, concretamente, a partir de la reforma al artículo 1° de la Constitución federal. Desde entonces y más específicamente a partir de 2014, la CNDH acercándose a la jurisprudencia interamericana en la protección y tutela de los derechos humanos, ha identificado, nombrado e imitado diversas medidas de reparación, hasta formar el nutrido catálogo de medidas de reparación como respuesta a los tipos de casos y situaciones que han sido de su conocimiento⁹⁶. Dos son los aspectos que la CNDH ha procurado en seguimiento de los cánones interamericanos: que la reparación a nivel nacional sea idéntica a aquella, esto es, integral, derivado del artículo 63.1 de la Convención Americana, y que la reparación sea considerada como un derecho para las víctimas y una obligación para el Estado mexicano.

En relación con el primer aspecto, esto es, para que la reparación sea integral a nivel interno, la CNDH ha tenido en cuenta que la violación a los derechos fundamentales constituye una hipótesis normativa acreditable y declarable, por lo que la reparación es la consecuencia jurídica más próxima, cuyo carácter, siempre compensatorio, será determinado tanto por la naturaleza como por las características de las violaciones a tales derechos⁹⁷. Siguiendo esa lógica, la reparación integral debe comprender, en primer lugar, diversas medidas que satisfacen los fines de la reparación en relación con la afectación sufrida y, en segundo lugar, que tales medidas resulten esenciales para la restitución y observancia de los derechos humanos conculcados en contra de las víctimas⁹⁸, o lo que es lo mismo, que sea adecuada y efectiva.

Así, por tanto, para que una reparación logre ser verdaderamente adecuada y efectiva (y no ilusoria)⁹⁹, la CNDH ha manifestado la concurrencia de determinados principios, por ejemplo, el que promueva la justicia y remedie las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos¹⁰⁰. También que debe ser proporcional a la gravedad del daño sufrido y a las circunstancias de cada caso. Para ello es necesario que cumpla con ser restitutoria, indemnizatoria, rehabilitadora, compensatoria, satisfactoria, no se repita en el futuro, se investiguen los hechos, así como se identifiquen, juzguen y, en su caso, se sancionen a los responsables¹⁰¹.

⁹⁵ Véase apartado III. 3 de este trabajo.

⁹⁶ CARMONA (2021) p. 104.

⁹⁷ GARCÍA RAMÍREZ (2007) p. 303.

⁹⁸ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 17/2015, p. 20.

⁹⁹ GARCÍA RAMÍREZ (2005) p. 7.

¹⁰⁰ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 59.

¹⁰¹ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 59.

Este criterio ha sido reiterado con más fuerza en las recomendaciones emitidas después de 2015, en las que, incluso, la CNDH ha señalado a las Comisiones Estatales la necesidad de que incluyan medidas de reparación del daño a favor de las personas que sufrieron violaciones a sus derechos humanos como consecuencia de las acciones y omisiones de los servidores públicos estatales¹⁰². En otras ocasiones, se ha observado, la actitud de la CNDH para solicitar, también a las Comisiones Estatales, modificar su propuesta de medidas de reparación para incluir aquéllas concretas y proporcionales en relación con el carácter de la violación sufrida:

“la omisión de solicitar la reparación del daño a las víctimas en la Recomendación en comento implica que la Comisión Estatal no consideró los instrumentos protectores de derechos humanos en perjuicio de [...]. Por lo tanto [...] es procedente recomendar a la Comisión Estatal modifique la Recomendación CDHEQROO/016/2014/VG-II, a fin de que se incluya la solicitud de medidas encaminadas a la reparación del daño acorde a las violaciones sufridas y a la no repetición de los hechos violatorios a derechos humanos¹⁰³.”

Ahora bien, en cuanto al segundo aspecto que la CNDH ha tenido en cuenta de la jurisprudencia interamericana, es que la reparación es un derecho fundamental e irrenunciable¹⁰⁴ para las víctimas y, de manera paralela, un deber para el Estado. A su vez, debe existir de manera adicional a la determinación de los actos u omisiones por parte de los servidores públicos constitutivos de violaciones a los derechos humanos, a fin de garantizar el goce y ejercicio de esos derechos conculcados¹⁰⁵. Tal situación se justifica en tanto que la sola acreditación o señalamiento de los responsables en una recomendación no sería suficiente ni garantizaría por sí mismo a las víctimas de ver remediados sus derechos. Esto es, el efecto útil y práctico de una recomendación debe incorporar formas específicas y concretas de resarcir los daños sufridos por las víctimas, como una forma de compensación a esos daños. De lo contrario, el propósito de las recomendaciones estaría incompleto, al acreditar las violaciones¹⁰⁶, pero sin reconocer la manera más adecuada de remediarlas.

Por lo anterior, en el cumplimiento de este objetivo, la CNDH ha procurado que las reparaciones sean acordes tanto con instrumentos nacionales como internacionales. Esta situación, sin embargo, no fue considerada así desde su origen, sino que, con el tiempo se fue perfeccionando hasta contener en la actualidad un marco de referencia al ordenar reparaciones de carácter integral, formado tanto por instrumentos internacionales de carácter universal y regional como por la legislación nacional mexicana. Pues tales disposiciones coinciden en establecer que el pleno goce de los derechos humanos no se limita a su reconocimiento, sino amerita que las au-

¹⁰² RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 17/2015, p. 20.

¹⁰³ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 17/2015, pp. 20 y 21.

¹⁰⁴ VERDÍN (2020) p. 343.

¹⁰⁵ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 48/2015, p. 58.

¹⁰⁶ ALFONZO (2015) p. 51.

toridades adopten todas las medidas necesarias para prevenir prácticas que atenten contra ellos¹⁰⁷.

Así, a nivel nacional, las reparaciones dictadas por la CNDH se han basado en el artículo 1º constitucional, párrafo tercero, sobre el deber de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. A su vez, la CNDH suele citar la obligación del Estado mexicano de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley, conjuntamente con los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁰⁸.

A nivel internacional, la CNDH suele seguir instrumentos de carácter universal como los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. Cuestión similar sucede con la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y de Abuso de Poder, la cual señala en su punto cuarto que las víctimas tendrán acceso a una pronta reparación del daño sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

En cuanto al ámbito interamericano, la CNDH toma como referencia, en primer lugar, el *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina* de 1998, en el que el máximo Tribunal dispuso la reparación como un término genérico que comprende las diferentes formas en que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Así, variando los modos específicos de reparar según la lesión producida, desde la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas u otras¹⁰⁹. Otros casos relevantes sobre el derecho a la reparación en los que la CNDH ha basado su motivación son el *Caso Velásquez Rodríguez*, sobre los daños materiales e inmateriales, el *Caso Loayza Tamayo*, sobre las diferentes formas de reparación, el *Caso González y otras*, sobre la vocación transformadora de las reparaciones, el *Caso de la Masacre de las Dos Erres*, sobre el carácter colectivo de los daños, el *Caso Paéz*, que establece a la reparación como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, el *Caso Barrios Altos* que reconoció el derecho a la verdad como medida de reparación a las víctimas, el *Caso Montero Aranguren*, sobre medidas de no repetición, el *Caso Bámaca Velázquez*, relativo al daño material, entre otros.

Es así que, actualmente, la emisión de una recomendación en tanto resultado de una investigación por parte de la Comisión Nacional, puede acreditar transgre-

¹⁰⁷ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 78/2017, p. 21.

¹⁰⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 04/2014, 1a. CLXII/2014, Décima Época, t. I.

¹⁰⁹ *GARRIDO Y BAIGORRIA VS. ARGENTINA* (1998): Corte Interamericana de DD. HH., Reparaciones y Costas, Serie C N° 39.

siones a derechos humanos atribuibles a servidores públicos y, al mismo tiempo, establecer medidas de carácter reparatorio ajustables a las normas procedimentales y finalidades establecidas constitucional, legal y convencionalmente¹¹⁰.

Por otra parte, cabe mencionar que, una forma en que la CNDH solía expresar las medidas de reparación, era en los puntos recomendatorios, siempre en términos muy generales. La situación cambió cuando la CNDH incluyó, por primera vez en su Recomendación 12/2015, un apartado exclusivo sobre la reparación del daño. Aunque de manera tardía, en esa ocasión, el apartado abarcó cuatro hojas e introdujo con gran detalle la obligación de las autoridades de reparar las violaciones a los derechos humanos de las víctimas, así de la siguiente manera:

“[las víctimas] tienen derecho a “recibir asesoría jurídica profesional gratuita [...] ser informadas [...] por el Ministerio Público [...] a recibir “atención y tratamiento médico o psicológico permanente [...] a que se le garantice la reparación de daños y perjuicios [...] a proteger su vida, integridad física, psicológica y moral [...] a recibir servicios victimológicos especializados [...] y la más amplia ayuda a las víctimas u ofendidos cuando se encuentran en precaria situación económica [...] y a que el Presupuesto de Egresos del Estado y de los Municipios incluirá el monto de las partidas [...] para cubrir las responsabilidades patrimoniales [...] y a que el Ejecutivo Estatal [...] deberá autorizar el traspaso de los montos presupuestales aprobados [...] para la responsabilidad patrimonial [...]”¹¹¹.

Este cambio de actitud de la CNDH va a ser especialmente relevante en relación con la presentación de las medidas de reparación en el futuro, pues en ellas se buscará confirmar de manera clara y precisa, los términos y alcances de una recomendación, al mismo tiempo que detallar las obligaciones a adoptar. De esta forma, lo que se evita es que la autoridad pueda alegar un contenido confuso de la recomendación que entorpezca su cumplimiento.

De todo lo anterior, se puede concluir que la formación de un derecho a la reparación en el sistema de protección no jurisdiccional en México ha pasado por dos períodos: el primero, desde que comenzó su funcionamiento en 1990 y hasta el 2011, caracterizado por un activismo propio y local de la Comisión Nacional en lo que respecta a las medidas para reparar el daño. Al inicio de este período, sin embargo, se hablaba todavía de garantías individuales¹¹² y no de derechos humanos, por lo que el reconocimiento de un derecho a la reparación y sus diversas formas de manifestación, eran aún lejanos. No obstante, desde entonces, las medidas dictadas suponían ya herramientas novedosas que no se limitaban al pago de una indemnización, como se ha visto previamente.

De hecho, la evolución que tuvo la labor de la CNDH fue notoria, tal y como muestra la Recomendación 110/1995, emitida a solo cinco años de su fun-

¹¹⁰ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 20/2018, p. 19.

¹¹¹ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 12/2015, p. 34.

¹¹² RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 115/1995.

cionamiento. En ella se dispuso que se modificara el reglamento interior del Centro de Readaptación Social en Colima, a fin de que las sanciones administrativas de aislamiento que se impusieran a las personas privadas de la libertad no excedieran el término constitucional, en un claro control no jurisdiccional de la Constitución, de acuerdo con sus facultades y sin ser un órgano judicial. Otro ejemplo es la Recomendación 104/1995, en la cual la CNDH recomendó nombrar un nuevo fiscal especial que continuara con la tramitación de las averiguaciones previas, señalando las características que esa persona debía cumplir, como “que sea jurista, que no tenga relación con servidores públicos o dependencias del gobierno y que posea reconocido prestigio nacional como abogado, capaz, experimentado y honesto”. Una vez elegido, se le debía dar una copia de la recomendación a efectos de que pudiera cumplir con ella.

El segundo momento de la evolución del derecho a la reparación en el sistema no jurisdiccional comenzó intensamente a partir de la recepción del derecho internacional en México, lo que supuso un paradigma en la forma de entender los derechos humanos, como ya se ha comentado antes. La CNDH siendo receptiva se transformó en una institución que adoptó y nacionalizó los remedios interamericanos que dictaba la Corte IDH.

Debe reconocerse, sin embargo, que estos dos períodos de manifestación y evolución del derecho a la reparación de la CNDH es una interpretación propia, por lo que no están claramente diferenciados. No obstante, existe cierta transición en cuanto al uso e interpretación de las fuentes interamericanas que hacen suponer esa división de manera más o menos general. Esto lo refuerza la Recomendación 150/1995, en la cual la CNDH ya se refería expresamente a la reparación del daño por responsabilidad médica, siendo ella misma la que determinaba el tipo de condiciones a la autoridad para el cumplimiento de sus recomendaciones.

Ahora bien, un hallazgo importante en esta investigación es el distinto origen que tuvo la adopción de medidas de reparación tanto para la Corte IDH como para la CNDH. Así, para el Tribunal Interamericano lo importante fue “escuchar a las víctimas acerca de sus necesidades, sus puntos de vista o las solicitudes que podrían tener en torno a las medidas de reparación que se les iban a otorgar”¹¹³. En general, eso le permitió conocer sus pretensiones e ir construyendo, de manera paulatina y autónoma, su decisión sobre las formas más pertinentes de reparación. Por su parte, la CNDH se enfocó en identificar el acto lesivo de los derechos teniendo en cuenta siempre su Ley interna, la cual establece que solo es posible recibir argumentos y pruebas y otros elementos de convicción a fin de determinar si las autoridades han violado o no los derechos de los afectados (artículos 42 y 44). Esta diferencia es importante en tanto que va a marcar el posterior desenvolvimiento de cada una de esas instituciones en materia de reparaciones.

¹¹³ RODRÍGUEZ (2022) p. 483.

Ahora bien, en cuanto al tipo de recomendaciones de la CNDH, de acuerdo con las formas de reparación dictadas, son constitutivas¹¹⁴ en contraposición a declarativas. Esto significa que las recomendaciones han contenido siempre, además de la declaración de la existencia de un relato oficial respecto de la violación a los derechos humanos y las infracciones en relación con la normativa nacional e internacional, ciertas acciones de reparación por parte de la autoridad destinataria, pese a que, al inicio, eran escasas, generales y cortas. Esta consideración ha servido para que, de manera paulatina, la CNDH pudiera ir orientando a las autoridades nacionales sobre una adecuada reparación, sobre todo en aquellos casos que implicaban la protección de bienes jurídicos imprescindibles. Por una parte, teniendo en cuenta que “las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos”¹¹⁵ y, por la otra, reconociendo que la infracción de una obligación internacional requiere, en la medida de lo posible, la plena restitución. Por lo que debe adoptarse “un criterio de equidad para la definición de las sumas que corresponden a la reparación de los daños materiales e inmateriales causados por la violación de Derechos Humanos”¹¹⁶.

Desde esta perspectiva, la CNDH ha logrado adoptar medidas tan diversas que responden a la restitución, la cesación, la rehabilitación, la satisfacción, la indemnización y las garantías de no repetición, cuando no ha sido posible en primer lugar la restitución. Así, las formas de reparación en el diseño del sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México y liderado por la CNDH han sido inspiradas y apreciadas, a nivel interno, más como garantías de transformación¹¹⁷, convirtiéndose en uno de los conceptos básicos influidos por los estándares interamericanos. Bajo esa lógica, la CNDH ha podido considerar a la reparación como un derecho en sí mismo, tomando como referencia en sus recomendaciones diversos casos, entre ellos el *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú* como el más común y abundante. Como se sabe, este es un principio constante en la jurisprudencia interamericana y no solo particular de ese caso. No obstante, cuando la CNDH cita por primera vez un asunto, es normal que lo replique en el futuro a lo largo de todas sus recomendaciones, como precisamente se muestra en este ejemplo.

Por último, un elemento coyuntural del derecho a la reparación en la protección no jurisdiccional que se ha podido detectar en este estudio, ha sido el carácter de víctimas consideradas por la CNDH como destinatarias de las medidas de reparación. Aquí la CNDH ha evolucionado el estándar nacional siguiendo el canon interamericano de reconocimiento del carácter de víctimas directas, indirectas, colectivas e, incluso, potenciales. Así, por ejemplo, la Recomendación 40/2014 fue la

¹¹⁴ Esta categorización se sigue de la propuesta por AYALA para el caso de las sentencias de la Corte IDH. Ayala (2007) pp. 137 y 138.

¹¹⁵ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 15/2015, p. 25.

¹¹⁶ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 39/2013, p. 19.

¹¹⁷ LONDOÑO Y HURTADO (2017) p. 727.

primera en incluir la denominación de víctima directa, la Recomendación 2/2015 la primera en referirse a las víctimas indirectas y la Recomendación 28/2016 incluyó a las víctimas potenciales como “aquellas posibles víctimas de algún delito”¹¹⁸. Con el fin de adoptar adecuadas medidas de reparación, se hace importante tener en cuenta estas distinciones.

V. CONCLUSIONES

La CNDH, en tanto órgano de protección de los derechos humanos en México, ha tenido un devenir social y jurídico interesante, teniendo como elemento común y caracterizador sus recomendaciones. Éstas se consideran decisiones jurídicas que exigen una obligación mínima en dos momentos: la de estudiarse al ser emitida (primer momento), y la de cumplirse una vez aceptada (segundo momento). La carencia de cualquiera debe estar justificada por la autoridad. Este sistema hace posible un control horizontal explícito entre instituciones para justificar sus decisiones, sin dejar a la sola voluntad de la autoridad su cumplimiento. No obstante, hay que precisar la necesidad de construir un sistema de seguimiento de recomendaciones público y actualizado en el que pueda observarse todo el proceso.

En cuanto al camino que ha recorrido el derecho a una reparación, bajo la figura del *ombudsperson* mexicano, ha sido lineal y continuo. En un primer momento, la adopción de medidas propias para la acreditación, corrección y reparación de los derechos humanos estuvo caracterizado por la indemnización como principal medida, aunque casi siempre estuvo acompañada de otras, como acciones gubernamentales consistentes en la prevención de futuros casos y el inicio de investigaciones, cuyos efectos trascendieron tanto a las víctimas como a sus familiares. Durante este primer período que abarca de 1990 a 2011, la CNDH no desarrolló un concepto propio de reparación ni tampoco pudo nombrar ni identificar las medidas que impuso a las autoridades, pero sí intentó que se homogeneizaran en todos los casos similares.

De manera adicional, se puede detectar un segundo período en la evolución del derecho a la reparación, a partir del 2014. Aquí, la asunción de la jurisprudencia interamericana fue un factor importante en esa evolución y para la actualización y perfeccionamiento¹¹⁹ de las medidas de reparación. De hecho, a partir de ese año se observa de manera constante e ininterrumpida la consideración del derecho a la reparación por la CNDH como un principio del derecho nacional, tal y como ha sido construido a nivel internacional por la Corte IDH, como su sello distintivo¹²⁰. Y se citará de esa manera en todas las recomendaciones de la CNDH hasta 2019, último año de análisis. De este momento, cabe destacar igualmente la influencia

¹¹⁸ RECOMENDACIÓN DE LA CNDH 28/2016, pp. 13 y 56.

¹¹⁹ CABRAL (2018) p. 301.

¹²⁰ RODRÍGUEZ (2022) p. 483.

activa y positiva¹²¹ de la jurisprudencia interamericana en la integralidad de las medidas, como muestra también de la pluralidad de la naturaleza de los derechos violados. Así, la CNDH ha observado de cerca e incluso ha imitado las formas de reparación interamericanas, lo que le ha permitido, en buena medida, consolidar su vocación de Institución Nacional de Derechos Humanos.

De este segundo período, la conclusión a la que se llega es que las reparaciones han sido una parte fundamental en la labor de la CNDH, cuya gestación ha tenido dos partes, una intrínseca y otra extrínseca. En la parte intrínseca o interna, se han observado elementos autóctonos o nacionales como el establecimiento de garantías de no repetición o el reconocimiento de víctimas indirectas, mientras que en la parte extrínseca o externa, destaca la influencia interamericana de la reparación integral como derecho y como obligación. De tal manera, que su construcción es producto de una confluencia o mestizaje jurídico nacional e internacional más que de una disyuntiva.

El aporte de haber incorporado estándares internacionales en las recomendaciones se detecta en la evolución de su calidad argumentativa y en el abanico de medidas dictadas, con el propósito de que sus destinatarios obtengan una reparación verdaderamente integral, emancipadora y correctiva. Esta situación se refleja a su vez en la cantidad de resoluciones que se emiten con un respaldo jurídico internacional al que pocas veces las autoridades nacionales pueden rechazar.

Existen, sin embargo, tres marcadas diferencias que se han podido detectar en esta investigación, en relación con las medidas de reparación dictadas en sede interamericana y las de sede nacional. La primera es que la CNDH ha querido separar las medidas de cesación de las de no repetición, en un intento por visibilizar los efectos concretos de ambas medidas. Así, la cesación tiene un efecto más urgente o inmediato, mientras que las garantías de no repetición pueden verse sus impactos a un mediano o largo plazo. La segunda diferencia es el término empleado en la adopción de determinadas medidas de reparación para grupos en situación de vulnerabilidad. Aquí la CNDH ha preferido referirse a una reparación reforzada en lugar de transformadora empleada por la Corte IDH, no obstante que la Ley General de Víctimas en México adopta el último término. La tercera diferencia y más notoria resulta en el origen de las medidas. Siendo a nivel interamericano producto del acercamiento a las víctimas y sus pretensiones y, a nivel nacional, como resultado de contrastar la información aportada por las partes y calificando el hecho ilícito. No obstante, una vez el devenir del sistema interamericano, fue influida de manera clara, ordenada y natural como parte de sus facultades constitucionales.

¹²¹ RODRÍGUEZ (2022) p. 483.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRRE CASTRO, Pamela y ALARCÓN PEÑA, Pablo (2018): “El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Foro Revista de Derecho*, N° 30: pp. 121-143.
- ALFONZO JIMÉNEZ, Armando (2015): “El *ombudsman* en México: el sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos más grande del mundo”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos Humanos* t. V, vol. 1 (México, UNAM-IIJ), pp. 47-78.
- ARÉVALO-RAMÍREZ, Walter y ROUSSET SIRI, Andrés (2023): “Resistencia y retroceso (*backlash*) contra las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estudio de 11 casos de reacciones de los Estados a la autoridad del tribunal y la recusación de jueces en el caso Bedoya Lima”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 16: pp. 131-170.
- AYALA CORAO, Carlos M. (2007): “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 1 (Chile, Universidad de Talca) pp. 127-201.
- BERISTAIN, Carlos Martín (2008): *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*, t. II (San José, IIDH).
- BOLAÑOS ENRÍQUEZ, Tania Gicela y QUINTERO, Diana Patricia (2022): “Función transformadora y emancipadora de la reparación integral: la búsqueda incesante de la justicia y la igualdad”, *Estudios Constitucionales*, Vol. 20, N° 2 (Chile, Universidad de Talca): pp. 105-131.
- CABRAL, Pablo Octavio (2018): “El proceso contencioso administrativo frente al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos”, *Derechos en Acción*, Año 3, N° 6: pp. 297-347.
- CALDERÓN GAMBOA, Jorge F. (2015): *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (México, CNDH).
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2010): “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en. Materia de reparaciones”, en VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR Eduardo y Morales ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, t. II (México, UNAM-IIJ-Max-Planck-Institut-IBDC), pp. 189-214.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises (2021): “Las vías interestatales para cumplir las medidas de reparación derivadas de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La imperiosa necesidad de un marco jurídico e institucional específico y eficaz en favor de las víctimas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año LIV, N° 160 (México, UNAM),: pp. 99-154.
- CARPIZO, Jorge (2014): “El sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en México: algunas preocupaciones”, en VÁZQUEZ RAMOS, Homero (coord.), *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales* (México, UNAM-IIJ).

- CNDH. Informe Especial sobre Desplazamiento Forzado Interno (DFI) en México. Disponible en: <http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=15008>. Fecha de consulta: 5/06/2023.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, PRIMER INFORME SEMESTRAL, JUNIO-DICIEMBRE DE 1990. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/informes/anuales/90-91/Primer-Informe-Semestral-junio-diciembre-1990.pdf>. Fecha de consulta: 2/05/23.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, PRIMER INFORME SEMESTRAL. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/informes/anuales/90-91/Primer-Informe-Semestral-junio-diciembre-1990.pdf>. Fecha de consulta: 5/06/2023.
- COMUNICADO DE PRENSA DG/171/2020 de 7 de junio, 2020, La Nueva CNDH a 30 Años de su Creación. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-06/COM_2020_171.pdf. Fecha de consulta: 28/04/23.
- COSTE CACHO, Jacques (2021): “El fortalecimiento institucional de la CNDH (1990-2018)”, *Clivajes, Revista de Ciencias Sociales*, Año VIII, N° 16 (Universidad Veracruzana), pp. 23-41.
- DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos (1980): “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Washington, OEA), pp. 91-147.
- GALINDO, José (2021): “Revisión crítica de los treinta años de la CNDH (1990-2020)”, *Clivajes, Revista de Ciencias Sociales*, Año VIII, N° 16 (Universidad Veracruzana), pp. 1-22.
- GARCÍA LÓPEZ-GUERRERO, Luis (2007): “La defensa de los derechos humanos en México. Respuesta a John Ackerman”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 16: pp. 205-251.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2005): “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004* (San José C. R.), pp. 1-85.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2007): *La Corte Interamericana de Derechos Humanos* (México, Editorial Porrúa).
- GONZÁLEZ RINCÓN, Ana Cristina (2019): “Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos como promotoras de una cultura en derechos humanos”, *Ratio Juris UNAULA*, N° 14 (29): pp. 187-206.
- HERNÁNDEZ PÉREZ, Selene (2023): “La inversión de tiempo en las recomendaciones de violaciones graves de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 34 (1): pp. 45-76.
- HITTERS, Juan Carlos (2008): “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10: pp. 131-156.

- INFORME PREVIO EFECTO ÚTIL SOBRE LA CNDH MÉXICO. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Torture/Call/NHRI/CNDHMexico.pdf>. Fecha de consulta: 5/06/23.
- LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA MIRADA DESDE LAS UNIVERSIDADES JESUITAS. Disponible en: <https://www.iteso.mx/documentos/10448/22845705/2020.12.09-InformeSUJCNDH.pdf/c0a4db23-b169-42c5-9d72d3609c03fc90>. Fecha de consulta: 4/05/23.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina y HURTADO, Mónica (2017): “Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLX, N° 149: pp. 725-775.
- MÉNDEZ ROMERO, Shirley Vanessa y HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Norberto (2020): “Justicia restaurativa y Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, N° 13: pp. 1-32.
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos (2005): *La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México. Estudio del sistema nacional de organismos de protección de derechos humanos* (México, CNDH).
- PÉREZ CORTÉS, Karina (2021): “La clasificación de información reservada y el derecho a la verdad”, *Revista Estudios en derecho a la información*, N° 12: pp. 3-21.
- RODRÍGUEZ REVEGGINO, Bruno (2022): “El rol de la defensa pública interamericana”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXII: pp. 477-508.
- VENEGAS AGÜEROS, Mayra Patricia y PÉREZ BRAVO, Mauro (2021): “Perspectivas en la protección no jurisdiccional del derecho humano a la vivienda en México”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 32, N° (1): pp. 1-20.
- VERDÍN PÉREZ, Jaime Arturo (2020): “Derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos. Una mirada desde la reparación integral y el cumplimiento de sentencias”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año LII, N° 157: pp. 333-352.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (05/2/1917).
- México, Ley de la CNDH (29/6/1992).
- México, Ley General de Víctimas (9/1/2013).
- México, Reglamento interno de la CNDH (29/9/2003).
- Naciones Unidas, Asamblea General: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, A/60/147 (16/12/2005).
- Recomendaciones de la CNDH: 13/1991, 88/1994, 117/1994, 27/1995, 55/1995, 93/1995, 94/1995, 95/1995, 96/1995, 97/1995, 98/1995, 104/1995, 110/1995, 115/1995, 134/1995, 135/1995, 142/1995, 143/1995, 144/1995, 147/1995, 150/1995, 155/1995, 157/1995, 165/1995, 22/1996, 24/1997, 44/1998, 78/1998, 92/1998, 108/1998, 8/2002, 37/2003, 48/2003, 54/2004, 81/2004, 36/2010,

45/2010, 77/2010, 79/2010, 19/2011, 20/2011, 21/2011, 72/2011, 88/2011, 1/2012, 27/2012, 28/2012, 29/2012, 45/2013, 39/2013, 40/2014, 47/2014, 1/2015, 2/2015, 4/2015, 5/2015, 7/2015, 10/2015, 11/2015, 12/2015, 13/2015, 14/2015, 15/2015, 17/2015, 22/2015, 23/2015, 24/2015, 28/2015, 29/2015, 37/2015, 47/2015, 48/2015, 52/2015, 18/2016, 19/2016, 28/2016, 52/2016, 60/2016, 61/2016, 1/2017, 4/2017, 7VG/2017, 10/2017, 33/2017, 39/2017, 54/2017, 65/2017, 78/2017, 9/2018, 11VG/2018, 16/2018, 29/2018, 20/2018, 34/2018, 47/2018, 50/2018, 62/2018, 90/2018, 7/2019, 20/2019, 48/2019, 59/2019.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Alvarado Espinoza y otros vs. México* (2018): Corte Interamericana de DD. HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 370.
- Bámaca Velázquez vs. Guatemala* (2000): Corte Interamericana de DD. HH., Fondo, Serie C N° 70.
- Barrios Altos vs. Perú* (2001): Corte Interamericana de DD. HH., Fondo, Serie C N° 75.
- “Cinco pensionistas” vs. Perú* (2003), Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 98.
- Comunidad garífuna de punta piedra y sus miembros vs. honduras* (2015): Corte Interamericana de DD. HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 304.
- Espinoza Gonzáles vs. Perú* (2014): Corte Interamericana de DD. HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 289.
- Garrido y Baigorria vs. Argentina* (1998): Corte Interamericana de DD. HH., Reparaciones y Costas, Serie C N° 39.
- González y otras (“Campo algodónero”) vs. México* (2009): Corte Interamericana de DD. HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 205.
- Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1997): Corte Interamericana de DD. HH., Opinión Consultiva OC-15/97, Serie A N° 15.
- La última tentación de cristo (olmedo bustos y otros) vs. Chile* (2001): Corte Interamericana de DD. HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 73.
- Loayza Tamayo vs. Perú* (1997): Corte Interamericana de DD. HH., Fondo, Serie C N° 33.
- Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* (2009): Corte Interamericana de DD. HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 211.
- Montero Aranguren vs. Venezuela* (2006): Corte Interamericana de DD. HH., Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, y Costas, Serie C N° 150.
- Paéz vs. Perú* (1997): Corte Interamericana de DD. HH., Fondo, Serie C N° 34.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, 04/2014, 1a. CLXII/2014, *Décima Época, t. I*.
- Velásquez Rodríguez vs. honduras* (1989): Corte Interamericana de DD. HH., Reparaciones y Costas, Serie C N° 7.

NULIDAD DE SENTENCIAS FIRMES: HACIA UNA RELECTURA DE LA IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA

NULLITY OF FINAL JUDGMENTS: TOWARDS A REREADING OF THE CHALLENGE TO RES JUDICATA


Fernando Ugarte Vial*

RESUMEN: El presente trabajo estudia diversos aspectos de la revisión civil, comenzando por los vicios y las causales que autorizan la invalidación de una sentencia firme. Luego se aborda la cuestión de si pueden aplicarse normas sustantivas a un proceso judicial, considerando que los vicios de revisión son sustanciales o de fondo, y que su constatación permite rescindir un fallo ejecutoriado. Más adelante se examina la posibilidad de impugnar una sentencia firme por una vía distinta de la revisión, incluyendo la llamada revisión oblicua, junto con analizar la posibilidad de pedir la revisión de la sentencia de la Corte Suprema que se pronuncia en un recurso de queja.

Palabras clave: recurso de revisión, cosa juzgada, cosa juzgada colusoria, revisión oblicua, recurso de queja.

ABSTRACT: This paper studies various aspects of the review of final judgments in civil matters, beginning with the defects and grounds that authorize the invalidation of a final judgment. It then addresses the question of whether substantive rules can be applied to a judicial proceeding, considering that the review of final judgments defects are substantial or substantive, and that the finding of such defects allows the rescinding of an enforceable judgment. The possibility of challenging a final judgment by a means other than review, including the so-called oblique review, is examined below, along with the possibility of requesting a review of the Supreme Court's judgment in a complaint appeal.

Keywords: review of final judgements, res judicata, collusive res judicata, oblique review, motion of complaint.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Los Andes. Candidato a Máster en Responsabilidad Civil por la Universidad Carlos III de Madrid. Dirección postal: La Pastora N° 180, Las Condes, Santiago. Correo electrónico: fernandougartevial@gmail.com.  0000-0001-8496-9035. Agradezco, como siempre, los valiosos comentarios del profesor José Joaquín Ugarte Godoy. También agradezco la ayuda y sugerencias de los profesores Jaime Phillips Letelier y Priscila Machado Martins, y a los árbitros de la Revista Chilena de Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

Desde su incorporación a nuestra legislación en 1903, la revisión de sentencias firmes ha pasado prácticamente desapercibida para la doctrina, considerando que le han prestado atención unas pocas obras generales, algunas antiguas memorias de licenciatura y tan sólo dos artículos publicados en revistas especializadas¹. Esta falta de interés ha redundado en una deficiente comprensión de la institución por la jurisprudencia, que al carecer de materiales doctrinarios en que apoyarse se ha limitado a interpretar las normas que regulan la revisión en forma estrictamente literal, haciendo de ella una herramienta prácticamente inútil, teniendo en cuenta que en ciento veinte años se han acogido, hasta donde sabemos, sólo veinte recursos².

Recién en 2022 se publicó la primera monografía chilena sobre la materia³, obra que estudia la historia de la institución y su recepción en el derecho nacional, así como las causales que la hacen procedente y sus aspectos procesales, poniendo al día los conocimientos disponibles en nuestro país sobre la revisión de la cosa juzgada.

La presente investigación es de carácter dogmático, y propone una reinterpretación de algunas de las normas que regulan la revisión, para hacerla más operativa, descartando algunas interpretaciones restrictivas y desatando algunos nudos que le han impedido cumplir su propósito en nuestro ordenamiento jurídico. Para tales efectos hemos seleccionado algunas sentencias que permiten ilustrar las ideas que sustentamos⁴. Por otra parte, hacemos presente que la doctrina y jurisprudencia extranjeras que se analizan se citan de manera auxiliar, como apoyo de nuestra propuesta doctrinaria.

El estudio comienza con un breve análisis previo del concepto y de las características más importantes de la revisión, así como de los vicios que autorizan

¹ CARRASCO (2022) y AGUIRREZÁBAL y FLORES (2023).

² Puede verse un resumen de diecisiete de estos casos en UGARTE (2022): en cuatro de ellos se acogió el *recurso* por la primera causal (pp. 141-144), en tres por la segunda (pp. 155-156), en uno por las causales segunda y tercera conjuntamente (pp. 177-178) y en nueve por la cuarta (pp. 213-217). Además, el 8 de agosto de 2023 se acogió otro *recurso* por la primera causal (rol 2259-2019), y antes se habían acogido dos por la cuarta: se trata de las sentencias pronunciadas el 23 de diciembre de 1959 (Fallos del Mes N° 13, p. 8) y el 29 de marzo de 1979 (Fallos del Mes N° 244, pp. 21-23).

³ UGARTE (2022).

⁴ Para la elaboración de este artículo consultamos todas las sentencias sobre revisión publicadas en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Gaceta de los Tribunales, La jurisprudencia al día, Fallos del Mes y Gaceta Jurídica. También las resoluciones disponibles en Westlaw y Vlex, y todos los procesos sobre revisión tramitados entre 2000 y 2023 que están disponibles en la página *web* del Poder Judicial. Entre 2000 y 2010 consultamos los roles de todas las causas que ingresaron a la Corte Suprema, porque no hay un registro oficial de los recursos interpuestos en este período. De 2010 a 2020 utilizamos dos planillas Excel elaboradas por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, que están disponibles en https://direcciondeestudios.pjud.cl/category/bases_de_datos. Y las sentencias dictadas desde 2020 en adelante, las encontramos en la página *web* del Poder Judicial. De esas sentencias, seleccionamos las que nos parecen más representativas en relación con los temas que se abordan en el presente trabajo.

a invalidar una sentencia firme, destacando algunas de sus características más relevantes, explicación que sirve de base al examen de los temas que se desarrollan más adelante.

El primero se refiere a la posibilidad de aplicar normas sustantivas al proceso, y más concretamente a la invalidación de fallos firmes, idea que tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia han rechazado siempre, pero que constituye la base misma de la revisión. En seguida se examina la posibilidad de obtener la nulidad de una sentencia ejecutoriada por una vía distinta de la revisión, idea que ha sido rechazada en forma tajante por la escasa doctrina que se ha ocupado del tema, así como por la jurisprudencia abrumadoramente mayoritaria. En concreto, se estudia la impugnación de la cosa juzgada colusoria a que se refiere el art. 319 del Código Civil, además de la posibilidad de obtener la nulidad de un fallo ejecutoriado por vía de excepción en juicio ejecutivo –en lo que podría denominarse revisión oblicua o indirecta de la cosa juzgada–, a la luz de un reciente fallo que acogió esa excepción en juicio en que se invocaba como título una sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema. Finalmente se analiza la posibilidad de pedir la revisión de la sentencia que dicta la Corte Suprema al conocer en un recurso de queja, idea que ha sido rechazada siempre por nuestra jurisprudencia en la convicción de que ninguna sentencia de ese Tribunal puede ser objeto de revisión. Esta conclusión es inadmisibles, lo que surge tanto del texto de la ley como de la historia fidedigna de su establecimiento, así como del examen de las resoluciones que pueden ser impugnadas por esta vía y del correcto entendimiento de la institución.

El estado actual de la cuestión no resuelve ninguno de estos problemas, cuyo carácter problemático –valga la redundancia– e indefinición son suficientes para justificar su inclusión en este trabajo, que los detecta, sistematiza e intenta resolver, para luego exponer sus conclusiones, las que si bien contradicen lo que se ha sostenido tradicionalmente por nuestros autores y por la propia Corte Suprema, encuentran fundamento en consideraciones que miran a la naturaleza misma de la institución y a la función que ella debe cumplir en nuestro ordenamiento jurídico.

II. VICIOS Y CAUSALES DE REVISIÓN

Se ha definido la revisión como un “remedio procesal extraordinario encaminado a examinar nuevamente una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se ha llegado a ella por medios ilícitos o irregulares, sin culpa o negligencia del vencido, prescindiendo o incorporando nuevos elementos de prueba en el nuevo juicio”⁵.

Otra posible definición es la siguiente:

La revisión es una acción especial que la ley concede bajo la forma de un recurso, para impugnar una sentencia firme cuando otra sentencia ejecutoriada declare la falsedad de las

⁵ PODETTI (2009) p. 611.

pruebas en que se fundó, o que ha sido obtenida fraudulentamente, o bien que resulte haber contravenido otra sentencia firme anterior que no haya sido alegada en juicio⁶.

Entre sus principales características podemos mencionar las siguientes: (i) no constituye un recurso procesal, porque no tiene por finalidad impedir la formación de la cosa juzgada, sino que la supone como elemento indispensable. Se trata más bien de una acción autónoma de impugnación de sentencias ejecutoriadas; (ii) permite atacar una sentencia formalmente válida⁷, pero sustancialmente injusta, ya que en el juicio en que fue pronunciada no se cometieron vicios procesales —o quedaron saneados por la cosa juzgada material—. Sin embargo, el fallo se ha visto afectado por vicios sustantivos, que son “elementos perturbadores”⁸ en el proceso de formación de la cosa juzgada, y (iii) la configuración de alguna de las causales taxativas que la hacen procedente priva de legitimidad a la resolución impugnada, haciendo insostenible la mantención de la decisión⁹ o, para utilizar la expresión de Serra Domínguez, hace que dicha sentencia no merezca la atribución de la cosa juzgada¹⁰.

En cuanto a los vicios que autorizan la revisión de una resolución ejecutoriada, podemos decir que: (i) se refieren exclusivamente a hechos y no a cuestiones de derecho, de modo que esta herramienta nada tiene que ver con la interpretación de la ley, la aplicación del derecho a un caso concreto o la unificación de jurisprudencia¹¹; (ii) los hechos que configuran las distintas causales son *extraprocesales*, lo que significa que no forman parte del proceso: no constan en él, porque no han sido alegados ni probados, ni se ha constatado su existencia en ese juicio, sino que han sido comprobados fuera de él; (iii) los distintos motivos de revisión no constituyen vicios procesales, sino sustantivos: error, fuerza y dolo, y la nulidad a que da lugar la constatación de una de estas situaciones no es procesal¹², sino sustantiva¹³, y (iv) los hechos que configuran las distintas causales son *decisivos*, lo que quiere decir que de haber constado en el proceso, el tribunal habría fallado en sentido contrario, o al menos habría pronunciado un fallo distinto¹⁴. En este sentido, explica Manuel de la Plaza que “los supuestos de revisión se refieren a una deformación del conocimiento del juez que es fruto de dolo, en sus más variados aspectos, o del error, cualquiera que sea su origen”¹⁵.

⁶ UGARTE (2022) p. 48.

⁷ RUSSO (2018) p. 1.

⁸ ZINGALES (2020) pp. 1 y 13.

⁹ UGARTE (2022) pp. 52-53.

¹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ (1979) p. II.

¹¹ REYES CON JUZGADO DE GARANTÍA DE LA UNIÓN (2021).

¹² CARRASCO (2022) pp. 418-422. Como dice Zaldívar, la nulidad procesal sólo puede ser declarada dentro del mismo proceso en que se han producido los vicios que la originan, por vía incidental y siempre que se reclame antes de que haya sentencia de término ejecutoriada: ZALDÍVAR (1960) p. 19.

¹³ ZALDÍVAR (1960) p. 19; UGARTE (2022) p. 75.

¹⁴ MARTÍNEZ (2022) p. 1036.

¹⁵ DE LA PLAZA (1946) p. 539.

En efecto, como esos hechos no aparecen del proceso son oficialmente desconocidos para el juez, que dictará una sentencia distinta de la que hubiera pronunciado de haberlos conocido. Por eso se dice que la revisión supone un error de hecho de un tribunal que, mejor informado, habría fallado de otra forma¹⁶.

Desde otra perspectiva, dice Calamandrei al analizar la *requête civile* –antecedente de la revisión en el antiguo derecho francés–, que ella “era ejercitable en todos aquellos casos en que la recolección del material de la litis había ocurrido a través de tales influjos perturbadores, en virtud de los cuales la sentencia resultante de los mismos, si por derecho estricto debía ser considerada válida, no podía dejarse subsistente sin violar la equidad”¹⁷, ideas que se aplican también a la revisión.

De este modo, los vicios que autorizan la invalidación de una sentencia firme se refieren a hechos extraprocesales, son sustantivos y tienen carácter decisivo respecto del fallo.

Dicho lo anterior, queremos poner de relieve dos importantes características de los vicios de revisión. En primer lugar, dejan en indefensión a la parte afectada, que se verá impedida de ejercer adecuadamente los actos propios de su defensa¹⁸. En las exactas palabras de Calamandrei, mediante el ejercicio de la *requête civile* “se hacía valer un vicio exterior al proceso que había disminuido la libre disposición de las partes en su defensa”¹⁹, idea que también es plenamente aplicable a la revisión. En segundo lugar, los vicios de revisión impiden al juez juzgar rectamente o, si se prefiere, establecer la verdad de los hechos de la causa²⁰.

Para corregir estos vicios, el legislador ha previsto una serie de causales taxativas de revisión, las que en general –en el derecho histórico y comparado– pueden ser reconducidas a la obtención de una sentencia firme en virtud de: (i) prueba falsa; (ii) prueba incompleta –es decir, si después de dictado el fallo se descubren documentos decisivos anteriores a él que no pudieron utilizarse en el juicio–, y (iii) maquinaciones fraudulentas²¹.

En Chile, las causales de revisión son las del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil, y se refieren a la obtención de sentencia firme en virtud de documentos falsos (N° 1°), falso testimonio (N° 2°), cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta (N° 3°), así como también a la infracción de una cosa juzgada no alegada en juicio (N° 4°).

Se trata de actuaciones que por error o dolo han impedido al juez de la causa conocer *oficialmente* la verdad de los hechos, ya que no aparecen del expediente, y el conocimiento particular que de ellos pueda haber tenido el tribunal es irrelevante, pues no puede utilizarlo para motivar su sentencia y adoptar su decisión.

¹⁶ FUZIER-HERMAN (1903) p. 805, N° 4.

¹⁷ CALAMANDREI (1945) p. 306.

¹⁸ DOVAL (1979) p. 43.

¹⁹ CALAMANDREI (1945) p. 306.

²⁰ RUSSO (2018) pp. 9 y 13.

²¹ MIDÓN (2005) p. 271; FALCÓN (2018) pp. 88-89; CARBONE (2009) p. 54.

Finalmente, podemos mencionar que las causales que permiten invalidar una sentencia con fuerza de cosa juzgada son prácticamente las mismas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales²².

III. ¿APLICACIÓN DE NORMAS SUSTANTIVAS A SENTENCIAS JUDICIALES?

Habiendo establecido que los vicios de revisión son de fondo, cabe preguntarse si su constatación permite aplicar normas sustantivas al proceso. Poco se ha discutido en Chile acerca de esta posibilidad, habiéndose decantado los autores y la jurisprudencia por la opinión negativa²³.

Pensamos, sin embargo, que la revisión de sentencias ejecutoriadas es una forma de aplicar normas sustantivas a un proceso judicial, lo que nos proponemos demostrar en los siguientes párrafos.

1. ARGUMENTOS DE HISTORIA DE LA LEY

La acción ordinaria de nulidad de las Partidas permitía rescindir una sentencia con fuerza de cosa juzgada cuando quedara afectada por una serie de vicios, la mayoría sustantivos, entre los que cabe mencionar –siguiendo la explicación de Febrero– los siguientes: cuando el condenado encontró después nuevos instrumentos, habiendo justa causa, es decir, si no los pudo producir en juicio por ignorancia o legítimo impedimento; cuando se pronunció la sentencia en virtud de juramento supletorio de la contraparte, “y luego por los instrumentos que halló acredita que este perjuró”; “cuando se dio [el fallo] en causa matrimonial declarando no haber matrimonio, ó que fue ilícito, si hubo error en la declaración”; cuando la sentencia ha sido dada “por pruebas falsas de testigos ó instrumentos, y no se alegó ni conoció de su falsedad”; “cuando la sentencia es venal, por haber sido sobornado el juez con dádivas ó promesas”, y “cuando se dio contra el Rey ó su procurador, y este u otro cometió dolo para ello”²⁴.

Se piensa que esta acción habría quedado derogada con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, y que desde entonces no habría posibilidad de aplicar normas sobre nulidad sustantiva a una sentencia judicial, lo que constaría de la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

En efecto, se señala que en la sesión 89 de la Primera Comisión Revisora del Código de Procedimiento Civil, celebrada el 20 de junio de 1879, se dijo que con la inclusión del recurso de casación en nuestra legislación debía entenderse derogada la acción ordinaria de nulidad, y se acordó introducir un artículo al proyecto que dijera que el recurso de casación era el único medio legal para invalidar

²² Véase UGARTE (2022) pp. 289-298.

²³ Puede verse un completo análisis de los argumentos de quienes se oponen a la aplicación de normas sobre nulidad sustantiva a un proceso judicial en CARRASCO (2019) pp. 179-202.

²⁴ DE TAPIA (1837) pp. 322-323.

sentencias²⁵. Y se cita también²⁶ el Mensaje con que el Presidente don Jorge Montt envió al Congreso el proyecto de Código de Procedimiento Civil para su discusión, el 1° febrero de 1893, en que se lee lo que sigue:

Se terminan los procedimientos especiales con el que debe servir para el recurso de casación en la forma y en el fondo. No difiere el primero sustancialmente del actual recurso de nulidad, pero se ha procurado llenar los vacíos del actual y aclarar las dudas que en él se notan. Se determinan los trámites cuya omisión da lugar al recurso, y se desconoce de un modo expreso la acción ordinaria de nulidad para invalidar sentencias, no admitiéndose otro camino que el de la casación para lograr este resultado; en obsequio a la brevedad de los procedimientos y al tranquilo goce de los derechos declarados en juicio²⁷.

Estos argumentos no nos parecen válidos, considerando que diez años después del envío del proyecto al Congreso para su discusión, la Comisión Mixta de Senadores y Diputados encargada de revisarlo introdujo el *recurso* de revisión²⁸, que es precisamente una acción autónoma de impugnación de sentencias firmes que permite obtener su invalidación cuando se acredita que adolecen de vicios sustantivos. El recurso quedó en el texto definitivo del Código y sigue vigente al día de hoy, consideración que nos parece suficiente para desacreditar cualquier argumento de historia de la ley destinado a probar que no es posible impugnar una sentencia por vicios de fondo.

2. OTROS ARGUMENTOS

Los autores que hemos consultado coinciden en que no pueden aplicarse normas sobre nulidad sustantiva a un proceso judicial, porque: (i) los juicios se rigen por las reglas y los principios propios del derecho procesal, y la idea de aplicar a un juicio las normas sobre nulidad de fondo atentaría contra la inmutabilidad de lo resuelto por el Poder Judicial²⁹; (ii) el Código Civil regula la nulidad absoluta y la relativa, estableciendo efectos, formas y plazos que no rigen los actos procesales, lo que consta del Mensaje de este Código, en que el propio don Andrés Bello dice

²⁵ *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil* (1884) pp. 371-373.

²⁶ SANTA CRUZ (1936) pp. 102-103.

²⁷ Con todo, la norma que se había incluido en el proyecto y a la que hace expresa mención el Mensaje, no quedó en el texto definitivo del Código.

²⁸ En la 36ª sesión de la Comisión Mixta, celebrada el 2 de enero de 1902, el senador Manuel Egidio Ballesteros dijo que le parecía indispensable regular el recurso de revisión, para cuyos efectos sometió a la consideración de los demás comisionados un borrador del texto, que los miembros de la Comisión quedaron de estudiar. Finalmente, en la 39ª sesión de la Comisión Mixta, celebrada el siguiente 9 de enero, el señor Ballesteros presentó un proyecto de texto sobre recurso de revisión, que fue aceptado con pocas modificaciones: *Actas de la Comisión Mista de Senadores i Diputados encargada de informar sobre los proyectos de Códigos de Procedimiento Civil i Criminal* (1901) pp. 323 y 352-353.

²⁹ ALESSANDRI (2008) pp. 55-56.

que las nulidades que en él se regulan se refieren exclusivamente a los contratos y demás actos voluntarios que constituyen derechos. La excepción está dada por los casos en que el legislador ha señalado expresamente lo contrario, como sucede con el artículo 1348 del Código Civil, según el cual “las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos”³⁰; (iii) la aplicación de las disposiciones del Código Civil sobre nulidad a procesos judiciales generaría una gran inestabilidad jurídica, pues permitiría atacar lo decidido en una sentencia más allá de los plazos previstos para interponer recursos procesales, desnaturalizando nuestro sistema de enjuiciamiento³¹; (iv) el artículo 331 del Código Orgánico de Tribunales dispone que “ni en el caso de responsabilidad criminal ni en el caso de responsabilidad civil la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad alterará la sentencia firme”³². De modo que ni aún la constatación judicial de cohecho o de una maquinación fraudulenta que involucre al juez de la causa podría modificar un fallo ejecutoriado, y (v) los actos procesales emanan de la potestad del juez, de modo que no están sujetos a las normas que regulan la nulidad sustantiva³³.

En apoyo de estas ideas suelen citarse, entre otras, dos sentencias de la Corte Suprema, en que dice que: (i) la nulidad regulada en el Código Civil “se refiere únicamente a los vínculos jurídicos que se contraen por cualquiera de los medios que indica el artículo 1437 del mismo cuerpo de leyes, mas no a las que nacen o se generan en virtud de acciones judiciales, o sea, de derechos que se hacen valer en juicio”, porque la nulidad de las actuaciones de la *litis* se rige “por las disposiciones del derecho procesal, a menos que el legislador haya dispuesto expresamente lo contrario”³⁴, y (ii) la acción ordinaria de nulidad no se aplica a actuaciones judiciales, “debiendo regirse las actuaciones procesales por las leyes especialmente de enjuiciamiento”³⁵.

El único de los autores consultados que sostiene lo contrario es Urrutia, quien no obstante haber dicho en otra parte de su obra que no pueden aplicarse normas sobre nulidad sustantiva a un proceso judicial, concluye que mediante la revisión de una sentencia firme “se consigue la declaración de nulidades de fondo”³⁶.

³⁰ SANTA CRUZ (1936) pp. 100-104.

³¹ CARRASCO (2019) pp. 184-188.

³² CARRASCO (2019) p. 187. El texto del artículo 331 del Código Orgánico de Tribunales está tomado del artículo 166 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, cuya finalidad era, en opinión de Ballesteros, “mantener en toda su eficacia la fuerza de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, cualquiera sea la responsabilidad de los que la pronunciaron”: BALLESTEROS (1890) p. 31.

³³ URRUTIA (1928) p. 124.

³⁴ *LARENAS CON BANCO HIPOTECARIO DE CHILE* (1922). Esta sentencia, y otras pronunciadas en igual sentido, se citan en CARRASCO (2019) p. 185 y pp. 185-186.

³⁵ *BANCO HIPOTECARIO DE CHILE CON LAGOS* (1924). Esta sentencia se cita en ROMERO (2021) pp. 307-308.

³⁶ URRUTIA (1928) p. 162.

En nuestra opinión, es claro que sí pueden aplicarse reglas sustantivas a un proceso judicial, aunque en casos más bien excepcionales y de rara ocurrencia: se trata de los supuestos de revisión, los que se configuran por hechos que no constituyen vicios procesales, sino de fondo.

De este modo, es posible oponer a los argumentos expuestos más arriba las siguientes razones en favor de nuestra tesis: (i) la revisión existe precisamente para alterar la inmutabilidad de una sentencia ejecutoriada cuando se acredita la configuración de determinados vicios, excepcionales y expresamente previstos por la ley, cuya constatación la priva de legitimidad y exige la remoción de la cosa juzgada que surge de ella, para que la justicia se abra paso por sobre la certeza jurídica, pues la mantención de una resolución firme obtenida irregular e incluso delictualmente es más dañina para la certeza y para la justicia que su mantención; (ii) efectivamente, el Código Civil trata de la nulidad sustantiva en relación con las obligaciones contractuales, y excepcionalmente las hace aplicables al juicio de partición. Sin embargo, en el caso de la revisión no se trata de aplicar normas del Código Civil al proceso, sino normas sustantivas, lo que se hace por expresa disposición del legislador en los casos taxativamente enumerados en el CPC, cuando se comprueba que se ha pronunciado sentencia en virtud de error, fuerza o dolo; (iii) la posibilidad de revisar una sentencia firme, dada su excepcionalidad y lo acotado de las causales y demás requisitos legales que la hacen precedente, no sólo no genera inestabilidad, considerando que rara vez se acoge este *recurso*, sino que existe en razón de una ineludible exigencia de justicia, por cuanto permite sobreponerse a un fallo firme obtenido irregularmente, cuya subsistencia constituiría una injusticia intolerable³⁷; (iv) la sola dictación de la sentencia que declare la responsabilidad del juez no puede, *por sí sola*, de pleno derecho, alterar el fallo obtenido delictualmente, pero nada obsta a que el agraviado pida la revisión de la sentencia sobre la base de la resolución que declara la responsabilidad del juez³⁸, y (v) los actos procesales son una especie dentro del género de los actos jurídicos, por lo que en determinados casos pueden regirse por normas sustantivas, particularmente cuando la ley lo permite, que es precisamente lo que ocurre en el caso de la revisión.

También podría argumentarse contra la posibilidad de aplicar normas sustantivas al proceso judicial invocando el principio de *especificidad*, considerando que el Derecho Procesal tiene normas propias sobre nulidad, de modo que no sería posible acudir a las normas del derecho común para obtener la declaración de ineficacia de actuaciones efectuadas en juicio. Responderemos a esta objeción en el título siguiente.

3. NATURALEZA DE LOS VICIOS DE REVISIÓN

Como se dijo, las causales de revisión no se refieren a vicios procesales —de los que sólo puede reclamarse *in limine litis*, porque quedan saneados por la cosa juzgada material—, sino sustanciales: error, fuerza y dolo. De este modo, si la resolución

³⁷ ROJAS y DEL VALLE (2018) p. 269.

³⁸ UGARTE (2022) pp. 174-176.

ejecutoriada ha quedado afectada por alguno de estos vicios y concurren los demás requisitos legales, puede demandarse la invalidación de esa sentencia, lo que significa que se puede pedir la rescisión de un fallo si se comprueba la configuración de vicios de fondo. Esto se explica porque, como dice Grillo, los actos jurídicos procesales también pueden verse afectados por vicios sustanciales, y cuando influyen decisivamente en el resultado del juicio es posible plantear un recurso o una acción contra la resolución firme³⁹. Esta es también la razón por la cual se puede impugnar una sentencia firme, considerando que la cosa juzgada material sólo sana los vicios procesales, no los sustantivos.

Explica Fissore que los vicios de nulidad de la sentencia firme son vicios de la voluntad, que afectan a los elementos internos del acto jurídico, es decir, la intención, el discernimiento y la libertad.

En cuanto al error, dice que consiste en el conocimiento falso o desacertado de los hechos, y se produce cuando hay un desajuste entre lo que se cree saber y la realidad, lo que trae como consecuencia que el sujeto del acto no ha tenido intención de ejecutarlo. Pero cuando se pregunta si un error de hecho esencial puede viciar la sentencia, responde negativamente, señalando que en tal caso el error será común a las partes y al tribunal, de modo que el fallo no sería anulable⁴⁰.

No compartimos esta conclusión, considerando que la revisión se torna viable precisamente cuando el juez ha estado *oficialmente* impedido de conocer la verdad de los hechos a causa de alguna anomalía que ha sido decisiva en el resultado del juicio, llevando al tribunal a dictar una sentencia que, si bien se adecúa al mérito del proceso, es distinta de la que habría pronunciado de haber conocido esa verdad que se mantuvo oculta durante el juicio⁴¹, sin que importe la causa de esa falsa representación de la realidad. Por eso se dice que el error judicial, cuando entraña una falsa apreciación de la situación de hecho, permitirá pedir la revisión del fallo⁴².

En vista de lo anterior, concordamos con Peyrano cuando afirma que la revisión procede cuando la sentencia padece *entuerto*, es decir, “cualquier circunstancia (objetiva o subjetiva, voluntaria o fortuita) que redunde en que la sentencia final no refleje fielmente la verdadera voluntad del ordenamiento para el caso”⁴³.

Sobre este punto podemos citar dos importantes antecedentes⁴⁴: la ley de Partidas que sirve en parte de antecedente al artículo 810 del Código de Procedimiento Civil, dice que se puede *desatar* la sentencia que ha sido dictada en virtud de falsas *cartas* o falsos testigos⁴⁵. Pues bien, leemos en la glosa de Gregorio López a esta ley, que “procede lo dispuesto aquí aunque la parte que ha hecho uso de los documen-

³⁹ Cfr. GRILLO (2018) p. 209.

⁴⁰ FISSORE (2018) pp. 24-26.

⁴¹ MANRESA y NAVARRO (1895) p. 243.

⁴² GUINCHARD y DEBARD (2021) p. 446

⁴³ PEYRANO (2009) p. 19. En el mismo sentido: AIRASCA (2009) pp. 149 y 158.

⁴⁴ Ambos citados en UGARTE (2022) pp. 137-138.

⁴⁵ P. 3ª, tit. XXVI, ley 1.

tos falsos los hubiere producido sin dolo", o sea, por error o ignorancia del litigante que se beneficia de su fuerza probatoria. El otro antecedente es una sentencia en que la Corte Suprema se pronunció sobre este punto al fallar un recurso de revisión —hasta donde sabemos, es el único caso en que ha habido un pronunciamiento expreso sobre la materia—, diciendo que la configuración de la primera causal no exige que la falsedad documental emane de la comisión de un delito, sino que "basta con que se trate de la afirmación de un hecho positivo o negativo contrario a la verdad o autenticidad, proveniente de error, ignorancia o cualquier otra causa, aunque no exista culpa o dolo por parte del agente"⁴⁶.

En cuanto al dolo, dice Fissore que consiste en la "aserción de lo falso o la disimulación de lo verdadero", y que podrá fundar la impugnación de un fallo firme en la medida en que sea grave, determinante y no sea recíproco.

Cabe precisar que una mentira no constituye causal de revisión si no va acompañada de los actos necesarios para darle credibilidad. Así lo ha resuelto la Corte de Casación francesa⁴⁷ y también la italiana, que ha dicho: "El fraude procesal consiste en un engaño subjetivamente dirigido y *objetivamente idóneo* para paralizar la defensa del adversario e impedir al juez la averiguación de la verdad, y sólo es relevante si la sentencia es el efecto necesario del mismo"⁴⁸; en otro caso dijo este último tribunal: el fraude "no puede limitarse a la mera alegación de hechos no veraces, sino que requiere de artimañas o engaños capaces de paralizar o desviar la defensa del adversario e impedir que el juez compruebe la verdad"⁴⁹.

De este modo, para que el dolo de una de las partes en perjuicio de la otra sea apto para provocar la revisión, es necesario que en torno a la mentira se despliegue la actividad necesaria para dejar en indefensión a uno de los litigantes e impedir que el juez se imponga de los hechos que realmente tuvieron lugar⁵⁰.

Respecto de la fuerza, dice el mismo autor que si un acto procesal o los hechos en que se funda una sentencia han sido arrancados mediante violencia o intimidación, "no pueden ser considerados válidos a menos que sean consentidos habiendo desaparecido el vicio"⁵¹.

En todos estos casos estamos frente a vicios sustantivos, cuya comprobación judicial autorizará la revisión de un fallo firme en la medida en que se establezca que han tenido influencia decisiva en su dictación.

⁴⁶ SÁEZ (1982).

⁴⁷ Corte de Casación francesa, 2ª Sala Civil, fallo de 11 de marzo de 2010, *Procédures* 2010, N° 173.

⁴⁸ Corte de Casación italiana, fallo de 3 de mayo de 1991, N° 4833; Corte de Casación italiana, 5 de junio de 1993, N° 6322. Ambos fallos están citados en NOVELLI, PETITTI Y FILIPPINI (2020) pp. 1506-1507.

⁴⁹ Corte de Casación italiana, fallo de 10 de febrero de 1989, N° 841. Fallo citado en NOVELLI, PETITTI Y FILIPPINI (2020) p. 1507.

⁵⁰ PROTO PISANI (2014) p. 534.

⁵¹ FISSORE (2018) pp. 27-28.

Habiendo sentado que los vicios de revisión son sustantivos, y retomando un tema pendiente, podemos decir que el principio de *especificidad* no obsta al empleo de normas sustantivas para invalidar una sentencia firme, porque los actos procesales también están expuestos a la influencia de vicios de tipo sustancial, aunque dichas normas sólo podrán utilizarse en los casos excepcionales en que se filtren vicios de revisión en el proceso, es decir, vicios de fondo que hayan resultado determinantes en la decisión del tribunal, y aplicando las normas específicas que en seguida señalaremos.

4. NORMAS SUSTANTIVAS APLICABLES AL PROCESO JUDICIAL

La forma en que el CPC permite aplicar normas sustantivas al proceso es a través de su artículo 810, que recoge las hipótesis de error, fuerza y dolo que han sido determinantes en el resultado del juicio, como título habilitante para pedir la rescisión de un fallo firme.

En lo tocante al error, la ley contempla dos supuestos. El primero es el caso en que se ha fallado en virtud de documentos falsos (art. 810, N° 1°), en la medida en que la falsedad no obedezca a dolo, sino a causas involuntarias que hayan impedido al juez conocer los hechos tal cual sucedieron. El segundo caso se refiere a la infracción de una cosa juzgada no alegada en juicio (art. 810, N° 4°), en que la falta de alegación de la cosa juzgada y de acompañamiento de la sentencia ejecutoriada previa han llevado al tribunal a dictar una sentencia incorrecta. Como explica Russo, esta causal es *análoga* a la de prueba incompleta⁵². Respecto de la fuerza, el N° 3° del art. 810 se pone en el caso de que se dicte sentencia en virtud de violencia. En cuanto al dolo, los números 1° y 2° se refieren a la obtención de un fallo firme en virtud de documentos y testigos falsos, y el número 3°, a la dictación de sentencia en virtud de cohecho u otras maquinaciones fraudulentas.

Como se trata de vicios sustantivos, su constatación da lugar a la declaración de una nulidad de fondo, lo que significa que en estos casos no se aplican normas sobre nulidad procesal (arts. 79, 80, 83, 84, inciso final, 766 y 767 del CPC), sino sustancial.

En este punto cabe preguntarse cuáles son las normas sustantivas que entran en juego cuando se anula un fallo firme, interrogante que no se plantea ninguno de los autores que hemos consultado⁵³.

Podría pensarse que, como los actos jurídicos procesales son una especie dentro del género de los actos jurídicos, se rigen supletoriamente por las normas del Derecho común en los casos excepcionales que estamos analizando, de modo que se les

⁵² RUSSO (2018) p. 10. Estamos ante un caso de prueba incompleta cuando el vencido recupera documentos decisivos que no pudo producir en el juicio.

⁵³ En Chile podemos mencionar a ZALDÍVAR (1960) p. 19; CARRASCO (2021) pp. 418-422, AGUIRREZÁBAL Y FLORES (2023) p. 504 y UGARTE (2022), pp. 74-75, y en España a MANRESA Y NAVARRO (1895) p. 255. Lo mismo sucede en Argentina: HITTERS (2001) p. 27; FISSORE (2018) pp. 24-28; REVIRIEGO (2018) p. 53; GRILLO (2018) pp. 200 y 209; CARBONE (2009) pp. 83-86; CARBONE (2016) pp. 191-193; AIRASCA (2009) p. 158; IPARRAGUIRRE (2009) p. 225 y BALESTRO (2009) p. 362, entre otros.

aplican las disposiciones del Código Civil que regulan los vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo (arts. 1451 y siguientes), que son también los defectos que permiten revisar una sentencia ejecutoriada. Sin embargo, y por mucho que en ambos casos se trate de unos mismos vicios, no se advierte cómo podrían aplicarse esas normas al caso que nos ocupa, porque regulan situaciones completamente diferentes.

En nuestra opinión, las normas sustantivas aplicables a la revisión son las del propio art. 810 del CPC, que si bien es un código de procedimiento, ese solo hecho no las priva de su carácter sustancial, en la medida en que regulan el error, la fuerza y el dolo en la obtención de una sentencia firme. Del mismo modo, la norma que ordena efectuar el pago por consignación en la cuenta corriente del tribunal, en la tesorería municipal, en un banco u oficina de la Caja Nacional de Ahorros o de la Caja de Crédito Agrario, no deja de ser procesal por el hecho de encontrarse en el art. 1600 del Código Civil.

Por lo dicho, no hay que buscar las normas sustantivas que se aplican al proceso judicial en el Código Civil, sino en el mismo artículo 810 del CPC, que regula cuatro supuestos de nulidad sustantiva de una sentencia firme.

5. CONSTATAción JUDICIAL DE LOS VICIOS DE REVISIÓN

La configuración de las primeras tres causales del artículo 810 –falsedad documental, falso testimonio y maquinaciones fraudulentas, respectivamente– requiere de una declaración prejudicial como forma de preparar la revisión, puesto que la ley exige que la falsedad de la prueba o de haber existido violencia, cohecho o maquinación fraudulenta, conste en una sentencia con fuerza de cosa juzgada. Esto se explica porque la invalidación de una sentencia firme es tan grave, que exige otro fallo que tenga la misma fuerza para hacer viable la impugnación⁵⁴.

Para efectos de preparar la revisión, el agraviado iniciará un nuevo proceso judicial en el que debe alegarse, probarse y declararse la existencia de prueba contaminada o de maquinaciones fraudulentas. Es precisamente aquí donde debe constatare la existencia de vicios de fondo, y si se obtiene esa declaración, el perjudicado ocurrirá ante la Corte Suprema para pedirle que revise la primera de las sentencias firmes. Y si el tribunal estima que esos vicios comprobados judicialmente han sido decisivos para la dictación de la resolución cuestionada, hará lugar a la impugnación e invalidará ese fallo; en caso contrario desestimaré el recurso, manteniéndose la sentencia atacada.

Tratándose de la cuarta causal, en cambio, no se requiere de juicio preparatorio, porque la infracción de la cosa juzgada es una cuestión de derecho y por lo tanto no admite prueba: en este caso bastará con acompañar al recurso copia autorizada de los fallos que se estimen contradictorios, para que la Corte pueda determinar si se ha atropellado la autoridad de cosa juzgada que emana de una sentencia previa que no fue alegada en el segundo proceso.

⁵⁴ ALESSANDRI (1933) p. 126; MAIRA (1923) p. 381.

En suma, tratándose de las primeras tres causales los vicios de fondo inciden en la dictación de la primera sentencia firme, vicios cuya existencia debe constatar-se en una segunda resolución ejecutoriada –la del juicio preparatorio–, para que la Corte Suprema resuelva si tales anomalías fueron decisivas en la dictación del fallo atacado. Tratándose de la última causal, en cambio, el vicio de fondo no incide en la primera, sino en la segunda resolución firme, y deberá constatar-se la existencia de esa irregularidad en la propia sentencia de revisión.

IV. ¿SE PUEDE PRIVAR DE SUS EFECTOS A UN FALLO FIRME POR UNA VÍA DISTINTA DE LA REVISIÓN?

La forma en que naturalmente pueden removerse los efectos de una sentencia dictada en las irregulares circunstancias que venimos describiendo es a través de la revisión. De hecho, entre nosotros ha prevalecido siempre la idea de que ésta es la única forma de privar de sus efectos a una sentencia firme⁵⁵ ¿Es así?

Analizando posibles excepciones a esta regla, nos encontramos en primer lugar con la acción que consagra el Código Civil para impugnar el fallo que declara verdadera o falsa la paternidad o maternidad del hijo si ha habido colusión en el juicio, puesto que esa sentencia produce efectos *erga omnes* (art. 315 CC) en la medida que esté firme y que se haya pronunciado contra legítimo contradictor, siempre que no haya habido colusión en el juicio (art. 316 CC). Como la ley concede un plazo de cinco años para acreditar la colusión (art. 319 CC) y obtener la declaración de ineficacia de esa sentencia⁵⁶, podría pensarse que esta acción permite desconocer la fuerza de cosa juzgada material que emana de ese fallo. De hecho, doctrina reciente ha relacionado estas normas con la revisión de sentencias firmes del art. 810 del CPC⁵⁷.

En nuestra opinión, esta acción no permite atacar sentencias firmes, con fuerza de cosa juzgada material, sino fallos aparentemente ejecutoriados, considerando que uno de los requisitos de existencia de todo proceso es el conflicto de relevancia jurídica –una contraposición de intereses objetivamente antagónicos–, elemento cuya ausencia determinará la inexistencia o la nulidad procesal insubsanable de lo obrado en esos autos. Como la colusión es lo opuesto al conflicto, la sentencia que recaiga en un juicio simulado será meramente aparente y producirá cosa juzgada

⁵⁵ CARRASCO (2019) p. 160; COLOMBO (1997) p. 497; ROMERO (2002) p. 19; ROMERO (2021) p. 307; URRUTIA (1928) p. 162.

⁵⁶ Pensamos que esta norma no se restringe al caso que señala el Código Civil, sino que tiene aplicación general, de modo que puede impugnarse la cosa juzgada colusoria siempre, con independencia de la materia objeto del juicio. En este sentido, y luego de constatar la existencia de una confabulación entre una persona y sus padres, “destinada a frustrar la acción de los tribunales de justicia para lesionar los derechos e intereses de sus acreedores”, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema declaró la ineficacia de todo lo obrado en un juicio de partición y en uno de nulidad de contrato, incluyendo las respectivas sentencias: BANCO HIPOTECARIO DE FOMENTO NACIONAL Y OTRO (1987).

⁵⁷ AMUNÁTEGUI (2019) p. 115.

también aparente, de modo que podrá constatarse o declararse su ineficacia en cualquier tiempo⁵⁸.

Por lo dicho, la acción de impugnación de la cosa juzgada colusoria no hace excepción a la regla enunciada más arriba, según la cual la revisión es la herramienta que permite atacar sentencias ejecutoriadas, con fuerza de cosa juzgada material y formalmente válidas.

Otro caso que podría apartarse de esa regla es el de la excepción de nulidad que se opone a la demanda ejecutiva que se funda en un fallo firme. Esta posibilidad de impugnación ha sido estimada improcedente por nuestra doctrina, aunque ha sido validada recientemente por nuestra jurisprudencia.

En cuanto a los autores, dice Víctor Santa Cruz que la nulidad de los actos civiles puede obtenerse tanto por vía de acción como de excepción, y habla de una "excepción ordinaria de nulidad", que es válida para obtener la declaración de nulidad de actos civiles, pero no de actos procesales:

La situación a que nos referimos puede producirse especialmente cuando se trata de dar cumplimiento a una sentencia por medio de juicio ejecutivo. En este procedimiento, el ejecutado goza del derecho a oponer esa excepción respecto de la sentencia que se trata de cumplir cuando ella carece de fuerza ejecutiva por no estar en realidad ejecutoriada o cuando ella no constituye jurídicamente una sentencia judicial. En el primer caso, no se persigue propiamente con la excepción que se declare nula la sentencia o el proceso que ella falló, sino sólo que se declare que ella no está ejecutoriada. En el segundo, si bien se pide la invalidez o la falta de eficacia del título ejecutivo, esa alegación no se hace contra una verdadera sentencia judicial, sino contra un documento que sólo tiene la apariencia de tal⁵⁹.

En los siguientes párrafos examinaremos la posibilidad de obtener la revisión "oblicua"⁶⁰ o indirecta de la cosa juzgada, a partir de un caso recientemente fallado por nuestra justicia ordinaria. Pero antes analizaremos un interesante caso fallado en Argentina, análogo al que se dictó en nuestro país.

1. EL CASO TIBOLD

Un tribunal del fuero comercial acogió la demanda interpuesta en contra de la sociedad SanCor, condenándola a pagar a los actores una importante suma de dinero a título de indemnización de perjuicios por un incumplimiento contractual⁶¹.

⁵⁸ NOVOA CHEVESICH Y OTRO CON SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2000). Sobre este punto véase UGARTE (2021) p. 350.

⁵⁹ SANTA CRUZ (1936) pp. 105-106.

⁶⁰ HITTERS (2001) p. 321.

⁶¹ El caso Tibold ha sido ampliamente comentado por la doctrina argentina al tratar de la revisión de la cosa juzgada: FISSORE (2018) pp. 28-29; REVIRIEGO (2018) p. 58; BARACAT (2018) pp. 120-121; IPARRAGUIRRE (2009) pp. 204-206; BALESTRO (2009) p. 354.

Explica Hitters que a raíz de esta decisión la parte vencida interpuso una querrela criminal, argumentando que el contrato cuyo incumplimiento había dado lugar a la condena en el juicio previo “había sido producto de la connivencia delictuosa entre los querrellados y un empleado de la firma SanCor. Se adujo también la falsedad de las pruebas que sirvieron para justipreciar los perjuicios”, y la acción penal fue acogida, condenándose a los querrellados por “fraguar un contrato inexistente”, mediante sentencia que los obligó a restituir lo que habían obtenido a título de perjuicios en el proceso anterior.

Al verse privados de la indemnización obtenida en el primer proceso, los querrellados dedujeron –expone el mismo autor– un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación, alegando que el fallo penal había dejado sin efecto indirectamente una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, al privarlos de un derecho que habían adquirido definitivamente.

La Corte Suprema no se pronunció sobre el fondo del recurso, considerando que la determinación de cuándo existe cosa juzgada no es un problema constitucional, pero de todos modos dijo que la cosa juzgada está condicionada a que no haya habido dolo en el proceso, y agregó que en este caso la certeza debía ceder a la justicia, “que exige que el delito comprobado no rinda beneficios”, con lo que convalidó la revisión oblicua de la cosa juzgada. Dice Hitters que, si bien esta forma de revisión no es ortodoxa, es preferible que una sentencia criminal invalide los efectos de una civil firme antes que convalidar un fraude procesal⁶².

Según la doctrina de este fallo, añade otro autor, “los demandados en sede criminal no podían alegar en su favor la cosa juzgada de dicha causa comercial si en la posterior causa penal se demostró que esos documentos eran falsos”⁶³.

2. EL CASO CHILENO

En Chile acaba de fallarse un caso análogo, cuya resolución implicó desconocer la autoridad de cosa juzgada material que emanaba de una sentencia previa por una vía distinta de la revisión. Los hechos de la causa son los siguientes.

La Sociedad Distribuidora Comercial S.A. dedujo demanda ejecutiva contra la Sociedad de Transportes Anguita Labayru Limitada, invocando como título la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema en juicio previo tramitado entre las mismas partes, que había condenado a la demandada y ahora ejecutada a pagar a la actora casi doscientos sesenta millones de pesos⁶⁴. En lo que ahora interesa, la ejecutada opuso a la demanda la excepción de nulidad de la obligación (art. 464 N° 14 del CPC), alegando que las facturas y guías de despacho sobre cuya base

⁶² HITTERS (2001) pp. 319-321.

⁶³ FISSORE (2018) p. 29.

⁶⁴ *SOCIEDAD DISTRIBUIDORA COMERCIAL S.A. CON SOCIEDAD TRANSPORTES ANGUITA Y LABAYRU LIMITADA* (2015).

había sido condenada por la Corte Suprema, y que daban cuenta de supuestas compras de combustible a la ejecutante, eran ideológicamente falsas.

En proceso penal que se tramitaba en paralelo al juicio ejecutivo, se estableció por sentencia firme que el imputado, Rojas –ex trabajador de Transportes Anguita–, había defraudado a su antiguo empleador, poniéndose de acuerdo con “empleados de las bombas de bencina en las cuales la víctima tenía un sistema de crédito”, y les pedía

dinero a los dependientes de los Servicentros, y a fin de respaldar la operación, entregaba una guía de despacho a nombre de la empresa por el valor que le había sido entregado para su beneficio (...). Con las guías de despacho, que daba cuenta de una operación inexistente, el acusado fue adquiriendo por la víctima deudas con los Servicentros sin saberlo, generándose las correspondientes facturas en su contra⁶⁵.

Se acogió la excepción de nulidad de la obligación con el mérito de copia autorizada de esta sentencia penal y también sobre la base de dos peritajes contables, que permitieron establecer que las facturas y guías de despacho en que se había basado la Corte Suprema para dictar sentencia de reemplazo eran ideológicamente falsas, de modo que la obligación de que ella daba cuenta era nula absolutamente por falta de consentimiento⁶⁶.

Al apelar del fallo, dijo la ejecutante que no cabía discutir lo resuelto con fuerza de cosa juzgada por la Corte Suprema, y añadió que en la causa penal se había condenado a un tercero –el ex empleado de la ejecutada–, de modo que esa condena le era inoponible y no obstaba al pago de los doscientos sesenta millones de pesos que le había concedido la sentencia de reemplazo que servía de título a la ejecución, considerando que el servicio sí se había prestado y que no se le había informado que a la época en que ocurrieron los hechos, Rojas ya no era empleado de Transportes Anguita.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso argumentando que los documentos en que se sustentaba el título ejecutivo habían sido declarados falsos en causa penal, “sin que esta situación pueda insertarse en alguno de los presupuestos que establece el recurso de revisión en su artículo 810, dado el tiempo transcurrido y el hecho de haberse dictado la sentencia penal con posterioridad a la sentencia de la Excm. Corte Suprema”, y porque la revisión –dice el fallo– no procede respecto de sentencias dictadas por ese Tribunal conociendo en recursos de casación o revisión. Añade la Corte que

la aparente autoridad de cosa juzgada de la sentencia, por ser declarativa, ha desaparecido, desde que los documentos que la sustentaron no existieron, en la medida que éstos eran fal-

⁶⁵ *ANGUITA CON ROJAS* (2017).

⁶⁶ *SODICO S.A CON SOCIEDAD DE TRANSPORTES ANGUITA LABAYRU* (2018).

sos ideológicamente, por lo tanto no cabe sino concluir que la obligación es nula por inexistencia de los hechos que constituyen la fuente de la obligación⁶⁷.

Si bien se dedujo el recurso de casación en el fondo contra este fallo por haber infringido –en lo tocante a nuestra investigación– el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la acción y excepción de cosa juzgada, la Corte Suprema lo rechazó por no haberse dado por infringidas varias normas *decisoria litis*, y no se pronunció sobre la posible infracción de ese artículo⁶⁸.

Este caso es del mayor interés, porque constituye un claro supuesto de revisión indirecta de una sentencia ejecutoriada, al haberse desconocido la fuerza de cosa juzgada material que emanaba de ella por una vía distinta del *recurso* de revisión.

Para saber si la decisión se ajusta a derecho, hay que establecer en primer lugar si al fallar las excepciones opuestas a la demanda ejecutiva, era posible declarar la nulidad de los documentos que habían servido de fundamento a la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema.

De la lectura del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas del Código de Procedimiento Civil, se advierte que la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales ha admitido la posibilidad de declarar la nulidad absoluta de un acto o contrato por esta vía⁶⁹. Y la doctrina se ha manifestado en el mismo sentido⁷⁰.

Examinando la excepción de nulidad de la obligación, dice Carlos Hidalgo que ella se refiere exclusivamente “al acto jurídico mismo, a la obligación objeto del cobro”, y no al documento que la contiene, y que puede tratarse tanto de una nulidad absoluta como de una relativa. Añade que debe tratarse de vicios sustantivos que puedan afectar a la obligación de que se da cuenta en el título, y no a supuestos procesales⁷¹.

En nuestro caso, la excepción opuesta a la ejecución no atacaba directamente la sentencia firme, sino sus fundamentos: las facturas y guías de despacho, por adolecer de falsedad. Es decir, la resolución era formalmente válida al haber sido dictada en un juicio en que no hubo vicios procesales, o que quedaron cubiertos por la cosa juzgada material, pero se descubrió *a posteriori*, fuera de ese proceso, que en sus fundamentos adolecía de un vicio sustancial que hacía insostenible la mantención de esa cosa juzgada.

Así lo entendió la Corte de Apelaciones, que dijo para confirmar el fallo apelado que la autoridad de cosa juzgada de la sentencia en ejecución había desaparecido al haberse declarado la falsedad de los documentos que la sustentaban. De este modo, la obligación de que daba cuenta el fallo firme era nula por inexistencia de los hechos que constituían la fuente misma de la obligación. En otros términos, por

⁶⁷ SODICO S.A CON SOCIEDAD DE TRANSPORTES ANGUIA LABAYRU (2019).

⁶⁸ SODICO S.A CON SOCIEDAD DE TRANSPORTES ANGUIA LABAYRU (2022).

⁶⁹ UGARTE (2010) pp. 152-153.

⁷⁰ ESPINOSA (2003) p. 118; CASARINO (2007) p. 79; HIDALGO (2022) pp. 285-289.

⁷¹ HIDALGO (2022) pp. 287-289.

mucho que la sentencia estuviera ejecutoriada, no podía cumplirse, al haber desaparecido los supuestos de hecho en que descansaba esa decisión

¿Es válida esta forma de privar de sus efectos a una sentencia con fuerza de cosa juzgada?

Nos inclinamos decididamente por la afirmativa, porque si bien uno de los títulos que llevan aparejada la ejecución son las sentencias firmes (arts. 175 y 434 del CPC), una de las excepciones que el legislador pone a disposición del ejecutado es la que se refiere a la nulidad de la obligación, y no se advierte ninguna razón para admitir dicha excepción respecto de todos los títulos ejecutivos, con la única salvedad de la sentencia firme.

Sostener que no se puede acoger la excepción de nulidad por el hecho de fundarse la ejecución en una sentencia ejecutoriada, sería fingir que los documentos no han sido declarados falsos en una sentencia penal firme, y nos llevaría a la paradoja de desconocer la eficacia de cosa juzgada de esa sentencia penal previa, sin causa legal que lo autorice, en lo que constituiría también una revisión oblicua.

Por otra parte, cabe recordar que en el derecho romano se podía pedir la restitución *in integrum* –antecedente de la revisión– respecto de una sentencia firme por medio de una acción, dentro del plazo de un año –ampliado a cuatro en el derecho justinianeo–, así como también por vía de excepción, en cuyo caso el plazo era ilimitado⁷².

Y si bien la revisión se ha venido perfilando desde hace siglos como una acción, nada obsta a que pueda privarse de validez a una sentencia firme por vía de excepción, si fuera del proceso en que ha sido dictada se descubre que adolece de vicios sustanciales que han incidido decisivamente en el fallo, privándolo de legitimidad y poniendo de manifiesto que no puede ser mantenido, por haber sido obtenido injustamente.

Esta conclusión encuentra su fundamento en el antiguo adagio que dice *Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, es decir, lo que es temporal para la acción, es perpetuo para la excepción.

Explicando esta máxima, dicen Baudry-Lacantinérie y Tissier que el plazo de prescripción de una acción empieza a correr el día en que es posible ejercerla, de modo que la excepción no prescribe, porque sólo puede oponerse cuando uno ha sido atacado, y concluyen que una excepción dura tanto como la acción a la que se opondrá. Y luego se preguntan: si un título es nulo y no se demandó la nulidad dentro de plazo, ¿no debe acaso permitirse a la parte posteriormente demandada oponer la nulidad por vía de excepción? “Las razones que sirven de fundamento a la prescripción, y principalmente la necesidad social de consolidar el estado de hecho que ha durado largo tiempo conducen a decidir que el que se defiende debe poder invocar, bajo forma de excepción, el derecho que ya no podía bajo la forma de acción”⁷³.

⁷² FERNÁNDEZ (sin fecha) p. 937.

⁷³ BAUDRY-LACANTINÉRIE Y TISSIER (1905) p. 456.

Por lo dicho, nos parece que la resolución en comentario se ajusta plenamente a derecho, y también que sí es posible obtener la revisión indirecta de la cosa juzgada, aunque en los casos excepcionales en que se pretenda obtener la ejecución de una sentencia firme y el ejecutado oponga a la demanda la excepción de nulidad, y acredite que adolece de vicios de fondo.

Finalmente, diremos que la excepcionalidad de este caso se acentúa al considerar dos circunstancias: (i) en primer lugar, que implica revisar una sentencia firme dictada por la Corte Suprema, posibilidad que la jurisprudencia en materia de revisión ha negado sistemáticamente⁷⁴ —lo que es un error, como veremos en los siguientes párrafos—, y (ii) en segundo lugar, que la falsificación fue perpetrada por un tercero ajeno a la relación procesal en que incidió, lo que de todos modos determina la obtención injusta de la sentencia, que es precisamente lo que la revisión está llamada a remediar. En otras palabras, debe invalidarse el fallo firme incluso si la parte beneficiada con el fraude no tuvo participación en él⁷⁵.

V. REVISIÓN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA QUE SE PRONUNCIA SOBRE UN RECURSO DE QUEJA

Finalmente estudiaremos si esta herramienta especial, que permite desconocer la fuerza de cosa juzgada material de un fallo firme, sirve para impugnar la sentencia que dicta la Corte Suprema la fallar un recurso de queja.

El profesor Tavolari define el recurso de queja como “un instrumento especialísimo contemplado en la ley, con el exclusivo fin de corregir las faltas o abusos graves, cometidos por los jueces en la dictación de resoluciones jurisdiccionales y de hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria que por tal razón les asiste”⁷⁶.

Dice José Alberto Allende que se trata de un recurso disciplinario que tiene un componente jurisdiccional⁷⁷, cuyo acogimiento podría llevar a modificar la resolución dictada con falta o abuso como forma de enmendar el mal causado⁷⁸, misma opinión manifestada por el profesor José Miguel Barahona⁷⁹.

Se ha discutido por la doctrina si el acogimiento de un recurso de queja permite modificar resoluciones judiciales⁸⁰. En nuestra opinión, y asumiendo que el de

⁷⁴ Véase UGARTE (2022) pp. 103-111.

⁷⁵ La doctrina explica que para efectos de la revisión es indiferente la persona del falsificador, pudiendo ser incluso un tercero ajeno al proceso: SÁEZ JIMÉNEZ Y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA (1975) pp. 480-481; HOYOS (1987) p. 209. En fallo reciente, la Corte Suprema revisó la sentencia dictada en un caso en que la falsificación de los documentos había sido perpetrada por un tercero: *PROMET SERVICIOS SpA (NUEVO CAPITAL S.A.)* (2021).

⁷⁶ TAVOLARI (1996) p. 10.

⁷⁷ ALLENDE (2019) p. 11.

⁷⁸ ALLENDE (2019) p. 5. En igual sentido: FIGUEROA Y MORGADO (2014) p. 180.

⁷⁹ BARAHONA (1998) p. 63.

⁸⁰ Véase TAVOLARI (1996) pp. 22-30.

queja es un recurso disciplinario con un componente jurisdiccional⁸¹, no cabe duda de que la Corte Suprema sí puede modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales al fallar un recurso de queja, en la medida en que el agraviado no disponga de otros recursos, ordinarios o extraordinarios, para hacer valer sus derechos (inciso 2° del art. 545 del COT). Esta posibilidad, por lo demás, queda refrendada con la disposición del inciso final del art. 545 del COT, que dice: "En caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes". Cabe señalar además que ésta es la aplicación que la Corte ha dado a las normas citadas, considerando que en la práctica suele modificar o invalidar resoluciones judiciales, sea como consecuencia del acogimiento del recurso de queja, o en ejercicio de las facultades para actuar de oficio que el art. 82 de la Constitución otorga a nuestro Máximo Tribunal.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse si es posible pedir la revisión de la resolución dictada por la Corte Suprema al conocer en un recurso de queja.

Las pocas veces que se ha formulado esta petición, ha sido rechazada con el argumento de que ninguna sentencia pronunciada por la Corte Suprema puede ser atacada por esta vía, lo que se desprendería del inciso final del art. 810 del Código, que prohíbe la revisión de las sentencias que dicta esa Corte conociendo en recursos de revisión y de casación. Y si bien la norma no menciona las resoluciones que se dictan al fallar un recurso de queja, ello obedecería al hecho de que al promulgarse el Código no existía este recurso disciplinario, pero la recta interpretación de la ley llevaría a concluir que la disposición se aplica a todas las resoluciones que dicta nuestro Máximo Tribunal⁸². También se ha resuelto que ninguna sala de la Corte Suprema tiene competencia para pronunciarse respecto de lo decidido por otra⁸³.

En fallo reciente se declaró inadmisibile la solicitud de revisión de la sentencia dictada por la Corte Suprema al fallar un recurso de queja, caso en que, si bien se rechazó el recurso disciplinario, se anuló de oficio todo lo obrado en el juicio arbitral en que incidía el recurso de queja, reponiéndose la causa al estado de designarse un nuevo árbitro. La parte agraviada pidió la revisión de esa resolución, pero el re-

⁸¹ En *INMOBILIARIA A&S DOS SPA CON SERGIO URREJOLA MONCKEBERG* (2024), la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de queja luego de constatar graves irregularidades en la tramitación de un proceso arbitral, y junto con dejar sin efecto la resolución impugnada dispuso el envío de los antecedentes al Tribunal Pleno, para que resuelva sobre la posible aplicación de sanciones disciplinarias al árbitro.

⁸² PÉREZ (1963). También puede verse *DISTRIBUIDORA CHILECTRA METROPOLITANA S.A.* (1992), en que se impugnaba la resolución recaída en un recurso de protección. En otro caso, una Corte de Apelaciones acogió un recurso de queja y modificó la resolución en que incidía; se pidió la revisión de esa sentencia, y la Corte Suprema dijo que abundante jurisprudencia previa había descartado la posibilidad de revisar cualquier sentencia dictada por el Máximo Tribunal, pero que de estimarse procedente la revisión de lo resuelto por una Corte de Apelaciones al fallar un recurso de queja, se pronunció sobre el fondo, desestimando la revisión: VIDAL (1967).

⁸³ VERGARA (1978).

curso fue declarado inadmisibile por estimarse improcedente la revisión de los fallos pronunciados por la Corte Suprema, y considerando también que la resolución pronunciada en un recurso de queja no constituye sentencia definitiva, ya que no pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión que ha sido objeto del proceso⁸⁴.

De este modo, se ha instaurado a nivel jurisprudencial la idea de que las resoluciones que dicta la Corte Suprema conociendo en recursos de queja no pueden ser impugnadas por vía de revisión.

Para averiguar si esta conclusión es correcta, debemos analizar primero qué tipo de resoluciones pueden ser objeto de revisión, para luego examinar si la que decide un recurso de queja está comprendida entre ellas⁸⁵.

En cuanto a lo primero, hay jurisprudencia que dice que sólo pueden ser objeto de revisión las sentencias que contengan un pronunciamiento sobre el fondo del asunto⁸⁶, criterio que nos parece excesivamente riguroso, porque excluye de esta posibilidad de impugnación los casos en que se obtiene injustamente la dictación de una sentencia interlocutoria que ponga fin al proceso o impida su prosecución: por ejemplo, la que acoge el abandono del procedimiento en caso de que la acción que se ejercía en esos autos haya prescrito. Pensamos que pueden impugnarse tanto la sentencia que se pronuncia sobre el fondo como aquellas resoluciones que funcionalmente cumplan el mismo papel⁸⁷, opinión asumida en alguna oportunidad por la Corte Suprema⁸⁸.

En fallos más recientes, se ha resuelto que la sentencia que puede ser objeto de revisión es la que establece derechos sustantivos en favor de alguna de las partes⁸⁹. Este criterio nos parece más razonable, considerando que permite hacer frente a situaciones como la descrita en el párrafo anterior, en que se declara abandonado el procedimiento y la acción respectiva está prescrita.

En nuestra opinión, la sentencia que puede ser atacada por vía de revisión es la definitiva o interlocutoria que contiene un pronunciamiento sobre el fondo del asunto debatido o que procesalmente cumpla esa función, en la medida en que consolide derechos sustantivos de forma *permanente* en favor de alguna de las partes. Y decimos de forma *permanente*, para hacer la distinción respecto de las resoluciones que producen cosa juzgada formal, que están expuestas a ser modificadas en la medida en que cambien las circunstancias de hecho que llevaron a su dictación –como sucede con los fallos que recaen en recursos de protección, de amparo, de amparo

⁸⁴ ADAUY CON READI (2019).

⁸⁵ Véase UGARTE (2022) pp. 112-115.

⁸⁶ CABELLO CON OPITZ (2000). Esta idea también se ha impuesto en otros ordenamientos, como el español: véanse SIGÜENZA (2007) p. 100; MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES (2014) pp. 1280 y 1319; PRIETO CASTRO (1975) p. 287.

⁸⁷ GUASP (1961) p. 1550, DE STEFANO (2013) p. 90, y RIVERO (2016) pp. 689-690.

⁸⁸ ASCUÍ CON ASCUÍ Y OTROS (2019). El Tribunal Supremo de España ha también sostenido esta idea: STS 655/2013, de 28 de octubre (RJ 2013, 7023) y STS 565/2015, de 9 de octubre (RJ 2015, 4915).

⁸⁹ ASCUÍ CON ASCUÍ Y OTROS (2019), AGRÍCOLA Y COMERCIAL FUENTES Y ROSATI S.A. CON VERA (2020).

económico, en gestiones voluntarias⁹⁰ y en juicios de alimentos⁹¹ – porque, como explica Chioventa, la revisión busca reabrir una relación procesal que ha quedado cerrada definitivamente⁹².

En cuanto a lo segundo, antes de examinar la discusión es preciso recordar el texto del inciso final del artículo 810, cuya interpretación ha dado pie para sostener que ningún fallo de la Corte Suprema puede ser objeto de revisión, e incluso que no podría pedirse la revisión de una sentencia de segundo grado si ha sido impugnada para ante ese tribunal⁹³: “El recurso de revisión no procede respecto de las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema, conociendo en los recursos de casación o de revisión”.

La lectura de esta disposición hace surgir la duda de si puede impugnarse la sentencia de reemplazo que dicta la Corte Suprema cuando acoge un recurso de casación, posibilidad que nuestra jurisprudencia siempre ha negado, al menos en materia civil⁹⁴.

Si bien hay argumentos de derecho comparado –nuestro legislador siguió el modelo español de casación⁹⁵, que admite la revisión de sentencias del Tribunal Supremo cuando falla sobre el fondo⁹⁶– y de historia fidedigna del establecimiento

⁹⁰ Casos citados en UGARTE (2022) pp. 113-115 y 189-190.

⁹¹ *NO SE CONSIGNA* (2011); *LAILHACAR CON GUERRATY* (2011).

⁹² CHIOVENTA (1925) p. 511.

⁹³ Sólo por nombrar algunos casos: *DIRECTIVA SINDICAL CON SOC. CONST. Y METALÚRGICA SOCOMETAL LTDA.* (2002); *INMOBILIARIA COMERCIAL NORGINE CON INTERFARMA S.A.* (2004); *ASTORGA CON UGOLINI* (2007).

⁹⁴ *OLMEDO* (2009); *NO SE CONSIGNA* (2013); *ESTAY Y OTRO CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE SAN FELIPE Y SERVICIO DE SALUD ACONCAGUA* (2018); *INMOBILIARIA PUNTA PIQUEROS S.A. CON CORTE SUPREMA TERCERA SALA* (2020); *SÁNCHEZ CON BANCO ESTADO* (2008); *DIRECCIÓN COMUNAL BUIN COLEGIO DE PROFESORES DE CHILE CON CORPORACIÓN DE DESARROLLO SOCIAL DE BUIN* (2009). En cambio en materia penal, en que rige el mismo principio, conocemos dos casos en que la Corte Suprema sostuvo la doctrina correcta: en ambos se admitió a trámite el recurso de revisión, aunque fue rechazado previa vista de la causa por razones de fondo: *COOPER* (1973), y *G.G.B.* (1996). En el segundo caso incluso se discutió sobre este punto específico, y se reconoció en forma expresa la posibilidad de pedir la revisión de la sentencia de reemplazo que dicta la Corte Suprema, con cita de las actas de la Comisión Mixta de Senadores y Diputados encargada de revisar el proyecto de Código de Procedimiento Penal.

⁹⁵ Véase MARÍN (2017) p. 1083.

⁹⁶ El Tribunal Supremo español tiene competencia tanto para anular una sentencia de instancia como para fallar sobre el fondo del asunto luego de acoger un recurso de casación, actuando en ese caso como tribunal de instancia, lo que hace procedente la revisión en contra de esta última resolución: DOVAL (1979) pp. 98-100; SIGÜENZA (2007) pp. 99-100; MONTERO AROCA Y FLORS MATÍES (2014) p. 1320. En fallo reciente se acogió la revisión deducida contra una sentencia de reemplazo dictada por el Tribunal Supremo en materia penal: STS, 26 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1496), citada por Garcicandía (2016) pp. 67-68. En Francia, en cambio, la Corte de Casación no se pronuncia sobre el fondo del asunto, de modo que sus sentencias no pueden ser objeto de revisión. Pueden verse los siguientes fallos de la Corte de Casación: 18 de mayo de 1847 (DP 1847. 1.84); 19 de julio de 1909 (DP 1909. 1.360). Más recientemente se ha pronunciado en igual sentido la 3ª Sala Civil de la Corte de Casación: 12 de junio de 1991, N° 90-15.411 P.: D. 1992, y 2 de diciembre de

de la ley⁹⁷ que permiten concluir en forma rotunda que la revisión es procedente respecto de la sentencia de reemplazo que dicta la Corte Suprema cuando acoge un recurso de casación —pues entonces actúa como tribunal de instancia⁹⁸—, nos centraremos en el argumento más jurídico, que es por lo demás una razón de texto legal: lo que prohíbe la ley es la impugnación de las sentencias que dicta ese Tribunal *conociendo en un recurso de casación*.

Ahora bien, cuando acoge un recurso de casación, la Corte Suprema dicta dos sentencias: una es la de casación, en que anula la resolución impugnada sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, y la otra es la sentencia de reemplazo, en que decide sobre el fondo del litigio actuando como corte de apelaciones. De este modo, cuando la Corte acoge el recurso de casación anula la sentencia de segundo grado, que deja de existir, lo que significa que la sentencia de reemplazo no es la que dicta ese Tribunal conociendo en un recurso de casación, sino en los recursos deducidos contra el fallo de primera instancia⁹⁹. Por lo dicho, no es correcto el argumento de que ninguna sentencia dictada por la Corte Suprema pueda ser objeto de revisión¹⁰⁰.

Despejado lo anterior, estamos en condiciones de analizar si la resolución que se pronuncia sobre un recurso de queja puede ser impugnada por esta vía.

Cuando la Corte Suprema se pronuncia sobre recurso de queja, existen tres posibilidades: (i) puede rechazarlo sin modificar la resolución en que incide; (ii) puede rechazarlo pero hacer uso de las facultades para actuar de oficio para modificar dicha resolución, y (iii) puede acoger el recurso y modificar la resolución, como forma de remediar la falta denunciada.

En el primer escenario, en que se rechaza el recurso sin modificar la resolución, la revisión es indudablemente improcedente, porque la resolución que consolida derechos sustantivos permanentemente en favor de la parte no es la que falla el recurso de queja, sino la sentencia cuya dictación dio lugar a la interposición del recurso disciplinario.

1998, N° 97-20.125 P.: RG proc. 1999. 635, y Gaz. Pal. 1999. 2. Y lo mismo se ha fallado en materia penal: Corte de Casación, Crim., 5 de mayo de 1994, N° 94-00.002 P : *Bull. crim.* N° 171, y Comisión de Revisión, 16 de noviembre de 2009, N° 09REV011 P: *Bull. crim. (Comm. révis)* N° 4.

⁹⁷ CÁMARA DE SENADORES (1902) pp. 568 y 582. Cabe añadir que en la Comisión Mixta de Senadores y Diputados encargada de revisar el proyecto de Código de Procedimiento Penal, se dijo expresamente que la revisión procede contra las sentencias que dicta la Corte Suprema cuando acoge un recurso de casación y “falla la causa a que se refiere el proceso”: *Actas de la Comisión Mixta de Senadores i Diputados encargada de informar sobre el Proyecto de Código de Procedimiento Penal* (1902) p. 479. Esta regla rige tanto en materia civil como penal.

⁹⁸ Para una exposición de estos argumentos, véase UGARTE (2022) pp. 103-111.

⁹⁹ Argumento desarrollado en UGARTE (2022) pp. 103-104.

¹⁰⁰ Aceptan la revisión de sentencias de la Corte Suprema: ANABALÓN (2016) pp. 645-646 y ROMERO (2021) p. 313. En España, puede verse la opinión de GARCICANDÍA (2016) p. 67. Niegan esta posibilidad: CASARINO (2007) p. 219; BENAVENTE (1984) p. 256; BORDALI (2019) p. 380; PACHECO (1998) pp. 161-162; FIGUEROA Y MORGADO (2014) p. 169; JEREZ (1988) pp. 92-93.

En el segundo supuesto, en que se rechaza el recurso pero se hace uso de las facultades para actuar de oficio, habrá que distinguir según sea lo que resuelva la Corte: si la sentencia que pronuncia no establece derechos sustantivos de forma permanente en favor de alguna de las partes –como en el caso visto más arriba, en que se anuló todo lo obrado en un arbitraje–, la revisión es improcedente. Pero si, por el contrario, esa resolución reconoce o adjudica derechos sustantivos de forma permanente en favor de alguno de los litigantes –como sucederá cuando la decisión implique acoger o rechazar la demanda–, entonces sí podrá pedirse la revisión de esa sentencia, sin importar que haya sido pronunciada por la Corte Suprema conociendo en un recurso de queja.

Finalmente, para saber si en el tercer escenario (acogimiento del recurso de queja y modificación de la resolución) procede la revisión, hay que ver, tal como en el caso anterior, si con la modificación de la resolución respectiva se establecen derechos sustantivos en forma permanente en favor de una de las partes.

VII. CONCLUSIONES

La revisión es una acción autónoma de nulidad de sentencias firmes que se ejerce contra un fallo formalmente válido –libre de vicios procesales–, pero afectado por vicios sustantivos (error, fuerza o dolo) que han sido determinantes en la decisión de un conflicto al impedir que el proceso refleje la verdad de los hechos y, por lo tanto, que el juez los dé por establecidos para poder aplicar el derecho sobre la base de los hechos que efectivamente ocurrieron.

Los vicios de revisión provocan la indefensión de una de las partes, desde que paralizan o desvían su defensa e impiden que el juez conozca la verdad de los hechos, llevándolo a dictar una sentencia que no refleja la voluntad del ordenamiento jurídico para decidir ese caso concreto, y que es distinta de la que habría pronunciado si hubiera estado oficialmente mejor informado acerca de los hechos.

La posibilidad de aplicar normas sustantivas a un proceso judicial es muy restringida, pero existe y se encauza a través de la revisión de sentencias firmes, cuyas causales se configuran cuando se constata la existencia de un vicio de fondo que ha tenido influencia decisiva en la dictación de una resolución ejecutoriada. Como consecuencia de la comprobación del vicio y de su influencia en el fallo atacado, la Corte Suprema rescindirá la sentencia, en lo que constituye una verdadera declaración de nulidad sustantiva, y no procesal.

Las normas sustantivas que se aplican al revisar una sentencia ejecutoriada son las del propio artículo 810 del CPC, que son las que regulan los efectos del error, la fuerza y el dolo en la obtención del fallo, sin que su ubicación en un código de procedimiento las prive de su carácter sustantivo.

Debe descartarse la acción de impugnación de la cosa juzgada colusoria como mecanismo apto para atacar una sentencia con fuerza de cosa juzgada material, formalmente válida, pero afectada por vicios sustantivos, porque la colusión excluye cualquier posibilidad de eficacia y validez procesal.

Con todo, la revisión no es la única forma de obtener la invalidación de una sentencia con fuerza de cosa juzgada material, considerando que puede declararse la nulidad de un fallo firme por vía de excepción. En efecto, si no se pidió la revisión de la resolución firme en tiempo oportuno –por la razón que sea– y la parte vencedora inicia un juicio ejecutivo para obtener su cumplimiento, el ejecutado podrá oponer a la demanda la excepción de nulidad, y si logra demostrar que el fallo que sirve de título a la ejecución fue dictado por influencia decisiva de vicios de fondo, sin los cuales se habría dictado sentencia en sentido diverso, el tribunal acogerá la oposición y declarará la nulidad de esa resolución ejecutoriada. De esta forma, la revisión oblicua o indirecta de la cosa juzgada también es apta para evitar la consolidación irregular de derechos sustantivos de forma permanente en favor de la parte vencedora que intente ejecutar la sentencia que la favorece y que ha sido obtenida en forma injusta.

Puede pedirse la revisión de sentencias definitivas e interlocutorias en la medida en que adjudiquen o reconozcan derechos sustanciales en favor de uno de los litigantes de manera permanente, incluso si emanan de la Corte Suprema, siempre que al dictarla haya actuado como tribunal de instancia –como cuando dicta sentencia de reemplazo luego de acoger un recurso de casación– o se haya pronunciado en un recurso de queja y haya modificado la resolución en que incide el reclamo disciplinario. En efecto, lo que la ley prohíbe es la revisión de los fallos que dicta la Corte Suprema cuando actúa como tribunal de casación, es decir, cuando se pronuncia sobre la validez o nulidad de la sentencia impugnada, sin decidir sobre el fondo de la cuestión debatida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Actas de la Comisión Mista de Senadores i Diputados encargada de informar sobre los proyectos de Códigos de Procedimiento Civil i Criminal*, Imprenta Nacional, Santiago, 1901.
- Actas de la Comisión Mista de Senadores i Diputados encargada de informar sobre el Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1902.
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite y FLORES RIVAS, Juan Carlos (2023): “Naturaleza y tratamiento procesal del recurso de revisión en el procedimiento civil y administrativo chileno”, en *Revista Jurídica UNICURITIBA*, vol. 1, N° 73: pp. 501-530.
- AIRASCA, Ivana María (2009): “Acción autónoma de nulidad de sentencia firme”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) y Carbone, Carlos Alberto (edit.), *La impugnación de la sentencia firme*, Tomo I (Buenos Aires) pp. 143-174.
- ALESSANDRI BESA, Arturo (2008): *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Fernando (1933): *Los recursos procesales. Apuntes tomados en clase de don Fernando Alessandri Rodríguez* (Santiago, Imp. Echeverría).
- ALLENDE PÉREZ DE ARCE, José Alberto (2019): *El recurso de queja* (Santiago, Ediciones UC).
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2019): *Código Civil de Chile. Edición anotada, concordada y con fuentes* (Valencia, Tirant lo Blanch, primera edición).

- ANABALÓN SANDERSON, Carlos (2016): *Tratado práctico de Derecho Procesal Civil. Disposiciones comunes a todo procedimiento. De las cuestiones de competencia. Los recursos procesales* (Santiago, El Jurista).
- BALESTRO FAURE, Miryam (2009): “La inmutabilidad relativa de la cosa juzgada”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) y CARBONE, Carlos Alberto (edit.), *La impugnación de la sentencia firme*, Tomo II (Buenos Aires): pp. 349-383.
- BALLESTEROS, Manuel E. (1890): *La lei de organización y atribuciones de los tribunales de Chile*, Tomo II (Santiago, Imprenta Nacional).
- BARACAT, Edgar J. (2018): “La ‘causa petendi’ de la pretensión nulificatoria”, en *Revista de Derecho Procesal. Revisión de la cosa juzgada civil y penal*, N° 2: pp. 111-125.
- BARAHONA AVENDAÑO, José Miguel (1998): *El recurso de queja. Una interpretación funcional* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.).
- BAUDRY-LACANTINÉRIE, G., y TISSIER, Albert (1905): *Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription*, Tomo 28 (París, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey, et du Journal du Palais, tercera edición).
- BENAVENTE, Darío (1984): *Derecho Procesal. Juicio ordinario y recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2019): “Recurso de revisión”, en BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego, *Proceso Civil. Los recursos y otros medios de impugnación* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- CALAMANDREI, Piero (1945): *La casación civil*, Tomo I, traducción de Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires, Librería El Foro).
- CÁMARA DE SENADORES (1902): *Boletín de las Sesiones Ordinarias en 1902* (Santiago, Imprenta Nacional).
- CARBONE, Carlos Alberto (2009): “Impugnación de la sentencia firme en el proceso civil, concursal, laboral, administrativo e internacional”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) y CARBONE, Carlos Alberto (edit.), *La impugnación de la sentencia firme*, Tomo I (Buenos Aires) pp. 27-132.
- CARBONE, Carlos Alberto (2016): “La impugnación de la sentencia firme. Perfiles esenciales”, en FERREYRA DE LA RÚA, Angelina (dir.) y LIKSENBERG, Mariana A. (coord.), *Recursos extraordinarios. Doctrina y jurisprudencia* (Córdoba, Advocatus. Universidad empresarial siglo XXI) pp. 167-212.
- CARRASCO POBLETE, Jaime (2019): *La nulidad procesal en el derecho procesal civil chileno. Técnica protectora de los derechos y garantías de las partes y terceros técnicos* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CARRASCO POBLETE, Jaime (2022): “Algunas reflexiones sobre la acción de revisión civil, su naturaleza jurídica y los efectos que genera su estimación”, en *Actualidad jurídica*, año XXIII, N° 45 - Enero: pp. 407-430.
- CASARINO VITERBO, Mario (2007): *Manual de Derecho Procesal Civil*, Tomo IV (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).
- CHIOVENDA, José (1925): *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, traducción de José Casáis Santaló (Madrid, Editorial Reus).

- COLOMBO CAMPBELL, Juan (1997): *Los actos procesales*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel (1946): “La revisión civil y sus problemas”, en *Revista de Derecho Procesal Española*, vol. IV: pp. 531-555.
- DE STEFANO, Franco (2013): *Revocazione e opposizione di terzo* (Milano, Giuffré Editore)
- DE TAPIA, Eugenio (1837): *Febrero novísimo o Librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal*, Tomo IV (Valencia, Imprenta de Ildefonso Mompíe, nueva edición notablemente enmendada, mejorada y aumentada con el nuevo Código de Comercio, Ley de Enjuiciamiento y un Diccionario Judicial).
- DOVAL DE MATEO, Juan de Dios (1979): *La revisión civil* (Barcelona, Librería Bosch).
- ESPINOSA FUENTES, Raúl (2003): *Manual de procedimiento civil. El juicio ejecutivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, undécima edición).
- FALCÓN, Enrique M. (2018): “Distintos campos de revisión de la cosa juzgada”, en *Revista de Derecho Procesal. Revisión de la cosa juzgada civil y penal*, N° 2: pp. 73-92.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José (sin fecha): notas a la obra *Tratado elemental de derecho romano*, de Eugene Petit, vertida al castellano por José Fernández González (Buenos Aires, Editorial Albatros, B. Caballería y Cía.).
- FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO SAN MARTÍN, Erika (2014): *Recursos procesales civiles y cosa juzgada* (Santiago, LegalPublishing).
- FISSORE, Diego (2018): “Ineficacia de la sentencia firme como acto (jurídico) procesal”, en *Revista de Derecho Procesal. Revisión de la cosa juzgada civil y penal*, N° 2: pp. 15-33.
- FUZIER-HERMAN, Ed. (1903): *Répertoire Général Alphabétique du Droit Français*, Tomo XXXII (París, Librairie de la Société de Recueil Général des Lois et des Arrêts).
- GARCICANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M. (2016): *El proceso de revisión de sentencias penales* (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi).
- GUINCHARD, Serge y DEBARD, Thierry (2021): *Lexique des termes juridiques 2021-2022* (París, Éditions Dalloz).
- GRILLO CIOCCHINNI, Pablo Agustín (2018): “Límites subjetivos de la cosa juzgada que admite la nulidad de la cosa juzgada (y otros trabalenguas por el estilo)”, en *Revista de Derecho Procesal. Revisión de la cosa juzgada civil y penal*, N° 2: pp. 197-210.
- GUASP, Jaime (1961): *Derecho procesal civil* (Madrid, Instituto Estudios Políticos, segunda edición corregida).
- HIDALGO MUÑOZ, Carlos (2022): *El juicio ejecutivo. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- HITTERS, Juan Carlos (2001): *Revisión de la cosa juzgada* (La Plata, Librería Editora Platenese, segunda edición).
- HOYOS HENRECHSON, Francisco (1987): *Temas fundamentales de derecho procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- IPARRAGUIRRE, Carlos Manuel (2009): “Pretensión autónoma de sentencia declarativa revocatoria de la cosa juzgada írrita”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) y CARBONE, Carlos Alberto (edit.), *La impugnación de la sentencia firme*, Tomo I (Buenos Aires) pp. 197-227.

- JEREZ ALVIAL, Jaime Alberto (1988): *La cosa juzgada y el recurso de revisión*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile.
- MAIRA, Manuel Antonio (1923): *Explicaciones de derecho procesal* (Santiago, Imprenta Chile).
- MANRESA Y NAVARRO, José María (1895): *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Tomo VI (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación).
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2017): "El recurso de casación en el sistema procesal civil chileno, ¿por qué constituye una instancia más?", en SCHOPF OLEA, Adrián y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (edits.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters).
- MARTÍNEZ FAGÚNDEZ, César (2022): *Juicio verbal y juicio ordinario* (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi).
- MIDÓN, Marcelo Sebastián (2005): "Pruebas biológicas y cosa juzgada", en *Revista de Derecho Procesal. Prueba*, N° 1: pp. 261-277.
- MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José (2014): *Tratado de recursos en el proceso civil* (Valencia, Tirant lo Blanch, segunda edición).
- NOVELLI, Giovanni; PETITTI, Stefano; FILIPPINI, Stefano (2020): *Codice di procedura civile. Annotato con la giurisprudenza* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).
- PACHECO VALDERRAMA, Christian (1998): *Fraude procesal* (Santiago, Ediciones Jurídicas Congreso).
- PEYRANO, Jorge W. (2009): "Acción de nulidad de sentencia firme", en PEYRANO, Jorge W. (dir.) y CARBONE, Carlos Alberto (edit.), *La impugnación de la sentencia firme*, Tomo I (Buenos Aires) pp. 15-26.
- PODETTI, J. Ramiro (2009): *Tratado de los recursos* (Buenos Aires, Ediar, segunda edición ampliada y actualizada).
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo (1975): *Derecho procesal civil*, volumen I (Madrid, Editorial Tecnos, tercera edición).
- PROTO PISANI, Andrea (2014): *Lezioni di diritto processuale civile* (Napoli, Jovene Editore, sexta edición).
- COMISIÓN REVISORA DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (1884) *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil* (Editorial El Progreso, Santiago).
- REVIRIEGO, Nicolás (2018): "Acción autónoma de nulidad", en *Revista de Derecho Procesal. Revisión de la cosa juzgada civil y penal*, N° 2: pp. 35-72.
- RIVERO HURTADO, Renée Marlene (2016): *La prejudicialidad en el proceso civil chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- ROJAS, Jorge A. y DEL VALLE QUINTANA, María (2018): "La reforma procesal y la pretensión autónoma de revisión de cosa juzgada", en *Revista de Derecho Procesal. Revisión de la cosa juzgada civil y penal*, N° 2: pp. 263-278.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2021): *Curso de derecho procesal civil. Los medios de impugnación*, Tomo V (Santiago, Thomson Reuters).

- RUSO, Marco (2018): *Revocazione* (Bologna, Zanichelli Editore).
- SÁEZ JIMÉNEZ, Jesús y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, Epifanio (1975): *Compendio de derecho procesal civil y penal*, Tomo III (Madrid, Santillana).
- SANTA CRUZ SERRANO, Víctor (1936): *Ensayo sobre la teoría de las nulidades procesales en el Código de Procedimiento Civil chileno* (Santiago, Imprenta Chile).
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1979): "Prólogo" en Juan de Dios Doval de Mateo (aut.) *La revisión civil* (Barcelona, Librería Bosch).
- SIGÜENZA LÓPEZ, Julio (2007): *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil* (Pamplona, Thomson Aranzadi).
- Tavolari Oliveros, Raúl (1996): *Recursos de casación y queja. Nuevo régimen* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.).
- UGARTE VIAL, Fernando (2021): "Ensayo para una teoría de la inexistencia procesal", en CORREA BASCUÑÁN, Mario, CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio y WIDOW LIRA, Felipe (edit.), *Las razones del Derecho. Estudios en honor de José Joaquín Ugarte Godoy* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 325-355.
- UGARTE VIAL, Fernando (2022): *El recurso de revisión* (Santiago, Thomson Reuters).
- UGARTE VIAL, Jorge (dir.) (2010): *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código de Procedimiento Civil*, Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición actualizada).
- URRUTIA SALAS, Manuel (1928): *Nulidades procesales* (Santiago, Imprenta y Encuadernación Víctor Silva).
- ZALDÍVAR LARRAÍN, Patricio (1960): *El recurso de revisión en materia penal* (Santiago, Editorial Universitaria S.A.).
- ZINGALES, Ignazio (2020): *Il dolo del giudice quale motivo di revocazione della sentenza civile* (Pacini Giuridica, Pisa).

NORMAS Y OTROS INSTRUMENTOS CITADOS

- Chile, Código Civil (s.d.)
- Chile, Código de Procedimiento Civil (30/08/1902)
- Chile, Código Orgánico de Tribunales (09/07/1943)

JURISPRUDENCIA CITADA

- Larenas con Banco Hipotecario de Chile* (1922): Corte Suprema, 31 de octubre (recurso de casación en el fondo), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 21 (1924), II, sección primera, pp. 936-943.
- Banco Hipotecario de Chile con Lagos* (1924): Corte Suprema, 30 de julio (recurso de casación en el fondo), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 22 (1925), II, sección primera, pp. 1037-1046.
- Pérez (1963): Corte Suprema, 30 de octubre (recurso de revisión), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 60 (1963), II, sección primera, pp. 317-318.

- Vidal (1967): Corte Suprema, 28 de septiembre (recurso de revisión), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 64 (1967), II, sección primera, pp. 305-309.
- Cooper (1973): Corte Suprema, 18 de abril (recurso de revisión), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 70 (1973), II, sección cuarta, pp. 46-47.
- Vergara (1978): Corte Suprema, 15 de noviembre de 1978 (recurso de queja), *Gaceta Jurídica*, número 19 (1978), pp. 17-19.
- Sáez (1982): Corte Suprema, 7 de junio (recurso de revisión), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 79 (1982), II, sección tercera, pp. 63-66.
- Banco Hipotecario de Fomento Nacional y otro (1987): Corte Suprema, 20 de mayo de 1987 (queja disciplinaria), *Gaceta Jurídica*, número 83 (1987), pp. 23-30.
- Distribuidora Chiletra Metropolitana S.A. (1992): Corte Suprema, 6 de agosto de 1992 (recurso de revisión), *Fallos del Mes*, número 405 (1992), pp. 509-511.
- G.G.B. (1996): Corte Suprema, 11 de diciembre, rol N° 1537-1996 (revisión) en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/875/1996, Fecha de consulta 10 de octubre de 2022.
- Novoa Chevesich y otro con Servicio de Impuestos Internos (2000): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de mayo de 2000, rol N° 2540-1999 (recurso de apelación) en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/1565/2000, Fecha de consulta 10 de octubre de 2022.
- Cabello con Opitz (2000): Corte Suprema, 12 de octubre, rol N° 889-2000 (recurso de revisión), Resolución N° 14182 en Vlex, Fecha de consulta 10 de octubre de 2022.
- Directiva Sindical con Soc. Const. y Metalúrgica Socometal Ltda. (2002): Corte Suprema, 7 de noviembre, rol N° 451-2002 (recurso de revisión).
- Inmobiliaria Comercial Norgine con Interfarma S.A. (2004): Corte Suprema, 27 de octubre, rol N° 2083-2004 (recurso de revisión).
- Astorga con Ugolini (2007): Corte Suprema, 3 de septiembre, rol N° 3796-2007 (revisión)
- Sánchez con Banco Estado (2008): Corte Suprema, 12 de noviembre, rol N° 6262-2008 (recurso de revisión).
- Dirección Comunal Buin Colegio de Profesores de Chile con Corporación de Desarrollo Social de Buin (2009): Corte Suprema, 23 de junio, rol N° 4014-2009 (recurso de revisión).
- Olmedo (2009): Corte Suprema, 18 de mayo de 2009, rol N° 2020-2009 (recurso de revisión).
- Lailhacar con Guerraty (2011): Corte Suprema, 10 de agosto, rol N° 7322-2011 (recurso de revisión).
- No se consigna (2011): Corte Suprema, 23 de diciembre, rol 4181-2010 (recurso de revisión).
- No se consigna (2013): Corte Suprema, no se consigna, rol N° 1731-2013 (recurso de revisión).
- Sociedad Distribuidora Comercial S.A. con Sociedad Transportes Anguita y Labayru Limitada (2015): Corte Suprema, 12 de enero, rol 9083-2014 (recurso de casación en el fondo).
- Sociedad Educacional Alfonso Gómez y Cía. Ltda. (2017): Corte Suprema, 4 de octubre, rol N° 8181-2017 (recurso de revisión).
- Estay y otro con Ilustre Municipalidad De San Felipe y Servicio de Salud Aconcagua (2018): Corte Suprema, 24 de julio, rol N° 15.258-2018 (revisión).

- Ascuí con Ascuí y otros* (2019): Corte Suprema, 30 de mayo, rol N° 12.507-2019 (recurso de revisión).
- Adaay con Readi* (2019): Corte Suprema, 22 de agosto, rol N° 20.093-2019 (recurso de revisión).
- Agrícola y Comercial Fuentes y Rosati S.A. con Vera* (2020): Corte Suprema, 31 de agosto, rol N° 99.415-2020 (recurso de revisión).
- Inmobiliaria Punta Piqueros S.A. con Corte Suprema Tercera Sala* (2020): Corte Suprema, 10 de marzo, rol N° 24.660-2020 (recurso de revisión).
- Promet Servicios SpA (Nuevo Capital S.A.)* (2021): Corte Suprema, 14 de junio, rol N° 76.216-2020 (recurso de revisión).
- Reyes con Juzgado de Garantía de La Unión* (2021): Corte Suprema, 20 de abril, rol N° 25.392-2021 (recurso de revisión).
- Sodico S.A con Sociedad de Transportes Anguita Labayru* (2022): Corte Suprema, 6 de abril, rol N° 31.782-2019 (recurso de casación en el fondo).
- Sodico S.A con Sociedad de Transportes Anguita Labayru* (2019): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de septiembre, rol N° 469-2019 (recurso de apelación).
- Inmobiliaria A&S Dos SpA con Sergio Urrejola Monckeberg* (2024): Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de febrero de 2024, rol N° 11.317-2023 (recurso de queja).
- Anguita con Rojas* (2017): Juzgado de Garantía de Antofagasta, 3 de enero, RIT 10443-2015, RUC 10000923246-5 (procedimiento abreviado).
- Sodico S.A con Sociedad de Transportes Anguita Labayru* (2018): Tercer Juzgado de Letras de Antofagasta, 25 de octubre, rol N° 236-2018 (juicio ejecutivo).

EL EFECTO *ERGA OMNES* DE LA SENTENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO PROCESAL

THE *ERGA OMNES* EFFECT OF DECISIONS OF WRITS OF MANDAMUS: A PROCEDURAL LAW ANALYSIS


Ignacio Ried Undurraga¹

RESUMEN: En noviembre de 2022, la tercera sala de la Corte Suprema de Chile dictó tres sentencias en distintos recursos de protección, con efectos respecto del universo de cotizantes del sistema de salud privado (Isapres). El presente trabajo pretende contribuir a la discusión que han motivado estas sentencias, pero desde la ciencia del derecho procesal, revisando, en general, cuál es la naturaleza de la acción de protección, cuál es el efecto de cosa juzgada que generan sus sentencias, los problemas de concursos de acciones, y los efectos *erga omnes* de sus fallos.

Palabras clave: recurso de protección, cosa juzgada, concurso de acciones, corte suprema.

ABSTRACT: In November 2022, the third chamber of the Supreme Court of Chile issued three rulings in different writs of mandamus, with effects regarding all contributors to the private health system (Isapre). This work aims to contribute to the discussion that these decisions have motivated from the science of procedural law, reviewing in general terms the nature of the writ of mandamus, what is the effect of *res judicata* generated by its decisions, the problems of concurrent procedures, and the *erga omnes* effects of their rulings.

Keywords: writ of mandamus, *res judicata*, concurrent procedures, supreme court.

¹ Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Diego Portales. Dirección postal: Alcántara 200 oficina 406, Las Condes, Santiago de Chile, CP 7550159. Correo electrónico iried@uc.cl,  0009-0002-0331-9028.

Las ideas que dieron origen a este trabajo se expusieron en el coloquio al que fui invitado el día 29 de septiembre de 2023, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, titulado “Déficit legislativo, judicialización de las políticas de salud y efecto *erga omnes* de las sentencias”, y que luego expuse con mayor detalle en el seminario al que fui invitado el día 18 de noviembre de 2023 en el Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Los Andes.

I. INTRODUCCIÓN

El día 30 de noviembre de 2022, la Tercera Sala de la Corte Suprema pronunció tres sentencias conociendo de las apelaciones en distintos recursos de protección intentados en contra de algunas Instituciones de Salud Previsional (Isapres). Estas tres sentencias confirmaron las que venían recurridas por las Isapres, dictadas todas por la Corte de Apelaciones de Valparaíso². Se trató de casos en que los recurrentes de protección –personas naturales afiliadas a una Isapre– denunciaron que el alza unilateral del precio del contrato de salud suscrito infringía ciertas garantías fundamentales, ya que se calculaba ponderando una tabla de factores que resultaba arbitrariamente discriminatoria por razones de sexo y edad del cotizante.

Lo llamativo de estas tres sentencias es que, a pesar de ser confirmatorias de las de primera instancia, innovaron en un aspecto sustancial en su parte resolutive, contenido en el N° 2 de esa parte del fallo, que paso a citar textualmente: “se deja sin efecto la aplicación de dicha tabla de factores para calcular el precio final de todos los contratos de salud individual administrados por la Isapre”. Es decir, estas tres sentencias habrían extendido sus alcances y su obligatoriedad a millones de cotizantes cuyos precios en sus respectivos contratos se habían incrementado unilateralmente por aplicación de dicha tabla de factores, ahora declarada inconstitucional. Con efectos *erga omnes*.

Es de público conocimiento el enorme revuelo que estas sentencias han provocado; sin embargo, muy poco o casi nada ha dicho la ciencia del derecho procesal sobre tan importante asunto. En este trabajo quise volver sobre varios problemas no resueltos acerca del efecto que genera la sentencia de la acción de protección.

Lo primero fue intentar establecer cuál es la naturaleza jurídica de la acción de protección, en especial, si corresponde al ejercicio de la jurisdicción. Lo segundo, y como consecuencia de lo anterior, es dilucidar cuál es el efecto de cosa juzgada que producen las sentencias emanadas de un proceso de protección. Sobre este asunto hay muy poca claridad, muchísimas generalizaciones y soluciones equivocadas que posiblemente han conducido al nivel de confusión que se advierte en las tres sentencias de la Corte Suprema.

En tercer lugar, trataré el rol que ha tenido el recurso de protección como un mecanismo residual de protección de los derechos fundamentales, y un contencioso-administrativo también residual. Todo esto con el objeto de despejar un asunto vinculado con el efecto de cosa juzgada de sus sentencias, como es la existencia de un concurso de acciones.

Finalmente, y como conclusión de todo lo ya apuntado, abordaré en qué casos las sentencias dictadas en un recurso de protección generan un efecto *erga omnes*, y cómo es improcedente este efecto en los casos fallados contra las Isapres.

² Corte Suprema, 30/11/2022, roles 16630-2022, 25570-2022 y 14513-2022.

II. NATURALEZA JURÍDICO-PROCESAL DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

La acción de protección está definida en el artículo 20 de la Constitución Política de la República en los siguientes términos:

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

La pregunta sobre la naturaleza jurídica de la acción de protección es necesaria para poder discernir si sus sentencias producen o no el efecto de cosa juzgada, y cuáles son los alcances de este efecto.

Partamos por lo evidente: el recurso de protección **no es un recurso procesal**; es decir, no se trata de un acto procesal de parte que permite impugnar una sentencia jurisdiccional que no se encuentra firme, para que un tribunal, generalmente el superior jerárquico, la anule o la enmiende. Alguna doctrina ha sostenido³ que la acción de protección permitiría dejar sin efecto resoluciones jurisdiccionales emanadas de jueces civiles en casos extremos de ilegalidad o arbitrariedad; pero esta circunstancia no lo convierte en un recurso procesal propiamente tal⁴.

Suele definírsele como una **acción**⁵ **cautelar**⁶ de contenido constitucional, cuya fuente normativa la encontramos en el art. 20 de la Constitución Política de la

³ RIED (2015); GÓMEZ (2005) pp. 159-246; ORTÚZAR (1994); SALAS (1990); SCHIESSLER (1982); LARROUCAU (2020a) y LARROUCAU (2021) p. 150.

⁴ MOSQUERA y MATURANA (2011), p. 405. Sobre la posibilidad de que la Corte Suprema revise por la vía de la acción de protección las sentencias del Tribunal Constitucional, véase la investigación de MACHADO (2020).

⁵ Sobre la protección como una “acción”, CAZOR y ROJAS (2009), p. 183, y FERRADA, BORDALÍ y CAZOR (2003), p. 72.

⁶ LETURIA (2018) p. 230, la define como una “acción cautelar de emergencia”; NAVARRO (2012), citando jurisprudencia de la Corte Suprema de esa época, también le atribuye el carácter cautelar. En el mismo sentido, BORDALÍ (2016) p. 133, ERRÁZURIZ y OTERO (1989) pp. 34-37, ZÚÑIGA (2007) p. 64, MOSQUERA y MATURANA (2011) p. 406 que lo caracterizan como una “acción cautelar autónoma”, y PEÑA (2014) p. 35, para quien “a juicio mayoritario de la doctrina” se trata de una acción cautelar. Otros autores, como FERRADA, BORDALÍ y CAZOR (2003) p. 76, BORDALÍ (2006), SOTO

República y en el auto acordado 94-2015 de la Corte Suprema (modificado por el Acta 173-2018), que rige sus aspectos procedimentales⁷.

Esta característica de “cautelar” que buena parte de la doctrina y jurisprudencia le atribuye, es también sumamente discutible, por lo que esta definición de *acción cautelar de emergencia* debiera ser también revisada. Si se miran con cuidado las características y principios que informan a las medidas cautelares, es muy difícil ver las coincidencias con la acción de protección. Así, se ha dicho por la doctrina más autorizada que las medidas cautelares son eminentemente **provisionales e instrumentales** a un proceso principal al que acceden; y los principios que las informan son la **proporcionalidad** y la **responsabilidad**⁸. Pero resulta que la acción de protección no es eminentemente provisional, como sucede cuando asume la función de un contencioso-administrativo, en que genera una sentencia destinada a la permanencia e inmutabilidad; tampoco la protección es instrumental ni accesoria a proceso alguno, sino que es un proceso por completo autónomo⁹. Tampoco puede decirse que son proporcionales, porque –reitero– no guardan relación con ninguna tutela “principal” a la que accedan; y en la regulación chilena tampoco puede hablarse de que el recurrente se haga responsable de perjuicio alguno, desde que tampoco se le exige contra-cautela, como sí sucede en las medidas prejudiciales precautorias civiles (artículo 279.2° del Código de Procedimiento Civil).

Creo que es difícil, si no imposible, encasillar a la acción de protección dentro de una categoría dogmático-procesal, porque sus características tan especiales no encajan con ninguna que conozcamos, y creo que puede ser hora de crearle una

KLOSS (1982) y GÓMEZ (2005) al parecer deliberadamente omiten esa característica, y lo califican como una “tutela de emergencia”. VOGT (2023) p. 76, lo mismo que LARROUCAU (2021) pp. 145 y ss. hablan de una “dualidad cautelar y sumaria”, aunque el mismo autor, p. 190 señala que la orden de no innovar, por ejemplo, sería solo compatible con el carácter sumario de la protección, al no ser concebible una “cautela dentro de una cautela”.

⁷ PINOCHET (2020) pp. 300-301, toma nota de que solamente en el Acta Constitucional N° 3 del año 1976, antecedente de la actual Constitución, se otorgaba la facultad a la Corte Suprema para que reglara los aspectos procedimentales de la protección a través de autos acordados, y por lo mismo, los autos acordados posteriores a la entrada en vigencia de la actual Constitución serían ilegales e inconstitucionales. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta pretendida inconstitucionalidad, descartando que exista un vicio de esta naturaleza (Tribunal Constitucional, 14/04/2011, rol 1557-2009; 18/08/2011, rol 1812-201; 03/09/2013, rol 2243-2012).

⁸ MARÍN (2014) pp. 190-229. Sin perjuicio de ello, este autor coloca a la acción de protección dentro de catálogo de medidas cautelares en Chile (pp. 95-102), aunque en JANA y MARÍN (1996) pp. 75-76 le niega ese carácter.

⁹ Son muy sintomáticas de este verdadero “nudo gordiano procesal” las disquisiciones expuestas en el trabajo de MOSQUERA y MATURANA (2011) pp. 405-415, en que por un lado se dice que es una “acción cautelar autónoma” para luego afirmar que si ello es así –tomando una opinión de Enrique Paillás– entonces las sentencias de protección generarían un efecto permanente. En el mismo sentido, DOUGNAC (2001), p. 620; y el propio PAILLÁS (1990) p. 77. En este sentido, es acertada la conclusión a la que arriba CORTEZ (2017) pp. 22-26 de que la naturaleza jurídica de la acción de protección no es de una cautela, ya que “no es posible concebir la tutela cautelar sin la existencia de un proceso principal”.

propia, o bien, de asumir que no podremos adscribirla a ninguna. Lo que parece indiscutible es que se trata de una tutela jurisdiccional de emergencia de contenido constitucional, pero los consensos terminan aquí. Quiero detenerme un momento en estas características, sobre las que también han existido cuestionamientos.

Me parece indudable que la acción de protección es una tutela de carácter jurisdiccional, y no el mero ejercicio de las “funciones conservadoras” officiosas de las cortes superiores de justicia. O dicho de otro modo: se trata del ejercicio de funciones conservadoras¹⁰ –resguardo de las garantías constitucionales– a través de un mecanismo jurisdiccional, en el entendido que la jurisdicción es el conocimiento y resolución de cada caso en su mérito sin finalidades posteriores por tribunales independientes¹¹, y descartando que la nota característica de la jurisdicción sea la generación de decisiones con el efecto de cosa juzgada¹²; esto último, como sabemos, es problemático tratándose de la acción de protección.

En segundo lugar, tampoco me merece dudas de que se trata de una tutela de emergencia, desde que el plazo para denunciar la situación a la Corte respectiva es sumamente breve, de apenas treinta días, y con un efecto de caducidad que está en el artículo 2° del auto acordado de 2015, que expresamente dispone la inadmisión por extemporaneidad como sanción procesal.

Y como tercera cuestión, aunque hay autores que lo han puesto en duda al analizar el detalle de muchas sentencias que dictan las Cortes en estos procesos¹³, la acción de protección tiene un contenido constitucional, no solo por su definición misma en el artículo 20 de la Constitución, sino porque además, según el artículo

¹⁰ BORDALÍ (2016) pp. 128-134, a propósito de las facultades conservadoras asignadas a los tribunales de justicia en el artículo 3° del Código Orgánico de Tribunales afirma que “la doctrina y la jurisprudencia chilenas más tradicionales acostumbran a señalar que la protección no configura un juicio en el sentido clásico de la expresión. Esto es algo que en nuestro medio se repite hasta la saciedad y que creo merece la pena rebatir (...) el recurso de protección sí da lugar y es un juicio o proceso, cautelar o sumario, según como se lo mire”. En el mismo sentido, FERRADA, BORDALÍ y CAZOR (2003) pp. 73-74 y BORDALÍ (2014) p. 182. LARROUCAU (2020b) p. 6, calificó esta tesis como una “variante radical” en la propuesta de ERRÁZURIZ y OTERO (1989) de que “el sujeto pasivo de la protección es la propia Corte ante la cual se recurre” y que “no corresponde analizar su tramitación con las categorías del procedimiento contencioso”. ROMERO (2011) p. 134, cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1997 que declaró que la acción de protección no es un juicio para sustentar que no procede invocarlo como un antecedente para sustentar la excepción de cosa juzgada; este autor afirma que, según la Escuela de Bolonia, para que exista un proceso jurisdiccional basta que exista “juez, partes y conflicto”, y en este sentido, la protección sí lo sería.

¹¹ ATRIA (2016) pp. 216-217. En el mismo sentido, BORDALÍ (2016), p. 68.

¹² SERRA (2008) pp. 17-53, hace un completo resumen de las distintas teorías procesales respecto de aquello que define la función jurisdiccional, concluyendo que es la “determinación irrevocable del derecho al caso concreto”, lo que da la idea de la inmutabilidad de la cosa juzgada, que como digo, no siempre ocurrirá en las sentencias de protección.

¹³ GÓMEZ (2005) pp. 58-61 hizo un estudio estadístico del real contenido de ponderación de garantías fundamentales presentes en los fallos de protección, concluyendo que en la gran mayoría de los casos existe una “muy baja explicación constitucional”; ALDUNATE (1999) p. 225.

2° del auto acordado de 2015, es una causal de inadmisión el que los hechos relatados en la acción no correspondan a infracción alguna a las garantías fundamentales protegidas. Que las sentencias muchas veces no reflejen explícitamente un verdadero debate o ponderación de garantías en disputa, no significa que no se exija al justiciable al menos justificarlo.

Me parece, en cambio, debatible que la protección sea una acción que da origen a un proceso de cognición propiamente tal. Las características de las etapas de este procedimiento hacen dudoso, aunque no imposible, que ello suceda. Por lo mismo, no me parece descaminada la conclusión a la que arriba la profesora Machado, de atribuirle a la protección esta característica de procedimiento “sumarísimo” y que en algunos casos sí dará origen a un proceso de cognición propiamente tal, allí cuando el recurrido tuvo la oportunidad de defenderse, informando oportunamente y además produciendo documentos y antecedentes que finalmente son ponderados por la Corte en un proceso que puede durar varios meses o incluso años¹⁴. Pero ello no sucederá en muchísimos casos –estadísticamente la mayoría– en que se resuelve en forma breve y en que el recurrido ni siquiera evacuará el informe solicitado por la Corte. Es interesante también la tesis del profesor Larroucau, quien postula que la acción de protección responde al mismo tiempo a una acción de cautela y de juicio sumario, con una cognición acotada, y para ello deberá revisarse caso a caso¹⁵.

Pero esta búsqueda de categorías dogmáticas para la protección no nos ayuda a efectos de poder esclarecer cuál es el efecto de sus sentencias. Porque si se trata de una tutela cautelar, los fallos no serán vinculantes respecto de nuevos procesos, es decir, no gozarán de cosa juzgada material; pero si es un proceso de cognición propiamente tal, aun sumario o sumarísimo (no en el sentido que lo toma la doctrina y ley española), sí generará ese efecto.

Quizás resultaría aplicable la categoría acuñada hace unos años por el profesor Nieva de “enjuiciamientos *prima facie*”, o sea “aquellos juicios jurisdiccionales en los que, por la imprescindible necesidad de rapidez en la obtención de un pronunciamiento, la ley obliga al juez a juzgar por sus primeras impresiones, aunque restringiendo su campo de decisión habitual”¹⁶. Pero ninguna de estas categorías, ni la de **tutela jurisdiccional de emergencia de contenido constitucional** ni la de **enjuiciamiento *prima facie*** nos ayudan mucho a resolver un asunto de la mayor importancia: ¿cuál es el efecto de cosa juzgada que producen las sentencias de protección, si es que generan alguno?

¹⁴ MACHADO (2019). ALDUNATE (1999) p. 239, por contraste, afirma que aquí no puede hablarse de un proceso de protección, ya que el recurrido queda en la indefensión frente al recurrente, y por lo mismo, la existencia de esta acción constitucional constituiría en sí misma una vulneración a las garantías del debido proceso del sujeto pasivo de esta acción.

¹⁵ LARROUCAU (2020b). En el mismo sentido, LARROUCAU (2021) p. 145 y ss. Este autor señala, y lleva razón, en que el único consenso hoy es que la protección sería “un verdadero juicio sin tramitación ordenada”.

¹⁶ NIEVA (2007) p. 58.

III. EL EFECTO DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS EN UNA ACCIÓN DE PROTECCIÓN. ENUNCIACIÓN DEL PROBLEMA

Todos los problemas que se han suscitado a propósito de las tres sentencias que refería al comienzo tienen su causa en que no existe un consenso acerca del efecto de cosa juzgada que generan las sentencias de protección. Este es un asunto de la máxima importancia, al punto que tenemos tres fallos que podrían ser obligatorios para millones de personas que nunca han litigado en esos casos. ¿Cómo se explica que la doctrina procesal haya destinado tan pocos esfuerzos en tratar siquiera de aclarar un asunto tan acuciante? La verdad sea dicha, hay tantas opiniones como autores existen, y ciertamente este no es solo un problema de la acción de protección, sino en rigor, un problema que atraviesa a la institución misma de la cosa juzgada, como ya lo ha venido diciendo la doctrina desde hace un tiempo¹⁷.

La falta de claridad sobre el efecto vinculante de la sentencia de protección se atribuye a la existencia de la muy conocida frase del artículo 20 de la Constitución Política de la República: “sin perjuicio de los demás derechos que se puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Podría pensarse que, si esta frase fuera suprimida por el constituyente, ninguna duda existiría acerca de los plenos efectos de cosa juzgada que generarían las sentencias definitivas emanadas de un proceso de protección¹⁸. Como pasaré a explicar, en mi opinión esto es un equívoco.

El profesor Alejandro Romero Seguel ha dicho que, a su juicio, el problema que genera esta frase del artículo 20 no es de efecto de cosa juzgada, sino de **concurso de acciones**¹⁹; esto, porque el sistema chileno permite la coexistencia de cualquier otra acción con la de protección, ya sea en forma previa, coetánea o posterior, y no, como sucede en otros sistemas comparados, en que es necesario agotar la vía ordinaria antes de activar una tutela extraordinaria de garantías fundamentales²⁰. Dicho de otra forma: frente a una **misma situación**, el sistema chileno permite accionar en paralelo e indistintamente por distintas vías, siendo la protección una más, pero que en cualquier caso no entorpece la iniciación de otros procesos.

¹⁷ NIEVA (2006) pp. 25-77

¹⁸ Es interesante notar que en la propuesta constitucional plebiscitada y rechazada el 4 de septiembre de 2022, no contenía esa frase en su artículo 119 sobre “la llamada acción cautelar” que sustituiría el recurso de protección; es más, la norma solo hacía procedente esa acción “cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho”, salvo casos urgentes. Tampoco la tenía la propuesta plebiscitada y rechazada el 17 de diciembre de 2023 en el artículo 26, que cumple el mismo fin. Véase CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL (2022) y CONSEJO CONSTITUCIONAL (2023).

¹⁹ El tema está desarrollado *in extenso* en el trabajo de ROMERO (2013). A juicio de LARROUCAU (2021) p. 111, este concurso no podría permitir oponer la excepción de litispendencia en el segundo proceso que se inicie sobre el mismo objeto, pero sí acumularlos, y cita jurisprudencia en apoyo de esa tesis.

²⁰ ROMERO (2011) p. 134 y pp. 139-140; VOGT (2023) sobre el caso alemán.

O sea, un mismo hecho puede configurar en forma simultánea tanto infracciones a las garantías fundamentales como otro tipo de situaciones jurídicamente relevantes, como, por ejemplo, un incumplimiento contractual o una afectación a los derechos del consumidor. Lo que explicaré a continuación es que el afectado, al intentar una acción de protección abarca un objeto muy preciso, que es la privación, perturbación o amenaza de sus garantías fundamentales; nada más²¹. El problema se genera porque el sistema chileno permite, a través de **diversas acciones y procedimientos**, distintos de la acción de protección, denunciar la infracción de garantías fundamentales; incluso a través de contenciosos-administrativos. Respecto de estos casos es que se produce el fenómeno del concurso de acciones, que, como dice el profesor Romero Seguel, no es un problema de cosa juzgada. El efecto de cosa juzgada se generará de todas formas respecto del objeto de la acción de protección, o de cualquier otra acción de contenido constitucional, y solo abarcará ese determinado objeto de garantías fundamentales.

Lo que resulta problemático es que ni la Constitución ni la ley disponen de norma alguna que establezca alguna preferencia u orden subsidiario o excluyente entre el recurso de protección y otras vías de acciones de contenido constitucional, dada la conocida regla de la frase del artículo 20 (“sin perjuicio”), y así lo ha señalado con bastante claridad la doctrina que ha estudiado en detalle este fenómeno²².

La tesis del profesor Romero Seguel merece un análisis detenido, porque permite ir despejando las muchas discusiones que se puedan tener sobre los efectos de las sentencias de protección. Y aquí quiero plantear la siguiente tesis, antes de abordar de lleno el problema de la cosa juzgada: la acción de protección tiene, en la ley y en la jurisprudencia, un lugar de tutela residual de garantías fundamentales, y solo podrá prosperar allí donde el legislador no ha previsto un mecanismo ad-hoc para la garantía de esos derechos. Asimismo, la acción de protección actuará como un procedimiento contencioso-administrativo de carácter residual allí donde el legislador no haya dispuesto de un procedimiento especializado a favor del ciudadano para recurrir en contra de actos de la autoridad. Sobre estos dos asuntos me explicaré a continuación.

IV. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO MECANISMO DE TUTELA RESIDUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando entró en vigencia la Constitución Política de la República del año 1980, no existía en nuestro ordenamiento jurídico mecanismo alguno destinado a tutelar las garantías fundamentales, con la excepción del recurso de amparo o *habeas corpus*, que venía vigente en el hoy derogado Código de Procedimiento Penal y que hoy está reglado, adicionalmente, en el artículo 21 de la Constitución. Con el Acta N° 3 del año 1976 se creó el recurso de protección, que posteriormente estuvo

²¹ LARROUCAU (2021) p. 114.

²² ROMERO (2013) p. 242.

reglado en el artículo 20 de la Carta Fundamental. Pasaron largos veinte años antes de que la hegemonía del recurso de protección comenzara a ceder terreno frente a otros mecanismos de tutela especializados.

Antes del año 2000, en que comenzó la entrada en vigencia gradual de la Reforma Procesal Penal, primaba el criterio jurisprudencial actualmente en boga por la Corte Suprema para las causas civiles regladas por el Código de Procedimiento Civil del año 1903: solo es posible esgrimir como motivo de casación en el fondo una infracción a la Constitución, en la medida que exista una ley que precise o replique dicha garantía vulnerada²³. Es decir, no cabía una aplicación directa de la Constitución en causa jurisdiccional alguna, salvo que una ley materializara la garantía que se alegaba infringida.

El Código Procesal Penal del año 2000 vino a poner al día la legislación nacional referida a la investigación, persecución y enjuiciamiento de los hechos constitutivos de delitos, que estaba radicalmente desactualizada respecto de los tratados internacionales ratificados por Chile, implementándose incluso una reforma orgánica²⁴ para crear los tribunales de garantía que, como dice su nombre, resguardarían las garantías fundamentales del imputado.

En el Código Procesal Penal puede hablarse de un **sistema de garantías reforzado** con múltiples mecanismos a disposición de la defensa²⁵ para solicitar la tutela de los derechos fundamentales del imputado que típicamente se ven afectados en el contexto de una indagatoria y juicio criminal²⁶.

²³ MOSQUERA y MATURANA (2010) pp. 295 y 296, citando un fallo del año 1996 de la Corte Suprema: “la Corte Suprema carece de competencia para casar una sentencia por infracción a la Constitución (...) Los tribunales están sujetos a la Constitución en la medida que están sujetos a las leyes y demás normas dictadas conforme a ella, y por eso no puede cometer infracción de ley un juez que falla de acuerdo con la ley aunque eso pueda alegarse que es contrario a la Constitución”. Este fallo se pronunció a propósito de un recurso de casación en el fondo en que el recurrente invocó que la voz “ley” del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil abarcaba también la Constitución. En el mismo sentido HUNTER y LARA (2021), quienes citan un fallo de la misma Corte del año 2014.

²⁴ CHILE, Ley N° 19.665.

²⁵ Entre otros, la cautela de garantías del art. 10 del Código Procesal Penal; el amparo ante el juez de garantía del art. 95, que subsiste junto al recurso de amparo del art. 21 de la Constitución; la autorización judicial para la práctica de ciertas diligencias de investigación que afecten o amenacen las garantías fundamentales del imputado (art. 9°); la exclusión de prueba ilícita (art. 276); el recurso de nulidad, con una causal genérica del art. 373 a) que hace procedente este medio de impugnación procesal contra las sentencias definitivas y/o procedimientos en que “se hubiere infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución”.

²⁶ Me refiero a las garantías detalladas en el artículo 19 N° 3: derecho a defensa jurídica, derecho a defensa letrada, derecho al juez natural, principio de tipicidad, principio de la ley penal más favorable al reo, derecho a una investigación y procedimiento racionales y justos, y prohibición de presunción de la responsabilidad criminal; como también al derecho a la vida y la integridad física y prohibición de apremios ilegítimos del artículo 19 N° 1; asimismo el respecto a la vida privada (19 N° 4) y la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas (19 N° 5). Todo esto, sin mencionar varias otras contenidas en los tratados internacionales aplicables, como la Convención Americana de

Dado este sistema reforzado de garantías en materia de persecución penal, el recurso de protección quedó relegado a una situación residual, que eventualmente procederá solo para aquellos casos que no hayan quedado cubiertos por ninguno de los otros mecanismos legales específicos contemplados en la ley procesal penal. En la práctica, son inexistentes o de bajísima ocurrencia las protecciones en el contexto de una investigación o juicio criminal, por estas razones. El control de constitucionalidad de policías, fiscales y jueces se trasladó desde las Cortes superiores a los tribunales de garantía, principalmente²⁷.

La Reforma Procesal Penal dio impulso a otras reformas procesales en los años siguientes, que contemplaban sus mecanismos propios para que sean los jueces de primera instancia quienes apliquen directamente la Constitución en los casos de que conocen, e implementen medidas de protección directas a favor de los afectados que sean parte o intervinientes en los procesos. Se trató de la Reforma Laboral y de Justicia Tributaria, entre otras que someramente revisaremos a continuación; además de la reforma a la propia Constitución, que le dio competencia al Tribunal Constitucional para conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, cuestión que hasta el año 2005 era competencia de la Corte Suprema.

En materia de justicia laboral, la Ley N° 20.087 del año 2006 sustituyó el antiguo proceso laboral, en que es posible iniciar un proceso ad-hoc por parte del trabajador para reclamar de vulneraciones a ciertas garantías fundamentales, como son el derecho a la vida, integridad física y psíquica; derecho a la vida privada; inviolabilidad en las comunicaciones privadas; libertad de conciencia; libertad de opinión; libertad de trabajo; todo esto a través del proceso de tutela laboral del art. 485 del Código del Trabajo. Es interesante notar que la misma norma hace incompatible que se recurra de protección y de tutela laboral sobre la base de los mismos hechos²⁸.

Por su parte, el año 2009 entró en vigencia la Ley N° 20.322, que reformó el procedimiento de reclamo jurisdiccional tributario, creando los nuevos tribunales tributarios y aduaneros, dando origen a un procedimiento de tutela de las garantías fundamentales consagradas en el artículo 19 N° 21, 22 y 24 de la Constitución²⁹. En todo caso, se dispuso por el legislador en el inciso final del artículo 155 del Código Tributario que no será admisible esta tutela tributaria si previamente se había recurrido de protección por los mismos hechos.

Asimismo, el año 2005 entró en vigencia la Ley N° 20.050, que reformó la Constitución Política, concediendo al Tribunal Constitucional la competencia para

Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; estos últimos abarcados expresamente por la cautela de garantías del artículo 10 del Código Procesal Penal.

²⁷ Un ejemplo lo encontramos en el trabajo de LARROUCAU (2020a), capítulo 2.2.2, en que refiere una protección intentada en contra del Ministerio Público referido a una sanción disciplinaria aplicada a un fiscal regional por el Fiscal Nacional, que finalmente fue rechazada.

²⁸ Para ROMERO (2013), p. 227, se trata éste de un caso de “conurrencia de normas incompatibles” o “falso concurso de acciones”.

²⁹ Regulado en los artículos 155 a 157 del Código Tributario.

conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, cuestión que hasta entonces había sido de competencia de la Corte Suprema, con muy escasa utilización. Esta acción también tiende a cautelar las garantías fundamentales de las partes en un litigio, siempre y cuando exista una ley que pueda ser aplicada en concreto en un determinado caso pendiente, y que produzca efectos contrarios a la Carta Fundamental.

Finalmente, en el año 2012 entró en vigencia la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, que terminó por sustraer en forma importante los asuntos medioambientales de la competencia de las Cortes de Apelaciones que conocían de ellos por la vía de la protección, para radicarlos en estos nuevos tribunales especializados; sin perjuicio de que coexisten ambos procedimientos –las protecciones y los especiales de esta ley– hasta ahora³⁰. Hay que agregar que en materia ambiental especializada se contempla expresamente la posibilidad que los tribunales ambientales decreten medidas cautelares, según dispone el artículo 24 de esta ley. Esto, sin perjuicio de que en varios fallos las Cortes de Apelaciones han dicho que además deben agotarse por el recurrente las instancias administrativas ambientales, para gozar de legitimación activa para recurrir de protección, como son la Superintendencia de Medio Ambiente, Servicio de Evaluación Ambiental y Ministerio de Medio Ambiente³¹.

Existen, por su parte, otros cuerpos normativos y procedimientos jurisdiccionales especiales que también cautelan garantías fundamentales. En todos los casos que se han mencionado y que se mencionarán a continuación, son distintos tribunales los que pueden aplicar la Constitución directamente en un caso concreto. Así, la Ley N° 20.609, del año 2012, creó un procedimiento ante el juez civil de letras para la adopción de medidas cautelares y la dictación de sentencias declarativas que denuncien acciones de discriminación arbitraria (la llamada “Ley Zamudio”). En el artículo 6° a) de esta ley se dispuso expresamente que no sería admisible en los casos en que previamente se haya recurrido de protección o de amparo, y éstas hayan sido declaradas admisibles, lo mismo que si previamente se intentó una tutela laboral del artículo 485 del Código del Trabajo.

En el mismo sentido, encontramos las acciones constitucionales de reclamación por pérdida de nacionalidad del artículo 12 de la Constitución, la acción de indemnización por error judicial del artículo 19 N° 7, y el de amparo o *habeas corpus* del artículo 21, como asimismo el recurso de amparo económico de la Ley N° 18.971; todas ellas cautelan garantías constitucionales.

Todos estos mecanismos de control de constitucionalidad de distintas resoluciones judiciales y actos procesales deben preferirse al recurso de protección, por criterio de especialidad según dispone el artículo 13 del Código Civil. Para el

³⁰ ROMERO (2013), p. 226, es de la opinión que la acción de protección y “varias de las acciones indicadas como competencia de los tribunales ambientales” están en una situación de “conurrencia compatible”.

³¹ LARROUCAU (2021), pp. 326-329.

profesor Jorge Larroucau, quien adhiere a esta tesis, se trata de una “deferencia con instancias especializadas”³².

Para los profesores Soto Kloss³³ y Pinochet³⁴, en cambio, es discutible que el recurso de protección tenga un carácter teóricamente residual y subsidiario respecto de todas estas acciones de tutelas de garantías fundamentales desperdigadas por el ordenamiento jurídico, sobre la base de lo dispuesto en el parte final del inciso primero del art. 20 de la Constitución: “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”; esto, porque teóricamente ninguna de estas acciones impide que adicionalmente se intente un recurso de protección sobre la base del mismo hecho, salvo la tutela laboral del artículo 485 del Código del Trabajo, en que hay norma expresa en contrario. Sin perjuicio de estas opiniones, que no comparto, en la jurisprudencia puede advertirse que la existencia de estos procedimientos especiales sirve de motivo para que las Cortes superiores, al momento de ponderar la admisibilidad o al fallar el fondo de las protecciones, sencillamente no conozcan del caso, o lo rechacen³⁵.

Este criterio de que la acción de protección es una tutela residual de garantías fundamentales allí donde no existan mecanismos especializados ad-hoc soluciona en parte el problema del efecto de cosa juzgada que producen las sentencias de protección, porque suprime el pretendido efecto extensivo de la ya citada frase del artículo 20. En rigor, no podrá prosperar la acción de protección en los casos en que las Cortes son deferentes con estos mecanismos especiales y, por lo mismo, jamás se generará el problema que la cosa juzgada pretende evitar: que se dicte una sentencia cuyo contenido contradiga una anteriormente pronunciada respecto de un mismo objeto y las mismas partes.

Asimismo, el efecto de cosa juzgada que se produzca en la sentencia que se pronuncie sobre la protección o respecto de cualquiera de estas acciones especiales abarcará solamente el objeto de lo que allí se dedujo, que es una pretensión de con-

³² LARROUCAU (2020a) y (2021), p. 103. LETURIA (2018) propone de *lege ferenda*, acotar la acción de protección solo a aquellos asuntos de naturaleza cautelar que no cuenten con una “regulación legal específica”.

³³ SOTO KLOSS (1982) pp. 214-215. En todo caso, este autor matiza esta postura en ese trabajo, adhiriendo a la tesis de Liebman solo para los casos en que **se acoge** la protección respecto de actos de la administración, esto es, afirmando que sí genera un efecto de cosa juzgada material (*secundum eventus litis*; citado por ROMERO (2013) p. 222). En el mismo sentido, ERRÁZURIZ y OTERO (1989) pp. 115-116.

³⁴ PINOCHET (2020) pp. 204-208. En el mismo sentido, VOGT (2023) pp. 76-77, quien habla de una “tutela de entrada paralela”, aunque matizada. A juicio de este autor, sería recomendable una “tutela de salida” al estilo del Tribunal Supremo alemán, quien revisa las infracciones constitucionales cometidas solamente a propósito de la dictación de sentencias jurisdiccionales; es decir, como último control de constitucionalidad de asuntos ya sometidos al conocimiento de la judicatura, y no como control “de entrada” como sucede con la acción de protección chilena.

³⁵ Citada en el trabajo de LARROUCAU (2020a).

tenido constitucional. Otras acciones que abarquen objetos diversos, aunque conexos con lo decidido, no quedarán afectadas por este efecto de cosa juzgada³⁶.

V. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN COMO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER RESIDUAL

Desde sus comienzos el recurso de protección sirvió como un contencioso-administrativo³⁷, y esa tendencia se mantuvo en las décadas que siguieron, como lo ha documentado la doctrina³⁸. El problema que se ha generado es cómo resolver el concurso de normas que se da entre este contencioso-administrativo “original” y “residual” como he dicho, y los cientos de procedimientos contencioso-administrativos especializados que se han ido creando en la legislación chilena. Al igual que sucedió con la Constitución Política del año 1925³⁹, la actual Carta Fundamental dispuso la creación de tribunales contencioso-administrativos de carácter general⁴⁰, cuestión que el legislador no ha cumplido hasta hoy. En la práctica, conviven mecanismos de carácter general como la nulidad de derecho público del artículo 7° de la Constitución y el mismo recurso de protección del artículo 20, con cerca de ciento cincuenta⁴¹ procedimientos administrativos especiales “de alfombra roja”⁴² ante los

³⁶ En este sentido, ROMERO (2013), pp. 230-233: “Ahora, si estamos frente a un concurso de acciones, las que configuran objetos procesales distintos, éstas pueden ser promovidas para la defensa de derechos subjetivos, sin embargo, una vez impetrada una, no es posible interponer las demás por identidad parcial de objeto”. Y en p. 240: “En relación con la problemática de la concurrencia, será relevante la determinación de lo que efectivamente fue objeto procesal del juicio donde se dictó la sentencia que se invoca como antecedente de la excepción de cosa juzgada –lo que devino en firme– ya que de ello dependerá el juicio comparativo que se debe realizar respecto del objeto procesal del nuevo juicio (...) si lo que se produce es un concurso de acciones, estamos ante objetos procesales diversos y la cosa juzgada no puede prosperar como excepción en el segundo juicio (...) eventualmente es posible que el objeto procesal del primer juicio sea parcialmente idéntico y no totalmente, caso en el cual la eficacia de la sentencia dictada es positiva o prejudicial en el segundo juicio, por la conexión objetiva o subjetiva de las acciones deducidas en ambos procesos”.

³⁷ SOTO KLOSS (1982) pp. 23 y ss.; FERRADA, BORDALÍ y CAZOR (2003) p. 71; PEÑA (2014) p. 33; VERDUGO (1988) pp. 45-48.

³⁸ CAZOR y ROJAS (2009), pp. 181-182; CORDERO (2023), pp. 1176-1177; PIERRY (1977) p. 157 y ss. ya advertía desde sus inicios la inconveniencia de que la acción de protección se posicionara como un sucedáneo del contencioso-administrativo general, proponiendo una lista acotada de asuntos que debiera abarcar.

³⁹ CAZOR y ROJAS (2009) pp. 175-176.

⁴⁰ Art. 38: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

⁴¹ COSTA (2014) p. 164, los cuantifica en más de ciento sesenta.

⁴² FERRADA (2011) p. 264-265. Un análisis de los procesos y tribunales con competencia contencioso-administrativo en LARA (2011).

más distintos tribunales y órganos de la administración⁴³, y con procedimientos disímiles en cada uno de ellos.

Como si lo anterior no fuera ya suficientemente alambicado, los procesos contencioso-administrativos –llámense “generales” como la protección, y los “especializados”– coexisten con los llamados **procedimientos propiamente administrativos**, es decir, con aquellos medios de impugnación que se intentan por el interesado ante la autoridad administrativa, activando un mecanismo que no es jurisdiccional⁴⁴. En el artículo 54 de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos se establece el derecho del administrado de elegir si, frente a un acto de autoridad, ocurre por la vía administrativa, o bien, por la jurisdiccional; pero si lo hace por esta última, se inhibirá la administración de avocarse al caso. En el caso que se ocurra por la vía administrativa, se suspenderá el plazo para poder iniciar el reclamo jurisdiccional, lo que ha sido interpretado como la única forma de interrumpir el plazo fatal para recurrir de protección⁴⁵.

Al igual que el fenómeno expuesto en el capítulo anterior, aquí estamos nuevamente frente a un **concurso de acciones**, es decir, múltiples mecanismos no solo jurisdiccionales, sino también propiamente administrativos que permiten atacar las decisiones de la autoridad que afecten a un particular. Respecto de los procedimientos administrativos, la solución parece bastante clara en el artículo 54 de la Ley N° 19.880; pero respecto de los procesos contencioso-administrativo especializados la solución no queda muy clara, al no existir norma expresa.

La solución que ha ensayado el profesor Juan Carlos Ferrada es que aquí no hay una relación de generalidad-especialidad, como lo ha sostenido la doctrina y buena parte de la jurisprudencia, sino “derechamente de exclusión en relación con el objeto pedido”⁴⁶, es decir, la protección solo serviría para atacar las infracciones a las garantías fundamentales, reservándose el resto de los procedimientos contencioso-administrativos “especializados” para las situaciones de infracciones a la mera legalidad. José Luis Lara la califica derechamente como una “competencia residual”⁴⁷; el profesor Larroucau habla, a su vez, de una “deferencia con instancias especializadas” y de una preferencia por la “especificidad técnica”⁴⁸. En mi opinión,

⁴³ A pesar de que muchos de ellos corresponden a órganos de la administración del Estado, el Tribunal Constitucional los ha calificado, en todo caso, como órganos que sí ejercen funciones jurisdiccionales; en este sentido, ROMERO (2013) p. 217. Entre otros: el Ministerio de Transportes, el Consejo Nacional de Televisión, el Instituto Nacional de Propiedad Industrial, y la Comisión para el Mercado Financiero.

⁴⁴ FLORES y AGUIRREZABAL (2022) pp. 215-219. Entre los recursos o procedimientos administrativos, tenemos la reposición, el recurso jerárquico, el recurso extraordinario de revisión, la invalidación a petición, y la “aclaración, rectificación o enmienda”, este último del artículo 62.

⁴⁵ FLORES y AGUIRREZABAL (2022) pp. 223-226; LARROUCAU (2020a) capítulo 3.2

⁴⁶ FERRADA (2011) p. 275. Una conclusión parecida había sido planteada por el mismo autor en FERRADA, BORDALÍ y CAZOR (2003) p. 80.

⁴⁷ LARA (2011) p. 75.

⁴⁸ LARROUCAU (2022) capítulo 3.2 y 3.2.2; y LARROUCAU (2021) p. 109.

creo que finalmente esta “exclusión en relación con el objeto” es lo mismo que la “exclusión por especialidad”, y, en cualquier caso, sea la denominación que se le dé, en la práctica evita justamente que se genere aquello que la cosa juzgada pretende: que se genere un nuevo fallo que contradiga al anterior.

VI. MI POSTURA SOBRE EL EFECTO DE COSA JUZGADA DE LA SENTENCIA DE PROTECCIÓN

El efecto de cosa juzgada en el derecho chileno está consagrado en los artículos 176 a 180 del Código de Procedimiento Civil, y en el artículo 427 inciso segundo del mismo Código que alude a la “presunción de verdad” respecto de los hechos ya declarados como ciertos en un juicio anterior, siguiendo la tesis francesa, hoy en retirada⁴⁹. El asunto ha merecido cierta atención de la doctrina a nivel nacional y comparado, y en general puede decirse que la cosa juzgada consiste en la inmutabilidad de las sentencias jurisdiccionales, las que no podrán ser alteradas ni por el juez que las dictó, ni por ningún otro tribunal o poder del Estado, y que pretende otorgar certeza a los litigantes y la sociedad toda, evitando la repetición de procesos en el tiempo que tengan el mismo objeto, y que el ejercicio de la jurisdicción se vuelva inútil.

Creo que no existen dudas de que la sentencia que resuelve una protección tiene el carácter de definitiva, según la definición que da el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil: “la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”, y por lo mismo, estando firme produce el efecto (“acción o excepción”) de cosa juzgada, según dispone el artículo 175⁵⁰.

Los efectos de cosa juzgada pueden clasificarse, entre muchas otras formas, en positivos y negativos. El **efecto positivo** consiste en que la sentencia firme actúa como presupuesto para poder ejecutarse, es decir, hacerse valer en contra de alguien, aun contra su voluntad, que es lo que la norma del artículo 176 del Código de Procedimiento Civil consagra. En los juicios civiles puede decirse que la sentencia respecto de la cual se solicita su cumplimiento incidental (arts. 231 y siguientes) o que sirve de título ejecutivo (art. 434.1° del Código de Procedimiento Civil), justamente genera este efecto positivo. Así, hay autores que hablan de la “acción de cosa juzgada”. A este efecto positivo también se le denomina prejudicialidad⁵¹. El **efecto negativo**, por su parte, sucede cuando la sentencia actúa como antecedente que impide que se renueve un litigio sobre lo mismo que ya se resolvió previamente.

⁴⁹ ROMERO (2021), p. 258.

⁵⁰ Sin perjuicio de ello, me parece digno de mencionar que el auto acordado de 2015 se cuida de calificar a dicha sentencia como “definitiva”, aludiendo a ella simplemente como “la sentencia” (art. 3° inciso 3°, art. 5°, art. 6° inciso primero, arts. 10°, 12°, 13°, 14° y 15°), o como “la sentencia que decide el recurso” (art. 6° inciso segundo). En su faz “sumaria”, el profesor LARROUCAU (2021) pp. 148 y 205, señala que se trata de una sentencia definitiva.

⁵¹ ROMERO (2011) pp. 41-42, 89-91, 93-102; ROMERO (2015); RIVERO (2016); EZURMENDIA (2021), pp. 246-259.

te⁵². En estos casos, la sentencia firme permitirá promover una “excepción de cosa juzgada” en un procedimiento ya iniciado, reglada en el art. 177 del Código de Procedimiento Civil; este segundo proceso deberá terminar anticipadamente sin pronunciamiento sobre el fondo, al haber sido ya resuelto el asunto.

Como señalé más arriba, la acción de protección puede categorizarse como una tutela jurisdiccional de emergencia de contenido constitucional. Por lo mismo, no es posible categorizarla como un procedimiento de cautela y, por lo tanto, evadiré la respuesta simplista que ha construido gran parte de la doctrina hasta ahora, de que aquí hablamos de una “cosa juzgada formal” en oposición a una “cosa juzgada material” de efectos permanentes.

Pero primero, quiero revisar la sentencia de protección contrastada con las categorías de cosa juzgada positiva y negativa. Resulta evidente que la sentencia que acoge una acción de protección sí produce un efecto positivo de cosa juzgada en el sentido que permite que esa sentencia firme se pueda ejecutar, además de forma inmediata. Justamente este es todo el propósito de estas medidas urgentes: una ejecución rápida y eficaz, que sería inútil si el afectado tuviera que esperar el desenlace de un juicio civil ordinario. Esto está refrendado por la doctrina⁵³ y por el artículo 15° del auto acordado, que es explícito en este sentido, al disponer medidas coercitivas en contra del funcionario público que se resiste al cumplimiento.

Sobre este efecto positivo, un asunto que la doctrina no ha tocado es si la sentencia que se pronuncia sobre una protección puede constituir un antecedente prejudicial vinculante para un juez que conozca de un nuevo proceso con un objeto conexo. Aquí no hay norma expresa, como la que existe entre fallos civiles y penales de los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, y por lo mismo, habrán de aplicarse los principios generales de la doctrina que se ha abocado a este interesantísimo asunto⁵⁴. Así, si la sentencia acogió una protección declarando un actuar ilegal y arbitrario del recurrido, el recurrente podrá invocar ese fallo como un antecedente vinculante para un nuevo proceso civil ordinario de indemnización de los perjuicios causados por ese actuar ilegal y arbitrario, sin que le sea permitido al juez desconocer lo ya resuelto, principalmente por la aplicación del inciso segundo del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, a falta de otras normas que regulen específicamente este asunto⁵⁵.

Ahora, respecto del efecto negativo de cosa juzgada, o la cosa juzgada material, esto es, el efecto vinculante para cualquier otro proceso que se promueva en el futuro entre las mismas partes y con el mismo objeto (excepción de cosa juzgada),

⁵² ROMERO (2011) pp. 49-56; EZURMENDIA (2021) pp. 175-245.

⁵³ LARROUCAU (2023).

⁵⁴ RIVERO (2016), ROMERO (2015); EZURMENDIA (2018). Como acota el profesor Romero Seguel, se trata de un asunto en que existen importantes “omisiones legislativas”, aunque la jurisprudencia “ha reconocido un amplio campo de acción a la prejudicialidad como una exigencia para el correcto desenvolvimiento de varias figuras relevantes en el ejercicio del derecho de acción”.

⁵⁵ En contra, la opinión de LARROUCAU (2021) p. 205.

diré algo que me parece obvio y evidente, pero que lamentablemente ha sido muy mal explicado y peor entendido: las sentencias emanadas de una acción de protección sí producen un efecto de cosa juzgada material y negativo, en el sentido de que no podrá renovarse una discusión jurisdiccional en otro proceso futuro que abarque el mismo objeto ya resuelto en dicho fallo⁵⁶. Aquí –en todo caso– no estoy diciendo nada nuevo ni revolucionario, más que aplicar simple lógica procesal de las normas del Código de Procedimiento Civil de 1903, que ciertamente aplican a un procedimiento jurisdiccional como es la protección.

La tan discutida frase del artículo 20 de la Constitución “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” no es, a mi juicio, una excepción a las reglas generales de la codificación procesal civil que conocemos, porque siempre y en cualquier proceso van a quedar a salvo los “demás derechos” no abarcados por el objeto de la pretensión ya zanjada. Matizar o desconocer este aserto significa que las sentencias de protección serían inútiles, ya que lo en ella decidido siempre podría ser revisado *ad infinitum* en un nuevo proceso, vaciando de contenido el efecto de cosa juzgada, que justamente pretende generar certezas jurídicas evitando un *loop* eterno de litigios sobre la misma cosa. En este sentido, autores contemporáneos como el profesor Ezurmendia han dicho que lisa y llanamente la cosa juzgada formal no es sino una excepción al efecto de cosa juzgada⁵⁷. O, dicho de otro modo: la cosa juzgada meramente formal que se predica de la acción de protección no sería cosa juzgada. Como digo, esto es absurdo: significaría que las sentencias de protección no sirven de nada.

Ahora, para precisar los alcances de lo que afirmo aquí, es imprescindible tener claro que todo proceso, sea cual sea éste, abarca un determinado objeto, que en la nomenclatura procesal suele categorizarse como una faz objetiva –cosa pedida y causa de pedir– y subjetiva –las partes–. Lo que aquí digo no es más que esto: ese objeto abarcado por la acción de protección no puede desconocerse ni volver a revisarse. Y, como ha notado la doctrina desde hace décadas, la acción de protección podrá abarcar objetos muy disímiles y concluir con sentencias declarativas, constitutivas o de condena. Cualquiera haya sido el objeto de la protección, la sentencia que lo acoja o rechace dejará fijados ciertos hechos y calificaciones jurídicas que gozarán de inmutabilidad en el tiempo⁵⁸.

⁵⁶ CAZOR y ROJAS (2009) p. 181: “Es decir, la sede jurisdiccional exclusiva para discutir la temática de los derechos fundamentales es la instancia de protección, que encarna una forma de cognición limitada o específica en tal materia; de ahí que posea una especial fuerza vinculante, de cosa juzgada material, la parte de la sentencia de protección referida a los aspectos de derechos y libertades fundamentales que ampara el artículo 20. Cualquier otra pretensión no conexas con este tema deberá ser planteada en un proceso ordinario”.

⁵⁷ EZURMENDIA (2021) p. 156 en que se contiene el siguiente y muy claro epígrafe: “Reconstrucción: más que cosa juzgada formal, excepción a la cosa juzgada material”. Esta idea no es original, en todo caso, y este autor cita en p. 163 las posiciones de la doctrina española que consideran equivocada la distinción entre cosa juzgada material y formal.

⁵⁸ NIEVA (2006) pp. 114-131.

Es por esta razón que me parecen desafortunadas las disquisiciones que se dan en mucha doctrina y jurisprudencia sobre este asunto, haciendo distinciones casuísticas que solo complican una regla que es bastante clara y simple, como he tratado de explicar. Suele darse el ejemplo de la sentencia de protección que acoge la acción intentada por un particular en contra de otro, afectado por una ocupación de un inmueble del que es propietario. Si la sentencia de protección declara que la ocupación es ilegal o arbitraria, sin entrar a analizar asuntos referidos al dominio del recurrente, es evidente que el perdedor podrá discutir su dominio en un juicio de lato conocimiento, sencillamente porque ese asunto –la propiedad sobre el inmueble– no quedó abarcado por dicha sentencia. Y aquí no es ni siquiera necesario echar mano a esta regla de la frase “sin perjuicio de otros derechos”: basta con aplicar los principios procesales básicos.

Mismo alcance habrá que darles a las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la protección intentada: aunque suele decirse que dicha decisión no es vinculante respecto de una futura acción que intente el mismo actor⁵⁹, creo que el criterio debe precisarse. A mi juicio, una resolución que declare inadmisibile una protección sí será vinculante respecto de una idéntica acción de protección que intente el mismo recurrente contra el mismo recurrido; sostener lo contrario significaría afirmar que el recurrente puede “ganar por cansancio”, reingresando su presentación de protección hasta que se declare admisible. El problema, en todo caso, se soluciona en la medida que el recurrente subsane en su recurso los asuntos que motivaron la resolución de inadmisibilidad, en la medida que ello sea posible, claro está⁶⁰. Ahora, no debe perderse de vista que esta resolución de admisibilidad, si bien vinculante, tiene un contenido y alcance muy acotados: lo único que dice es que la acción de protección no es procedente o es extemporánea. Por lo mismo, aquí la frase del artículo 20 de la Constitución “sin perjuicio de los demás derechos” dejará indemne el derecho de accionar a futuro, con la sola excepción, obviamente, de intentar una nueva protección.

VII. POSTURAS DOCTRINALES SOBRE EL EFECTO DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DE PROTECCIÓN

Quiero ahora contrastar lo que he afirmado recién, respecto de mi conclusión sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias de protección, con lo que la doctrina ha dicho sobre este asunto.

⁵⁹ ROMERO (2011) p. 22.

⁶⁰ En este sentido, NIEVA (2006) pp. 143-144. El artículo 2 del auto acordado de 2015 dispone que “si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantía de las mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisibile desde luego por resolución fundada”. A mi juicio, ambos obstáculos de admisibilidad –incluso la extemporaneidad– son subsanables por el recurrente, en la medida que en una nueva acción de protección presente los antecedentes que no acompañó en un primer momento que justifiquen que está recurriendo dentro de plazo, si es ese el caso.

El profesor Alejandro Romero es quien, en el medio nacional, ha abarcado el asunto en forma exhaustiva en su ya conocida monografía. El punto de arranque de su postura parece, a primera vista, coincidente con la tesis que sostengo –que la sentencia de protección produce el efecto de cosa juzgada material y negativo⁶¹– pero luego introduce una serie de matices.

Romero desestima la distinción que hace el profesor Soto Kloss⁶² respecto de sentencias que acogen una protección –que sí ocasionarían el efecto de cosa juzgada material y negativo– de aquellas que la rechazan –que solo generarían un efecto de cosa juzgada formal o *secundum eventum litis*–. A su juicio, esta teoría “introduce una discriminación jurídica sin base, que prescinde de las categorías procesales que obligatoriamente deben ser consideradas para abordar este relevante tema”⁶³. Hasta aquí, plenamente de acuerdo, según lo que expuse más arriba.

Sin perjuicio de ello, el profesor Romero sí distingue entre sentencias “provisionales”, que solo generarán un efecto de cosa juzgada formal, y aquellas sentencias declarativas y constitutivas, que generarán cosa juzgada material, dando como ejemplo de estas últimas las que declaran la nulidad de un acto administrativo⁶⁴. Asimismo, niega que exista cosa juzgada alguna si la acción de protección estuvo dirigida en contra de personas indeterminadas, “ya que en rigor no existe un sujeto pasivo que quede vinculado con el fallo pronunciado”⁶⁵. Finalmente, señala que “si se dicta una sentencia en un recurso de protección, lo allí decidido puede ser dejado sin efecto al fallarse una acción ordinaria cuya sentencia produzca cosa juzgada sustancial (v. gr., la reivindicatoria, la declarativa del dominio); en cambio, en la situación inversa el efecto de cosa juzgada producido en un juicio de lato conocimiento debe llevar a que no se pueda fallar el recurso de protección, ya que existe una decisión sobre el tema que impide pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida”⁶⁶. No comparto estas distinciones y matices, por las razones que expliqué más arriba, salvo en lo referido a la protección que no se dirige en contra de personas determinadas: obviamente los efectos de ese fallo podrán ser discutidos en otro procedimiento –ordinario o de cognición– por quienes no fueron parte de él, desde que el efecto de cosa juzgada no les alcanza.

Francisco Zúñiga, recogiendo las posturas de la jurisprudencia de la época, aboga sin matices porque la acción de protección solamente genera una cosa juzgada formal, “dejando a salvo [el tribunal] las cuestiones de lato conocimiento que

⁶¹ ROMERO (2011), p. 135.

⁶² SOTO KLOSS (1982), pp. 284-300.

⁶³ ROMERO (2011), p. 136.

⁶⁴ ROMERO (2011), p. 137. En el mismo sentido, LARROUCAU (2023), p. 66.

⁶⁵ ROMERO (2011), p. 139.

⁶⁶ ROMERO (2011), p. 140.

podieran suscitarse en el recurso, y que se ventilarán en sede de juicio ordinario o juicios especiales, o de recursos administrativos, si los hubiere”⁶⁷.

Otro autor que se abocó al estudio de este asunto fue Fernando Dougnac, quien en la línea de lo que he afirmado, ya había dicho que “la declaración de culpabilidad constituye un juicio de antijuridicidad permanente”⁶⁸ en las sentencias de protección: es decir, generan un efecto negativo y material de cosa juzgada. Como corolario de esto, afirmó que “jamás podrá volver a discutirse la declaración de culpabilidad contenida en la protección”⁶⁹, concordando con la postura de Eduardo Soto Kloss de que las protecciones acogidas contra la administración gozan de este efecto también. Dougnac acota algo interesante: que, en muchas sentencias de condena, una vez cumplidas, no resulta posible deshacer lo ya hecho, por lo que resultará inoficioso –yo diría: perdió su objeto– que se discuta sobre lo mismo en otro proceso ordinario posterior. También comparten esta postura los autores Errázuriz y Otero⁷⁰.

Andrés Jana y Juan Carlos Marín en su momento afirmaron prudentemente que el efecto de cosa juzgada dependerá “de lo que se haya resuelto en la sentencia”, afirmando –o quizás simplemente constatando– que los tribunales inferiores no van a desconocer lo ya fallado por las Cortes superiores, en el evento que se vuelva a dar una discusión sobre el mismo asunto⁷¹. Por su parte, Humberto Nogueira daba a entender que adhiere a la tesis que he sostenido más arriba, en cuanto no podrá repetirse un juicio en que concurra la triple identidad legal de lo ya abarcado por la protección, aunque los términos en que lo señaló pueden dejar ciertas dudas sobre este alcance⁷².

En una investigación mucho más reciente, el profesor Jorge Larroucau señaló que “se estima que el fallo de protección solo produce un efecto de cosa juzgada formal, salvo en un par de excepciones”, que serían los casos en que se declara nulo un acto administrativo, y cuando la Corte respectiva falla sobre la base de “prueba

⁶⁷ ZÚÑIGA (2007) p. 69. El mismo autor, p. 70: “nuestra jurisprudencia de manera consistente se ha pronunciado por la naturaleza cautelar de la acción-proceso y el efecto de cosa juzgada formal de la sentencia”.

⁶⁸ DOUGNAC (2001) p. 619.

⁶⁹ DOUGNAC (2001) p. 621

⁷⁰ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) p. 202.

⁷¹ JANA y MARÍN (1996) p. 125.

⁷² NOGUEIRA (1999) p. 171, señalaba lo siguiente: “al tratarse de una acción de urgencia con procedimientos breves y con el objeto de ‘establecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado’, la sentencia que dicta la Corte es definitiva y produce cosa juzgada formal en cuanto debe cumplirse lo resuelto por el tribunal. Sin embargo, el artículo 20 de la Constitución establece que la acción es ‘sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (el interesado) ante la autoridad o los tribunales correspondientes’. Ello implica que el fallo de la acción de protección resuelve la litis en forma provisional mientras no exista otro fallo posterior que disponga otra cosa en un juicio de lato conocimiento u otro procedimiento pertinente que permite debatir el fondo de la materia que solo ha sido resuelta por el recurso de protección con una solución de emergencia, carente de periodo de prueba y auténtica contradicción procesal. Es necesario especificar que la materia de la acción de protección limita el conocimiento del tribunal a la lesión del derecho...”.

documental o antecedentes”, adhiriendo a la tesis de la profesora Priscila Machado⁷³. Esta última ha sostenido una interesante tesis, en que le atribuye el efecto de cosa juzgada material a aquellas sentencias de protección *secundum eventum probationis*, es decir, en aquellos casos en que efectivamente existió un proceso de cognición completo en que la Corte pudo apreciar pruebas y hubo un contradictorio entre recurrente y recurrido⁷⁴, siendo la regla general que solo genere una cosa juzgada formal, y no material.

VIII. LA PRAXIS QUE HAN HECHO LOS OPERADORES JURÍDICOS SOBRE EL EFECTO DE COSA JUZGADA DE LAS SENTENCIAS DE PROTECCIÓN

La ciencia procesal es eminentemente práctica, y por ello, las categorías dogmáticas y las teorías científicas pueden ser irrelevantes cuando la praxis judicial ha entendido la institución en estudio –la cosa juzgada, en este caso– de un modo distinto a lo que los estudiosos vienen diciendo.

He sostenido y argumentado en este trabajo que mi postura es que la sentencia de protección produce un efecto de cosa juzgada material y negativo, es decir, que no podrá renovarse proceso alguno –ni ordinario ni de protección– que abarque lo ya resuelto en la sentencia de la Corte respectiva. También he expuesto a continuación los muchos matices y excepciones que la doctrina ha introducido a esta sencilla regla, afirmando muchas veces que estamos frente a una cosa juzgada meramente “formal” que no inhibe la iniciación de nuevos procesos que abarquen el mismo objeto.

Sea como fuere, me parece de suma relevancia hacer notar que la praxis de los operadores jurídicos ha dotado a estas sentencias de un efecto de cosa juzgada permanente, material, negativo o la nomenclatura que desee emplearse; esto es, los litigantes no vuelven a renovar el conflicto por la vía ordinaria. Es decir, la acción de protección actuará como sucedáneo de un litigio de lato conocimiento, y las sentencias de ellos emanados serán –insisto: en la práctica– la última palabra sobre el asunto.

Existe también un argumento de autoridad que explica este fenómeno: al emanar las sentencias de protección de las Cortes superiores de justicia, los jueces de primera instancia, y las mismas Cortes se sentirán naturalmente inhibidos a re-ver el caso, si se trata de los mismos hechos, cuestión que también ha sido detectada por la doctrina desde hace décadas⁷⁵.

Este fenómeno es, en todo caso, comprensible, aunque buena parte de la doctrina lo ha mirado con bastante preocupación. Digo que es comprensible porque los litigantes preferirán naturalmente procedimientos simplificados para obtener respuestas en un plazo bastante breve. Hay que pensar que una protección, incluida

⁷³ LARROUCAU (2023) p. 76.

⁷⁴ MACHADO (2019) p. 760.

⁷⁵ DOUGNAC (2001), p. 627, citando a su vez a JANA y MARÍN (1996) y PAILLÁS (1990).

su apelación, puede estar resuelta en cosa de pocos meses, lo que contrasta con los largos años que puede demorar un juicio civil con todas sus etapas y recursos procesales. La protección es también muy ventajosa frente a una solicitud de medida prejudicial precautoria civil, desde que no exige una contra-cautela al solicitante⁷⁶, ni tampoco exige deducir una demanda civil posterior⁷⁷. También para el recurrente de protección, la acción constitucional significa transitar en un procedimiento en que el recurrido tendrá ciertamente una posición procesalmente desmejorada, en que no habrá una controversia dialéctica de demanda/contestación, sino que solamente se le pedirá un informe, que es facultativo para la Corte considerar, y en que tampoco existirá prueba, en el sentido procesal del término⁷⁸.

Sin perjuicio de estas ventajas para quien solicita esta cautela de emergencia, la doctrina viene desde hace años levantando la voz de alerta, en el sentido de que se está ejercitando una jurisdicción de contenido de muy baja calidad, en que se sacrifican garantías procesales importantes, en que las sentencias no tienen propiamente (en la gran mayoría de los casos) un contenido efectivamente constitucional, y en que cualquier cosa puede ser considerada –o no– como vulneración de garantías fundamentales, según una muy dispersa y vacilante jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema. Es la sustitución del proceso civil por un proceso supuestamente “constitucional” vulgarizado⁷⁹.

IX. EFECTO *ERGA OMNES* DE LA SENTENCIA DE PROTECCIÓN

Las tres sentencias de los casos contra las Isapres, referidas al comienzo de este trabajo, hicieron extensiva su obligatoriedad a terceros ajenos a proceso. Y no solo eso: en un hecho inédito en la historia de nuestro país, extendieron sus efectos a millones de cotizantes de planes de salud particulares, desatando una crisis de proporciones en la industria de los seguros privados de salud.

Como dije al comienzo, el objeto de este trabajo es examinarlas desde las categorías procesales que conocemos. Desde ya adelantaré una respuesta: las sentencias pronunciadas en un recurso de protección sí tienen la potencialidad de obligar a terceros ajenos al proceso, tal y como ocurre con las sentencias pronunciadas en cualquier proceso; es decir, de generar un efecto de cosa juzgada *erga omnes*. Pero, en este caso en particular, no estamos en ninguno de los casos que conocemos para que ello ocurra.

⁷⁶ El artículo 279.2° del Código de Procedimiento Civil impone al solicitante de una medida prejudicial precautoria el “que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan”.

⁷⁷ El artículo 280 del Código de Procedimiento Civil impone la obligación de presentar una demanda, en los términos previamente anunciados en la solicitud de medida prejudicial precautoria, al solicitante respecto de quien el tribunal concedió la medida, en un plazo máximo de treinta días.

⁷⁸ Estos problemas fueron denunciados en su momento por ALDUNATE (1999), p. 239.

⁷⁹ LETURIA (2018), BORDALÍ (2006), CAZOR y ROJAS (2009), p. 177 y 184, y PAREDES (2014) pp. 160-162.

Primeramente, me parece necesario consignar cuáles son los argumentos que dio el voto de mayoría de la Corte Suprema en estas sentencias para extender sus efectos a un número considerable de personas ajenas a estos procesos. Ya desde el comienzo se empiezan a dar algunas señales; así el máximo tribunal comienza con denunciar una “masiva litigación con miles de causas y sentencias asociadas” (considerando 4°), advirtiendo que “esta Corte ha venido decidiendo también de manera uniforme” (considerando 17°), que “el contrato de salud no puede reducirse a un seguro individual (...) las normas que regulan este vínculo son de orden público (...) que adolecen de nulidad absoluta por objeto ilícito” (considerando 23°). Finalmente resuelve que “la arbitrariedad impugnada no es producto del acto individual de la modificación del contrato de salud de la recurrente, sino de la aplicación para ello de la tabla de factores (...) que la recurrida (...) mantiene vigente para todos sus planes” (considerando 26°) y que “esta Corte deberá declarar como ilegal y arbitrario el hecho de mantener su vigencia con carácter general para todos los contratos individuales de salud que administra y a los que aplica, ordenando las medidas que se indicarán en lo resolutivo” (considerando 27°)⁸⁰.

Como se ve, en el voto de mayoría de estas sentencias no se dio razón procesal alguna que permitiera justificar la extensión de sus efectos a terceros ajenos al juicio. En rigor, es un silogismo bastante simple, apoyado en la categoría dogmática de la nulidad absoluta por objeto ilícito y –asumo– en las facultades oficiosas del juez para declararla, amparado en lo dispuesto en el artículo 1683 del Código Civil⁸¹: el sentenciador detecta que se ha producido una nulidad en un gran número de contratos, y la declara para todos ellos, dando origen a una “sentencia estructural”⁸². El problema aquí es que solo se litigaba respecto de un contrato en particular.

El asunto de la extensión del efecto de cosa juzgada a terceros ajenos al juicio es, posiblemente, de los más espinudos en la ciencia procesal, y al que se ha abocado la doctrina que ha tratado el tema con resultados no siempre satisfactorios. Brevemente haré un resumen de la cuestión. El profesor Nieva, haciendo suya la opinión de varios otros procesalistas, ha dicho que la regla del efecto de cosa juzgada exclusivamente *inter partes* tiene tantas excepciones, que en buenas cuentas se trata de una regla “superflua o directamente falsa”⁸³, y que este criterio –digamos, la identidad de partes del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil– “fue

⁸⁰ Extractos de la sentencia Corte Suprema, 30/11/2022, rol 16.630-2022; el contenido de las restantes sentencias de la misma fecha es muy similar o idéntico, difieren mínimamente.

⁸¹ CHILE, Código Civil: “Artículo 1683. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato”.

⁸² LARROUCAU (2021) pp. 195-196 y 243 y LARROUCAU (2023) pp. 63-92 hace el paralelo entre los fallos de los casos de las Isapres y las denominadas “sentencias estructurales” que se han dictado en casos de derechos humanos, para garantizar que una conducta recurrente no vuelva a repetirse.

⁸³ NIEVA (2006) p. 207: “Me pregunto yo si no son demasiadas excepciones –todas ellas reconocidas mayoritariamente por la doctrina– como para seguir exigiendo el *easdem personas* para obtener la operatividad de la cosa juzgada”, y luego cita las opiniones de Allorio, Serra y Liebman al respecto.

formulado por el Derecho romano, no como un postulado, sino como una simple guía⁸⁴. La justificación de esta regla, en todo caso, parece bastante clara. A nivel positivo, se le atribuye al artículo 3° del Código Civil, aunque una investigación reciente lo ha puesto en duda⁸⁵. Y la justificación no es otra que “la inafectación de los efectos de la cosa juzgada a los intereses de terceros ajenos a la contienda, tanto en sentido positivo (aprovecharse del fallo) como en sentido negativo (perjudicarse de éste)”⁸⁶, ya que podrían verse comprometidos “la bilateralidad de la audiencia, el principio de contradicción, y muy especialmente, el derecho a defensa”⁸⁷. Por su parte, el profesor Alejandro Romero ha recogido las muy conocidas teorías de Enrico Liebman, quien distingue entre “cosa juzgada” y “eficacia de la sentencia”; en rigor, “al tercero lo que le afecta es la eficacia refleja de la cosa juzgada”⁸⁸.

En los fallos de las Isapres se trata de un efecto positivo de cosa juzgada que afecta a terceros que no fueron parte de los procesos en que se pronunciaron las sentencias. Y, lo que hace más particular este caso, es que se trata de sentencias que benefician a estos muchos terceros, en el sentido que el precio de sus contratos de salud se vería reducido una vez ejecutadas las sentencias.

Esta regla de la eficacia de las sentencias exclusivamente *inter partes*, tiene, como digo, muchas excepciones. Sea que se considere al fallo como tal y con la virtualidad de producir el efecto de cosa juzgada, aun respecto de terceros ajenos al proceso; o sea que se le considere como un “hecho jurídico” que como tal irradia sus efectos a estos terceros⁸⁹, lo cierto es que en varios casos la doctrina procesal ha venido detectando que las consecuencias que generan las sentencias exceden a las partes del proceso. Pero en lo que parece estar de acuerdo la doctrina es que todas estas excepciones deben tener algún sustento legal⁹⁰, doctrinario o jurisprudencial. Y detrás de este sustento, existen razones que son de toda lógica que justifican por qué en determinados casos será conveniente o imprescindible que la sentencia irradie sus efectos a terceros ajenos al proceso “siempre que el pronunciamiento en cuestión requiera de una estabilidad que pudiese verse perturbada por futuros pronunciamientos”⁹¹. Y aquí se mencionan, por ejemplo, los casos que detalla el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que hace referencia, entre otros casos, a algunas sentencias constitutivas sobre “estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad”. En nuestro medio, se mencionan también los casos

⁸⁴ NIEVA (2006) p. 208.

⁸⁵ BARAHONA (2017) pp. 53-54, quien en sus conclusiones señala que esta regla pretendía solamente “simplificar el elenco de fuentes aplicables por los jueces, y de ningún modo reforzar la Carta Fundamental de 1833”, en el sentido de afianzar normativamente la separación de poderes.

⁸⁶ EZURMENDIA (2021) p. 216; ROMERO (2012) p. 252; GRANDE (2008) pp. 126-127.

⁸⁷ EZURMENDIA (2021) p. 219.

⁸⁸ ROMERO (2011) p. 105; MACHADO (2017) pp. 139-152; LIEBMAN (1946).

⁸⁹ ROSENDE (2001); EZURMENDIA (2021) pp. 233-237.

⁹⁰ EZURMENDIA (2021) p. 237.

⁹¹ NIEVA (2007) p. 208.

de los artículos 2 y 26 del Decreto Ley N° 211, que permite a quien obtenga una sentencia que declare la existencia de actos contrarios a la libre competencia deducir una nueva pretensión indemnizatoria en contra de terceros que no fueron parte del primer proceso; el caso del artículo 133 bis de la Ley de Sociedades Anónimas, que permite a los accionistas minoritarios demandar de indemnización de perjuicios a favor de la sociedad de la que son accionistas, sin que ésta intervenga en el proceso; el artículo 54 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; los artículos 53 y 54 de la Ley N° 19.496 sobre protección de los intereses difusos y colectivos de los consumidores; y el artículo 6° de la Ley N° 20.169 sobre competencia desleal⁹².

En el derecho comparado latinoamericano el efecto *erga omnes* de las llamadas acciones de tutela o amparo de derechos fundamentales –equivalentes a la acción de protección chilena– es un asunto pacífico, que goza de regulación legal o constitucional en varios países⁹³.

La sentencia definitiva pronunciada en una acción de protección no se encuentra en ninguna de las hipótesis que contempla la ley en Chile, lo que no significa que eventualmente pudiere generar un efecto de cosa juzgada *erga omnes* o absoluta. Más allá de los casos de sentencias constitutivas sobre filiación o estado civil, la protección está llamada a producir efectos *erga omnes* justamente porque cumple una función de contencioso-administrativo residual, eventualmente llamada a anular actos de autoridad⁹⁴, como expuse más arriba. Por lo mismo, la anulación de un acto de autoridad por parte de la judicatura necesariamente generará este efecto expansivo *erga omnes*⁹⁵, por obvias razones de conveniencia en el sentido de que es imprescindible mantener la estabilidad del pronunciamiento, como apuntaba Jordi Nieva. Dicho en términos muy simples: no puede el acto administrativo ser válido para algunos (digamos, quienes no han intervenido en la acción de protección) y nulo para otros (quienes sí fueron parte).

El caso del que tratan los fallos de las Isapres no es ninguno de éstos, es decir, no se trata ni de sentencias constitutivas como las mencionadas, ciertamente no es un contencioso-administrativo, ni corresponde a caso alguno de los que dispone la ley positiva chilena. Desde el punto de vista de las categorías procesales que conocemos, no es posible justificar razonablemente estas sentencias, a menos que vaciemos de contenido dichas categorías al punto de hacerlas irreconocibles. Que el juez pueda detectar, en el caso sometido a su conocimiento, que una determinada cláusula contractual es nula –como ocurrió aquí– no lo faculta para “salir a buscar nulidades contractuales” en otros contratos distintos, como queda claro del artículo

⁹² ROMERO (2012) pp. 267-269.

⁹³ Solo como ejemplos se puede citar a LANDA (2011) pp. 220-221 que refiere a los casos de Perú y Colombia; CASSAGNE (2016) p. 63 y pp. 92-93, referido al caso de Argentina; LÓPEZ (2006) pp. 57-61 sobre el caso colombiano; y BOTERO (2006) pp. 170-180, también sobre el caso de Colombia

⁹⁴ BERMÚDEZ (2010) pp. 112, 114.

⁹⁵ BERMÚDEZ (2010) p. 118.

1683 del Código Civil chileno. Quizás la confusión conceptual de la Corte nace porque en los casos de nulidad de actos o contratos civiles, efectivamente se genera un efecto *erga omnes*, porque el acto o contrato no puede ser declarado nulo para algunos contratantes y permanecer válido para el resto. O son todos o no es ninguno. Por lo mismo, la ciencia procesal, y de la mano la jurisprudencia de la misma Corte Suprema, ha discurrido en la figura del *litisconsorcio necesario*, es decir, que en los procesos en que se debate sobre la nulidad de actos o contratos civiles debió emplazarse a todos los contratantes, so pena de que la sentencia sea inoponible, ineficaz o sencillamente nula⁹⁶.

En este caso particular, es claro que no se emplazó a los millones de contratantes de los contratos de seguros de salud, y aunque las sentencias podrían ser hipotéticamente inoponibles, aquí hay un escollo insalvable, que es la intangibilidad de las sentencias del máximo tribunal. Dicho de otra forma: no existe un tribunal superior a la Corte Suprema que pudiera declarar inoponible estas sentencias. Que la Corte Suprema tenga la última palabra como tribunal de apelación en materia de protección de derechos fundamentales, es ciertamente un problema en este caso.

X. CONCLUSIONES

1. La naturaleza jurídico-procesal del recurso de protección correspondería a una acción jurisdiccional de urgencia de contenido constitucional, como asimismo a lo que se ha denominado “enjuiciamiento *prima facie*”, y también a un procedimiento de cognición sumarísimo.

2. La sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la acción de protección tiene el carácter de definitiva y con la virtualidad de producir un efecto de cosa juzgada positiva y negativa; material y no meramente formal. Es decir, el objeto abarcado por la acción de protección no podrá ser abordado por ningún otro procedimiento ni ordinario ni de urgencia. Ello no impide que se puedan iniciar otros procesos que abarquen objetos distintos, y quizás conexos o prejudiciales, con lo ya resuelto en la protección.

3. La acción de protección coexiste con muchos otros procedimientos de tutela de garantías fundamentales, como con muchos procedimientos contencioso-administrativos, teniendo un carácter de aplicación residual respecto de éstos, y por lo mismo, constatándose el fenómeno de concurso de acciones entre unos y otros, existiendo una preferencia de los mecanismos jurisdiccionales especializados. En consecuencia, no se pondría en riesgo el efecto de cosa juzgada de la sentencia pronunciada en la acción de protección.

4. La sentencia definitiva pronunciada en la acción de protección produce efecto de cosa juzgada *erga omnes* en los mismos casos en los que se produciría según las reglas y principios procesales generales; y en especial, cuando actúa como contencioso-administrativo residual de anulación de actos administrativos. En relación

⁹⁶ ROMERO (2014) pp. 235-272; GRANDE (2008), pp. 472-484.

con esto último, las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en noviembre de 2022 (casos contra las Isapres) no se encuentran en ninguna de dichas hipótesis.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (1999): “La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 20: pp. 225-242.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- BARAHONA GALLARDO, Claudio (2017): “Para una historia del precedente judicial en Chile: la recepción del artículo 3° del Código Civil en la doctrina del siglo XIX”, *Revista Jurídica Digital UAndes*, Vol. 1, N° 2: pp. 34-56.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2010): “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIII número 1, julio 2010: pp. 103-123.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2006): “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XIX, N° 2, diciembre 2006: pp. 205-228.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2014): “El recurso de protección: todavía un fantasma jurídico (Tribunal Constitucional)”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXVII, N° 2: pp. 277-283.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2016): *Derecho jurisdiccional* (Valdivia, Editorial Derecho Austral).
- BOTERO MARINO, Catalina (2006): *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano* (Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Consejo Superior de la Judicatura).
- CASSAGNE, Juan Carlos (2016): “Los nuevos derechos y garantías”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 3, N° 1, enero/abril 2016: pp. 59-108.
- CAZOR ALISTE, Kamel y ROJAS CALDERÓN, Christian (2009): “Las deficiencias estructurales y prácticas de la acción de protección”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 16, N° 1, 2009: pp. 169-192.
- CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL (2022): “Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022”. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>. Fecha de consulta: 8 de abril de 2024.
- CONSEJO CONSTITUCIONAL (2023): “Propuesta Constitución Política de la República de Chile”. Disponible en: <https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf>. Fecha de consulta: 8 de abril de 2024.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): *Curso de derecho administrativo* (Santiago, Editorial Libromar).
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2017): *La tutela cautelar en el proceso civil* (Santiago, Thomson Reuters).
- COSTA CORDELLA, Ezio (2014): “Los tribunales administrativos especiales en Chile”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXVII, N° 1, julio 2014: pp. 151-167.

- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Fernando (2001): “Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28 N° 3, 2001: pp. 615-630.
- ERRÁZURIZ GATICA, Juan Manuel y OTERO ALVARADO, Jorge (1989): *Aspectos procesales del recurso de protección* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús (2018): “Eficacia de la cosa juzgada e iniciativa para su introducción al proceso. Rol del juez en la vinculación de procesos conexos entre las mismas partes. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema rol: 28600/2016 del 8 de noviembre de 2016”, *Revista Ius et Praxis*, año 24, N° 2: pp. 673-684.
- EZURMENDIA ÁLVAREZ, Jesús (2021): *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada* (Barcelona, Bosch Procesal).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos; BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XIV, julio 2003: pp. 67-81.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011): “Los procesos administrativos en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, primer semestre de 2011: pp. 251-277.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2021): *Justicia administrativa* (Santiago, DER Ediciones).
- FLORES RIVAS, Juan Carlos y AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2022): “Impugnación de los actos administrativos y el contencioso-administrativo de reclamación”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 35, enero-junio 2022: pp. 211-238.
- GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005): *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- GRANDE SEARA, Pablo (2008): *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil* (Valencia, Editorial Tirant).
- HUNTER AMPUERO, Iván y LARA AGUAYO, Edinson (2021): *Recursos procesales civiles. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, DER Ediciones).
- JANA LINETZKY, Andrés y MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (1996): *El recurso de protección y contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LANDA, César (2011): “El proceso de amparo en América Latina”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVII (Montevideo), pp. 207-226.
- LARA ARROYO, José Luis (2011): “Algunas reflexiones sobre el contencioso administrativo en Chile”, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (coords.), *Litigación pública* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot), pp. 65-92.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2020a): “Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones”, *Revista de Derecho* (Coquimbo), vol. 27, 2020.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2020b): “La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 2: pp. 479-511.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2021): *La tutela judicial de los derechos fundamentales* (Santiago, Editorial DER).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2023): “La eficacia del fallo de protección de acuerdo a su autonomía y fines”, *Estudios Constitucionales*, vol. 21 N° 1: pp. 63-92.

- LETURIA INFANTE, Francisco (2018): “Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 16, N° 1, 2018: pp. 227-244.
- LIEBMAN, Enrico Tullio (1946): *Eficacia y autoridad de la sentencia* (Buenos Aires, EDIAR).
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2006): *El derecho de los jueces* (Colombia, LEGIS – Universidad de Los Andes).
- MACHADO MARTINS, Priscila (2017): *La cosa juzgada constitucional* (Madrid, Editorial Ubijus).
- MACHADO MARTINS, Priscila (2019): “La cosa juzgada material *secundum eventum probationis* en la acción constitucional de protección”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 3: pp. 741-764.
- MACHADO MARTINS, Priscila (2020): “El recurso de protección como recurso extraordinario: la sentencia de la Corte Suprema rol N° 21.027-2019 y el futuro de la acción constitucional de protección”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 18, N° 2, 2020: pp. 309-333.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2012): “35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 10, N° 2: pp. 617-642.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (2014): *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián (2010): *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- NIEVA FENOLL, Jordi (2006): *La cosa juzgada* (Barcelona, Atelier Libros Jurídicos).
- NIEVA FENOLL, Jordi (2007): *Enjuiciamientos prima facie* (Barcelona, Atelier Libros Jurídicos).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999): “El recurso de protección en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3: pp. 157-159.
- ORTÚZAR LATAPIAT, Waldo (1994): “El recurso de protección y las resoluciones judiciales”, *Colegio de Abogados de Chile*, diciembre de 1994.
- PAILLÁS PEÑA, Enrique (1990): *El recurso de protección ante el derecho comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PAREDES PAREDES, Felipe (2014): *La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- PEÑA TORRES, Marisol (2014): “Acción de protección”, en SILVA GALLINATO, María Pía y Henríquez Viñas, Miriam (coords.) *Acciones protectoras de derechos fundamentales* (Santiago, Thomson Reuters).
- PIERRY ARRAU, Pedro (1977): “El recurso de protección y lo contencioso administrativo”, *Trabajo presentado en el Seminario de Profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, el 21 de julio de 1977*.
- PINOCHET CANTWELL, Francisco (2020): *El recurso de protección. Estudio profundizado* (Santiago, Editorial El Jurista).
- RIED UNDURRAGA, Ignacio (2015): “El recurso de protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta a la ineficacia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 13 N° 5: pp. 271-320.

- RIVERO HURTADO, Renée (2016): *La prejudicialidad en el proceso civil chileno. Medios procesales para la coherencia de sentencias dictadas en procesos con objetos conexos* (Santiago, Thomson Reuters).
- ROMERO RODRÍGUEZ, Sophia (2013): “Concurso de normas y concurso de acciones en el derecho procesal chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 19, N° 2: pp. 207-250.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (1999): “Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2: pp. 503-515.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2011): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2012): “La sentencia judicial como medio de prueba”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 2, agosto 2012: pp. 251-276.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2014): *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos relativos al órgano jurisdiccional y a las partes* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2015): “La prejudicialidad en el proceso civil”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 42, N° 2: pp. 453-482.
- ROSENDE VILLAR, Cecilia (2001): “Efectos directos y reflejos de la sentencia”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 3: pp. 489-507.
- SALAS VIVALDI, Julio (1990): “El recurso de protección y las decisiones judiciales. Comentario de jurisprudencia”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 187, año LVIII, enero-junio 1990: pp. 93-101.
- SCHIESSLER QUEZADA, Guillermo (1982): “Algunas cuestiones relativas al recurso de protección”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 6: pp. 353-368.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (2008): *Jurisdicción, acción y proceso* (Barcelona, Atelier libros jurídicos).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1982): *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VERDUGO JOHNSTON, Pamela (1988): *El recurso de protección en la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica EDIAR).
- VOGT GEISSE, Thomas (2023): “El sentido de una tutela judicial de derechos fundamentales de carácter subsidiaria”, en *Revista Ius et Praxis*, año 29 N° 2, pp. 64-84.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2007): “El recurso de protección en proyecto de Ley de Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 5, N° 2, segundo semestre de 2007: pp. 61-82.

NORMAS CITADAS

- CHILE, *Código de Procedimiento Civil* (30/08/1902).
- CHILE, *Código de Procedimiento Penal* (19/02/1906).
- CHILE, *Constitución Política de la República* (18/10/1925).
- CHILE, *Código Orgánico de Tribunales* (09/07/1943).
- CHILE, *Código Tributario* (31/12/1974).
- CHILE, Acta Constitucional N° 3 de 1976 (11/09/1976).

CHILE, Ley N° 18.971 (10/03/1990), *Establece recurso especial que indica.*

CHILE, Ley N° 19.300 (09/03/1994), *Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente.*

CHILE, Ley N° 19.496 (07/03/1997), *Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.*

CHILE, Ley N° 19.665 (09/03/2000), *Reforma el Código Orgánico de Tribunales.*

CHILE, *Código Civil* (30/05/2000).

CHILE, *Código Procesal Penal* (12/10/2000).

CHILE, *Código del Trabajo* (16/01/2003).

CHILE, Ley N° 19.880 (29/05/2003), *Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.*

CHILE, Ley N° 20.050 (26/08/2005), *Reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República.*

CHILE, *Constitución Política de la República de Chile* (22/09/2005).

CHILE, Ley N° 20.087 (03/01/2006), *Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo.*

CHILE, Ley N° 20.169 (16/02/2007), *Regula la competencia desleal.*

CHILE, Ley N° 20.322 (27/01/2009), *Fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera.*

CHILE, Ley N° 20.609 (24/06/2012), *Establece medidas contra la discriminación.*

CHILE, Ley N° 20.600 (28/06/2012), *Crea los Tribunales Ambientales.*

CHILE, Auto Acordado 94/2015 (28/08/2015) *sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales.*

ESPAÑA, *Ley de Enjuiciamiento Civil* (07/01/2000).

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, 30/11/2022, rol 16630-2022, protección.

Corte Suprema, 30/11/2022, rol 25570-2022, protección.

Corte Suprema, 30/11/2022, rol 14513-2022, protección.

Tribunal Constitucional, 14/04/2011, rol 1557-2009, inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Tribunal Constitucional, 18/08/2011, rol 1812-2011, inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Tribunal Constitucional, 03/09/2013, rol 2243-2012, inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

LA INTENCIÓN DE ELUDIR EN LA NORMA GENERAL ANTIELUSIÓN CHILENA: CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN OBJETIVA

THE INTENT TO AVOID IN CHILEAN TAX AVOIDANCE: CRITICISM TO THE OBJECTIVE CONCEPTION


Eduardo Iribarra Sobarzo¹

RESUMEN: El presente trabajo analiza críticamente el actual entendimiento de que la elusión tributaria contenida en la norma general antielusión chilena se califica únicamente a partir de criterios objetivos, sin consideración a una intención de eludir por parte del contribuyente. Se postula aquí que no es posible entender la elusión sin una dimensión subjetiva, de tal manera que los elementos subjetivo y objetivo deben considerarse conjuntamente para acreditar la elusión, siendo el segundo elemento el encargado de dar cuenta de la eventual concurrencia del primero. Con ello, se propone una posición intermedia entre quienes entienden de forma excluyente la elusión únicamente a partir de elementos objetivos o bien subjetivos, principalmente a la luz de la redacción de la norma general antielusión chilena.

Palabras clave: elusión, intencionalidad, propósito negocial, simulación, tributos.

ABSTRACT: This paper critically analyzes the current understanding that tax avoidance contained in the Chilean general anti-avoidance rule is qualified solely based on objective criteria, without regard to an intention consideration to avoid by the taxpayer. It is postulated that it is not possible to understand avoidance without a subjective dimension, in such a way that the subjective and objective elements must be considered together to prove avoidance, being the second element the one in charge of accounting for the eventual concurrence of the first one. In doing so, an intermediate position is proposed between those who exclude avoidance solely on the basis of objective or subjective elements, mainly in the light of the wording of the general Chilean anti-avoidance rule.

Keywords: avoidance, intentionality, business purpose test, sham, taxes.

¹ Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Tributario en la Universidad de Talca, Chile. Dirección postal: 1 Poniente, 1141, Talca. Correo electrónico: eirribarrasobarzo@gmail.com.  0000-0003-2507-9424.

I. INTRODUCCIÓN

La elusión en el ámbito del Derecho Tributario es una figura que permite exigir el pago de tributos debido a que el contribuyente consiguió ilegítimamente hacer inaplicable la ley tributaria². Podría estimarse que la elusión se inspira en instituciones de la civilística como son el abuso del derecho, la simulación civil, los negocios “indirectos” o anómalos, aunque se aproxima mayormente a la figura del fraude de ley o fraude a la ley³, entendida esta como “uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se han amparado en otra norma dictada con distinta finalidad”⁴.

Como remedio para sortear la dificultad a la hora de delimitar la elusión tributaria y de perseguirla por medio de las instituciones civiles antedichas, algunos países han optado por establecer definiciones legales de elusión al proceder a la incorporación de cláusulas o normas generales antielusión (NGA). Las NGA se definen como “cláusulas genéricas que otorgan a las autoridades tributarias la facultad de denegar beneficios si los contribuyentes realizan transacciones que carecen de sustancia económica pero que tienen como objetivo principal obtener una ventaja fiscal”⁵.

Si bien no existe un consenso sobre un tipo único e ideal de norma general antielusión, en el caso chileno, la ley N° 20.780 de 2014 incorporó una NGA al Código Tributario (CT)⁶, partiendo por una definición legal de elusión que ha sido objeto de un interesante debate, fundamentalmente porque comprendería supuestos que coinciden con figuras que más bien son por naturaleza evasivas, como es el caso de la simulación⁷. También, por los problemas que suscita la configuración del abuso de las formas jurídicas, pero además porque la NGA coexiste con otras figuras que, sin necesariamente comprenderse dentro de la definición legal de elusión de la NGA, igualmente se consideran elusivas, pero que se abordan con normas especiales antielusión (NEA). Como ejemplos de estas últimas tenemos las normas de control del gasto del artículo 31 de la Ley sobre impuesto a la renta (LIR), el impuesto “multa” del artículo 21 de la LIR, la facultad de tasación, las normas sobre precios de transferencia, las normas sobre justificación de inversiones, entre otras.

A partir de la entrada en vigor de la NGA en Chile, y en el concepto expreso de la Autoridad Tributaria chilena (el Servicio de Impuestos Internos o “SII”), así como de parte de alguna doctrina relevante⁸, la elusión en Chile prescinde de la exigencia de acreditar la intencionalidad, malicia o “ánimo elusivo” del contribuyente,

² En teoría, nada impide perseguir la conducta simultáneamente como elusión y como evasión, no obstante que ello pudiera representar un eventual problema de *bis in idem*.

³ PALAO (2021) p. 28; BARREIRO (2019) p. 19.

⁴ DE CASTRO (1955) p. 607.

⁵ CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT) (2022) p. 123.

⁶ CHILE, *Código Tributario*.

⁷ VERGARA (2016); NAVARRO (2021).

⁸ NAVARRO (2021); OSORIO y otros (2022).

por lo que su calificación solo responde a un análisis de elementos meramente objetivos. Más precisamente, el SII ha señalado que la NGA:

Establece un criterio objetivo y no un análisis de las intenciones o fines que pudieron tener los contribuyentes. El examen, en este caso, consistirá en determinar si la naturaleza de los actos o negocios jurídicos, individualmente o en su conjunto, utilizados por los contribuyentes se dejan explicar por razones distintas de las meramente tributarias⁹.

Este criterio denominado "objetivo" de la elusión, seguiría el adoptado por el Derecho español a partir de su NGA introducida en el año 2003¹⁰, la que según algunos buscaba superar la antigua norma antielusión que requería un análisis subjetivo para su calificación¹¹, evitando así juicios sesgados por la Administración a la hora de establecer la motivación de un contribuyente para realizar operaciones que se sospechan elusivas. Ello, pues la NGA chilena toma inspiración de la NGA española, aunque según se verá, la norma local posee elementos diferenciadores que sugieren ciertas precisiones.

Al respecto, se ha dicho que este criterio objetivo tiene el inconveniente de ser una posición que beneficiaría al SII, aunque ilegítimamente y a costa de los derechos de los contribuyentes, pues pretendería "alivianar la carga probatoria del SII, al no tener que acreditar la mala fe del contribuyente a fin de hacerlo responder"¹². En efecto, este temor tiene asidero cuando se relativiza o derechamente se prescinde del análisis de la intencionalidad para calificar la elusión, pues permitiría al SII y al juez hacer imponer su propia interpretación acerca de la impropiedad o artificialidad de los negocios realizados que por naturaleza son complejos, así como de la falta de relevancia de determinados efectos económicos o jurídicos, sin cumplir con la exigencia de atender a las explicaciones y pruebas sobre los motivos o fines buscados por el propio contribuyente. Y es que si bien la justificación de este tránsito hacia un análisis objetivo pareciera obedecer a un avance en materia de respeto a los derechos de los contribuyentes como ocurrió en España, estableciendo en lugar de un enfoque exclusivamente subjetivo, exigencias de razonabilidad o presunciones de intencionalidad que permitirían un enfoque más imparcial¹³, dicha finalidad, cuando carece de ciertos controles, pareciera correr el riesgo de habilitar a la Administración a calificar la elusión prescindiendo de las intenciones, con lo cual, esta última queda de igual manera con un margen igualmente amplio de discrecionalidad para calificar la elusión. El riesgo de este entendimiento es que la elusión pueda determinarse sin más por medio de un análisis objetivo de los actos y sus efectos, por un análisis abstracto a partir de lo que meramente "dejan explicar" los actos realizados

⁹ Este criterio se plasmó en la Circular SII N° 65 de 23 de julio de 2015.

¹⁰ ESPAÑA, Ley 58/2003.

¹¹ Ver SIMÓN (2003) p. 3; GARCÍA (2003) p. 13.

¹² BOETSCH (2016) p. 164.

¹³ CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT) (2022) p. 59.

en la opinión del SII, sin una exigencia de vincularlos con los propósitos tenidos a la vista por los contribuyentes.

La elusión, que se inspira en el fraude a la ley, aunque no se explica únicamente a partir de las categorías de esta institución civil, es ante todo una conducta ideada conscientemente y que el derecho le reprocha a un contribuyente, todo lo cual requiere para su calificación atender indefectiblemente al ánimo o intención de eludir, aun cuando este pueda explicarse y por ende determinarse a partir de antecedentes, indicios o efectos de carácter objetivo, intención que no es otra que “el propósito de obtener una ventaja fiscal sin una justificación económica suficiente”¹⁴. Según se explicará, es equivocado el entendimiento de que la elusión, sobre todo a la luz de la normativa chilena, se califica “sin consideración a la intención” del contribuyente como ha señalado el propio SII en su Circular N° 65 de 2015. De nuevo, de ser ello efectivo, devendría en una peligrosa herramienta para la Administración que la habilita a precalificar la elusión, sin hacerse cargo de la intencionalidad de este, poniendo en jaque la presunción de buena fe. Pero incluso más, este trabajo busca develar que esta interpretación supuestamente objetiva de la elusión declarada expresamente por el SII no es tal, pues de forma implícita esta autoridad ha venido considerando el elemento subjetivo, a partir de su jurisprudencia administrativa y de los casos que desarrolla en su Catálogo de Esquemas Tributarios, según se dirá.

La prueba de la subjetividad busca justamente adentrarse en la intención que tuvo el contribuyente para realizar una operación que generó un determinado beneficio tributario, y que considera esencialmente su propósito u objetivo, cuestión que nace en la subjetividad del contribuyente pero que se deja evidenciar a la luz de los negocios realizados y sus efectos. Solo una vez determinado este primer elemento, y a la luz de las razones que el contribuyente argumente y acredite (o bien en su silencio), es posible a la autoridad estimar si el beneficio se explica por razones elusivas o no. Por lo tanto, los elementos subjetivo y objetivo en la elusión no son más que miradas fragmentadas intelectualmente de un solo sistema indisociable de acreditación, pues “ambas pruebas construyen el marco de la valoración, ya que permiten al intérprete encontrar las conexiones entre una operación y el beneficio fiscal que le corresponde”¹⁵.

El presente trabajo tiene entonces el objetivo de analizar el rol de la intencionalidad en la configuración de la elusión tributaria contenida en la NGA chilena, cuestionando críticamente el contenido de la concepción objetiva, y proponiendo una posición intermedia que hace depender conjuntamente las actuales y excluyentes posiciones objetiva y subjetiva. Como hipótesis se postulan que (i) no es posible entender la elusión sin una dimensión subjetiva, de tal manera que los elementos subjetivo y objetivo deben considerarse conjuntamente para acreditar la elusión, siendo el segundo elemento el encargado de dar cuenta de la eventual concurrencia del primero; (ii) que en la elusión contenida en la NGA chilena, y que incluye tan-

¹⁴ EY ABOGADOS (2015) p. 38.

¹⁵ CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT) (2022) p. 5.

to el abuso de las formas jurídicas como la simulación, existe una mayor demanda del elemento subjetivo, atendida sus particulares definiciones; y (iii) que incluso la interpretación supuestamente objetiva de la elusión declarada expresamente por el SII no es tal, pues de forma implícita esta autoridad ha afirmado también la necesidad de sustentar la calificación a partir de elementos subjetivos, según se dirá.

Dilucidar estas cuestiones es relevante para efectos de permitir que la norma antielusión sea eficaz desde un punto de vista jurídico en su cometido de posibilitar la tributación de aquellas conductas reprochables que califiquen como elusivas, pero siempre con arreglo a un criterio de atribución subjetiva de responsabilidad, pues de lo contrario la norma devendría en una peligrosa herramienta que atentaría en contra de diversos derechos de los contribuyentes, como son la buena fe, libertad económica, debido proceso, entre otros. Por tanto, la observancia de estas precisiones a la hora de configurar la elusión por parte del SII y asimismo de la judicatura, permitirá equilibrar el desafío de justicia que busca resolver la elusión, con el respeto irrestricto a los contribuyentes.

Para desarrollar el trabajo enunciado, se procederá primeramente a ahondar en el análisis de la intencionalidad, partiendo de una revisión genérica de este elemento en las figuras de la civilística en las que se inspira la elusión, como serían el fraude a la ley y la simulación. Enseguida, se analizará la intencionalidad en la elusión desde el Derecho estrictamente tributario, a partir del entendimiento que sobre este aspecto ha tenido la doctrina y el Derecho comparado, especialmente el Derecho español, por el hecho de ser inspiración para la norma antielusión general chilena. Finalmente, se abordará críticamente la norma general antielusión chilena, abordando algunas de sus particularidades y recogiendo el entendimiento de la doctrina y del propio Servicio de Impuestos Internos en relación con el elemento subjetivo.

Es importante señalar que recientemente con fecha 19 de marzo de 2024, fue dictada la primera sentencia declarativa de elusión en Chile, sentencia esta que actualmente se encuentra en proceso de impugnación en instancias superiores¹⁶. En esta sentencia, y sin entrar en un análisis crítico de la misma, efectivamente se destaca la consideración del juez hacia los fines o motivos tenidos en cuenta por el contribuyente para realizar los actos que terminaron siendo calificados como elusivos. Es así que uno de los puntos de prueba consistió precisamente en dilucidar los “motivos más allá de los puramente tributarios que justificaron” los actos realizados. Así también el juez reflexionó en su sentencia acerca de “el motivo racional” para llevar a cabo una serie de actos, concluyendo que de los antecedentes aportados por el contribuyente, “no se pueden apreciar, por más que se busquen, motivos más allá de los puramente tributarios”. Este análisis resalta la importancia de discernir la intención detrás de las acciones, en lugar de simplemente calificar la elusión apenas desde un análisis objetivo de los actos realizados”.

¹⁶ Tribunal Tributario y Aduanero de la Región de Ñuble y la Región del Biobío, 19 de marzo de 2024.

II. LA INTENCIONALIDAD EN LA ELUSIÓN

1. SU FUENTE EN LA CIVILÍSTICA

Como se indicó anteriormente, es importante hacer presente que en la construcción de la elusión han gravitado fuertemente algunas instituciones del Derecho Civil, como son el fraude a la ley y la simulación. Sin embargo, esta inspiración no puede impedirnos reconocer la autonomía de la elusión, pero más importante aún, ello tampoco importa una autorización para soslayar o rehuir a todas las sugerencias de sentido que pudieran ilustrar estas instituciones de la civilística, en beneficio de una adecuada delimitación de la elusión. Lo correcto sería entender que la elusión toma parte de algunos elementos de la civilística, aunque acotando su alcance en la búsqueda de necesidades estrictamente fiscales, sin comprometer la validez de los actos desde el punto de vista civil¹⁷. Así, corresponde considerar esta fuente como una regla útil que permita hallar en estas instituciones algunos elementos comunes e interrogantes, como sería al menos la exigencia de intencionalidad para su concurrencia.

Al respecto, es útil atender la idea de una unidad en el ordenamiento jurídico, de acuerdo con en el pensamiento de Bobbio¹⁸. Esto nos lleva a recoger la vigencia del pensamiento de Massone de que el Derecho Tributario, “si bien regula un conjunto homogéneo de materias y tiene normas y concepciones que le son propias, está íntimamente ligado con el resto del derecho, con el cual forma un solo todo”¹⁹.

Hecha esta prevención, la elusión es una figura compleja de delimitar, todavía más cuando el legislador le ha asignado una definición, la que, en el caso chileno, demanda un mayor esfuerzo de precisión. La elusión es, por cierto, un concepto abstracto e inasible en la dicotomía entre la forma y la sustancia²⁰.

Como definición, la elusión “consiste en evitar la realización del presupuesto de hecho de una norma tributaria de gravamen utilizando para la operación que se pretende realizar una forma o configuración jurídica que no se corresponde con la finalidad perseguida por esta”²¹. Usualmente las legislaciones que recurren a incorporar una NGA en sus ordenamientos jurídicos contemplan dentro de la elusión figuras subsumibles dentro de conceptos tales como el abuso (denominada en España como “Conflicto en la aplicación de la norma tributaria”) y la simulación, figura esta última, controversial y que suele coincidir con la simulación tanto civil como penal. En el caso chileno, la NGA define la elusión bajo los conceptos de “abuso de las formas jurídicas” y “simulación”, esta última, que correspondería a un supuesto

¹⁷ En España se discutió latamente si acaso la elusión autorizaba a invalidar los actos por la concurrencia de una causa ilícita, atendido que el fraude es justamente un ejemplo de aquella, entendimiento que ha pretendido superarse a través de una separación adecuada entre los alcances tributarios y civiles de la calificación de la elusión. Ver BAGO (2010) pp. 1287; 1296; 1310; 1313.

¹⁸ BOBBIO (1991).

¹⁹ MASSONE (1970) p. 111.

²⁰ PISTONE (1995) p. 12.

²¹ PALAO (2021) p. 153.

de simulación relativa²², aun cuando algunos le han atribuido incluso un alcance más amplio²³.

Desde esa mirada, y en relación con el fraude a la ley, este “persigue, a través de medios indirectos, burlar un precepto legal, de modo tal que este, en la práctica, resulte ineficaz, frustrándose el espíritu de la disposición”²⁴. En esta figura, se ha sostenido que el elemento intencional es parte esencial y que se compondría, según algunos, por el propósito de eludir o burlar la ley y, de acuerdo con otros, por el conocimiento que tiene el agente del obstáculo legal que se opone a la realización del interés protegido²⁵, con lo que desconocer este elemento conduciría al absurdo de existir “fraudes sin fraudes”²⁶. Pero incluso quienes prescinden de este elemento subjetivo, encuentran una dificultad práctica, pues los actos que objetivamente defraudan a la ley suelen realizarse con el ánimo de defraudarla, el cual pudiera no dejar rastro, pero puede estimarse sobre la base de presunciones²⁷. En forma intermedia, se ha planteado que aun cuando no constituiría un requisito del fraude la constancia de un obrar malicioso o intención manifiesta de burlar la ley, siempre será necesario un asiento de culpabilidad²⁸.

En el caso de la simulación el elemento subjetivo es todavía más difícil de desconocer, pues en este “hay también, en cierto modo, una apariencias; las partes no quieren realmente sus efectos típicos, sino que lo utilizan para una finalidad distinta, indirecta”²⁹. En términos civiles, la simulación “consiste en aparentar una declaración de voluntad que no se desea, contando con la aquiescencia de la parte a quien esa declaración va dirigida”³⁰. Por lo que, si bien pareciera tener un reproche subjetivo mayor que el abuso como tipo de elusión, la simulación en materia tributaria “no puede ser sino el resultado del ánimo deliberado del contribuyente de evitar el cumplimiento de una obligación tributaria y, consecuentemente, de una actuación premeditada encaminada a dicho fin”³¹. La simulación, por tanto, no constituye en sí misma un obrar contrario a derecho, sino que adquirirá tal carácter en la medida que mediante ella se pretenda intencionalmente perjudicar a terceros³², como lo ha considerado la Corte Suprema, al colocar “la intención de engañar a terceros” como uno de los elementos fundantes de la simulación³³.

²² Ver Circular SII N° 65 de 23 de julio de 2015.

²³ CATTANEO y BURGOS (2017).

²⁴ VIAL (1991) p. 108.

²⁵ ALCALDE (2023) p. 371.

²⁶ DE BUEN, citado por FUEYO (1991) p. 373.

²⁷ ALBALADEJO (1996) p. 189.

²⁸ PUIG (1957) p. 399.

²⁹ PALAO (2021) p. 130.

³⁰ LEÓN (1963) p. 175.

³¹ YÁÑEZ (2014) p. 245.

³² BOETSCH (2016) p. 123.

³³ Corte Suprema, 22/10/2015.

Ahora bien, y sin el propósito de ahondar aquí en el desarrollo que en el Derecho Civil ha tenido el análisis de la intención subjetiva en los diversos ámbitos en los que esta se manifiesta, es posible sintetizar que la intención como un elemento subjetivo a acreditar efectivamente ha tendido a objetivizarse, y en su lugar “se propone considerar la intención como parte constitutiva de nuestras conductas u omisiones. No tiene sentido hablar de intenciones en forma separada a los actos u omisiones a los cuales se asocia”³⁴.

Pues bien, bajo esta mirada, resultaría acertado entender que la intención de eludir no apelaría a develar el ánimo en tanto “estado mental”, aunque tampoco significaría negarle su valor e importancia, pues “la intención se hace indisoluble con el hecho del sujeto”³⁵. Por lo tanto, la intención siempre es necesaria de determinar, aunque inferida de los actos y contratos que un sujeto realice y de sus efectos. Esta nueva visión en ningún caso debe entenderse como una autorización para prescindir de la intención subjetiva, sino más bien como una fórmula razonable y quizás realista de determinarla, entendimiento que debiera explicar asimismo el proceso de objetivación de la elusión ocurrido en España y que buscó superar la visión meramente subjetiva, el cual a su vez resultaría aplicable también a la norma antielusión chilena.

2. LA INTENCIÓN DESDE EL DERECHO TRIBUTARIO

2.1. *El elemento subjetivo*

Para la doctrina, el elemento subjetivo de la elusión es justamente “la intención de ahorrar un impuesto”³⁶, aunque más precisamente, la elusión busca obtener un beneficio tributario por medio de actos o contratos anómalos que no puedan explicarse por una razón de negocios o jurídica relevante. Por lo tanto, lo determinante en la elusión no es el propósito de ahorrar un impuesto, pues como bien ha señalado Palao, este es lícito, pero no lo sería el medio utilizado para lograrlo³⁷. La esencia sería entonces “la objetiva transgresión del Derecho que el fraude produce”³⁸.

En otras palabras, de lo que se trata es de probar un ánimo elusivo a la luz de las explicaciones en torno a los fines tenidos en cuenta por el contribuyente, en consonancia con los actos realizados y los efectos producidos, siendo esencial determinar “si las motivaciones para celebrar el acuerdo exceden las de carácter fiscal o no. Comúnmente esta prueba se formula en relación con el objetivo o propósito que sustenta una transacción”³⁹.

En ese sentido, Palao indica que, en la práctica, el propósito de eludir el impuesto “se tiene que manifestar externamente y lo hará precisamente por medio

³⁴ COLOMA (2016) p. 40.

³⁵ BARAONA (1997) p. 174.

³⁶ BLUMENSTEIN (1954) p. 27

³⁷ PALAO (2021) p. 53.

³⁸ DE CASTRO (1955) p. 611.

³⁹ CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT) (2022) p. 91.

de ese carácter artificioso del negocio empleado, o sea, por la ausencia de cualquier otra justificación plausible de la vía elegida (el *business purpose* del Derecho anglosajón)”⁴⁰. Sin embargo, y aun siendo elementos que deben ser analizados conjuntamente, es importante distinguir la artificialidad de un negocio escogido de la ausencia de un propósito negocial, pues no por recurrir a un acto impropio o artificioso se debe colegir necesariamente la ausencia de un fin negocial y por ende la búsqueda solo de un fin elusivo; y al revés, no por carecer de dicho fin negocial, se debe inferir que el negocio escogido es artificioso y en ese carácter, deviene en elusivo. Lo correcto sería sostener la impropiedad o artificialidad de los actos escogidos para la búsqueda de un beneficio tributario, ante la ausencia de un razonable propósito negocial o jurídico. Y aquí la autoridad tributaria tiene el deber de explicar y fundamentar suficientemente estos elementos en su requerimiento de elusión ante el juzgador. Más precisamente, se encuentra obligada a justificar la inferencia de la intención elusiva a partir de las circunstancias objetivas, justificando además por qué descarta las explicaciones del contribuyente en torno a los fines o motivos de sus actos.

Por su parte, hemos de señalar que el entendimiento de que no es necesario un “ánimo elusivo”, porque este elemento sería exclusivo de una norma de carácter penal, es una afirmación incorrecta. Lo anterior, atendido que tanto en la elusión como en la evasión existe este ánimo, y técnicamente, ese “ánimo defraudatorio” “no distingue con la necesaria precisión el tipo punitivo del abuso o fraude a la ley en general”⁴¹. Otra cosa distinta es que el ánimo detectado pueda concitar un reproche mayor para configurar alguna sanción de carácter penal.

En el caso de la simulación el aspecto subjetivo es todavía más importante, pues hay un acto querido y otro expresado, todo lo cual hace que no se pueda prescindir de la subjetividad para ligarlos. Esta especie de elusión merece una especial atención debido a su relación con el delito de simulación, pues como se ha advertido, compartiría elementos propios de este último⁴², atendido además la amplitud de las figuras que el tipo penal de evasión tributaria considera, “lo que permite incluir casi cualquier maniobra elusiva”⁴³ en el caso de la simulación. Todo lo anterior importa una dificultad para establecer la delimitación clara entre la elusión y la evasión, con mayor razón si se analiza lo que el legislador chileno entiende por elusión, según se explicará.

2.2. El Derecho español

Es sabida la inspiración que la elusión consagrada en la NGA halló en la legislación española, respecto de la cual es posible apreciar justamente que su ac-

⁴⁰ PALAO (2021) p. 54.

⁴¹ PALAO (2021) p. 164.

⁴² NAVARRO (2021) p. 62.

⁴³ OSORIO y GONZALEZ (2016) pp. 31, 33.

tual normativa habría “evolucionado”⁴⁴ a una mirada más objetiva que subjetiva de la elusión, concretamente con la modificación al artículo 15 de su Ley General Tributaria (LGT) del año 2003. En efecto, España tiene actualmente tres normas para atacar la elusión: la calificación (art. 13 de la LGT), la intitulada “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” (art. 15 de la LGT) y la simulación (art. 16 de la LGT), aunque es la norma del art. 15 de la LGT la que se ha considerado propiamente como la cláusula general antielusión⁴⁵. De acuerdo con la doctrina de ese país, dicha cláusula busca abordar aquellos “casos en que los negocios o situaciones sobre los que versa la calificación presentan unas características anómalas, con rodeos o artificios que permiten concluir que dichos negocios han sido realizados con finalidad elusiva, es decir, con la intención de propiciar su encaje en el supuesto de hecho de una norma más favorable que la que correspondería al negocio usual”⁴⁶. Veamos el art. 15 de la LGT española, en lo pertinente:

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:

- a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

Esta norma vino a sustituir la cláusula del “fraude a la ley” de la LGT de 1963, para abordar, en lo esencial, el mismo tipo de conductas⁴⁷. Más precisamente, se ha dicho que la norma en análisis “vino a reemplazar al fraude a la ley absorbiendo esta institución”⁴⁸. Es así que esta cláusula general antielusión ya no exigiría el elemento subjetivo que contemplaba el art. 24 de la LGT, al no considerar el “propósito de eludir el pago del tributo”, sino que, en su lugar, atiende a la concurrencia de dos antecedentes objetivos copulativos: i) la utilización de actos o negocios artificiosos o impropios para el resultado obtenido y ii) la ausencia de otros efectos relevantes distintos del ahorro fiscal. Este entendimiento objetivo de la elusión es el que prevalece en la doctrina mayoritaria de ese país, según se explicará.

En relación con el requisito de artificialidad o impropiedad, se ha señalado que en realidad lo que existe allí es justamente la figura denominada “negocio indirecto”, el cual concurre según Tejerizo si “las partes celebran un negocio típico regulado por el ordenamiento jurídico con un fin distinto del que le es propio y específico”, con lo cual, “el negocio indirecto no es más que el procedimiento utilizado

⁴⁴ COLLADO y PATÓN (2008) p. 79.

⁴⁵ LINARES (2004) p. 12; BARREIRO (2019) p. 17.

⁴⁶ PÉREZ (2019) p. 276.

⁴⁷ BARREIRO (2019) p. 20.

⁴⁸ DELGADO (2017) p. 3.

para defraudar la ley”⁴⁹. En ese orden, Palao sostiene que “el negocio indirecto será un negocio en fraude de ley si la finalidad perseguida es eludir la norma fiscal”⁵⁰. Como es posible apreciar, al menos para verificar la concurrencia del requisito de artificialidad o impropiedad, la utilización de un acto o negocio para un fin, denota un análisis subjetivo.

El problema de esta concepción supuestamente objetiva es que la norma adquiere un amplio margen de maniobra a la Administración, a la hora de decidir el carácter artificioso del negocio realizado⁵¹, aun cuando “todas las variantes de cláusulas generales antielusión encierran inevitablemente un amplio margen de discrecionalidad”⁵². Asimismo, cuando se recurre a los elementos objetivos como son la utilización de actos o negocios artificiosos o impropios para el resultado obtenido y la ausencia de otros efectos relevantes distintos del ahorro fiscal, su determinación no es una tarea fácil, pues, por ejemplo, la artificialidad es un rasgo de muchas actividades de planificación fiscal, pero no es necesariamente objetable y a menudo es un rasgo de operaciones sumamente complejas de la vida real⁵³.

Por su parte, y en relación con el requisito de ausencia de efectos relevantes distintos del ahorro fiscal, la doctrina española no es pacífica en orden a si ello supone un test exclusivo de los efectos de los actos o bien un test de la ausencia de un motivo económico válido⁵⁴, este último, que con mayor razón apela, quiérase o no, a una cierta subjetividad del contribuyente, que concretamente se conecta con el propósito tenido a la vista para realizar una determinada operación.

Por lo tanto, al menos para la legislación española, la razón de este tránsito hacia una calificación más bien objetiva obedecería, en palabras de Palao, a una razón más bien práctica, dada la dificultad de acreditar la intención de eludir, y no a un nuevo entendimiento sobre cómo debe calificarse⁵⁵. En nuestra opinión, este debiese ser el correcto entendimiento de la visión objetiva de la elusión a considerar en la legislación chilena, y no aquella que sin más desconoce el elemento subjetivo.

⁴⁹ TEJERIZO (2012) p. 24.

⁵⁰ PALAO (2009) p. 66.

⁵¹ MARTÍNEZ (2019) p. 67.

⁵² PALAO (2021) p. 154.

⁵³ PALAO (2021) p. 145.

⁵⁴ Usando la terminología de PÉREZ (2019) p. 277.

⁵⁵ Según señala PALAO (2021) p. 144, el informe que dio origen a la modificación de la LGT en España en 2003 no rechaza la concepción subjetiva del fraude a la ley, sino que se declara partidario de ella: “el ánimo de eludir el tributo (...) debe existir, y probarse por la Administración, aunque sea mediante indicios”, si bien, “por razones prácticas, es decir, por temor a que sea mal interpretada, en un sentido o en el otro, sugiere que esta esencia subjetiva no se recoja en el texto de la norma. Asimismo, que quizá sea preferible, por razones prácticas, eliminar toda referencia directa a ello, tanto para evitar que se exija con excesivo rigor la prueba de este ánimo, como para evitar, en el polo opuesto, que la mera existencia de un móvil fiscal (que siempre existe, y es en principio legítimo) lleve a pensar que se trata de un fraude de Ley”.

En efecto, es razonable entender que los elementos subjetivos y objetivos deben ir de la mano para un mejor entendimiento de las razones que tuvo el contribuyente, a la luz de los actos y contratos realizados. Así, el elemento objetivo está constituido por "el 'falseamiento' del mecanismo o serie de mecanismos", aunque ese "falseamiento" "debiera modularse por la persecución de un propósito fiscal que pervierte el objeto y finalidad de la norma tributaria (elemento subjetivo), con lo que la desconexión intelectual de ambos elementos es más aparente que real"⁵⁶. Por lo demás, tampoco queda claro qué debe entenderse por "objetivo", pues para la autoridad tributaria una cosa pudiera ser un efecto objetivo y no serlo para el contribuyente y el juez, y viceversa.

En el mismo sentido, aunque si bien no acotado al derecho español, sino que al europeo, Weber sostenía que estos dos elementos subjetivo y objetivo en la práctica aparecen entrelazados y son difíciles de separar⁵⁷, pero por otro lado, que "los motivos en sí mismos no prueban la existencia de abuso, puesto que tienen que fundarse en pruebas objetivas"⁵⁸. Lo razonable entonces es entender que los elementos subjetivo y objetivo afectan a la carga de la prueba, correspondiendo al contribuyente aportar las pruebas relativas a la existencia de una justificación de las operaciones y, luego, a la autoridad tributaria sustentar y fundamentar que concurren los elementos que configuran la elusión. En este sentido, es acertado el entendimiento de Vogenauer de que "la prohibición del abuso no necesita una investigación de la motivación interna de las personas que invocan la norma en cuestión. La práctica abusiva se determinará sobre la base de factores objetivos que constituyan pruebas de las verdaderas razones comerciales de la operación"⁵⁹.

De todo lo dicho hasta ahora, en la legislación española resultaría correcto el entendimiento de De Juan en orden a que existe una "indisociable conexión existente entre el elemento objetivo y subjetivo"⁶⁰. Por lo anterior, y aun cuando se predique en el Derecho español que "el elemento subjetivo ha tendido a desaparecer"⁶¹, ello obedecería a un incorrecto entendimiento del elemento subjetivo en la determinación de la elusión, el cual no puede estar ausente.

Incluso si se admite que el elemento subjetivo se supera en esta legislación por "la ausencia de una finalidad que explique la operación a la luz de sus características objetivas y sus efectos jurídicos económicos"⁶², dicha ausencia de finalidad no es sino justamente la consecuencia de no haber sostenido ni acreditado por el contribuyente la finalidad de sus negocios. De hecho, la prueba objetiva depende justamente de la subjetiva, pues "exige la intervención del contribuyente para

⁵⁶ DE JUAN (2018) p. 27.

⁵⁷ WEBER (2008) p. 397

⁵⁸ SORENSEN (2006) p. 451.

⁵⁹ VOGENAUER (2008) p. 538.

⁶⁰ DE JUAN (2018) p. 29

⁶¹ OSORIO y otros (2022) p. 183; MARÍN (2009).

⁶² OSORIO y otros (2022) p. 184.

aportar pruebas que consideren que, aunque la finalidad principal o una de las finalidades principales de la operación esté orientada al impuesto, la obtención del beneficio fiscal no sería contraria al objeto y la finalidad de la disposición que otorga el beneficio”⁶³.

III. LA NORMA ANTELUSIÓN CHILENA

1. LA INTENCIONALIDAD EN LA NGA CHILENA

Para la Administración tributaria chilena, la elusión se define como “aquella conducta que busca dejar sin aplicación la ley tributaria a través del abuso de las formas jurídicas o la simulación”⁶⁴. Lo anterior es consistente con la NGA, que define precisamente la elusión por medio de dos figuras: el “abuso de las formas jurídicas” y la “simulación”.

Específicamente, la ley señala que se entenderá que existe abuso

cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios...⁶⁵.

A su turno, que existirá simulación para efectos tributarios “cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento”⁶⁶.

La NGA chilena toma elementos fundamentales de la norma antielusión española, pero se diferencia de ella en cuestiones no menos relevantes. Para efectos de este análisis sobre la intencionalidad, se destaca el reconocimiento de la simulación como una especie de elusión, figura aquella que para su configuración depende más patentemente del elemento subjetivo, según se dirá. En el caso del abuso de las formas jurídicas, merece una especial atención el hecho de que solamente pareciera atender a los resultados o efectos relevantes que un determinado acto o conjunto de actos provoque —efectos en el contribuyente o en un tercero—, atendido que, a diferencia de la normativa española, no se incorporó el segundo requisito consistente en que los actos realizados “sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido”, cuestión que depende esencialmente de una proyección a la intención o finalidad tenida en cuenta por el contribuyente. La supresión de este elemento relativo a la artificiosidad, que justamente sería el

⁶³ CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT) (2022) p. 99.

⁶⁴ Circular SII N° 65 de 2025.

⁶⁵ Art. 4° ter, Código Tributario.

⁶⁶ Art. 4° quáter, Código Tributario.

elemento determinante para calificar la elusión si se considera cómo están planteadas las diversas NGA en el mundo, y como acertadamente denuncia Osorio, de no construirla jurisprudencialmente, se corre el riesgo no poder distinguir con precisión mínima el límite entre el ahorro fiscal legítimo y el abuso, y además amplía sustancialmente el ámbito de aplicación de la NGA con amplios espacios de discrecionalidad tanto al SII como a los tribunales⁶⁷. Con todo, pareciera que el propio SII igualmente considera este elemento de artificialidad en el análisis de la elusión, aun cuando no se encuentre expresamente establecida en la ley, al considerar en su interpretación administrativa que “el contribuyente no podrá imputar tales efectos si, con abuso o simulación, se ha amparado artificiosa o indebidamente en la norma de cobertura”⁶⁸.

Las particularidades descritas con las que el legislador chileno terminó dotando a la elusión, por un lado, al incorporar dentro de ella a la simulación, y por otro, configurando imprecisamente al abuso de las formas jurídicas, justifica todavía más la necesidad de considerar la intencionalidad en el contribuyente. En el caso de la simulación, porque su configuración depende necesariamente de una mirada a la intencionalidad de esconder algo, y en el caso del abuso, porque no es posible predicarla simplemente a partir de un análisis particular de la Autoridad en torno a la falta de relevancia de efectos jurídicos o económicos, debiendo prospectar indisponiblemente los motivos o fines tenidos por el contribuyente para obrar de determinada manera.

Con todo, y en relación con el requisito de intencionalidad, el SII, por medio de la Circular N° 65 de 2015, interpretó que:

una de las diferencias esenciales entre las normas legales destinadas a la sanción de conductas evasivas, entendidas estas como aquellas constitutivas de delitos tributarios, y las establecidas para el control de la elusión, sean estas especiales o generales, *consiste en que la aplicación de estas últimas no depende de la existencia o prueba del dolo o malicia.*

Continuó señalando el SII que:

por ejemplo, este Servicio puede tasar precios o valores, controvertir la deducción de ciertos gastos, aplicar las normas sobre precios de transferencia o incluso aplicar las facultades que le

⁶⁷ OSORIO y otros (2022) pp. 241 y 294.

⁶⁸ Circular SII N° 65 de 2025. Más precisamente, el SII ha interpretado en esta Circular que “lo que ocurre en los diversos modos de abusar de las formas jurídicas, es que las figuras contractuales se retuercen con el fin de sustraerse de la aplicación de la ley tributaria, cuestiones que pueden ser de difícil determinación”, para lo cual exige a sus funcionarios considerar en el análisis de la elusión aspectos como el de “Recopilar la mayor cantidad de antecedentes, huellas o indicios claros que permitan postular que las formas jurídicas empleadas por el contribuyente para acogerse a cierto hecho imponible más favorable son solo aparentes o que el uso de figuras propias del derecho privado busca evitar las consecuencias tributarias previstas por el legislador para determinados negocios o actos jurídicos como expresión de capacidad contributiva de los contribuyentes”.

concede la nueva NGA, sin consideración a la intención o dolo del contribuyente que pactó o determinó los precios o valores, rebajó el gasto o llevo a cabo los actos abusivos o simulados.

En relación con la NGA, este organismo agregó además en dicha circular que se “establece un criterio objetivo y no un análisis de las intenciones o fines que pudieron tener los contribuyentes”, y que “en general, las normas legales señaladas prescinden de los elementos subjetivos que son usualmente utilizados en el derecho infraccional o penal, en cuanto carece de relevancia la determinación de la culpa o dolo para los fines de su aplicación”. Finalmente, refuerza esta idea al señalar que “es evidente aquí que nada tiene que ver el recurso a institutos propios de otras ramas del derecho, o más bien relacionados con las esferas del derecho penal o infraccional, como por ejemplo, el dolo o la culpa”.

En la doctrina nacional encontramos algunos autores que defienden la posición objetiva de la elusión planteada por el SII, aun cuando según lo que se dirá, dicha posición fiscal igualmente considera, en nuestra opinión, el elemento subjetivo. En ese sentido, Navarro expone que “la intencionalidad no es un elemento que se deba probar, ya que el legislador efectúa una ponderación *a priori* en cuanto a la posición anímica del contribuyente”, por lo que “no resulta legalmente necesario examinar la malicia en la actuación del contribuyente (...) ya que el Código entiende que el contribuyente actuó de mala fe”⁶⁹. Luego, y en un trabajo posterior, Navarro confirma su posición concluyendo que “ni el abuso de las formas jurídicas ni la simulación incorporan elementos subjetivos que deban ser acreditados por el SII”⁷⁰.

En relación con este último punto, nos parece importante precisar que la mala fe de quien elude es una cuestión que solo se verifica como consecuencia de haber develado la elusión, pero no antes, con lo cual no sería correcto afirmar que es posible prescindir de la intencionalidad en el análisis porque el contribuyente de quien recién se sospecha una actuación elusiva ha actuado de mala fe. En otras palabras, la mala fe debe ser la consecuencia de dar por cierta la ausencia de efectos relevantes distintos del tributario que expliquen el uso artificial o impropio de un determinado negocio jurídico, hechos estos que solo podrán afirmarse a la luz de la falta de acreditación fehaciente de un propósito negocial por parte del contribuyente. Este entendimiento se ajustaría mejor a la necesidad de observar la buena fe, así como a la de entender la elusión como una conducta reprochable e ilegítima. Concordamos en este punto con Boetsch, quien insiste en que “todo análisis de la buena fe siempre va a imponer realizar una revisión de orden subjetivo”⁷¹. Más precisamente, acreditado que el contribuyente pudo razonablemente optar por las formas utilizadas justamente para obtener una finalidad extratributaria relevante, se debe dar por excluida la existencia de elusión, objetiva y subjetivamente, pues esa búsqueda ha sido la motivación del autor.

⁶⁹ NAVARRO (2021) pp. 228-229.

⁷⁰ NAVARRO (2022) p. 156.

⁷¹ BOETSCH (2016) p. 169.

A mayor abundamiento, el propio SII ha señalado que la presunción legal de buena fe del contribuyente:

se trata de una buena fe susceptible de ser desvirtuada con causales objetivas, a saber; la constatación del abuso o simulación, que más que atender a elementos de tipo subjetivo o intencional, atienden a la disparidad entre los hechos o actos que han sido relevados por el legislador al estándar de dar nacimiento a la obligación tributaria, con la forma que los ampara⁷².

Esta última precisión del SII, en nuestra opinión, en ningún caso debiera entenderse como un pasaporte para prescindir del elemento intencional, como pudiera pensarse, sino que simplemente un deber de determinar la intención elusiva, pero a partir del análisis objetivo de los actos realizados y de las razones que aporte y acredite el contribuyente.

La buena fe que la ley presume significa “la buena fe que precedió a la selección de un determinado tipo negocial, de cara al tratamiento tributario que la ley le acuerda”⁷³. En efecto, la presunción de buena fe de acuerdo con la ley “supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes”⁷⁴, debiendo su sentido apuntar más bien a presumir la buena fe en cuanto a una intención legítima y no elusiva en sus operaciones. Lo anterior se refrenda por la otra disposición del Código Tributario contenida en los derechos de los contribuyentes, cuando garantiza “que se presuma que el contribuyente actúa de buena fe”⁷⁵, es decir, actúa bajo motivos no elusivos.

Por su parte, Saffie ha sostenido que el abuso de las formas jurídicas “no requiere que se abuse maliciosamente de las normas sino que se actúe contra el propósito de las mismas”⁷⁶, lo cual es correcto si dicha distinción se hace para extraer la elusión de los tipos penales que sí requieren un dolo directo, pero sería incorrecto si entendemos que el actuar contra el propósito de una norma indudablemente importa una malicia, si bien menos exigente desde el punto de vista de su acreditación, pues ya hablar de “abuso” denota un hacer “injusto e indebido”⁷⁷, todo ello en la forma que además precisa la ley. Luego, este mismo autor ha señalado que la NGA permite definir objetivamente la elusión y no subjetivamente, agregando que:

una de las dificultades de la cláusula general anti elusión en el derecho comparado (...) es que no son aplicables porque exigen probar el estado mental de eludir, cuestión de suyo compleja en operaciones que tienen apariencia de legalidad”, motivo por el cual “las definiciones de abuso y de simulación que se introdujeron en la reforma tributaria del año 2014

⁷² Circular N° 65.

⁷³ OSORIO y GONZÁLEZ (2016) p. 171.

⁷⁴ Art. 4, Código Tributario.

⁷⁵ Art. 8 bis.

⁷⁶ CHILE, Historia de la ley N° 20.899, p. 416.

⁷⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014) voz “abusar”.

son objetivas, es decir, *no atienden a la buena fe subjetiva, y buscan desentrañar las razones que están detrás de un determinado beneficio*. Eso explica, por ejemplo, que el abuso esté definido en términos objetivos, como la no generación de efectos jurídicos o económicos distintos de los tributarios⁷⁸.

Sin embargo, también ha señalado que el único caso en que una determinada operación podría considerarse elusiva “es si formara parte de una gran operación con múltiples actos *con un objetivo elusivo*” [énfasis agregado]⁷⁹, todo lo cual denota la imposibilidad de disociar lo subjetivo en la elusión, en tanto se trata de una conducta que el legislador resolvió reprochar.

El pensamiento de Saffie deja en evidencia en nuestra opinión la necesidad de develar la motivación elusiva, si consideramos que el fin que indica de la NGA es “desentrañar las razones que están detrás de un determinado beneficio”, y no simplemente analizar objetivamente la ausencia de efectos relevantes distintos del tributario. Ello, pues la intención elusiva justamente tiene que ver con la finalidad tenida en vista a la hora de decidir realizar una determinada operación, y si acaso dicha finalidad atenta contra el propósito de una norma. Por otro lado, afirmar que la NGA no atiende a la buena fe subjetiva entraña un riesgo, pues la doctrina no es pacífica en torno a la validez de la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva, pues existiría una posición mayoritaria que entiende que la buena fe es una sola⁸⁰, con lo cual, si afirmamos que la elusión es un atentado a la buena fe objetiva, igualmente se está considerando la intención de infringir dicho principio.

Por otro lado, Osorio también comparte la idea de que la NGA chilena se plantea en términos objetivos, pues lo que interesa en su concepto, “es que los efectos, objetivamente considerados, sean o no relevantes”, y que “ni siquiera es necesario que el contribuyente busque los resultados, económicos o comerciales”⁸¹. Al respecto, nos parece importante insistir en que el análisis de la elusión considera indudablemente las razones tenidas a la vista por el contribuyente, y por lo tanto no es posible concluir la elusión únicamente a partir de un análisis objetivo de la relevancia de los efectos de los actos, sin considerar tales razones, pues por lo demás, la relevancia de los efectos también es una cuestión en algún grado subjetiva. Si en el concepto de este autor, “lo que gatilla la norma es que la operación no tenga justificación comercial”⁸², su consideración no puede sino analizarse primeramente a la luz de las razones o motivos tenidos en cuenta por el contribuyente y que se expresan en los fines de los actos y contratos celebrados y sus efectos.

En una posición un poco más intermedia, Matus ha indicado que en los casos de elusión, no se incumple la obligación tributaria, sino que ella se evita mañosamente.

⁷⁸ CHILE, Historia de la ley N° 21.210, p. 1438.

⁷⁹ CHILE, Historia de la ley N° 20.899, p. 439.

⁸⁰ PEÑAILILLO (2006) pp. 52-53.

⁸¹ OSORIO y otros (2022) p. 301.

⁸² OSORIO y otros (2022) p. 310.

mente⁸³. También, que en ambas hipótesis (elusión y evasión) subyace una intención de burlar el pago de impuestos, y calificarlo de objetivo o subjetivo resultaría muchas veces un tanto antojadizo para quien tiene el monopolio de la acción⁸⁴. También Yáñez ha sostenido que la elusión de los hechos gravados sería una hipótesis de actuación de mala fe en materia tributaria, lo que equivale a ser una actuación dolosa, con todo el reproche jurídico que tal calificación implica⁸⁵, y que este dolo podría derivar jurisprudencialmente a concebirse como un tipo de dolo especial o “administrativo”⁸⁶.

Por su parte, Boetsch esgrime las razones para entender que la elusión constituye un régimen subjetivo y no objetivo, y que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- i. La elusión se funda en un obrar culpable, aplicándosele en consecuencia todo el estatuto de responsabilidad subjetiva, que es la regla general en materia de responsabilidad;
- ii. La buena fe siempre posee componentes de orden objetivo y subjetivo;
- iii. Para establecer la naturaleza jurídica de un acto, siempre se deberá acudir al objeto del negocio jurídico, y especialmente a su causa o motivo;
- iv. La historia fidedigna de la ley que incorporó la NGA y, asimismo, la jurisprudencia administrativa del SII dan cuenta de dicho régimen subjetivo;
- v. Si la elusión tiene sanciones (multas), es justamente porque hay un reproche.

Al respecto, nos parece que las razones que expone Boetsch son correctas, si bien no pueden llevarnos a concluir que la elusión es, al contrario de la posición del SII, un estatuto regido bajo un régimen excluyentemente subjetivo, posición que abraza este autor al concluir que la NGA “tiene una naturaleza esencialmente subjetiva, y en caso alguno objetiva”⁸⁷. Ello, pues efectivamente dicho entendimiento, al igual que uno excluyentemente objetivo, dificulta la comprensión de lo que debe ser una norma antielusión, restándole eficacia y generando incerteza jurídica. Lo correcto debe ser entender que la norma demanda necesariamente una conjugación sincrética de ambos elementos subjetivo y objetivo. En efecto, más allá de la dificultad de dilucidar los motivos, “ninguna norma puede depender para su aplicación de la mera afirmación por parte del contribuyente de la finalidad subyacente a sus actos. La afirmación debe poder sostenerse mediante una valoración objetiva de todas las circunstancias y pruebas que la rodean”⁸⁸. De ahí la necesidad de encontrar una necesaria vinculación inescindible entre ambos elementos.

⁸³ MATUS (2017) p. 70.

⁸⁴ MATUS (2017) p. 81.

⁸⁵ YÁÑEZ (2014) p. 239.

⁸⁶ YÁÑEZ (2014) p. 239. También este autor agrega que el abuso es “consciente” (p. 242).

⁸⁷ BOETSCH (2016) p. 174.

⁸⁸ INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES (1997) p. 39.

En el caso de la simulación, Vergara sostiene que el acuerdo para engañar es requisito para su configuración⁸⁹. Por su parte, Boetsch sostiene que la simulación, incluida la civil, es esencialmente subjetiva⁹⁰, pues uno de los requisitos de la simulación es, justamente, el ánimo de engañar a terceros, en este caso, al Fisco. Más propiamente centrado en lo tributario, Avilés sostiene que en la simulación tributaria “se trata de un comportamiento con una fase objetiva –negocio aparente y negocio real, de existir– y una fase subjetiva, consistente precisamente en la finalidad consciente y perseguida, primordialmente, de disminuir la carga tributaria”⁹¹. Así también Yáñez plantea que en la simulación se “requiere de un análisis normalmente centrado en los efectos de dichos actos, y, por ende, supone usualmente calificar la intención de las partes, lo que dota al reproche de una cuota de subjetividad que termina aminorando su gravedad”⁹².

De todo lo dicho, es posible afirmar con propiedad que la elusión es un reproche subjetivo, y por tanto es un elemento que considerar y acreditar suficientemente por parte de la Autoridad, pues importa además un cuestionamiento a su buena fe, cuya desvirtuación debe probarse fehacientemente.

Cabe tener en cuenta especialmente que los conceptos de “abusar” y de “simular” presuponen intención y tienen en su esencia una carga de ilegitimidad e imputación, y desconocerlo para que la Autoridad ahorre esfuerzos en acreditar la elusión significa simplemente atribuirle ilegalmente una carga probatoria al contribuyente, lo cual implícitamente sería una especie de desconocimiento de la buena fe presumida por la ley. En ambos supuestos de elusión, hay una intención de valerse de un resquicio legal para obtener una ventaja tributaria por medio de la realización de actos que no produzcan efectos relevantes distintos de los tributarios.

Esta subjetividad se refuerza si se entiende que la NGA requiere, justamente, que el contribuyente aporte y acredite razones distintas de las tributarias para sortear la sospecha de elusión. La misma idea se aprecia cuando se entiende adecuadamente la denominada “economía de opción”, pues permite al contribuyente esgrimir argumentos y pruebas en favor de justificar su “razonable opción”, lo cual demanda la búsqueda de una finalidad negocial.

Asimismo, en la calificación jurídica de los actos y contratos del contribuyente, es “inconcuso que una resolución acertada comenzará por investigar cuál fue la voluntad que declararon efectivamente las partes al contratar”⁹³, no obstante, se comparte el criterio de que en la calificación de la elusión la Administración no necesariamente queda sometida a la calificación de los particulares⁹⁴. En consecuencia, la calificación de la elusión no considera apenas un silogismo entre el beneficio y

⁸⁹ VERGARA (2016) p. 249.

⁹⁰ BOETSCH (2016) p 131.

⁹¹ AVILÉS (2014) p. 225.

⁹² YÁÑEZ (2014) p. 235.

⁹³ LÓPEZ (2019) p. 543.

⁹⁴ OSORIO y otros (2022) p. 275.

la falta de efectos económicos o jurídicos relevantes, sin consideración alguna a las motivaciones del contribuyente.

2. EL “TEST DE RELEVANCIA” EN EL ABUSO DE LAS FORMAS JURÍDICAS, Y SU VÍNCULO CON LA DOCTRINA DEL PROPÓSITO NEGOCIAL O *BUSINESS PURPOSE*

Tratándose del abuso de las formas jurídicas, la NGA configura la elusión cuando los actos o negocios realizados “no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios”. Este denominado “test de relevancia” considera la ausencia de resultados o efectos no solo económicos, sino también jurídicos, efecto este último de atributos difusos que, sin duda, amplía el espectro de explicaciones que, en tanto relevantes, pudieran hacer caer la pretensión de la Autoridad de perseguir una elusión. Más amplio queda todavía con la posibilidad de que dichos resultados o efectos recaigan no solo en el contribuyente, sino en un tercero, quien no necesariamente debiera ser la contraparte de un determinado negocio jurídico, sino también intervinientes indirectos.

Este “test de relevancia”, tiene un evidente parecido con el contemplado en la norma española⁹⁵, el cual a su turno reproduce el principio del propósito comercial, de los motivos económicos válidos o *business purpose*⁹⁶.

Este principio, *business purpose*, se originó jurisprudencialmente en los Estados Unidos, y atiende a la “finalidad de un negocio”, y de acuerdo con cierta doctrina autorizada, este principio “no es más que una modalidad de interpretación teleológica de las normas tributarias”⁹⁷. Bajo esta doctrina se distingue entre “fin” y “motivo”, “este es ‘la razón por la cual’, aquél la ‘meta’ o ‘finalidad a la vista’”⁹⁸. Sin embargo, este principio es controversial, y “no siempre es evidente la asimilación de la contraposición *motive-purpose* con la de motivo-causa”⁹⁹. De hecho, y como enseña Rosembuj:

originariamente [con Gregory] la doctrina del *business purpose* pudo dar espacio a una cierta ambigüedad porque dejando de lado los motivos del contribuyente, parecía centrada en la operación objetivamente, cuya realización obedecía al ahorro fiscal que se hubiera conseguido si su forma fuera respetada (...) [a]ctualmente, el *business purpose* implica un escrutinio judicial subjetivo, esto es, si el contribuyente realiza el hecho jurídico relevante con fines exclusiva o prevalentemente fiscales o, al contrario, con finalidad económica¹⁰⁰.

⁹⁵ OSORIO y otros (2022) p. 297.

⁹⁶ PALAO (2021) p. 168.

⁹⁷ VANDERWOLK (2002) pp. 75 y 76.

⁹⁸ PALAO (2021) p. 305.

⁹⁹ MARIN (2009) p. 38.

¹⁰⁰ ROSEMBUJ (2008) p. 25.

Esta doctrina se vincula con otras, como son el principio de la *substance over form* cuya finalidad es que la naturaleza de las operaciones prevalezca sobre su forma jurídica; la doctrina de la *step* o *composite transactions* que postula la calificación conjunta de distintos negocios formalmente independientes cuando existe un plan preconcebido de llevarlos a cabo todos y en un orden determinado para conseguir un determinado resultado; y la expresión *tax sham* que suele referirse a operaciones simuladas en el sentido de operaciones no reales¹⁰¹.

A partir de la codificación de la NGA en los Estados Unidos de América en 2010, por medio del art. 7701 del *Internal Revenue Code* incorporado en la reforma fiscal de ese año, en ella se recoge un enfoque denominado “cumulativo”, lo que exige un análisis de los “efectos objetivos” de la operación sobre la situación económica del contribuyente, además del análisis de los “motivos subjetivos” del contribuyente para realizar la operación¹⁰². Bajo este entendimiento, se exige que el contribuyente demuestre tanto la sustancia económica de la operación (aspecto objetivo) como el propósito empresarial o comercial de la misma (aspecto subjetivo). Con todo, y como precisa MCMAHON, “a pesar de que la motivación subjetiva del contribuyente puede ser pertinente para la existencia de una finalidad no fiscal frente a una exclusiva finalidad fiscal, la realidad objetiva de la operación es lo relevante para determinar si la operación en sí misma posee alguna sustancia”¹⁰³.

Esta misma filosofía se ha considerado en la Comunidad Europea en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal, de transposición de las Directivas (UE) 2016/1164 (o *Anti Tax Avoidance Directive*), cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno del Derecho de la UE en el ámbito de las prácticas de elusión fiscal y de los mecanismos de resolución de litigios fiscales. Allí, se sugirió una regla que pareciera enfatizar el aspecto subjetivo al considerar cuando un mecanismo o serie de mecanismos se hayan establecido “teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable”.

Al respecto, es importante distinguir entre el principio en comento y el de “sustancia sobre forma”, pues el primero atiende a la finalidad comercial de una operación, mientras que el segundo atiende a los efectos económicos y jurídicos que aquella genere, y que consideraría un análisis más objetivo. En nuestro caso, la NGA si bien pareciera concentrarse en los efectos y por lo tanto encasillarse en el principio de sustancia sobre forma, lo cierto es que no, pues dicho efecto no puede concluirse sin consideración a la justificación que el contribuyente aporte sobre los fines comerciales de la operación que se analice, aspecto que ineludiblemente apela a un aspecto subjetivo. En efecto, el contribuyente deberá dar cuenta de que se buscó y obtuvo un efecto económico o jurídico igual de relevante que el tributario.

¹⁰¹ MARIN (2009) p. 121.

¹⁰² CALDERÓN y RUIZ (2010) p. 103.

¹⁰³ MCMAHON (2008) p. 63.

En consecuencia, parece razonable exigir que en la calificación de la elusión se considere la aplicación del “test conjuntivo” entre sustancia y propósito negocial, que utiliza la norma norteamericana, pues de esa manera se hace efectiva la necesaria vinculación entre los motivos negociales y los efectos de los actos y negocios realizados.

Con todo, la aplicación de este principio del *business purpose* “entraña, pues, un sopesar los motivos económicos o de negocios, por un lado, y la finalidad de elusión, por otro”¹⁰⁴. Y si bien pueden establecerse parámetros para deducir la finalidad, como sería la razonabilidad, ello siempre supone la acreditación de los motivos¹⁰⁵. La intención, al igual que el dolo, “por regla general será un hecho desconocido que debe ser deducido de antecedentes o circunstancias conocidas”¹⁰⁶. Por lo tanto, si la NGA considera que existe elusión cuando la operación carezca de efectos relevantes distintos del tributario, lo correcto sería prospectar primero la intención del contribuyente para llevar a cabo sus operaciones, y de tales intenciones, debidamente acreditadas o en ausencia de dicha acreditación, concluir que la operación es verdaderamente elusiva. Esta intención, no es otra que la finalidad buscada por medio uno o más actos o negocios jurídicos.

Cabe agregar que, como también lo ha visibilizado MARTÍNEZ¹⁰⁷, en la propia jurisprudencia administrativa se considera el elemento intencional en el análisis de un eventual caso de elusión, todo lo cual daría cuenta de que la visión objetiva planteada por el SII al menos en la Circular N° 65 no es una visión que, de acuerdo con sus propias declaraciones iniciales, prescindiera de la intención del contribuyente. Por lo tanto, resultaría correcto afirmar que en la práctica ni siquiera el propio SII es defensor de una visión meramente objetiva como parece desprenderse expresamente de la lectura de dicha Circular, dado que, al analizar algunas interpretaciones, así como su propio análisis en el Catálogo de Esquemas Tributarios, siempre apela a analizar el fin tenido a la vista por el contribuyente. En efecto, como ocurre con el caso N° 71 contemplado en el CET, relativo al uso indebido de una franquicia tributaria, el SII señala que el esquema realizado por el contribuyente “podría ser impugnado si se determina que este fue utilizado con la intención de obtener la devolución del remanente de crédito fiscal”. Misma idea cuando en el caso N° 45 el SII establece que “Se analizarán las razones que justifiquen el cambio en el modelo normal de negocios de ‘C’ y que esto no haya tenido como finalidad aprovechar la franquicia tributaria que tendría ‘B’. Se verificará la exención a favor de ‘B’ y si acaso existen motivos –por ejemplo, de seguridad pública– que en definitiva justifiquen que ‘B’ –en vez de ‘C’– realicen la importación de los bienes muebles adquiridos”. También en el caso 58, cuando señala:

¹⁰⁴ PALAO (2021) p. 320.

¹⁰⁵ Como ocurre con el análisis de la razón de negocios en el convenio multilateral de la OCDE. Ver VERGARA (2020).

¹⁰⁶ VERGARA (2020) p. 52.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ (2022).

En el mismo sentido, se considerarán las razones tenidas en cuenta para determinar la cantidad de acciones que componen cada serie; los motivos para definir las condiciones bajo las cuales se mantienen vigentes las distintas series de acciones pactadas; la determinación de la relación de canje establecida para el caso que acciones preferentes pasen a ser acciones ordinarias sin preferencias ni privilegios, entre otros. Se observará la relación existente entre las partes que celebran el conjunto de actos objeto de revisión. Se evaluarán las razones comerciales, económicas, financieras o patrimoniales para que las partes acepten que se genere una desproporción entre el capital y el derecho sobre las utilidades, especialmente respecto de aquellas acciones que originalmente tenían preferencias, y que por distintas circunstancias pasan a ser acciones ordinarias, con menor derecho sobre las utilidades y capital.

A mayor abundamiento, en el Oficio Ordinario N° 4 de 2021, el SII sospecha la elusión de una determinada figura, al estimar que “el conjunto de actos o negocios jurídicos que plantea en su consulta *no acreditan las finalidades jurídicas y económicas declaradas*” [énfasis agregado]. Este es, en nuestra opinión, el correcto entendimiento de la relación entre los aspectos subjetivos y objetivos de la elusión, que ojalá se asiente también en la doctrina y la jurisprudencia judicial que se dicte en el futuro.

IV. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tenido el objetivo de analizar críticamente la concepción objetiva de la elusión según la norma general antielusión chilena, cuestionando que aquella pueda calificarse prescindiendo de la intención de eludir, bastándole a la Autoridad un análisis meramente objetivo de los actos y negocios realizados, así como de sus efectos. Incluso ha sido posible develar que aun cuando el propio SII ha interpretado expresamente en la Circular N° 65 de 2015 que la elusión prescinde de la exigencia de acreditar la intencionalidad, malicia o “ánimo elusivo” del contribuyente, también ha interpretado y sostenido en su jurisprudencia administrativa la necesidad de sustentar la calificación considerando los motivos o fines tenidos a la vista por los contribuyentes.

La intención de eludir es un elemento determinante e indispensable a la hora de calificar la elusión, y por lo tanto, la NGA no puede utilizarse despreciando esta dimensión subjetiva. Menos todavía cuando según la NGA chilena se considera a la simulación como una especie de elusión, con su definición esencialmente subjetiva; y asimismo, al abuso de las formas jurídicas, el cual depende sustancialmente de dicho elemento para explicar la artificiosidad o impropiedad, así como la ausencia de efectos relevantes distintos del tributario. Por lo tanto, el desafío es definir cómo acreditar dicha intención elusiva en términos realistas, tomando en cuenta la dificultad de acreditar meras intenciones.

Lo anterior no significa inclinarse fácilmente por una posición subjetiva, pues efectivamente dicho entendimiento, al igual que uno excluyentemente objetivo,

impide reconocer la necesaria complementación de ambos aspectos en el análisis elusivo de una determinada operación.

De esta manera, la artificialidad y la ausencia de efectos relevantes distintos del tributario en el caso del abuso no son elementos superadores de la intención de eludir, sino que más bien son los elementos de prospección y verificación de la misma, lo que es distinto. Con ello, los elementos subjetivo y objetivo no son compartimentos estancos, sino que elementos que conjuntamente deben atenderse para determinar la elusividad de una operación, siendo el segundo el encargado de verificar la eventual concurrencia del primero. Una vez acreditada una finalidad jurídica o económica relevante distinta de la tributaria, ya no es posible insistir en inferir alguna intención elusiva.

El ánimo elusivo forma parte inescindible del análisis, solo que será posible inferirlo de los actos y negocios realizados, fundamentalmente como consecuencia de la falta de acreditación de un propósito negocial. Este es en nuestro entendimiento el verdadero sentido de la concepción denominada objetiva de la elusión. Y ante ello, la Autoridad tributaria tiene el deber de fundar suficientemente su pretensión, justificando la inferencia de la intención elusiva a partir de las circunstancias objetivas, justificando además por qué descarta las explicaciones del contribuyente en torno a los fines o motivos de sus actos. Con todo, es el juez el responsable de hacer carne el correcto entendimiento de la norma antielusión, y quien pudiera cuestionar una posición excluyentemente subjetiva u objetiva de la misma.

Por lo tanto, y como lo aconseja el CIAT, un correcto entendimiento de la NGA debiera considerar, en primer lugar, un análisis de los propósitos o fines de un determinado acto o negocio; y en segundo lugar, para el caso de determinarse que no hubo un fin negocial sino meramente tributario –y descartando además el recurso a una razonable opción o “economía de opción” entregada por el legislador–, proceder a analizar que el beneficio obtenido no sea contrario al objeto y finalidad de la norma que otorga el beneficio, elemento este último que debe considerar el análisis del fin tenido en vista por el legislador a la hora de conceder un determinado beneficio tributario¹⁰⁸. Transversal a todo este análisis, será necesario recurrir entonces a las explicaciones y antecedentes que aporte el contribuyente a fin de dilucidar sus propios propósitos o fines, todo lo cual se verificará a la luz de los actos efectivamente realizados y de sus efectos.

Finalmente, la razón de negocio es un concepto que ayuda a dilucidar una intención negocial, y que debe apoyarse en un correcto entendimiento del principio o doctrina del *business purpose*, que considera indisociablemente el elemento subjetivo en la calificación de la elusión.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (1996): *Derecho Civil*, Tomo I, vol. I (Barcelona, Bosch Editor).

¹⁰⁸ CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT) (2022).

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2023): *Desacuerdos entre voluntad real y declarada. Vicios del consentimiento, simulación, fraude a la ley y causa de los contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor (2014): *Legalidad tributaria y mecanismos anti elusión* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- BAGO ORIA, Blanca (2010): “Dos visiones de la causa jurídica: el derecho fiscal y el derecho privado”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIII, Fascículo III: pp. 1285-1319.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (1997): “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 1: pp. 151-177.
- BARREIRO CARRIL, María (2019): “La cláusula general antiabuso en España. ¿Es necesaria una transposición expresa de la GAAR establecida en la ATAD al ordenamiento tributario español?”, *Studi Tributari Europei*, vol. 9: pp. 1-36.
- BLUMENSTEIN, Ernst (1954): *Sistema di Diritto delle Imposte* (trad. Franceso Forte, Milano, Giuffré).
- BOETSCH GILLET, Cristián (2016): *La norma general antielusión. Análisis desde la perspectiva del Derecho Privado* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- BOBBIO, Norberto (1991): *Teoría General del Derecho* (Trad. Eduardo Roza Acuña, Madrid, Editorial Debate).
- CALDERÓN CARRERO, José y RUIZ ALMENDRAL, Violeta (2010): “La Codificación de la ‘Doctrina de la Sustancia Económica’ en EE.UU. como Nuevo Modelo de Norma General Anti-abuso: la Tendencia hacia el ‘Sustancialismo’”, *Revista Direito Tributário Atual*, N° 24: pp. 91-123.
- CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT) (2022): *Juego de Herramientas para el Diseño y la Aplicación Efectiva de Normas Generales Anti-Abuso Nacionales e Internacionales*. Disponible en <https://biblioteca.ciat.org/opac/book/5803> Fecha de consulta: 24/08/2023.
- CATTANEO ESCOBAR, Isaías, y BURGOS ARREDONDO, Jorge (2017): “Elusión tributaria”, *Revista De Estudios Tributarios*, N° 17: pp. 227-252.
- COLLADO YURRITA, M. y PATÓN GARCÍA, G. (2009): “La cláusula general antielusión de la Ley General Tributaria: problemas aplicativos”, en Collado Yurrita, M. y otros (edit.), *La lucha contra el fraude fiscal: estrategias nacionales y comunitarias* (Barcelona, Atelier).
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2016): “Interpretación de contratos: entre literalidad e intención”, *Revista chilena de derecho privado*, (26): pp. 9-47.
- DE CASTRO, Francisco (1955): *Derecho Civil de España*, Parte general, Tomo I (Madrid, Editorial Instituto de Estudios Políticos, tercera edición).
- DE JUAN CASADEVALL, Jorge (2018): “La cláusula general antiabuso en el derecho de la Unión Europea: La construcción de una GAAR comunitaria”, *RCyT CEF*, N° 427: pp. 5-38.
- DELGADO PACHECO, Abelardo (2017): *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*. Memoria para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.

- FUEYO LANERI, Fernando (1991): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- GARCÍA NOVOA, César (2003): “La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del artículo 15.3 del anteproyecto de Ley General Tributaria”, *Quincena Fiscal*, núm. 8/2003: pp. 9 ss.
- INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES (1997): “Tax Avoidance: A Report by the Tax Law Review Committee”. Disponible en: https://ifs.org.uk/sites/default/files/output_url_files/comm64.pdf. Fecha de consulta: 08/04/2024.
- LEÓN HURTADO, Avelino (1963): *La voluntad y la capacidad en los Actos Jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LINARES GIL, Maximino (2004): *El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria* (Barcelona, InDret Working Paper N° 225).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los contratos. Parte general* (Santiago, Abeledo Perrot, 5ta edición).
- MARÍN BENÍTEZ, Gloria (2009): *La relevancia jurídica de la motivación fiscal. Influencia del “business purpose” en el ordenamiento tributario español* (Madrid, Dykinson).
- MARTÍNEZ COHEN, Rafael (2022): *Buena fe y responsabilidad subjetiva en el derecho tributario chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda (2019): *La declaración obligatoria de mecanismos de planificación fiscal agresiva en el marco de la protección de los derechos fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MASSONE, Pedro (1970): “El derecho tributario y su autonomía”, *Revista de Derecho Público*, N° 11: pp. 97-111.
- MATUS FUENTES, Marcelo (2017): “La elusión tributaria y su sanción en la ley N° 20.780. Hacia un concepto de negocio jurídico elusivo”, *Ius et Praxis*, Vol. 23, N° 1: pp. 67-90.
- MCMAHON, Martin (2008): “Comparing the Application of Judicial Interpretative Doctrines to Revenue Statutes on Opposite Sides of the Pond”, en AVERY JONES, J., HARRIS, P. y OLIVER, D. (eds.), *Comparative Perspectives on Revenue Law* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 40-74.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María (2021): *Normas generales antielusión y su sanción en el derecho chileno* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María (2022): “Acerca del carácter objetivo de las normas generales antielusivas chilenas”, *Ius et Praxis*, vol. 28, N° 1: pp. 141-161.
- OSORIO MORALES, Hugo y otros (2022): *Un estudio sobre la elusión* (Santiago, Librotecnia).
- OSORIO MORALES, Hugo y GONZÁLEZ ORRICO, Jaime (2016): “De la elusión. Aproximación teórica”, en OSORIO MORALES, Hugo y otros, *Elusión. Un acercamiento al abuso de las formas jurídicas* (Santiago, Librotecnia) pp. 15-67.
- OSORIO MORALES, Hugo y GONZÁLEZ ORRICO, Jaime (2016): “La cláusula antielusiva en el Código Tributario”, en OSORIO MORALES, Hugo y otros, *Elusión. Un acercamiento al abuso de las formas jurídicas* (Santiago, Librotecnia).

- PALAO TABOADA, Carlos (2009): “La interpretación y aplicación de las normas tributarias en la reforma de 1995 de la Ley General Tributaria”, en PALAO TABOADA, Carlos (edit.), *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal* (Valladolid, Lex Nova).
- PALAO TABOADA, Carlos (2021): *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal* (Cizur Menor, Thomson Reuters, segunda edición) Edición Proview.
- PALAO TABOADA, Carlos (2009): “Los Motivos Económicos Válidos en las Reorganizaciones Empresariales”, en VV.AA., *La Aplicación de las Normas Tributarias y la Elusión Fiscal* (Valladolid, Lex Nova).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006): *Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PÉREZ ROYO, Fernando (2019): *Derecho financiero y tributario. Parte general* (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi).
- PISTONE, Pascuale (1995): *Abuso del diritto ed elusione fiscale* (Padova, CEDAM).
- PUIG PEÑA, Federico (1957): *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo I, Parte General (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado).
- ROSEMBUJ, Tulio (2008) “El abuso del derecho y la realidad económica”, *QF (Aranzadi)* N° 5.
- SIMÓN ACOSTA, Eugenio (2003) “El abuso de la norma tributaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 568.
- SØRENSEN, K. E. (2006): “Abuse of rights in Community law: a principle of substance or merely rhetoric?”, *Common Market Law Review*, Vol. 43, N° 2: pp. 423-459.
- TEJERIZO LÓPEZ, J. (2012): “Medidas de lucha contra el fraude fiscal en el derecho español”, en LUQUE MATEO, M. y HINOJOSA TORRALVO, J. (eds.), *La lucha contra el fraude fiscal. Procedimientos y medidas administrativas y penales* (Barcelona, Atelier).
- VANDERWOLK, Jefferson (2002): “Purposeful Interpretation of Tax Statutes: Recent UK Decisions on Tax Avoidance Transactions”. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 56.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2016): “La despenalización de la simulación por la Ley N° 20.780”, *Revista de Estudios Tributarios*, Vol. 16, pp. 223-276.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2020): “La prueba del propósito principal y la problemática influencia norteamericana Gonzalo Vergara Quezada”, *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción*, vol. 8: pp. 28-65.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (1991): *Actos Jurídicos y Personas. Volumen Primero. Teoría General del Acto Jurídico* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición).
- VOGENAUER, Stefan (2008): “The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law”, en DE LA FERIA, Rita y VOGENAUER, Stefan (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* (Oxford y Portland, Hart Publishing).
- WEBER, D. (2008): “Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: Why We Need the Subjective Intention Test, When is Combating Abuse an Obligation and Other Comments”, en DE LA FERIA, Rita y VOGENAUER, Stefan (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?* (Oxford y Portland, Hart Publishing).
- YÁÑEZ VILLANUEVA, Felipe (2014): “Análisis de la nueva cláusula general antielusiva”, *Revista de Estudios Tributarios*, N° 11: pp. 233-250.

NORMAS CITADAS

España, Ley N° 58/003 (17/09/2003): *Ley General Tributaria*.

Chile, *Código Tributario* (31/12/1974).

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, 22/10/2015, rol 5183-2015, casación en la forma y en el fondo.

Tribunal Tributario y Aduanero de la Región de Ñuble y la Región del Biobío, 19 de marzo de 2024, RIT N° GS-10-00039-2022

¿CÓMO SE ARTICULAN LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y LABORALES PARA REGULAR EL TRABAJO EXTRANJERO?


HOW DO MIGRATORY AND LABOR POLICIES INTERACT TO REGULATE MIGRANT WORKERS?


Mayra Feddersen* y Antonio Morales**

RESUMEN: el presente estudio intenta determinar el alcance y extensión de la restricción a la contratación de extranjeros en lo que respecta a la ley N° 21.325 y a la Política Nacional de Migración y Extranjería. A través de un análisis detallado de la normativa migratoria y laboral, junto con la revisión de su implementación, se demuestra que, a pesar de aparentes contradicciones, estas normativas no han limitado la contratación de trabajadores extranjeros. La legislación migratoria se ha enfocado en aprobar visas sin considerar su impacto laboral, mientras que la interpretación amplia de las excepciones por parte de la Dirección del Trabajo y su menor fiscalización han facilitado la incorporación de trabajadores extranjeros al mercado laboral formal, superando el tope legal del 15%.

Palabras claves: trabajador migrante, permisos migratorios, límites a la contratación, cuotas, inmigrantes calificados.

ABSTRACT: This research endeavors to ascertain the extension of restrictions governing the employment of foreign individuals, in the context of the Law No. 21,325 and its National Policy on Migration. Employing a meticulous examination of both migratory and labor regulations, complemented by an assessment of their practical implementation, this study reveals that these regulations have not constrained the recruitment of foreign workers. Notably, migratory legislation primarily centers on the approval of visas without consideration of their ramifications on the labor market. Furthermore, the expansive inter-

* Doctora en Filosofía con especialidad en Jurisprudencia y Políticas Públicas de la Universidad de California Berkeley. Profesora asociada, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Investigadora principal del Núcleo Milenio MIGRA: percepciones y consecuencias de la migración. Dirección postal: Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén. Correo electrónico: mayra.feddersen@uai.cl.  0000-0002-6189-1412. Este proyecto fue financiado gracias a ANID-MILENIO-NCS2022_051.

** Magíster en Derecho con mención en Derecho Público de la Universidad de Chile y Master of Laws de Northwestern University Pritzker School of Law. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén. Correo electrónico: antoniomoralessmanzo@edu.uai.cl.  0000-0003-4736-244X

pretation of exceptions, coupled with diminished enforcement measures, has facilitated the integration of foreign workers into the formal labor sector.

Keywords migrant worker, visas, statutory thresholds, labor restrictions, skilled migrants.

INTRODUCCIÓN

¿Puede convivir la búsqueda de perfiles laborales, mediante una política migratoria de postulación a permisos de trabajo desde el exterior, con la restricción de contratación de extranjeros en Chile, consagrada en la ley laboral vigente? ¿O es necesario una reforma legislativa que derogue o modifique la normativa del trabajo para atraer y mantener un mayor número de extranjeros que puedan emplearse formalmente en las empresas en Chile? La plena vigencia de la Ley N° 21.325 con la publicación de su reglamento, el 12 de febrero de 2022¹, junto con la publicación de la Política Nacional de Migración y Extranjería, el 27 de diciembre de 2023², vuelve a poner sobre la mesa la discusión en torno a la pertinencia del tope de 15% de trabajadores extranjeros en las empresas de más de 25 empleados.

En efecto, uno de los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería (en adelante PNME) es atraer determinados perfiles laborales para promover el desarrollo económico y productivo del país³. Lo anterior ¿puede cumplirse con las restricciones que la normativa laboral contempla? En opinión de los representantes de distintos gremios industriales del país, esta “cuota atenta contra la eficiencia y obstaculiza la contratación formal”⁴.

¿Se encuentra la normativa migratoria y laboral en contraposición? ¿Los artículos del Código del Trabajo, que limitan la contratación de extranjeros en Chile, restringen –al punto de hacer muy difícil– la contratación de extranjeros en las empresas? El objetivo de este artículo es responder a estas preguntas.

Se argumentará en este trabajo que, a pesar de que ambas normas parecieran estar en contraposición, su aplicación diaria evidencia una historia diferente. Por un lado, la legislación migratoria se ha preocupado de aprobar visas de trabajo sin atender a sus efectos en el mercado laboral⁵, centrándose únicamente en el cum-

¹ CHILE, Decreto N° 296.

² CHILE, Decreto 181.

³ CHILE, Decreto 181, artículo 1, objetivo desarrollo económico y productivo del país, objetivo específico 2.2. “Considerar las necesidades de desarrollo económico y provisión de empleos en distintos territorios del país, en particular en aquellos rubros de difícil cobertura por parte de la fuerza laboral local y que ofrezcan oportunidades de trabajo decente para los migrantes para el diseño de permisos de residencia vinculados a la demanda laboral” (el destacado es nuestro).

⁴ MUNITA (2023).

⁵ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 22 N° 1 en relación con los artículos 154 N° 1, N° 2 y N° 3, 155 N° 5 y 157 N° 1. La atención a los efectos laborales de las decisiones migratorias es un elemento central de la PNME y por extensión de la función del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de la Subsecretaría del Interior y Seguridad Pública y del Servicio Nacional de Migraciones.

plimiento de los requisitos y de las condiciones de cada permiso. Ello, a pesar de que la PNME propone canalizar los flujos migratorios hacia sectores productivos considerando las necesidades del país y la provisión de empleos en rubros de difícil cobertura⁶.

Por otro lado, la interpretación amplia de las causales de excepción al tope del 15% en las empresas de más de 25 trabajadores, el bajo número de fiscalizaciones y el extendido uso de las excepciones legales, ha permitido la incorporación de extranjeros al mercado laboral formal sin mayores restricciones.

Para sustentar la tesis anterior, se realizará un análisis dogmático sobre la regulación del trabajo extranjero en la legislación migratoria y laboral chilena, complementándolo con los registros administrativos de la Dirección del Trabajo por un periodo de once años. Por último, se revisará la regulación del trabajo extranjero en la legislación estadounidense, a fin de mostrar cómo un país, que también se plantea el objetivo de resguardar la fuerza laboral nacional y de promover perfiles laborales específicos, se asegura de cumplir dichas finalidades.

Conforme a lo expuesto, este artículo se estructura en cuatro secciones. La primera y segunda sección se centran en el análisis dogmático. La primera parte se enfoca en describir y explicar las normas migratorias que autorizan el ingreso y la realización de actividades remuneradas lícitas por parte de los extranjeros que se asientan en el país, tanto en el derogado decreto ley de extranjería, como en la actual ley de migración⁷. En la segunda sección, se analiza en detalle la consagración e interpretación de los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo, que regulan la contratación e incorporación de los trabajadores extranjeros en las empresas de más de 25 empleados desde 1924 hasta la fecha.

En la tercera sección se revisa el derecho en acción⁸. En el caso de la normativa laboral, este análisis conlleva la revisión de los registros administrativos en posesión de la Dirección del Trabajo para conocer la forma en que esta institución está aplicando dichas reglas.

En la cuarta parte se realiza un análisis comparado de la regulación del trabajo extranjero en Estados Unidos. Este país se estudia ya que comparte similares objetivos a la PNME, y, además, se trata del principal destino de los migrantes laborales en el mundo. Mediante esta revisión se mostrará cómo dicho país resguardó al trabajador local estableciendo específicos procedimientos para autorizar su ingreso y estadía. Se cierra este artículo con una reflexión en torno a las implicancias de política pública que surgen del desarrollo de este trabajo.

⁶ CHILE, Decreto 181, objetivo desarrollo económico y productivo del país, objetivos específicos 2.1, 2.2, 2.3 y 2.4.

⁷ Se describen ambos cuerpos normativos ya que, a pesar de la plena vigencia de la ley N° 21.325, aún existen extranjeros en Chile que tienen un permiso migratorio aprobado bajo el derogado decreto ley de extranjería.

⁸ GOULD y BARCLAY (2012) pp. 323-335. Para un análisis más profundo sobre este tipo de estudios, ventajas y limitaciones.

I. LA REGULACIÓN DE LA MIGRACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA

En 2006, según las cifras de la Encuesta Nacional de Caracterización Socioeconómica (en adelante CASEN), había 154.642 personas de nacionalidad extranjera en Chile. En 2017, dicha encuesta contaba unas 777.407, y en 2022 la cifra alcanzó las 1.736.691 personas⁹. Es decir, se produjo una diferencia de casi un millón de personas entre la medición de 2017 y la de 2022. De acuerdo a Fuentes y Hernando, entre 2006 y 2017, la población migrante pasó de corresponder de un 0,96% a un 4,37% de la población total del país¹⁰.

Las personas extranjeras mayores de 15 años que trabajaban o habían trabajado activamente en las cuatro últimas semanas equivalían en 2006 al 1,3% de la fuerza de trabajo del país (84.831 personas) y a un 6,9% para el año 2017 (501.292 personas)¹¹. Las cifras anteriores evidencian que más del 55% de la población extranjera se encontraba buscando trabajo o en un trabajo formal en Chile entre 2006 y 2017¹². Considerando dicha realidad y el aumento en el número de extranjeros ¿de qué manera la legislación vigente está regulando la inserción de dichos trabajadores al mercado formal?

En lo que sigue, se explicará las reglas migratorias que posibilitan el trabajo formal del inmigrante. Para ello es necesario describir las hipótesis que contempla el ordenamiento migratorio para trabajar conforme a la ley. Esto implica revisar someramente las autorizaciones de trabajo en los permisos transitorios y enfocarse en las residencias temporales, permisos cuya principal razón de ser es la posibilidad que otorgan a su titular de realizar actividades remuneradas de forma lícita, y, posteriormente, postular a una residencia definitiva¹³. Empero, antes de revisar la legislación vigente, se explicarán los permisos establecidos en la ley actualmente derogada, el decreto Ley N° 1094 (en adelante Ley de extranjería), debido a que aún existen inmigrantes acogidos a dicha normativa.

⁹ Datos obtenidos de las encuestas CASEN 2006, 2017 y 2022. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (<https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen>)

¹⁰ FUENTES y HERNANDO (2019) pp. 382-383.

¹¹ FUENTES y VERGARA (2019) p. 73.

¹² Dicha proporción se puede extraer de los datos aportados por FUENTES y HERNANDO (2019) y por FUENTES y VERGARA (2019). En 2006, 84.831 personas extranjeras conformaban la fuerza laboral extranjera de un total de 154.642 personas ($84.831/154.642=0,55$). Para el 2017, habían 501.292 personas en la fuerza laboral extranjera para un total de 777.407 personas extranjeras ($501.292/777.407=0,64$).

¹³ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 78. No se analizarán en este trabajo los requisitos de la residencia definitiva, ya que la condición previa para acceder a esta es poseer una residencia temporal previa que habilita para postular a la residencia definitiva. Salvo la residencia temporal para trabajos temporales, todas las demás residencias temporales de naturaleza laboral habilitan para postular a la residencia definitiva.

1. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN LA LEY DE EXTRANJERÍA

Bajo la aplicación de la ley de extranjería (1975-febrero 2022), para que un extranjero pudiese trabajar en Chile se necesitaba una autorización de la autoridad migratoria, la que se otorgaba de forma automática con un permiso de residencia temporal o definitiva¹⁴, y de forma excepcional, con una visa de turismo o permiso de residencia transitoria¹⁵. El permiso laboral de los turistas se obtenía realizando una solicitud en Chile ante el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, las Gobernaciones o las Intendencias para obtener una autorización especial que permitiese ejercer una actividad económica que no sobrepasare los 30 días, prorrogables por periodos iguales o hasta que terminase el permiso principal¹⁶.

En el caso de los titulares de residencia temporal, la regla general era que este permiso autorizaba a su titular para ejercer actividades remuneradas lícitas¹⁷. Esta autorización se regulaba de forma explícita en la visación de residencia sujeta a contrato, la que como su nombre lo indicaba, dependía de la existencia de un contrato de trabajo¹⁸. En el reglamento de la ley de extranjería, se establecía los requisitos que se debían verificar para la aprobación de dicha visa, entre ellos, estar suscrito por una empresa con domicilio legal en el país, a través de un contrato firmado en Chile ante notario o en el exterior ante un agente diplomático, que se acreditaran los títulos respectivos o el conocimiento en que se fundaba el trabajo, que la profesión o trabajo contratado fuese “indispensable o necesario para el desarrollo del país”, que las actividades realizadas por el extranjero no se considerasen peligrosas para la seguridad nacional y que las disposiciones del contrato se ajustasen a las normas laborales y previsionales¹⁹.

Cabe destacar que al igual que las cláusulas laborales y previsionales, era menester incluir en el contrato de trabajo una cláusula de vigencia y de viaje. Mientras que la primera estipulaba que el trabajo comenzaría una vez que la visa estuviera aprobada, la segunda obligaba al empleador a pagar al titular y sus dependientes un pasaje de retorno al país de origen o al que se consagrara en el contrato²⁰.

¹⁴ FEDDERSEN (2021) p. 148. Ver CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 45.

¹⁵ CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículo 48 inciso 1. FEDDERSEN (2021) p. 129.

¹⁶ CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 100 inciso 2. En la Región Metropolitana este permiso se pedía directamente ante el Departamento de Extranjería y en las demás regiones en las Gobernaciones e Intendencias. Hasta antes del 12 de febrero de 2022, y debido a la ley N° 21.074, las Gobernaciones e Intendencias fueron reemplazadas por las delegaciones presidenciales provinciales y regionales, respectivamente.

¹⁷ FEDDERSEN (2021) p. 148; DELLACASA y HURTADO (2017) p. 52. La única excepción fue la residencia de estudiante, la que por regla general no permitía realizar actividades remuneradas. CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículo 27; CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 46.

¹⁸ CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículos 23 a 26; CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículos 35 a 44.

¹⁹ CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículos 36 y 37. FEDDERSEN (2021) p. 295.

²⁰ CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 38. La cláusula de viaje fue flexibilizada para incluir un pasaje a la frontera internacional más cercana, no siendo necesario pagar un pasaje al país de origen del extranjero. FEDDERSEN (2021) pp. 296-297.

En la visación sujeta a contrato, la existencia del contrato de trabajo era condición *sine qua non* para la vigencia de la visa²¹. Así, el fin de la relación laboral producía el término del permiso, otorgándose un plazo que no podía ser superior a 90 días para presentar una nueva solicitud de visación de residente, *so pena* de perder dicho beneficio²².

La dependencia del permiso a la existencia de un contrato fue incorporada en la lista de cuestiones que abordó el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (en adelante, CMW) en su primera evaluación acerca del cumplimiento de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias por parte de Chile²³.

Además de la visación sujeta a contrato, en aplicación de los artículos 49 en concordancia con el artículo 50 letra f) del decreto N° 597 (en adelante el reglamento de extranjería)²⁴, que permitía calificar la utilidad de la permanencia del extranjero, se crearon nuevas residencias temporales, como una forma de regularizar a quienes hubieren ingresado como turistas, pero cuyos permisos se encontraran vencidos, o que quisieren cambiar su estatus dentro del país “siempre que acredite tener vínculos de familia o intereses en el país o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa”²⁵.

Varias de las residencias temporales que se agregaron administrativamente permitían a sus titulares ejercer actividades remuneradas, a pesar de que su motivación no era exclusivamente laboral, como la visación para mujeres embarazadas, por unión civil y por responsabilidad democrática²⁶.

Las visas administrativas de naturaleza exclusivamente laboral eran la visación de acuerdo de residencia Mercosur creada en 2009 para los ciudadanos argentinos, bolivianos, brasileros, paraguayos y uruguayos “independientemente de la actividad que vinieran a realizar, siempre y cuando no posean antecedentes penales”²⁷. Asimismo, el 26 de febrero de 2015, se estableció la visa por motivos laborales como una forma de regularizar a los extranjeros que estando en Chile, tuviesen un trabajo²⁸. Cabe destacar que para acceder a la visa Mercosur bastaba poseer un pasaporte vigente de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay y acompañar un certifica-

²¹ CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículo 25.

²² CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículo 38 inciso final.

²³ NACIONES UNIDAS, CMW/C/CHL/Q/1, párr. 14.

²⁴ CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 49 en concordancia con el artículo 50 f).

²⁵ CHILE, Decreto Supremo N° 597, artículo 49 inciso 1. FEDDERSEN (2021) p. 154. DELLACASA y HURTADO (2017) pp. 49-50.

²⁶ FEDDERSEN (2021) pp. 155-160. DELLACASA y HURTADO (2017) pp. 130-134.

²⁷ CHILE, SUBSECRETARIA DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Oficio circular N° 26.465.

²⁸ CHILE, DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA, Oficio circular N° 7.

do de antecedentes penales. La visa por motivos laborales requería únicamente un ingreso regular al país y un contrato de trabajo²⁹.

En 2018 se derogó la visa por motivos laborales y en su lugar se crearon las visas por orientación nacional, internacional y de oportunidades. Estas visas intentaron retener a personas que hubiesen obtenidos posgrados en universidades acreditadas en Chile (orientación nacional); atraer a personas que se hubiesen graduado en algunas de las mejores universidades del mundo (orientación internacional) o que buscaran trabajar a Chile de acuerdo a criterios predefinidos y prioritarios para el país (oportunidades laborales)³⁰. Salvo el último permiso, bastaba acreditar el egreso de algunas de dichas universidades para acceder a los permisos antes expuestos.

En suma, y exceptuando el permiso de oportunidades laborales, ninguna de las visas previas se preocupaba de determinar si existía necesidad de mano de obra en el mercado laboral o de las condiciones bajo las cuales el extranjero desempeñaría su empleo. Por el contrario, la autoridad únicamente atendía a los requisitos de la norma, esto es, existencia de un contrato de trabajo, ausencia de antecedentes penales, continuidad en la residencia y estabilidad económica en el país³¹. Lo anterior a pesar de que el reglamento de extranjería, como se indicó, incluía consideraciones adicionales, como acreditar conocimiento y que el trabajo fuese indispensable para el desarrollo del país.

La preocupación por mirar exclusivamente el cumplimiento de requisitos es concordante con la tendencia de simplificar las condiciones de los permisos para facilitar su obtención. Por ejemplo, en la visa Mercosur, bastaba (y basta aún) el pasaporte vigente y la ausencia de antecedentes penales. En los permisos de orientación, el haber egresado de alguna de las universidades individualizadas en cada permiso ¿Se mantiene esta manera de analizar los permisos bajo la ley de migración vigente?

2. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN LA LEY DE MIGRACIÓN

La ley N° 21.325 derogó la ley de extranjería, dejando sin efecto el artículo 49 N° 5 que permitía que los turistas pudiesen solicitar el cambio de condición por la de residente, acreditando “su contratación o que ejercerán efectivamente en Chile”³² como profesionales o técnicos. Con dicho cambio, se terminó una de las formas más comunes de migrar al país, es decir, la de entrar con un permiso de

²⁹ DELLACASA y HURTADO (2017) pp. 132-133.

³⁰ FEDDERSEN (2021) pp. 158-159.

³¹ El formulario tipo para solicitar cualquier tipo de residencia temporal exigía que el titular acompañara los siguientes documentos: copia del contrato de trabajo vigente y de los anteriores suscritos por el solicitante, certificado de vigencia del contrato, firmado ante notario, copias de finiquitos de contratos y certificado histórico de cotizaciones de AFP y de salud. Formulario SGC-SIAC-PD1, versión 3.0 (27/12/2012).

³² CHILE, Decreto Ley N° 1094, artículo 49 N° 5.

turismo, y una vez en su interior, cambiar de estatus migratorio, postulando a una residencia temporal basada en la existencia de un vínculo laboral³³.

Si bien la ley de migración permitió que el titular de residencia transitoria pudiera solicitar un permiso de trabajo para desarrollar actividades específicas y esporádicas, la regla general es que este permiso no habilita para trabajar lícitamente en el país³⁴. En la mente del legislador, las actividades que quedarían cubiertas bajo esta autorización especialísima serían los “integrantes y personal de espectáculos públicos, deportistas, conferencistas, asesores y técnicos expertos”³⁵.

Al igual que con la ley de extranjería, bajo la ley de migración a la autoridad le interesó únicamente que el inmigrante cumpliera con los requisitos del permiso solicitado. Dicho análisis se efectúa una vez que el postulante inicia el trámite y con los antecedentes que el mismo suministra en el portal de trámites digitales del Servicio Nacional de Migraciones (en adelante el SERMIG).

En el caso de la permanencia transitoria, se podría solicitar una autorización excepcional para trabajar en Chile, acompañando, además de los documentos de identidad vigente, el permiso migratorio y la tarjeta única migratoria, una carta notariada de la empresa o un contrato de trabajo de la empresa chilena especificando las funciones y el lugar de desempeño³⁶. Esta autorización se podría prorrogar, siempre y cuando el trabajo se encontrare dentro del periodo de vigencia del permiso³⁷.

Como se observa de esta breve descripción, la autorización se otorga satisfaciendo los requisitos para su procedencia. En dichas condiciones no se incluye un análisis sobre el contexto ni la forma cómo se desarrollará la tarea específica que fundamenta la solicitud.

Con la prohibición general de cambio de categoría a los titulares de permisos de permanencia transitoria que se encuentren en el país³⁸, los inmigrantes solo puede permanecer en Chile con un permiso de residencia temporal cuando logren acreditar vínculos “de familia con chilenos o con residentes definitivos, a aquellos cuya estadía sea concordante con los objetivos de la Política Nacional de Migración y Extranjería, y en otros casos debidamente calificados por la Subsecretaría del Interior...”³⁹.

Salvo el caso de los vínculos familiares directos, la nómina y los requisitos de las subcategorías de residencia temporal se encuentran consagrados en la ley N° 21.325, en el decreto N° 296 y en el decreto N° 177, como se verá a continuación. Dichos permisos solo podrían ser alterados por una decisión política del Mi-

³³ ROJAS y SILVA (2006) p. 7. FEDDERSEN (2021) pp. 135-141. HURTADO y DELLACASA (2017) pp. 102-103.

³⁴ FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 324-325.

³⁵ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 56 inciso 1.

³⁶ SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES (sitio web-a)

³⁷ CHILE, Decreto N° 296, artículo 78.

³⁸ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 59.

³⁹ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 69.

nisterio del Interior y Seguridad Pública con el consentimiento de los ministros que conforman el Consejo de Política Migratoria⁴⁰, de la PNME⁴¹, o de la existencia de circunstancias excepcionales, que a juicio de la Subsecretaria del Interior, previo informe del SERMIG, ameritaran dicho cambio⁴².

En los hechos y producto de la norma previa, la única manera de inmigrar a Chile para ejercer una actividad remunerada lícita por primera vez y sin vínculos de familia con chilenos o con un extranjero con residencia definitiva, es mediante la postulación a un permiso de residencia temporal desde el extranjero, enviando los antecedentes a través de la plataforma del Servicio Nacional de Migraciones⁴³.

En este contexto, las residencias temporales de carácter laboral que contempló la ley de migración son cinco⁴⁴. Estas son las categorías de residencia temporal. A saber, el permiso para el desarrollo de actividades remuneradas, el permiso para trabajos de temporada, el permiso de búsqueda de oportunidades laborales, los permisos contemplados en tratados internacionales (cuando su objeto es el facilitar una actividad remunerada lícita) y los permisos para funciones gerenciales o de alta dirección⁴⁵. Cabe consignar que, a diferencia de la ley de extranjería, en la ley de migración los dependientes se encuentran autorizados para realizar actividades remuneradas en las mismas condiciones que los titulares⁴⁶.

El requisito básico para solicitar tres de las cinco residencias temporales previas es la posesión de un contrato o de una oferta formal de trabajo emitida por una

⁴⁰ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 70. El Decreto N° 177 complementa la ley N° 21.325 y el Decreto N° 296 consagrando los requisitos y características de las residencias temporales.

⁴¹ CHILE, Decreto N° 181, artículo primero, I, Introducción. Se señala en este apartado que “la autorización de los nuevos permisos de residencia solicitados desde el exterior, se restringirán en cuanto a las oportunidades laborales, privilegiando aquellos permisos de residencia que se relacionen con el cumplimiento de contratos u ofertas de trabajo para ocupaciones de difícil cobertura con la mano de obra nacional, vínculos de familia, inversionistas y otros previstos en la reglamentación de la nueva ley de Migración y Extranjería. En materia de visados consulares previos, esta política no contempla la revisión de esta exigencia para el ingreso y permanencia transitoria respecto de los países de la región que ya cuentan con ese requisito de ingreso.” Salvo el mandato de “evaluar la creación de una nueva subcategoría migratoria, que abarque estancias cortas como largas estadías de estudiantes, estudiantes de posgrado, investigadores y académicos” (objetivo específico 2.7), no se contemplan nuevas residencias temporales de naturaleza laboral que las ya reguladas en la ley N° 21.325 y en el decreto N° 177.

⁴² CHILE, Ley N° 21.325, artículo 69, inciso 1.

⁴³ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 69; FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 324-325.

⁴⁴ El permiso para negocios de múltiple entrada se otorga con ocasión de gestiones ejecutivas o directivas relacionadas con negocios o inversiones que no requieran una estadía superior a 6 meses. A pesar de que están regulados en el decreto N° 177 de las residencias temporales, su naturaleza es de carácter transitoria y no permite lograr el mínimo de tiempo de residencia en Chile para acceder a la residencia definitiva. Por estas razones, no se considera como un permiso de residencia temporal propiamente tal. FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 161-162.

⁴⁵ FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 158-163; CHILE, Decreto N° 177.

⁴⁶ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 74 inciso 3; CHILE, Decreto N° 296, artículo 56; FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 158-164.

persona natural o jurídica chilena con domicilio o sucursal en Chile. En efecto, el permiso para desarrollar actividades lícitas remuneradas requiere de un contrato bajo vínculo de subordinación o dependencia o de una oferta⁴⁷, o de un contrato civil o mercantil vigente cuando es por cuenta propia⁴⁸. El permiso de trabajo temporal exige un contrato u oferta⁴⁹, y el permiso de inversionista para personas que desempeñan actividades gerenciales o de alta dirección o el personal especialista contratado como trabajador dependiente o para prestar servicios en una empresa en Chile, también dispone del mismo requisito⁵⁰.

Una excepción es el permiso de oportunidades laborales que, como su nombre lo indica, se solicita para buscar trabajo, siempre y cuando se cumplan los requisitos que determine la PNME. Con todo, en la PNME no se especificaron las condiciones de esta subcategoría. El decreto N° 181 estableció un objetivo específico de “considerar las necesidades de desarrollo económico y provisión de empleos en distintos territorios del país, en particular en aquellos rubros de difícil cobertura por parte de la fuerza laboral local y que ofrezcan oportunidades de trabajo decente para los migrantes para el diseño de permisos de residencia vinculados a la demanda laboral⁵¹”, sin consagrar mecanismos específicos para cumplir dicho objetivo.

En consonancia con lo expuesto, se podría colegir que el uso del permiso de oportunidades laborales buscaría llenar vacantes, ya sea porque existe poco interés o capacitación de los locales, o porque la demanda nacional es insuficiente. De lo anterior no se desprende la creación de nuevas residencias temporales más allá de las presentadas anteriormente o de nuevos requisitos para sus titulares.

La segunda excepción a la exigencia de un contrato u oferta laboral es el permiso Mercosur. El acuerdo de residencia de Mercosur nunca fue aprobado por el Congreso y, por tanto, no es un acuerdo internacional vigente o vinculante⁵². Sin embargo, administrativamente la autoridad migratoria reconoció dicho vínculo para los nacionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay⁵³. Como se señaló, para acceder a dicho permiso, basta con acreditar la nacionalidad antes individualizada y un certificado de antecedentes penales. En este caso, igual que la residencia de oportunidades laborales, no se requiere de un contrato u oferta laboral⁵⁴.

En suma, la ley de migración, salvo los dos casos antes descritos, otorga residencias temporales para los inmigrantes que vengan a Chile por un periodo que fluctúa entre seis meses a cinco años, siempre y cuando vengan a cumplir un

⁴⁷ CHILE, Decreto N° 177, artículo 17 y 27 para los trabajadores de temporada.

⁴⁸ CHILE, Decreto N° 177, artículo 20.

⁴⁹ CHILE, Decreto N° 177, artículo 27.

⁵⁰ CHILE, Decreto N° 177, artículo 62 inciso 2.

⁵¹ CHILE, Decreto N° 181, artículo primero, objetivo específico 2.2. En este mismo sentido, ver FEDDERSEN y GREENE (2023) p. 161.

⁵² FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 162- 164.

⁵³ SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES, Circular N° 8.

⁵⁴ FEDDERSEN y GREENE (2023) p. 164.

contrato de trabajo o posean una oferta formal de trabajo, ya sea bajo un vínculo de subordinación y dependencia o por cuenta propia, acompañando un contrato civil o mercantil que justifique sus servicios. A su vez, deben acreditar para obtener dichos permisos la liquidez de la empresa que desea contratarlos, certificar su personalidad jurídica y que no poseen antecedentes penales⁵⁵.

Cabe tener presente que, la residencia temporal, es un requisito previo para postular a la residencia definitiva. En efecto, estipuló la ley de migración que la residencia definitiva solo se puede otorgar una vez que el extranjero haya poseído un permiso de residencia temporal por un tiempo que variará entre uno a cuatro años y siempre que su permiso temporal lo habilite para postular a dicho beneficio⁵⁶. Así, los extranjeros que estén en Chile por un trabajo de temporada, los que se encuentren sujetos a la custodia de Gendarmería de Chile y los que estén en Chile por orden de tribunales de justicia chilenos no calificarán para la máxima residencia⁵⁷.

Como se puede observar de los requisitos de la residencia temporal, e incluso en los dos casos excepcionales, ni la presencia de trabajadores nacionales para la posición laboral solicitada por el extranjero (salvo en el caso del permiso de oportunidades laborales), ni el salario ofrecido, ni las condiciones laborales pactadas, son relevantes al momento de evaluar la pertinencia de otorgar el permiso migratorio⁵⁸. En la medida que se cumplan con las condiciones de la normativa migratoria, con los reglamentos y con los decretos de las subcategorías específicas⁵⁹, se concederán los permisos solicitados.

Si el impacto en el mercado laboral no es relevante al momento de postular al permiso, ¿es un elemento que la autoridad laboral considera? En la siguiente sección se analiza la normativa laboral para determinar los requisitos y condiciones que esta impone a los trabajadores extranjeros que viven en Chile.

II. LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

El extranjero que desee trabajar en Chile de forma lícita tiene que sortear dos cuerpos normativos: la regulación migratoria y la regulación del trabajo. La primera, le permite entrar y comenzar un empleo de forma lícita. La segunda, establecerá los deberes y derechos que este posee en el desarrollo de su actividad remunerada en Chile.

⁵⁵ SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES (sitio web-b).

⁵⁶ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 78 inciso 2.

⁵⁷ CHILE, Ley N° 21.325, artículo 70 inciso final; CHILE, Decreto N° 177, artículo 10 inciso final.

⁵⁸ Estas circunstancias son relevantes, por ejemplo, para poder postular a las residencias permanentes y temporales en Estados Unidos. Antes de postular al permiso respectivo, el Departamento del Trabajo tiene que autorizar la contratación considerando la realidad del mercado laboral local. Ver JOHNSON y otros (2019) pp. 472-473; ALEINKOF y otros (2016) pp. 354-355.

⁵⁹ CHILE, Decreto N° 177 y CHILE, Decreto N° 23.

A pesar de su relevancia, se ha investigado poco sobre estas reglas. De hecho, los autores que las han abordado se han limitado a revisar otros aspectos, como por ejemplo, entender las justificaciones tras el trato diferenciado que existe entre los extranjeros y los nacionales. Así, Caamaño ha expresado, en torno al proyecto de ley que permitía la contratación de pilotos extranjeros en las líneas aéreas nacionales, que dicha restricción se justificaba por una razón de reciprocidad, mientras las legislaciones extranjeras no se adecuaban a los principios de cooperación, integración y no discriminación⁶⁰. Para Nuñez, la excepción a favor de la contratación de extranjeros con vínculo de parentesco y tiempo de residencia en Chile se justificaba en beneficio de quienes tenían familia cercana en el país⁶¹.

Los únicos autores que han reflexionado sobre los artículos objeto de este trabajo son Arellano y Gamonal⁶². Sin embargo, estos no analizaron sus pormenores, sino que se limitaron a argumentar que la existencia de dicha restricción era parte de una tendencia global relacionada con la fuga de cerebros de los países más pobres hacia los más ricos⁶³, sin referirse a los aspectos sustantivos de dichas reglas.

Así, considerando que no existe un tratamiento comprensivo de los artículos 19 y 20 en la doctrina laboral, es menester revisar la forma en que dichos artículos se fueron gestando y el sentido que han ido adoptado bajo la interpretación de la Dirección del Trabajo (en adelante la DT)⁶⁴. Cabe señalar que estos artículos solo se refieren a la contratación. Todos los demás aspectos de la relación laboral se aplican, sin distinción, tanto a los trabajadores nacionales como a los trabajadores extranjeros⁶⁵.

1. RESTRICCIÓN A LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS

El Código del Trabajo estipuló en su artículo 19, que el “ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena”⁶⁶. De esta manera, las empresas con más de veinticinco empleados sólo podrían contratar un quince por ciento de trabajadores extranjeros, excluyendo al personal técnico especialista, al cónyuge, conviviente civil o padre o

⁶⁰ CAAMAÑO (2016) pp. 380-381.

⁶¹ NUÑEZ (2011) p. 79.

⁶² ARELLANO y GAMONAL (2014) p. 81.

⁶³ ARELLANO y GAMONAL (2014) p. 81.

⁶⁴ La Dirección del Trabajo es un servicio técnico dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, le corresponde fijar el sentido y alcance de las leyes del trabajo y fiscalizar su implementación. CHILE, DFL N° 2, artículo 1 letras b y c.

⁶⁵ GAMONAL (2020) p. 88; FEDDERSEN (2021) pp. 313-318. Ver también Dirección del Trabajo, dictamen N° 1539/017 que se refiere a la cotización previsional de los extranjeros, el dictamen N° 5848/386 que reconoce las facultades de la Dirección del Trabajo para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales del personal extranjero, sea que los trabajadores estén o no autorizados para prestar servicios en el país y el dictamen N° 5906/35 que establece la obligación de la Dirección de denunciar al Ministerio del Interior o a los Intendentes Regionales o Gobernadores Provinciales en su caso, cualquier infracción que sorprenda en la contratación de extranjeros.

⁶⁶ CHILE, DFL N° 1, artículo 19.

madre de hijos chilenos, o aquel residente extranjero que viviese por más de cinco años en el país⁶⁷.

El impulso por limitar la contratación de extranjeros emerge en la legislación desde 1924 en adelante. Empero, los antecedentes de las primeras codificaciones laborales que se refieren explícitamente a los extranjeros se remontan a 1880 cuando se intentó regular los cambios sociales y económicos que experimentaba el país a consecuencia de la bonanza producida por el salitre⁶⁸.

Ahora bien, a pesar de algunos cambios menores, el actual artículo 19 del Código del Trabajo no ha sufrido grandes modificaciones. Primero, fue cambiando el mínimo de trabajadores nacionales que se requerían para prohibir la contratación de extranjeros, partiendo en 1924 con más de 10 empleados por empresa, a su versión más acotada de más de 5 personas en 1931, y desde 1987, a más de 25 trabajadores por compañía. En segundo lugar, se modificó la relación entre los trabajadores nacionales y extranjeros. Así, en 1924, el 25% podía ser extranjero, mientras que desde 1931 la proporción ha sido de un 15%, cambiando la base de trabajadores requeridos en cada empresa para comenzar a calcular dicha proporción.

Tanto el primero como el segundo cambio se pueden entender como parte del crecimiento demográfico de la población nacional y el decrecimiento de la población extranjera⁶⁹. No obstante, y como se verá al revisar las excepciones legales del artículo 20, desde el 2010 el flujo migratorio comenzó a aumentar de forma consistente⁷⁰, sin que dicho cambio se haya visto reflejado en el artículo 19⁷¹ del Código del trabajo.

⁶⁷ CHILE, DFL N° 1, artículo 20. Hasta el 2018 existía otra excepción por razón de nacionalidad para los vigilantes privados, los que solo podían ser chilenos. El artículo 8 inciso 2 del Decreto Supremo N° 93 del Ministerio de Defensa Nacional fue derogado por el Decreto N° 867 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

⁶⁸ NAUDÓN (2013) pp. 21-26.

⁶⁹ CANO y otros (2009) p. 12. De acuerdo a cifras del Censo reportadas por Cano y otros en 1920, un 3,1% de la población nacional eran personas nacidas en el extranjero (N=114.117). En 1930, la población extranjera se había reducido a un 2,5%, contando 105.463 personas. Desde dicha fecha hasta 1992, los porcentajes fueron decreciendo paulatinamente hasta llegar a un 0,7% en 1982 (N=84.345) y 0,9% en 1992 (N=114.597).

⁷⁰ SILVA y ROJAS (2016) p. 11.

⁷¹ A pesar de que el artículo 19 del Código del Trabajo no se ha modificado, en el último tiempo se han presentado varias indicaciones para su cambio. Así, durante la tramitación de la ley N° 21.325 las indicaciones 452, 453 y 454 recomendaban reducir de un 85% a un 50% el mínimo de trabajadores nacionales; la indicación 455, de un 85% a un 70%; y la indicación 456, de un 85% a un 80% (boletín N° 8970-06). El proyecto de nueva ley de migraciones presentado el año 2017 buscaba reducir el mínimo de contratación de trabajadores chilenos de un 85% a un 75% (boletín N° 11395-06). Asimismo, el proyecto de ley de productividad y emprendimiento, presentado el año 2018, apuntaba a reducir el porcentaje mínimo de trabajadores nacionales de un 85% a un 70% (boletín N° 12025-03); finalmente, existe un proyecto presentado vía moción parlamentaria para reducir de un 85% a un 60% (boletín N° 15209-13), el cual no registra movimiento desde su fecha de ingreso (19 de julio de 2022).

2. EXCEPCIONES PARA FAVORECER LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS

El Código del Trabajo consagra actualmente en su artículo 20, que:

para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan: 1.- se tomará en cuenta el número total de trabajadores que un empleador ocupe dentro del territorio nacional y no el de las distintas sucursales separadamente; 2.- se excluirá al personal técnico especialista; 3.- se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o conviviente civil o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno, y 4.- se considerará también como chilenos a los extranjeros residentes por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales⁷².

La norma contempla tres excepciones y una regla para calcular el número de trabajadores en cada empresa. En relación con las excepciones, se excluye al personal técnico especialista, al extranjero con vínculos familiares y a los extranjeros que hayan residido por un tiempo determinado en el país.

Desde un punto de vista histórico, primero se eximieron de la restricción de contratación los extranjeros que tuvieran un conocimiento o habilidad diferente del trabajador nacional. La regulación de 1924 liberó al personal ocupado en la construcción o en el ensanche de instalaciones. Desde 1931, se introdujo una categoría más amplia para incorporar a los trabajadores extranjeros cuya experiencia o conocimiento pudiese considerarse útil para el país, englobándolos como “personal técnico especialista que no pueda ser reemplazado por personal nacional”⁷³.

Por otra parte, la ley N° 20.488 que reguló la tercera reforma al mercado de capitales, presentada en el año 2009 bajo el mandato presidencial de Michelle Bachelet, pero promulgada y publicada en el año 2010. En el gobierno de Sebastián Piñera, eliminó la frase “que no pueda ser reemplazado por personal nacional”⁷⁴ para permitir la internacionalización de la prestación de servicios financieros, específicamente, en el ámbito de las inversiones⁷⁵.

Estos cambios han sido ratificados y ampliados por la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo⁷⁶. En un dictamen, ampliamente citado en la jurisprudencia de este órgano, la DT se alejó de una interpretación exegética de las normas laborales para ampliar su comprensión del numeral 2 con el objeto de “proteger la competitividad del mercado de trabajo nacional frente a migraciones excesivas y de poca calificación al país”⁷⁷ y permitir una mayor amplitud a favor de la incorporación de trabajadores extranjeros.

⁷² CHILE, DFL N° 1, artículo 20.

⁷³ CHILE, Código del Trabajo de 1931, artículo 116 N° 2.

⁷⁴ CHILE, Código del Trabajo de 2003, artículo 20 N° 2.

⁷⁵ CHILE, LEY N° 20.448, artículo 4.

⁷⁶ CHILE, DFL N° 1, artículo 20 N° 2.

⁷⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 6307/282, p. 2.

Luego de la reforma de 2010, antes presentada, se extendió aún más su interpretación. En efecto, señaló la DT que, “...basta para excluir a los técnicos especialistas extranjeros que éstos tengan la calidad de tales, no siendo necesario, de acuerdo a la legislación actualmente vigente, que no puedan ser reemplazados por personal chileno”⁷⁸.

En el 2015, la DT informó que la reforma introducida al Código laboral “tiene por objeto acentuar la competencia en el mercado laboral, generando condiciones para un aumento del rendimiento de las empresas...”⁷⁹. Más tarde enfatizó que mediante dicho cambio legislativo se buscaba facilitar la contratación de personal extranjero calificado, evitando que el porcentaje exigido por la norma se transformase en un obstáculo para el desarrollo del país, “entramando la eficiencia y el crecimiento de las empresas nacionales”⁸⁰.

Así, la DT ha permitido la incorporación de especialistas en el montaje por gateo⁸¹, i) de 50 trabajadores chinos para trabajar en la supervisión, planificación y asesoría en la construcción de plantas y laboratorios industriales⁸², ii) ha autorizado la contratación de profesionales en las áreas de la biología, bioquímica, genética, ingeniería, robótica y bioinformática⁸³, iii) de nacionales polacos para la instalación y montaje de turbinas eólicas⁸⁴ y iv) en la incorporación de personal extranjero para una planta de energía renovable⁸⁵.

La posición de la DT ha sido más ambivalente cuando dichas funciones no han sido claramente el resultado de un conocimiento que se considerase como técnico u especialista.

En efecto, en el ordinario N° 4382 de 2014, ante la pregunta efectuada por una empresa de transporte internacional que quería contratar conductores de camiones para el traslado de carga entre Chile y Argentina, indicó que sus conductores no calificarían como personal técnico especialista⁸⁶. A pesar de que el Congreso había aprobado la reforma de 2010, se le pidió a la empresa que tuviera una política de recursos humanos que involucrara un competitivo régimen de compensaciones económicas y de condiciones laborales y que demostrase que los conductores nacionales o extranjeros considerados como chilenos eran insuficientes para cubrir las plazas necesarias⁸⁷.

⁷⁸ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4933/89, p. 2.

⁷⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 1035, p. 2.

⁸⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 1691, p. 3.

⁸¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4933/89, pp. 1-2.

⁸² DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 1691, p. 2.

⁸³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4408, p. 2.

⁸⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4951, p. 2.

⁸⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 5783, p. 2.

⁸⁶ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4382, pp. 1-3.

⁸⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4382, p. 3.

La necesidad de acreditar un conocimiento técnico se confirmó en el ordinario N° 4408 de 2017. En dicho ordinario, la DT exigió, además de los antecedentes académicos, que las labores que desempeñare el extranjero en la empresa guardaren relación con sus capacidades técnicas, de lo contrario no se aplicaría la excepción del artículo 20 N° 2⁸⁸. Criterio similar se reprodujo ante la solicitud de la embajada de Panamá para contratar a extranjeros en labores administrativas, técnicas y de servicio⁸⁹.

Ahora, en relación con la forma de demostrar la condición de técnico especialista, la DT ha señalado por medio del Ordinario N° 5.018 del 2 de octubre de 2018 que aquella “puede ser acreditada, ya sea, por el nivel profesional o técnico que detenta el personal de la empresa, como por la vasta experiencia que posee en el rubro, cuestiones que deben ser analizadas en cada caso particular”⁹⁰ y no de modo genérico y abstracto. De este modo, no es necesario que el empleador tenga en su poder los títulos que acrediten el conocimiento del trabajador, considerándose como suficiente la experiencia práctica acumulada y demostrada del empleado en dichos trabajos.

Una segunda y tercera excepción relevante a la regla general que prohíbe la contratación de extranjeros por sobre ciertas proporciones de empleados en la empresa es aquella que libera al trabajador cuando este tiene vínculos familiares con la población nacional o ha vivido en Chile por un periodo mínimo. Se presume así que el tiempo y los vínculos familiares hacen perder el carácter extranjero del trabajador.

Por un lado, bajo la vigencia de las normas del trabajo entre 1924 y 1931 se estableció una residencia mínima de más de diez años. Recién bajo el Código de 1987, dicho tiempo se redujo a la mitad, manteniéndose dicho plazo en vigor hasta la actualidad.

Por otro lado, desde 1924, los vínculos familiares con la población nacional han eliminado los plazos de residencia mínima. La norma, en ninguna de sus versiones, exigió tiempos de residencia cuando el extranjero se hubiere casado, enviudado o tuviese hijos en el país. El tener hijos chilenos o casarse con chilena asimilaron de inmediato al extranjero con el trabajador nacional. Esta circunstancia se ha mantenido constante por 100 años. El único cambio que se ha realizado a este respecto fue la adecuación de la legislación laboral a los cambios del derecho de familia⁹¹. Así, en 2015, la ley N° 20.830 incorporó a la persona extranjera cuyo

⁸⁸ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4408, p. 3.

⁸⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 2186, p. 4. La DT reiteró que el empleador tiene plena libertad, no obstante, su necesidad de justificar el cumplimiento de la idoneidad de sus contrataciones en caso de ser requerido por la Dirección.

⁹⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 5018. En el mismo sentido, DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4408 y DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 5018.

⁹¹ Cabe señalar no se modificó el artículo 20 para agregar la hipótesis del divorcio. Si la persona divorciada tuviese hijos, se le aplicaría el artículo 20 N° 3 sin obstáculos. La única situación donde podría existir un problema es en el caso de no tener decendencia y se produjese un divorcio unilateral o un divorcio por mutuo consentimiento, en cuyo caso el extranjero se encontraría en desventaja

conviviente civil fuera chileno al conjunto de casos donde se considerará como nacional al trabajador extranjero⁹².

En suma, del análisis previo sólo se podría considerar las reglas que consagran un tope de un 15% como limitativas a la contratación de extranjeros cuando no concurren las excepciones legales. Empero, cabe recordar que dichas restricciones operan únicamente para las empresas de más de 25 trabajadores, y con la modificación legal efectuada en 2010, dejó de ser necesario buscar un reemplazo nacional respecto del técnico especialista, bastando acreditar la concurrencia de cualquiera de las hipótesis del artículo 20 del Código del Trabajo.

Por último, es importante considerar que dichas excepciones solo se tienen que argüir en caso de fiscalización⁹³. Dicha justificación dependerá de las labores que efectúe el extranjero, sin importar el permiso de residencia o categoría migratoria que posea, bastando únicamente la autorización para trabajar⁹⁴, e incluso con independencia de si los documentos que se ocuparon para acreditar su especialidad adolecen de falsedad, ya que dicha determinación depende, a juicio de la DT, de los tribunales de justicia⁹⁵.

Considerando que la justificación que otorga el empleador al momento de la fiscalización de la DT es fundamental para determinar su conformidad con la normativa laboral, es esencial preguntarse sobre la forma cómo la DT ejerce dicha función para evaluar la vigencia práctica de la misma.

III. LA FISCALIZACIÓN DEL TRABAJO EXTRANJERO

La incorporación de extranjeros al mercado laboral formal puede producir múltiples beneficios, como por ejemplo, facilitar el desarrollo técnico de las industrias y aportar al crecimiento de las empresas nacionales. Sin embargo, la llegada de extranjeros puede introducir externalidades negativas para la población local, tales como reducir los salarios y aumentar la competitividad en los empleos⁹⁶. Dado lo anterior, tanto la autoridad responsable de otorgar las autorizaciones de ingreso y de trabajo, como aquella encargada de velar por generar condiciones mínimas y dignas de empleo debieran preocuparse de la inserción de los trabajadores extranjeros. Ahora bien, ¿de qué forma se fiscaliza el cumplimiento de las restricciones laborales?

Como se señaló anteriormente, la DT autoriza a cada empresa para calificar autónomamente a los trabajadores que contratarse, pudiendo dicha calificación ser

en relación con el casado o viudo y tendría que esperar al cumplimiento del tiempo de residencia mínimo para aplicársele el artículo 20 N° 4 del Código del Trabajo.

⁹² CHILE, Ley N° 20.830, artículo 41 en relación con el DFL N° 1, artículo 20 N° 3.

⁹³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4382.

⁹⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 1691, p. 3.

⁹⁵ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 5018, p. 3.

⁹⁶ GONZÁLEZ y ORTEGA (2011) pp; 57-70. BRÜCKER y JAHN (2011) pp. 286-317; SEMYONOV y otros (2002) pp. 416-431; FORTIN y otros (2016) pp. 104-119.

revocada por el Inspector del Trabajo, en el evento en que se realice una fiscalización⁹⁷. Sin embargo, mientras no se produzca dicho control, tanto empresa como trabajador extranjero pueden formalizar una relación laboral.

A efectos de determinar la aplicación de las normas estudiadas, se solicitó por transparencia a la DT el número total de fiscalizaciones realizadas, tanto por denuncia, como por oficio, junto con las sanciones y sus montos, todo en aplicación de los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo entre el 1 enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2022⁹⁸.

Una primera observación relevante en los datos entregados por la DT es que toda la información en poder de este órgano se refiere a denuncias. A pesar de poseer facultades para supervisar el cumplimiento de dichas normas, en los últimos diez años no se han realizado fiscalizaciones de oficio. Lo anterior indica que cuando el Inspector del Trabajo se hace presente en las instalaciones de la empresa o en la faena es porque un particular ha querido denunciar una práctica que considera ilegal. Esta situación es llamativa por cuanto se podría considerar que los extranjeros serían menos proclives a denunciar una afectación a sus derechos laborales⁹⁹. De hecho, hasta el año 2016, sobre el 97% de las denuncias por infracciones a la normativa laboral fueron realizadas por personas de nacionalidad chilena y un 3% de ellas por personas de nacionalidad extranjera. En el 2017, las denuncias de las personas chilenas bajaron a un 94%, para ubicarse en el rango entre el 87% y 84% entre 2019-2022. En contraposición, las denuncias efectuadas por extranjeros aumentaron a un 6% en 2017, duplicándose en 2018 a un 13%, para mantenerse relativamente estable hasta el 2022, en un 16% (2019), un 12% (2020), 12% (2021) y un 13% (2022)¹⁰⁰.

En los últimos once años, la Dirección del Trabajo ha realizado un total de 730 fiscalizaciones por denuncias al artículo 19 del Código del Trabajo. Salvo en el 2016, 2017 y 2018, no se han realizado más de 70 supervisiones al año a nivel nacional. Desde el 2020, el número de fiscalizaciones ha caído a la mitad, manteniéndose por debajo de las 31 visitas del Inspector laboral al año. A nivel agregado, las regiones donde más se han concentrado estas actuaciones son en la Región Me-

⁹⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Ordinario N° 4382.

⁹⁸ Solicitud de transparencia pasiva dirigida a la Dirección del Trabajo, AL003T0010446 y AL003T0010461

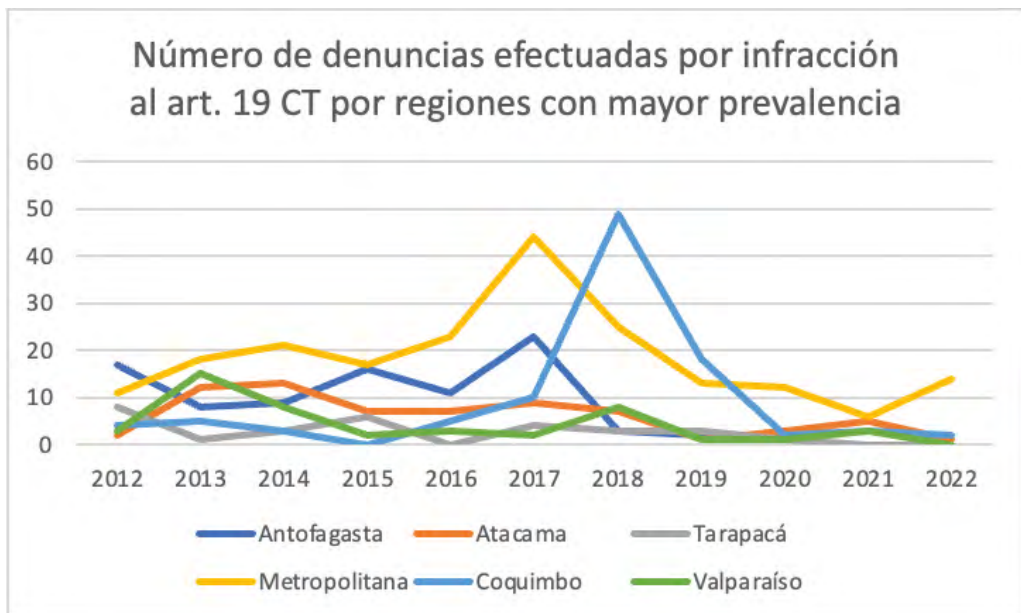
⁹⁹ Para el caso estadounidense, ver GLEESON (2010) pp. 561-602.

¹⁰⁰ De acuerdo a los registros administrativos de la DT, obtenidos mediante la solicitud de transparencia N° AL003T0010446, se obtuvo el número total de denuncias presentadas por chilenos y por extranjeros, además de la materia denunciada, entre los años 2012 y 2022. La principal razón de la denuncia para los chilenos fue no pagar remuneraciones (N= 485.087). Muy por debajo de esta cifra se encuentra la denuncia por no otorgar el trabajo convenido (N= 70.722) y no pagar remuneraciones de forma íntegra (62.635). En el caso de los extranjeros, la principal denuncia se refiere al no pago de la remuneración íntegra (N=23.856), seguido de no declarar oportunamente las cotizaciones previsionales o hacerlo de manera errónea o incompleta (N=6.689) y no otorgar el trabajo convenido (4.586).

tropolitana (204), Coquimbo (101) y Antofagasta (90). Un detalle de la cantidad total de denuncias desagregadas por región y por año se encuentra en el anexo de este artículo.

El gráfico N° 2 permite comparar la evolución de las fiscalizaciones en las regiones en donde más denuncias se han presentado. Entre el 2016 y antes de la pandemia (2020), las denuncias fueron al alza. Estos datos son consistentes con el aumento que experimentó la migración al país en los últimos 8 años. En efecto, las estimaciones del INE con el Departamento de Extranjería al 31 de diciembre de 2021 muestran que el flujo migratorio fue aumentando de forma consistente desde enero de 2015, hasta llegar a su *peak* en enero de 2019¹⁰¹. A su vez, la Encuesta Migrantes 2022 indicó que la mayoría de los extranjeros con residencia llegaron al país en 2018¹⁰².

GRÁFICO 2: COMPARATIVO DEL NÚMERO DE FISCALIZACIONES EFECTUADAS POR DENUNCIAS VERIFICADAS POR LA DT POR AFECTACIÓN AL ARTÍCULO 19 DEL CT DESDE EL 1 DE ENERO DE 2012 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2022, POR REGIONES CON MAYORES DENUNCIAS.



Fuente: elaboración propia en base a información obtenida por transparencia.

Si bien la pandemia tuvo un efecto relevante en la disminución de la migración hacia el país, desde finales del año 2020 y durante el año 2021, el Centro de Políticas Migratorias reporta saldos netos positivos para las principales nacionalidades presentes en Chile (i.e., Bolivia, Colombia y Perú)¹⁰³. Empero, de acuerdo a

¹⁰¹ INE y SERMIG (2021) p. 6.

¹⁰² BANCO MUNDIAL y otros (2022) pp. 11-12.

¹⁰³ CENTRO DE POLÍTICAS MIGRATORIAS (sitio web).

datos obtenidos por transparencia por dicho Centro, se indica que los ingresos por pasos no habilitados aumentaron 6 veces en el año 2020 (N=16.848) en relación con las cifras disponibles en el 2016 (N=2.665)¹⁰⁴. Todo lo anterior indica que ha aumentado el número de extranjeros en el país, sin que por ello se hayan incrementado, en los últimos dos años, las fiscalizaciones a las empresas que operan dentro de Chile.

A mayor abundamiento, como se puede observar en la tabla N° 1, muchas de las inspecciones no terminan en sanciones.

TABLA 1: COMPARATIVO ENTRE LAS DENUNCIAS EFECTUADAS (D) Y LAS SANCIONES APLICADAS (S) DESDE EL 1 DE ENERO DE 2012 HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2022

DT	2012		2013		2014		2015		2016		2017		2018		2019		2020		2021		2022	
	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S	D	S
Cantidad	49	10	69	9	61	11	59	10	94	12	116	23	149	40	56	22	23	6	23	8	31	16

Fuente: elaboración propia en base a información obtenida por transparencia. La letra D significa denuncia y la letra S significa sanción.

La tabla N° 1 puede indicar que en la mayoría de los casos, las empresas logran acreditar que se encuentran en alguna de las excepciones establecidas en la ley. En efecto, de las 66 inspecciones que se realizaron en promedio entre 2012 y 2022 solo se aplicaron sanciones en 18 oportunidades. Dicho de otra manera, en un 73% de las fiscalizaciones efectuadas, los empleados lograron desacreditar la denuncia. Solo un 27% de dichas inspecciones terminó en una sanción.

Adicionalmente, el incremento en el número de fiscalizaciones en los últimos años no ha venido aparejado de más sanciones. A pesar de que entre el 2016 y el 2018 aumentaron casi al doble las visitas de los inspectores, en el año 2016, sólo se cursaron 12 sanciones (y se realizaron 94 inspecciones), en el 2017 fueron 23 (con 116 inspecciones) y el 2018 se aplicaron 40 sanciones (con 149 inspecciones).

Los registros administrativos de la DT confirman la tesis de este artículo; esto es, que las restricciones a la contratación no estarían operando para limitar la inserción de los extranjeros en las empresas. Lo anterior se puede producir porque la Dirección del Trabajo realiza pocas fiscalizaciones y que cuando fiscaliza, no sanciona. Esto último podría significar que las empresas se estarían ajustando a los límites impuestos en la ley o, alternativamente, que estas lograrían acreditar exitosamente que se encuentran en la excepciones admisibles. Ello implica, para las preguntas planteadas al inicio de este artículo, que, ante la primera hipótesis, el tope del 15% no estaría funcionando como un obstáculo real para limitar la contratación de ex-

¹⁰⁴ CENTRO DE POLÍTICAS MIGRATORIAS (sitio web).

trajeros, o en la segunda hipótesis, que el tope sí funciona porque las empresas se liberan aplicando algunas de las causales del artículo 20. Con todo, la exención al tope solo funciona para aquellos trabajadores extranjeros que logran subsumirse en algunas de las excepciones legales, sea por su vínculo con algún nacional, por poseer conocimientos especializados o por estar residiendo en el país por periodos iguales o superiores a cinco años.

IV. LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS EN ESTADOS UNIDOS

El propósito de este artículo ha sido determinar el alcance y extensión de la restricción de contratación de extranjeros en el país. Para ello, se ha analizado la normativa migratoria que determina el marco bajo el cual pueden trabajar lícitamente los extranjeros. Establecido aquello, se ha abordado la forma en que opera la restricción a la contratación de trabajadores extranjeros en la legislación y práctica laboral.

En esta última sección, se presenta una regulación que, persiguiendo un objetivo equivalente a la chilena, esto es, balancear el dinamismo de los distintos sectores de la economía con la protección de los trabajadores nacionales, ha tomado una vía distinta para alcanzar dicho objetivo. En efecto, el caso que se expondrá dispone de un mecanismo de certificación laboral que es previo a la postulación a un permiso migratorio, mientras que el caso chileno adopta una prohibición a posteriori para desempeñarse en ciertas empresas y respecto de ciertas categorías de personas.

1. JUSTIFICACIÓN DEL CASO DE ESTUDIO

La historia institucional estadounidense provee un modelo único para analizar la forma en que puede abordarse el fenómeno de la migración laboral, tanto en términos legales, organizacionales, como numéricos.

Desde el punto de vista normativo, la apertura regulatoria en Estados Unidos fue selectiva al igual que la chilena¹⁰⁵. En aquel país, se dictó tempranamente una legislación federal para regular y restringir la migración desde Asia cuando desde dicho continente provenían flujos considerables de mano de obra no calificada. Su progresiva restrictividad se fue gestando con la llegada de flujos de mano de obra no calificada y trabajo precarizado empujado por el ascenso del sector industrial en los estados del norte durante la segunda mitad del siglo XIX¹⁰⁶.

Desde una perspectiva institucional, la regulación de la migración pasó de una ser una atribución a cargo de cada Estado, vinculado inicialmente al desarrollo del comercio¹⁰⁷, a ser una función asumida de forma exclusiva por el gobierno federal¹⁰⁸, pero con colaboraciones activas con otros órganos federales. He aquí la

¹⁰⁵ LARA (2018) pp. 60-62; DURÁN y THAYER (2018) pp. 429-461.

¹⁰⁶ LINDSAY (2010) pp. 6-7.

¹⁰⁷ GORDON (2018) pp. 671-672.

¹⁰⁸ ESTADOS UNIDOS, *Chae Chan Ping v. United States*. Para una aproximación crítica respecto del significado de la *plenary power doctrine* contenida en esa sentencia en la historia de la aproximación

principal diferencia con Chile, pero al mismo tiempo la fortaleza de este caso de estudio¹⁰⁹: Estados Unidos dispone de una coordinación intersectorial entre agencias públicas orientada a proveer un mecanismo de otorgamiento de permisos de trabajo que está orgánicamente vinculado al sistema de otorgamiento de visas.

En efecto, desde el año 1952 en Estados Unidos, se introdujo el mecanismo de certificación laboral como requisito para el otorgamiento de visas de trabajo para migrantes que postularan a ciertas residencias permanentes¹¹⁰. Desde ese entonces, y hasta la actualidad, el *Department of Labor* (en adelante el DOL) es la institución responsable de dicha certificación y se vincula operativamente con el *U.S. Citizen and Immigration Service* (en adelante el USCIS); esta última entidad es la sucesora del *Immigration and Naturalization Service* (en adelante la INS) y fue creada a través de la *Homeland and Security Act* de 2002, ley que reubicó institucionalmente al USCIS como parte del también recientemente creado *Department of Homeland Security*¹¹¹.

Por último, en términos numéricos, en el 2020 Estados Unidos era la primera destinación de migrantes en el mundo¹¹². De hecho, casi 45,3 millones de inmigrantes vivían en Estados Unidos en 2021, la mayor cantidad desde que se realizaron los primeros registros del censo en 1890¹¹³. Cabe destacar que, en 2021, los inmigrantes constituyeron el 17 por ciento (28,6 millones de personas) de la fuerza laboral activa (166,9 millones). Dicha proporción se ha triplicado desde 1970, cuando solo representaban el 5 por ciento¹¹⁴.

En suma y siguiendo a Corral, “el que desea estudiar derechos extranjeros no puede quedarse en los conceptos o categorías formales de cada uno de los sistemas, menos extrapolar las nociones conceptuales de su propio sistema al ajeno. Debe buscar cómo los sistemas jurídicos dan respuesta a una necesidad común¹¹⁵”. En este caso, se recurre a la forma cómo Estados Unidos regula la contratación de extranjeros a efectos de iluminar las reglas y prácticas nacionales sobre esta misma materia. En lo que sigue se explicará, recurriendo a la doctrina, normativa y jurisprudencia, el procedimiento mediante el cual se permite la incorporación de los trabajadores extranjeros al mercado laboral formal.

2. EL PROCEDIMIENTO DE CERTIFICACIÓN LABORAL

La mayoría de la migración de residentes no excepcionales que desean radicarse en Estados Unidos requieren de una certificación laboral previa que realiza el

federal a la migración como un asunto de seguridad nacional, véase LINDSAY (2010) pp. 2-6.

¹⁰⁹ En Chile, desde 1959, el Ministerio del Interior es el órgano responsable de la gestión de los inmigrantes internacionales en Chile. FEDDERSEN y GREENE (2023) pp. 44- 47.

¹¹⁰ DEPARTMENT OF STATE, OFFICE OF THE HISTORIAN (sitio web).

¹¹¹ ESTADOS UNIDOS, *Homeland Security Act of 2022*, título IV, subtítulo E, sección 451.

¹¹² OIM (2022) p. 25. CASTLES y otros (2014) p. 32.

¹¹³ WARD y BATALOVA (2023) p. 3.

¹¹⁴ WARD y BATALOVA (2023) p. 12.

¹¹⁵ CORRAL (2008) p. 63.

DOL¹¹⁶, comprobando dos elementos: primero, que no hay suficientes trabajadores nacionales capaces, dispuestos, calificados y disponibles para desempeñarse en la labor especializada que es objeto del permiso migratorio. Segundo, que la contratación que se pretende, no conllevará un efecto adverso en los salarios y condiciones laborales de los trabajadores estadounidenses que estarían empleados en una función similar¹¹⁷.

La ausencia de un trabajador nacional se asume porque al momento de hacer pública la oferta de trabajo, no hay interés por parte de los ciudadanos estadounidenses en dicha posición. Por lo anterior, la manera cómo se redacta la oferta laboral es clave para determinar los posibles interesados y cumplir con los requisitos de la certificación laboral. Debido a lo anterior, la autoridad del trabajo ha establecido ciertos requisitos y condiciones que se deben cumplir. Así, el empleador no está autorizado a formular una oferta de trabajo que sea concordante con los antecedentes profesionales de la persona extranjera y potencial beneficiaria de la postulación al certificado laboral¹¹⁸.

En otras palabras, los requerimientos mínimos contenidos en la oferta laboral no deben ser indebidamente restrictivos (*unduly restrictive*) en términos del número de años de estudios o el tipo de educación exigida, y también en lo referente a la experiencia previa solicitada en la oferta laboral¹¹⁹. Esta exigencia se cumple, con-

¹¹⁶ De las cinco categorías conducentes a la residencia definitiva que contempla la Immigration and Nationality Act, los profesionales con grados académicos avanzados o con habilidades excepcionales (EB-2) y los trabajadores calificados (EB-3) deben pasar por una certificación laboral. Solamente tres quedan liberadas dicha certificación, los trabajadores prioritarios (E-B1), los inmigrantes especiales (EB-4) y los trabajadores necesarios para promover la creación de nuevos empleos (EB-5). JOHNSON y otros (2019) pp. 472-473.

¹¹⁷ ESTADOS UNIDOS, IMMIGRATION AND NATIONALITY ACT, artículo 212(a)(5). 8USC 1182: Inadmissible aliens.

¹¹⁸ Pese a que los requisitos buscan restringir el trabajo lícito de población extranjera, en la práctica la gran parte de las personas no ciudadanas que califican para la inmigración basada en el trabajo se encuentran dentro de Estados Unidos cuando postulan para adquirir el estatus de residencia legal permanente. Véase a este respecto ALEINIKOF y otros (2016) p. 349.

¹¹⁹ JOHNSON y otros (2019) p. 497. Para determinar que la oferta laboral no sea indebidamente restrictiva, la DOL dispone de una base de datos en línea denominada *Occupational Information Network* (O*NET), la cual contiene un listado exhaustivo de las ocupaciones y profesiones existentes en Estados Unidos, detallando información referente a la educación y experiencia requerida para cada una de ellas. La O*NET es en la práctica la base de datos sucesora del *Dictionary of Occupational Titles* (DOT). El DOT fue utilizado por décadas por la DOL para identificar las clases de trabajos y los requerimientos estimados como normales para cada una de dichas ocupaciones. En su título 20, el Code of Federal Regulations (CFR) § 656.17 (h) establece que los requisitos para el trabajo promocionado en la oferta de empleo deben ser aquellos normalmente requeridos para aquella ocupación y no deben exceder el nivel de *specific vocational preparation* (SVA) asignado al tipo de ocupación o trabajo según las zonas laborales de O*NET (20 CFR § 656.21(b)(2)). Las zonas laborales o job zones consisten en grupos de profesiones u oficios clasificadas según los niveles de educación, experiencia previa y entrenamiento en el trabajo que se requieren para desempeñarlas. O*NET dispone actualmente de cinco zonas laborales, partiendo por el conjunto de ocupaciones que requieren

forme a la jurisprudencia de la autoridad del trabajo, acreditando la necesidad del negocio (*business necessity*), lo que implica que los requisitos de la oferta de trabajo tengan una relación razonable con el oficio o profesión en el contexto del giro de la empresa, y que las credenciales exigidas sean esenciales para desarrollar las funciones requeridas por el empleador¹²⁰.

Una vez que el DOL determina que se han cumplido los requisitos de la certificación laboral, emite dicha certificación y el empleador puede iniciar el procedimiento migratorio ante el USCIS. Empero y pese a los análisis previos, el USCIS retiene la competencia exclusiva para acoger o denegar la visa por diversas razones. Entre las más relevantes para este artículo, se encuentra aquella que la deniega porque la calificación técnica del trabajador no tiene al grado de especialidad contemplado en el permiso solicitado o debido a que no le consta que el empleador pueda pagar el salario comprometido¹²¹.

En suma, el estándar que tiene que acreditar el empleador, de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, es que esté de buena fe contratando al trabajador extranjero¹²². Es decir, que su decisión no afecte a los trabajadores nacionales, porque no existen alternativas viables capacitadas, interesadas y disponibles.

Además del análisis previo que se realiza para las residencias de carácter permanente, un estudio similar exige la legislación para las residencias temporales. Para las visas que permiten un trabajo de especialidad temporal (H-1B)¹²³, el empleador debe efectuar una declaración laboral (*attestation* o *labor condition application*) mediante la cual demuestra que el mercado laboral nacional no se verá negativamente impactado

poca o nula preparación, hasta el conjunto más exigente de profesiones que requieren una preparación minuciosa y exhaustiva. El listado de zonas laborales en detalle puede consultarse aquí: <https://www.onetonline.org/help/online/zones> (consultado el 03/08/2023).

¹²⁰ JOHNSON y otros (2019) p. 511. El origen del criterio de *business necessity* se encuentra en la decisión del *Board of Alien Labor Certification Appeals* (BALCA) en la apelación del caso conocido como *In the Matter of Information Industries* (Inc., 88-INA-82 (BALCA 1989)). Posteriormente, el criterio jurisprudencial de naturaleza administrativa desarrollado por el BALCA fue incorporado a la regulación federal a través de una modificación al CFR § 656.17 (h). De la misma forma, la prohibición general de exigir conocimiento de idiomas distintos al inglés actualmente contempla también al criterio de *business necessity* como excepción, en dos circunstancias: i) cuando la naturaleza del empleo exija conocimientos de lenguas distintas al inglés (como en el caso del traductor); ii) la necesidad, debidamente acreditada, de comunicarse en otros idiomas con clientes, contratistas o trabajadores del empleador que no dominan el idioma inglés, en los términos establecidos en el CFR § 656.17 (h).

¹²¹ Véase JOHNSON y otros (2019) p. 498.

¹²² Véase ALEINIKOF y otros (2016) pp. 354-355. El empleador tiene la obligación de demostrar que ha realizado un esfuerzo de buena fe por contratar a un trabajador estadounidense dentro de los 30 y 180 días previos a postular a una certificación laboral ante el Departamento del Trabajo.

¹²³ ESTADOS UNIDOS, 8 USC 1184 (i)(1). Una ocupación de especialidad es aquella que requiere una “aplicación teórica y práctica de un cuerpo de conocimiento altamente especializado”, junto con contar con el “grado académico de bachiller o con un grado académico más alto en la especialidad en cuestión (o su equivalente), como requisito mínimo para desempeñarse en la ocupación en Estados Unidos”.

a causa de la contratación del trabajador extranjero. Esta demostración se reduce, en general, a mostrar el impacto en las condiciones laborales o en el promedio de la remuneración esperada para el oficio específico con el cual se postula a la visa¹²⁴.

El mismo trámite se requiere para los trabajadores de baja calificación que ingresan a Estados Unidos por períodos breves de tiempo con el objeto de satisfacer una necesidad laboral temporal y demostrable¹²⁵. Tanto las visas H-2A (trabajador agrícola) como las visas H-2B (trabajador no-agrícola) abarcan el trabajo temporario de baja calificación. Ambas requieren realizar el procedimiento de certificación laboral, análogo al procedimiento descrito anteriormente. Una vez que la certificación laboral temporal ha sido concedida por el DOL, el USCIS debe aprobar la solicitud que ha realizado el empleador y solo de en ese momento el beneficiario trabajador puede obtener su visa para ingresar a Estados Unidos¹²⁶.

En suma, y con anterioridad a la tramitación del permiso migratorio, los extranjeros que quieran trabajar en Estados Unidos, tanto residentes permanentes como extranjeros con permisos de residencia temporal, deben demostrar su idoneidad para el trabajo y que su contratación no generará un efecto adverso en los salarios ni en las condiciones laborales locales. Así, no es suficiente para obtener el permiso presentar un contrato o una oferta laboral, tampoco lo será hacer la solicitud por cuenta propia, sino que todo el procedimiento ha de ser iniciado y tramitado por el empleador, en su nombre y bajo su costo.

De lo expuesto, se puede sostener que el principio unificador de la legislación estadounidense está en directa oposición a la normativa migratoria chilena. Para la *Immigration and Nationality Act*, el trabajo extranjero se presume como innecesario,

¹²⁴ JOHNSON y otros (2019) p. 522.

¹²⁵ JOHNSON y otros (2019) pp. 524-525. La visa H-2A cubre el caso de los trabajadores temporarios del sector agrícola, y fue creada como parte de la Immigration Reform and Control Act de 1986, como una manera de enfrentar el alto número de trabajadores indocumentados que se desempeñaban en dicho sector, en condiciones laborales desmedradas. De acuerdo a ESTADOS UNIDOS, 20 C.F.R. § 655.103(d), el empleo temporario es aquel que no dura más de un año, en ausencia de circunstancias excepcionales.

¹²⁶ ESTADOS UNIDOS, 8 U.S.C. 1188(a)(1) En el caso de la visa H-2A, se establece que la solicitud de certificación laboral temporal debe demostrar que (a) no hay suficientes trabajadores disponibles, interesados, calificados y presentes en el lugar y periodo de tiempo requeridos para desempeñar el trabajo o servicio indicado en la solicitud; y (b) que la contratación del extranjero en dicho trabajo o servicio no afectará de manera adversa los sueldos y condiciones laborales de los trabajadores estadounidenses empleados en ámbitos similares (traducción propia). En relación a la visa H-2B, la disposición 20 CFR 655.1(a), en consonancia con lo dispuesto en 8 CFR 214.2(h)(6)(iv), establece dos condiciones para otorgar la certificación laboral temporal: (a) que no haya suficientes trabajadores estadounidenses calificados y disponibles para desempeñar los servicios o trabajo temporal debido al cual el empleador desea contratar trabajadores extranjeros; y (b) que la contratación uno o más trabajadores H-2B no afectará adversamente los salarios y condiciones laborales de trabajadores estadounidenses empleados en ámbitos similares (traducción propia). En los dos casos señalados, la expresión certificación laboral temporal (*temporary labor certification*) se utiliza para diferenciar la certificación laboral referente a visas que permiten el trabajo temporal respecto de la certificación laboral permanente para trabajo no temporal, como se explicó previamente en este artículo.

salvo que este sea prioritario para el país, razón por la cual éste y su potencial empleador deben, como regla general, asegurar afirmativamente la certificación laboral y/o la declaración laboral, previo a la tramitación de cualquier permiso migratorio.

En síntesis, el caso estadounidense es esclarecedor por su diferencia radical con la manera cómo se analizan y otorgan los permisos migratorios en Chile. Como se ha señalado, en el caso chileno el análisis que efectúa no es relevante el mercado ni las condiciones laborales, sino únicamente el cumplimiento de los requisitos dispuestos por la normativa sea esta migratoria o laboral, según corresponda.

CONCLUSIÓN

¿Puede convivir la búsqueda de perfiles laborales, mediante una política migratoria de postulación a permisos de trabajo desde el exterior, con la restricción de contratación de extranjeros en Chile, consagrada en la ley laboral vigente? En este trabajo se argumentó que, aunque las normas migratorias y laborales parecieran estar en conflicto en relación con la contratación de extranjeros (una fomentándola y otra restringiéndola), su aplicación diaria muestra una historia diferente. Por un lado, se mostró que la legislación migratoria se ha centrado en aprobar visas de trabajo sin considerar sus efectos en el mercado laboral, mientras que la interpretación amplia de las excepciones al tope del 15% en empresas de más de 25 trabajadores, la menor fiscalización por la DT y la acreditación por parte de los empleadores de las excepciones legales, han facilitado la incorporación de trabajadores extranjeros al mercado laboral formal por sobre el máximo legal.

Dado el contexto actual y la manera cómo se han aplicado las reglas respectivas, no se justificaría un cambio en la normativa laboral. Sin embargo, dos problemas jurídico-políticos persistirían de mantener las normas o prácticas analizadas.

Por un lado, el escaso conocimiento sobre la aplicación de la normativa del trabajo podría desincentivar la contratación efectiva de extranjeros en aquellos sectores de mayor necesidad. Por otro lado, de persistir una lógica desestructurada y descoordinada entre las dos autoridades a cargo de esta materia, se perdería la oportunidad de lograr los objetivos públicos que dichas normativas debiesen cautelar: es decir, el de asegurar condiciones laborales mínimas (decentes como lo menciona la PNME), tanto para los trabajadores inmigrantes como para los trabajadores nacionales, como garantizar una migración segura, ordenada y regular.

Desde una perspectiva de política pública, la manera cómo se aplica la normativa migratoria y laboral favorece un *status quo* en donde se permite, sin muchas dificultades, la incorporación al mercado laboral formal de trabajadores especializados, con suficientes redes y recursos materiales para asegurar u obtener un contrato de trabajo o una oferta laboral desde el exterior. Ello no se extenderá, probablemente, a los trabajadores extranjeros menos calificados o a quienes no posean vínculos familiares con chilenos o con residentes definitivos, o a quienes no hayan logrado permanecer en el país por más de cinco años.

Para evitar un resultado que profundice las desigualdades entre empleos de alta y baja calificación, y considerando que el número de extranjeros podría seguir creciendo, pareciera prudente analizar cambios a la normativa laboral para, de este modo, evitar la informalidad o precarización laboral. Asimismo, mediante este estudio se pone en evidencia, a la luz del caso estadounidense, que resulta necesario investigar los impactos que genera la llegada de extranjeros en el mercado laboral y en los mecanismos que existen para lograr una inserción articulada, tanto desde la perspectiva de las autorizaciones para trabajar, como de la oferta laboral y de la permanencia en el empleo.

REFERENCIAS

LIBROS, CAPÍTULOS DE LIBROS Y ARTÍCULOS:

- ALEINIKOFF, Alexander y otros (2016): *Immigration and Citizenship. Process and Policy* (St. Paul, West Academic Publishing, octava edición).
- ARELLANO ORTIZ, Pablo y GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2014): “Fundamentos de la protección del trabajador migrante: problemas nuevos versus cuestiones viejas”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. 2, N° 11: pp. 79-98.
- AJZENMAN y otros (2021): “Immigration, Crime, and Crime (Mis)Perceptions”, *IZA Institute of Labor Economics*, N° 14087: pp. 1-57.
- BRÜCKER, Herbert y JAHN, Elke (2011): “Migration and Wage-setting: Reassessing the Labor Market Effects of Migration”, *Scandinavian journal of economics*, vol. 113, N° 2: pp. 286-317.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2016): *Código del Trabajo sistematizado con jurisprudencia, Tomo I* (Santiago, Editorial LegalPublishing Chile, Thomson Reuters, segunda edición).
- CANO CHRISTYNY, María Verónica, SOFFIA CONTRUCCI, Magdalena, MARTINEZ PIZARRO, Jorge (2009): “Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio”, *Serie Población y Desarrollo CEPAL*, N° 88: pp. 3-38.
- CASTLES, Stephen, DE HAAS, Hein y MILLER, Mark (2014): *The age of migration: International population movements in the modern world* (New York, Palgrave Macmillan, quinta edición).
- CORRAL, Hernán (2008): *Como hacer una tesis en Derecho* (Santiago: Jurídica de Chile).
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Legal Publishing: Thomson Reuters).
- DELLACASA ALDUNATE, Francisco José y HURTADO FERNÁNDEZ, José María (2017): *Derecho Migratorio Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- DURÁN MIGLIARDI, Carlos, THAYER, Luis Eduardo (2018): “Los migrantes frente a la ley: continuidades y rupturas en la legislación migratoria del estado chileno (1824-1975)”, *Historia 396*, vol. 7, N° 2: 429-461.
- FEDDERSEN MARTÍNEZ, Mayra (2021): *Manual de Derecho Migratorio Chileno* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, primera edición).
- FEDDERSEN MARTÍNEZ, Mayra y GREENE PINOCHET, Tomás (2023): *Manual de Derecho Migratorio Chileno* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición).

- FORTIN, Nicole y otros (2016): “Foreign human capital and the earnings gap between immigrants and Canadian-born workers”, *Labour economics*, vol. 41: pp. 104-119.
- FUENTES, Aldo y HERNANDO, Andrés (2019): “Caracterización estadística de la inmigración en Chile”, en ANINAT, Isabel y VERGARA, Rodrigo (edits.), *Inmigración en Chile: una mirada multidimensional* (Santiago: Fondo de Cultura Económica) pp. 379-407.
- FUENTES, Adolfo y VERGARA, Rodrigo (2019): “Los inmigrantes en el mercado laboral”, en ANINAT, Isabel y VERGARA, Rodrigo (edits.), *Inmigración en Chile: una mirada multidimensional* (Santiago: Fondo de Cultura Económica) pp. 65-97.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2020): *Fundamentos del derecho laboral* (Santiago, Ediciones DER, quinta edición).
- GLEESON, Shannon (2010): “Labor Rights for All? The Role of Undocumented Immigrant Status for Worker Claims Making” en *Law & Social Inquiry*, vol. 3, N° 35: pp. 561-602.
- GONZÁLEZ, Libertad y ORTEGA, Francesc (2011): “How do very open economies adjust to large immigration flows? Evidence from Spanish regions”, *Labour economics*, vol. 1, N° 1: pp. 57-70.
- GORDON, Jennifer (2018): “Immigration as Commerce: A New Look at the Federal Immigration Power and the Constitution”, *Indiana Law Journal*, vol. 93, Iss. 3, Article 3: pp. 654-711.
- GOULD, Jon y BARCLAY, Scott (2012): “Mind the Gap: The Place of Gap Studies in Sociological Scholarship”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 1, N° 8: pp. 323-335.
- JOHNSON, Kevin y otros (2019): *Understanding Immigration Law* (Durham, Carolina Academic Press, tercera edición).
- LARA ESCALONA, María Daniela (2014): “Evolución de la legislación migratoria en Chile claves para una lectura (1824-2013)”, *Revista de historia del derecho*, vol. 47: pp. 59-104.
- LINDSAY, Matthew (2010): “Immigration as Invasion: Sovereignty, Security, and the Origins of the Federal Immigration Power”, *Harvard C.R.-C.L. L. Rev.*, vol. 45, N° 1: pp. 2-52.
- LIU, Xiangbo (2010): “On the macroeconomic and welfare effects of illegal immigration”, *Journal of economic dynamics and control*, vol. 34, N° 12: pp. 2547-2567.
- NAUDÓN FIGUEROA, Andrés (2013): *La Cuestión Social y el Derecho. Orígenes de la primera codificación laboral chilena* (Santiago, RIL editores, primera edición).
- NÚÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano (2011): “Nuevas garantías para la no discriminación por razones étnicas en la empresa”, *Revista Laboral Chilena*, vol. 6, N° 197: pp. 77-83.
- ROJAS PEDEMONTE, Nicolás y SILVA DITTBORN, Claudia (2016): “La migración en Chile: breve reporte y caracterización”, *Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo*, Julio-agosto 2016: pp. 1-44.
- SEMYONOV, Moshe, y otros (2002): “Labor market competition, perceived threat, and endorsement of economic discrimination against foreign workers in Israel”, *Social Problems*, vol. 49, N° 3: pp. 416-431.

NORMAS E INSTRUMENTOS NACIONALES CITADOS:

- CHILE, *Código del Trabajo*, Ley N° 4.059 (27/09/1924): Sobre contrato de trabajo entre patrones y empleados particulares.
- CHILE, *Código del Trabajo* (28/05/1931).
- CHILE, *Código del Trabajo* (06/07/1987).
- CHILE, DECRETO LEY N° 1094 (19/07/1975): *Establece normas sobre extranjeros en Chile.*
- CHILE, LEY N° 20.448 (13/08/2010): *Introduce una serie de reformas en materia de liquidez, innovación financiera e integración del mercado de capitales.*
- CHILE, LEY N° 20.830 (21/04/2015): *Crea el Acuerdo de Unión Civil.*
- CHILE, LEY N° 21.974 (15/02/2018): *Fortalecimiento de la regionalización del país.*
- CHILE, LEY N° 21.325 (20.04/2021): *Ley de Migración y Extranjería.*
- CHILE, MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL Decreto con Fuerza de Ley 2 (29/09/1967): *Dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo.*
- CHILE, MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL, Decreto con Fuerza de Ley 1 (16/01/2003): *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR, Decreto 597 (24/11/1984): *Aprueba Nuevo Reglamento de Extranjería.*
- CHILE, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, Decreto 93 (21/10/1985): *Aprueba reglamento del artículo 5° bis del DL N° 3.607, modificado por el DL N° 3.636, ambos de 1981, y por la ley N° 18.422.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Decreto 867 (17/03/2018): *Dicta reglamento sobre nuevos estándares para personas, personal y empresas que reciben servicios o realizan actividades de seguridad privada, y modifica decretos que indica.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Decreto 296 (12/02/2022): *Aprueba reglamento de la ley N° 21.325, de Migración y Extranjería.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Decreto 177 (14/05/2022): *Establece las subcategorías migratorias de residencia temporal.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Decreto 23 (04/03/2022): *Establece las subcategorías migratorias de permanencia transitoria.*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Decreto 181 (27/12/2023): *Establece política nacional de migración y extranjería.*
- CHILE, DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, Oficio circular N° 7 (26/02/2015).
- CHILE, SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES, Circular N° 8 (25/05/2022).
- CHILE, SUBSECRETARIA DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA, Oficio circular N° 26.465 (04/12/2009).
- CHILE, DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, Formulario SGC-SIAC-PD1, versión 3.0 (27/12/2012).

NORMAS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CITADOS:

- ESTADOS UNIDOS, *Homeland Security Act of 2022* (25/11/2002).
- ESTADOS UNIDOS, *Immigration and Nationality Act* (03/10/1965).
- ESTADOS UNIDOS, *Immigration Reform and Control Act* (06/11/1986).
- ESTADOS UNIDOS, *Code of Federal Regulations* (01/01/1938).
- ESTADOS UNIDOS, *United States Code* (30/06/1926).

BOLETINES CITADOS:

- CÁMARA DE DIPUTADOS, BOLETÍN N° 8970-06, Ley de Migración y Extranjería, Mensaje (04/06/2013).
- CÁMARA DE DIPUTADOS, BOLETÍN N° 11395-06, Establece nueva ley de Migraciones, Mensaje (23/08/2017).
- CÁMARA DE DIPUTADOS, BOLETÍN N° 12025-03, Establece medidas para impulsar la productividad y el emprendimiento, Mensaje (17/08/2018).
- CÁMARA DE DIPUTADOS, BOLETÍN N° 15209-13, Modifica el Código del Trabajo para reducir el porcentaje mínimo de trabajadores de nacionalidad chilena en los casos que indica, Moción (19/07/2022).

JURISPRUDENCIA NACIONAL CITADA:

- Dirección del Trabajo, 11/11/1996, ordinario 6307/282.
- Dirección del Trabajo, 16/11/2010, ordinario 4933/089.
- Dirección del Trabajo, 6/11/2014, ordinario 4382.
- Dirección del Trabajo, 03/03/2015, ordinario 1035.
- Dirección del Trabajo, 21/04/2016, ordinario 2186.
- Dirección del Trabajo, 21/09/2017, ordinario 4408.
- Dirección del Trabajo, 27/09/2018, ordinario 4951.
- Dirección del Trabajo, 2/10/2018, ordinario 5018.
- Dirección del Trabajo, 13/11/2018, ordinario 5783.
- Dirección del Trabajo, 28/09/2022, ordinario 1691.
- Dirección del Trabajo, 28/03/2012, ordinario N° 1539/017.
- Dirección del Trabajo, 26/11/1998, ordinario N° 5848/386.
- Dirección del Trabajo, 26/12/2019, dictamen N° 5906/35.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA CITADA:

- Chae Chan Ping v. United States (The Chinese Exclusion Case)*, 130 U.S. 581 (13/05/1889).
- In the Matter of Information Industries, Inc.*, 88-INA-82, Board of Alien Labor Certification Appeals, U.S. Department of Labor (09/02/1989).
- Matter of New York State Dept. of Transportation*, 22 I & N Dec. 215, U.S. Citizenship and Immigration Services, Acting Associate Commissioner (07/08/1998).
- Matter of Dhanasar*, 26 I&N Dec. 884, U.S. Citizenship and Immigration Services, Administrative Appeals Office (27/12/2016).

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL CITADA:

- NACIONES UNIDAS, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares: “Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de Chile”, 14 periodo de sesiones, CMW/C/CHL/Q/1 (04-08/04/2011).

NOTICIAS CITADAS:

- MUNITA, Ignacia (2023): “Tope de 15% de extranjeros en empresas al debate: Gremios y expertos afirman que “no se justifica” y urgen modificar norma”, Emol. Disponible <https://www.emol.com/noticias/Economia/2023/05/14/1094918/expertos-cuota-trabajadores-extranjeros-chile.html>. Fecha de consulta: 17/11/2023.
- WARD, Nicole y BATALOVA, Jeanne (2023): “frequently requested statistics on Immigrants and Immigration in the United States”, Migration Policy Institute. Disponible <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/frs-print-2023.pdf>. Fecha de consulta: 29/02/2024.

PÁGINAS WEBS CITADAS:

- CENTRO DE POLITICAS MIGRATORIAS (sitio web), *Portal de Datos*. Disponible en <https://www.politicasmigratorias.org/portaldatos>. Fecha de consulta: 17/11/2023.
- DEPARTMENT OF STATE, OFFICE OF THE HISTORIAN (sitio web), *The Immigration and Nationality Act of 1952 (The McCarran-Walter Act)*. Disponible en: <https://history.state.gov/milestones/1945-1952/immigration-act>. Fecha de consulta: 22/02/2024
- SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES (sitio web-a), *Trámites*. Disponible en <https://serviciomigraciones.cl/permanencia-transitoria/autorizacion-de-trabajo/>. Fecha consultada: 17/11/2023.
- SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES (sitio web-b), *Trámites*. Disponible en <https://serviciomigraciones.cl/residencia-temporal/subcategorias/actividades-remuneradas/>. Fecha consultada: 17/11/2023.

INFORMES CITADOS:

- OIM (2022) World Migration Report. International Organization of Migration (sitio web). Disponible en <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>. Fecha consulta: 29/02/2024.

ESTADÍSTICAS CITADAS:

- OBSERVATORIO SOCIAL (sitio web), *encuesta CASEN 2006, 2017 y 2022*. Disponible en <https://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen>. Fecha consultada: 17/11/2023.
- INE (sitio web), *Síntesis de resultados, Censo 2017*. Disponible en https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/censo-de-poblacion-y-vivienda/publicaciones-y-anuarios/2017/publicaci%C3%B3n-de-resultados/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf?sfvrsn=1b2dfb06_6. Fecha consultada: 01/03/2024
- INE y SERMIG (sitio web), *Estadísticas migratorias 2021*. Disponible en <https://www.ine.gob.cl/estadisticas/sociales/demografia-y-vitales/demografia-y-migracion>. Fecha consultada: 17/11/2023.
- SERMIG (sitio web), *Estimaciones de extranjeros 2018-2022*. Disponible en <https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/estimaciones-de-extranjeros/>. Fecha consultada: 01/03/2024.

BANCO MUNDIAL, y otros (sitio web), *Encuesta nacional de migración 2022*. Disponible en <https://serviciomigraciones.cl/wp-content/uploads/2023/06/Encuesta-Migrantes-2022-Presentacion-de-Resultados-Evento.pdf> Fecha consultada: 17/11/2023.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, solicitud de transparencia, AL003T0010446 (22/02/2023) y AL003T0010461 (22/02/2023).

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, solicitud de transparencia, AL003T0013910 (20/01/2024).

ANEXOS

TABLA 1: RESIDENCIAS TEMPORALES OTORGADAS POR EL DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y SU SUCESOR LEGAL, EL SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES ENTRE LOS AÑOS 2010 Y 2022

Categorías	2010-2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Estudiante	21758	2339	2003	1813	1433	603	537
Inversionista	6704	2119	2201	2120	1295	571	88
Mercosur	31272	25026	35397	30948	20129	10145	2882
Motivos laborales	0	141307	187632	31007	10170	657	56
Otros	238457	57126	158749	100189	84115	54885	246168
Profesional	9965	31135	34029	45740	13204	4050	802
Sujeto contrato	302783	4015	18390	116544	68223	27938	5674
Grand total	610939	263067	438401	328361	198569	98849	256207

Fuente: elaboración propia a partir de los datos administrativos disponibles en la página del Servicio Nacional de Migraciones (<https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/registros-administrativos/>)

TABLA 2: COMPARATIVO DE LAS REGLAS RELATIVAS A LA RESTRICCIÓN DE CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS, SU CÓMPUTO Y SUS EXCEPCIONES DE ACUERDO A LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

Cuerpo legal	Regla general	Reglas específicas para el cálculo y excepciones a la cuota
Ley 4.059 de 1924	Art. 6. “Cuando los patrones ocuparen más de diez empleados, el setenta y cinco por ciento (75%), o lo menos, de ellos, deberán ser chilenos, los cuales percibirán, a lo menos, el setenta y cinco por ciento (75%) de los emolumentos que se paguen. En las industrias que estuvieren establecidas a la fecha de la promulgación de la presente lei, la disposición del inciso anterior se aplicará cinco años después de dicha fecha; y en las que se establecieron con posterioridad a su promulgación, se aplicará desde cinco años después de su establecimiento.”	Art. 6... Para computar la proporción a que se refiere este artículo, “no se considerará al personal ocupado en secciones de construcción o ensanche de instalaciones, siempre que así lo autorice, en cada caso, el Presidente de la República.”
		Art. 7. Para los efectos del artículo anterior, se “computarán como chilenos los extranjeros cuyo cónyuge sea chileno y los que estuvieren domiciliados en Chile mas de diez años.”

Cuerpo legal	Regla general	Reglas específicas para el cálculo y excepciones a la cuota
Código del Trabajo de 1931	Art. 115. “El 85% a lo menos, del total de empleados que sirvan a un mismo empleador, será de nacionalidad chilena.”	Art. 115... “Se exceptúan de esta disposición al empleador que ocupa cinco empleados o menos.”
		Art. 116. “Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan: 1.- Se tomará en cuenta el número total de empleados que un empleador ocupe dentro del territorio nacional, y no el de las distintas sucursales separadamente; 2.- Se excluirá al personal técnico especialista que no pueda ser reemplazado por el personal nacional; 3.- Se tendrá como chilenos a los extranjeros cuyo cónyuge sea chileno o que sean viudos de cónyuge con hijos chilenos; y 4.- Se considerará, también, como chilenos, a los extranjeros residentes por más de diez años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.”
Código del Trabajo de 1987 (versión original, ley 18.620)	Art. 20.- “El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena.”	Art. 20... “Se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores.”
		Art. 21.- “Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan: 1.- se tomará en cuenta el número total de trabajadores que un empleador ocupe dentro del territorio nacional y no el de las distintas sucursales separadamente; 2.- se excluirá al personal técnico especialista que no pueda ser reemplazado por personal nacional; 3.- Se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno, y 4.- se considerará también como chilenos a los extranjeros residentes por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.”

Cuerpo legal	Regla general	Reglas específicas para el cálculo y excepciones a la cuota
<p>Código del Trabajo actualmente vigente (refundido a través del D.F.L. N° 1 de 2003 y reformado en su artículo 20N° 2 a través de la ley 20.448 de 2010, y en su artículo 20N° 3 a través de la ley 20.830 de 2015).</p>	<p>Art. 19.- “El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena.”</p>	<p>Art. 19. “Se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores.”</p> <p>Art. 20. “Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- se tomará en cuenta el número total de trabajadores que un empleador ocupe dentro del territorio nacional y no el de las distintas sucursales separadamente; 2.- se excluirá al personal técnico especialista; 3.- se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o conviviente civil o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno, y 4.- se considerará también como chilenos a los extranjeros residentes por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.”

Fuente: elaboración propia en base a los textos originales de las normativas individualizadas en la tabla.

TABLA 3: CANTIDAD DE MATERIAS FISCALIZADAS POR LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO ORIGINADAS POR DENUNCIAS POR INFRACCIONES AL ARTÍCULO 19 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, SEGÚN REGIÓN Y AÑO. DESDE 01 ENERO DE 2012 AL 31 DICIEMBRE DE 2022

Región	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Total
Arica y Parinacot	2	0	0	1	0	1	10	0	1	0	0	15
Tarapacá	8	1	3	6	0	4	3	3	1	0	0	29
Antofagasta	17	8	9	16	11	23	3	2	1	0	0	90
Atacama	2	12	13	7	7	9	7	1	3	5	1	67
Coquimbo	4	5	3	0	5	10	49	18	2	3	2	101
Valparaíso	3	15	8	2	3	2	8	1	1	3	0	46
Metropolitana	11	18	21	17	23	44	25	13	12	6	14	204
O'Higgins	2	1	0	1	41	4	20	1	1	2	6	79
Maule	0	3	0	1	2	7	6	2	0	0	0	21
Ñuble [2]	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Biobío	0	0	3	3	1	4	9	4	0	0	2	26
Araucanía	0	2	1	0	0	0	2	1	0	0	0	6
Los Lagos	0	0	0	0	0	0	2	0	1	2	5	10
Los Ríos	0	0	0	0	0	0	3	6	0	0	0	9
Aysén	0	0	0	0	0	1	1	0	0	1	0	3
Magallanes	0	4	0	5	1	7	1	4	0	1	1	24
Total	49	69	61	59	94	116	149	56	23	23	31	730

Fuente: elaboración propia en base a información obtenida por transparencia.

TABLA 4: CANTIDAD DE MATERIAS SANCIONADAS POR LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO POR INFRACCIONES AL ARTÍCULO 19 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, SEGÚN REGIÓN Y AÑO. DESDE 01 ENERO 2012 AL 31 DICIEMBRE 2015 AL 31 DE DICIEMBRE DE 2022

Región	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Total
Arica y Parinacot	0	0	0	0	0	0	5	0	0	0	0	5
Tarapacá	0	0	0	1	0	1	1	2	0	0	0	5
Antofagasta	6	2	2	5	1	4	0	2	0	0	0	22
Atacama	0	2	4	3	1	1	2	0	1	0	0	14
Coquimbo	0	1	1	0	2	3	5	5	0	1	0	18
Valparaíso	1	0	2	0	2	1	0	1	1	1	0	9
Metropolitana	2	2	2	1	4	10	5	7	4	2	7	46
O'Higgins	1	0	0	0	1	0	10	1	0	1	3	17
Maule	0	1	0	0	1	2	4	1	0	0	0	9
Ñuble [2]	0	0	0	0	-	-	0	0	0	0	0	0
Biobío	0	0	0	0	0	1	4	1	0	0	2	8
Araucanía	0	0	0	0	0	0	2	1	0	0	0	3
Los Lagos	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	3	4
Los Ríos	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	2
Aysén	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1
Magallanes	0	1	0	0	0	0	0	1	0	1	1	4
Total	10	9	11	10	12	23	40	22	6	8	16	167

Fuente: elaboración propia en base a información obtenida por transparencia.

NÚÑEZ, Jorge Emilio (2024): *Cosmopolitanism, State Sovereignty and International Law and Politics: A Theory* (Abingdon y Nueva York, Routledge) 202+xiv pp.

¿Son compatibles el cosmopolitismo y la soberanía estatal? Esta pregunta inspira al libro de Jorge Núñez, quien desarrolla y propone en él una metodología poderosa y sugerente para afrontar este auténtico desafío global. Lo hace a la luz de los conflictos territoriales, su caso de estudio. No hay cuestión más urgente para nuestro tiempo de *nuevas guerras*¹.

La obra es un ejemplar de elocuencia, estructura y claridad. Evita los tecnicismos innecesarios y mantiene los presupuestos teóricos en un mínimo, sin sacrificar por ello la profundidad o la diversidad de enfoques con los cuales nutre su discusión y hacia los cuales invita al lector. Está a caballo entre las ciencias jurídicas, políticas y de las relaciones internacionales. Todo ello ilustra y se condice con los llamados a la integración y a la inclusión que conforman su propio argumento, lejos de las excesivas divisiones disciplinarias que, como sabemos, pueden deformar en intentos de inmunización.

Sin pretender presentar el argumento completo del libro, en esta reseña primero se delinearán concisamente sus principales objetivos y propuestas a partir de sus ocho capítulos; desafortunadamente no será posible expresar aquí la riqueza de ejemplos, contextos y matices que Núñez ofrece. Después, con la intención de adherirnos y propugnar el espíritu de la obra reseñada, una breve sección posterior busca tender puentes entre la propuesta de Núñez, por una parte, y la concepción de lo jurídico que Klabbers y Palombella identifican como “interlegalidad”², por la otra.

I. OBJETIVOS Y PROPUESTAS DE LA OBRA

En cuanto a su estructura, el libro consta de ocho capítulos agrupados en tres partes principales. La primera parte, “The situation in law and politics and the new vision” presenta una reconstrucción crítica de los conceptos y concepciones de soberanía y cosmopolitismo. La segunda parte, “The theory of multidimensionality and the pluralism of pluralisms” articula la propuesta metodológica, conteniendo así las principales innovaciones y propuestas metodológicas de la obra. Por último, la tercera parte, “The application to territorial disputes and conclusive remarks” pone todo a ello a prueba con un caso hipotético, pero concreto, sobre cierto conflicto territorial.

El primer capítulo, “Sovereignty and cosmopolitanism: Pluralism of pluralisms and a multidimensional analysis” no sólo contextualiza los objetivos del libro

¹ Las ‘nuevas guerras’ se caracterizan en términos de que “su objetivo no es ganar o perder, sino crear una situación en la que múltiples grupos armados, tanto estatales como no-estatales, logran establecer feudos locales que suelen asociarse con identidades étnicas o religiosas y que se financian mediante réditos provenientes de la violencia” (trad. libre), KALDOR (2023) pp. 480-481.

² KLABBERS y PALOMBELLA (2019).

y expone de forma útil y transparente su estructura, sino que además expone con toda perspicacia la importancia del tema y cómo las amenazas de la fragmentación y la unidimensionalidad en las investigaciones desbordan el ámbito de lo científico o académico. Núñez apunta que ello termina por perpetuar las crisis globales, ya que se desatiende su inherente pluralidad, y con ello se priva a las sociedades de respuestas más adecuadas y efectivas.

El segundo capítulo, “Sovereignty”, presenta un balance sobre la soberanía y el tercer capítulo, “Cosmopolitanism”, hace lo propio con el cosmopolitismo. Tanto soberanía como cosmopolitismo suelen asumirse en términos de conceptos monolíticos e incondicionales. La visión generalizada, pero equivocada, sería que la soberanía y el cosmopolitismo son excluyentes por naturaleza. Así, la soberanía significaría la potestad no sólo más alta, sino absoluta. Con ello se desconoce la posibilidad de cualquier límite, ya sea del derecho nacional, internacional, o aun del razonamiento práctico. A su vez, la visión generalizada del cosmopolitismo lo presentaría en términos liberales, individualistas y morales.

Núñez demuestra que, en realidad, ambos conceptos son siempre susceptibles de múltiples variaciones en cuanto a su contenido, es decir, nos ofrecen distintas concepciones, muchas de ellas discrepantes entre sí. Luego, lo que ocurre es que optar por una concepción (por ejemplo, optar entre una concepción absoluta o condicional de la soberanía) es precisamente una elección y no una necesidad conceptual o natural.

Así, Núñez se apoya en una riqueza de investigaciones para defender que la soberanía en realidad tampoco se ha concebido siempre como ilimitada. Desde Hobbes y Bodino se le concibió reconociendo límites (p. 34) que, cabe apuntar, en Bodino corresponden precisamente al “derecho natural” y, condicionalmente, al “derecho de gentes”³.

Por su parte, y bajo un balance igualmente nutrido, se demuestra que el cosmopolitismo también es diverso y, entre sus concepciones, Núñez releva la oposición entre un cosmopolitismo moral y un cosmopolitismo jurídico. Dado que la concepción moral tiende a desatender la dimensión práctica, es necesario desarrollar el cosmopolitismo jurídico para poder llevar a la práctica el interés por las “unidades últimas de interés”, es decir, las personas y sus derechos y posiciones jurídicas fundamentales. Asimismo, insta a que esas personas deben reconocerse en lo que podríamos llamar como sus interseccionalidades y ya no de forma reductiva.

El resultado es que la soberanía –en su concepción susceptible de limitaciones– y el cosmopolitismo –en su concepción jurídica– lejos de excluirse se implican y actúan en sinergia. Esta tesis se robustece en lo metodológico y en términos de aplicabilidad práctica por las secciones posteriores.

Es muy positivo, además, que Núñez aborda de lleno una cuestión que sigue padeciendo de cierto abandono injustificado, a saber, la reconsideración de las variedades de positivismo y no positivismo jurídico con respecto al derecho más allá del

³ BODIN (1997 [1576]), pp. 66, 136.

Estado⁴. En este sentido, estamos ante una auténtica contribución a la teoría jurídica globalizada. Núñez se decanta por un positivismo jurídico excluyente, lo que resultará sin dudas llamativo, sobre todo porque lo hace con fundamento en un argumento normativo basado en el desacuerdo y el pluralismo de valores (pp. 62 y ss.).

Sigue la segunda parte: ahí, bajo el rótulo de teoría de la multidimensionalidad y del pluralismo de pluralismos, se articulan las propuestas más originales del libro.

El pluralismo de pluralismos se desarrolla en los capítulos 4, “Agents and players”, y 5, “Contexts, realms and modes of existence”; y es en el capítulo 6, “Dimensions and variables”, donde se explica lo que podría ser el concepto clave de esta obra, a saber: la multidimensionalidad.

En el capítulo 4, Núñez despliega las categorías de “agentes y jugadores”. Se trata de una propuesta inspirada por la teoría de juegos según la cual, en pocas palabras, los agentes (individuos, comunidades y Estados) suelen asumir cuatro roles principales –en cuanto “jugadores”– en los conflictos: anfitriones, participantes, asistentes y espectadores. Los anfitriones serían retado y retador, sin los cuales no habría conflicto. Estos agentes se colocarían en posición de evaluar el grado de interacción que les reconocen o conceden a otros agentes. Los participantes reciben distintas variedades de intervenciones e incluso podría tratarse de quienes son afectados por las decisiones. Los asistentes, por su parte, estarían “meramente presentes en el conflicto, aunque sin grandes posibilidades jurídicas o políticas de participar” (p. 78). Como se puede ver, para Núñez, la adscripción de estas categorías es dependiente de cada anfitrión, ya que estos pueden reconocer a cierto agente como participante o como mero asistente⁵: Invocando el ejemplo de los habitantes de las Islas Malvinas, Núñez apunta que estos constituyen meros asistentes para la postura de Argentina. Los asistentes serían agentes que pueden estar involucrados en un conflicto pero que no son esenciales para el mismo. Por último, los espectadores carecerían de alguna conexión jurídica, real o hipotética, al conflicto.

Introducir categorías de este tipo representa un avance estimulante en la teoría jurídica actual. En particular, Robert Alexy ha desarrollado la distinción entre la ‘perspectiva del observador y la perspectiva del participante’ para explicitar cuándo se describen meros hechos sociales (observador) y cuándo se plantean pretensiones de corrección (participante)⁶. No sugiero que la distinción como la de Alexy se deba reemplazar por una como la de Núñez, sino que ambas merecen complementarse. He aquí la clave para solventar críticas como la que aduce una supuesta imposibilidad para distinguir claramente entre quiénes sí son y quiénes no son participantes en cierto contexto jurídico⁷. Al relacionar de forma más fina las distintas intensidades de interacción y de afectación, distintos roles de los agentes podrían

⁴ Entre las notables excepciones, véase, por ejemplo, FABRA-ZAMORA (2022); GREEN (2023).

⁵ Una versión basada en la teoría del discurso incluiría como criterio a los afectados por la decisión. Véase HABERMAS (2008) p. 452; FORST (2012) p. 20.

⁶ ALEXY (2004) pp. 31 y ss.

⁷ Véase una crítica aguda en HEIDEMANN (2005).

emplearse para justificar criterios que determinen la relevancia y la ponderación de las pretensiones de esos distintos agentes según su postura⁸.

En el capítulo 5, Núñez desarrolla la pluralidad de contextos, dominios y modos de existencia que inciden en las pretensiones en pugna. Los contextos pueden ser domésticos, regionales o globales. El lector encontrará abundantes referencias que concretizan esta distinción y que demuestran que en los tres contextos se despliegan los pluralismos de las pretensiones de cosmopolitismo y soberanía. Cabe apuntar que Núñez no reduce su discusión a situaciones idealizadas, sino que además toma en consideración planteamientos desde la *realpolitik* para advertir que incluso los ideales de cooperación pueden devenir en relaciones de dominación, y esto revaloriza la diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales en cuanto garantía del respeto a los derechos humanos individuales y a la soberanía estatal.

A su vez, los dominios se refieren a los planteamientos normativos, fácticos, o axiológicos, y los modos de existencia incluyen lo ideal, natural, cultural, o metafísico. En esta sección de la obra encontraremos las discusiones filosóficas más profundas y entre las cuales cabe destacar que se retoma la teoría egológica de Carlos Cossio⁹, aunque ahora aplicada para grandes efectos a los pluralismos globales de contextos y dominios.

En el capítulo 6, Núñez complementa su metodología con la idea de dimensiones y variables. A mi juicio, la distinción directriz de la obra es la de la unidimensionalidad y la multidimensionalidad. Abordar un tema de forma unidimensional implica privilegiar la elección de alguna disciplina, adhiriéndonos a su forma de conocer, preguntar y responder. Los resultados bien pueden ser estrictamente coherentes; sin embargo, esto no implica que hayamos logrado comprender y contribuir a la solución de problemáticas globales. Incluso, esto puede terminar creando una deformación si por ello desatendemos el resto de las dimensiones del objeto. Es como si nos limitáramos a describir un cuadrado cuando en realidad estamos ante algún prisma uniforme.

Para dejar atrás estas falencias es tiempo de cambiar posiciones. Un abordaje multidimensional comienza por reconocer la complejidad misma del objeto de investigación. Este momento de reconocimiento implica un acopio de las distintas dimensiones y las distintas pretensiones admisibles sobre la problemática, y sólo en un momento posterior pueden integrarse las perspectivas disciplinarias en una propuesta más abarcadora.

Núñez hace gala de un instrumental sofisticado. Por una parte, divide las dimensiones lineares en verticales y horizontales. La verticalidad viene dada por la búsqueda de la individualidad y la diferencia, se orienta en torno a la exclusividad y desatiende así las interrelaciones de los sujetos y sus actos. La horizontalidad, en

⁸ Al respecto, “se puede considerar como postura ponderativa no sólo a la relación de algún agente que propone cierto juicio ponderativo, sino también la relación entre un juicio ponderativo y el conjunto de agentes que lo proponen”, SIECKMANN (2023).

⁹ COSSIO (1964).

cambio, plasma lo relacional en la comprensión misma de cada objeto de estudio, hacia los otros y hacia sus circunstancias. Más allá de la verticalidad y la horizontalidad, es dable considerar otras relaciones diagonales, curvas o de otros tipos. Con ello se puede dar cuenta de cómo elementos aparentemente extrínsecos pueden resultar determinantes, por ejemplo, en los conflictos territoriales, al incluir agentes que median y cuyos intereses inciden en tales diferencias.

Por otra parte, se reconoce que existen dimensiones no-lineares. Estas pueden ser autorreferentes –en cuanto a los orígenes de los conflictos, pero con consecuencias externas–, regresivas –en cuanto a la perpetuación y reproducción de conflictos anteriores–, caóticas –cuando las dinámicas no siguen el patrón que esperamos, pero mantienen una forma determinada– y aleatorias –cuando se trasplantan epistemes y se experimenta en segmentos sin criterios particulares–. Asimismo, la multidimensionalidad permite reconocer que las concepciones sobre la espacialidad y la temporalidad pueden reflejar diversidades metafísicas y de la autognosis de las comunidades, lo que lejos de ser meramente especulativo puede explicar cómo cada sociedad pondera en abstracto sus conceptos políticos fundamentales y escasamente negociables. Por ejemplo, Núñez señala que la temporalidad como variable afecta la comprensión de la soberanía, según la comunidad la conciba como eterna, finita o atemporal (p. 144 y ss).

Acto seguido se aborda la tercera parte en la cual se aplican las lecciones anteriores a los conflictos territoriales. En el capítulo 7, “*Territorial disputes*”, Núñez elabora un esclarecedor conflicto territorial hipotético. En pocas palabras, se trata del caso de la rica, pero pequeña isla de Khemed, habitada por una mayoría musulmana. La soberanía de Khemed está impugnada entre los Estados de Borduria –mayormente hinduista y uno de los territorios más extensos del mundo, pero con desafíos económicos– y Syldavia –de población mayormente musulmana, de mediano tamaño, y gran riqueza–.

Núñez enfatiza cómo en este caso ficticio se plasman atributos de los conflictos territoriales más emblemáticos, al incorporar factores intensificadores –como la violencia y la historia de tensiones étnicas–, problemas sobre magnitudes –en cuanto al tamaño territorial, sus habitantes y sus recursos naturales– y de naturaleza –si el conflicto se refiere al territorio al espacio marítimo, al número de partes en conflicto, estatus de la negociación–. Los capítulos 7 y 8 demuestran, mediante un análisis más completo, lo fructífero de aplicar un método multidimensional a los conflictos territoriales, ya que se pone de relieve el juego entre reclamos tanto cosmopolitas jurídicos (la protección de los derechos humanos) como basados en la soberanía.

En el capítulo ocho, “*Conclusive remarks, limitations and future implications*”, Núñez traza conclusiones de órdenes mediatos e inmediatos. Es relevante, además, que en este punto se regresa la mirada a la perspectiva jurídica, lo que se abordará en la siguiente sección.

II. MULTIDIMENSIONALIDAD EN LO JURÍDICO: ¿DERECHO UNIVERSAL O RAZONAMIENTO INTERLEGAL?

Como puede apreciarse, el giro hacia la multidimensionalidad es una propuesta dirigida al nivel de la metodología científica o académica, pero Núñez también transporta esta metodología al plano jurídico, incluso judicial. Esto ocurre de forma explícita en el último de los capítulos, donde se retoma la cuestión sobre el derecho universal, apoyándose en Hans Kelsen para quien el derecho universal sería de un orden distinto al derecho internacional general y particular, aunque el único propósito de dicho derecho universal habría de ser “coordinar tales diferencias de forma cohesiva y coherente” (pp. 67 y ss.).

Núñez discute cómo primero se debe realizar un reconocimiento de las pretensiones jurídicamente admisibles para poder ponderar la soberanía y el cosmopolitismo (p. 187). Para ello propone tres criterios: aceptabilidad, humanidad y eficacia. La aceptabilidad se define en términos de todos los Estados implicados, ya que de lo contrario se descontarían individuos cuyo bienestar y cuyos derechos dependerían exclusivamente del soberano. La humanidad consiste en asegurar un conjunto mínimo de estándares para reconocer los derechos humanos y las necesidades más básicas de cada individuo afectado. Y la eficacia se define en términos de que el derecho universal deberá ser coercible y ejecutable.

A ello, Núñez suma los requisitos de que ello se efectúe mediante simplicidad (en el sentido de que los principios del derecho universal admitan flexibilidad) y ponderación, con referencia a la concepción de Robert Alexy.

Una primera cuestión, que por espacio no podrá más que plantearse aquí, es si la perspectiva de Núñez sigue siendo acorde en este punto con un positivismo jurídico excluyente. Ciertamente, Núñez se adhiere a un positivismo excluyente delimitado a negar que la moralidad forme parte de las condiciones para la existencia de un sistema jurídico (p. 58). Aun así, resurge la cuestión sobre la compatibilidad con el positivismo jurídico excluyente ya que, bajo esta perspectiva, nada desautoriza jurídicamente que “ciertas unidades de interés no recibirían reconocimiento global como tal y la manera en que se les trate dependería únicamente de su respectivo ordenamiento jurídico nacional” (p. 192). Si los criterios morales o de justicia no figuran siquiera contingentemente –en tanto, Núñez rechaza el positivismo jurídico incluyente– (p. 58), entonces los argumentos de derechos humanos se vuelven externos a lo jurídico, y esto es precisamente algo que Núñez busca evitar al elegir la perspectiva de un cosmopolitismo jurídico (capítulo 3). Por ende, si reconocemos requisitos como el de la humanidad, con referencia a los derechos humanos, y la aceptabilidad, de cara a incluir todos los afectados, entonces estamos ante estándares jurídicos que no dependen en última instancia de su promulgación por cada sistema positivo¹⁰.

¹⁰ Sin embargo, la cuestión es compleja y ameritaría una discusión más pormenorizada. Por ejemplo, la contribución reciente de GREEN (2023) p. 30, defiende que hay principios jurisdiccionales

Además, podríamos preguntarnos si necesariamente la conclusión consiste en desarrollar un ‘derecho universal’ Kelseniano. Núñez mismo enfatiza que el ordenamiento global actual no reconoce un solo sistema jurídico, sino una pluralidad de sistemas jurídicos (p. 10, *et passim*). Por ello, al interpretar la idea del derecho universal podríamos oscilar entre dos posturas:

- Por una parte, el derecho universal en cuanto sistema jurídico positivo y superior. Así lo sugieren notas como su coercibilidad, la referencia a que hay “legisladores [*lawmakers*]” que conformarán el derecho universal (pp. 187, 193), y los catálogos de principios sustantivos y transversales al pluralismo jurídico global. Si seguimos esta línea, parece que el derecho universal consistiría en una propuesta para crear un nuevo ordenamiento positivo ‘*top-down*’, con sus propias normas primarias y secundarias. Consecuentemente, se trataría de una propuesta futura de tipo institucional.
- Por otra parte, podríamos hablar de *razonamiento interlegal*. Hacia esta dirección se dirige la formulación de que se trata de coordinar las discrepancias entre sistemas jurídicos vigentes (p. 67), lo que ocurre principalmente en casos concretos, y sobre todo el reconocimiento de que esto implica una ponderación entre los distintos intereses tutelables a las partes afectadas (p. 193). Si seguimos esta otra línea, estaríamos ante una consecuencia de la cultura de la justificación o, a la inversa, de la interdicción de la arbitrariedad que exige ‘responsabilidad’ en todo ejercicio de autoridad¹¹. Esto es interior a cada ordenamiento jurídico vigente en la actualidad y se traduce en el deber de tomar en consideración la multidimensionalidad de los conflictos en nuestro mundo globalizado o, en otras palabras, de tomar en consideración las normas relevantes, aunque sean extrínsecas o con orígenes en diversos ordenamientos. Consecuentemente, no se trataría de una propuesta futura sino en marcha, *bottom-up*¹².

Sugiero que la propuesta sobre la multidimensionalidad de Núñez es más afín a adoptar también una perspectiva de la interlegalidad que a únicamente proponer la creación de un derecho universal Kelseniano¹³, por lo que me permito resaltar

que no dependen de las prácticas de cada comunidad y que, sin embargo, pueden explicarse en términos tanto de una teoría no positivista —la teoría del impacto moral desarrollada por GREENBERG (2013)— o positivista —alguna versión modificada del monismo Kelseniano.

¹¹ Para Palombella, los tribunales “deben rendir cuentas [*be accountable*] hacia su ordenamiento jurídico, pero sólo son tribunales responsables en tanto que soportan la complejidad normativa que en su conjunto incide en el destino de las personas envueltas en el asunto sometido a su autoridad.” PALOMBELLA (2019) p. 390.

¹² Para verificar la actualidad de las condiciones interlegales, véanse las contribuciones y casos en KLABBERS y PALOMBELLA (edits.) (2019); KRISCH (edit.) (2021).

¹³ En otras palabras, no veo una dicotomía entre ambas posibilidades. Se puede apoyar las propuestas de cambio institucional a la vez que defender la consolidación de una práctica ya existente y procedimental, en el razonamiento (inter-)jurídico.

estas afinidades. La interlegalidad parte, como Núñez con la multidimensionalidad, del reconocimiento de la complejidad de los objetos, las problemáticas y los conflictos actuales. Como lo dice Gianluigi Palombella, la aplicabilidad de estándares más allá de un solo sistema jurídico es un hecho que puede reconocerse de forma previa a la observación de los casos jurídicos mediante los lentes de cualquier teoría, ya sea monista, dualista o incluso pluralista¹⁴. Como se puede apreciar, hay una evidente convergencia con la postura multidimensional de Núñez, así como con la fenomenología judicial y dialéctica que expone en su obra (p. 123; 134).

Asimismo, la diferencia de la interlegalidad con respecto al monismo Kelseniano ha sido apuntado de forma muy sugerente por Orlando Scarcello¹⁵. Mientras que Kelsen buscaba la unidad del derecho (el 'derecho universal') de forma conceptual y *a priori*, en la actualidad reconocemos que esto ocurre ya de forma puntual e intersticial: en el momento del razonamiento jurídico. Ciertamente, es deseable crear una mayor convergencia y armonización, pero esto puede complementarse con la reconstrucción de las mejores prácticas interlegales. El ámbito jurídico actual demuestra articularse en los casos puntuales de las redes de la interlegalidad. Y no hay buenas razones para presuponer que los órganos jurisdiccionales ya existentes puedan delimitarse legítimamente a una perspectiva meramente autorreferente, unidimensional, en sus sentencias. Por el contrario, esto sólo invita a la fragmentación, al *forum shopping* y a perpetuar el *statu quo* de los conflictos. La interlegalidad busca anticiparse y hacer superfluos el *forum shopping* y la fragmentación¹⁶, ya que cada tribunal actuaría como sitio de reconstrucción de los estándares provenientes de todas las demás legalidades aplicables e invocadas por las partes afectadas. Los argumentos entonces dejan de ignorarse sistemáticamente¹⁷.

Por ende, parece acorde con la perspectiva multidimensional de Núñez combinar la aspiración por un derecho universal *top-down* con la realidad de la interlegalidad que procede por casos, de forma inductiva, *bottom-up*.

III. CONCLUSIÓN

La obra de Núñez merece el mayor reconocimiento. Es una auténtica innovación metodológica y constituye un parteaguas en la forma de concebir la teoría jurídica global. El lector podrá apreciar que esta obra constituye la culminación de un proyecto más grande, ya que se nutre de una diversidad de casos de estudio formidable. Además, como se resaltó al inicio, se trata de una propuesta que demues-

¹⁴ PALOMBELLA (2019) p. 373.

¹⁵ SCARCELLO (2022) pp. 59-74.

¹⁶ KLABBERS (2019).

¹⁷ Esto, claro está, no garantiza una única respuesta correcta, cada nodo interlegal retiene su autonomía, pero sí se fomenta una convergencia razonable en tanto que dejan de ignorarse conjuntos enteros de reclamos de justicia únicamente por ser 'extrínsecos' y se crea una deliberación conjunta sobre el cúmulo de legalidades aplicables a un caso complejo. Este argumento se presenta en ENCINAS (2023).


tra fehacientemente su utilidad práctica para los problemas globales más urgentes de nuestro tiempo como lo son los conflictos territoriales.

Esta reseña buscó adherirse al programa de Núñez y por ello agregó una breve sugerencia que en nada puede restar de los enormes méritos de la obra. Por el contrario, la claridad y elegancia del argumento servirán de impulso para las agendas que toman en serio los desafíos de nuestro tiempo.

GABRIEL ENCINAS¹⁸

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2004): *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona, Gedisa).
- BODIN, Jean (1997 [1576]): *Los seis libros de la república* (Madrid, Tecnos).
- COSSIO, Carlos (1964). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- ENCINAS, Gabriel (2023): “The Idea of ‘Interlegal Balancing’ in Multilevel Settings”, en SAHADŽIĆ, Maja y otros (edits.), *Accommodating Diversity in Multilevel Constitutional Orders* (Londres, Routledge) pp. 14-34. <https://doi.org/10.4324/9781003355762>
- FABRA-ZAMORA, Jorge Luis (2022): “The Conceptual Problems Arising from Legal Pluralism”, *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 37, N° 1: pp. 155-175. <https://doi.org/10.1017/cls.2021.39>
- FORST, Rainer (2012): *The Right to Justification* (Nueva York, Columbia University Press).
- GREEN, Michael S. (2023): “Jurisdiction and the Moral Impact Theory of Law”, *Legal Theory*, vol. 29, N° 1: pp. 29-62. <https://doi.org/10.1017/S1352325223000010>
- GREENBERG, M. (2013): “The Moral Impact Theory of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 123, N° 5, pp. 1288-1343.
- HABERMAS, Jürgen (2008): “The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society”, *Constellations*, vol. 15, N° 4: pp. 444-455. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2008.00510.x>
- HEIDEMANN, Carsten (2005): “Law’s Claim to Correctness”, en Coyle, Sean y PAVLAKOS, George (edits.), *Jurisprudence or Legal Science?* (Oxford y Portland, Hart) pp. 127-146. <https://doi.org/10.5040/9781472563347.ch-006>
- KALDOR, Mary (2023): “Commentary on Kögler: Analysing the Ukraine war through a ‘new wars’ perspective”, *European Journal of Social Theory*, vol. 26, N° 4: pp. 479-489. <https://doi.org/10.1177/13684310231168807>
- KLABBERS, Jan y PALOMBELLA, Gianluigi (edits.) (2019): *The Challenge of Inter-Legality* (Cambridge, Cambridge University Press). <https://doi.org/10.1017/9781108609654>

¹⁸ PhD in Human Rights and Global Politics por la Scuola Superiore Sant’Anna, Pisa, Italia; investigador postdoctoral en la Universidad de Erlangen-Núremberg, Alemania; Schillerstraße 1, 91054, Erlangen, Baviera, Alemania; gabriel.alejandro.encinas@fau.de;  0000-0002-4338-9146. La presente reseña se realizó gracias al apoyo de la Fundación Alexander von Humboldt que patrocina mi estancia como investigador postdoctoral.

- KLABBERS, Jan (2019): “Introduction: Situating Inter-Legality”, en KLABBERS, Jan y PALOMBELLA, Gianluigi (edits.), *The Challenge of Inter-Legality* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 1-20. <https://doi.org/10.1017/9781108609654.001>
- KRISCH, Nico (edit.) (2021): *Entangled Legalities beyond the State* (Cambridge, Cambridge University Press). <https://doi.org/10.1017/9781108914642>
- NÚÑEZ, Jorge Emilio (2024): *Cosmopolitanism, State Sovereignty and International Law and Politics: A Theory* (Abingdon y Nueva York, Routledge).
- PALOMBELLA, Gianluigi (2019): “Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto”, en Klabbers, Jan y Palombella, Gianluigi (edits.), *The Challenge of Inter-Legality* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 363-390. <https://doi.org/10.1017/9781108609654.016>
- SCARCELLO, Orlando (2022): “Overcoming the Legal System? The Perspective of Inter-Legality”, *Rivista italiana di filosofia del diritto*, vol. 11, N° 1: pp. 59-74. <https://doi.org/10.4477/104017>
- SIECKMANN, Jan-Reinard (2023): “Epistemic Issues of Balancing”, ponencia presentada en el seminario *Recht, Vernunft, Diskurs*, Erlangen, Alemania, el 3 de noviembre de 2023.


LA DISPUTA SOBRE LAS AGUAS DEL SILALA ENTRE CHILE Y BOLIVIA. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE FECHA 1 DE DICIEMBRE DE 2022

THE DISPUTE OVER THE WATERS OF THE SILALA BETWEEN CHILE AND BOLIVIA: CASE-NOTE ON THE JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, DATED 1 DECEMBER 2022

Sebastián López Escarcena*

RESUMEN: La disputa sobre el estatus y uso de las aguas del Silala es el segundo caso que han tenido Bolivia y Chile ante la Corte Internacional de Justicia. No obstante, a diferencia del asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico, en esta disputa el tribunal no resolvió la controversia a favor de ninguno de los litigantes, al estimar que esta carecía fundamentalmente de objeto al momento de pronunciar su fallo. Sin dictar la sentencia declaratoria solicitada, la Corte constató una convergencia en la mayoría de las posiciones de las partes, rechazando las otras. La sentencia en el asunto de las aguas del Silala es una decisión curiosa, fuertemente criticada no solo por algunos de los jueces del mismo tribunal que la dictara, sino que también por los diversos autores que la han estudiado. No pudiendo probar lo aseverado antes de entrar a juicio, Bolivia fue cambiando de posición durante el proceso hasta llegar a coincidir con el principal punto alegado por Chile en esta controversia: que el Silala es un curso de agua internacional regido por el derecho internacional consuetudinario, el cual establece ciertos derechos y obligaciones para los estados ribereños. Aun cuando la sentencia del tribunal recogió este punto, lo hizo de una manera indirecta, sin declarar en qué consiste concretamente el acuerdo alcanzado entre los litigantes durante el juicio, y qué involucra específicamente para Bolivia y Chile como estados ribereños del Silala.

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia; cursos de agua; derecho consuetudinario; controversia internacional

* PhD (Edimburgo), LLM (Leiden). Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile e investigador asociado (*associate fellow/membre associé*) del Centro para el Estudio de la Gobernanza Global de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, y del Instituto de Investigación en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad de París 1 “Panteón-Sorbona”, Francia. Dirección postal: Alameda 340, Edificio de Derecho, 8331150, Santiago de Chile. Correo electrónico: rlopeze@uc.cl.  0000-0002-0001-9989.

ABSTRACT: The dispute over the status and use of the waters of the Silala is the second case that Bolivia and Chile have had before the International Court of Justice. Unlike the dispute over the obligation to negotiate access to the Pacific Ocean, however, in this case the Court did not to resolve the conflict in favour of any of the litigants and concluded that the controversy essentially lacked an object at the time of rendering its decision. Without issuing the requested declaratory judgment, the Court found a convergence of views between the parties in most of their claims and rejected the others. The judgment in the dispute over the waters of the Silala is an unusual ruling, strongly criticised not only by some of the Court’s judges, but also by the different authors that have studied it. Not being able to prove what it had asserted before entering into trial, Bolivia changed its position throughout the process until it coincided with the main claim of Chile in this controversy: that the Silala is an international watercourse governed by customary international law, which establishes certain rights and obligations for the riparian states. Even though the judgment of the Court recorded this point, it did it in an indirect manner, without declaring what the agreement reached between the litigants during this trial is concretely about, and what it specially entails for Bolivia and Chile, as riparian states of the Silala.

Keywords: International Court of Justice; watercourses; customary law; international dispute

INTRODUCCIÓN

“La sentencia de la Corte de hoy probablemente resulte una sorpresa para las partes, en particular para el solicitante”¹. Con esta observación comenzó el juez Peter Tomka su breve declaración, que anexó a la sentencia del 1 de diciembre de 2022 de la Corte Internacional de Justicia, en la disputa sobre el estatus y uso de las aguas del Silala. Como agregó el mismo juez en dicha declaración: “De hecho, no decide casi nada. [...] queda por ver qué rol útil, si es que lo tiene, va a jugar esta sentencia en las relaciones entre Chile y Bolivia”². ¿Qué llevó al juez Tomka a afirmar lo anterior? Como él mismo señaló en su declaración, la inusual circunstancia de que la mayoría de las conclusiones de Chile en su demanda y de Bolivia en su demanda reconventional fueron consideradas sin objeto por la Corte al momento de decidir este caso. Las restantes, en tanto, fueron rechazadas por el tribunal internacional³. El asunto de las aguas del Silala es la segunda controversia en la que se

¹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez Tomka), párrafo 1.

² Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez Tomka), párrafos 1 & 4.

³ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez Tomka), párrafo 1. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 59, 65, 76, 86, 128, 147, 155, 162 & 163.

En su declaración, el juez Peter Tomka criticó la interpretación que el tribunal le diera a las conclusiones presentadas por los litigantes. Como señaló, la Corte puede determinar el sentido y alcance de estas, sobre todo cuando su significado no es suficientemente claro. Sin embargo, agregó Tomka, el tribunal debe evitar interpretaciones que no se adecúen al significado ordinario de las palabras utilizadas por las partes en las conclusiones que lean sus agentes.

han visto enfrentados Bolivia y Chile en dicho foro. En el caso de la obligación de negociar una salida soberana al Océano Pacífico, sometidas a verificación judicial las aseveraciones bolivianas, el demandante resultó derrotado⁴. En el asunto del Silala, en cambio, el tribunal resolvió que la controversia entre las partes había fundamentalmente desaparecido a la fecha de su decisión. Para bien o para mal, según se la mire desde la perspectiva de uno u otro estado, el fallo de la Corte en el caso de la obligación de negociar significó un triunfo categórico para Chile, entonces demandado, y ofreció claridad a sus relaciones con Bolivia⁵. Sin embargo, ¿puede decirse lo mismo para el ahora estado demandante en el asunto del Silala, respecto de la sentencia recaía en esta disputa?

Es difícil no coincidir con la pregunta que planteara el juez *ad hoc* Bruno Simma, en la opinión separada que acompañó a esta sentencia: ¿hace justicia la Corte al emitir decisiones como esta?⁶. Para llegar a este resultado fueron decisivas las inconsistentes posturas adoptadas por Bolivia durante el proceso, y el discutible camino elegido por el tribunal internacional para lidiar con el cambiante parecer de la parte demandada, el cual fuera cuestionado no solo por los jueces Tomka y Simma, sino también por la jueza Hilary Charlesworth en la declaración que adjuntó a esta decisión judicial. El comentario que viene a continuación reseña lo decidido por la Corte en el caso de Chile con Bolivia, antes de dar paso a lo que resulta más interesante de esta sentencia, desde la perspectiva del derecho internacional: las mencionadas declaración y opinión separada que los jueces Charlesworth y Simma acompañaron a la correspondiente decisión de la Corte. En seguida, este trabajo ofrece algunas reflexiones críticas sobre esta sentencia, que no solo tuviera detractores en el propio tribunal, sino que en la mayoría de los autores que se han pronunciado al respecto.

1. UNA SENTENCIA PARTICULAR

El Silala se origina en manantiales subterráneos ubicados en Bolivia, en el Departamento de Potosí, cerca de la frontera con Chile. De ahí baja por bofedales que le agregan aguas superficiales, cruza dicha frontera por la región de Antofagasta, internándose en el desierto de Atacama hasta desembocar en el río San Pedro⁷. En

Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez Tomka), párrafos 2-3.

Al respecto, el juez Tomka recordó las correspondientes críticas que recibió la sentencia de la Corte en uno de los casos de los ensayos nucleares: el de Australia con Francia.

Ver Corte Internacional de Justicia, *ENSAYOS NUCLEARES, AUSTRALIA...* (Jueces Dillard, Jiménez de Aréchaga, Onyeama y Waldock), párrafos 1 & 3.

⁴ Ver en general Corte Internacional de Justicia, *OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR...* (2018).

⁵ Ver LÓPEZ ESCARCENA (2020) pp. 942-3 & 944.

⁶ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez *ad hoc* Simma), párrafo 1. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez *ad hoc* Simma), párrafos 2 & 20.

⁷ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 28.

1906, Chile le otorgó a la compañía Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia (FCAB) una concesión para incrementar el flujo de agua potable utilizada en el puerto del mismo nombre. Dos años más tarde, FCAB obtuvo de Bolivia un derecho de uso para las máquinas de vapor de sus locomotoras que operaban la ruta ferroviaria Antofagasta-La Paz. Durante las tres décadas siguientes, FCAB construyó algunas tomas de agua del Silala, tanto en Bolivia como en Chile, y canales para estas⁸. En 1997, el Prefecto de Potosí revocó y anuló la concesión otorgada a FCAB en 1908, que para entonces ya no operaba en Bolivia. Esta resolución administrativa fue refrendada más tarde, ese mismo año, por un Decreto Presidencial Supremo que le dio ese estatus a dicha medida, haciendo expresa mención a una utilización inadecuada de las aguas del Silala, fuera de los términos de la concesión señalada⁹. Si bien había quejas bolivianas de mal uso de las aguas del Silala por Chile desde 1996, solo en 1999 el Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia envió una nota diplomática al Consulado chileno en La Paz señalando que, a pesar de haber anulado la concesión de 1908, FACB seguía utilizando sus aguas. En esta nota, Bolivia negó que el Silala fuera un río, por lo que difícilmente podría tener el carácter de internacional¹⁰. Según la nota boliviana, el Silala era un manantial, cuyas aguas habían sido conducidas artificialmente a Chile. El Ministerio de Relaciones Exteriores chileno reaccionó días después, manifestando su desacuerdo con la declaración de Bolivia, quien insistió en lo ahí señalado en otra nota del mismo año¹¹. En los años siguientes, Bolivia y Chile intentaron llegar a un acuerdo bilateral para determinar la naturaleza, origen y flujo de las aguas del Silala, sin éxito¹².

En 2016, el presidente Evo Morales acusó a Chile de estar explotando ilegalmente estas aguas. Lo hizo en diversas oportunidades, agregando que el Silala no es un río internacional, y manifestando su intención de llevar la disputa a la Corte Internacional de Justicia. Chile optó por anticiparse a Morales, presentando una solicitud en contra de Bolivia ante su Secretaría, el 6 de junio de ese año, en la cual pidió que la Corte declare que el Silala es un curso de agua internacional, cuya

⁸ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 29.

⁹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 31.

¹⁰ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 32. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 30.

¹¹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 32-4.

¹² De hecho, fueron dos los acuerdos, redactados en 2009, sobre la base de estudios técnico-científicos realizados por un grupo conjunto de trabajo. Estos nunca se firmaron.

Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 36.

Sobre los antecedentes históricos del asunto de las aguas del Silala, ver MULLIGAN y ECKSTEIN (2011) pp. 598-601; BAHIA (2021a) pp. 119-24; y BAHIA (2021a) pp. 5-8. Ver también ROSSI (2017) pp. 57-9, 60, 61-64; ROSSI (2021) pp. 121, 123-5 & 126-30; y ROSSI (2023) pp. 157-61.

En cuanto a la posición boliviana respecto al Silala en el período que va de 1996 a la presentación de la solicitud de Chile ante la Corte Internacional de Justicia, veinte años después, ver en general BAZOBERRY (2003). Sobre la postura chilena en este período ver en general FUENTES (2001); INFANTE (2012) y LLANOS (2013). Ver también BUSTOS (2004) pp. 285-90; y BUSTOS (2018) pp. 569-72.

utilización por ambos estados está regulada en el derecho internacional consuetudinario¹³. Esto, por cuanto Bolivia ni Chile son partes de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997¹⁴. Como fundamento de la jurisdicción del tribunal internacional, Chile recurrió al Artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948, como antes lo hicieran Perú y Bolivia en su contra en el caso de la disputa marítima y el asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico, respectivamente¹⁵. Esta misma disposición ha sido empleada por la mayoría de los estados latinoamericanos, cuyas diferencias con otros estados de la región ha resuelto la Corte Internacional de Justicia en las últimas décadas¹⁶.

Conforme a los plazos fijados por la Corte, Chile entregó su memoria el 3 de julio de 2017 y Bolivia presentó su memorial de contestación el 3 de septiembre de 2018, en el cual incluyó su demanda reconvenional¹⁷. La réplica chilena y la dúpli-

¹³ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 37. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 25.

¹⁴ Este tratado entró en vigor en 2014.

Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 54. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 90.

Respecto a esta convención ver en general TANZI y ARCARI (2001); y McCAFFREY (2019).

¹⁵ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 2 & 39. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 134.

Ver Corte Internacional de Justicia, *DISPUTA MARÍTIMA, PERÚ...*, párrafo 1; y Corte Internacional de Justicia, *OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR...* (2018) párrafos 1 & 8. Ver también en general Corte Internacional de Justicia, *OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR...* (2015).

Sobre estos casos y el Pacto de Bogotá, como también se le conoce a este tratado, ver LÓPEZ ESCARCENA (2014) pp. 1134, 1138, 1142-3, 1143-4 & 1147; y LÓPEZ ESCARCENA (2016) pp. 714, 715-7, 718-20 & 725-6.

El Art. XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas señala:

De conformidad con el inciso 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria *ipso facto*, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre:

- a) La interpretación de un Tratado;
- b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional;
- c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional;
- d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

El Pacto de Bogotá entró en vigor en 1949.

¹⁶ Ver INFANTE (2016) p. 88; INFANTE (2017) p. 62; REMIRO BROTONS (2018) pp. 144, 145-146, 175; y TREMOLADA y VELA (2019) pp. 24, 25-6. Ver también TREMOLADA y VELA (2019) pp. 19-20.

¹⁷ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 7 & 9. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 10 & 12.

Respecto a la admisibilidad de la demanda reconvenional boliviana ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 133 & 135-7.

ca boliviana fueron ingresadas al tribunal el 15 de febrero de 2019 y el 15 de mayo de ese año, respectivamente¹⁸. Las audiencias sobre el fondo del caso tuvieron lugar entre el 1 y el 14 de abril de 2020¹⁹. En sus escritos y alegatos, Bolivia fue cambiando sustancialmente de posiciones a medida que transcurría el proceso, lo que llevó a Chile a modificar las suyas, en forma parcial y correspondiente²⁰. Al momento de fallar esta controversia, la Corte identificó ocho reclamaciones de las partes litigantes: cinco por Chile, y tres por Bolivia. Las chilenas fueron las siguientes: que el sistema del río Silala es un curso de agua internacional regulado por el derecho internacional²¹; que Chile está facultado para utilizar equitativa y razonablemente sus aguas²²; que Chile tiene derecho al uso actual de dichas aguas, al cumplir con tales características²³; que Bolivia tiene la obligación de adoptar las medidas apropiadas para prevenir y controlar la contaminación transfronteriza, y otras formas de daño para Chile, que resulten de sus actividades en las proximidades del sistema del río Silala²⁴; y que Bolivia tiene el deber de notificar y consultar las medidas que puedan tener un efecto adverso en dicho sistema²⁵. Las reclamaciones bolivianas, en tanto, fueron: que Bolivia tiene soberanía sobre los canales artificiales y los mecanismos de drenaje instalados en su territorio²⁶; que esta soberanía se extiende sobre el flujo “artificial” de las aguas del Silala diseñadas, aumentadas o producidas en su territorio²⁷; y la necesidad de celebrar acuerdos entre los litigantes para cualquier futura entrega a Chile de “flujos aumentados” del Silala²⁸.

¹⁸ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 11.

¹⁹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 15. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 18 & 20.

²⁰ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 25-7.

A raíz de esto, Bolivia llegaría eventualmente a reconocer que el Silala es un curso de agua internacional. Por esta razón, Chile le propuso en junio de 2019 un borrador de acuerdo para solucionar este conflicto, el cual no fue respondido por Bolivia.

Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 38.

De haberse alcanzado dicho acuerdo, ambos estados habrían reconocido la naturaleza de río internacional del Silala, cuyas aguas se regulan por el derecho internacional consuetudinario, en su totalidad. Asimismo, habrían aceptado las obligaciones de utilización equitativa y razonable, y de no causar perjuicio significativo a los otros estados ribereños, así como de intercambiar información y de consulta entre Bolivia y Chile, entre otros asuntos.

Parte del texto de este borrador de acuerdo puede consultarse en la transcripción literal de la audiencia que tuvo lugar en la Corte el 11 de abril de 2022, pp. 41-2, la cual está disponible en: <https://www.icj-cij.org/case/162/oral-proceedings> Fecha de consulta: 01/10/2023.

²¹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 50-9.

²² Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 60-5.

²³ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 66-76.

²⁴ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 77-86.

²⁵ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 87-129.

²⁶ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 138-47.

²⁷ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 148-55.

²⁸ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 156-62.

En su decisión, la Corte concluyó que la mayoría de estas reclamaciones no tenían objeto debido a la convergencia de posturas de los litigantes, producida durante el proceso²⁹. Según el tribunal internacional, únicamente la quinta petición de Chile y la tercera de Bolivia eran adjudicables, las que rechazó finalmente en su sentencia³⁰. Para fallar de esta manera, la Corte hizo antes ciertas observaciones. En relación a la existencia y alcance de una controversia internacional, el tribunal comenzó por reiterar la clásica formulación que ofreciera la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido): “Una disputa es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de visiones jurídicas o de intereses entre dos personas”³¹. Para tener jurisdicción, agregó el tribunal, la disputa debe existir al momento en que la solicitud es ingresada a la Secretaría³². A este respecto, y con apoyo en su jurisprudencia, la Corte procedió a hacer las afirmaciones que siguen, sobre el ejercicio de su competencia contenciosa³³. Primero, que la disputa debe seguir existiendo para cuando la tenga que resolver. En caso de que el objeto de la reclamación desaparezca con posterioridad al ingreso de la solicitud respectiva, el tribunal no tendrá nada que decidir, por lo que bien podría elegir no pasar al fondo del asunto³⁴. Segundo, que la Corte no puede adjudicar sobre este cuando llega a la conclusión de que resolverlo carece de propósito³⁵. En este punto, el tribunal señaló que su labor no está limitada a determinar si la disputa ha desaparecido por completo. Dado que las reclamaciones de las partes circunscriben el alcance de una controversia, su deber consiste en determinar si sus peticiones específicas han quedado sin objeto como resultado de la convergencia de posiciones de los litigantes, por el acuerdo entre estos, o por alguna otra razón³⁶. Para este fin, la Corte tiene que interpretar las reclamaciones de las partes, tal como fueron presentadas por estas durante las fases escrita y oral del proceso. En esta tarea, el tribunal no puede sustituir a los litigantes

²⁹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 51-3, 55, 58-9, 61-5, 67-72, 74-6, 78-86, 142-7, 152-5 & 163.

³⁰ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 89-90, 102-129, 160-2 & 163.

³¹ Corte Permanente de Justicia Internacional, *CONCESIONES MAVROMMATIS...*, p. 11. Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 39.

³² Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 39. Ver también Corte Internacional de Justicia, *OBLIGACIÓN DE JUZGAR O EXTRADITAR...*, párrafo 46.

³³ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 40.

³⁴ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 41. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ENSAYOS NUCLEARES, AUSTRALIA...*, párrafos 55 & 59; Corte Internacional de Justicia, *ACCIONES ARMADAS FRONTERIZAS Y TRANSFRONTERIZAS...*, párrafo 66; Corte Internacional de Justicia, *COMPETENCIA EN MATERIA DE PESQUERÍAS, ESPAÑA...*, párrafo 88; y Corte Internacional de Justicia, *ORDEN DE ARRESTO...*, párrafos 26 & 32.

³⁵ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 42. Ver también Corte Internacional de Justicia, *CAMERÚN SEPTENTRIONAL...*, p. 38.

³⁶ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 42.

formulando nuevas peticiones sobre la base de los hechos y las argumentaciones que estos presenten³⁷.

Buscando seguridad jurídica para sus relaciones mutuas, tanto Bolivia como Chile solicitaron a la Corte que emitiera una sentencia declaratoria, respecto de algunas de sus reclamaciones³⁸. Como lo señalara la Corte Permanente de Justicia Internacional, hace ya casi un siglo, el propósito de una sentencia declaratoria “es asegurar el reconocimiento de una situación de derecho, de una vez por todas y con fuerza vinculante para las partes; de tal manera que la posición jurídica así establecida no pueda ser puesta de nuevo en duda respecto de los efectos legales que se siguen de esto”³⁹. Anticipando lo que iba a resolver párrafos más adelante en el asunto de las aguas del Silala, la Corte Internacional de Justicia indicó, en la sentencia de 2022, que su rol en un caso contencioso es resolver disputas existentes, por lo que generalmente no debiera registrar los puntos en que considere que están de acuerdo las partes. En dicho escenario, el tribunal solo tendría que tomar nota del acuerdo respectivo en su decisión y concluir que el reclamo correspondiente ha quedado sin objeto, en cuyo caso no sería necesario emitir una sentencia declaratoria⁴⁰. Esto, por cuanto la Corte únicamente puede resolver asuntos concretos en los cuales exista, al momento de su decisión, una controversia real que suponga un conflicto de intereses jurídicos entre las partes⁴¹. El tribunal finalizó estas consideraciones, sobre las que posteriormente llegaría a las conclusiones que constituyeron la parte resolutive de su sentencia en el asunto de las aguas del Silala, reafirmando que no le corresponde determinar el derecho aplicable a situaciones hipotéticas, particularmente las futuras⁴².

Tras constatar que las partes estaban de acuerdo en que el Silala es un río internacional, al momento de emitir su sentencia, la Corte hizo una serie de declaraciones que corresponde destacar⁴³. La primera es que un curso de agua internacional no deja de serlo porque se le hayan realizado modificaciones que aumenten su

³⁷ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 43. Ver también Corte Permanente de Justicia Internacional, *CIERTOS INTERESES ALEMANES...*, p. 35; y Corte Internacional de Justicia, *ENSAYOS NUCLEARES, AUSTRALIA...*, párrafos 29 & 30-1.

³⁸ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 44.

En cuanto a las sentencias declaratorias en la jurisprudencia de la Corte ver en general MCINTYRE (2012).

³⁹ Ver Corte Permanente de Justicia Internacional, *FÁBRICA DE CHORZÓW...*, p. 20. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 45.

⁴⁰ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 46. Ver también Corte Internacional de Justicia, *DISPUTA FRONTERIZA, BURKINA FASO...*, párrafos 53-9.

⁴¹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 48. Ver también Corte Internacional de Justicia, *CAMERÚN SEPTENTRIONAL...*, pp. 33-4; y Corte Internacional de Justicia, *DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA...*, párrafo 123.

⁴² Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 48. Ver también Corte Internacional de Justicia, *COMPETENCIA EN MATERIA DE PESQUERÍAS, REINO UNIDO...*, párrafo 73.

⁴³ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 59, 92 & 94.

flujo superficial⁴⁴. Siendo un río transfronterizo, el Silala está regulado en su totalidad por el derecho internacional consuetudinario⁴⁵, en la aplicación de cuyas normas hay que tener en consideración las características particulares del curso de agua respectivo⁴⁶. Conforme a estas normas, cada estado ribereño tiene derecho a que sus recursos sean compartidos de manera equitativa y razonable⁴⁷. Tanto Bolivia como Chile, por ende, gozan de este derecho respecto del Silala, el cual no debe ser aplicado en abstracto, sino que comparando la situación de cada uno y la utilización de sus aguas en un momento determinado⁴⁸. A continuación de estas aseveraciones, la Corte reiteró otras obligaciones internacionales consuetudinarias⁴⁹, que vinculan a Bolivia y Chile. Por un lado, evitar actividades en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, que causen un daño ambiental significativo a otro estado⁵⁰. Por otro, los deberes procesales de cooperar, notificar y consultar, que complementan sus obligaciones sustantivas⁵¹. Al respecto, el tribunal se refirió a la naturaleza jurídica de dos disposiciones de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997. La primera de estas fue el artículo 11 de dicho tratado, que dice: “Los Estados del curso de agua intercambiarán información y se consultarán y, si es necesario, negociarán acerca de los posibles efectos de las medidas proyectadas sobre el estado de un curso de agua internacional”⁵². Según el tribunal, esta norma no tiene carácter consuetudinario⁵³. La segunda de dichas disposiciones es el artículo 12 de la Convención sobre los Cursos de Agua Internacionales de 1997, que indica:

El Estado del curso de agua, antes de ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua, lo notificará oportunamente a esos Estados. Esa notificación irá acompañada de los datos técnicos y la información disponibles, incluidos los resultados de una evaluación de los efectos

⁴⁴ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 93. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 94.

⁴⁵ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 94. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 54 & 96-7.

⁴⁶ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 95.

⁴⁷ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 97.

⁴⁸ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 97-8.

⁴⁹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 102.

⁵⁰ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 99. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTRECHO DE CORFÚ...*, p. 22; y Corte Internacional de Justicia, *PLANTAS DE CELULOSA SOBRE...*, párrafo 101.

⁵¹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 100-1. Ver también Corte Internacional de Justicia, *PLANTAS DE CELULOSA SOBRE...*, párrafos 77 & 81.

⁵² Art. 11 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997.

⁵³ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 111-2.

ambientales, para que los Estados a los que se haga la notificación puedan evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas⁵⁴.

De acuerdo con la Corte, esta norma tiene un correlato consuetudinario, pero no uno que establezca un estándar más riguroso que el de la Convención⁵⁵.

2. FUEGO AMIGO

Dos declaraciones y una opinión separada, de tres jueces de la Corte Internacional de Justicia, fueron anexadas a la sentencia recaída en el asunto de las aguas del Silala. Además de la ya mencionada de Peter Tomka, la jueza Hilary Charlesworth adjuntó una declaración en la cual se manifestó conforme con el rechazo que hiciera el tribunal de las últimas reclamaciones que identificó de Chile y Bolivia⁵⁶. En cuanto a las otras peticiones de los litigantes, la jueza Charlesworth no estuvo de acuerdo con que la Corte no las resolviera, a pesar de haber razonado previamente, de manera correcta y exhaustiva, sobre los derechos y obligaciones de los estados ribereños de un curso de agua internacional. Charlesworth discrepó del método elegido por el tribunal para este efecto, consistente en centrar su análisis en la persistencia de la disputa, en vez de resolverla⁵⁷. Desde su punto de vista, con esto la Corte no solo introdujo nuevas incertidumbres en el concepto de controversia internacional, sino que utilizó una noción de convergencia de posiciones que no encuentra fundamento en su jurisprudencia y que no se ajustó a los hechos de este caso⁵⁸. Como explicó en su declaración, la jurisdicción del tribunal requiere la existencia de una disputa. En algunos casos, como el asunto de la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal) o la disputa fronteriza (Burkina Faso/Niger), la Corte tuvo que determinar si esta había desaparecido al momento en que conoció de estos litigios. Vale decir, a la fecha del comienzo del proceso respectivo⁵⁹.

⁵⁴ Art. 12 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997.

⁵⁵ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafos 113-8.

⁵⁶ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 1.

⁵⁷ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 2. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 23.

⁵⁸ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 3.

⁵⁹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 4. Ver también Corte Internacional de Justicia, *OBLIGACIÓN DE JUZGAR O EXTRADITAR...*, párrafo 48; y Corte Internacional de Justicia, *DISPUTA FRONTERIZA, BURKINA FASO...*, párrafo 52.

La jueza Charlesworth también hizo referencia a Corte Internacional de Justicia, *DISPUTA TERRITORIAL Y MARÍTIMA...*, párrafo 138.

Como agregó a continuación, solo muy excepcionalmente el tribunal ha contemplado la posibilidad de que una disputa pueda desaparecer durante el curso del litigio. En estos casos, sin embargo, el tribunal no llegó a identificar las causas de dicha desaparición o sus consecuencias jurídicas.

En el asunto de las aguas del Silala, en cambio, la Corte expandió el concepto de desaparición de una disputa y, al hacerlo, lo separó de sus otros requisitos jurisdiccionales⁶⁰. Sin explicar por qué sería distinto de estos, ni indicar los efectos jurídicos precisos que el hecho de que una controversia desaparezca –en particular si esto priva al tribunal de su jurisdicción retroactivamente o convierte a la solicitud en inadmisible– la Corte agregó innecesariamente mayor complejidad e incerteza a su jurisprudencia sobre la noción de controversia internacional⁶¹. El tribunal, además, no fue consistente con otras de sus decisiones recientes al apreciar los eventos ocurridos durante el transcurso del proceso. Mientras la Corte ha sido reacia a aceptar que una controversia cristalice por medio de intercambios entre las partes en el curso de un litigio, en esta ocasión estuvo de acuerdo en que dichos intercambios reduzcan o extingan una disputa⁶². Hilary Charlesworth observó que en el asunto de las aguas del Silala el tribunal elaboró su análisis sobre la premisa de que es posible que reclamaciones específicas queden sin objeto como consecuencia de la convergencia de las posiciones de los litigantes, el acuerdo entre estos, o alguna otra razón⁶³. Esto, a su juicio, lleva a la fusión de dos cuestiones muy diferentes: las circunstancias en virtud de las cuales un reclamo se queda sin objeto, por un lado; y los efectos jurídicos que tiene una convergencia de posiciones entre las partes, por otro⁶⁴. En su declaración, la jueza examinó cada uno de estos asuntos por separado.

Respecto a la desaparición del objeto de una controversia, la jueza Charlesworth señaló que los casos referenciados por la Corte no ayudan a determinar cuándo una solicitud pierde su objeto, ni a concluir que una convergencia de las posiciones de las partes o la contracción de una disputa priven a una solicitud de su objeto⁶⁵. Para Charlesworth, los casos de Camerún Septentrional, de las acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras), y de la orden de arresto del 11 de abril de 2000 (Congo c. Bélgica) no dicen relación con una convergencia de posiciones de las partes⁶⁶. En los casos de los ensayos nucleares, en

Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 5. Ver también Corte Internacional de Justicia, *LEGALIDAD DEL USO DE LA FUERZA...*, párrafos 34-6; Corte Internacional de Justicia, *INMUNIDADES JURISDICCIONALES...*, párrafo 112; y Corte Internacional de Justicia, *OBLIGACIONES RESPECTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE...*, párrafo 40.

⁶⁰ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 6.

⁶¹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafos 7 & 9.

⁶² Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 9.

⁶³ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 10. Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 42.

⁶⁴ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 10.

⁶⁵ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 11.

⁶⁶ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 12. Ver también Corte Internacional de Justicia, *CAMERÚN SEPTENTRIONAL...*, p. 15; Corte Internacional de Justicia, *ACCIONES ARMADAS FRONTERIZAS Y TRANSFRONTERIZAS...*, párrafo 66; y Corte Internacional de Justicia, *ORDEN DE ARRESTO...*, párrafo 32.

tanto, más que desaparecer la disputa como tal, el objeto de las reclamaciones de Australia y Nueva Zelanda se alcanzó por otros medios⁶⁷. Concretamente, a través de un acto unilateral de Francia realizado fuera de la Corte, que la llevó a concluir que cualquier sentencia a favor de los demandantes sería innecesaria, dado que la demandada ya se había obligado *erga omnes* mediante este, a lo mismo que se estaba solicitando judicialmente⁶⁸. Algo similar puede decirse del caso de la competencia en materia de pesquerías (España c Canadá), donde el tribunal señaló que un acuerdo legalmente vinculante, al que los litigantes hayan llegado fuera de la Corte, podría dejar sin objeto su sentencia⁶⁹. Conforme al parecer de Hilary Charlesworth, en ningún de los casos resueltos a la fecha de la sentencia del asunto de las aguas del Silala una convergencia de posiciones entre los litigantes le había permitido a la Corte concluir que la disputa respectiva desapareció⁷⁰.

Sin embargo, en el caso de Chile con Bolivia el tribunal invocó su facultad para interpretar las conclusiones de los litigantes y así deducir que estas han alcanzado sustancialmente un acuerdo sobre varios puntos que anteriormente las dividían. Esto, a pesar de que no hubieran retirado formalmente ni modificado significativamente ninguna de sus conclusiones. Charlesworth calificó la aproximación de la Corte al respecto como “más bien impresionista”⁷¹. Recalcó que una cosa es interpretar las conclusiones de los litigantes, y otra muy diferente es pasarlas por alto completamente, como si hubieran sido abandonadas durante el proceso, lo cual no puede presumirse, sino que debe ser declarado expresamente⁷². Asimismo, agregó, el tribunal tiene la obligación de responder a las preguntas que los litigantes hagan en sus conclusiones. Por tanto, este debiera haberlo hecho por medio de una sentencia declaratoria, como lo hiciera en otras ocasiones⁷³. La jueza lamentó que la Corte subestimara la contribución que una sentencia de esta naturaleza podría ha-

⁶⁷ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 5. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ENSAYOS NUCLEARES, AUSTRALIA...*, párrafo 55; y Corte Internacional de Justicia, *ENSAYOS NUCLEARES, NUEVA ZELANDA...*, párrafo 58.

⁶⁸ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 13. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ENSAYOS NUCLEARES, AUSTRALIA...*, párrafos 11, 30, 42-51 & 52; y Corte Internacional de Justicia, *ENSAYOS NUCLEARES, NUEVA ZELANDA...*, párrafos 11, 25, 31 & 45-55.

Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafos 14-7.

⁶⁹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 13. Ver también Corte Internacional de Justicia, *COMPETENCIA EN MATERIA DE PESQUERÍAS, ESPAÑA...*, párrafo 88.

Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 16.

⁷⁰ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 17.

⁷¹ Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 18.

⁷² Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 18.

⁷³ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 19. Además de Corte Permanente de Justicia Internacional, *CIERTOS INTERESES ALEMANES...*, pp. 18-9, la jueza Charlesworth hizo referencia a Corte Internacional de Justicia, *PLATAFORMA CONTINENTAL DEL...*, párrafo 101, y Corte Internacional de Justicia, *INMUNIDADES Y PROCEDIMIENTOS PENALES...*, párrafo 126.

ber representado para las partes en esta disputa, teniendo en consideración que las declaraciones que clarifican la relación jurídica entre estas pueden ayudar a su estabilización⁷⁴. Añadió que, incluso si se hubiera establecido que las posiciones de los litigantes convergieron durante el proceso, habría sido necesario y apropiado que el tribunal emitiera una sentencia declaratoria registrando el acuerdo de estas, como lo hiciera la Corte Permanente de Justicia Internacional en situaciones similares⁷⁵. Según Hilary Charlesworth, el mismo principio se aplicaría para la Corte Internacional de Justicia⁷⁶. Una sentencia que registre los puntos del acuerdo favorece la seguridad jurídica entre los litigantes, ya que garantiza el compromiso mutuo de estas. La decisión que la Corte dictó en el asunto de las aguas del Silala, en cambio, únicamente identificó las posiciones de los estados en litigio al momento de su dictación, sin señalar las consecuencias que se siguen en términos de sus derechos y obligaciones. Como indicó Hilary Charlesworth, en sentencias como esta persiste el riesgo de que las partes puedan modificar sus posiciones a futuro⁷⁷.

Bruno Simma, juez *ad hoc* elegido por Chile, emitió una opinión separada en la que también se manifestó decepcionado de la manera “impresionista” en que el tribunal analizó la persistencia de la disputa entre las partes al momento de pronunciar su sentencia, la cual calificó de compacta, casi transaccional en la forma⁷⁸. Ahí, el juez *ad hoc* se refirió a la desaparición de la controversia. Señaló que llegó a tal punto el cambio de posiciones de la demandada durante el juicio, que en sus alegatos finales ambas partes coincidieron en que habían alcanzado un acuerdo sobre la materia en disputa, sin poder explicar exactamente en qué consistía este⁷⁹. Si bien Bruno Simma concordó con la Corte, en que la existencia de una controversia internacional es un requisito para que el tribunal dicte sentencia en un caso contencioso, el estándar de la convergencia de posiciones que utilizó en el asunto de las aguas del Silala, para determinar si esta había desaparecido, le pareció insuficiente. De hecho, señaló no estar al tanto de otro caso en que la Corte lo hubiera usado⁸⁰. Según Simma, concluir que un punto en disputa ha desaparecido exige un umbral alto, debido a las consecuencias que esto tiene: bien que el tribunal decida no emitir sentencia, o que opte por restringirla significativamente, como ocurrió en este caso.

⁷⁴ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafos 3 & 19.

⁷⁵ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 20. Las referencias de la jueza Charlesworth fueron Corte Permanente de Justicia Internacional, *ZONAS FRANCAS DE LA...* (1929), p. 13; Corte Permanente de Justicia Internacional, *ZONAS FRANCAS DE LA...* (1930), p. 14; y Corte Permanente de Justicia Internacional, *SOCIEDAD COMERCIAL DE BÉLGICA...*, p. 178.

⁷⁶ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 21.

⁷⁷ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Jueza Charlesworth), párrafo 22. Ver también Corte Internacional de Justicia, *ENSAYOS NUCLEARES, AUSTRALIA...*, párrafo 60; y Corte Internacional de Justicia, *ENSAYOS NUCLEARES, NUEVA ZELANDA...*, párrafo 63.

⁷⁸ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez *ad hoc* Simma), párrafos 1-2.

⁷⁹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez *ad hoc* Simma), párrafos 6-7.

⁸⁰ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez *ad hoc* Simma), párrafos 8-9.

Para el juez *ad hoc*, una convergencia de posiciones no es un acuerdo. Los litigantes pueden coincidir en la manera en que un problema surge, pero disentir respecto de su solución. Y las partes cuyas visiones convergen bien pueden querer que la Corte se pronuncie sobre los puntos en los cuales se mantiene la controversia⁸¹.

Del mismo modo, agregó Bruno Simma, los litigantes pueden esperar que el tribunal dicte una sentencia declaratoria que reconozca una situación jurídica, de manera vinculante y definitiva. Al respecto, el juez *ad hoc* distinguió entre una disputa que ha desaparecido porque las partes han alcanzado un acuerdo genuino, de una que ha quedado desprovista de contenido por el comportamiento procesal de alguna de estas, consistente en abandonar su posición durante el transcurso del litigio, a fin de evitar una sentencia declaratoria y los efectos legales que se siguen de esta⁸². Crítico de esta última alternativa, Simma se manifestó perplejo por el hecho de que el tribunal optara por no registrar el acuerdo al que llegaron los litigantes en este proceso, lo cual no solo habría sido apropiado, sino que útil para estas⁸³.

3. ¿CASO CERRADO?

El asunto de las aguas del Silala está ligado desde sus orígenes a la aspiración boliviana de obtener una salida soberana al Océano Pacífico⁸⁴. Con Evo Morales en la presidencia de Bolivia, esta vinculación se acentuó⁸⁵. De hecho, no pareciera ser una coincidencia que él provocara los dos casos que dicho estado ha tenido con Chile ante la Corte Internacional de Justicia: el de la obligación de negociar, resuelto en 2018, y el asunto del Silala, fallado en 2022. En ambos litigios, Morales tuvo un papel protagónico. Bien directamente, al presentar en 2013 la solicitud boliviana que dio comienzo a la diferencia con Chile; o indirectamente, al hacer en 2016

⁸¹ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez *ad hoc* Simma), párrafo 9.

⁸² Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez *ad hoc* Simma), párrafo 18.

⁸³ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...* (Juez *ad hoc* Simma), párrafo 19. A este respecto, Bruno Simma hizo referencia a Corte Permanente de Justicia Internacional, *SOCIEDAD COMERCIAL DE BÉLGICA...*, p. 178.

⁸⁴ Ver MULLIGAN y ECKSTEIN (2011) pp. 598, 600, 601 & 604; GRECO (2017) p. 30; ROSSI (2017) pp. 58, 59, 64, 71, 75-6 & 87; VUČIĆ (2017) nota 6 en pp. 93 & 94-5; BAHIA (2021b) pp. 5-6; ROSSI (2021) pp. 121, 122-3, 124, 130, 138-9, 143-4 & 157; SANGBANA (2023) p. 1; y ROSSI (2023) nota 12 en pp. 154-5, 157, 160-2 & 165-6. Ver también FUENTES (2001) p. 22; BUSTOS (2004) p. 290; LLANOS (2013) p. 339; y BUSTOS (2018) p. 572.

Reconociendo esta conexión, el Programa de la ONU para el Medio Ambiente calificó en 2007 al Silala como la cuenca hidro-políticamente más vulnerable del mundo.

Ver UN Environment Programme (2007). Ver también MULLIGAN y ECKSTEIN (2011) p. 595; ROSSI (2017) p. 57; BAHIA (2021a) p. 104; ROSSI (2021) p. 119; MINK y VONHOFE (2023) p. 3; y ROSENBLUM y WOLF (2023) pp. 117-8.

Contando al Silala, son 310 las cuencas fluviales internacionales que hay en nuestro planeta, las cuales son compartidas por 150 estados.

Ver MINK y VONHOFE (2023) p. 34.

⁸⁵ Ver GUZMÁN ESCOBARI (2022).

las declaraciones que motivaron la presentación de la solicitud chilena con que se iniciara el caso del Silala⁸⁶. En ambas disputas, la postura boliviana era arriesgada⁸⁷.

La naturaleza del Silala, específicamente si es un río internacional o no lo es, fue el centro sobre el cual giró esta controversia⁸⁸. Esto es lo que distinguió a este caso de las otras disputas que han llegado a la Corte Internacional de Justicia, así como a la Corte Permanente de Justicia Internacional, relativas a los usos no navegacionales de los cursos de agua internacionales⁸⁹. No habiendo un tratado entre Bolivia y Chile que regule el Silala⁹⁰, y no siendo estos estados parte de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997, este caso constituyó una excelente oportunidad para que el tribunal se pronunciara sobre el marco jurídico consuetudinario que los gobierna⁹¹. Sin embargo, una vez que la Corte constató que los litigantes estaban de acuerdo en que el Silala es un río internacional, al momento de emitir su sentencia, el caso quedó esencialmente sin controversia⁹². En qué consistía exactamente dicho acuerdo, es algo que el tribunal no explicó en su decisión. Aun cuando la Corte reiteró en términos generales los principios de uso equitativo y razonable, y la obligación de no causar perjuicio significativo, así como el deber procesal de intercambiar información, considerado por los litigantes y el tribunal como una obligación de conducta⁹³, quizás el mayor aporte de esta sentencia consista en aclarar que el hecho de que un río haya sido artificialmente mejorado por canales no afecta su carácter de río internacional⁹⁴. Aparte de esto, y de la utilización que hicie-

⁸⁶ Ver CORREA (2020) pp. 166-7, 167-8 & 173-6. Ver también CORREA (2023) pp. 50-1, 54-5 & 56-7.

⁸⁷ Respecto al caso del Silala ver e.g. MULLIGAN y ECKSTEIN (2011) pp. 597 & 602-4; MESHEL (2017a) pp. 93-4; ROSSI (2017) p. 61; VUČIĆ (2017) pp. 96-7, 105-6 & 107; y ROSSI (2021) pp. 126-7.

⁸⁸ Ver ROSSI (2017) pp. 61-2; GRECO (2017) pp. 24-6; VUČIĆ (2017) p. 96; ROSSI (2021) pp. 127-8; MINK y VONHOFE (2023) pp. 25 & 27; y SANGBANA (2023) p. 1. Cf. KEBEBEW (2023) pp. 10-1.

⁸⁹ Ver MESHEL (2017b) pp. 5 & 6-7. Ver también MESHEL (2017a) pp. 92 & 93; y MINK y VONHOFE (2023) p. 14.

Estos otros casos son Corte Permanente de Justicia Internacional, *DESVIACIÓN DE LAS AGUAS DEL...*; Corte Internacional de Justicia, *PROYECTO GABČIKOVO-NAGYMAROS...*; Corte Internacional de Justicia, *PLANTAS DE CELULOSA SOBRE...*; y Corte Internacional de Justicia, *CIERTAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO POR...* Ver MESHEL (2017a) p. 93; MESHEL (2017b) nota 1 en p. 5; MINK y VONHOFE (2023) nota 4 en p. 14; y MESHEL (2023) nota 17 en p. 54. Ver también DELLAPENNA (2023) pp. 101-2.

⁹⁰ Distinta fue la situación para los litigantes en Corte Internacional de Justicia, *PROYECTO GABČIKOVO-NAGYMAROS...* y Corte Internacional de Justicia, *PLANTAS DE CELULOSA SOBRE...*, quienes contaban con el Tratado relativo a la Construcción y el Funcionamiento del Sistema de la Represa de Gabčíkovo-Nagyymaros de 1977, y el Estatuto del Río Uruguay de 1975, respectivamente. Ver MESHEL (2017a) p. 93.

Sobre otros tratados que regulan curso de agua internacionales ver e.g. ROSSI (2017) nota 225 en p. 81 & pp. 84-5; y VUČIĆ (2017) nota 28 en p. 99 & pp. 102-3.

⁹¹ Ver SANGBANA (2023) p. 1.

⁹² Ver MINK y VONHOFE (2023) p. 27.

⁹³ Ver Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 83.

⁹⁴ Ver SANGBANA (2023) pp. 1-2.

ra la Corte de la prueba de expertos en este juicio⁹⁵, no es mucho más lo que puede rescatarse del asunto del Silala.

El reconocimiento de las normas de carácter consuetudinario que rigen a los cursos de agua internacionales podría, eventualmente, ser de ayuda en la cooperación boliviano-chilena relativa a otros de sus ríos de esta naturaleza, como el Lauca⁹⁶. Pero, en lo que concierne al Silala, la decisión del tribunal en este caso no facilita mayormente las relaciones bilaterales entre Bolivia y Chile. Distinto habría sido el escenario post-fallo en esta disputa, si la Corte hubiera dictado una sentencia declaratoria que clarifique los derechos y obligaciones específicas de los litigantes, como estados ribereños de dicho curso de agua internacional. La decisión del tribunal ciertamente deja más preguntas que respuestas. Tal vez, la principal sea esta: ¿cuál fue el objetivo buscado por la Corte al dictar esta resolución? Pudiendo haber emitido una sentencia declaratoria, dejando constancia del acuerdo de los litigantes y de sus consiguientes derechos y obligaciones concretos, el tribunal optó por establecer que había una convergencia de posiciones entre estos, con lo que la controversia quedó en su mayor parte sin objeto. Es posible que con esto la Corte haya querido desincentivar nuevas demandas en situaciones similares. Es decir, en contra de Estados que adoptan discursos meramente circunstanciales y alejados de la realidad, por lo que resultan muy difíciles de sostener en el tiempo e imposibles de defender en juicio. Se trata de posturas que no pasan de simples bravatas, destinadas a presionar políticamente a otros estados y así conseguir objetivos anexos al conflicto que se amenaza. Es lo que hizo Bolivia a partir de 1999, cuando dejó de reconocer la naturaleza de curso de agua internacional del Silala, algo que para entonces venía admitiendo por décadas.

Una vez demandada, no deja de sorprender el comportamiento recalcitrante que Bolivia adoptó en este caso. Su porfía en ir a juicio sin estar mínimamente preparada para tal efecto, y de intentar defender judicialmente una postura desprovista de sustento fáctico, incluso después de que Morales dejara la presidencia, solo puede explicarse por el costo político interno que significaba llegar a un acuerdo con Chile relativo al Silala, que nadie en Bolivia quiso pagar, particularmente después de verse esta derrotada en el asunto de la obligación de negociar. Lo cierto es que el entusiasmo que provocó el asunto de las aguas del Silala durante su tramitación⁹⁷, terminó en un verdadero anticlímax judicial al momento en que la Corte procediera a la lectura de su decisión. Como era de esperar, las críticas a esta sentencia no solo vinieron de los jueces Tomka, Charlesworth y Simma. Según James Gerard Devaney, esta decisión judicial es una de las más curiosas que el tribunal haya dictado.

⁹⁵ Ver DEVANEY (2023) pp. 6-15 & 19; y KEBEBEW (2023) pp. 372-3.

⁹⁶ Sobre el río Lauca ver en general TOMASEK (1967); y GLASSNER (1970). Para una perspectiva boliviana de este asunto ver ESCOBARI (2013) pp. 169-94; y GUZMÁN ESCOBARI (2015) pp. 224-34. Respecto al punto de vista chileno ver BUSTOS (2004) pp. 189-209; FIGUEROA (2007) pp. 83-102; y BUSTOS (2018) pp. 411-22.

⁹⁷ Entre los trabajos académicos publicados mientras estaba pendiente el caso ante la Corte ver e.g. GRECO (2017); KRIENER (2017); LIMA (2017); MESHEL (2017a); MESHEL (2017b); ROSSI (2017); VUČIĆ (2017); CORREA (2020); BAHIA (2021a); y BAHIA (2021b).

Nunca había ocurrido que la posición de uno de los litigantes haya mudado tanto en el transcurso del proceso⁹⁸, que el tribunal haya terminado por concluir que la disputa no tenía en gran medida objeto a la fecha de su fallo⁹⁹. ¿Qué provocó este cambio en la postura boliviana? Nada menos que los informes suministrados por los peritos durante el juicio. Carente de coherencia fáctica, el posicionamiento original de Bolivia se mostró insostenible judicialmente, por lo que no tuvo más opción que terminar por descartarlo¹⁰⁰. El resultado fue una sentencia que, de acuerdo con Tadesse Kebebew, dejó “a muchos perplejos”¹⁰¹.

Son varios los aspectos en los que la insuficiencia del fallo del tribunal en esta disputa se hace patente. Por ejemplo, la omisión de un pronunciamiento declaratorio sobre el carácter consuetudinario del artículo 2 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997, que define estos¹⁰². La decisión del tribunal de reconocer el derecho soberano de Bolivia de dismantelar canales y restaurar bofedales en su territorio, de conformidad al derecho internacional, tampoco fue un acierto. Esto podría llevar a que se hagan alteraciones de importancia en la morfología del Silala, así como en la cualidad y cantidad de sus aguas, produciendo un profundo impacto en la determinación de qué constituye un uso equitativo y razonable de estas para ambos estados¹⁰³. Otro punto deficiente de la sentencia de la Corte es el relativo a las obligaciones internacionales de notificar y consultar con otros estados ribereños las medidas que puedan tener efectos negativos en un curso de agua internacional, donde el tribunal optó por el criterio más estricto de perjuicio transfronterizo significativo, por sobre el más laxo de efecto adverso significativo¹⁰⁴. Con esto, el tribunal no clarificó ni fortaleció dichas obligaciones procesales, en ese supuesto¹⁰⁵.

⁹⁸ En cuanto a los cambios de Bolivia en su posición durante este proceso ver DEVANEY (2023) pp. 10-5.

⁹⁹ Ver DEVANEY (2023) p. 5.

¹⁰⁰ Ver DEVANEY (2023) pp. 5-6 & 15-8.

¹⁰¹ KEBEBEW (2023) p. 372.

Coincidiendo con Devaney, este autor constató la frustrante situación en la que quedaron los litigantes. Ver DEVANEY (2023) p. 19; y KEBEBEW (2023) p. 372.

¹⁰² Ver KEBEBEW (2023) p. 372. Ver también KEBEBEW (2023) pp. 373-4.

¹⁰³ Ver DEVANEY (2023) p. 19; y KEBEBEW (2023) p. 372.

Kebebew lamentó, correctamente, que el tribunal no se pronunciara sobre la petición chilena relativa a su utilización actual de las aguas del Silala, dejando de esta manera otro asunto sin resolver entre las partes.

Ver KEBEBEW (2023) p. 373.

¹⁰⁴ Dado que un estado ribereño podría implementar medidas de ese tipo sobre el curso de agua internacional respectivo, sin necesidad de notificarlas ni consultarlas a otros estados, en caso de que estas no alcancen el umbral de riesgo de perjuicio transfronterizo significativo, podría haber una disminución de la cooperación entre tales Estados.

Ver KEBEBEW (2023) p. 374.

¹⁰⁵ Estas obligaciones de notificar y consultar son una aplicación del deber de cooperar que tienen los estados ribereños de un curso de agua internacional.

Además de Devaney y Kebebew, otro autor que quedó disconforme con la sentencia de la Corte en la diferencia de Chile con Bolivia fue Tamar Meshel. Como bien señaló, el único asunto que el tribunal adjudicó es el relativo a las obligaciones de notificar y consultar medidas a realizarse en o alrededor de ese curso de agua internacional. Sin embargo, al hacerlo no ayudó a fomentar la cooperación internacional entre los estados ribereños. Incluso, añadió, podría haberla entorpecido¹⁰⁶. En lo concerniente al estándar más exigente de perjuicio transfronterizo significativo, adoptado en este caso por la Corte para el deber de notificar las medidas planeadas que tengan potenciales efectos adversos en otros estados ribereños, Meshel indicó que este no se condice con el tenor e historia del artículo 12 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997. Además, se confunde dicho estándar con la obligación de no causar daño significativo que establece el artículo 7 de ese tratado, cuyos umbrales de aplicación el tribunal ya había distinguido en su sentencia¹⁰⁷. Joseph Dellapenna, por su parte, también se manifestó en contra de la decisión del tribunal. En su opinión, la Corte solo les dejó cursada a las partes una invitación a negociar un uso equitativo y razonable para el Silala, lo cual puede tomar años antes de que se produzca. Eso, si es que ocurre¹⁰⁸. Corresponde agregar que, para que Bolivia y Chile se vieran en la necesidad de entrar en dicha negociación, se requiere un cambio eventual en la utilización de sus aguas. Como en el caso de la obligación de negociar un acceso soberano al Océano Pacífico, en el asunto de las aguas del Silala la Corte exhortó a los litigantes a aplicar el principio de cooperación, man-

Al respecto, Kebebew estuvo en desacuerdo con la naturaleza meramente convencional que la Corte le asignó a la norma contenida en el artículo 11 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997 (sobre información relativa a medidas planeadas), pero no se manifestó contrario al carácter consuetudinario que el tribunal le atribuyó a la norma del artículo 12 de dicho tratado (sobre notificación de medidas planeadas con posibles efectos adversos).

Ver *KEBEBEW* (2023) p. 374.

¹⁰⁶ Ver *MESHEL* (2023) pp. 51-4 & 70-1.

Para Meshel, la estrecha vinculación existente entre las obligaciones que establece el derecho internacional del agua hace que sea contraproducente calificarlas de sustantivas y procesales.

Ver *MESHEL* (2023) pp. 54-8.

Meshel, al igual que Kebebew, no estuvo conforme con la con la naturaleza exclusivamente convencional que la Corte le asignó a la norma del artículo 11 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997.

Ver *MESHEL* (2023) pp. 60-1, 63-7 & 69-70.

¹⁰⁷ De acuerdo a Meshel, “daño” se diferencia de “efectos adversos” no solo en cuanto a su gravedad, sino que también en relación con su carácter, puesto que el primer concepto es fáctico, mientras que el segundo es jurídico. Para Meshel, la obligación del artículo 12 de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997 involucraría, asimismo, el deber de realizar un estudio de impacto ambiental.

Ver *MESHEL* (2023) pp. 67-70.

¹⁰⁸ Ver *DELLAPENNA* (2023) pp. 76-7, 92, 93-4 & 101-2.

teniendo un diálogo que les permita encontrar soluciones de mutuo interés¹⁰⁹. Conociendo la historia de las relaciones boliviano-chilenas, el vaticinio de Dellapenna bien podría ser cierto, en las circunstancias antes señaladas¹¹⁰.

Si bien no todo es negativo en esta sentencia de la Corte, es indudable que su lectura frustra a cualquiera que la acometa, incluyendo sin duda a las partes en litigio¹¹¹. Como dijo Christopher Rossi, este fue un caso cubierto en sombras de matices¹¹². No por eso, merecía terminar en “una especie de sentencia”, como la llamó Dellapenna¹¹³. Y es que Devaney acierta al señalar que el asunto de las aguas del Silala no va a convertirse en un clásico del derecho internacional¹¹⁴. En lo tocante al futuro de las relaciones entre los estados litigantes en este caso, quedará sin respuesta la pregunta que, cada uno a su manera, dejaron planteada la jueza Hilary Charlesworth y el juez *ad hoc* Bruno Simma: ¿qué es exactamente lo que acordaron los litigantes durante este juicio, y qué derechos y obligaciones se siguen de estos acuerdos? El objetivo fundamental de una sentencia declaratoria es clarificar y estabilizar las relaciones jurídicas de las partes en un juicio. Para lograr esto, se proclaman los derechos de las partes de una manera definitiva y vinculante¹¹⁵. Una sentencia declaratoria en este caso habría removido la incertidumbre que se mantiene respecto de diversos aspectos referentes al río Silala, siendo de gran ayuda para las relaciones boliviano-chilenas. Por ahora, estas se mantendrán cubiertas por las sombras de matices que Rossi mencionara, parafraseando a Bruno Simma, en la declaración que anexara a la opinión consultiva sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo¹¹⁶.

¹⁰⁹ Ver SANGBANA (2023) pp. 1 & 2-3.

¹¹⁰ Para otras visiones críticas del fallo del tribunal en este caso, desde perspectivas distintas, ver SALAS y ZAVALA (2022); y SINDICO, MOVILLO y ECKSTEIN (2022).

¹¹¹ Aunque no lo reconozcan oficialmente estas últimas. Ver e.g. FUENTES y KLEIN KRANENBERG (2023) p. 48. Cf. ARAYA (2022).

¹¹² Ver ROSSI (2023) pp. 154-6 & 157.

¹¹³ DELLAPENNA (2023) p. 73.

¹¹⁴ Ver DEVANEY (2023) p. 19.

¹¹⁵ Si bien las sentencias declaratorias son utilizadas normalmente en el contexto de la responsabilidad internacional del estado, estas no se restringen a dicho ámbito.

Ver MCINTYRE (2016) pp. 179 & 181. Ver también Corte Permanente de Justicia Internacional, *FÁBRICA DE CHORZÓW...*, p. 20; y Corte Internacional de Justicia, *ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS...*, párrafo 45.

¹¹⁶ Ver ROSSI (2023) p. 154. Ver también *CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL RELATIVA A KOSOVO* (Juez Simma), párrafo 9.

El juez Bruno Simma habló ahí de “las grandes sombras de matices que permean todo el derecho internacional”. Para Christopher Rossi, estas también complican la comprensión de una disputa y, eventualmente, su solución.

CONCLUSIÓN

El cambio sustancial de la posición boliviana en el asunto de las aguas del Silala, y la consiguiente modificación de la chilena, llevaron a la Corte Internacional de Justicia a concluir que la mayoría de sus reclamaciones se habían quedado sin objeto. El tribunal, por tanto, no resolvió que el Silala es un río internacional, sino que constató la convergencia de las posiciones chilena y boliviana en torno a su carácter de tal, existente al momento de fallar esta controversia, independiente de donde procedan sus aguas. La Corte también verificó la coincidencia de posturas de las partes sobre las normas consuetudinarias aplicables al Silala, como a todo otro curso de agua internacional. Vale decir, las que establecen los principios de uso equitativo y razonable, y de no causar un daño significativo, y las obligaciones procesales de cooperación, notificación y consulta. Desde la perspectiva del derecho internacional del agua, la sentencia recaída en el asunto de Chile con Bolivia podría haber constituido un hito en su evolución histórica. Claramente no lo fue, por la inusual manera a través de la cual el tribunal falló este caso. Con todo, Chile obtuvo un reconocimiento judicial de la Corte sobre el carácter de río internacional del Silala, aunque de una manera indirecta, y no a través de la sentencia declaratoria buscada. Bolivia, en tanto, quedó impedida en los hechos de volver a desconocer la naturaleza de curso de agua internacional del Silala, tras esta sentencia. Esto, y poco más, es lo que consiguió Chile con el fallo del tribunal en el asunto de las aguas del Silala.

Para los interesados en el derecho internacional, lo más valioso de este caso no se encuentra en la sentencia de la Corte, sino que en la declaración de la jueza Hilary Charlesworth y en la opinión separada del juez *ad hoc* Bruno Simma. Ambos calificaron la aproximación del tribunal a las posturas de los litigantes en el asunto del Silala como “impresionista”, y criticaron la figura de convergencia de posiciones que utilizó en esta disputa, de la cual no hay precedentes en su jurisprudencia. La misma que llevó a la Corte a concluir que la controversia carecía de objeto, pero no a dictar la sentencia declaratoria solicitada por las partes, que indique en qué consiste el acuerdo alcanzado por estas, clarificando la relación entre Bolivia y Chile. De esta manera, el razonamiento jurídico-sustantivo más sugestivo del asunto de las aguas del Silala quedó fuera de esta sentencia del tribunal, cuya lectura no puede sino decepcionar a quien la emprenda.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA, José Ignacio (2022): “Acusaciones de ‘improvisación’ y ‘hermetismo’: las reacciones bolivianas ante el fallo de La Haya por el río Silala”, *La Tercera*. Disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/acusaciones-de-improvisacion-y-hermetismo-las-reacciones-bolivianas-ante-el-fallo-de-la-haya-por-el-rio-silala/T2QT7SQZTBH5R-PQTHX3EHAXW4A/> Fecha de consulta: 01/10/2023.
- BAHIA, Amael y NOTINI MOREIRA (2021a): “A definição de cursos d’água internacionais e o caso Silala”, en LIMA, Lucas Carlos, y FELIPPE, Lucas Mendes (eds.), *Cadernos de Direito*

- Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais* (Erechim, Rio Grande do Sul, Brasil, Editorial Deviant) pp. 103-133.
- BAHIA, Amael y NOTINI MOREIRA (2021b): “O direito dos cursos d’água internacionais e o caso Silala: aplicações do princípio do uso equitativo de recursos compartilhados e do princípio da cooperação”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 12, N° 2: pp. 1-33.
- BAZOBERRY, Antonio (2003): *El mito del Silala* (La Paz, Bolivia, Plural Editores).
- BUSTOS, Carlos (2004): *Chile y Bolivia. Un largo camino. De la independencia a Monterrey* (Santiago, Chile, RIL Editores).
- BUSTOS, Carlos (2018): *Diplomacia chilena. Una perspectiva histórica* (Santiago, Chile, RIL Editores).
- CORREA, Loreto (2020): “Aguas dulces entre Chile y Bolivia: el Silala en su laberinto”, *Relaciones Internacionales*, N° 45: pp. 163-182.
- CORREA, Loreto (2023): “Elementos finales para la comprensión del Caso Silala entre Chile y Bolivia”, *Aportes de la Comunicación y la Cultura*, N° 34: pp. 49-68.
- DELLAPENNA, Joseph (2023): “*The Dispute over the Status and Use of the Silala River (Chile v. Bolivia)*: The International Court of Justice Again Declines to Apply International Water Law”, *Wyoming Law Review*, vol. 23, N° 2: pp. 73-102.
- DEVANEY, James Gerard (2023): “The Role of Science and Expert Evidence in the ICJ’s *Silala* Judgment: How Bolivia’s Incoherent Claims Ran Up Against Reality”, *Questions of International Law*, N° 98: pp. 5-19.
- ESCOBARI, Jorge (2013): *Historia diplomática de Bolivia*, Tomo I (La Paz, Bolivia, Plural Editores).
- FIGUEROA, Uldaricio (2007): *La demanda marítima boliviana en los foros internacionales* (Santiago, Chile, RIL Editores).
- FUENTES, Ximena (2001): “Una nueva controversia con Bolivia: las aguas del río Silala”, en FUENTES, Ximena (ed.) *Estudios 1998-2000* (Santiago, Chile, Sociedad Chilena de Derecho Internacional).
- FUENTES, Ximena, y KLEIN KRANENBERG, Johanna (2023): “Chile’s Decision to Bring the *Silala* Case Before the International Court of Justice”, *Wyoming Law Review*, vol. 23, N° 2: pp. 39-48.
- GLASSNER, Martin Ira (1970): “The Rio Lauca: Dispute over an International River”, *Geographical Review*, vol. 60, N° 2: pp. 192-207.
- GRECO, Roberta (2017): “The Silala Dispute: Between International Water Law and the Human Right to Water”, *Questions of International Law*, N° 39: pp. 23-37.
- GUZMÁN ESCOBARI, Andrés (2015): *Un mar de promesas incumplidas: la historia del problema marítimo boliviano (1879-2015)* (La Paz, Bolivia, Plural Editores).
- GUZMÁN ESCOBARI, Andrés (2022): “Del ‘mito del Silala’ a la derrota de Evo en la CIJ”, *Página Siete*. Disponible en: <https://www.paginasiete.bo/opinion/columnistas/del-mito-del-silala-a-la-derrota-de-evo-en-la-cij-XD5489356> Fecha de consulta: 01/10/2023.
- INFANTE, María Teresa (2016): “Latin America and the International Court of Justice: The Pact of Bogotá”, en ALMEIDA, Paula WOJCIKIEWICZ, y SOREL, Jean-Marc (eds.), *Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law* (Abingdon, Reino Unido, Routledge) pp. 61-73.

- INFANTE, María Teresa (2017): “The Pact of Bogotá: Cases and Legal Challenges”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10: pp. 85-116.
- INFANTE, María Teresa (2012): “The Altiplano Silala (Siloli): A Watercourse under Scrutiny”, en HESTERMEYER, Holger, y otros (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum* (Leiden, Países Bajos, Martinus Nijhoff Publishers) pp: 901-917.
- KEBEBEW, Tadesse (2023): “Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v Bolivia): Is the International Court of Justice Falling Short?”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 31 N° 2: pp. 371-375.
- KRIENER, Florian (2017): “Determining an International Watercourse: The Dispute of Chile v. Bolivia concerning the Silala”, *Tribuna Internacional*, vol. 6, N° 12: pp. 1-17.
- LIMA, Lucas Carlos (2017): “The Silala Waters Dispute before the ICJ and the Law on the Use of International Rivers for Non-Navigational Purposes”, *Questions of International Law*, N° 39: pp. 1-3.
- LLANOS, Hugo (2013): “El caso del río Silala o Siloli. Diferendo chileno-boliviano”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 21: pp. 339-365.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2016): “El asunto de la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico. Comentario de la decisión sobre excepción preliminar de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 24 de septiembre de 2015”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N° 2: pp. 715-734.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2020): “El asunto de la obligación de negociar entre Bolivia y Chile. Comentario de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de fecha 1 de octubre de 2018”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 3: pp. 925-951.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2014): “La disputa marítima entre Perú y Chile. Comentario de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 27 de enero de 2014”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 3: pp. 1133-1153.
- MCCAFFREY, Stephen (2019): *The Law of International Watercourses: Non-Navigational Uses* (Oxford, Reino Unido, Oxford University Press).
- MCINTYRE, Juliette (2012): “Declaratory Judgements of the International Court of Justice”, *Hague Yearbook of International Law*, vol. 25: pp. 107-158.
- MCINTYRE, Juliette (2016): “The Declaratory Judgment in Recent Jurisprudence of the ICJ: Conflicting Approaches to State Responsibility?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, N° 1: pp. 179-195.
- MESHEL, Tamar (2017a): “A New Transboundary Freshwater Dispute before the International Court of Justice”, *Water International*, vol. 42, N° 1: pp. 92-96.
- MESHEL, Tamar (2023): “The Silala Judgment and the Duty to Cooperate in Customary International Water Law”, *Wyoming Law Review*, vol. 23, N° 2: pp. 51-71.
- MESHEL, Tamar (2017b): “What’s in a Name? The Silala Waters and the Applicability of International Watercourse Law”, *Questions of International Law*, N° 39: pp. 5-22.
- MINK, Hannah, y VONHOFE, Jenna (2023): “Introduction (to Transboundary Waters Special Issue)”, *Wyoming Law Review*, vol. 23, N° 2: pp. 13-35.

- MULLIGAN, Brendan, y ECKSTEIN, Gabriel (2011): “The Silala/Siloli Watershed: Dispute over the Most Vulnerable Basin in South America”, *International Journal of Water Resources Development*, vol. 27, N° 3: pp. 595-606.
- ROSSI, Christopher (2021): *Remoteness Reconsidered: The Atacama Desert and International Law* (Ann Arbor, EE.UU., University of Michigan Press).
- ROSSI, Christopher (2023): “Shadings of Nuance: Contextualizing a “Convergence of Opinion” Regarding a River Located in the Imaginarium of the Western Mind”, *Wyoming Law Review*, vol. 23, N° 2: pp. 153-171.
- ROSSI, Christopher (2017): “The Transboundary Dispute over the Waters of the Silala/Siloli: Legal Vandalism and Goffmanian Metaphor”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 53, N° 1: pp. 55-88.
- REMIRO BROTONS, Antonio (2018): “The Pact of Bogotá in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, en SOBENES, Edgardo, y SAMSON, Benjamin (eds.), *Nicaragua before the International Court of Justice: Impacts on International Law* (Berlín, Alemania, Springer Verlag) pp. 143-178.
- ROSENBLUM, Zoe, y WOLF, Aaron (2023): “Implications of *Chile v. Bolivia* for Transboundary Wetlands”, *Wyoming Law Review*, vol. 23, N° 2: pp. 117-126.
- SALAS, Benjamín, y ZAVALA, Elisa (2022): “The Silala Case: Was Justice Served?”, *EJIL: Talk!*. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/the-silala-case-was-justice-served/> Fecha de consulta: 01/10/2023.
- SANGBANA, Komlan (2023): “Introductory Note to the Dispute Over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bol.) (I.C.J.)”, *International Legal Materials*, vol. 62, N° 5: pp. 1-4.
- SINDICO, Francesco, MOVILLO, Laura, y ECKSTEIN, Gabriel (2022): “Preliminary Reflections on the ICJ Decision in the Dispute between Chile and Bolivia over the Status and Use of the Waters of the Silala”, *EJIL: Talk!*. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/preliminary-reflections-on-the-icj-decision-in-the-dispute-between-chile-and-bolivia-over-the-status-and-use-of-the-waters-of-the-silala/> Fecha de consulta: 01/10/2023.
- TANZI, Attila, y ARCARI, Maurizio (2001): *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses: A Framework for Sharing* (La Haya, Países Bajos, Kluwer Law International).
- TOMASEK, Robert (1967): “The Chilean-Bolivian Lauca River Dispute and the O.A.S.”, *Journal of Inter-American Studies*, vol. 9, N° 3: pp. 351-366.
- TREMOLADA, Eric, y VELA, Bernardo (2019): *Paradojas de las controversias territoriales latinoamericanas. Entre el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Internacional y la constitucionalización del territorio* (Bogotá, Colombia, Universidad Externado).
- UN Environment Programme (2007): “Hydropolitical Vulnerability and Resilience along International Waters: Latin America and the Caribbean”, pp. 64-66. Disponible en: <https://www.unep.org/resources/report/hydropolitical-vulnerability-and-resilience-along-international-waters-latin> Fecha de consulta: 01/10/2023.
- VUČIĆ, Mihajlo (2017): “Silala Basin Dispute - Implications for the Interpretation of the Concept of International Watercourse”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, vol. 65, N° 4: pp. 91-111.

INSTRUMENTOS CITADOS

TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACÍFICAS (30 de abril de 1948).

ESTATUTO DEL RÍO URUGUAY (26 de febrero de 1975).

TRATADO RELATIVO A LA CONSTRUCCIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE LA REPRESA DE GABČÍKOVO-NAGYMAROS (16 de septiembre de 1977).

CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN (21 de mayo de 1997).

JURISPRUDENCIA CITADA

CONCESIONES MAVROMMATIS EN PALESTINA, GRECIA C. REINO UNIDO (1924): Corte Permanente de Justicia Internacional, 30 de agosto de 1924 (decisión sobre excepción preliminar).

CIERTOS INTERESES ALEMANES EN LA ALTA SILESIA POLACA, ALEMANIA C. POLONIA (1926): Corte Permanente de Justicia Internacional, 26 de mayo de 1926 (sentencia de fondo).

FÁBRICA DE CHORZÓW, ALEMANIA C. POLONIA (1927): Corte Permanente de Justicia Internacional, 16 de diciembre de 1927 (interpretación de las sentencias N° 7 y 8).

ZONAS FRANCAS DE LA ALTA SAVOYA Y DEL PAÍS DE GEX, FRANCIA/SUIZA (1929): Corte Permanente de Justicia Internacional, 19 de agosto de 1929 (ordenanza).

ZONAS FRANCAS DE LA ALTA SAVOYA Y DEL PAÍS DE GEX, FRANCIA/SUIZA (1930): Corte Permanente de Justicia Internacional, 6 de diciembre de 1930 (ordenanza).

DESVIACIÓN DE LAS AGUAS DEL MOSA, BÉLGICA C. PAÍSES BAJOS (1937): Corte Permanente de Justicia Internacional, 28 de junio de 1937 (sentencia de fondo).

SOCIEDAD COMERCIAL DE BÉLGICA, BÉLGICA C. GRECIA (1939): Corte Permanente de Justicia Internacional, 15 de junio de 1939 (sentencia de fondo).

ESTRECHO DE CORFÚ, REINO UNIDO C. ALBANIA (1949): Corte Internacional de Justicia, 9 de abril de 1949 (sentencia de fondo).

CAMERÚN SEPTENTRIONAL, CAMERÚN C. REINO UNIDO (1963): Corte Internacional de Justicia, 2 de diciembre de 1963 (decisión sobre excepción preliminar).

PLATAFORMA CONTINENTAL DEL MAR DEL NORTE, ALEMANIA/DINAMARCA Y ALEMANIA/PAÍSES BAJOS (1969): Corte Internacional de Justicia, 20 de febrero de 1969 (sentencia de fondo).

COMPETENCIA EN MATERIA DE PESQUERÍAS, REINO UNIDO C. ISLANDIA (1974): Corte Internacional de Justicia, 25 de julio de 1974 (sentencia de fondo).

ENSAYOS NUCLEARES, AUSTRALIA C. FRANCIA (1974): Corte Internacional de Justicia, 20 de diciembre de 1974 (opinión disidente de los jueces Hardy Dillard, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Charles Onyeama y Humphrey Waldock).

ENSAYOS NUCLEARES, AUSTRALIA C. FRANCIA (1974): Corte Internacional de Justicia, 20 de diciembre de 1974 (sentencia de fondo).

ENSAYOS NUCLEARES, NUEVA ZELANDA C. FRANCIA (1974): Corte Internacional de Justicia, 20 de diciembre de 1974 (sentencia de fondo).

ACCIONES ARMADAS FRONTERIZAS Y TRANSFRONTERIZAS, NICARAGUA C. HONDURAS (1988): Corte Internacional de Justicia, 20 de diciembre de 1988 (decisión sobre excepción preliminar).

- PROYECTO GABČÍKOVŔ-NAGYMAROS, HUNGRÍA/ESLOVAQUIA* (1997): Corte Internacional de Justicia, 25 de septiembre de 1997 (sentencia de fondo).
- COMPETENCIA EN MATERIA DE PESQUERÍAS, ESPAÑA C. CANADÁ* (1998): Corte Internacional de Justicia, 4 de diciembre de 1998 (decisión sobre excepción preliminar).
- ORDEN DE ARRESTO DEL 11 DE ABRIL DE 2000, CONGO C. BÉLGICA* (2002): Corte Internacional de Justicia, 14 de febrero de 2002 (sentencia de fondo).
- LEGALIDAD DEL USO DE LA FUERZA, SERBIA Y MONTENEGRO C. BÉLGICA* (2004): Corte Internacional de Justicia, 15 de diciembre de 2004 (decisión sobre excepción preliminar).
- DISPUTA TERRITORIAL Y MARÍTIMA, NICARAGUA C. COLOMBIA* (2007): Corte Internacional de Justicia, 13 de diciembre de 2007 (excepciones preliminares).
- PLANTAS DE CELULOSA SOBRE EL RÍO URUGUAY, ARGENTINA C. URUGUAY* (2010): Corte Internacional de Justicia, 20 de abril de 2010 (sentencia de fondo).
- CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INDEPENDENCIA RELATIVA A KOSOVO* (2010): Corte Internacional de Justicia, 22 de julio de 2010 (declaración del juez Bruno Simma).
- INMUNIDADES JURISDICCIONALES DEL ESTADO, ALEMANIA C. ITALIA* (2012): Corte Internacional de Justicia, 3 de febrero de 2012 (sentencia).
- OBLIGACIÓN DE JUZGAR O EXTRADITAR, BÉLGICA C. SENEGAL* (2012): Corte Internacional de Justicia, 20 de julio de 2012 (sentencia de fondo).
- DISPUTA FRONTERIZA, BURKINA FASO/NÍGER* (2013): Corte Internacional de Justicia, 16 de abril de 2013 (sentencia de fondo).
- DISPUTA MARÍTIMA, PERÚ C. CHILE* (2014): Corte Internacional de Justicia, 27 de enero de 2014 (sentencia de fondo).
- OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR UN ACCESO AL OCEANO PACÍFICO, BOLIVIA C. CHILE* (2015): Corte Internacional de Justicia, 24 de septiembre de 2015 (decisión sobre excepción preliminar).
- CIERTAS ACTIVIDADES LLEVADAS A CABO POR NICARAGUA EN LA ZONA FRONTERIZA, COSTA RICA C. NICARAGUA, Y CONSTRUCCIÓN DE UNA CARRETERA EN COSTA RICA A LO LARGO DEL RÍO SAN JUAN, NICARAGUA C. COSTA RICA* (2015): Corte Internacional de Justicia, 16 de diciembre de 2015 (sentencia de fondo).
- DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS MARINAS DESDE LA COSTA NICARAGÜENSE, NICARAGUA C. COLOMBIA* (2016): Corte Internacional de Justicia, 17 de marzo de 2016 (decisión sobre excepción preliminar).
- OBLIGACIONES RESPECTO DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE LA CESACIÓN DE LA CARRERA DE ARMAMENTOS NUCLEARES Y EL DESARME NUCLEAR, ISLAS MARSHALL C. INDIA* (2016): Corte Internacional de Justicia, 5 de octubre de 2016 (sentencia).
- OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR UN ACCESO AL OCEANO PACÍFICO, BOLIVIA C. CHILE* (2018): Corte Internacional de Justicia, 1 de octubre de 2018 (sentencia de fondo).
- INMUNIDADES Y PROCEDIMIENTOS PENALES, GUINEA ECUATORIAL C. FRANCIA* (2020): Corte Internacional de Justicia, 11 de diciembre de 2020 (sentencia de fondo).
- ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS DEL SILALA* (2022): Corte Internacional de Justicia, 1 de diciembre de 2022 (declaración de la jueza Hilary Charlesworth).
- ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS DEL SILALA* (2022): Corte Internacional de Justicia, 1 de diciembre de 2022 (declaración del juez Peter Tomka).

ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS DEL SILALA (2022): Corte Internacional de Justicia, 1 de diciembre de 2022 (opinión separada del juez *ad hoc* Bruno Simma).

ESTATUS Y USO DE LAS AGUAS DEL SILALA (2022): Corte Internacional de Justicia, 1 de diciembre de 2022 (sentencia de fondo).

EN ESTE NÚMERO

■ EDITORIAL

BOCKSANG HOLA, Gabriel: *La Revista Chilena de Derecho en su Quincuagésimo Aniversario*

■ ESTUDIOS

Derecho Público

FERNANDA GÓMEZ, Rosa: *Régimen de protección de la legalidad urbanística*

GONZÁLEZ RINCÓN, Ana Cristina: *Las reparaciones a los derechos humanos del ombudsperson mexicano a través de sus recomendaciones (1990-2019): una confluencia jurídica nacional e interamericana*

Derecho Civil

UGARTE VIAL, Fernando: *Nulidad de sentencias firmes: hacia una relectura de la impugnación de la cosa juzgada*

Derecho Procesal

RIED UNDURRAGA, Ignacio: *El efecto erga omnes de la sentencia de la acción de protección: un análisis desde el derecho procesal*

Derecho Tributario

IRRIBARRA SOBARZO, Eduardo: *La intención de eludir en la norma general antielusión chilena: crítica a la concepción objetiva*

Derecho Laboral

FEDDERSEN, Mayra y MORALES, Antonio: *¿Cómo se articulan las políticas migratorias y laborales para regular el trabajo extranjero?*

■ RECENSIONES

ENCINAS, Gabriel: *Núñez, Jorge Emilio (2024): Cosmopolitanism, State Sovereignty and International Law and Politics: A Theory (Abingdon y Nueva York, Routledge) 202+xiv pp.*

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián: *La disputa sobre las aguas del Silala entre Chile y Bolivia. Comentario de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de fecha 1 de diciembre de 2022*