



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO[®]

■ ESTUDIOS

Derecho Civil
Derecho Romano
Derecho Procesal
Teoría del Derecho
Derecho Político
Derecho Penal y Criminología
Filosofía del Derecho y Derecho Natural
Derecho Tributario y Económico

■ RECENSIONES

■ ENSAYOS

■ COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

2019 • Septiembre - Diciembre • Vol. 46 - N° 3

REVISTA CHILENA DE
DERECHO[®]

Pontificia Universidad Católica de Chile

COMITÉ EDITORIAL

Enrique Alcalde Rodríguez (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Etienne Picard** (Université de Paris I, Panthéon, Sorbonne) - **Félix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **Pierre Bon** (Université de Pau) - **Bernardino Bravo Lira** (Universidad de Chile) - **Amelia Castresana** (Universidad de Salamanca, España) - **José Luis Cea Egaña** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Hernán Corral Talciani** (Universidad de los Andes, Chile) - † **Enrique Cury Urzúa** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Ramón Domínguez Águila** (Universidad de Concepción) - **Carmen Domínguez Hidalgo** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Arturo Fernandois Vöhringer** (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Alejandro Guzmán Brito** (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) - † **Franck Moderne** (Université de Paris I, Panthéon, Sorbonne) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **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) - **Arturo Yrarrázaval Covarrubias** (Pontificia Universidad Católica de Chile).

Director

Álvaro Paúl Díaz

Cristóbal García-Huidobro Becerra

Coordinador General

José Erick Chávez Marín

Francisco Rubio Varas

Ayudantes de Redacción

Américo Ibarra Erpel

Luciano Zúñiga García

Ayudantes de la Edición Electrónica

María José Gómez Álvarez

Bibliotecóloga de Investigación y
Publicación

Andrea Valenzuela Niemann

Secretaria de la Revista

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

Esta Revista ha contado con el apoyo del Fondo de Publicaciones Periódicas de Bibliotecas UC.

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

Índices de impacto: Journal Citation Reports.

Social Sciences Edition (JCR), SCImago Journal & Country Rank (SJR). Bases de datos bibliográficas: Web of Sciences - Social Sciences Citation Index, Scopus - Social Sciences & Humanities, JSTOR, HeinOnline, Dialnet, DOAJ, Latindex (catálogo y directorio) y Scielo-Chile.

La Revista Chilena de Derecho[®] es una marca registrada. ISSN 0716-0747 (versión papel)

ISSN 0718-3437 (versión on-line en <http://www.scielo.cl>)

ISBN 978-956-14-1515-7

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

Teléfonos: (+56) 2 2354-2961

Correo electrónico de la Redacción: redaccionrhd@uc.cl

Ventas y suscripciones: ventasrhd@uc.cl

<http://www.revistachilenadederecho.uc.cl>

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

Impresión: Equipo Gráfico Impresores

ÍNDICE

Volumen 46 N° 3

■ EDITORIAL

PAÚL, Álvaro: *Derechos humanos y obligación de usar la fuerza. A propósito de la crisis de orden público de 2019* [633-641]

■ ESTUDIOS

Derecho Civil

BANFI DEL RÍO, Cristian: *Riesgos en la aplicación del principio precautorio en responsabilidad civil y ambiental* [643-667]

Derecho Romano

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo: *Re obligamur, cum res IPSA intercedit? Sobre el así llamado contrato real en Modestino* [669-689]

Derecho Procesal

BRAVO HURTADO, Pablo Raúl: *La “manifiesta falta de fundamento” chilena en perspectiva comparada: buena fe en los recursos* [691-716]

DELGADO, Jordi; PALOMO, Diego; ACEVEDO, René: *La motivación de la sentencia en el procedimiento monitorio laboral: ¿una concesión graciosa del órgano jurisdiccional?* [717-739]

MACHADO MARTINS, Priscila: *La cosa juzgada material secundum eventum probationis en la acción constitucional de protección* [741-764]

Teoría del Derecho

VILLALONGA, Cristian: *Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neo-constitucionalismo* [765-789]

Derecho Político

GONZÁLEZ, María de los Ángeles: *Repesando el testimonio: la distancia entre agente y producto* [791-819]

Derecho Penal y Criminología

MAÑALICH R., Juan Pablo: *Inicio de la tentativa y oportunidad para la acción* [821-844]

ROJAS, Luis Emilio: *Dimensiones del principio de solidaridad: un estudio filosófico* [845-868]

Filosofía del Derecho y Derecho Natural

BURITICÁ ARANGO, Esteban David: *Interpretación constitucional, control judicial de la ley y desacuerdos* [869-891]

Derecho Tributario y Económico

FERRANTE, Alfredo: *La jerarquía de remedios en la compraventa de consumo a partir de sus límites civiles y tributarios* [893-921]

■ RECENSIONES

ALCALDE ARAYA, Carlos: *Cárdenas Villarreal, Hugo y Reveco Urzúa, Ricardo (2018). Remedios contractuales - Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito (Santiago, Thomson Reuters) 639 pp.* [923-926]

PÉREZ, Diego: *Navas Mondaca, Iván (2018) Deberes negativos y positivos en Derecho Penal. Sobre los deberes de solidaridad y cooperación en un Estado liberal (Valencia, Tirant Lo Blanch) 96 pp.* [927-929]

VIDAL, José Antonio: *Reseña a la crítica al discurso de los derechos humanos. El origen de Julio Alvear Téllez* [930-931]

ROBERT VALDÉS, Luis Alfonso: *Cuadernos de Londres* [932-935]

■ ENSAYOS O CRÓNICAS

CHÁVEZ HERNÁNDEZ, Efrén: *XX congreso general de la academia internacional de Derecho comparado (Fukuoka 2014)* [937-944]

■ COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

ROBERTO GARZA BARBOSA: *Takeda v. Rimsa. México, el convenio de París, el ADPIC y el TCP* [945-969]

FABIÁN GONZÁLEZ: *Imputación objetiva de los daños por incumplimiento contractual* [971-986]



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

2019 • Septiembre - Diciembre • Vol. 46 - N° 3

EDITORIAL

DERECHOS HUMANOS Y OBLIGACIÓN DE USAR LA FUERZA. A PROPÓSITO DE LA CRISIS DE ORDEN PÚBLICO DE 2019

En febrero de este año, la Revista Chilena de Derecho cumplió 45 años. A pesar de estos varios lustros de vida, probablemente nunca en su historia el trabajo del Comité Editorial se había visto tan afectado por la pérdida del orden público nacional como en estos últimos meses de 2019. En este período se alteró el quehacer profesional, universitario y de todo otro orden en el país, pues junto con manifestaciones legítimas solicitando reformas, grupos violentistas han actuado casi impunemente en contra del bien común. Estos han dañado gravemente decenas de estaciones del metro de Santiago, destruido y quemado bienes públicos y privados (hospitales, iglesias, locales comerciales, monumentos, universidades, juzgados, automóviles, etc.)¹, desafiando la legislación y violando los derechos humanos de los habitantes de nuestra patria. Esta situación ha forzado que los lugares de trabajo suspendan sus actividades o funcionen solo a tiempo parcial, y ha hecho que se pierdan miles de puestos de trabajo. Frente a esta situación, el Gobierno ha accedido a muchas de las peticiones que se le han hecho, incluyendo reformas legales y un plebiscito para cambiar la Constitución, a pesar de que ello implique modificar su programa de gobierno para hacerlo más similar al de los vencidos en las recientes elecciones democráticas.

En esta situación de crisis, muchos se han referido a las violaciones a los derechos humanos cometidas por parte de las instituciones de orden y seguridad, pero poco se ha hablado de los derechos humanos de los afectados por los hechos de violencia ya descritos, o de la obligación estatal de usar la fuerza para proteger el orden público y los derechos humanos. Atendido que en otras ocasiones las editoriales de la Revista han buscado contribuir al debate nacional², consideramos que este es un momento adecuado para volver a hacerlo. Por eso, sin restarle importancia al tema de las violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes estatales, haremos referencia a los temas infravalorados en la discusión pública.

VIOLACIONES COMETIDAS POR PRIVADOS Y DEBERES DEL ESTADO

Antes de entrar de lleno al tema de este editorial, debe corregirse una visión inadecuada sobre los derechos humanos. Muchos piensan que solo los agentes del Estado pueden violarlos, pero los privados también pueden hacerlo (incluso pueden llegar a cometer crímenes de lesa humanidad). Tanto nuestra Constitución como los tratados internacionales sobre la materia garantizan una serie de derechos humanos pertenecientes a toda persona, sin prescribir nada en relación con el agente que los viola. En otras palabras, los derechos humanos se tienen *erga omnes*, por lo que cualquier entidad puede violarlos (ello, sin per-

¹ LA TERCERA (18/12/2019) pp. 2 y 3.

² Por ejemplo, VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2011): "Editorial. Derecho y Violencia", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2: 215-216.

juicio de que pueda considerarse que son más graves las violaciones cometidas por el Estado). La jurisprudencia nacional, e incluso la internacional, permite hacer dicha afirmación. En relación con la primera, basta con ver quienes son los recurridos en parte significativa de los recursos de protección, acción que busca proteger derechos humanos (aunque la Constitución chilena no use ese término³). Incluso la jurisprudencia internacional permite afirmar lo anterior, a pesar de que los tratados relevantes buscan regular principalmente a los Estados. Ejemplos de ello se observan cuando tribunales sancionan a Estados por no haber garantizado los derechos humanos frente a particulares, o al hacer referencia a tendencias actuales como las de derechos humanos y empresas⁴.

Es entendible, en todo caso, que se genere esta confusión sobre si los particulares pueden o no violar los derechos humanos, pues varios factores inciden en ella. El primero es que algunos derechos humanos pueden ser violados solo por los Estados (como la prohibición de irretroactividad de la ley penal), o se protegen en forma diferenciada frente a la acción estatal (como la prohibición de establecer diferencias arbitrarias). Un segundo factor es que las normas que protegen los derechos humanos no están catalogadas como tales en el plano interno, sino que se establecen en leyes ordinarias como el Código Penal, el laboral o en leyes especiales. No obstante, por ejemplo, todo crimen que afecte a una persona atenta contra un bien jurídico que puede identificarse con un derecho humano. Otro elemento que suele confundir a las personas es que los privados autores de violaciones a los derechos humanos no responden internacionalmente (salvo que sus actos constituyan crímenes como los regulados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional), a diferencia de lo que ocurre cuando el Estado los viola, ya sea directamente, o por no garantizar que los particulares ejerzan sus derechos humanos sin afectaciones de terceros.

Esto último nos lleva a recordar que el Estado tiene, al menos, dos obligaciones generales en la materia: la de “respetar” los derechos humanos y la de “garantizar” que individuos privados no los violen⁵. La primera obligación significa que el Estado no puede violar a través de sus agentes los derechos humanos (la acción de un agente público se imputa al Estado, sin perjuicio de que aquel responda criminal, administrativa o civilmente en forma individual). La segunda obligación, la de garantizar, exige que el Estado cuente con un sistema de prevención, investigación y sanción de las violaciones a los derechos humanos. En un Estado funcional, lo normal será que dicho sistema opere adecuadamente, sin que sea necesario adoptar medidas adicionales. En cambio, en un Estado sometido a una presión y violencia inusitada, como ocurrió en Chile a partir del 18 de octubre, se deben tomar medidas excepcionales para cumplir con el deber de garantizar los derechos humanos frente a la acción de privados. Por eso, el ordenamiento jurídico nacional e internacional permiten declarar estados de excepción, en los que pueden suspenderse o restringirse ciertos derechos

³ Solo se utiliza ese término para decir que el terrorismo es contrario a los derechos humanos. Art. 9, Constitución Política de la República de Chile.

⁴ Véanse, por ejemplo, *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 261, pp. 139-154, y *Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam* (2015): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 309, pp. 223-224.

⁵ Véanse, por ejemplo: Art. 2, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966), y Art. 1, CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969).

humanos⁶, como ocurrió recientemente en nuestro país con las libertades de locomoción y reunión durante el estado de excepción de emergencia.

OBLIGACIÓN ESTATAL DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

Sin ser el tema principal de este editorial, haremos una breve referencia a las alegaciones de que el Estado violó los derechos humanos de los manifestantes durante esta crisis. Tanto personajes públicos como órganos nacionales e internacionales se han referido a estas violaciones a los derechos humanos que habrían ocurrido en Chile. Dichas acusaciones aún no se encuentran probadas por tribunales, pero sería difícil dudar que agentes del Estado hayan cometido vulneraciones, como suele ocurrir en este tipo de situaciones excepcionales. Los tribunales tendrán que analizar cada una de estas acusaciones. Al hacerlo, deben distinguir entre las acusaciones que se refieren al actuar estatal al controlar desmanes y detener personas, y las que apuntan al momento en que las personas ya están detenidas.

Respecto de estas últimas, es relativamente fácil identificar violaciones. Un mecanismo para auxiliar a los tribunales en esta tarea es la de verificar si la persona, al momento de ser detenida, no contaba con lesiones, para luego contrastar dicha situación con el estado de la persona una vez puesta en libertad. Si un detenido fue torturado o sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, se violaron sus derechos humanos y debe sancionarse a los culpables. Los malos tratos deben alcanzar un umbral de gravedad para caber dentro de las categorías de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes, pues no cualquier tratamiento reprochable puede considerarse una violación a los derechos humanos (en el sentido consagrado internacionalmente). El Ministerio Público tiene el deber de investigar y de tratar de probar que se cometieron tales actos.

Es más complejo determinar que el Estado haya violado los derechos humanos al momento de controlar desmanes y detener personas. Calificar un uso de la fuerza estatal como abusivo dependerá de lo que los agentes estatales deban hacer para cumplir con su deber de garantizar los derechos humanos de los ciudadanos frente a los actos violentos de terceros (los que no solo incluyen atentar contra la integridad de los demás, sino que también, por ejemplo, impedir el libre tránsito instalando barricadas en la calle o, incluso, cuando se utiliza la calzada de una calle para una manifestación no autorizada). Hay que recordar que, aunque el Estado tiene la prohibición de abusar de la fuerza, tiene la obligación de usarla para resguardar los derechos humanos, conservar el orden público y el proteger bien común. Además, debe considerarse la amenaza que se está enfrentando. En el caso de la crisis de octubre, ya en las primeras semanas de caos, la violencia afectó en forma grave las actividades de la ciudadanía (y parte de eso continúa), lo que motivó ocho días de toque de queda en Santiago⁷. Hasta el momento van 24 personas muertas⁸, lo que constituye una gran tragedia y, hasta donde se sabe en estos momentos, una veintena falleció como consecuencia de las

⁶ Estos estados de excepción están regulados entre los artículos 39 y 45 de la Constitución Política de la República de Chile. En materia de tratados, véanse, por ejemplo: Art. 4, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966) y Art. 27, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969).

⁷ LA TERCERA (18/12/2019) p. 2.

⁸ LA TERCERA (18/12/2019) p. 3.

acciones de violentistas. Según el Ministerio del Interior, más de tres mil agentes encargados de resguardar el orden público y unos mil trescientos civiles han sido objeto de lesiones de diversa gravedad, aunque se dice que los lesionados entre estos últimos pueden ser muchos más⁹. La destrucción de bienes públicos y privados ha sido devastadora, afectando servicios indispensables, como el transporte y la alimentación. Por último, hubo quienes pensaron que el derecho de reunión se mantenía inalterado durante los estados de emergencia, y salieron a manifestarse, prestando involuntariamente amparo a los violentistas que, confundidos con los manifestantes y descolgándose de la protesta, seguían —y siguen— causando destrozos. La ponderación de estos elementos al determinar si ciertos agentes abusaron de la fuerza es difícil, y debe realizarse por las autoridades competentes, bajo la eventual supervisión de los tribunales. Cualquier otro órgano no podrá más que dar simples opiniones.

OPINIONES NO JUDICIALES SOBRE EL RESPETO ESTATAL A LOS DERECHOS HUMANOS

Varias instituciones nacionales e internacionales han dado sus pareceres sobre el actuar estatal y su respeto —o falta de respeto— a los derechos humanos. Respecto de las primeras, el órgano más activo ha sido el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el que ya ha presentado bastantes acciones judiciales, por lo que solo resta esperar a ver qué se determina en cada caso concreto. Por esto, frente al debate público nacional, solo parece necesario referirse al frecuente uso de la expresión “generalizados y sistemáticos” para describir las violaciones a los derechos humanos imputadas al Estado. El Derecho internacional utiliza tal expresión al definir los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma¹⁰. Lo mismo hace la ley nacional que tipifica crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra¹¹. Por lo tanto, el uso de dicha expresión en el debate nacional se hizo para insinuar o acusar a las autoridades públicas de cometer un delito de lesa humanidad al tolerar cierto uso de la fuerza pública. Tales acusaciones son infundadas, pues los delitos de lesa humanidad requieren que los actos que se cometan (tortura, desaparición de personas, u otros similares) causen intencionalmente grandes sufrimientos y que, además, constituyan una política del Estado o un intento por promoverla. En cambio, en Chile hay mayoritariamente un Estado de Derecho, un orden institucional democrático, y no existe una política de dañar la integridad de las personas, sino que un intento —en ocasiones inadecuado— por detener la reciente violencia extrema cometida por privados. Con ello, se busca cumplir el deber estatal de garantizar el Estado de Derecho y asegurar que las personas respeten los derechos humanos de los demás.

Respecto de opiniones de instituciones internacionales, ha habido dos ONGs de alcance universal (Amnistía Internacional y *Human Rights Watch*), y dos órganos de instituciones gubernamentales internacionales (la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Uni-

⁹ LA TERCERA (18/12/2019) pp. 2 y 3.

¹⁰ Art. 7, ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (1998).

¹¹ LEY N° 20.357 (18/07/2009), Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra.

das para los Derechos Humanos, de la ONU, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la OEA) que se han referido a la situación de Chile¹². No desmerecemos su trabajo, especialmente considerando que es extremadamente probable que agentes estatales hayan violado los derechos humanos. Sin embargo, sus conclusiones no pueden ser consideradas como una historia fidedigna y aceptada transversalmente. En efecto, unos más y otros menos, los órganos nombrados elaboran informes con medios insuficientes y buscan analizar una situación general, resultándoles imposible ponderar adecuadamente cada caso del modo en que pueden y deben hacer los tribunales de justicia, con pleno respeto a los principios del debido proceso. Además, la ONU, la OEA y sus órganos relacionados se rigen por el principio de la no intervención en los asuntos internos de los Estados, por lo que no pueden instalarse en un país e intentar reemplazar a la institucionalidad interna, por lo que sus informes no pueden sino ser generales. Por otro lado, tanto las ONGs como los cuerpos de organismos internacionales adoptan definiciones que no son únicamente técnicas, y que dependen de posiciones y políticas fijadas por sus autoridades, por ejemplo, pueden definir si prefieren pecar por exceso o por defecto al momento de redactar sus informes o si deciden apoyar iniciativas que van más allá del objeto de sus reportes (como ocurrió con la idea de establecer una nueva Constitución). Por todo lo anterior, el valor de los informes de ONGs y de otros órganos debe juzgarse en su mérito, analizando cuál fue su proceso de toma de decisiones. En otras palabras, tales informes no pueden ser aceptados como autoritativos sin más.

No debe extrañarnos que órganos internacionales comenten sobre el acontecer en Chile, pues el Derecho internacional tiene mucho que decir en materia de derechos humanos. En efecto, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes son claros al prohibir actos como privar de la vida arbitrariamente, someter a las personas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, detenerlas sin motivo justificado, coartar la libertad de expresión y violar el debido proceso. Sin embargo, el Derecho internacional impone obligaciones generales, que deben ser interpretadas por los Estados parte. Estas obligaciones también son interpretadas por órganos internacionales, pero tales lecturas son solo opiniones o recomendaciones abstractas. Algunas de estas interpretaciones, en materia del uso de armas por parte del Estado, son las siguientes: el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1979)¹³, las Directrices para la Aplicación Efectiva del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1989)¹⁴, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1990)¹⁵ y la reciente *United Nations*

¹² LA TERCERA (14/12/2019) pp. 2 y 3.

¹³ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", 34/169 (17 de diciembre de 1979).

¹⁴ NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: "Directrices para la Aplicación Efectiva del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley", 1989/61 (24 de mayo de 1989).

¹⁵ OCTAVO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE: "Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley" (La Habana, 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990).

Human Rights Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement (2019)¹⁶. Sin embargo, estos instrumentos constituyen solo opiniones, comentarios y exégesis que tratan de aplicar el Derecho internacional más en detalle. Los Estados deben tenerlas en consideración al interpretar los tratados, pero no son obligatorias y nunca reemplazarán el juicio prudencial que hagan los órganos de seguridad en un caso concreto.

OBLIGACIÓN ESTATAL DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS

La obligación estatal de proteger los derechos humanos tiene por consecuencia que el Estado debe usar la fuerza legítima contra las personas que ejercen la violencia ilegítima y contra quienes colaboran con ellas, aunque sea en forma inadvertida (por ejemplo, facilitándoles un ambiente en el cual operar). Si el Estado, pudiendo evitarlo, permite que privados violen los derechos fundamentales de otros, estará vulnerando sus obligaciones nacionales e internacionales. Aquí, debe recalarse que la mayoría de los autores afirma que no existe jerarquía entre los derechos humanos, por lo que la utilización de la fuerza puede y debe aplicarse no solo para impedir violaciones a las garantías más básicas de las personas, sino que también a otros derechos humanos, como podrían ser la libertad de tránsito y la propiedad. El grado de fuerza que se utilice para evitar estas violaciones debe ser apreciado prudencialmente por la autoridad legítima, siguiendo principios como el de la legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Los agentes estatales podrán, muchas veces, tomar fácilmente decisiones sobre el grado de fuerza que deben utilizar para proteger los derechos humanos y el orden público. Por ejemplo, será desproporcionado usar la fuerza letal para proteger el derecho a la privacidad de una persona, y será proporcionado usarla para proteger la vida. Sin embargo, hay casos más difíciles. En principio, se pensaría que es desproporcionado usar la fuerza letal para proteger la propiedad, pero hay ámbitos en que formalmente está comprometido el derecho de propiedad, pero este incide en un conjunto de otros derechos humanos muy sustantivos. Por ejemplo, podría usarse la fuerza letal cuando otros medios menos lesivos no puedan impedir que se destruya una estructura que dejará desabastecida de electricidad a toda una ciudad. Así, es relativamente simple aceptar que formas intensas del uso de la fuerza resultan desproporcionadas para evitar que se raye la pared de un edificio, pero hay otros casos en los que el asunto no es tan claro, como pueden ser los intentos por impedir que se incendie el mismo edificio. En este último caso, habrá que tomar en consideración múltiples factores, como el hecho de que el inmueble esté o no habitado, si está ya en ruinas, el volumen e intensidad de la resistencia que ejerzan incendiarios y violentistas, por mencionar solo algunos elementos fácticos que se deberán tener a la vista. En estos casos, atendido lo ilegítimo que es cualquier ataque incendiario, lo más relevante será procurar que se siga el criterio del uso progresivo de la fuerza, en caso de ser posible.

¹⁶ NACIONES UNIDAS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: "United Nations Human Rights Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement", Advanced Unedited Version (agosto de 2019). Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/LLW_Guidance.pdf. Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2019.

En ocasiones, son varios los bienes que entran en juego en forma combinada, lo que tornará más compleja la decisión, requiriendo de mayor prudencia por parte de los encargados de hacer cumplir la ley. Por ejemplo, se hace necesario distinguir los motivos del uso de la fuerza en situaciones en que la causa inicial del contacto con la policía fue un acto de baja gravedad. Por ejemplo, vulneraría los derechos humanos usar el bastón de servicio policial para enfrentar a alguien que está rayando muros, pero la situación es distinta si dicha persona resiste airadamente a la autoridad. En este segundo caso, el uso del bastón de servicio policial estaría siendo usado para hacer frente a la negativa a cumplir una orden legítima, que buscaba detener a la persona y proteger el derecho de propiedad del dueño del inmueble, no a sancionar extrajudicialmente a quien está rayando los muros.

Teniendo en consideración que el Estado tiene el deber de usar la fuerza para resguardar el orden público y los derechos humanos, la desproporción en el uso de la fuerza no solo se puede predicar respecto de la que es excesiva para cumplir con un determinado fin, sino que también respecto de la que es insuficiente para lograrlo.

Atendida la complejidad de determinar cuándo y en qué grado usar la fuerza, es fácil que la policía incurra en errores de juicio al momento de usarla. Esta dificultad se hace más patente cuando se está en un momento en que es apremiante tomar una decisión, y no es posible conocer todos los elementos que debieran considerarse. Por esto es importante contar con protocolos adecuados de actuación y que se capacite a las fuerzas de orden en su aplicación. Sin embargo, siempre habrá errores de juicio, y ellos deben ser sancionados administrativa o judicialmente cuando se deban a equivocaciones manifiestas, claramente identificables, contra las cuales los superiores hayan instruido a los miembros de policía durante su proceso de formación. Los demás errores deben ser analizados en el caso concreto. De más está decir que al hablar de errores de juicio no nos referimos a situaciones que no podrían, en ningún caso, ser consideradas como tales, como las agresiones sexuales, o las golpizas cuando las personas ya están detenidas.

DERECHOS HUMANOS DE LAS FUERZAS DE ORDEN

La opinión pública suele preguntarse si los miembros de la policía o de las Fuerzas Armadas tienen derechos humanos. La respuesta es que sí, por lo que el Estado debe respetar y garantizar sus derechos. En general, esto significa lo mismo que respecto de cualquier ciudadano. En relación con la obligación de respetar, el Estado no puede vulnerar sus derechos humanos directamente, por ejemplo, negándoles el debido proceso o ciertos derechos laborales —que también pueden ser derechos humanos—. En materia del deber de garantizar, en cambio, las obligaciones del Estado son más exigentes, pues no solo tiene que proteger a los integrantes de las fuerzas de orden del actuar de terceros en situaciones de la vida corriente, como a cualquier otro ciudadano, sino que tiene que protegerlos frecuentemente en situaciones peligrosas, en las que ellos se encuentran por órdenes de un superior jerárquico que representa al mismo Estado. En efecto, el Estado contrata a los miembros de la policía y de las Fuerzas Armadas para que desempeñen sus labores en situaciones en las que pueden poner en riesgo su vida; por ejemplo, pidiéndoles que persigan a delincuentes que pueden estar armados. Por eso, el Estado está obligado a poner sus mayores esfuerzos para

evitar que terceros violen sus derechos. Si el Estado no proveyera a estos agentes del debido equipo de protección, como chalecos antibalas, o si no les permitiera hacer uso de los medios de fuerza con los que cuentan, ellos podrían demandar al Estado por no protegerlos o por no darles las herramientas para protegerse en las particulares circunstancias en las que desempeñan sus labores. Del mismo modo en que instituciones como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ponen un mayor énfasis en la protección de los derechos de los defensores de derechos humanos, el Estado debe dar una protección especial a la policía, pues esta defiende los derechos humanos de la población en general.

En relación con esta protección especial a la policía, en Chile se ha hecho casi habitual que comisarías sean atacadas con piedras, bombas molotov y hasta armas de fuego, llegando a lesionar gravemente a quienes se encuentran en dichos inmuebles. Si la policía que permanece en esas instalaciones se ve impedida de usar los mecanismos necesarios para repeler tales ataques, podría demandar al Estado de Chile por poner en peligro su seguridad, pues no los está protegiendo adecuadamente de los abusos de privados. A modo de ilustración, si una comisaría es atacada con armas de fuego, sería ilógico impedir que la policía se defienda con ese mismo tipo de armas. Más aún, atendido que la policía debe tener un efecto disuasivo (lo que se logra mediante la amenaza creíble de un efecto que el disuadido no está dispuesto a aceptar), no debiera ser necesario esperar que sean atacadas con armas de fuego para que los afectados pudieran responder con ese tipo de armas. De hecho, atendido el serio peligro que conlleva para la vida e integridad de la policía y de las demás personas que pudieran estar presentes en el mencionado recinto, ya el uso de bombas molotov por parte de los agresores puede considerarse suficiente fundamento como para usar las armas de fuego para repeler el ataque. Las personas que lanzan estas bombas son las que voluntariamente se ponen en una situación ilícita que puede tener como consecuencia la afectación de su integridad física.

RESPONSABILIDAD PERSONAL Y PROVOCACIONES

El actuar del destinatario de la fuerza es fundamental para determinar el uso que se hace de ella. Las personas son responsables de sus actos, y si han decidido libremente adoptar conductas de riesgo, estas deben tenerse presentes al momento de determinar si el uso de la fuerza fue adecuado o no. Por ejemplo, la operación del carro lanza agua debe evitar lesiones en las personas, por lo que no debe dirigirse directamente a sus cuerpos, pero si una de ellas se adelanta para lograr que la línea donde apunta el carro retroceda, o con algún otro fin, será esta persona la que se está exponiendo voluntariamente a que el agua le llegue al cuerpo. En efecto, la policía no tendría por qué retroceder en un caso como ese, pues ello inhibiría su actuar en defensa del bien común, y afectaría su función disuasoria, indispensable para garantizar el orden, un fin primordial del Estado. Todo ciudadano debe saber que, si bien la policía debe procurar evitarles males extraordinarios, ello se aplica dentro de sus posibilidades, por lo que puede no ser exigible respecto de personas que actúan en forma temeraria, poniendo en peligro su propia vida, la de la policía o la de otros ciudadanos, o impidiendo el legítimo restablecimiento del orden público.

Dentro del ámbito de las actuaciones individuales y la responsabilidad que ellas conllevan, conviene referirse también a las provocaciones verbales o físicas a policías y militares, como se ha visto ampliamente en estos dos meses. Cuando los provocadores ofenden o maltratan a agentes del Estado, no están solo atentando contra la dignidad de un policía en concreto, sino que contra toda la autoridad nacional. Por eso, tales actuaciones se encuentran penadas¹⁷. Además, las provocaciones no solo afectan la dignidad de estos agentes del Estado, sino que tienen también un efecto indirecto, que es desincentivar a los futuros posibles candidatos a formar parte de las fuerzas de orden, lo que incidirá en la calidad de las mismas policías. Por lo anterior, el Estado debe tener una especial preocupación por evitar estas provocaciones y, en caso de producirse, adoptar las medidas efectivas que permitan su sanción adecuada, para desincentivar que los representantes del orden público sean objeto de insultos graves y reiterados.

Es difícil determinar qué debieran hacer los integrantes de las Fuerzas Armadas frente a las provocaciones, pues ellos carecen de mecanismos intermedios para hacerlas cesar (y esa es una de las razones por las que tales efectivos deben ser usados solo en forma excepcional para lidiar con problemas de orden público). En cambio, la policía cuenta con mecanismos no letales para hacer cesar provocaciones, por ejemplo, el bastón de servicio policial. Habrá quienes puedan considerar que el uso de dicho instrumento puede ser excesivo para enfrentar provocaciones verbales, pero no tendría por qué serlo si su uso es progresivo (si las circunstancias lo permiten), es decir, si en forma previa el policía le hace saber al provocador que su acto es contrario a la ley penal, y que se verá en la obligación de hacer uso de ese mecanismo con la finalidad de detenerlo.

CONCLUSIÓN

Este editorial buscó contribuir al debate sobre los derechos humanos y el uso de la fuerza, pues hasta el momento parece haberse olvidado que la autoridad tiene el monopolio de esta, justamente para procurar la subsistencia del Estado de Derecho, requisito esencial de toda democracia que respete los derechos humanos. En estos meses también parece haber caído en el olvido que el mismo Derecho internacional afirma que los derechos de las personas “están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”¹⁸. Debemos recordar ambas cosas, pues de lo contrario, será más frecuente presenciar la abdicación del Estado ante la violencia cometida por privados, con el consiguiente daño a la convivencia fraterna entre los chilenos.

Que el Espíritu de Consejo y de Fuerza nos ayude a reparar el Estado de Derecho en nuestro Chile.

ÁLVARO PAÚL

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

¹⁷ Por ejemplo, Arts. 261, 262, 266, 495 y 496, LEY N° 2561 (12/11/1874) Código Penal.

¹⁸ Art. 32.2, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969).

RIESGOS EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y AMBIENTAL

RISKS ON THE APPLICATION OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN TORT AND ENVIRONMENTAL LIABILITY

CRISTIÁN BANFI DEL RÍO*

RESUMEN: Este artículo revisa la noción de riesgo; examina los principios preventivo y precautorio confrontándolos con el deber de cuidado y el nexo causal; y analiza el impacto del principio precautorio en recientes fallos judiciales, nacionales y extranjeros, sobre responsabilidad civil y ambiental. Argumenta que el intento de reinterpretar la responsabilidad civil y ambiental a la luz del principio precautorio conlleva el riesgo de distorsionar la esencia de la culpa y la causalidad, lo que puede conducir a imponer una responsabilidad estricta sin base legal.

Palabras clave: Riesgo, responsabilidad civil, principio precautorio.

ABSTRACT: This article reviews the notion of risk; it assesses the preventive and the precautionary principles; it compares them with the standard of care and the causal link; and it analyses the impact of the precautionary principle on recent national and foreign court decisions on tort and environmental liability. It argues that the attempt for reinterpreting tort and environmental liability in the light of the precautionary principle entails the risk of distorting the gist of fault and causation, which can lead to the imposition of a strict liability without legal basis.

Key words: Risk, tort liability , precautionary principle.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo intenta demostrar que las responsabilidades civil y ambiental son instrumentos inadecuados para la realización del Principio Precautorio. Según se argumenta en las secciones III a V, la incertidumbre del riesgo –el rasgo definitorio de dicho canon– deviene en un óbice prácticamente insuperable, tanto para establecer el deber de cuidado exigible al agente, como para acreditar el nexo causal entre la infracción de aquel y el daño que sufren las personas o el medioambiente. Si algo puede aportar el Derecho Privado a la aplicación del Principio Precautorio –como ocurre con el Principio Preventivo, con el cual aquel es contrastado en el acápite II– es mediante de las acciones preventivas contempladas en el Código Civil chileno. Estas constituyen el mecanismo más eficaz con que el Derecho Privado puede controlar los riesgos inciertos que subyacen al Principio Precautorio.

* PhD, University of Cambridge. Profesor Asociado de Derecho Civil Universidad de Chile. Pío Nono 1, Providencia, Santiago, cbanfi@derecho.uchile.cl. Este artículo integra el Proyecto Fondecyt Regular 1170094. Agradezco las observaciones de los árbitros anónimos a la versión preliminar de este *paper*.

Ahora bien, para comprender los problemas fácticos y jurídicos que hacen de la responsabilidad civil un instrumento inadecuado para realizar el Principio Precautorio, y para dimensionar la relevancia que el razonamiento fundado en el análisis del riesgo adquiere en el Derecho Privado, es menester referirse, previamente, a la noción de riesgo, a las dificultades que la autoridad (administrativa, legislativa o judicial) debe enfrentar cuando delibera sobre la autorización, prohibición o regulación de actividades que entrañan riesgos (científica y probabilísticamente) inciertos, y a la influencia que la percepción individual y social de los riesgos ejerce sobre la autoridad; ya que es en este contexto donde el Principio Precautorio nace y se desarrolla.

Ante todo, en su sentido natural y obvio, el peligro o riesgo es “la contingencia o proximidad de un daño o mal”¹. Empero, el peligro emana de la naturaleza, mientras que el riesgo surge de decisiones humanas², que son las que pueden desencadenar la responsabilidad civil o ambiental del agente. En este sentido, el riesgo se fija en función de la probabilidad calculada estadísticamente de que acaezca un daño, multiplicada por la magnitud de este³.

El riesgo amenaza algo que uno estima. Esto dificulta toda decisión⁴. Siendo el “riesgo cero” una ilusión, la autoridad usualmente debe definir el umbral de riesgo y seguridad aceptable envuelto en cada labor, el que varía según el nivel de desarrollo de cada sociedad⁵. Por ejemplo, el regulador ambiental, consciente de la imposibilidad de suprimir riesgos de daño significativo al entorno creados por actividades económicas lícitas, dicta normas de seguridad y calidad que estandarizan los riesgos, y los gestiona mediante autorizaciones que imponen obligaciones al titular del proyecto, como la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)⁶. Pero no solo se debe definir el riesgo sino analizar su entidad y causas; lo cual ayudará a resolver futuros problemas⁷.

Asimismo, la selección de los riesgos objeto de control es un asunto socio-político antes que científico. La evaluación técnica de los riesgos depende de la decisión de la autoridad, fundada en su propia valoración sobre la forma de lidiar con la incertidumbre. Pero los riesgos y su percepción social evolucionan constantemente. Los riesgos antiguos y nuevos (enfermedades cardiovasculares y cancerígenas, epidemias, accidentes de vehículos motorizados, catástrofes naturales, cambio climático, desastres nucleares, crisis financieras,

¹ Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed. (RAE) y art. 20 del Código Civil chileno (CC). Contingencia es “la posibilidad de que algo suceda o no suceda”; peligro es el “riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal”. Inminente remite a lo “que amenaza o está para suceder prontamente”. Las referencias a artículos son hechas al CC salvo mención contraria.

² MOYA (2014) p. 24; ROJAS (2014) pp. 550-552.

³ ZORZETTO (2018) pp. 29-30 y 94. “El riesgo es definido como la magnitud de un daño esperado... multiplicado por la probabilidad de ese daño... Ambos factores expresan realidades naturales, en principio determinables mediante métodos objetivos y científicos”: JASANOFF (2017) p. 19. Esta y demás traducciones son del autor.

⁴ “El riesgo implica una amenaza a cosas que valoramos. Qué hacemos con ellos depende de las opciones que tenemos..., los resultados que valoramos... y nuestras creencias sobre las consecuencias que podrían sobrevenir, según qué opción escojamos. Los resultados podrían ser ciertos... o inciertos... Nuestras elecciones podrían ser simples... o complejas...”: FISCHHOFF y KADVANY (2011) pp. 5-6.

⁵ ASTORGA (2014) pp. 24-25.

⁶ ROJAS (2014) pp. 562 y ss.

⁷ FISCHHOFF y KADVANY (2011) p. 42.

etc.) son difusos, sinérgicos e impredecibles, lo que impide identificar con precisión sus causas, aun empleando los métodos más sofisticados⁸.

Toda decisión, paradójicamente, permite responder ante una incerteza pero crea riesgos⁹. La teoría de la decisión estudia las opciones, resultados y dudas que el riesgo suscita. Contrasta un mundo ideal –donde, plenamente informados, actuamos en congruencia con nuestros valores– con el escenario real, donde decidimos imperfecta e intuitivamente sobre un sinnúmero de cuestiones. Enseguida, ella propone normas para mejorar nuestro razonamiento práctico y decidir con mayor acierto ante los riesgos y desafíos que enfrentamos¹⁰.

Ahora bien, la percepción individual y social de los riesgos incide y determina la decisión de la autoridad. Tendemos a exagerar y mostrar aversión a riesgos estadísticamente anormales pero omitimos tomar las precauciones más elementales para evitar contingencias que, con pasmosa regularidad, causan accidentes de funestas secuelas personales y patrimoniales¹¹. Nos comportamos irracionalmente: olvidamos que es mejor prevenir que curar, ignoramos que el sentido común exige abstenerse si actuar conlleva un riesgo de daño grave o irreparable, sobre todo si es incierto; tememos actuar aunque la probabilidad de triunfar iguale o supere a la de perder¹². Como sugiere Sunstein, la percepción social del riesgo suele equivocarse ya que se apoya en creencias, emociones, especulaciones, imágenes, intuiciones o prejuicios que ignoran o desatienden la evidencia empírica sobre la probabilidad real de que un riesgo dado se actualice. Nuestras limitaciones cognitivas nos hacen decidir sobre riesgos que nos afectan sin tener una visión de conjunto. Luego, subestimamos y permanecemos impasibles ante riesgos que, con alta probabilidad, irrojan perjuicios considerables y que habríamos podido prevenir a un costo razonable; o sobredimensionamos riesgos que muy excepcionalmente se concretan y cuyo costo de evitación es ingente. Lo peor es que la regulación estatal del riesgo reproduce estos yerros acarreado una ineficiente asignación de los recursos. Por eso, según Sunstein, el Estado debería regular los riesgos en base al análisis experto de costos versus beneficios en lugar de seguir a la opinión pública¹³. Es en este terreno emocional, de temores compartidos, que prescinde de las probabilidades, donde el Principio Precautorio germinó y devino en un potente instrumento político¹⁴.

En suma, la definición del riesgo socialmente permisible por el regulador es una decisión compleja, política y discrecional¹⁵. La deliberación sobre un mismo riesgo arroja con-

⁸ JASANOFF (2017) pp. 19-22; acotando, en p. 20, “ni siquiera el cambio climático, el principal ejemplo actual de un amenaza catastrófica a la humanidad científicamente demostrada, puede ser vinculado a tiempos, ubicaciones, severidad o distribución de sus consecuencias específicos” y que “la ‘sociedad del riesgo mundial’, como la denominó... Ulrich Beck, enfrenta peligros aun menos definidos que el cambio climático, como el aumento de la resistencia antimicrobiana, las pandemias globales, las devastadoras fallas en cosechas y las crisis de los mercados financieros globales”.

⁹ ROJAS (2014) p. 554.

¹⁰ FISCHHOFF y KADVANY (2011) pp. 6 y 20.

¹¹ Asertos como este parecen especulativos pero han sido probados empíricamente, como dice SUNSTEIN (2006).

¹² ZORZETTO (2018) pp. 29-30.

¹³ SUNSTEIN (2006) pp. 23-24 y 386-392. Según MOYA (2014) p. 46, el Estado debe decidir sobre los riesgos con prescindencia de las percepciones individuales y de las definiciones científicas interesadas.

¹⁴ SUNSTEIN (2005) pp. 39-40.

¹⁵ CIERCO (2005) pp. 46-47.

clusiones tan antitéticas como son actuar o no hacerlo¹⁶. El regulador debe así conciliar la percepción subjetiva del riesgo con la evidencia científica y escoger entre un criterio preventivo –que permite realizar actividades económicas complementadas con medidas preventivas o mitigadoras– y un criterio precautorio, que prohíbe conductas que comportan un riesgo de daño grave e irreversible para el medioambiente o la salud humana¹⁷. Por eso, es necesario cotejar los principios que imponen uno u otro criterio, según se verá enseguida.

II. PRINCIPIOS PREVENTIVO Y PRECAUTORIO

Estos son los cánones de derecho ambiental más relevantes en lo concerniente al riesgo¹⁸. El Principio Preventivo exige adoptar medidas anticipadas para evitar que se concreten riesgos de daño ciertos y previsibles. El Principio Precautorio prescribe implementar acciones que impidan la materialización de un riesgo –en particular de desarrollo o tecnológico– de daño grave e irreparable al entorno, la vida o salud humana, cuyas causas, consecuencias e intensidad son científicamente inciertas e imprevisibles¹⁹.

El Principio Preventivo manda evitar o atenuar los efectos negativos significativos sobre el entorno, lícitos (impactos ambientales)²⁰ e ilícitos (daños ambientales)²¹. Él es el cimiento de los instrumentos de gestión de riesgos (como el SEIA y las autorizaciones), de las normas (de emisión y de calidad ambiental) y de las medidas cautelares. Él exige del titular del proyecto adoptar acciones que eviten la producción de daños ambientales previsibles, previa identificación, evaluación y control de los riesgos que los desencadenan²². Él puede servir de argumento jurídico –junto a razones lógicas, científico-técnicas y de experiencia– para apreciar la prueba según la sana crítica por los Tribunales Ambientales²³. En fin, él es uno de los criterios en que se basa el juez para construir el deber de cuidado cuya infracción es objeto de pleitos sobre responsabilidad por daño ambiental y/o indemnización de perjuicios²⁴.

El Principio Precautorio, en una de sus formulaciones más aceptadas, prescribe que “[c]on el fin de proteger el medioambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o

¹⁶ ZORZETTO (2018) pp. 59-60.

¹⁷ ASTORGA (2014) pp. 26-27.

¹⁸ El sentido natural y obvio de “prevención” y “precaución” (en RAE) coincide parcialmente con el significado jurídico de ambos principios: “preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo” (prevención); “prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio” (prever); “reserva, cautela para evitar o prevenir inconvenientes, dificultades o daños que pueden temerse” (precaución).

¹⁹ CIERCO (2005) pp. 43-46; ZORZETTO (2018) pp. 37-38 y 96.

²⁰ “La alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”. Art. 2º, letra k), Ley N° 19.300 de 1994 (“LBGMA”).

²¹ “Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”: Art. 2º, letra e), LBGMA. Como el “riesgo cero” y la “contaminación cero” son utópicos, el juez debe decidir si la afectación del entorno es o no un daño ambiental: BERMÚDEZ (2017) pp. 401-402.

²² ASTORGA (2014) p. 14.

²³ Art. 35 Ley N° 20.600 de 2012.

²⁴ FEMENÍAS (2017) pp. 126-135.

irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”²⁵. Pero versiones más exigentes del Principio Precautorio justifican implementar medidas cautelares, incluso la prohibición de la actividad, ante la menor falta de certeza científica o el más débil nexo causal entre la conducta y el riesgo²⁶. El Principio Precautorio exhorta a disminuir los riesgos de daño ambiental situados sobre el umbral fijado por la autoridad según criterios económicos, políticos, sociales y técnicos de dificultosa armonización²⁷. Con todo, los reguladores, legisladores y jueces de diferentes sistemas jurídicos también usan el Principio Precautorio para resguardar la vida y salud humanas vulnerables a factores de riesgo tales como los alimentos transgénicos, las sustancias químicas tóxicas en el aire, las enfermedades contagiosas y los fármacos. La influencia del Principio Precautorio obedece a la importancia que adquieren los bienes jurídicos colectivos y al hecho de que toda decisión crea riesgos inciertos, imprevisibles y globales. En tanto, la ciencia es incapaz de afirmar, categórica y unánimemente, las fuentes de las que provienen estos riesgos y la probabilidad de que causen los daños que presagian²⁸.

El Principio Precautorio apela al instinto: “En el mundo entero existe un interés creciente por una idea sencilla para regular el riesgo: en caso de duda, sigue el Principio Precautorio. Evita acciones que creen riesgos de daño. Mientras no sea seguro, sé cauto: no exijas evidencia inequívoca. Como se dice: mejor prevenir que lamentar. En la vida ordinaria, las alegaciones de este tipo parecen bastante sensatas, en realidad son parte de la racionalidad humana común. La gente compra alarmas de humo y seguros. Usan cinturones de seguridad y cascos de motocicletas, aunque sea improbable que se vean involucrados en un accidente. ¿No deberían seguir los reguladores nacionales idéntico enfoque? Muchos piensan que sí”²⁹. El Principio Precautorio desafía a quien debe decidir y no quiere ser ultra conservador (ciego a la irrelevancia e improbabilidad del riesgo) ni permisivo (esperando una probabilidad casi cierta de que acaezca el daño)³⁰. Pero el Principio Precautorio es un arma de doble filo, manipulable, cuya aplicación irrestricta conlleva el riesgo de conculcar la propiedad y la libertad económica³¹. En rigor, todos los aspectos del Principio Precautorio son discutibles: el grado de certeza científica necesario para proscribir una actividad riesgosa; si la autoridad debe limitarse a la evidencia científica disponible o puede seguir las máximas de la experiencia y el sentido común; si el Principio Precautorio opera más allá de los riesgos tecnológicos que amenazan la vida, la salud humana y el entorno; si la gravedad e irreparabilidad del daño son requisitos copulativos o alternativos; si las medidas de

²⁵ Principio 15, Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 3 al 14 de junio de 1992.

²⁶ ZORZETTO (2018) pp. 83-88.

²⁷ ASTORGA (2014) p. 19.

²⁸ CIERCO (2005) pp. 26-29.

²⁹ SUNSTEIN (2005) p. 13.

³⁰ GARDINER (2006) pp. 37-38.

³¹ CIERCO (2005) pp. 18-19, 23 y 40, ejemplificando el problema con el exterminio de millones de vacunos en Europa que decretó la autoridad al sospechar que padecían de Encefalopatía Espongiforme Bovina (el mal de la “vaca loca”) pese a que ello solo pudo corroborarse una vez sacrificados los animales.

precaución deben suprimir o solo reducir el riesgo a un nivel razonable; si es un principio programático, preceptivo, político, interpretativo o un mero argumento jurídico³².

Como arguye Steele, el Principio Precautorio no resuelve el problema de la incertidumbre: únicamente hace tomar conciencia de él, mostrando que muchos efectos solo pueden ser determinados después del evento que los provoca. El Principio Precautorio pone en evidencia que algunos riesgos –los de daños irreversibles– son mucho más importantes que otros, lo que amplía la responsabilidad de quien toma decisiones. Sin embargo, la versión más fuerte del Principio Precautorio –que prioriza la seguridad cualquiera sea el costo que implique, que veta toda actividad generadora de riesgos y que invierte la carga de la prueba, obligando al titular a acreditar que ella no dañará–, no puede funcionar como principio general prohibitivo pues parte de una premisa falsa: la de una supuesta dicotomía entre actividades seguras y riesgosas. El asunto no es binario. Por eso, en lugar de entender el Principio Precautorio como una proscripción de las actividades riesgosas, máxime si estas acarrear beneficios, es preferible concebirlo como un principio de acción, que permite actividades útiles acompañadas de medidas para eliminar o reducir los principales riesgos³³.

En su forma más extrema, el Principio Precautorio manda a la autoridad que prohíba ocupaciones que pueden crear un riesgo de daño significativo al entorno o la salud pese a la incertidumbre científica sobre la probabilidad de que dicho riesgo sobrevenga o acerca de la naturaleza del daño, exigiendo al agente reunir evidencia científica que descarte tal contingencia. De este modo, el Principio Precautorio “es literalmente incoherente, por una razón: los riesgos existen en todas las situaciones sociales. Luego, él [Principio Precautorio] es paralizante; prohíbe las propias medidas que exige. Como los riesgos están en todos lados, el Principio Precautorio proscribire la acción [regulación], la inacción y todo lo que está en medio”³⁴. Por eso, parece más sensato suscribir la versión moderada del Principio Precautorio, como el Principio 15 de la Declaración de Río, y aplicarlo selectivamente a casos excepcionales –por ejemplo, amenazas terroristas y calentamiento global– en los que la incerteza científica impide calcular la probabilidad de que se concrete un riesgo de daño catastrófico e irreversible³⁵.

El Principio Precautorio, como sugiere Ewald, resulta ininteligible sin atender a los sucesivos cambios de paradigma sobre el riesgo que han experimentado las sociedades y sistemas jurídicos occidentales. Durante el siglo XIX primó la idea de responsabilidad basada en la actitud providente. En este modelo el deber de no dañar a otro culpable o dolosamente limita la libertad individual. El estándar de diligencia mediano remite al conocimiento científico coetáneo a la realización de la actividad riesgosa. No se responde de los daños que materializan riesgos inciertos: estos son vicisitudes que cada uno debe asumir³⁶. Luego, en

³² ZORZETTO (2018) pp. 25-28, 89-92 y 105-109.

³³ STEELE (2004) pp. 194-199.

³⁴ SUNSTEIN (2005) pp. 5-6.

³⁵ SUNSTEIN (2005) pp. 18-19 y 61; agregando (p. 34) que “[e]l problema con el Principio Precautorio es que sugiere erróneamente que las naciones pueden y deben adoptar una forma general de aversión al riesgo”.

³⁶ “El principio general de nuestro derecho es que la pérdida resultante de un accidente debe quedar donde ella cae y este principio no es alterado por el hecho de que un ser humano sea el instrumento del infortunio”: HOLMES (1881) p. 94. Hace unos 50 años la responsabilidad civil estaba exigentemente judicializada en Chile y ello

el siglo XX se impuso un esquema de solidaridad fundado en la prevención y el seguro social obligatorio. Son tiempos en que la sociedad se convence de que la ciencia proporciona certezas que permiten medir, controlar, disminuir la probabilidad de ocurrencia y evitar accidentes, distribuyendo los riesgos entre sus miembros, solidaria y no selectivamente³⁷. La culpa y la causalidad son superadas por la idea de que las pérdidas debe soportarlas quien genera el riesgo: “La vida moderna, más que nunca, es una cuestión de riesgos...Si ocurre un accidente, alguien debe necesariamente asumir las consecuencias. Este debe ser la persona que causó el accidente o la víctima. El problema no reside en imponer una sanción sino en determinar quién debe soportar la pérdida, quien la causó o quien la sufrió. El punto de vista en juego no es el penal sino solo el social. En rigor, no es más una cuestión de responsabilidad sino de riesgos: ¿quién debe soportarlos?”³⁸. En fin, la incertidumbre científica característica del siglo XXI ha desviado la atención hacia la precaución frente a riesgos de daños graves e irreversibles para el entorno y la salud, los cuales no emanan de fenómenos naturales sino de actividades humanas. Es más, ellos derivan de las mismas decisiones tendientes a impedirlos, pues los beneficios y las pérdidas son efectos inescindibles de cada conducta. Es en este contexto donde el Principio Precautorio hace su debut, dirigiéndose inicialmente a preservar el medioambiente para después erigirse en una actitud exigible a la autoridad y a los particulares. Con todo, la incertidumbre sobre la probabilidad de que tales riesgos ocurran y sobre la posibilidad de imputar causalmente el daño a la actividad respectiva, alejan al Principio Precautorio de la responsabilidad civil, que es esencialmente resarcitoria, y lo acercan a las funciones preventivas. El Principio Precautorio requiere que ante la duda de si ocurrirá el daño y cuándo, el agente tome con celeridad las medidas que impidan o atenúen los efectos potencialmente nocivos de su giro. El riesgo no es ya un objeto de distribución social sino un daño que debe evitarse pues amenaza bienes jurídicos primordiales. En síntesis, la providencia, la prevención y la precaución son expresiones de la prudencia y actitudes complementarias frente al riesgo y la incertidumbre³⁹. Es más, en la actualidad se percibe cierto retorno a la idea de responsabilidad decimonónica. Como afirman Baker y Simon, si durante en el siglo XX la tendencia cultural preponderante frente al riesgo fue su distribución mediante el seguro, hoy se espera que cada uno asuma (abra-ce) su responsabilidad individual por los riesgos que crea o padece⁴⁰.

encontraba su explicación en la propensión de las víctimas a atribuir sus desgracias a eventos inexorables o a la mala fortuna antes que culpar a terceros: DOMÍNGUEZ (1967) pp. 917-926.

³⁷ Véase GÉNY (1902) pp. 812-849, conspicuo pionero de la distribución social del riesgo vía seguridad social.

³⁸ SALEILLES (1897) p. 4. “Cualquiera sea la solución adoptada, siempre hay responsabilidad: la única cuestión es saber quién debe asumirla”: JOSSEMAND (1897) p. 108.

³⁹ EWALD (2002) pp. 273-301.

⁴⁰ BAKER y SIMON (2002) pp. 1-7 y 21.

III. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO CHILENO

El Principio Precautorio no está consagrado expresamente en el derecho positivo⁴¹ pero se halla ínsito, como el Principio Preventivo, en la Constitución Política⁴² y en el SEIA⁴³. Según explica Femenías, el Principio Precautorio no solo orienta a los reguladores, legisladores, jueces y particulares, sino que facilita la atribución de responsabilidad ambiental. El actor solo tendría que probar la amenaza de daño ambiental grave o irreparable; se presumiría de forma simplemente legal el nexo causal entre la actividad y el riesgo (el art. 52.2 LBGMA –que exige acreditarlo– se limitaría a la responsabilidad civil)⁴⁴; y la sola omisión de medidas de precaución de riesgos de daño grave o irreversible, pese a ser inciertos e imprevisibles, configurarían culpa. Esta lectura benévola de los requisitos para reparar el daño ecológico se sustenta en la entidad público-privada de la responsabilidad ambiental, que la distingue de la civil, y en la necesidad de evitar la producción o agravación no solo del daño ambiental sino del riesgo de infligirlo. Femenías aduce que ante una probabilidad fundada de que ocurra el daño (la inminencia de perjuicio irreparable requerida por la ley)⁴⁵ los Tribunales Ambientales deberían decretar medidas cautelares innovativas; y, en vez de probar que la actividad no ha dañado ni dañará el entorno, el titular tendría que demostrar que ella es segura. Pero para evitar que se abuse del Principio Precautorio, conculcándose las libertades individuales en juego, las medidas precautorias deben ser proporcionadas y debe existir un riesgo de daño grave e irreversible cuya incertidumbre e imprevisibilidad emanen de la falta de certeza científica absoluta sobre la probabilidad de que el daño sobrevenga⁴⁶. Entre estos aspectos, el de la presunción de causalidad es quizá el más polémico. Él es controvertido por Bermúdez, para quien el art. 52 LBGMA rige en su integridad la responsabilidad ambiental; la voz “indemnización” del inc. 2º aludiría a la reparación del daño ambiental; y los únicos preceptos de este cuerpo legal aplicables a la

⁴¹ “...el principio preventivo está positivamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y el SEIA es su expresión jurídica y material... el principio precautorio no se encuentra recogido explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico; el principio 15 de la Declaración de Río de 1992, que lo contiene, es una norma no vinculante que no puede aplicarse, sin más, de forma directa ante evaluaciones de proyectos concretos... en cualquier caso, si bien la noción de riesgo es efectivamente la que inspira a ambos principios, en el caso del preventivo nos enfrentamos ante riesgos ciertos y previstos, mientras que en el caso del principio precautorio, los riesgos son más bien inciertos e imprevisibles; por lo tanto, la “falta de certeza científica absoluta” de la que reza el principio 15 recién citado, es un problema que atañe solo al principio precautorio y no al preventivo...”: *CONSORCIO ENERGÉTICO NACIONAL S.A. CON DIRECTOR EJECUTIVO DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL* (2013) cons. 29º.

⁴² Arts. 1.3, 5.2, 6.1 y 19 N° 8. FEMENÍAS (2017) p. 143.

⁴³ BERMÚDEZ (2017) p. 47.

⁴⁴ “Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. // Con todo, solo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido”.

⁴⁵ Art. 24 inc. 6º, Ley 20.600 de 2012.

⁴⁶ FEMENÍAS (2017) pp. 143-158 y 383.

responsabilidad civil serían los arts. 51.2 y 53⁴⁷. La jurisprudencia, empero, parece respaldar la explicación de Femenías, calificando el art. 52 LBGMA como presunción de culpa y de causalidad: “[E]s razonable suponer que si se infringe una disposición cuya finalidad es proteger, preservar o conservar el medio ambiente, y se producen los efectos que dicha normativa ha querido evitar, se presume legalmente que el infractor es el causante de ese daño. Una interpretación en contrario, limitándola solo a la culpa, sin reparar en la finalidad de la norma, no sería coherente con las particularidades que presenta la responsabilidad en el ámbito ambiental, especialmente en cuanto a la dificultad para determinar la causalidad. En este sentido, para que la presunción cubra el nexo causal, se requiere que el daño quede comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida”⁴⁸.

El Principio Precautorio ha sido invocado por los tribunales chilenos. Inicialmente, lo confundieron con el Principio Preventivo: “El principio preventivo, a diferencia del precautorio que actúa bajo supuestos ya comprobados, solamente requiere de un riesgo racional y evidente previamente demostrado, que sea verosímil de producirse sobre la base de estudios especializados que lo demuestren, es el *fumus bonis iuris*, para luego determinar la gravedad del mismo acontecimiento, que exista la posibilidad de sufrir un perjuicio importante, la alteración o el agravamiento de una determinada situación que, en el evento que ocurra, afectaría un interés legítimo (*periculum in mora*). Resulta pertinente acotar que no se busca que la actividad de los particulares quede en estándares de riesgo cero, sino que, como primera medida, los riesgos advertidos por estudios fundados sean considerados y se adopten respecto de ellos las medidas pertinentes, que no se les ignore. Posteriormente se deben evaluar riesgos y mitigaciones para llegar a una decisión racional, conforme a la cual los peligros o inseguridades son minimizados por medidas efectivas y, en el evento que éstos se produzcan se han considerado las acciones de reacción inmediatas, que ante una omisión en su planificación deben ellas ser improvisadas, con el consiguiente agravamiento del daño. Es por lo anterior que el principio preventivo actúa sobre una hipótesis racional y estudios especializados, circunstancias que en el caso de autos concurren”⁴⁹.

Con posterioridad, sin embargo, lo han citado correctamente⁵⁰. En un fallo esclarecedor, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago afirmó que “el establecimiento de la

⁴⁷ BERMÚDEZ (2017) pp. 397 y 405.

⁴⁸ INVERSIONES J Y B LIMITADA CON SCM TAMBILLOS (2016) cons. 150º; MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ CON SOCIEDAD MINERA LA ESPAÑOLA CHILE LIMITADA (2017) cons. 56º.

⁴⁹ CORPORACIÓN FISCALÍA DEL MEDIO AMBIENTE CON SERVICIO EVALUACIÓN AMBIENTAL REGIÓN DE AYSÉN (2012) cons. 6º. Este yerro fue reiterado en GONZÁLEZ Y OTROS CON RECONSA S.A. (2012) cons. 4º. Uno análogo se aprecia en ROCCO Y OTROS CON DIRECTORA REGIONAL (S) SEA E INTENDENTE (S) III REGIÓN ATACAMA (2012) cons. 50º, letra e): “Que frente a una decisión técnica que considera diversos aspectos para resolver la calificación de una actividad, y no solo las mediciones basadas en modelaciones y que estima, además, que el proyecto debe ser calificado como “contaminante” porque no es posible descartar que genere o presente riesgos para la salud de la población, se preferirá esta, por sobre la decisión técnica que tacha de erróneo el procedimiento de cálculo efectuado a las modelaciones y que no se pronuncia sobre los demás argumentos entregados por la autoridad ambiental que emitió la primera decisión. Que lo anterior se sustenta en la aplicación del principio preventivo que ha inspirado a la Ley N° 19.300 al que ya se ha hecho referencia en esta sentencia”.

⁵⁰ “Que, por otra parte, en la búsqueda de los criterios que determinen una aplicación ajustada a derecho del artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil al caso concreto, es necesario tener presente que en materia de resolución judicial de los conflictos jurídicos medioambientales opera el principio de la precau-

norma anual estuvo fundado en el enfoque precautorio –y no en el preventivo–, debido a la incertidumbre científica y factual existente en esa fecha al respecto, siendo la norma la que a su vez explicita el nivel de riesgo que era aceptado por la sociedad en ese momento... Ante el cambio de la norma, por lo tanto, la pregunta que debía responderse es si dicho nivel de riesgo aceptado socialmente cambió y, si lo hizo, cómo ocurrió ese cambio. En otras palabras, si para el establecimiento de una norma se utiliza la noción de precaución o cautela, la derogación de la norma deberá, necesariamente, destruir o superar dicho argumento precautorio. Y ello solo podrá ocurrir cuando, del proceso de revisión de la norma existente, se desprenda claramente y conste en el expediente que ya no se está más ante riesgos inciertos”; que “una de las características más importantes del principio precautorio es precisamente trasladar o invertir la carga de motivación, desde el que afirma algo a quien está en mejor posición de fundamentarlo. En consecuencia, si la norma se creó a partir de la aplicación de un enfoque precautorio, su revisión y potencial derogación implica que deberá ser la Administración quien tiene la obligación primaria de fundamentar que, en la actualidad, no existen los presupuestos que en su oportunidad se tuvieron en cuenta para generar dicha norma y aplicar dicho principio”; que “ante la incertidumbre existente y el nivel de riesgo aceptado en la época, se prefirió actuar. Es importante lo anterior, pues por lo general se identifica al principio precautorio con una forma de inmovilismo, cuando en esencia es un principio de acción”; y que “si el riesgo para la salud proveniente del material particulado es cierto, cabrá el principio preventivo para regularlo... Y si el riesgo... es incierto, será natural aplicar el principio precautorio”⁵¹.

Pero, aún más relevante para nuestro fin, es un reciente fallo de la Corte Suprema que declara: “De las normas transcritas se advierte que la finalidad principal de la imposición de medidas provisionales es la evitación de un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas. Sin embargo, corresponde enfatizar desde ya que el perjuicio a que se refiere la disposición [art. 48, Ley N° 20.417, de 2010⁵²] es distinto al daño ambiental definido en la letra e) del artículo 2 de la Ley N° 19.300 ...cuya reparación se somete a un procedimiento diferente... la expresión “daño inminente” utilizada por el precepto, a la luz de la naturaleza cautelar de las medidas provisionales, se identifica más bien con un riesgo ambiental, constituyendo una de las expresiones del principio precautorio. La precisión anterior resulta de la mayor importancia, en tanto los parámetros para la evaluación de este riesgo ambiental no resultan tan rígidos”⁵³.

ción, esto es, que quienes deben tomar decisiones legislativas, administrativas o jurisdiccionales deben adoptar medidas transitorias que posibiliten preservar el ambiente mientras no avance el conocimiento científico y técnico, y disminuya o desaparezca la incertidumbre acerca del efecto producido por dicha acción en la calidad ambiental, todo ello para dar una adecuada protección a los afectados, en la especie, al Estado de Chile”: *ESTADO DE CHILE CON EMPRESA MINIMAL ENTERPRISES COMPANY* (2013) cons. 10°.

⁵¹ *DOUGNAC Y OTROS CON MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE* (2014) cons. 6°, 7°, 10° y 11°, respectivamente.

⁵² “Cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar fundadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales...”.

⁵³ *PAMPA CAMARONES S.A. CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE* (2017) cons. 14°.

Esta sentencia implica que el instrumento de derecho positivo más propicio para desarrollar el Principio Precautorio no es la responsabilidad ambiental –la que requiere de un menoscabo significativo al entorno o sus elementos sin que baste un riesgo, menos todavía si es dudoso– sino las medidas cautelares para evitar un daño inminente y que la autoridad puede decretar en procedimientos sancionatorios. Daño que se conecta a la noción de riesgo y que podría interpretarse con mayor laxitud para así abarcar la amenaza de un daño grave e irreparable pese a la incerteza científica sobre sus causas, efectos y probabilidad de ocurrencia.

IV. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y LAS ACCIONES PREVENTIVAS E INDEMNIZATORIAS

Un sector de la doctrina civil chilena ha analizado la implementación del Principio Precautorio en la responsabilidad aquiliana. Figueroa mostró que la responsabilidad por culpa favorece al agente del daño en escenarios de incertidumbre científica, permitiéndole alegar que aquel es imprevisible y excede el estándar de diligencia, aproximándolo al caso fortuito pues proviene de riesgos inciertos. Propició, a partir del Principio Precautorio, una responsabilidad estricta por el solo hecho de generar riesgos⁵⁴. Propuesta que sin dudas desafía la noción de responsabilidad, según la cual la mera creación de riesgos no es un daño resarcible⁵⁵. Con todo, el Principio Precautorio puede ayudar a explicar en parte los estatutos de responsabilidad estricta vigentes y justificar la consagración, por ley, de regímenes adicionales aplicables a nuevas actividades anormalmente peligrosas. En lo que atañe a la culpa, el Principio Precautorio –y el Principio Preventivo– puede inducir a los jueces a endurecer el nivel de cuidado exigido a los demandados.

Para Tapia la responsabilidad por culpa se predica de daños que concretan riesgos ciertos y previsibles: ella reposa en el Principio Preventivo, no en el Principio Precautorio. De ahí que no se resarzan los perjuicios imprevisibles e inciertos resultantes de la infracción del Principio Precautorio. Este tampoco halla una favorable acogida en las acciones cautelares, como el recurso de protección, que ha sido desestimado, por ejemplo, en casos de antenas de celular que amenazarían la salud de los vecinos y el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, fallándose que los recurridos acataron las normas pertinentes y que el riesgo es incierto⁵⁶. Ni siquiera la legislación ambiental brinda medios idóneos para prevenir daños ciertos, porque se centra en la reparación del daño ambiental y en la indemnización de los perjuicios⁵⁷.

Por su parte, Ríos sostiene que los interdictos posesorios, en particular el de obra ruinosa (arts. 930, 932, 935 y 941), y la acción popular del art. 2328.2, no expresan el Principio Precautorio sino el Principio Preventivo. Están diseñadas para impedir daños derivados de riesgos ciertos y previsibles, como un árbol mal arraigado o la ruina de un edi-

⁵⁴ FIGUEROA (2004) pp. 65-73.

⁵⁵ BARROS (2006) N°s 152-153.

⁵⁶ SCHULZE BRAVO Y OTRO CON ENTEL TELEFONÍA MÓVIL S.A. (2009).

⁵⁷ TAPIA (2015) pp. 61-68.

ficio. Pero tampoco la acción por daño contingente del art. 2333 se aviene con el Principio Precautorio dada la causalidad incierta que encierra⁵⁸. Esta acción, explica Díez, solo puede cumplir su rol preventivo ante riesgos de daño cierto, concreto, inminente, probable, real o serio⁵⁹. Igualmente, el interdicto de obra nueva es preventivo y suple en parte los vacíos de la LBGMA en lo atinente a medidas cautelares, como es patente en recientes fallos⁶⁰ y explican Amunátegui⁶¹ y Cárdenas⁶².

En el campo de incertidumbre causal y probabilística en que opera el Principio Precautorio no existen contingencias ciertas de daños reales. Por eso, el Principio Precautorio tampoco encuentra reflejo claro en las inmisiones, que, como enseñan Amunátegui y Tisné, importan una perturbación de la posesión ajena⁶³; palabra que implica amenaza o daño efectivo⁶⁴.

En suma, solo trastocando un elemento central del sistema de acciones preventivas y resarcitorias del CC, cual es el riesgo de daño cierto y previsible, aquel podría aportar al Principio Precautorio.

Este panorama contrasta con el derecho francés. Por un lado, la doctrina ha estudiado la repercusión del Principio Precautorio en la función preventiva de la responsabilidad civil y hecho sentir la necesidad de una acción cautelar colectiva para impedir la ejecución o continuación de actividades creadoras de riesgos de daño grave al entorno o la salud⁶⁵. Por otro lado, algunos fallos de instancia han ordenado indemnizar daños o hacer cesar actividades que causan molestias anormales, en particular antenas de telefonía móvil, fundándose en la teoría de las relaciones de vecindad y, explícita o implícitamente, en el Principio Precautorio. Así, han calificado como turbación anormal o riesgo perjudicial la angustia, ansiedad o temor que suscita la imposibilidad de descartar un riesgo de daño ambiental o sanitario, pese a la incertidumbre científica que le rodea⁶⁶. Sin embargo, la *Cour de cassation* frenó esta tendencia, declarando que los jueces civiles solo son competentes para conocer de las acciones preventivas de riesgos que deriven de actividades irregulares (cuando la antena de celular no cumple los requisitos administrativos o regulatorios pertinentes) y no conciernan a la salud pública ni al entorno. En cambio, las acciones cautelares respecto de instalaciones autorizadas y supervigiladas por el Estado son de resorte exclusivo de los

⁵⁸ RÍOS (2015) pp. 75-83.

⁵⁹ Díez (2016) pp. 133-153, en particular pp. 137-139, donde revisa el significado de amenaza en la doctrina y jurisprudencia. Se discute qué es daño contingente: “[el] que puede suceder o no”, ALESSANDRI (1943) p. 218; un riesgo serio calificado por el juez, BARROS (2006) p. 874; “no basta que el daño sea meramente hipotético o posible, es necesario que sea más que probable. No basta que haya un mero riesgo de que se produzca el daño o una situación de peligro general”, CORRAL (2013) p. 409; toda situación de peligro que amenace la producción de un daño resarcible, RODRÍGUEZ (1999) p. 285.

⁶⁰ FLORES CON MINERA LOS PELAMBRES (2014).

⁶¹ AMUNÁTEGUI (2013a) pp. 5-16.

⁶² CÁRDENAS (2016) pp. 294 y ss.

⁶³ AMUNÁTEGUI (2013b) pp. 113 y ss.; TISNÉ (2017) pp. 150 y ss.

⁶⁴ Perturbar es “inmutar, trastornar el orden y concierto, o la quietud y el sosiego de algo o de alguien” (RAE).

⁶⁵ BOUTONNET (2005).

⁶⁶ COMMUNE DE LA ROQUETTE SUR SIAGNE CON SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE RADIODÉLÉPHONE (2003); LAGOUGE CON SOCIÉTÉ BOUYGUES TELECOM (2008).

tribunales administrativos⁶⁷. Este criterio es objetado por quienes destacan que las medidas cautelares decretadas por los jueces civiles han impedido que se concreten los riesgos de daño grave e irreversible a la salud provenientes de actividades lícitas⁶⁸. En definitiva, explica Viney, la incidencia del Principio Precautorio estriba en que, para los jueces del fondo, la mera creación de un riesgo, incluso incierto, es un daño que debe evitarse hasta donde se pueda, decretando el cese, suspensión o modificación de la actividad que lo genera. Mas esta interpretación audaz es contrarrestada por la *Cour de cassation*, negándose a reconocer el Principio Precautorio como una base autónoma de responsabilidad civil, aunque parece llana a extender el deber de cuidado mediante la inclusión de riesgos que, sin estar completamente demostrados, obedecen a una hipótesis que un sector relevante de la comunidad científica estima plausible⁶⁹.

V. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El Principio Precautorio, aun en su versión moderada, trastorna los conceptos de daño, culpa y nexo causal. En esta sección me centraré en estos dos últimos elementos.

En primer lugar, el Principio Precautorio difícilmente puede servir como criterio para determinar el estándar de diligencia exigible a quien causó un daño, ambiental o no, con independencia de su gravedad e irreversibilidad. El deber de conducta es construido –prospectivamente por el legislador o regulador y retrospectivamente por el juez– mediante el análisis y sopesamiento de riesgos previsibles⁷⁰. Si el autor del hecho tuviese que cargar con riesgos de daño inciertos e imprevisibles, en los hechos asumiría una responsabilidad estricta absoluta, donde ni siquiera el caso fortuito le permitiría exonerarse del deber de resarcir los perjuicios emanados de su actividad. Sin dudas que el legislador puede erigir regímenes de responsabilidad estricta de estas características, como lo ha hecho, por ejemplo, en materia de accidentes nucleares⁷¹. Y parece adecuado que lo haga, si lo que se busca es incentivar al potencial dañador no solo a actuar diligentemente (lo que implica balancear los costos y beneficios de su quehacer) sino también a deliberar si ejecutará o no la actividad riesgosa y en qué medida. En efecto, la responsabilidad estricta induce al eventual demandado a considerar no solo cuánto cuidado observar sino cuánta actividad realizar, ya que un aumento de esta incrementa el riesgo de daño⁷². Es más, si como muestran Gilo y Guttel, los riesgos de daño no solo derivan del alza sino también de la disminución en el nivel de una actividad, de suerte que el régimen de responsabilidad por culpa puede disuadir de ejecutar actos socialmente útiles si los beneficios de estos son menores a los costos de

⁶⁷ ORANGE FRANCE (2012); SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE RADIODÉLÉPHONE (2012). Véase HAUTEREAU-BOUTONNET Y SAINT-PAU (2016) pp. 40-43.

⁶⁸ BOUTONNET (2015) p. 58.

⁶⁹ VINEY (2007) pp. 1542 y ss.

⁷⁰ BARROS (2006) p. 91.

⁷¹ Arts. 49 y 56, Ley N° 18.302, de 1984.

⁷² EPSTEIN y SHARKEY (2012) pp. 180-181.

precaución⁷³, el problema se agudiza cuando el potencial responsable además debe solventar medidas para evitar daños inciertos e imprevisibles. Pero el mayor peligro es que la jurisprudencia imponga una responsabilidad estricta de facto donde debe imperar el estatuto común. En la generalidad de los casos, sujetos a la responsabilidad por culpa, los tribunales podrían aventurarse a evaluar la conducta del hechor ya no a la luz del Principio Preventivo sino del mucho más sugerente y oscuro Principio Precautorio. Esto podría transformar radicalmente el modelo de conducta diligente, al punto que el buen padre de familia no podría emprender actividades creadoras de riesgos de daño grave e irreparable pero imprevisibles dada la incertidumbre científica sobre la probabilidad de que se concreten. Este cambio de paradigma podría también preterir el examen previo de los costos y beneficios de la actividad riesgosa en cuestión; análisis que la prudencia y razonabilidad aconsejan efectuar antes de decidir actuar. En efecto, los costos de evitar un daño, máxime si es incierto e imprevisible, pueden sobrepasar, y con creces, no solo las ventajas económicas y sociales de la actividad sino también los daños que esta pueda irrogar. Luego, la prohibición de la actividad podría ser ineficiente; y como el daño que esta puede irrogar es menor al costo de evitarlo, el hecho de ejecutar tal actividad no debería reputarse, económicamente hablando, como negligente⁷⁴.

Aun cuando la fórmula Hand es solo una manera de aproximarse al deber de cuidado, debatiéndose su real utilización por los jueces estadounidenses en materia de *torts*⁷⁵, sus componentes –magnitud y probabilidad del daño; y costos de precaución– son aspectos que un juez, incluso de nuestra tradición jurídica, debiera considerar al momento de apreciar el comportamiento del dañador sometido al régimen común de responsabilidad⁷⁶. Como dijera Terry, “si el cuidado debido estriba en tomar precauciones contra el daño, únicamente tienen que adoptarse las precauciones razonables, no toda precaución concebible o factible. No tienen que tomarse precauciones contra todo peligro concebible o previsible, sino solo contra los peligros probables”⁷⁷. Un serio inconveniente que presenta el Principio Precautorio es que la proscripción o restricción de una actividad encaminada a eliminar o

⁷³ GILO y GUTTEL (2009) p. 280: “Debido a que el riesgo de daño usualmente aumenta con una mayor actividad, el hecho de mantener un bajo nivel de actividad puede permitir a las partes eludir un deber de invertir en precauciones. Si el provecho que produce la mayor actividad es menor que los costos de tales precauciones, las partes probablemente restringirán su actividad a pesar de que una mayor actividad y un mayor cuidado sean socialmente más deseables”.

⁷⁴ “Dado que existen ocasiones en que todo barco soltará sus amarras y, si ello acaece, aquel se convertirá en una amenaza para quienes están alrededor; el deber del dueño, como en otros casos similares, de indemnizar los daños resultantes, es una función de tres variables: (1) La probabilidad de que dicho barco se suelte; (2) La gravedad del daño resultante, si aquel lo causa; (3) El costo de tomar las precauciones adecuadas. Para poner de relieve esta idea puede ayudar formularla en términos algebraicos: P es la probabilidad; D el daño; y C, el costo; la responsabilidad depende de si C es menor que D multiplicado por P”: *UNITED STATES v. CARROLL TOWING CO.* (1947), p. 173, LEARNED HAND J. He sustituido L (loss) por D (daño) y B (burden) por C (costo).

⁷⁵ “[L]a fórmula Hand rara vez es citada y aun más infrecuentemente aplicada por las cortes norteamericanas”: PERRY (2008) p. 993. Sería, a lo sumo, un argumento *obiter dicta*: WRIGHT (2003). Además, la fórmula presume una neutralidad hacia el riesgo en circunstancias que el asumirlo o evitarlo varía de una persona a otra y ello determina los niveles de actividad y de precaución que se adopten: EPSTEIN y SHARKEY (2012) p. 187.

⁷⁶ BARROS (2006) pp. 107-118.

⁷⁷ TERRY (1915) p. 42.

atenuar el riesgo específico asociado a ella puede acarrear costos enormes —pues frenaría la investigación científica, el desarrollo tecnológico y el crecimiento económico—, cuyo cálculo puede devenir imposible. Y es que la incertidumbre cubre cual sombra los distintos aspectos del análisis de riesgos que incumben al Principio Precautorio: el mismo riesgo; la eficacia de las medidas para atajarlo o mitigarlo; la reversibilidad o irreparabilidad del daño; y la cantidad de evidencia científica que debe aportar quien planea ejecutar la actividad para probar su inocuidad al entorno y la salud humana⁷⁸.

Como declarara el juez Anderson en un antiguo fallo inglés que ha tenido una enorme repercusión en la moderna litigación en *torts*⁷⁹, “[l]a negligencia es la omisión de hacer lo que un hombre razonable, guiado por aquellas consideraciones que regulan ordinariamente la conducta en los asuntos humanos, haría, o hacer lo que un hombre prudente y razonable no haría... Un hombre razonable actuaría con referencia a las circunstancias promedio de la temperatura en años regulares. Los demandados tomaron medidas contra las heladas según la experiencia que habría llevado a los hombres que actúan prudentemente a resguardarse contra ellas; y no son responsables de negligencia si sus precauciones fueron insuficientes contra los efectos de la severidad extrema de la helada de 1855, que alcanzó una profundidad mucho mayor que cualquiera otra que sucede ordinariamente al sur de las regiones polares. Tal estado de circunstancias constituye una contingencia en contra de la cual ningún hombre razonable puede proveer. El resultado fue un accidente del cual los demandados no pueden ser declarados responsables”. Luego, como añadió el juez Bramwell, “sería monstruoso declarar a los demandados responsables porque no previeron y previnieron un accidente cuya causa es tan oscura que no fue descubierta sino muchos meses después de que ocurrió el accidente”⁸⁰.

Pues bien, la aplicación del Principio Precautorio en la responsabilidad civil es un factor que puede incrementar el riesgo de errar en la comprensión del deber de diligencia e incurrir en aberraciones como la que esta famosa sentencia justamente denunció y evitó. Un problema interpretativo similar se advierte, implícitamente, en recientes fallos de la Corte Suprema que conceden indemnizaciones solicitadas por deudos de quienes fallecieron a causa del tsunami que siguió al devastador terremoto acaecido el 27 de febrero de 2010. En efecto, y sin invocar el Principio Precautorio, la Corte, animada por la muy comprensible necesidad de hacer justicia material, razona con una lógica parecida, lo que le lleva a extender en demasía el deber de cuidado del Fisco y a interpretar con excesiva laxitud el nexo causal que los jueces del fondo, sensatamente, estimaron que no fue acreditado. Según la mayoría de la Corte, el Fisco incurrió en falta de servicio, entre otros motivos, pues no educó ni preparó a la población para afrontar el riesgo de morir en un maremoto, y descartó el caso fortuito, pese a que las víctimas fueron arrasadas por las olas pocos minutos después del sismo, en sitios absolutamente apartados e incommunicados, como son la Isla Orrego en Constitución y la Isla Mocha en Lebu⁸¹.

⁷⁸ ZORZETTO (2018) pp. 48-54, 61, 69 y 75.

⁷⁹ EPSTEIN y SHARKEY (2012) p. 171.

⁸⁰ BLYTH v. BIRMINGHAM WATER WORKS (1856), ANDERSON J y BRAMWELL J, respectivamente.

⁸¹ LEFIQUEO CON FISCO (2017); PINTO CON FISCO (2018); ARRIAGADA CON FISCO (2018).

La tensión entre el Principio Precautorio y el deber de cuidado es asimismo palmaria en los riesgos de desarrollo, donde la precaución alcanza su máxima expresión pues supone un producto cuyo defecto, acorde al conocimiento científico coetáneo a su elaboración, no era identificable y, por tanto, era imprevisible⁸². Los riesgos de desarrollo “son aquellos defectos que no son detectables al tiempo de ingresar el producto en el mercado, pero que se descubren con posterioridad por el avance de los conocimientos científicos o tecnológicos”⁸³. Estos riesgos “suponen el carácter defectuoso de un producto, pero del que, sin embargo, dado el estado de los conocimientos científicos y técnicos del momento en que se pone en circulación, no se conocía ni se podía conocer la potencialidad dañosa (como sucedió, por ejemplo, con la talidomida –sustancia contra las molestias de las gestantes que provocó malformaciones en sus hijos–, el MER 29, medicamento contra el colesterol que, a mediano plazo, provocaba la ceguera, o el DES [Dietilestilbestrol], antiabortivo que a la larga provocaba cáncer en la próstata o en el útero de los hijos que nacían)”⁸⁴. Luego, la excepción del riesgo de desarrollo obliga al juez a examinar la conducta del dañador según el conocimiento científico existente al tiempo de su perpetración⁸⁵. Por el contrario, el Principio Precautorio invita a hacer aquello que dicha defensa intenta impedir. Pero el Principio Precautorio puede primar en ocasiones, como en el art. 111 K del Código Sanitario, incorporado por la Ley N° 20.850, de 2015, que veda a los titulares de registros, fabricantes e importadores de productos sanitarios la posibilidad de oponer los riesgos de desarrollo a las demandas resarcitorias que se deduzcan en su contra⁸⁶. Por eso, compartimos la crítica de Corral al severo régimen de responsabilidad estricta impuesto por dicha norma, en cuanto la exclusión de los riesgos de desarrollo “podría significar un freno a la innovación en materia de productos farmacéuticos o médicos o un encarecimiento de sus precios”⁸⁷. En cambio, los órganos estatales en materia sanitaria pueden eximirse de responder por los daños emanados de riesgos de desarrollo⁸⁸; trato diferenciado que es “curioso”⁸⁹ y se reproduce en España⁹⁰. Por ende, los riesgos de desarrollo son coherentes

⁸² “La característica más novedosa del riesgo de desarrollo estriba en la necesidad de anticipar una transformación en el conocimiento, en la conciencia, en la misma percepción que transforma la realidad... Lo novedoso... reside en que se revela necesariamente después del hecho...”: EWALD (2002) pp. 289-290.

⁸³ CORRAL (2011) p. 232.

⁸⁴ PARRA (2014) p. 286.

⁸⁵ Lo que importaría una transgresión del principio de irretroactividad de la ley: EWALD (2002) p. 291.

⁸⁶ Art. 111 K, Código Sanitario: “El demandado no podrá eximirse de responsabilidad alegando que los daños ocasionados por un producto sanitario defectuoso se originan de hechos o circunstancias que no se previeron según el estado de los conocimientos científicos o técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación o uso”.

⁸⁷ CORRAL (2016) p. 911.

⁸⁸ “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquellos”. Art. 41.2, Ley N° 19.966, de 2004. Véanse: PIZARRO (2010) pp. 187-198; URRUTIA (2010) pp. 777-787.

⁸⁹ CORRAL (2016) p. 906.

⁹⁰ PARRA (2014) p. 291, reprochando el trato discriminatorio que la ley brinda según si la víctima del daño proveniente del riesgo de desarrollo vinculado a un fármaco es atendida en el sector privado (donde podrá imputar la responsabilidad del productor) o en el sector público (donde no podrá hacerlo).

con la responsabilidad por culpa: se basan en la previsibilidad del daño⁹¹. Luego, este régimen común y supletorio no deja espacio al Principio Precautorio; ni debería dársele uno por vía jurisprudencial⁹².

En seguida, como anticipé, la incertidumbre e imprevisibilidad de los riesgos ínsitos en el Principio Precautorio no solo tensionan la idea de culpa sino también la relación de causalidad. Así, según el criterio de la causa adecuada, son imputables los daños que concretan riesgos que obedecen al curso normal de los acontecimientos, mientras que los riesgos extraordinarios e imprevisibles no son atribuibles a la negligencia del autor. A su vez, en la responsabilidad estricta el demandado debe hacerse cargo de los daños que concretan el riesgo específico derivado de su actividad y que incrementa en probabilidad y/o magnitud los riesgos generales de la vida. Es directo el daño que emana del riesgo específico que la norma legal o reglamentaria intenta evitar y que lo hace previsible (lo que además revela que el incremento del riesgo y el ámbito de protección de la norma son criterios convergentes)⁹³. Luego, los riesgos de daños inciertos e imprevisibles no son resarcibles bajo los factores de imputación objetiva aludidos. No es justo ni eficiente atribuir al autor del daño sujeto a un estatuto de responsabilidad estricta riesgos respecto de los cuales no existe certeza de que su hecho efectivamente los haya aumentado. Por eso, el riesgo incierto difícilmente puede funcionar como válvula de control de la responsabilidad. Pero tampoco parece posible afirmar, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones (en cuya sencillez estriba su gran utilidad para resolver los aspectos causales en la mayoría de los pleitos de responsabilidad aquiliana en Chile)⁹⁴ que el daño grave e irreversible al entorno o salud humana no habría acaecido sin la actividad cuestionada. Pues, siendo científicamente inciertos los riesgos de daño que ella desencadena, el daño podría igualmente haber sobrevenido aunque el agente no hubiese actuado.

Nuevamente el derecho francés sirve de ilustración. Esta vez ayuda a entender que, aun si la creación de riesgos de daño ambiental o sanitario grave e irreversible –respecto del cual existe incertidumbre científica– fuese considerada como una conducta negligente, debe establecerse el nexo causal entre esta y el daño. Si bien la *Cour de cassation* construye deberes de cuidado en casos de incerteza científica, por ejemplo, obligando al productor

⁹¹ “La valoración de la conducta del fabricante debe hacerse necesariamente, para determinar su diligencia, con arreglo al estado de conocimientos científicos y técnicos del momento en que realizó su conducta: la puesta en circulación del producto. De tal manera que podrá exonerarse de responsabilidad fundada en negligencia si logra acreditar que no hubo ninguna culpa por su parte, simplemente por ignorar lo que nadie en ese momento conocía”: PARRA (2014) pp. 287-288.

⁹² La jurisprudencia chilena sobre responsabilidad civil por enfermedades profesionales graves –como el asbestosis, el mesotelioma y la silicosis–, surgen décadas después de que las víctimas estuvieron expuestas a las sustancias tóxicas, exige tal diligencia al demandado que le imputa una suerte de responsabilidad estricta. La culpa es colegida (*res ipsa loquitur*) del nexo causal entre la acción productora del riesgo de contraer la patología y esta. Y rechaza la defensa del riesgo de desarrollo pues desde 1920 se conocen los efectos nocivos para la salud que causa la exposición a tales contaminantes: CORVERA CON EFE (2015); ELGUETA CON EMPRESAS PIZARREÑO (2015); ORTIZ CON CODELCO (2013); POBLETE CON CZODELCO (2015). BARRÍA (2016).

⁹³ BARROS (2006) pp. 401-403 y 475-476.

⁹⁴ DOMÍNGUEZ (2001) p. 17.

de DES a reparar los daños infligidos a las víctimas⁹⁵, y concede que la infracción del Principio Precautorio puede entrañar un acto culpable⁹⁶, exige demostrar el nexo causal y se rehúsa a invertir la carga de la prueba⁹⁷. Así, ha casado fallos de instancia que condenaron a fabricantes de la vacuna contra la Hepatitis B a resarcir los daños alegados por quienes contrajeron esclerosis múltiple, por estimar que no se probó la etilogía de esta cruel enfermedad⁹⁸. En cambio, si considera que el nexo causal se acreditó mediante presunciones graves, precisas y concordantes, no trepida en imputar responsabilidad civil⁹⁹. Es más, el año 2008 la *Cour de cassation* mutó de criterio respecto de la responsabilidad civil por productos farmacéuticos defectuosos. Declaró que la falta de evidencia científico-estadística concluyente sobre la vinculación entre la vacuna contra la Hepatitis B y la esclerosis múltiple no basta para excluir el nexo causal entre el producto defectuoso y el daño. Agregó que el juez del fondo debe analizar los hechos, aquilatar la prueba y decidir si concurren o no presunciones graves, precisas y concordantes que demuestren la relación de causalidad. Entre otros factores que el juez debe ponderar, destacan el estado de salud del paciente previo a su inoculación, la presencia o ausencia de antecedentes de la enfermedad en su grupo familiar y el tiempo transcurrido entre la inyección y la adquisición de la patología¹⁰⁰. Pero, como señala Borghetti, los esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia en orden a que los fabricantes asuman los costos de la incerteza científica han sido infructuosos dada la dificultad superlativa de acreditar no solo el nexo causal sino el defecto del producto¹⁰¹. En suma, “si bien el derecho francés favorece la idea de que la infracción del Principio Precautorio envuelve culpa, aún no es lo suficientemente dúctil como para flexibilizar la prueba de la relación de

⁹⁵ *UCB PHARMA* (2006).

⁹⁶ *SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE VALS* (2010): los dueños de un predio cercano a un manantial de agua mineral cavaron un pozo para regadío. La actora explotaba el recurso hídrico y estimó que la obra podía contaminar el agua, alegando perjuicios en base a que el Principio Precautorio impone prevenir todo riesgo no detectado. La *Cour de cassation* rechazó la demanda pues el perito judicial designado excluyó el riesgo, lo que impedía aplicar el Principio Precautorio y descartaba la culpa del demandado. Se aduce que, de haberse acreditado el riesgo, la corte habría concluido que el demandado infringió el Principio Precautorio y, por ende, era culpable: *HAUTE-REAU-BOUTONNET Y SAINT-PAU* (2016) pp. 28-29.

⁹⁷ *GAEC* (2011).

⁹⁸ *SOCIÉTÉ LABORATOIRE GLAXO-SMITHKLINE* (2003). Los jueces del fondo acogieron la acción: aun cuando los estudios científicos no confirmaban que hubiera una relación entre la vacuna y la enfermedad, no la descartaban; y los síntomas de esta aparecieron poco tiempo después de la primera inyección recibida por los pacientes, sin que existieran explicaciones alternativas del fenómeno. La *Cour de cassation* declaró que para acoger una acción de daños por producto defectuoso el actor debe acreditar el defecto, el daño y el nexo causal entre ambos. La ausencia de pruebas científicas concluyentes sobre la conexión entre la vacuna y el mal descartaba dicho nexo.

⁹⁹ *CPAM DU GARD* (2006), en materia de accidentes laborales.

¹⁰⁰ *SOCIÉTÉ LABORATOIRE GLAXO-SMITHKLINE* (2008); *SOCIÉTÉ LABORATOIRE STALLERGÈNES* (2009). En este último caso, la actora desarrolló una epilepsia severa tras ser vacunada. La *Cour de cassation* anuló el fallo de alzada, que había rechazado el libelo porque la actora no aportó prueba científica irrefragable de la relación causal entre la vacuna y la enfermedad. Criterio que dicho tribunal recientemente ratificó, relevando la importancia de que los jueces del fondo ponderen los elementos fácticos acreditados en el proceso y no se limiten a desestimar demandas interpuestas por esta clase de víctimas para quienes resulta imposible acompañar prueba científica incuestionable del nexo causal: *SANOFI PASTEUR MSD* (2017).

¹⁰¹ BORGHETTI (2016) p. 41.

causalidad en casos de incertidumbre científica”¹⁰². Aserto que es perfectamente extensible a nuestros problemas locales de responsabilidad civil y ambiental.

VI. CONCLUSIONES

1. La implementación del Principio Precautorio en la responsabilidad civil enfrenta obstáculos conceptuales relevantes, los que afectan igualmente a la responsabilidad ambiental pues esta se estructura en los mismos elementos que aquella. Los problemas de vaguedad que exhibe el Principio Precautorio impiden traducirlo en una regla de conducta razonable exigible a quien crea riesgos científicamente inciertos. La incertidumbre afecta a la noción de precaución y es una barrera para demostrar el nexo causal entre la actividad riesgosa y el daño.

2. La mejor contribución que el derecho privado puede hacer a la consecución de los fines que subyacen al Principio Precautorio no reside en la responsabilidad civil sino en las acciones preventivas. Esto exige que el juez civil sopesa los intereses económicos, sociales, medioambientales y de salud en pugna y esté dispuesto a decretar medidas cautelares flexibles –como la obligación de informar sobre la gestión de los riesgos mientras se ejecuta la actividad– en lugar de imponer soluciones drásticas como es la prohibición¹⁰³.

3. El Principio Precautorio realza la importancia del razonamiento basado en riesgos en derecho privado. Como dice Steele, la reflexión en torno al riesgo puede ayudar a resolver cuestiones normativas complejas, en la doctrina y en la práctica. En concreto, el riesgo está en el centro de ambos regímenes de responsabilidad civil, solo que la culpa implica asumir riesgos irrazonables y la responsabilidad estricta prescinde de ello. Notablemente, “la negligencia no está menos fundada en el riesgo que la responsabilidad estricta sino que es sensible a un rango más amplio de factores, muchos de los cuales están asociados a los costos de afrontar los riesgos y proveer seguridad”¹⁰⁴. Pero el riesgo es también un factor crítico en el delito civil: la responsabilidad a que este da lugar “puede extenderse más allá de los límites de lo que se define como lo razonablemente previsible, que es la medida basada en el riesgo habitual, a otras consecuencias ‘directas’. Esto también podría ser reformulado en términos de riesgo: puede decirse que se atribuye al ilícito intencional un rango más amplio de riesgos que a un hecho meramente negligente”¹⁰⁵.

4. La discusión en torno al Principio Precautorio permite imponerse de las transformaciones sociales que han revolucionado al derecho privado. El riesgo y la incertidumbre desafían al contrato, a las acciones posesorias y a la responsabilidad civil, entre otras instituciones. El derecho privado está llamado a seguir ejerciendo un rol protagónico al respecto, especialmente como medio de auto-regulación que descentraliza la administración del riesgo¹⁰⁶.

¹⁰² HAUTEREAU-BOUTONNET Y SAINT-PAU (2016) p. 30.

¹⁰³ HAUTEREAU-BOUTONNET Y SAINT-PAU (2016) pp. 61-64.

¹⁰⁴ STEELE (2018a) pp. 519-520.

¹⁰⁵ STEELE (2018a) p. 518. Esta tesis puede robustecer la idea-minoritaria en Chile: BARROS (2006) pp. 91-92, 404-405 y 989.

¹⁰⁶ STEELE (2018b) p. 97.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria).
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2013a): “¿Algo huele mal en Freirina? Los interdictos posesorios especiales como acciones de protección medioambiental”, en *Estudios de derecho civil VIII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 5-16.
- AMUNÁTEGUI, Carlos (2013b): *Derecho civil y medio ambiente. Un estudio de la teoría de las inmisiones y su aplicabilidad en el derecho chileno* (Santiago, LegalPublishing).
- ASTORGA, Eduardo (2014): *Derecho ambiental chileno. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters, cuarta edición).
- BANFI, Cristián (2017a): “Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el Derecho Inglés”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 2: pp. 69-107.
- BANFI, Cristián (2017b): “De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 30, N° 1: pp. 97-125.
- BANFI, Cristián (2016): “Restricción de la responsabilidad por cuasidelito civil a los daños directos previsibles por el autor al tiempo del hecho. Posibles implicancias para el dolo y la culpa lata”, *Ius et Praxis*, Año 22, N° 1: pp. 527-554.
- BANFI, Cristián (2012): “Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes”, *Ius et Praxis*, Año 18, N° 2: pp. 3-32.
- BANFI, Cristián, GATICA, María Paz y SALAH, María Agnes (2018): “Risk and Chilean private law”, en DYSON, Matthew (edit.), *Regulating risk through private law* (Cambridge, Intersentia) pp. 195-222.
- BAKER, Tom y SIMON, Jonathan (2002): “Embracing risk”, en BAKER, Tom y SIMON, Jonathan (edits.). *Embracing risk. The changing culture of insurance and responsibility* (Chicago, University of Chicago Press) pp. 1-25.
- BARRÍA, Rodrigo (2016): “Asbesto y silicosis: acerca de la recepción y consolidación jurisprudencial de una forma de daños diferidos”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (edit.). *Estudios de derecho civil XI* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 877-895.
- BARROS, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BERMÚDEZ, Jorge (2017): *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso, Edeval, segunda edición).
- BORGHETTI, Jean-Sébastien (2016): “Litigation on hepatitis B vaccination and demyelinating diseases in France. Breaking through scientific uncertainty?”, en MARTÍN-CASALS, Miquel y PAPAYANNIS, Diego (edits.). *Uncertain causation in tort law* (Cambridge, CUP), pp. 11-42.
- BOUTONNET, Mathilde (2015): “El principio precautorio en el derecho de la responsabilidad civil francés”, en MORAGA, Pilar, BOUTONNET, Mathilde y SAINT-PAU, Jean-Cristophe (coord.). *El principio precautorio en el derecho comparado* (Santiago, LOM) pp. 49-59.

- BOUTONNET, Mathilde (2005): *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile* (Paris, LGDJ).
- CÁRDENAS, Hugo (2016): “Función y alcance de interdictos posesorios especiales en el actual contexto normativo ambiental”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), *Estudios de derecho civil XI* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 285-299.
- CIERCO, César (2005): “El principio de precaución”, en RUANO, Juan de Dios (edit.). *Riesgos colectivos y situaciones de crisis: el desafío de la incertidumbre* (La Coruña, Ediciones Universidade da Coruña) pp. 17-63.
- CORRAL, Hernán (2016): “El primer régimen legal chileno de responsabilidad por productos: daños por defectos de los productos sanitarios”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (edit.). *Estudios de derecho civil XI* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 897-911.
- CORRAL, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- CORRAL, Hernán (2011): *Responsabilidad por productos defectuosos. Análisis y propuestas para el derecho civil y de consumo en Chile* (Santiago, AbeledoPerrot - LegalPublishing).
- DÍEZ, José Luis (2016): “La acción de daño contingente del artículo 2333 del Código Civil chileno: sus elementos y ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 46, N° 1: pp. 133-153.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2001): “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 209: pp. 7-27.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (1967): “Le fondement de la responsabilité délictuelle dans certains législations de l’Amérique Latine”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 19: pp. 917-926.
- EPSTEIN, Richard y SHARKEY, Catherine (2012): *Cases and materials on torts* (New York, Aspen Publishers, 10th edition).
- EWALD, François (2002): “The return of Descartes’s malicious demon: an outline of a philosophy of precaution” (trad. Stephen Utz), en Baker, Tom y Simon, Jonathan (edits.). *Embracing risk. The changing culture of insurance and responsibility* (Chicago, University of Chicago Press) pp. 273-301.
- FEMENÍAS, Jorge (2017): *La responsabilidad por daño ambiental* (Santiago, Ediciones UC).
- FIGUEROA, Gonzalo (2004): “El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, vol. 1, pp. 65-73.
- FISCHHOFF, Baruch y KADVANY, John (2011): *Risk. A very short introduction* (Oxford, OUP).
- GARDINER, Stephen M. (2006): “A core precautionary principle”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 14, N° 1: pp. 33-60.
- GÉNY, François (1902): “Risque et responsabilité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*: pp. 812-849.
- GILO, David y GUTTEL, Ehud (2009): “Negligence and insufficient activity: The missing paradigm in torts”, *Michigan Law Review*, vol. 108: pp. 277-321.
- HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde y SAINT-PAU, Jean-Christophe (2016): “Rapport”, en HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde y SAINT-PAU, Jean-Christophe (edits.). *L’influence du*

- principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, pp. 13-99. Disponible en: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01480326>. Fecha de consulta: 30 de agosto de 2018.
- HOLMES, Oliver W. (1881): *The common law* (Boston; Little, Brown & Company).
- JASANOFF, Sheila (2017): “Constitutions of modernity: science, risk and governable subjects”, en WIEMER, María and DE RUIJTER, Anniek (edits.), *Regulating risks in the European Union* (Oxford, Hart) pp. 19-36.
- JOSSERAND, Louis (1897): *Responsabilité du fait des choses inanimées* (Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, Éditeur).
- MOYA, Francisca (2014): *El principio de precaución. Un estudio sobre el modelo europeo de control de riesgo* (Santiago, Thomson Reuters).
- PARRA, María Ángeles (2014): “Responsabilidad civil por productos defectuosos”, en REGLERO, Fernando y BUSTO, José Manuel (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. (Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014, quinta edición), T. II, pp. 179-329.
- PERRY, Stephen (2008): “Re-Torts”, *Alabama Law Review*, vol. 59, pp. 987-1035.
- PIZARRO, Carlos (2010): “Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, vol. 6, pp. 187-198.
- RÍOS, Sebastián (2015): “Las acciones civiles y el principio de precaución”, en MORAGA, Pilar, BOUTONNET, Mathilde y SAINT-PAU, Jean-Cristophe (coord.), *El principio precautorio en el derecho comparado* (Santiago, LOM) pp. 75-83.
- RODRÍGUEZ, Pablo (1999): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROJAS, Christian (2014): “Los riesgos, las funciones del derecho ambiental ante estos, y su control por medio de entidades privadas colaboradoras de la gestión ambiental”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 43, N° 2: pp. 549-582.
- SALEILLES, Raymond (1897): *Les accidents de travail et la responsabilité civile* (Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, Éditeur).
- STEELE, Jenny (2018a): “Epilogue: what does risk-reasoning tell us about tort law?”, en DYSON, Matthew (edit.). *Regulating risk through private law* (Cambridge, Intersentia) pp. 513-521.
- STEELE, Jenny (2018b): “Risk revolutions in private law”, en WORTHINGTON, Sarah, ROBERTSON, Andrew y VIRGO, Graham (edits.). *Revolution and evolution in private law* (Oxford, Hart) pp. 75-97.
- STEELE, Jenny (2004): *Risks and legal theory* (Oxford, Hart).
- SUNSTEIN, Cass (2006): *Riesgo y razón. Seguridad, ley y medioambiente* (Buenos Aires, trad. José Lebrón, Katz Editores).
- SUNSTEIN, Cass (2005): *Laws of fear. Beyond the precautionary principle* (Cambridge, CUP).
- TAPIA, Mauricio (2015): “Principio de precaución y la responsabilidad civil en Chile”, en MORAGA, Pilar, BOUTONNET, Mathilde y SAINT-PAU, Jean-Cristophe (coord.). *El principio precautorio en el derecho comparado* (Santiago, LOM) pp. 61-73.
- TERRY, Henry (1915): “Negligence”, *Harvard Law Review*, vol. 29: pp. 40-54.
- TISNÉ, Jorge (2017): *Las inmisiones. Protección de la propiedad frente a ruidos, humos, olores y otros conflictos de vecindad* (Santiago, Thomson Reuters).

- URRUTIA, Sebastián (2010): “La exclusión de responsabilidad sanitaria por los riesgos de desarrollo en la Ley N° 19.966”, en Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de derecho civil V* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 777-787.
- VINEY, Geneviève (2007): “Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées”, *Dalloz*, 2007: pp. 1542 ss.
- WRIGHT, Richard (2003): “Hand, Posner and the myth of the Hand Formula”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 4: pp. 145-274.
- ZORZETTO, Silvia (2018): *Concepto de riesgo y principio de precaución* (Santiago, Ediciones Olejnik).

NORMAS CITADAS

- Ley N° 18.302 (02/05/1984), de Seguridad Nuclear.
- Ley N° 19.300 (09/03/1994), sobre Bases Generales del Medio Ambiente.
- Ley N° 19.966 (03/09/2004), sobre Garantías de Salud.
- Ley N° 20.850 (06/06/2015), crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a don Luis Ricarte Soto Gallegos.

JURISPRUDENCIA CITADA

- ARRIAGADA CON FISCO* (2018): Corte Suprema, 17 de abril de 2018, rol 18.225-2017 (acción de indemnización de perjuicios por falta de servicio del Fisco).
- BLYTH V. BIRMINGHAM WATER WORKS* (1856): Court of Exchequer, 6 de febrero de 1856, 156 E.R. 1047 (acción de indemnización de perjuicios).
- COMMUNE DE LA ROQUETTE SUR SIAGNE CON SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE RADIODÉLÉPHONE* (2013): Tribunal de Grande Instance de Grasse, 17 DE JUNIO DE 2003, confirmado por Cour d’Appel d’Aix en Provence, 8 de junio de 2004, D. 2004, p. 2678 (acciones de cesación e indemnización de perjuicios).
- CONSORCIO ENERGÉTICO NACIONAL S.A. CON DIRECTOR EJECUTIVO DEL SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL* (2013): Segundo Tribunal Ambiental, 1 de octubre de 2013, rol 2-2013 (reclamación contra Resolución Exenta N° 13, 16 de enero de 2012, Comisión de Evaluación Ambiental de la VI Región).
- CORPORACIÓN FISCALÍA DEL MEDIO AMBIENTE CON SERVICIO EVALUACIÓN AMBIENTAL REGIÓN DE AYSÉN* (2012): Corte Suprema, 11 de mayo de 2012, rol 2.463-2012 (apelación recurso de protección).
- CORVERA CON EFE* (2015): CS, 19 de octubre de 2015, rol 6.242-2015 (acción de indemnización de perjuicios).
- CPAM DU GARD* (2006): Cour de cassation (civ 2e), 14 de septiembre de 2006, N° 04-30642 (acción de indemnización de perjuicios).
- DOUGNAC Y OTROS CON MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE* (2014): Segundo Tribunal Ambiental, 16 de diciembre de 2014, rol 22-2014 (reclamación contra DS N° 20, de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente).

- ELGUETA CON EMPRESAS PIZARREÑO* (2015): Corte Suprema, 22 de enero de 2015, rol 2.017-2014 (acción de indemnización de perjuicios).
- ESTADO DE CHILE CON EMPRESA MINIMAL ENTERPRISES COMPANY* (2013): Corte Suprema, 2 de junio de 2014, rol 14.209-2013 (acción de reparación de daño ambiental).
- FLORES CON MINERA LOS PELAMBRES* (2014): Corte Suprema, 21 de octubre de 2014, rol 12.938-2013 (denuncia de obra nueva).
- GAEC* (2011): Cour de cassation (civ 3^e), 18 de mayo de 2011, N° 80 10-17.645 (acción de indemnización de perjuicios).
- GONZÁLEZ Y OTROS CON RECONSA S.A.* (2012): Corte Suprema, 27 de agosto de 2012, rol 2.138-2012 (apelación de recurso de protección).
- INVERSIONES J Y B LIMITADA CON SCM TAMBILLOS* (2016): Segundo Tribunal Ambiental, 24 de agosto de 2016, rol 14-2014 (acción de reparación de daño ambiental).
- LAGOUGE CON SOCIÉTÉ BOUYGUES TELECOM* (2008): Tribunal de Grande Instance de Nantierre, 18 de septiembre de 2008, D. 2008, p. 96, n. M. Boutonnet (acciones de cesación e indemnización de perjuicios).
- LEFIQUEO CON FISCO* (2017): Corte Suprema, 16 de noviembre de 2017, rol 4.654-2017 (acción de indemnización de perjuicios por falta de servicio del Fisco).
- MUNICIPALIDAD DE MAIPÚ CON SOCIEDAD MINERA LA ESPAÑOLA CHILE LIMITADA* (2017): Segundo Tribunal Ambiental, 6 de enero de 2017, rol 15-2015 (acción de reparación de daño ambiental).
- ORANGE FRANCE* (2012): Cour de cassation (civ 1re), 17 de octubre de 2012, N° 10-26.854 y N° 11-19.259 (acción de cesación).
- ORTIZ CON CODELCO* (2013): Corte Suprema, 12 de marzo de 2013, rol 7.113-2010 (acción de indemnización de perjuicios).
- PAMPA CAMARONES S.A. CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE* (2017): Corte Suprema, 24 de abril de 2017, rol 61.291-2016 (reclamación contra Resolución Exenta N° 1.147, 1 de diciembre de 2015, SMA).
- PINTO CON FISCO* (2018): Corte Suprema, 17 de enero de 2018, rol 5.094-2017 (acción de indemnización de perjuicios por falta de servicio del Fisco).
- POBLETE CON CODELCO* (2015): Corte Suprema, 22 de julio de 2015, rol 30.182-2014 (acción de indemnización de perjuicios).
- ROCCO Y OTROS CON DIRECTORA REGIONAL (s) SEA E INTENDENTE (s) III REGIÓN ATACAMA* (2012): Corte Suprema, 28 de agosto de 2012, rol 1.960-2012 (apelación de recurso de protección).
- SANOPI PASTEUR MSD* (2017): Cour de cassation (civ 1re), 18 de octubre de 2017, N° 14-18118 y N° 15-20791 (acción de indemnización de perjuicios).
- SCHULZE BRAVO Y OTRO CON ENTEL TELEFONÍA MÓVIL S.A.* (2009): Corte Suprema, 10 de noviembre de 2009, rol 7.724-2009 (apelación recurso de protección).
- SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE VALS* (2010): Cour de cassation (civ 3^e), 3 de marzo de 2010, N° 08-19.108 (acción de indemnización de perjuicios).
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE RADIOTÉLÉPHONE* (2012): Cour de cassation (civ 3^e), 19 de diciembre de 2012, N° 11-23.566 (acción de cesación).

- SOCIÉTÉ LABORATOIRE GLAXO-SMITHKLINE* (2003): Cour de cassation (civ. 1re), 23 de septiembre de 2003, N° 01-13.063 y N° 01-13.064 (acción de indemnización de perjuicios).
- SOCIÉTÉ LABORATOIRE GLAXO-SMITHKLINE* (2008): Cour de cassation (civ. 1re), 22 de mayo de 2008, N° 06-10.967 y N° 06-14.952 (acción de indemnización de perjuicios).
- SOCIÉTÉ LABORATOIRE STALLERGÈNES* (2009): Cour de cassation (civ. 1re), 25 de junio de 2009, N° 08-12781 (acción de indemnización de perjuicios).
- UCB PHARMA* (2006): Cour de cassation (civ. 1re), 7 de marzo de 2006, N° 04-16179 y N° 04-16180 (acción de indemnización de perjuicios).
- UNITED STATES V. CARROLL TOWING CO.* (1947): United States Court of Appeals, Second Circuit, 9 de enero de 1947, 159 F.2d (acción de indemnización de perjuicios).

¿RE OBLIGAMUR, CUM RES IPSA INTERCEDIT?
SOBRE EL ASÍ LLAMADO CONTRATO REAL EN
MODESTINO

RE OBLIGAMUR, CUM RES IPSA INTERCEDIT?
ON THE SO-CALLED REAL CONTRACT BY MODESTINUS

ADOLFO WEGMANN STOCKEBRAND*

RESUMEN: Este artículo aborda el problema de la amplísima noción de *re obligari* contenida en los *libri regularum* del jurista romano Herenio Modestino: *re obligamur, cum res ipsa intercedit*. De los términos empleados por Modestino pareciera derivarse un concepto de obligación real que se identifica con toda obligación que se contrae por medio de la entrega de una cosa, es decir, una figura que en lo fundamental correspondería al moderno concepto de contrato real. Sin embargo, un atento análisis de la obra de este jurista demuestra que su noción de *re obligari* se encontraba restringida al *mutuum*, único supuesto de *obligatio re contracta* en el derecho romano clásico.

Palabras clave: *Obligatio re contracta*, contrato real, mutuo, Modestino.

ABSTRACT: This paper deals with the issue of the broad notion of *re obligari* included in the *libri regularum* of the Roman jurist Herennius Modestinus: *re obligamur, cum res ipsa intercedit*. From the terms used by Modestinus seems to stem a concept of real obligation that corresponds to any obligation acquired by the delivery of a thing; that is, a notion which would essentially correspond with the modern concept of a 'real contract'. However, careful analysis of this jurist's work shows that his notion of *re obligari* was restricted to *mutuum*, the only case of *obligatio re contracta* that existed in classical Roman law.

Key words: *Obligatio re contracta*, real contract, loan, Modestinus.

INTRODUCCIÓN

La categoría de los contratos reales es una noción conceptual y sistemática propia de la tradición jurídica europea-continental, de la cual Chile es heredero¹. En efecto, la mayoría de los ordenamientos jurídicos que forman parte de esta tradición reconoce en la entrega de una cosa (implique o no transferencia de dominio) el modo de perfeccionamiento

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Privado (Derecho Romano y Derecho Civil), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Dirección electrónica: aawegman@uc.cl. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt de Iniciación en Investigación N° 11170478 *Aliud est enim credere, aliud deponere. Sobre la relación entre causas crediticias y depósito en el derecho romano clásico*, del cual el autor es investigador responsable.

¹ En este sentido especialmente MASCHI (1973) p. 1. Véase también p. ej. BUSSI (1939) pp. 7 ss.; VERDAM (1953) pp. 745 ss.; COING (1985) pp. 469 ss.; ZIMMERMANN (1996) pp. 153 ss.

de ciertos contratos² de los cuales emana como obligación principal la de restituir la misma cosa (*res ipsa*), como es el caso del comodato, el depósito y la prenda, o bien, otro tanto del mismo género y calidad (*tantundem eiusdem generis et qualitatis*), como ocurre respecto del mutuo³. Expresado en otros términos: la entrega de la cosa no opera *solvendi causa*, es decir, como cumplimiento de una obligación previamente contraída, sino *contrahendi causa*, como acto constitutivo del vínculo jurídico. En este contexto, los códigos civiles del área germánica (BGB alemán, ABGB austríaco y ZGB suizo) son la excepción, toda vez que han suprimido la categoría de los contratos reales en todo o parte, atribuyendo naturaleza consensual a todas o algunas de las figuras que la conformarían⁴.

En trabajos anteriores hemos intentado demostrar que el derecho romano clásico conoció una única causa de *obligatio re contracta* (término del cual deriva el *contractus re* del *ius commune* y el consiguiente contrato real moderno), a saber, la *mutui datio*, limitando la noción del así llamado contrato real romano al mutuo y, por tanto, a una entrega translaticia de dominio (*datio rei*): *re contrahitur obligatio mutui datione*. Lo anterior se aprecia no solo en Gayo (tanto en sus *Institutiones*⁵ como en las *res cottidianae*⁶), sino que también en Quinto Mucio Escévola (según el testimonio de Pomponio)⁷ y en Paulo⁸. Incluso las Instituciones de Justiniano parecieran –si no en la *interpretatio* bizantina, al menos en la letra de los textos– confirmar esta misma doctrina⁹.

En el presente estudio pretendemos abordar el problema de la amplísima noción de *re obligari* contenida en los *libri regularum* del jurista tardo-clásico Herenio Modestino, según la cual una obligación nacería *re* cada vez que concurre la entrega de una cosa: *re obli-*

² Si bien en doctrina se suele hablar en términos de perfeccionamiento del contrato, se trata de una nomenclatura del todo ajena al pensamiento romano, que daba al sintagma *contrahere obligationem* un sentido diverso, referido más bien al acto material concreto que engendraba la obligación (su *causa*), que no es lo mismo exactamente. Véase al respecto FALCONE (2011) p. 30; BRASIELLO (1944) p. 103. En detalle sobre esta cuestión, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND (2017a) pp. 69 ss.; WEGMANN STOCKEBRAND (2019a) en prensa.

³ Así ocurre en la mayoría de los códigos civiles, que establecen que ciertos contratos se perfeccionan mediante la entrega de una cosa, sin otorgarles explícitamente la denominación de contratos reales. Véase por ejemplo el *Code Civil* francés: art. 1875 (comodato), 1892 (mutuo), 1915 (depósito) y (desde la reforma de 2006) 2011 (fiducia); el *Codice Civile* italiano: art. 1766 (depósito), 1803 (comodato), 1813 (mutuo) y 2786 (prenda); el Código Civil español: art. 1740 (mutuo y comodato), 1758 (depósito) y 1863 (prenda). El Código Civil chileno, en cambio, habla en términos explícitos de contrato real en su art. 1443: *El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere (...)*.

⁴ Véase §§ 488 (mutuo de dinero), 598 (comodato), 607 (mutuo de cosas fungibles distintas del dinero) y 688 (depósito) del BGB; § 983 (mutuo) del ABGB; art. 305 (comodato), 312 (mutuo) y 472 (depósito) del ZGB. En cambio, tanto el depósito (§ 957) como el comodato (§971) siguen estando configurados como contratos reales en el ABGB.

⁵ Gai. 3,90. Véase, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND (2017a) pp. 115 ss; WEGMANN STOCKEBRAND (2018) pp. 97 ss.

⁶ D. 44,7,1,2 (Gai. 2 res cott.). Véase, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND (2017a) pp. 183 ss., 218 ss.; WEGMANN STOCKEBRAND (2019b) en prensa.

⁷ D. 46,3,80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.). Véase, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND (2017a) pp. 34 ss.; WEGMANN STOCKEBRAND (2018) pp. 109 ss.

⁸ D. 2,14,17pr. (Paul 3 ad ed.). Véase, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND (2017a) pp. 179 ss; WEGMANN STOCKEBRAND (2018) pp. 113 ss.

⁹ I. 3,14pr. Véase, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND (2017a) pp. 236 ss.

*gamur, cum res ipsa intercedit*¹⁰. De los términos empleados por Modestino pareciera derivarse a primera vista un concepto de obligación (contractual) real muy distinta de la recién esbozada, ya que se identificaría sin más con todos aquellos casos en los cuales la constitución del vínculo obligatorio supone el acto material de entrega de una cosa, vale decir, una figura que en lo fundamental correspondería al moderno concepto de contrato real arriba mencionado, entendido como aquel que se perfecciona mediante *traditio* en sentido lato, con independencia de que esta suponga o no una transferencia de dominio.

Si bien no podemos negar la desprolijidad con la cual Modestino se refiere en su obra a la naturaleza del *re obligari*, creemos que no hay en esta ni en otras fuentes argumentos textuales que permitan sostener que el jurista extendió tal género obligacional y, con ello, el *re contrahere*, a negocios distintos de la *mutui datio*. Más bien todo lo contrario: a partir de la exégesis del fragmento resulta que Modestino no ofrece novedades en lo que respecta a la estructura de la *obligatio re contracta* clásica, siempre restringida al *mutuum*.

Nuestro plan de trabajo exige, pues, referirse primera y someramente a la individualidad de Modestino en el marco de la jurisprudencia tardo-clásica (1), para luego abordar la cuestión del campo semántico del concepto técnico *obligatio re contracta* en el derecho romano clásico (2). Lo anterior nos permitirá contrastar dicha noción con la idea de *re obligari* contenida en D. 44,7,52,1, a partir de la exégesis del fragmento (3), y extraer de ello conclusiones sobre el así llamado contrato real en el pensamiento de Modestino, además de perspectivas de investigación.

1. LA INDIVIDUALIDAD DE MODESTINO

Los juristas romanos no son fungibles, y su individualidad histórica resulta indispensable a la hora de intentar reconstruir su pensamiento y juzgar en qué medida y de qué manera contribuyeron a la formación de aquello que, retrospectivamente, solemos denominar como derecho romano clásico¹¹. El jurista tardo-clásico Herenio Modestino ciertamente no es la excepción. Él ha pasado a la historia del derecho romano principalmente por dos motivos, ambos más bien ajenos a su propia voluntad: por una parte, es considerado habitualmente como el último jurista clásico¹²; por la otra, tuvo la suerte de ser incluido, junto a su maestro Ulpiano¹³ y a Paulo, Papiniano y Gayo en el selecto club de las cinco *auctoritates* de la así llamada Ley de Citas del año 426, en virtud de la cual sus escritos pasaron a ser considerados como jurídicamente vinculantes¹⁴. Lo anterior dice mucho sobre la alta consi-

¹⁰ D. 44,7,52,1 (Mod. 2 reg.). Una exégesis detallada de la fuente *infra*, 3.

¹¹ Al respecto véase por ejemplo BALDUS (2012) pp. 7 ss.

¹² Véase p. ej. BRASSLOFF (1912) pp. 667, 674; ORESTANO (1964) p. 819; KUNKEL (1967) p. 259; GÓMEZ-IGLESIAS (2004) p. 214.

¹³ El hecho que Modestino fue discípulo de Ulpiano es indudable, puesto que es mencionado como tal por este último, con motivo de una consulta que le dirigió nuestro jurista desde Dalmacia, conservada en D. 47,2,52,20 (Ulp. 37 ad ed.). De ahí que algunos hayan planteado la hipótesis de que Dalmacia pudo ser la patria del jurista. Cf. KUNKEL (1967) p. 259. Para un estudio más detallado sobre la relación entre Ulpiano y Modestino, que escapa de los márgenes de este trabajo, nos remitimos a VIARENGO (2009a) pp. 56 ss. y la bibliografía por ella citada.

¹⁴ CTh. 1,4,3.

deración en la que se debió tener a Modestino en época postclásica; de hecho, el emperador Gordiano III (238-244) no dudó en calificarlo como un jurista de indiscutida autoridad¹⁵.

Los compiladores justinianos conservaron en el Digesto un total de 347 fragmentos extraídos de las obras de Modestino¹⁶, a los cuales debemos añadir un texto en el que Arcadio Carisio se remite en términos explícitos a él¹⁷. Ciertamente tenemos en frente una cantidad relativamente pequeña de testimonios textuales, si la comparamos con la de otros juristas tardo-clásicos; para qué decir con Ulpiano, quien por sí solo representa aproximadamente la tercera parte del Digesto. No obstante lo anterior, es suficiente para formarse una impresión general sobre el papel desempeñado por Modestino en el seno de la jurisprudencia del siglo III d.C.¹⁸. Sorprendentemente, lo dicho no ha logrado despertar en la romanística moderna demasiado interés en su persona y obra: tradicionalmente la doctrina ha menospreciado el trabajo de Modestino, al considerarlo un jurista más bien mediocre, siempre a la sombra de su gran maestro.

La única obra de su autoría que ha sido objeto de acucioso estudio por parte de la moderna ciencia romanística es su monografía, redactada íntegramente en griego y de índole eminentemente práctica, sobre las excusas para ser tutor, cuyo título fue traducido por los compiladores como *libri de excusationibus*¹⁹. De su contenido se desprende que con toda probabilidad estuvo destinada a la práctica forense en materia de tutela en una provincia romana de cultura helenística. Los demás escritos de Modestino, entre otros (junto a monografías sobre cuestiones específicas) sus *Pandectae*, *Differentiae*, *Responsae* y las –muy importantes para nuestro estudio– *Regulae*, todavía esperan, como señaló Schulz hace ya varias décadas, una investigación crítica detallada²⁰.

Sabemos muy poco sobre la vida y el origen de Modestino. Nuestros datos sobre su vida profesional se limitan básicamente a que llegó a desempeñar el cargo de *praefectus vigilum*²¹ y fue preceptor del hijo del emperador Maximinus Thrax, C. Iulius Verus Maximinus²². Como jurista se encontraba activo todavía el año 239, según el elogioso testimonio de Gordiano III ya citado²³. Mucho más difícil es conjeturar sobre su origen, ya que las fuentes no nos ofrecen antecedentes fidedignos al respecto²⁴: su nombre no ayuda

¹⁵ C. 3,42,5 (Gord., a. 239): *Ad exhibendum actione non tantum eum qui possidet, sed etiam eum teneri, qui dolo fecit, quominus exhiberet, merito tibi a non contemnendae auctoritatis iuris consulto Modestino responsum est*. Véase también C. 3,28,36,2 (Iust., a. 531).

¹⁶ Cf. LENEL (1889) pp. 701 ss.

¹⁷ D. 50,4,18,26 (Arc. Char. l.s. de mun. civ.). Sobre la vinculación entre ambos juristas VIARENGO (2009a) pp. 205 ss.

¹⁸ Una visión de conjunto sobre la posición de Modestino dentro de la jurisprudencia tardo-clásica en HONORÉ (1962) pp. 213 ss.

¹⁹ LENEL (1889) pp. 707 ss. Un detallado análisis monográfico de la obra en MASIELLO (1983). Véase también VIARENGO (1996); VOLTERRA (1970) pp. 583 ss.; ALTMANN (1955) pp. 1 ss.; PETERS (1912) pp. 511 ss.

²⁰ SCHULZ (1961) p. 224. Una visión panorámica de las obras de Modestino (clasificadas según géneros literarios) en LIEBS (1997) pp. 196 ss.

²¹ CIL VI 266 = BRUNS (1909) p. 406. Detalles en VIARENGO (2009a) pp. 157 ss.

²² SHA, Vita Max. 27,5. Detalles en VIARENGO (2009a) pp. 177 ss.

²³ C. 3,42,5 (Gord., a. 239). Detalles en VIARENGO (2009a) pp. 181 ss.

²⁴ KUNKEL (1967) p. 260.

demasiado, ya que si por una parte el *nomen* Herennius es indubitadamente itálico y se encuentra suficientemente representado durante todo el período imperial²⁵, por otra parte, el *cognomen* Modestinus es comparativamente más raro, aunque aparece en las más diversas regiones del imperio²⁶. Respecto de su *praenomen*, en cambio, no hay rastro alguno en las fuentes.

En doctrina se suele atribuir a Modestino una patria situada en tierras de cultura helenística²⁷; a partir de algunos fragmentos de su monografía *de excusationibus* se ha querido vincularlo específicamente con el norte de Asia Menor²⁸. Aunque no es posible afirmar con certeza que Modestino procedía de Anatolia, se puede aceptar que debió haber estado estrechamente vinculado a esta región situada en los márgenes orientales del imperio, quizá durante la mayor parte de su vida²⁹. En todo caso, los fragmentos conservados en el Digesto permiten sostener que el jurista era un excelente conocedor tanto de la lengua griega como de la cultura jurídica del mundo helenístico bajo dominio romano, lo que en principio hablaría a favor de la tesis de un origen oriental o, por lo menos, de una estrecha relación con esa zona³⁰. Como ya se adelantó, sus *libri de excusationibus* se encuentran dirigidos a satisfacer una necesidad de la práctica forense del oriente del imperio; asimismo, los *libri responsorum* tratan varias cuestiones de derecho propias de ese mundo, en algunos casos incluyendo citas textuales en lengua griega³¹. A mayor abundamiento, en sus escritos encontramos interesantísimas comparaciones entre la terminología jurídica latina y griega (*apud Romanos/apud Graecos*)³², así como *responsae* en materia de disposiciones de última voluntad redactadas en esta última lengua³³.

No obstante lo anterior, las características recién esbozadas no son suficientes para extraer conclusiones firmes y más o menos concretas sobre el origen de Modestino: el recurso al idioma griego en especial y al saber de la cultura helenística en general³⁴ era relativamente habitual incluso entre juristas que carecían de vínculos personales con oriente; de hecho, su conocimiento formaba parte del *curriculum* de todo ciudadano romano bien instruido (para qué decir de los *prudentes*)³⁵. Basta recordar sobre este punto a Labeón, un

²⁵ MÜNZER (1912) pp. 661 ss.

²⁶ KUNKEL (1967) p. 261; VIARENGO (2009a) pp. 6 ss.

²⁷ Así BRASSLOFF (1912) p. 668; PETERS (1912) pp. 511 ss.; ORESTANO (1964) p. 819; LIEBS (1997) p. 195.

²⁸ Véase D. 27,1,6,9 y 14 (Mod. 2 exc.). Cf. PETERS (1912) pp. 511 ss.; KRÜGER (1912) p. 253; KUNKEL (1967) p. 259; LIEBS (1997) p. 195; VIARENGO (2009a) pp. 7 ss.

²⁹ LIEBS (1997) p. 195.

³⁰ ALTMANN (1955) p. 68. En detalle sobre la relación entre los juristas tardo-clásicos y las culturas jurídicas provinciales TALAMANCA (1976) pp. 95 ss.

³¹ Véase D. 31,34,1 y 7 (Mod. 10 resp.); D. 34,1,4pr. (Mod. 10 resp.) y D. 50,12,10 (Mod. 10 resp.). Cf. SCHULZ (1961) p. 321.

³² P. ej. D. 38,10,4pr.-6 (Mod. 12 pand.) en materia de relaciones de parentesco. Detalles en VIARENGO (2009a) pp. 21 ss.; VIARENGO (2009b) pp. 917 ss.

³³ Así p. ej. en D. 34,1,4pr. (Mod. 10 resp.). Cf. HÄUSLER (2016) pp. 441 ss.

³⁴ Sobre esta cuestión véase p. ej. BABUSIAUX (2014) pp. 35 ss.

³⁵ En general sobre el bilingüismo en la antigüedad clásica y su influencia en la ciencia jurídica romana, PICHONNAZ (2017) pp. 707 ss.

jurisconsulto de indudable origen itálico³⁶ que, sin embargo, definió un concepto tan romano como es el contrato usando una palabra griega: *συνάλλαγμα*³⁷. Es más, en el Digesto las comparaciones entre conceptos jurídicos latinos y griegos son relativamente abundantes, apareciendo no solo en la obra de Modestino y en el texto labeoniano recién referido, sino que también en Gayo y en juristas tan notables como Pomponio, Papiniano, Paulo y Ulpiano³⁸. A mayor abundamiento, Quinto Cervidio Escévola, jurista alto-clásico de cuyo origen poco o nada se sabe³⁹, aunque su nombre gentilicio hable más bien a favor de un origen occidental, muy a menudo se enfrenta a disposiciones de última voluntad que no solo están redactadas en lengua griega, sino que reflejan en su contenido concepciones jurídicas de claro cuño oriental⁴⁰.

Por último, incluso si Modestino efectivamente estuvo estrechamente relacionado con el mundo helenístico durante parte importante de su vida profesional, esto no implica necesariamente que su vida natural haya comenzado allí. De hecho, no hay seguridad respecto a que su lengua materna haya sido el griego⁴¹: *De excusationibus* es su única obra redactada íntegramente en este idioma, y ya en la dedicatoria⁴² deja en claro que no es fácil para él expresar conceptos jurídicos latinos en griego⁴³, lo cual permite suponer que probablemente su lengua materna era el latín, mientras que el griego no pasaba de ser una lengua extranjera dominada en un nivel suficientemente alto, pero en ningún caso como un nativo.

En este orden de cosas, si relacionamos las características particulares de Modestino antes esbozadas con la situación cultural y jurídica del imperio a comienzos del siglo III d.C., sobre todo con posterioridad a la dictación de la así llamada *constitutio Antoniniana* (212), que concedió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del imperio, excepto los dediticios, es dable sostener que la exposición sistemática y didáctica de material jurídico romano (y, por ende, redactado originariamente en latín) en griego, debió ser una necesidad urgente considerando este radicalmente nuevo estado de cosas. Si de un día para otro millones de personas que habían nacido y se habían educado en un contexto cultural basado en la lengua y *paideia* griega y en conceptos jurídicos de raigambre helenística, pa-

³⁶ Cf. KUNKEL (1967) pp. 32 ss.

³⁷ D. 50,16,19 (Ulp. 11 ad ed.): (...) *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant* (...).

³⁸ P. ej. D. 1,16,4,5 (Ulp. 1 de off. proc.); D. 2,13,7,1 (Paul. 3 ad ed.); D. 3,2,4,1 (Ulp. 6 ad ed.); D. 11,7,42 (Flor. 7 inst.); D. 21,1,5 (Paul. 11 ad Sab.); D. 22,3,28 (Lab. 7 pith. a Paul. epit.); D. 26,7,46,1 (Paul. 9 resp.); D. 33,7,2,1 (Pap. 7 resp.); D. 38,10,10,1 (Paul. l.s. de grad. ed adf.); D. 39,6,35,1 (Paul. 6 ad leg. Iul. et Pap.); D. 41,2,1pr. (Paul. 54 ad ed.); D. 41,3,30pr. (Pomp. 30 ad Sab.); D. 47,2,1pr. (Paul. 39 ad ed.); D. 48,5,6,1 (Pap. 1 de adult.); D. 50,14,3 (Ulp. 8 de omn. trib.); D. 50,16,5,1 (Paul. 2 ad ed.); D. 50,16,144 (Paul. 10 leg. Iul. et Pap.); D. 50,16,163,1 (Paul. 2 ad Sab.); D. 50,16,233,2 (Gai. 1 ad leg. XII Tab.); D. 50,16,236pr.-1 (Gai. 4 ad leg. XII Tab.).

³⁹ Sobre esta cuestión véase KUNKEL (1967) pp. 217 ss.; PARMA (2007) pp. 4019 ss.; GOKEL (2014) pp. 68 ss.

⁴⁰ Véase p. ej. D. 32,101pr. (Scaev. 16 dig.); D. 33,4,14 (Scaev. 15 dig.); D. 34,4,30,1 y 3 (Scaev. 20 dig.) y D. 40,4,60 (Scaev. 24 dig.), fuentes donde aparecen expresamente citadas disposiciones escritas en griego.

⁴¹ BRASSLOFF (1912) p. 674; ALTMANN (1955) p. 68; VIARENGO (2009a) p. 5 (n. 10), 13.

⁴² La obra está dirigida a un tal Egnatius Dexter; D. 27,1,1pr. (Mod. 1 exc.). Podemos asumir que Egnatius Dexter tenía algún tipo de responsabilidad jurisdiccional en materia de tutela en una provincia de lengua griega. El carácter eminentemente práctico de la obra sustenta esta hipótesis. Cf. VIARENGO (2009a) pp. 10 ss.

⁴³ D. 27,1,1,1 (Mod. 1 exc.). Cf. SCHULZ (1961) p. 320; VIARENGO (2009a) pp. 12 ss.

saron a estar plenamente sometidos al *ius civile* de la *urbs*⁴⁴, debió sentirse fuertemente la necesidad de exposiciones simplificadas del conocimiento jurídico romano, adaptadas a una *forma mentis* a la cual aquel era más bien ajeno.

En este sentido, bien puede hablarse de una particular disposición o sensibilidad de parte de Modestino al nuevo clima surgido inmediatamente después de la dictación de la *constitutio Antoniniana*⁴⁵. Después de todo, como él mismo expresó, Roma se había convertido en una patria común (*Roma communis nostra patria est*)⁴⁶, regida por un mismo derecho. La lectura de los fragmentos de Modestino conservados en el Digesto da cuenta, de hecho, de la especial preocupación de nuestro jurista ante los muy posibles malentendidos a los que podía conducir una insuficiente familiaridad con nociones jurídicas latinas, desarrolladas en un contexto geográfico, cultural, social y económico muy distinto del helenístico⁴⁷. No es casualidad que sus escritos hayan sido utilizados únicamente en recopilaciones postclásicas procedentes del área oriental del imperio romano⁴⁸, lo que dice bastante a favor de la tesis de cierto distanciamiento del así llamado derecho vulgar de la mitad occidental del imperio respecto del pensamiento de Modestino⁴⁹. Así las cosas, es posible plantear la hipótesis de que en sus obras de naturaleza didáctica, como es el caso de los *libri regularum*, Modestino pudo tener en mente principalmente a discípulos actuales o potenciales cuya lengua materna no era precisamente la de Cicerón⁵⁰.

En síntesis: Si bien las fuentes no permiten afirmar con certeza de qué zona concreta del imperio romano procedía Modestino, no cabe duda de su muy especial relación con su mitad oriental, de cultura griega, así como con su práctica jurídica. Lo anterior debe ser tenido en consideración al momento de interpretar el contenido de sus escritos: por qué dijo lo que dijo, cómo lo dijo y a quién lo dijo. La noción de *re obligari* es, a este respecto, un muy buen ejemplo⁵¹.

2. LA OBLIGATIO RE CONTRACTA EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Como se adelantó en la introducción, las fuentes están contestes en cuanto a que la dación mutuaría (*mutui datio*) constituye la única causa de *obligatio re contracta* en sentido propio⁵². En efecto, no hay texto romano alguno, ya sea dentro o fuera de la compilación justiniana, que emplee el sintagma *re contrahere* respecto de negocios distintos del mutuo.

⁴⁴ Cf. SCHULZ (1961) p. 321; TALAMANCA (1976) pp. 198 ss.

⁴⁵ TALAMANCA (1976) p. 200.

⁴⁶ D. 50,1,33 (Mod. l.s. de man.); en términos similares D. 27,1,6,11 (Mod. 2 exc.). Cf. SCHULZ (1934) pp. 74 ss.; VIARENGO (2009a) pp. 40 ss.

⁴⁷ Véase p. ej. D. 50,16,103 (Mod. 8 reg.) sobre el significado del término latino *appellatio capitalis*.

⁴⁸ Véase p. ej. Mod. 6 diff. = Coll. 1,12,1; Mod. 2 diff. = 10,2,1-7; Mod. 2 diff. = Schol. Sin. 6; Mod. 1 reg. = Schol. Sin. 13.

⁴⁹ Esta parece ser la opinión de BRASSLOFF (1912) p. 675, cuando afirma que “In den Fragm. Vatic. ist er nicht exzerpiert, was sich aus der Entstehung dieser Rechtssammlung in der westlichen Reichshälfte erklärt”.

⁵⁰ Cf. VIARENGO (2009a) p. 40.

⁵¹ Véase *infra*, 3.

⁵² En detalle WEGMANN STOCKEBRAND (2017a) pp. 115 ss.; WEGMANN STOCKEBRAND (2018) pp. 97 ss.

Así lo expresa en términos claros y precisos Gayo en sus *Institutiones*: al explicar en qué consiste este *genus* de *obligatio ex contractu*⁵³, el maestro antoniniano menciona únicamente la *mutui datio*⁵⁴, para luego dudar del carácter contractual (no así del real) de la *solutio indebiti*, representando esta, por decirlo de alguna manera, una obligación real extracontractual: el *solvens* que paga por error una deuda que no existe, quiere extinguir una obligación más que hacerla nacer, por lo que no cabría hablar de un *contractus*, pero el *accipiens* se obliga de todos modos *re*, ya que ha adquirido el dominio de las especies dadas en pago, al modo del mutuario (*ac si mutuuum accepisset*)⁵⁵. Por su parte, a propósito del tratamiento del *nomen transscripticium*, la *obligatio litteris contracta* (el así llamado contrato literal), Gayo distingue explícitamente dicha figura del *nomen arcarium*, un mutuo propiamente tal anotado solo para efectos probatorios (no constitutivos) en el *codex accepti et expensi* del acreedor con el consentimiento del deudor, señalando que este *último* nace *re y*, con ello, confirmando la idea de que el *re contrahere* se identifica con la dación mutuaría⁵⁶. En las *Institutiones* gyanas no se encuentra, pues, referencia alguna a causas de *obligatio re contracta* distintas del mutuo, y no hay razones de peso para pensar que se trate de una omisión o laguna del palimpsesto veronés sobre este punto⁵⁷, más allá de ideas preconcebidas sobre la sistemática del derecho contractual romano que carecen de suficiente apoyo textual⁵⁸.

La noción de *obligatio re contracta* de que dan cuenta las *Gai Institutiones* se aprecia con igual claridad en otras fuentes de época clásica, como es el caso de Quinto Mucio Escévola, quien, a través del comentario de Pomponio a la obra del jurista tardo-republicano y a propósito del tratamiento de las *causae credendi*, nos informa que se contrae una obligación *re* (*re contraxerimus*), a saber, por medio de la *mutui datio*⁵⁹. En efecto, el texto, en su versión original muciana, anterior a la muy probable intervención de Pomponio (quien

⁵³ Gai. 3,89: *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*

⁵⁴ Gai. 3,90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione (...)*. Sobre el significado de la partícula *velut*, que no siempre tiene el significado de “por ejemplo”, sino que también puede ser traducida como “a saber”, WEGMANN STOCKEBRAND (2017a) pp. 131 ss.

⁵⁵ Gai. 3,91: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuuum accepisset (...)* *sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.* En detalle sobre esta cuestión, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND (2017b) pp. 85 ss.

⁵⁶ Gai. 3,131: *Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praeberere.* Sobre el *nomen arcarium* véase THILO (1980) pp. 130 ss.; GRÖSCHLER (1997) pp. 76 ss. Testimonios documentales en TPSulp. 60-65 (= CAMODECA (1999) pp. 151 ss.).

⁵⁷ Sí ven aquí una omisión o laguna MASCHI (1971) pp. 690 ss.; QUADRATO (1979) p. 69. Ambos autores carecen, empero, de suficiente apoyo en las fuentes para tal conjetura.

⁵⁸ Plantean ciertas dudas sobre un reconocimiento por parte del *ius civile* de causas de *obligatio re contracta* distintas del mutuo, hablando de supuestas *obligationes re contractae* del derecho de gentes o impropias, TALAMANCA (1990) pp. 547 ss.; y GUARINO (2001) pp. 855 ss. Nada de esto encuentra fundamento en las fuentes jurídicas romanas.

⁵⁹ D. 46,3,80 (Pomp. 4 ad Q. Muc.): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat (...)*.

habría añadido la alusión a las *obligationes consensu contractae* y el consiguiente *dissensus* como modo de extinguir las obligaciones), con toda seguridad debió tratar las tres posibles causas de *certum dare oportere* (*re, verbis* y *litteris certum dare*), es decir, los fundamentos de la entonces relativamente reciente *legis actio per conditionem*⁶⁰, por lo cual necesariamente tenía que referirse a la *mutui datio*: el mutuo es el único contrato que genera un *re certum dare oportere*⁶¹.

Lo mismo puede decirse respecto de la noción de *obligatio re contracta* contenida en el comentario de Paulo al edicto del pretor urbano⁶². Si bien el mutuo no aparece expresamente mencionado en el texto paulino, es dable sostener que el jurista tardo-clásico alude implícitamente a él: de la lectura de la fuente se desprende que el nacimiento *re* de una obligación contractual (se emplea el verbo *contrahere*) supone la entrega translaticia de dominio de una cosa (*datio rei*), y no de cualquier cosa, sino de una cantidad determinada de bienes fungibles (*res, quae pondero numero mensura constant*), como se manifiesta en la mera mención de una cantidad cierta, un *certum* (con toda verosimilitud, de dinero), sin especificar, para restituir otras tantas del mismo género (*tantundem eiusdem generis*). Vale decir, se trata de una obligación de restitución, unilateral (solo el *accipiens* se obliga), que se hace valer por medio de una acción de estricto derecho, limitada al *quanti ea res est* (se excluye expresamente la posibilidad de demandar veinte, si solo se dieron diez), que no es sino la *condictio*. Pues bien, en derecho romano existe una sola figura negocial que reúne todas las características recién enunciadas, y no es otra que el mutuo: la *mutui datio* implica una transferencia de dominio de una cierta cantidad de bienes fungibles, que opera *credendi causa*, generando en el *accipiens* una obligación estrictamente restitutoria por el *tantundem*, por lo que no admite el pacto de intereses, como ocurriría en el caso de exigir la restitución de veinte cuando solo se prestaron diez⁶³. Luego, Paulo está hablando, al igual que Quinto Mucio Escévola, de un *re certum dare oportere* y, por tanto, del contrato de mutuo.

En síntesis: el análisis de las fuentes jurídicas romanas que emplean el sintagma *re contrahere* en alguna de sus formas conduce a la conclusión —a nuestro juicio inequívoca— de que la *obligatio re contracta* es identificada sin excepción con la *mutui datio*. Lo dicho significa que la así llamada categoría del contrato real romano queda acotada al mutuo, con exclusión de cualquier otra figura, sin que para ello importe que tal o cual negocio nazca por medio de la entrega no translaticia de dominio (y, por tanto, de un *facere* en vez de un *dare*) de especies o cuerpos ciertos, como ocurre en el *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*. La simple concurrencia del acto material de entrega de una *res* en la constitución de una relación obligatoria no tenía para los romanos una significación técnica concreta, ya

⁶⁰ Cf. CANNATA (1970) pp. 443 ss; CANNATA (2008) pp. 61 ss.

⁶¹ Cf. Cic., Pro Rosc. com. 4,13; 5,14: *Pecunia petita est certa; cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit*. En detalle sobre esta cuestión, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND (2017a) pp. 34 ss.; WEGMANN STOCKEBRAND (2018) pp. 109 ss.

⁶² D. 2,14,17pr. (Paul. 3 ad ed.): *Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*.

⁶³ Cf. D. 12,1,11,1 (Ulp. 26 ad ed.). En este sentido ya BRASIELLO (1930) p. 583: “*Pei classici che si potesse contrarre un’ obligatio re oltre la somma trasmessa egualmente non era ammissibile*”; TALAMANCA (1990) p. 541: “*l’obbligazione sorge nei limiti in cui è avvenuta la datio*”.

que la *traditio* es, considerada en sí misma, un acto por así decirlo jurídicamente insípido: el efecto que produzca en el mundo del derecho dependerá no tanto de ella misma considerada en abstracto, sino que más bien de su causa, pudiendo transferir el dominio, la *possessio ad interdicta* o la mera *detentio* o *possessio naturalis* sobre un bien, según cuál sea su fundamento concreto⁶⁴. Así, fuera de la circunstancia que tanto el mutuo como el comodato, el depósito y la prenda nacen de la *traditio* de una cosa en sentido lato, entre estos negocios hay poco o nada en común que permita subsumirlos en una misma categoría contractual⁶⁵.

Únicamente en las *res cottidianae* es posible encontrar un antecedente –por lo demás, mucho más vago y equívoco de lo que suele asumirse en doctrina– de una supuesta categoría de los contratos reales romana que incluya no solo el mutuo, sino que también el comodato, el depósito y la prenda. Después de una explicación del *re contrahere* que, al margen de diferencias estilísticas, equivale en sus aspectos esenciales a la contenida en las *Gai Institutiones* (esto es, limitada a la *mutui datio*)⁶⁶, se afirma que el comodatario, el depositario y el acreedor prendario también (*quoque*) estarían obligados en virtud de una cosa (*re*), a saber, a la restitución de la *res ipsa*⁶⁷. De aquí deriva la común atribución de paternidad de la así llamada categoría de los contratos reales al autor de las *res cottidianae*, muy probablemente el propio Gayo⁶⁸.

Sin embargo, creemos que la interpretación habitual de los pasajes recién referidos de las *res cottidianae* no da cuenta del verdadero sentido y alcance de la reflexión de su autor sobre la obligación contraída *re*. En D. 44,7,1,3-6 no se encuentra argumento textual alguno a favor de la afirmación de que la *obligatio re contracta* clásica habría ampliado sus márgenes de manera tal de ya no estar restringida a la dación mutuaría, llegando a ser omnicompreensiva de todos los contratos que nacen de la entrega material de una cosa sin más, vale decir, el comodato, el depósito y la prenda. En efecto, el autor de las *res cottidianae* es particularmente escrupuloso al reservar el empleo del sintagma técnico *re contrahere* al mutuo (como toda la jurisprudencia clásica), mientras que para las obligaciones estrictamente restitutorias del comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio, que se hacen valer por medio de acciones honorarias (*actiones commodati, depositi y pigneraticia in factum conceptae*), limitadas al simple valor de las cosas entregadas (*quanti ea res erit*) y, por tanto, con toda probabilidad construidas según el modelo formular de la *condictio*⁶⁹, emplea ex-

⁶⁴ Plantea correctamente la cuestión PEROZZI (1928) p. 32 (n. 1): “La frase: *contratto che si fa colla cosa (re) non significa infatti nulla; ed è enorme in ogni caso riassumere in un’unica categoria per il modo di perfezionamento contratti che si perfezionano colla trasmissione del dominio e contratti che si perfezionano dando una cosa, di cui il dante conserva la proprietà e il possesso o sempre o agli effetti almeno dell’usucapione come nel pegno*”.

⁶⁵ Así ya SCHULZ (1951) p. 469: “(...) otherwise the contracts assembled in this group have nothing in common”. En términos similares QUADRATO (1979) p. 78, quien se pregunta por “le ragioni di presenze così eterogenee in una stessa categoria”.

⁶⁶ D. 44,7,1,2 (Gai. 2 res cott.): *Re contrahitur obligatio mutui datione (...)*.

⁶⁷ D. 44,7,1,3-6 (Gai. 2 res cott.): 3. *Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur (...)*. 5. *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur (...)*. 6. *Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur (...)*.

⁶⁸ Así p. ej. D’ORS (1951) p. 267; D’ORS (1975) pp. 7 ss. Sobre la paternidad gayana de las *res cottidianae* véase por todos MARTINI (2012) pp. 171 ss.

⁶⁹ Ya PERNICE (1873) pp. 429 ss., hablaba a este respecto de *kondiktionenartige Klagen*. En el mismo sentido KASER (1935) pp. 65 ss.

presiones más genéricas e imprecisas, como *re obligatur* y *re tenetur*. De hecho, las acciones *in factum* (los clásicos hablaban a este respecto de *actione teneri*) de que dispone el comodante, el depositante y el deudor pignoraticio son las únicas que se refieren a la restitución de la cosa (*reddere*); las acciones de buena fe concebidas en el derecho para el comodato y el depósito (no hay constancia de una acción pignoratícia de buena fe en época clásica) aluden en términos genéricos a todo aquello que debe darse o hacerse conforme a la buena fe y, por tanto, facultan al *iudex* para condenar sobre la base del interés del acreedor (*id quod interest*), con independencia del valor económico de la cosa debida y sin referencia explícita a un *reddere* de la misma⁷⁰.

De esta manera, si en las *res cottidianae* se advierte cierta asimilación entre el mutuo, por una parte, y el comodato, el depósito y la prenda, por la otra, ello obedece no a una supuesta agrupación de estas cuatro figuras en una misma categoría contractual, sino que a la semejanza que existe entre las obligaciones contraídas, respectivamente, por el mutuario, el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio, y las acciones para hacerlas valer, que no es lo mismo exactamente: todos estos deudores tienen una obligación estrictamente restitutoria, limitada al simple valor de las cosas recibidas, que en el caso del mutuario se exige por medio de una acción civil (la *condictio*), mientras que en los otros tres, ello ocurre través de acciones honorarias construidas según el modelo de aquella. Luego, el comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio solo pueden ser considerados como obligados *re* si se usa esta expresión en un sentido amplísimo y, por ende, muy débil y atécnico⁷¹. Para el autor de las *res cottidianae*, la *obligatio re contracta* propiamente tal sigue limitada al mutuo: *re contrahitur obligatio mutui datione*⁷².

Ahora bien, esta noción muy restringida de *re contrahere* contrasta abiertamente no solo con la idea de *contractus re* desarrollada en el seno de la tradición del *ius commune*, sino que también –al menos a primera vista– con la idea de *re obligari* que parecieran contener los *libri regularum* de Herenio Modestino, cuestión que pasamos a tratar a continuación.

3. RE OBLIGAMUR, CUM RES IPSA INTERCEDIT

En el acápite precedente hemos visto que la jurisprudencia clásica coincide en que la *obligatio re contracta* encuentra su causa única y exclusivamente en la *mutui datio*: no hay texto alguno, ya sea dentro o fuera de la compilación justinianea, en el que se emplee el sintagma *re contrahere* respecto de negocios distintos del *mutuum*. El sentido impropio en el cual se utiliza la vaga terminología *re obligari* o *re tenetur* (en ningún caso *re contrahere*)

⁷⁰ Sobre la duplicidad de acciones en el comodato y el depósito véase KRANJC (2005) pp. 127 ss.; VERONESE (2011) pp. 239 ss.

⁷¹ Así ya WUBBE (1967) pp. 504 ss.; WUBBE (1990) p. 119: “La responsabilità introdotta con le nuove acciones in factum conceptae abituerà i giuristi all’idea che il detentore, siccome sarà debitore ove non restituiscia la cosa, ha l’obbligazione contrattuale di restituire. Si tratta di una specie di riflesso (...). Così depositario, comodatario e creditore pignoratizio potrebbero, a partire del momento in cui rivecono la cosa, essere considerati debitori, obligati re in un senso debolissimo di tale espressione”.

⁷² En detalle sobre esta interpretación del texto de las *res cottidianae* WEGMANN STOCKEBRAND (2017a) pp. 218 ss.; WEGMANN STOCKEBRAND (2019b) en prensas.

en las *res cottidianae* respecto de la obligación estrictamente restitutoria del comodatario, el depositario y el acreedor pignoraticio, análoga a la obligación contraía por el mutuario, no implica una ampliación de los márgenes del *re contrahere* hasta el punto de abarcar toda relación obligatoria *ex contractu* nacida de una entrega y, por consiguiente, identificable con aquello que desde el *ius commune* medieval hasta hoy representa la noción de contrato real.

En este contexto, la lectura de los *libri regularum* de Modestino causa perplejidad. En efecto, en todo el corpus de *iura* encontramos un único texto del cual pareciera desprenderse una noción de *obligatio re contracta* que, en lo sustancial, coincide con la moderna noción de contrato real. Se trata de:

D. 44,7,52pr.-1 (Mod. 2 reg.): *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato. 1. Re obligamur, cum res ipsa intercedit.*

Un análisis detallado de todas y cada una de las cuestiones tratadas en el *principium* del fragmento citado desbordaría los márgenes del presente estudio, por lo que hemos de contentarnos con algunas observaciones generales. En primer lugar, hay que tener presente que estamos frente a un texto extraído de los *regularum libri X* de nuestro jurista, obra que lamentablemente hasta ahora no ha sido objeto de una investigación pormenorizada⁷³. En cuanto a su fecha de redacción, con seguridad es posterior a la muerte de Antonino Caracalla (217) y, por tanto, a la concesión de ciudadanía romana y consiguiente extensión de la aplicación del derecho romano a todos los habitantes libres del imperio con excepción de los dediticios, el año 212⁷⁴. La obra se caracteriza por la formulación de reglas jurídicas abstractas y principios generales, siguiendo un orden sistemático bastante peculiar⁷⁵. Un vistazo general a los fragmentos de los *libri regularum* conservados en el Digesto hace patente su carácter eminentemente didáctico, a un nivel más bien elemental. Lo anterior se deduce, por ejemplo, de la presencia de partes con marcado tono teorizante⁷⁶, empleo de la primera persona plural típica de la literatura isagógica⁷⁷ y, sobre todo, abundancia de definiciones⁷⁸ y una serie de clasificaciones y distinciones con la utilización reiterada de determinadas construcciones estereotipadas⁷⁹. A mayor abundamiento, algunas de las distinciones contenidas en los *libri regularum* siguen muy de cerca el método de los *libri differentiarum*⁸⁰. No

⁷³ Una visión panorámica de la obra en WIEACKER (1960) pp. 60 ss.; SCHULZ (1961) p. 224; LIEBS (1976) pp. 234 ss.; LIEBS (1997) p. 198; VIARENGO (2012) pp. 12 ss.

⁷⁴ Así se desprende de D. 1,9,3 (Mod. 6 reg.), texto en el cual Modestino habla de *Divus Antoninus*.

⁷⁵ LIEBS (1997) p. 198.

⁷⁶ P. ej. D. 1,3,7 (Mod. 1 reg.); D. 1,3,40 (Mod. 1 reg.); D. 23,2,1 (Mod. 1 reg.). Cf. LIEBS (1976) p. 227.

⁷⁷ P. ej. D. 17,2,4pr. (Mod. 3 reg.): (...) *nos dubium non est*. Cf. LIEBS (1976) p. 228 (n. 168); VIARENGO (2012) p. 13.

⁷⁸ Por ejemplo la definición de matrimonio en D. 23,2,1 (Mod. 1 reg.); de estupro en D. 48,5,35pr. (Mod. 1 reg.); de adopción y adrogación en D. 1,7,1,1 (Mod. 2 reg.).

⁷⁹ P. ej. a través del empleo de *altera...altera* en D. 1,7,1,1 (Mod. 2 reg.); de *aut...aut...* en D. 1,3,40 (Mod. 1 reg.); D. 44,7,52pr. (Mod. 2 reg.); D. 45,1,100 (Mod. 8 reg.); de *et...et...* en D. 4,6,32 (Mod. 9 reg.); D. 17,2,4pr. (Mod. 3 reg.); de *quae...quae... und quaedam...quaedam...* en D. 50,17,196 (Mod. 8 reg.); de *vel... vel...* en D. 18,1,62,1 (Mod. 5 reg.); o de *vel...sive...* en D. 46,6,7 (Mod. 6 reg.).

⁸⁰ Se estructuran sobre la base de la *differentia* D. 1,7,1,1 (Mod. 2 reg.); D. 48,5,35pr.-1 (Mod. 1 reg.); D. 50,17,196 (Mod. 8 reg.). Cf. LIEBS (1976) p. 227 s.; WIEACKER (2006) p. 148; VIARENGO (2012) p. 14.

es casualidad entonces que se haya hablado de una predilección escolástica de Modestino por las distinciones⁸¹. De ahí que no queda duda acerca del carácter didáctico de esta obra, con todas las consecuencias que ello acarrea para la interpretación de su contenido⁸².

El *principium* del fragmento presenta una clasificación de las fuentes de las obligaciones (*causae obligationum*, según el lenguaje de los clásicos), aunque de modo extremadamente asistemático, al menos para estándares modernos⁸³. A todas luces, el esquema planteado por Modestino es más amplio que el gayano, al ofrecernos nada menos que ocho posibles causas de obligación, frente a la dicotomía *contractus-delictum* de Gayo⁸⁴: según nuestro jurista, una obligación puede nacer por medio de una cosa (*re*), por medio de una promesa formal verbal (*verbis*), a través de ambos elementos simultáneamente (*simul utroque*), por el consentimiento (*consensu*), en virtud de la ley (*lege*), del derecho pretorio (*iure honorario*), de la necesidad (*necessitate*) o de un delito (*ex peccato*). Merece destacarse la circunstancia que el texto no contiene referencia expresa alguna al contrato como causa de obligación; sin embargo, este se encuentra implícito: las formas ablativas *re*, *verbis* y *consensu*⁸⁵ deben remitirse al *contrahere*⁸⁶, no representando la exposición de Modestino bajo este último respecto nada nuevo.

Particularmente interesante para nuestro estudio es la construcción *simul utroque*, la cual se refiere más allá de toda duda al *mutuum cum stipulatione*, el así llamado negocio *re et verbis*⁸⁷. Como se sabe, en derecho romano tanto la estructura de la dación mutuaría (nacimiento de una obligación *credendi causa* por medio de *datio rei*) como la fórmula de la *condictio* (acción estrictamente restitutoria, limitada al *quanti ea res est*) imposibilitaban que del solo mutuo pudiera surgir la obligación de pagar intereses (*usurae*), careciendo esta de causa. Ahora bien, como el cobro de intereses constituía, de hecho, el corazón de la industria financiera romana, el *mutuum* era acompañado generalmente por una *stipulatio*, la cual tenía la virtud de hacer nacer *verbis* la obligación de pago de intereses, con total independencia de la cantidad que efectivamente hubiera sido transferida al mutuario. De esta manera se podía contraer válidamente ante el *ius civile* una obligación de restitución de una cantidad mayor de aquella dada en mutuo bajo la forma de una estipulación (*mutua pecunia in stipulatum deducta*)⁸⁸.

De las fuentes jurídicas de carácter técnico conservadas se desprende que los clásicos vieron en este esquema negocial solo una *causa obligationis* (*unus contractus est*), a saber, la

⁸¹ BRASSLOFF (1912) p. 675.

⁸² Cf. SCHMIDLIN (1970) p. 127; VIARENGO (2012) p. 13.

⁸³ Cf. MAYER-MALY (1967) p. 385; VIARENGO (2009a) p. 102. D'ORS (1951) p. 300, habla de un “abigarrado catálogo”. En opinión de TALAMANCA (2003) p. 94, falta aquí “una terminologia ben delineata, come quella che *fissata in Gai. 3,89*— *concerneva i quattuor genera delle obligationes contractae*”.

⁸⁴ Gai. 3,88: (...) *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. Cf. Gai. 4,2.

⁸⁵ La *obligatio litteris* no es mencionada, seguramente por haber caído en desuso. Tampoco aparece en las *res cottidianae*, por el mismo motivo.

⁸⁶ Cf. Gai. 3,89; D. 44,7,1,1 (Gai. 2 res cott.); I. 3,13,2.

⁸⁷ Cf. además de la fuente citada, D. 12,1,9,4 (Ulp. 26 ad ed.). Una exégesis detallada en TALAMANCA (2003) pp. 101 ss.

⁸⁸ Cf. GRÖSCHLER (2006) p. 261.

*stipulatio*⁸⁹. Dicho en otros términos: el así llamado negocio *re et verbis* es, en realidad, una *obligatio verbis contracta* (específicamente una *stipulatio in dando*), no una *re contracta*. Según este modelo, entonces, la *numeratio pecuniae* no es otra cosa que la ejecución por parte del *promissor* de la prestación de dar debida al *stipulator*, operando *solvendi causa* en vez de *contrahendi causa*.

Desde esta perspectiva, llama la atención que Modestino hable de una obligación restitutoria contraída simultáneamente *re* (por mutuo) y *verbis* (por estipulación), lo que D’Ors no dudó en calificar como un “monstruo bifronte”⁹⁰ y ha dado lugar a sospechas de interpolación⁹¹. Como sea, haya o no Modestino afirmado aquí la existencia de una obligación nacida *re et verbis*, lo cierto es que no encontramos en el Digesto fuente alguna de este jurista que reconozca tal especie singularísima de relación obligatoria fuera de este muy asistemático catálogo de *causae obligationum*⁹². El así llamado negocio *re et verbis*, que tantos dolores de cabeza ha provocado a los romanistas, aparece mencionado por Modestino únicamente en este desordenado catálogo de causas de obligación elaborado con fines didácticos, y en ningún otro lugar.

Con todo, no podemos desconocer el hecho que los documentos de la praxis parecieran dar cuenta de, al menos, una representación de las cosas por parte de los operadores del mercado financiero —básicamente prestamistas y deudores— en el sentido que el *mutuum cum stipulatione* habría implicado que la obligación de restituir el dinero prestado nacía no solo *ex stipulatione*, sino que también *ex mutui datione*⁹³. Luego, bien podría decirse que el nacimiento de la obligación simultáneamente por medio de mutuo y estipulación, contradice en lo sustancial lo sostenido por la jurisprudencia clásica (al margen de este texto de Modestino), mas no la idea que de esta operación tenían quienes tomaban parte activa en el tráfico financiero.

A partir de lo expuesto precedentemente sobre la individualidad de Modestino y la naturaleza de sus *libri regularum*, es posible sostener la hipótesis de que tal vez nuestro jurista quería aquí explicar la estructura de una figura tan singular como era el *mutuum cum stipulatione* a lectores de origen oriental —y, por tanto, cuya lengua materna era el griego, no el latín— provistos de una formación jurídica más bien elemental, los cuales necesitaban interiorizarse en la profunda riqueza conceptual del *ius civile* que, a partir de la dictación de la *constitutio Antoniniana*, había pasado a ser su propio derecho. En efecto, la califica-

⁸⁹ D. 45,1,126,2 (Paul. 3 quaest.); D. 46,2,6,1 (Ulp. 46 ad ed.); D. 46,2,7 (Pomp. 24 ad Sab.). Cf. p. ej. SACCONI (1989) pp. 39 ss.; GIUFFRÈ (1989) pp. 85 ss.; TALAMANCA (2003) pp. 7 ss.

⁹⁰ D’ORS (1951) p. 284.

⁹¹ Véase por todos KASER (1975) p. 370 (n. 9); TALAMANCA (2003) pp. 93 ss.; CANNATA (2008) pp. 92 ss.

⁹² No tiene nada que ver con el así llamado negocio *re et verbis* otro fragmento extraído de los *libri regularum*, D. 17,2,4pr. (Mod. 3 reg.): *Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est*. Aquí, el jurista se refiere a los modos en los cuales pueden manifestarse en consentimiento que se encuentra a la base del contrato de sociedad, una especie de *obligatio consensu contracta*. Lo dicho es sin perjuicio de admitir que el modo de expresarse es, una vez más, bastante ambiguo y confuso.

⁹³ Así por ejemplo TPSulp. 51: (...) *C. Novius Eunus scripsi me accepisse {ab} mutua (...) et debere ei sestertia decem milia nummu, que ei redam (...)*. Cf. WOLF/CROOK (1989) p. 18; MANTHE (1994) pp. 375 ss.; GRÖSCHLER (1997) p. 159 (n. 40). En este sentido, GRÖSCHLER (2006) pp. 273 ss., considera factible que en estricto derecho la obligación restitutoria pudiera nacer simultáneamente *re et verbis* (“Kombinationsmodell”).

ción del *mutuum cum stipulatione* como una relación obligatoria que solo nace *verbis*, donde la *numeratio pecuniae* no es más que el cumplimiento de una *stipulatio in dando*⁹⁴, parece ser una construcción demasiado abstrusa para quienes no están habituados a las sutilezas de la *ars iuris* romana y, de hecho, podría conducir a malos entendidos. La doble causación de la obligación *re* y *verbis* es, en cambio, más cercana a aquello que un lego se representaría mentalmente al entrar en contacto con esta clase de negocio y es, por lo demás, lo que se desprende de algunos documentos de la praxis. Un excelente conocedor de la cultura jurídica helenística, mucho menos refinada que la romana, no pudo pasar por alto esta circunstancia. Sin embargo, cuando se trata de resolver casos concretos no ya en su calidad de docente con especial predilección por el mundo oriental, sino que de *iuris consultus* de indubitada autoridad, no encontramos en las obras de Modestino ninguna otra referencia a una supuesta obligación *re et verbis*.

Y es así que llegamos al primer párrafo del fragmento. Modestino intenta explicar a sus lectores la estructura de la primera clase de obligación, es decir, aquella contraída *re*, empleando los siguientes términos: *Re obligamur, cum res ipsa intercedit*. Nos obligamos por medio de una cosa, cuando esta misma “interviene” o “concorre”. No existe fuente jurídica romana alguna que describa la obligación nacida *re* en términos tan amplios como aquí.

En primer lugar, hay que decir que la definición de Modestino es, a todas luces, equívoca, ya que *rem ipsam intercedere* podría referirse tanto al modo en que nace la obligación como al objeto de la misma⁹⁵. Pero si el jurista estuviera hablando del objeto de la obligación, entonces cualquier relación obligatoria sería susceptible de ser calificada *re*, simplemente por el hecho que una cosa interviene o concurre (*intercedit*) de alguna manera; es decir, todas las obligaciones serían, en mayor o menor medida, actual o potencialmente, *obligationes re (contractae)*. Sin embargo, sostener esto es absurdo: Modestino debió referirse aquí a algo más concreto, que no son sino las *causae obligationum*, como se desprende del *principium* del fragmento, aunque lo haya hecho recurriendo a una expresión tan poco feliz⁹⁶.

En nuestra opinión, en lo fundamental resulta aplicable a la noción de *re obligari* contenida en esta fuente lo que dijimos más arriba sobre el así llamado negocio *re et verbis*. No consta en el derecho romano clásico una subsunción en la categoría del *re contrahere* de toda relación obligatoria nacida de la entrega de una cosa con independencia de la calificación jurídica de esta; la *obligatio re contracta* se engendra por medio de la *mutui datio* y de ninguna otra forma. Así lo debió creer el propio Modestino: cuando el jurista aclara el significado del *re et verbis obligari* en el tercer párrafo del fragmento, es decir, específicamente a propósito del *mutuum cum stipulatione*, emplea los mismos términos que al explicar su idea de *re obligari*: *Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam rem* (nos obligamos conjuntamente por medio de una cosa y de las

⁹⁴ Así GIUFFRÈ (1989) p. 101: “(...) la *datio* (...) *costituiva, in pratica, la realizzazione della funzione socio-economica sottesa alla promessa di restituzione*”.

⁹⁵ TALAMANCA (2003) p. 97.

⁹⁶ FERCIA (2012) p. 47, habla a este respecto de una “categoría generalissima di *re obligari*”.

palabras cuando junto a la interrogación interviene o concurre también la cosa, consintiendo en alguna cosa)⁹⁷.

Según las palabras de Modestino, nos encontramos ante una obligación real y verbal cuando junto a la *interrogatio* –la pregunta formal verbal dirigida por el *stipulator* al *promissor*– interviene o concurre una cosa: *cum et res interrogationi intercedit*. Ciertamente, la única manera en que una cosa puede intervenir como elemento engendradora de una *obligatio* es en cuanto objeto de una entrega: no es la cosa misma la que por sí sola hace nacer la obligación, sino el hecho de que es entregada. Y como estamos hablando del *mutuum cum stipulatione*, dicha entrega es, concretamente, la transferencia de una cierta cantidad de dinero (*numeratio pecuniae*). Luego, lo que Modestino quiere decir es que, en la especie, junto con la *interrogatio* formulada por el *stipulator*, este entrega materialmente el dinero al *promissor*, quien a su vez se obliga a restituirlo.

En el siguiente cuadro comparativo se aprecia a simple vista la coincidencia en el modo de expresarse del jurista en el primer y tercer párrafo de la fuente: nos obligamos por medio de una cosa cuando esta misma concurre (*re obligamur, cum res ipsa intercedit*); nos obligamos conjuntamente por medio de una cosa y de las palabras cuando además de la interrogación concurre la cosa (*re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit*).

D. 44,7,52,1

Re obligamur, cum res ipsa intercedit

D. 44,7,52,3

Re [et verbis pariter] obligamur, cum [et] res [interrogationi] intercedit

Como puede verse, si omitimos las referencias directas a la estipulación en el tercer párrafo (*verba, interrogatio*, la conjunción copulativa *et* y la expresión *pariter*, que remiten a la conexión en este caso entre *re* y *verbis contrahere*), este es prácticamente idéntico al primero, salvo que falta la partícula (*res*) *ipsa*, la cual en todo caso es innecesaria. De lo dicho resulta que la muy vaga e imprecisa locución *cum res ipsa intercedit*, que en una primera aproximación pareciera desbordar los márgenes del *re obligari* en general y del *re contrahere* en especial, da cuenta en realidad de un significado mucho más restringido de esta categoría contractual que coincide plenamente con el pensamiento clásico sobre la materia: utilizando el particular lenguaje de Modestino, la *intercessio rei* en cuanto modo de hacer nacer una relación obligatoria de naturaleza contractual no consiste sino en la *mutui datio*, en la medida que se refiere concretamente al *mutuum (re obligamur) cum stipulatione (et verbis pariter obligamur)*. Traducida en términos jurídicos, la formulación *re obligamur, cum res ipsa intercedit* empleada por Modestino expresa, en el fondo, lo mismo que el *re contrahitur obligatio mutui datione* de Gayo. Nada más, pero tampoco nada menos.

Al igual que lo señalado precedentemente respecto del *re et verbis obligari*, la muy vaga e inexacta definición de *obligatio re contracta* contenida en D. 44,7,52,1 aparece únicamente en este catálogo de *causae obligationum*, escrito con toda probabilidad teniendo

⁹⁷ D. 44,7,52,3 (Mod. 2 reg.). La frase final (*consentientes in aliquam rem*) se refiere a la cosa no en cuanto su entrega constituye la causa de la relación obligatoria, sino que en calidad de objeto del negocio. Cf. TALAMANCA (2003) p. 98.

en cuenta principalmente a actuales o potenciales lectores de origen oriental. No hay rastro alguno del empleo de esta noción amplísima de *obligatio re contracta* respecto de figuras distintas del mutuo, en Modestino ni en ningún otro jurista clásico. En definitiva, la muy simplificada y, a decir verdad, francamente imprecisa noción de *re obligari* presentada en D. 44,7,52,1 a sus muy probables discípulos grecoparlantes no afecta en nada la estructura clásica de *obligatio re contracta* restringida a la *mutui datio*, como atestiguan las fuentes desde Q. Mucio Escévola, pasando Pomponio y Gayo, hasta Paulo y, a nuestro entender, el propio Modestino.

CONCLUSIONES

A pesar de la imprecisión con la cual Modestino se expresa en su clasificación de las fuentes de obligación al exponer los rasgos esenciales del *re obligari*, no cabe duda de que en su obra el uso del ablativo causal *re* para el nacimiento de un vínculo obligatorio remite, expresa o implícitamente, a una dación mutuaría, aunque esté acompañada de una estipulación, como en el caso del así llamado negocio *re et verbis*. Un atento análisis de sus escritos contradice la idea, repetida como un mantra casi por inercia por la mayor parte de la doctrina romanista, en orden a que el derecho romano clásico habría conocido una categoría del *re contrahere* compuesta por todas aquellos contratos que se perfeccionan por medio de la entrega de una cosa sin más, es decir, una noción de *obligatio re contracta* que, sospechosamente, coincide perfectamente con nuestra idea de contrato real, a pesar de no contar con bases textuales en las fuentes antiguas, cuya exégesis es, en última instancia, lo que realmente importa en la investigación iusromanística.

En síntesis: si queremos ser justos con el aporte de Modestino a la *iurisprudentia* y liberarlo –aunque sea por un breve momento– de la sombra de su maestro Ulpiano, hay que decir que las opciones personales y científicas que lo individualizan –y honran– a nuestros ojos como jurista, lo hicieron merecedor del respeto, la admiración y la gratitud del mundo helenístico del siglo III d.C. sin que ello horadara su condición de *iuris peritus* de indubitada *auctoritas*. Modestino es el último jurista clásico, no el primer postclásico: su noción de contrato real es un ejemplo de ello.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALTMANN, Josef (1955): “Die Wiedergabe römischen Rechts in griechischer Sprache bei Modestinus De Excusationibus”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. XXI: pp. 1-73.
- BABUSIAUX, Ulrike (2014): “Quod Graeci...vocant – Emblematischer Codewechsel in den Juristenschriften”, en *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks* (Göttingen, V & R Unipress): pp. 35-59.
- BALDUS, Christian (2012): “Il giurista in ‘gabbia’? Osservazioni minime sull’individualità storica dei giuristi quale paradigma vecchio e nuovo”, en BALDUS, Christian, MIGLIETTA, Massimo, SANTUCCI, Gianni y STOLFI, Emanuele (edit.), *Dogmengeschichte und historis-*

- che Individualität der römischen Juristen – Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani* (Trento, Università degli Studi di Trento): pp. 7-21.
- BRASIELLO, Ugo (1930): “Obligatio re contracta”, en *Studi in onore di Pietro Bonfante II* (Milano, Giuffrè): pp. 539-587.
- BRASIELLO, Ugo (1944): “In tema di categorie contrattuali”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. X: pp. 101-149.
- BRASSLOFF, Stephan (1912): “Herennius Modestinus”, *Pauly-Wissowa Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, vol. VIII: pp. 668-675.
- BRUNS, Karl Georg (1909): *Fontes iuris romani antiqui* (Tübingen, Mohr).
- BUSI, Emilio (1939): *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)* (Padova, Cedam).
- CAMODECA, Giuseppe (1999): *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.). Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii I* (Roma, Quasar).
- CANNATA, Carlo Augusto (1970): “La ‘distinctio’ re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique”, en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow* (Berlin, Duncker & Humblot): pp. 431-455.
- CANNATA, Carlo Augusto (2008): *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II* (Torino, Giappichelli).
- COING, Helmut (1985): *Europäisches Privatrecht I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)* (München, C.H. Beck).
- D’ORS, Álvaro (1951): “Re et verbis”, en MOSCHETTI, Guiscardo (edit.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948 III* (Milano, Giuffrè): pp. 265-303.
- D’ORS, Álvaro (1975): “Réplicas Panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano”, *Revista de Derecho Notarial*, vol. LXXXVIII: pp. 7-26.
- FALCONE, Giuseppe (2011): “Sistematiche gaiane e definizione di *obligatio*”, en CAPOGROSSI-COLOGNESI, Luigi y CURSI, Maria Floriana (edit.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010)* (Napoli, Jovene): pp. 17-52.
- FERCIA, Riccardo (2012): *‘Fiduciam contrahere’ e ‘contractus fiducia’. Prospettive di diritto romano ed europeo* (Napoli, Jovene).
- GIUFFRÉ, Vincenzo (1989): *La ‘datio mutui’. Prospettive romane e moderne* (Napoli, Jovene).
- GOKEL, Julia Maria (2014): *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola* (Berlin, Duncker & Humblot).
- GÓMEZ-IGLESIAS, Ángel (2004): “Herennio Modestino”, en DOMINGO, Rafael (edit.), *Juristas Universales I. Juristas antiguos* (Madrid/Barcelona, Marcial Pons): pp. 214-216.
- GRÖSCHLER, Peter (1997): *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden* (Berlin, Duncker & Humblot).
- GRÖSCHLER, Peter (2006): “Die Konzeption des *mutuum cum stipulatione*”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. LXXIV: pp. 261-287.
- GUARINO, Antonio (2001): *Diritto privato romano* (Napoli, Jovene, décimo segunda edición).

- HÄUSLER, Adrian (2016): “Letztwillige Verfügungen in griechischer Sprache bei Q. C. Scaevola, Paulus und Modestinus”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, vol. CXXXIII: pp. 420-444.
- HONORÉ, Tony (1962): “The Severan lawyers: a preliminary survey”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, vol. XXVIII: pp. 162-232.
- KASER, Max (1935): *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, C.H. Beck).
- KASER, Max (1975): *Das Römische Privatrecht II* (München, C.H. Beck, segunda edición).
- KRANJC, Janez (2005): “In ius und in factum konzipierte Klageformel bei der Leihe und bei der Verwahrung”, en ERNST, Wolfgang y JAKAB, Eva (edit.), *Usus antiquus juris romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung* (Heidelberg, Springer): pp. 127-161.
- KRÜGER, Paul (1912): *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts* (München/Leipzig, Duncker & Humblot, segunda edición).
- KUNKEL, Wolfgang (1967): *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Graz/Wien/Köln, Böhlau).
- LENEL, Otto (1889): *Palingenesia iuris civilis I* (Leipzig, Tauchnitz).
- LIEBS, Detlef (1976): “Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat”, *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, vol. II, N° 15: pp. 197-286.
- LIEBS, Detlef (1997): “Jurisprudenz”, en SALLMANN, Klaus (edit.), *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur*. 117 bis 284 n. Chr., en HERZOG, Reinhart y SCHMIDT, Peter (edit.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV* (München, C.H. Beck): pp. 83-217.
- MANTHE, Ulrich (1994): “L'archivio puteolano dei Sulpicii”, *Labeo. Rassegna di diritto romano*, vol. XL: pp. 370-381.
- MARTINI, Remo (2012): “Gaio e le *res cottidianae*”, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, vol. LV: pp. 171-188.
- MASCHI, Carlo Alberto (1971): “Tutela, fedecomessi, contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)”, en *Studi in onore di Edoardo Volterra IV* (Milano, Giuffrè): pp. 667-774.
- MASCHI, Carlo Alberto (1973): *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano* (Milano, Giuffrè).
- MASIELLO, Tommaso (1983): *I libri excusationum di Erennio Modestino* (Napoli, Jovene).
- MAYER – MALY, Theo (1967): “Divisio obligationum”, *The Irish Jurist*, vol. II: pp. 375-385.
- MÜNZER, Friedrich (1912): “Herennius”, *Pauly-Wissowa Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, vol. VIII: pp. 661-662.
- ORESTANO, Riccardo (1964): “Modestino Erennio”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. X: pp. 819-820.
- PARMA, Aniello (2007): “Per la prosopografia di Q. Cervidius Scaevola”, en CASCIONE, Cosimo y MASI DORIA, Carla (edit.), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna VI* (Napoli, Editoriale Scientifica Italiana): pp. 4019-4028.
- PERNICE, Alfred (1873): *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit I* (Halle, Niemeyer).

- PEROZZI, Silvio (1928): *Istituzioni di diritto romano II* (Roma, Athenaeum, segunda edición).
- PETERS, Hans (1912): “Zur Schrift Modestins Παραίτησις ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, vol. XXXIII: pp. 511-513.
- PICHONNAZ, Pascal (2017): “Plurilinguisme des juristes romains ... et des romanistes: quelques réflexions”, *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici. International Survey of Roman law*, vol. XLV: pp. 707-722.
- QUADRATO, Renato (1979): *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii* (Napoli, Jovene).
- SACCONI, Giuseppina (1989): *Ricerche sulla stipulatio* (Napoli, Jovene).
- SCHMIDLIN, Bruno (1970): *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie* (Köln/Wien, Böhlau).
- SCHULZ, Fritz (1934): *Prinzipien des römischen Rechts* (München/Leipzig, Duncker & Humblot).
- SCHULZ, Fritz (1951): *Classical Roman Law* (Oxford, Oxford University Press).
- SCHULZ, Fritz (1961): *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger).
- TALAMANCA, Mario (1976): “Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici”, en ARCHI, Gian Gualberto (edit.), *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec. d. C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi. Firenze, 2-4 maggio 1974* (Milano, Giuffrè): pp. 95-246.
- TALAMANCA, Mario (2003): “Una verborum obligatio e obligatio re et verbis contracta”, *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, vol. L: pp. 7-112.
- THILO, Ralf Michael (1980): *Der Codex accepti et expensi im Römischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation* (Göttingen, Muster Schmidt).
- VERDAM, P.J. (1953): “Riflessioni sulla validità della categoria dei contratti reali”, en *Studi in memoria di Emilio Albertario II* (Milano, Giuffrè): pp. 743-764.
- VERONESE, Benedetta (2011): “Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato”, en GAROFALO, Luigi (edit.), *Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca II* (Padova, Cedam): pp. 239-278.
- VIARENGO, Gloria (1996): *L'excusatio tutelae nell'età del Principato* (Genova, ECIG).
- VIARENGO, Gloria (2009a): *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici* (Torino, Giappichelli).
- VIARENGO, Gloria (2009b): “Un piccolo repertorio latino-greco per i gradi di parentela”, en *Studi in onore di Remo Martini III* (Milano, Giuffrè): pp. 917-935.
- VIARENGO, Gloria (2012): *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l'insegnamento del diritto* (Torino, Giappichelli).
- VOLTERRA, Edoardo (1970): “L'opera di Erennio Modestino de excusationibus”, en *Studi in onore di Gioacchino Scaduto III* (Padova, Cedam): pp. 581-604.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo (2017a): *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo (2017b): “En torno al carácter (cuasi)contractual de la solutio indebiti en las Instituciones de Gayo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXXIX: pp. 85-110.

- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo (2018): “Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XL: pp. 97-122.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo (2019a): “*Contrahere obligationem* en el derecho romano clásico”, *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), vol. XXXII, N° 2, en prensa.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo (2019b): “*Causae credendi* y *obligatio re contracta* en las *res cottidianae*”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XLI, en prensa.
- WIEACKER, Franz (1960): *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht).
- WIEACKER, Franz (2006): *Römische Rechtsgeschichte II* (München, C.H. Beck).
- WOLF, Joseph Georg y CROOK, John Anthony (1989): “Rechtsurkunden in Vulgärlatein aus den Jahren 37-39 n. Chr.”, en *Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse* (Heidelberg, Winter).
- WUBBE, Felix (1967): “Gaius et les contrats reels”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, vol. XXXV: pp. 500-525.
- WUBBE, Felix (1990): “I contratti reali alla fine della repubblica”, en MILAZZO, Francesco (edit.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, Editoriale Scientifica Italiana): pp. 109-121.
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press).

RECURSO MANIFIESTAMENTE INFUNDADO COMO FILTRO DE BUENA FE: LA CASACIÓN CHILENA EN PERSPECTIVA COMPARADA

MANIFESTLY ILL-FOUNDED APPEAL AS FILTER OF GOOD FAITH: CHILEAN CASSATION IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

PABLO BRAVO-HURTADO*

RESUMEN: ¿Un recurso manifiestamente infundado podría implicar mala fe? Este artículo contesta afirmativamente esa pregunta en base a un estudio comparado de los filtros ante los recursos de casación en Chile, Francia e Italia y de apelación intermedia en el sistema federal de Estados Unidos, Inglaterra y Gales. Se encontraron similitudes importantes en cuestiones como el examen preliminar del fondo, votación por unanimidad, fundamentación abreviada, contradicción de la jurisprudencia, entre otros. La tesis que se propone es que tales similitudes se explicarían por un consenso subyacente acerca de la buena fe en los recursos: un estándar de conocimiento del Derecho exigible a todos los profesionales jurídicos que participan del proceso judicial.

Palabras clave: Acceso a la Corte Suprema, filtros ante los recursos, buena fe procesal.

ABSTRACT: Could a manifestly ill-founded appeal imply bad faith? This article answers that question affirmatively based on a comparative study of the filters before the cassation recourse in Chile, France, and Italy and the intermediate appeal in the US federal system and the jurisdiction of England and Wales. Important similarities were found in issues such as the preliminary evaluation of the merits, unanimous vote, abbreviated judicial opinions, contradiction of the case law, among others. The thesis proposed in this article is that these similarities can be explained by an underlying consensus about the good faith in appeals: a standard of knowledge about the Law which applies to all the legal professionals participating in the judicial process.

Key words: Access to Supreme Court, filters before the appeals, procedural good faith.

I. INTRODUCCIÓN

Los filtros de acceso a los recursos ante los tribunales superiores suelen ser vistos como un mecanismo para solucionar los problemas de sobrecarga¹. Estos filtros operarían estableciendo un estándar de importancia que el caso debe superar². En el filtro de “mani-

* Doctor en derecho (Ph.D) por la Universidad de Maastricht, Países Bajos. Profesor de derecho procesal civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Dirección postal: Av. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Email: pablo.bravo@pucv.cl. Proyecto Fondecyt regular N° 1170067: “El principio de la buena fe procesal. Análisis dogmático y crítico de su rol como fuente de cargas, deberes y sanciones en la formación del debate”, investigador principal prof. Dr. JORGE LARROUCAU TORRES.

¹ JOLOWICZ (2000) pp. 328-351. En Chile, DEL RÍO (2015a) pp. 483-513.

² DOMEJ (2014) pp. 277-290.

fiesta falta de fundamento” de la casación en el fondo chilena ese estándar alude a la calidad mínima de argumentación que deben cumplir los litigantes al interponer un recurso³. Pero desde la consagración explícita del principio de buena fe procesal en Chile⁴, nuestra comprensión del filtro de manifiesta falta de fundamento necesita ser repensada. ¿Que un litigante interponga un recurso manifiestamente infundado puede conllevar algún grado de mala fe procesal?

El presente artículo busca contestar esa pregunta a partir de un análisis de Derecho comparado de cinco jurisdicciones: Chile, Francia, Italia, el sistema federal de Estados Unidos y la jurisdicción de Inglaterra que incluye Gales⁵. El artículo se divide en tres partes. Después de una aclaración respecto de cuáles son los tribunales comparables, la primera (II) se aboca a analizar uno a uno cuáles son los filtros y criterios en cada una de estas jurisdicciones. En la segunda (III) estos filtros y criterios son analizados comparativamente. La tesis que se propone es que el mejor modo de explicar las importantes similitudes que se observan entre los filtros de estas jurisdicciones es su relectura desde la buena fe procesal, esto es, como un estándar ético de conocimiento del Derecho exigible a todos los profesionales jurídicos que participan del proceso judicial. La tercera parte y final (IV) da respuesta a tres posibles argumentos contra esta relectura.

II. PANORAMA COMPARADO

Según la metodología del funcionalismo del Derecho comparado, en la versión de Zweigert y Kötz, solo pueden compararse instituciones jurídicas que cumplan la misma función⁶. Entre países que pertenecen a la misma familia jurídica –i.e., Chile, España, Francia e Italia dentro de la familia romanista⁷– encontrar los tribunales comparables resulta más evidente⁸. Además del Tribunal Supremo español, cuya comparación con Chile ya ha sido abordada⁹, tanto la *Cour de cassation* francesa como la *Corte Suprema di Cassazione* italiana aparecen como candidatos naturales para un estudio comparado de la casación en el fondo civil ante la Corte Suprema chilena precisamente por esa tradición jurídica común. Estos tres tribunales comparten la función de proteger la uniformidad de la interpretación mediante la corrección, uno a uno, de los errores de Derecho cometidos por los tribunales inferiores¹⁰.

³ NÚÑEZ OJEDA Y PÉREZ-RAGONE (2015) p. 337.

⁴ Art. 5, LEY N° 20.886 de 2016 (tramitación electrónica). LARROUCAU (2017a) pp. 195-234. Sobre la buena fe procesal, LARROUCAU (2013) pp. 259-305. Para la buena fe procesal en Chile antes de su consagración explícita por esta ley, GORIGOITÍA (2008) pp. 133-159.

⁵ Este estudio no incluye la casación civil española porque, si bien es el antecedente directo de la “manifiesta falta de fundamento” chilena, la relación entre Chile y España sobre este punto ya fue suficientemente abordada por GORIGOITÍA (2015) pp. 197-214.

⁶ ZWEIGERT Y KÖTZ (1998) p. 34.

⁷ Sobre la familia jurídica romanista, ZWEIGERT Y KÖTZ (1998) pp. 74-131.

⁸ BOGDAN (2013) p. 71.

⁹ Por todos, GORIGOITÍA (2015) pp. 197-214.

¹⁰ Para Chile, MUÑOZ (2010) p. 91. Para Francia, LAMANDA (2010) p. 8 (*mission disciplinaire*). Para Italia, Art. 65 *Ordinamento Giudiziario*, COCCIA (2015) pp. 17-18 (*nomofilaquia*).

Ahora bien, encontrar los tribunales comparables entre países que pertenecen a distintas familias jurídicas –*i.e.*, Francia e Italia (familia romanista) *vis-à-vis* Estados Unidos e Inglaterra (familia anglo-americana)¹¹– es una tarea que dista de ser trivial. Tribunales que tienen nombres similares o que se encuentran en posiciones jerárquicas paralelas pueden cumplir distintas funciones. A diferencia de Francia e Italia, los actores jurídicos locales conciben que la función de la corte suprema de Estados Unidos y el Reino Unido es incompatible con la de corregir errores¹². Las cortes supremas de Estados Unidos y del Reino Unido son concebidas más bien como cortes de precedentes¹³, combinado con corte constitucional en Estados Unidos¹⁴. Por esa diferencia de funciones, algunos comparativistas sostienen que, en rigor, las cortes supremas anglo-americanas deberían ser comparadas más bien con los tribunales constitucionales del *civil law*¹⁵.

La literatura de Derecho comparado sugiere, en cambio, que las cortes de casación deberían compararse no con las cortes supremas anglo-americanas¹⁶, sino que con sus cortes intermedias de apelación¹⁷. En efecto, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra los actores jurídicos entienden que la misma función de corregir errores de los tribunales inferiores corresponde más bien a sus cortes intermedias de apelación¹⁸. En consecuencia, al contrastar las cortes de casación de Chile, Francia e Italia *vis-à-vis* Estados Unidos e Inglaterra, siguiendo la metodología de Zweigert y Kötz, este artículo se enfocará no en sus cortes supremas, sino que en sus cortes de apelación intermedia. La comparación se hará, en consecuencia, no desde una perspectiva horizontal (contrastando tribunales que estuviesen al mismo tercer nivel jerárquico) sino que diagonal, esto es, tribunales que están en distintos niveles jerárquicos en cada jurisdicción –tercer nivel en Francia e Italia *vis-à-vis* segundo nivel en Estados Unidos e Inglaterra.

Ahora bien, el objeto de este estudio son los filtros ante los recursos¹⁹. Para efectos comparados, un “filtro” será definido aquí como una etapa inicial del procedimiento del recurso caracterizado por uno o más requisitos simplificados para rechazar el caso. Así por ejemplo, como regla general el procedimiento ordinario de un recurso puede contemplar

¹¹ Sobre la familia jurídica anglo-americana, ZWEIGERT Y KÖTZ (1998) pp. 180-275.

¹² Para la Corte Suprema de Estados Unidos: WHEELER (2004) p. 253. Además, PROVINCE (1980) p. 12; Para la Corte Suprema del Reino Unido: *Regina v. Secretary of State For Trade and Industry Ex Parte Eastaway* [2000] 1 All ER 27 (HL); en la misma dirección de negar su función de corrección de errores, véase ZUCKERMAN (2013) p. 875; PLANT (2004) pp. 1139-1140; LE SUEUR Y CORNES (2001) p. 40.

¹³ Para la Corte Suprema de Estados Unidos: WHEELER (2004) p. 253, O’CONNOR (1984) p. 5; Para la Corte Suprema del Reino Unido: ANDREWS (2017) p. 38, DREWRY Y BLOM-COOPER (2009) pp. 51-52.

¹⁴ REHNQUIST (2002) p. 267; NOWAK Y ROTUNDA (2004) p. 1, FERRERES COMELLA (2011) p. 265.

¹⁵ Por ejemplo, ROGOWSKI Y GAWRON (2016) pp. 1-22; FINCK (1992) pp. 125-157; GUARNIERI Y PEDERZOLI (2002) pp. 134-149.

¹⁶ En contra, CAPPELLETTI (1989) p. 142.

¹⁷ JOLOWICZ (2000) p. 299; GEEROMS (2004) pp. 278-279; MAK (2013) p. 59.

¹⁸ Para Estados Unidos, WHEELER (2004) p. 257; RICHMAN Y REYNOLDS (2013) pp. 2-3. Para Inglaterra, *Regina v. Secretary of State For Trade and Industry Ex Parte Eastaway* [2000] 1 All ER 27 (HL); BLAKE Y DREWRY (2004) pp. 226-227.

¹⁹ Sobre filtros de acceso en general, TARUFFO (2001); SILVESTRI (2001); AMRANI MEKKI (2014); DRAGO, FAIVARQUE-COSSON Y GORÉ (2015); FERRARIS (2015); NORKUS (2015) entre otros.

una fundamentación detallada de la sentencia. En la etapa de filtro, en cambio, al tribunal se le permite rechazar el recurso con una fundamentación breve o sin fundamentación²⁰. Otra simplificación es la composición del panel de jueces. En el procedimiento ordinario del recurso el caso suele ser resuelto por el panel completo de jueces –*i.e.*, cinco, siete o nueve, dependiendo del tribunal– mientras que en la etapa de filtro el caso puede ser rechazado por un panel reducido de, por ejemplo, solo tres. Una última simplificación son los alegatos orales. Si el procedimiento ordinario contempla alegatos orales para las partes, en la etapa de filtro tales alegatos orales podrían omitirse²¹.

1. CHILE

En Chile el filtro de “manifiesta falta de fundamento” no se encuentra aún en los tribunales de primera instancia en materias civiles²², sino que en ciertos recursos ante los tribunales superiores²³. Influenciado por la casación española de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil (“carezca manifiestamente de fundamento”)²⁴, la reforma chilena de 1995 consagró en la casación en el fondo ante la Corte Suprema tal filtro en virtud del artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, del siguiente modo:

“Art. 782. Elevado un proceso en casación de fondo, el tribunal examinará en cuenta [los requisitos de admisibilidad]. - La misma sala, aun cuando se reúnan los requisitos [...] podrá rechazarlo de inmediato si, en opinión unánime de sus integrantes, adolece de manifiesta falta de fundamento. - Esta resolución deberá ser, a lo menos, someramente fundada [...]”²⁵.

Las condiciones simplificadas de este filtro chileno son básicamente dos. Por una parte, se decide sin alegatos orales de los abogados (“en cuenta”) y, por la otra, para el rechazo preliminar basta una fundamentación abreviada (“someramente”). Respecto del criterio mismo, sin embargo, el proyecto de ley original de esta reforma además buscaba introducir un filtro de interés jurisprudencial definido como “relevancia para la adecuada interpretación o aplicación del Derecho”²⁶. Sin embargo, tal filtro fue rechazado por el Tribunal Constitucional²⁷, quedando así solo el filtro de manifiesta falta de fundamento.

²⁰ FERRAND (2015) pp. 186-188; NORKUS (2015) p. 6; en general, GALIC (2014) pp. 159-174.

²¹ DEL RIO (2015a) p. 487.

²² Pero sí en materias de familia como “manifiestamente improcedente”, LARROUCAU (2017b) pp. 441-456. Sobre la propuesta de introducir este filtro en la primera instancia civil, véase HUNTER (2009) pp. 117-163.

²³ Hoy en día este filtro se encuentra no solo ante la Corte Suprema en materia civil. En materia de familia tal filtro también se encuentra ante la Corte Suprema en virtud de la casación en el fondo civil aplicada supletoriamente (LEY N° 19.968 de 2004: Art. 67). Expresiones semánticamente equivalentes –*i.e.*, “carencia” de fundamentos– se encuentran como filtro ante las Cortes de Apelaciones en los actuales recursos de nulidad penal (CÓDIGO PROCESAL PENAL: Art. 383 inc. 2°) y laboral (CÓDIGO DEL TRABAJO: Art. 480 inc. 5°). La misma expresión se contempla además en la revisión de sentencias firmes penales (CÓDIGO PROCESAL PENAL: Art. 475 inc. 3°).

²⁴ LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (1881) Art. 1710 (3). GORIGOITÍA (2015) p. 206.

²⁵ FIGUEROA Y MORGADO (2014) pp. 161-162.

²⁶ MOSQUERA Y MATURANA (2010) p. 315; NÚÑEZ OJEDA Y PÉREZ-RAGONE (2015) pp. 336-339.

²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1995) Rol N° 205-95, cons. 8°.

Ahora bien, ¿qué se ha entendido por “manifiesta falta de fundamento” en Chile? Un primer consenso en la doctrina chilena es que no se trata de un examen de requisitos simplemente formales, sino que sobre el fondo²⁸. Respecto del estándar para ese examen del fondo, sin embargo, autores como Núñez Ojeda y Pérez-Ragone afirman que es una “incógnita”, se trata de un término legalmente indefinido que la Corte Suprema decidirá caso a caso²⁹. En el mismo sentido, Gorioitía critica que el principal defecto de este filtro es su “abierta imprecisión”³⁰. Otros autores que intentan definir esta noción más bien agregan sinónimos. Por ejemplo, según Atria el error debe ser “suficientemente evidente”³¹. Para Tavolari debe tratarse de un recurso “brutalmente desprovisto de razón [y] tan pobre [en] su motivación” que los jueces lo rechazarían en base a su sola lectura³². Que sea manifiesto significa, según Piedrabuena, que el error es “ostensible y evidente y no requiere un estudio más a fondo”³³. Según Collados significa que la fundamentación exhibe un error tan “brutal, manifiesto, evidente, superficial [o] indiscutible” que sería rechazado solo en base a un ligero examen del recurso³⁴. Romero *et al.*, en cambio, han tenido una aproximación distinta. En su investigación han buscado hacer un catastro de los distintos argumentos por los que la Corte Suprema rechaza en admisibilidad los recursos de casación, incluyendo la manifiesta falta de fundamento³⁵. Entre los argumentos catastrados destaca que la Corte Suprema ha entendido como manifiestamente infundado un recurso que va en contra de la jurisprudencia asentada por la misma Corte³⁶.

En sus fallos, la Corte Suprema chilena ha seguido, en general, la definición literal de “manifiesto” otorgada por la Real Academia Española, a saber, “descubierto, patente, claro”³⁷. En particular, su jurisprudencia sobre manifiesta falta de fundamento en la casación en el fondo, si bien sumamente casuística³⁸, suele repetir ciertas cláusulas que dan a entender qué entiende por tal. Después de una breve refutación del argumento del recurrente en dos o tres frases –“someramente fundada” dice el Art. 782– la Corte Suprema suele justificar su rechazo preliminar en virtud de la “clara inexistencia del error de Derecho”³⁹, o que “se observa que los sentenciadores [...] efectuaron una correcta aplicación de la normativa atinente al caso”⁴⁰. Por último, en opinión de la Corte Suprema, al

²⁸ LIBEDINSKY (1995) pp. 7-8; MOSQUERA Y MATURANA (2010) p. 316; PALOMO (2016) p. 346; DEL RÍO (2015a) p. 487.

²⁹ NÚÑEZ OJEDA Y PÉREZ-RAGONE (2015) p. 336.

³⁰ GORIOITÍA (2015) p. 208.

³¹ ATRIA (2005) p. 289.

³² TAVOLARI (1996) p. 71.

³³ PIEDRABUENA (1996) p. 168.

³⁴ COLLADOS (2005) p. 39.

³⁵ ROMERO *et al.* (2008) pp. 231-232; ROMERO (2013) pp. 52-63.

³⁶ ROMERO *et al.* (2008) p. 232; ROMERO (2013) pp. 59-60; Sobre cómo debe ser entendido, DEL RÍO (2015b) pp. 483-513.

³⁷ Por ejemplo, *LABBÉ CON REYES* (2011) cons. 6º; *MATAMALA WALTER, OLGA GRACIELA CON CORPBANCA* (2007) cons. 9º.

³⁸ Para una análisis estadístico del control de admisibilidad de la casación civil chilena entre el 2000-2004, véase ISRAEL (2006), pp. 191-203.

³⁹ Por ejemplo, *URTUBIA CON INMOBILIARIA QUILLAY* (2014) cons. 5º.

⁴⁰ Entre muchos, véase, *DEL INCA CON UGALDE* (2010) cons. 13º; *MILLAR CON INMOBILIARIA LIRCAY* (2014) cons. 11º; *SCHWARSENBERG CON SCHWARSENBERG* (2010) cons. 8º; *IBARRA CON ARAVENA* (2010) cons. 14º.

comentar el proyecto de nuevo código procesal civil para Chile, estimó que en virtud del filtro de manifiesta falta de fundamento la Corte “cuenta ya con [...] discrecionalidad para seleccionar casos”⁴¹.

2. FRANCIA

La *Cour de cassation* originalmente tenía una cámara dedicada a la función de filtro, a saber, la *chambre des requêtes*. Pero ella dejó de existir en cuanto tal en 1947, transformándose en una cámara ordinaria en materias civiles⁴². Sin embargo, una especie de filtro empezó a resurgir en Francia tres décadas después. En efecto, la reforma de 1979 permitió que las cámaras ordinarias de la *Cour de cassation* enviaran el caso a una “formación restringida” de solo tres jueces (*formation restreinte*)⁴³, siendo que la composición normal suele ser de cinco o más⁴⁴. La tarea de esta formación restringida es resolver casos, ya sea rechazando el recurso o casando la sentencia inferior, cuando la solución aparece clara a partir del expediente (*la solution du pourvoi s'impose*)⁴⁵. En otras palabras, la *formation restreinte* está a cargo de decidir rápidamente los casos fáciles. Inicialmente se pensó que este envío de casos a la *formation restreinte* sería una práctica excepcional. Sin embargo, en 1997 esta práctica se convirtió en la regla general⁴⁶. Desde entonces, todos los recursos de casación francés primero pasan por la *formation restreinte* antes de que sean transferidos a alguna de las cámaras ordinarias de la *Cour de cassation*⁴⁷. En este sentido, la *formation restreinte* se convirtió en un filtro preliminar. En esta etapa inicial está permitido rechazar recursos con un panel reducido de jueces, sin una sentencia con fundamentación detallada⁴⁸, y la decisión se toma sobre la base de los escritos presentados por las partes, omitiendo alegatos orales⁴⁹. El criterio de filtro de la *formation restreinte* es el nuevo procedimiento de inadmisibilidad (*procédure de non-admission*)⁵⁰. El criterio del filtro está consagrado en el artículo 1014 del *Code de procédure civile*. Dado que el criterio mismo ha evolucionado de un modo particular, aquí se mencionarán sus últimas dos versiones:

⁴¹ CORTE SUPREMA CHILENA (2013) p. 11.

⁴² FERRAND (2017) pp. 190-191.

⁴³ Sobre los orígenes de esta formación restringida, véase PERDRIAU (1994); la Corte de Casación francesa solía tener una cámara separada para el filtro preliminar, la así llamada *chambres des requêtes*, hasta 1947. En ese año, esta cámara de filtro francesa fue reformada en lo que ahora constituye la cámara para asuntos comerciales. FERRAND (2017) pp. 190-191.

⁴⁴ WEBER (2010) p. 69; WIJFFELS (2013) p. 81.

⁴⁵ BORÉ Y BORÉ (2015) p. 72.

⁴⁶ BORÉ Y BORÉ (2015) p. 72.

⁴⁷ *Code de l'organisation judiciaire – Loi du 23 avril 1997*, Art. L431-1, primer inciso.

⁴⁸ *Code de procédure civile*, Art. 1014; FERRAND (2017) pp. 200-201.

⁴⁹ *Code de procédure civile*, Art. 1014 (“... *Après le dépôt des mémoires...*”), esta expresión del lenguaje jurídico francés puede ser traducido como “después de las presentaciones escritas [de las partes]”; BORÉ Y BORÉ (2015) p. 657.

⁵⁰ En detalle sobre el procedimiento de inadmisibilidad francés, VIGNEAU (2010) pp. 102-111.

Versión 2009 - “Art. 1014. Después que las partes depositen sus escritos del recurso (*mémoires*), esta formación [restringida] declara no admitidos los recursos inadmisibles (*irrecevables*) o no fundados en un medio serio de casación”⁵¹.

Versión 2014 - “Art. 1014. Después que las partes depositen sus escritos del recurso (*mémoires*), esta formación [restringida] decide que no es necesario una decisión especialmente fundamentada cuando el recurso es inadmisibles (*irrecevable*) o cuando manifiestamente no es de la naturaleza para concluir en casación”⁵².

Como podemos ver, anteriormente la *formation restreinte* evaluaba si acaso el recurso “no se fundaba en un medio serio de casación” (*non fondés sur un moyen sérieux de cassation*)⁵³. Sin embargo, en el 2014 el criterio de filtrado cambió a un recurso que “manifiestamente no es de la naturaleza para concluir en casación” (*lorsqu’il n’est manifestement pas de nature à entraîner la cassation*)⁵⁴.

Ahora bien, ¿qué significan estos criterios de filtro en Francia? En primer lugar, no es un filtro de requisitos puramente formales (*irrecevables*)⁵⁵. El *procédure de non-admission* también evalúa la fuerza y consistencia de los argumentos de las partes en sus presentaciones escritas⁵⁶. Respecto de este examen del fondo, sin embargo, Boré y Boré reconocen que es difícil marcar una diferencia entre una casación “seria” y una casación adecuadamente “fundada”⁵⁷. Ausencia de “seriedad”, podríamos concluir, es un sinónimo cercano a ausencia de “fundamentación” del recurso. Para Buffet son aquellos que “no producen ninguna duda acerca de su ineficacia” para lograr la casación y que, en base a un examen “superficial y rápido” del recurso, resulta evidente que no poseen ninguna “chance razonable de éxito” (*chance raisonnable de succès*)⁵⁸. Por último, los autores franceses suelen negar que este filtro de la *formation restreinte* pueda consistir en una evolución hacia una selección “discrecional” de los recursos⁵⁹.

⁵¹ Traducción propia (“Après le dépôt des mémoires, cette formation déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation”), Décret N° 2008-522 du 2 juin 2008 - art. 9.

⁵² Traducción propia (“Après le dépôt des mémoires, cette formation décide qu’il n’y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu’il n’est manifestement pas de nature à entraîner la cassation”), Décret N° 2014-1338 du 6 novembre 2014 - art. 19.

⁵³ Sobre el procedimiento de inadmisibilidad durante este periodo, AMRANI-MEKKI (2005) pp. 19-31. Originalmente en el *Code de l’organisation judiciaire*, Art. 131-6, desde la reforma de la *Loi N° 2001-539 du 25 juin 2001*. Después de ella, esta disposición fue trasladada al Art. 1014 del *Code de procédure civile* en 2008 por el *Décret N° 2008-522 du 2 juin 2008*.

⁵⁴ Esto después de la reforma *Décret N° 2014-1338 du 6 novembre 2014*; BORÉ Y BORÉ 2015, pp. 656-658.

⁵⁵ Sobre los requisitos puramente formales (*irrecevables* en terminología jurídica francesa), BUFFET (2005) pp. 106-107; VIGNEAU (2010) pp. 106-107; BORÉ Y BORÉ (2015) pp. 91-96.

⁵⁶ AMRANI-MEKKI (2005) pp. 24-25.

⁵⁷ BORÉ Y BORÉ (2015) p. 656.

⁵⁸ BUFFET (2005) p. 108.

⁵⁹ Por ejemplo, según FERRAND (2017) p. 196: “la *Cour de cassation* ‘no posee discreción para seleccionar cuáles recursos tomará en consideración’ [*has no discretion to select which appeals it will consider*]”.

3. ITALIA

En Italia, a pesar del derecho constitucional a la casación⁶⁰, la reforma del 2009 introdujo un filtro preliminar para la *Corti di Cassazione*⁶¹. Para tal propósito, se creó la sexta cámara civil (*sesta sezione civile*) también conocida como la cámara de filtro (*sezione filtro*)⁶². Esta cámara de filtro está dividida en cinco salas⁶³. Cada sala de filtro está especializada en concordancia con las otras cinco cámaras ordinarias para materias civiles *lato sensu*⁶⁴. Cada sala de filtro está compuesta de un presidente no-titular y cuatro jueces ordinarios de casación (*consiglieri*) que provienen de las correspondientes cámaras ordinarias⁶⁵. En la práctica, las salas italianas de filtro trabajan en paneles de cinco jueces, del mismo modo que lo hacen las cámaras civiles ordinarias⁶⁶. Ahora bien, el criterio de filtro quedó consagrado en el nuevo artículo 360 bis del *Codice di Procedura Civile*, del siguiente modo:

“Art. 360 bis. El recurso es inadmisibile:

- (1) Cuando la resolución impugnada ha decidido una cuestión de Derecho de modo conforme a la jurisprudencia de la Corte [Suprema de Casación] y el examen de los fundamentos no ofrece elementos para confirmar o cambiar la dirección de la misma.
- (2) Cuando está manifiestamente infundada la denuncia relativa a la violación de los principios reguladores del debido proceso”⁶⁷.

Ahora bien, ¿qué significan estos dos nuevos criterios de filtro en Italia? El primer consenso que pareciera existir en la doctrina italiana es que, contrario a lo que señala el encabezado del artículo, este no es un genuino filtro de “admisibilidad” entendido como evaluación de requisitos formales⁶⁸. Se trataría, en realidad, de una evaluación sobre el fondo en base al estándar de “manifiestamente infundado”. Ese criterio de examen del fondo es explícito en la segunda causal (art. 360 bis 2) respecto de las violaciones al debido proceso (*manifiestamente infondata*)⁶⁹. Sin embargo la primera causal (art. 360bis 1) no lo señala explícitamente⁷⁰. Mas la doctrina italiana también entiende que la primera causal de no

⁶⁰ *Costituzione della Repubblica Italiana*, Art. 111.

⁶¹ Sobre los detalles de esta reforma, FERRARIS (2015) pp. 167-174.

⁶² FERRARIS (2015) pp. 208-212.

⁶³ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE 2013 (§ 39.1) p. 27.

⁶⁴ FERRARIS (2015) pp. 211-212; para críticas al funcionamiento de la sexta cámara de filtro, MACIOCE (2015) pp. 392-395.

⁶⁵ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE (2013) § 39.1, p. 27.

⁶⁶ *Ordinamento Giudiciario*, Art. 67; FERRARIS (2015) p. 210.

⁶⁷ Traducción propia (“*Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifiestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo*”) *Codice di Procedura Civile*, Art. 360 bis; FERRARIS (2015) pp. 184-205.

⁶⁸ Por todos, COMOGLIO *et al.* (2011) p. 720.

⁶⁹ AMOROSO (2012) pp. 432-435; FERRARIS (2015) pp. 196-205; para comentarios críticos, MACIOCE (2015) pp. 391-392.

⁷⁰ FERRARIS (2015) pp. 188 y ss.

contradicción de la jurisprudencia en realidad cuenta como un criterio de “manifiestamente infundado” también⁷¹. Desde este punto de vista, ambas causales refieren a un filtro de manifiesta falta de fundamento en que la segunda refiere a cuestiones de derecho procesal y la primera a cuestiones de derecho sustantivo-jurisprudencial. Por último, ciertos autores italianos critican que la expresión literal *manifestamente infondata* podría entregar cierto grado de discrecionalidad a la *Corte di Cassazione*⁷², pero no al nivel de la total discrecionalidad del *writ of certiorari* de la Corte Suprema de Estados Unidos⁷³.

4. INGLATERRA Y GALES

Actualmente en Inglaterra y Gales el filtro ante la apelación intermedia es el “permiso” (*permission to appeal*, anteriormente llamado *leave to appeal*) que la reforma Woolf de 1999 extendió de las sentencias interlocutorias a las sentencias definitivas⁷⁴. El permiso para apelar se solicita tanto ante el tribunal inferior (*a quo*) como ante el superior (*ad quem*)⁷⁵. La primera simplificación de este filtro es que el procedimiento es de naturaleza escrita ante el tribunal *ad quem*⁷⁶. La *Court of Appeal*, y ahora también la *High Court*, generalmente toma la decisión de otorgar o no el permiso sin alegatos orales, sino solo en base a los escritos de las partes⁷⁷. Si el permiso para apelar es denegado ante el tribunal *ad quem*, sin embargo, el litigante tiene la posibilidad de solicitar una audiencia de alegato oral para que se reconsidere el permiso (reposición)⁷⁸. Pero si el tribunal *ad quem* considera que el recurso “carece totalmente de mérito”, el tribunal rechazará de antemano esa posibilidad de reconsideración mediante alegato oral⁷⁹. La segunda simplificación es que, si bien el rechazo del permiso debe ser fundamentado⁸⁰, en la práctica la fundamentación que otorga el tribunal *ad quem* es extremadamente concisa, usualmente un párrafo de un cuestionario breve⁸¹. El criterio para filtrar casos en el permiso para apelar inglés está consagrado en la sección 52.3 (6) de las *Civil Procedure Rules*, del siguiente modo:

“Section 52.3 (6) El permiso para apelar puede ser otorgado solo cuando (a) la corte considera que la apelación podría tener una expectativa real de éxito; o (b) existe alguna otra razón convincente por la que la apelación deba ser escuchada”⁸².

⁷¹ AMOROSO (2012) pp. 437-439; FERRARIS (2015) pp. 178.181.

⁷² COMOGLIO *et al.* (2011) p. 721.

⁷³ TARUFFO (2011) p. 31.

⁷⁴ ZUCKERMAN (2013) pp. 1112-1113; ANDREWS (2014) pp. 76-77.

⁷⁵ En detalle, DREWRY, BLOM-COOPER Y BLAKE (2007) pp. 67 y ss.

⁷⁶ El permiso para apelar ante el tribunal *a quo*, sin embargo, puede ser planteado oralmente, ZUCKERMAN (2013) p. 1147.

⁷⁷ *Practice Direction 52C - Appeals to the Court of Appeals*. Rule 15 (1); ZUCKERMAN (2013) p. 1149.

⁷⁸ *Civil Procedure Rules*, Rule 52.3 (4); DREWRY, BLOM-COOPER Y BLAKE (2007) p. 70.

⁷⁹ *Civil Procedure Rules*, Rule 52.3 (4A) (a).

⁸⁰ *Practice Direction 52C - Appeals to the Court of Appeals*. Rule 15 (1).

⁸¹ Para un ejemplo de este cuestionario para el permiso para apelar en los tribunales inferiores, véase: wbus.westlaw.co.uk/forms/pdf/cpf09262.pdf.

⁸² Traducción propia (“(6) *Permission to appeal may be given only where – (a) the court considers that the appeal would have a real prospect of success; or (b) there is some other compelling reason why the appeal should be heard*”)

Como podemos ver, los criterios para otorgar el permiso para apelar en Inglaterra y Gales son básicamente dos. Por una parte, el requisito de “expectativa real de éxito” (*real prospect of success*) y, por la otra, el requisito de “alguna otra razón convincente” (*some other compelling reason*)⁸³. De entre estos dos, el segundo criterio —*i.e.*, alguna otra razón convincente— es raramente utilizado⁸⁴. En consecuencia, aquí la atención estará en el primer criterio (*real prospect of success*), como un cuadro más representativo de las prácticas del permiso para apelar en Inglaterra.

Ahora bien, ¿qué se ha entendido por “expectativa real de éxito” en Inglaterra? En el fallo *Swain v. Hillman*, particularmente en el voto de Lord Woolf, se explica el significado de esta frase:

“Las palabras ‘no existen expectativas reales de éxito o de que sea exitoso’ no necesitan de ninguna aclaración, ellas hablan por sí mismas. La palabra ‘real’ se distingue de las expectativas fantasiosas/imaginarias [*fanciful*] de éxito... [Estas palabras] guían a la Corte a la necesidad de ver si acaso existe una expectativa ‘realista’ por oposición a una expectativa ‘fantasiosa’ de éxito”⁸⁵.

Como podemos ver, el criterio inglés de “expectativa real de éxito” también es un examen preliminar del fondo. Esto porque la causal para interponer la apelación inglesa es que la decisión del tribunal inferior está “equivocada” (*wrong*)⁸⁶. Por lo tanto, un recurso de apelación que carece de expectativas reales de éxito será aquel recurso en que resulta evidente que no existe tal equivocación del tribunal inferior. Ahora bien, respecto del criterio de filtro (*real prospect of success*), en la opinión dominante de Lord Woolf una definición resultaría innecesaria porque tales palabras “hablan por sí mismas”, limitándose a definir el antónimo de “real” como “fantasioso”.

5. ESTADOS UNIDOS

En la cultura jurídica de los Estados Unidos está arraigado un derecho a (una) apelación⁸⁷. Aún así, las cortes federales de apelación desarrollaron a lo largo del tiempo un tipo de filtro. Para adaptarse a una explosión en la carga de casos, estos tribunales también implementaron, entre otras medidas, una etapa inicial con condiciones simplificadas para rechazar casos⁸⁸. De acuerdo a las *Federal Rules*, un primer panel de tres jueces puede decidir,

Civil Procedure Rules, section 52.3 (6)(a)(b)

⁸³ ZUCKERMAN (2013) pp. 1156-1157.

⁸⁴ DREWRY, BLOM-COOPER Y BLAKE (2007) p. 71.

⁸⁵ Traducción propia (“The words “no real prospect of being successful or succeeding” do not need any amplification, they speak for themselves. The word “real” distinguishes fanciful prospects of success or ... they direct the court to the need to see whether there is a “realistic” as opposed to a “fanciful” prospect of success”). *Swain v. Hillman* [1999] EWCA, para. 7; también, DREWRY, BLOM-COOPER Y BLAKE (2007) p. 70.

⁸⁶ *Civil Procedure Rules*, Rule 52.11 (3) (a) (b).

⁸⁷ MARCUS (2014) p. 112.

⁸⁸ En detalle, BOWIE, SONGER Y SZMER (2014) pp. 30 y ss.

unánimemente, no conceder alegatos orales para el recurso⁸⁹. En la práctica, sin embargo, este filtro no es realizado por los jueces de apelación mismos, sino que lo delegan a los *law clerks* u otros funcionarios del tribunal⁹⁰. Más aún, el procedimiento mismo de este filtro no es de naturaleza oral, sino que se basa en las presentaciones escritas de las partes y en el expediente judicial⁹¹. Este filtro también contempla la condición simplificada de un estándar más bajo para la fundamentación del rechazo. Este rechazo simplificado puede ser el resultado de una resolución que no se hace pública, que suelen contener una fundamentación (demasiado) concisa con un razonamiento de baja calidad –i.e., sentencias “basura”, como se les llama peyorativamente⁹². Además, el rechazo simplificado también puede ser el resultado de las así llamadas *orders*, similares a nuestros “autos” o “decretos”, resoluciones en que está permitido que se dicten sin ninguna fundamentación, bastando tan solo la palabra “confirmado”⁹³. Por lo tanto, lo que constituye un filtro preliminar en las cortes federales de apelación en los Estados Unidos será esta etapa inicial en que se decide si conceder o no alegatos orales⁹⁴. El criterio de este filtro está consagrado en la regla 34 (2) de las *Federal Rules of Appellate Procedure*, del siguiente modo:

“Rule 34 (2) Estándar. Los alegatos orales deben ser permitidos en todos los casos salvo que un panel de tres jueces que examinaron los escritos de las partes y el expediente están de acuerdo unánimemente que los alegatos orales son innecesarios por alguna de las siguientes razones:

- (a) La apelación es frívola;
- (b) La parte dispositiva [del fallo impugnado] ha sido autoritativamente decidida; o
- (c) Los hechos y argumentos jurídicos están adecuadamente presentados en los escritos y en el expediente, y los alegatos orales no ayudarán significativamente al proceso de decisión”⁹⁵.

Como podemos ver, el criterio general en este filtro inicial es si acaso son necesarios o no alegatos orales. Sin embargo, los alegatos orales resultan innecesarios no solo si las presentaciones escritas de las partes y el expediente judicial son suficientes para resolver el caso. En las cortes federales de apelación de los Estados Unidos, el criterio de filtrado también aparece como un examen preliminar del fondo. A la corte le está permitido excluir

⁸⁹ *Federal Rules of Appellate Procedure*, Title VII, Rule 34 (2)(a).

⁹⁰ RICHMAN Y REYNOLDS (1996) pp. 286-292. HOOPER, MILETICH Y LEVY (2011) pp. 16-17.

⁹¹ *Federal Rules of Appellate Procedure*, Title VII, Rule 34 (2)(a); CASTANIAS Y KLONOFF (2008) p. 270.

⁹² RICHMAN Y REYNOLDS (1996) p. 284.

⁹³ *Federal Rules of Appellate Procedure*, Title VII, Rule 36. RICHMAN Y REYNOLDS (1996) p. 285.

⁹⁴ Sobre los criterios procesales en esta etapa inicial, CROSS (2007) pp. 178 y ss.

⁹⁵ Traducción propia (“(2) Standards. Oral argument must be allowed in every case unless a panel of three judges who have examined the briefs and record unanimously agrees that oral argument is unnecessary for any of the following reasons: (A) the appeal is frivolous; (B) the dispositive issue or issues have been authoritatively decided; or (C) the facts and legal arguments are adequately presented in the briefs and record, and the decisional process would not be significantly aided by oral argument.”). *Federal Rules of Appellate Procedure*. Rule 34 (2).

en esta etapa inicial aquellas apelaciones que son “frívolas”⁹⁶. Cabe destacar que en Estados Unidos la frivolidad de la apelación no solo restringe el acceso al recurso, sino que además puede conllevar sanciones⁹⁷.

Ahora bien, ¿qué se entiende por apelación “frívola” en Estados Unidos? En general, los estudios sobre este tema se basan en las conclusiones de Martineau⁹⁸. Según este autor, la jurisprudencia define una apelación como frívola si es “totalmente sin mérito” o “no tiene chances de éxito”⁹⁹. Una apelación será así frívola si la resolución impugnada no es la sentencia definitiva, la acción está prescrita o la corte no tiene competencia¹⁰⁰. Pero respecto del fondo o mérito, continúa Martineau, una apelación se considera frívola si “no tiene fundamento jurídico” (*has no legal basis*). Así, por ejemplo, si se argumenta en contra de un precedente claramente establecido hace mucho tiempo sin otorgar razones para cambiar la jurisprudencia, si la apelación argumenta cuestiones que no se basan en los hechos del caso o si del escrito de apelación no se puede extraer ningún argumento inteligible¹⁰¹.

III. ANÁLISIS: BUENA FE EN LOS RECURSOS

Los criterios de filtro en estos tribunales no están formulados en los exactos mismos términos literales. De entre las distintas formulaciones las que más se asemejan literalmente al filtro chileno son la casación de Italia –i.e., “*manifestamente infondata*” pero consagrado explícitamente solo para vicios procesales– y la de Francia, que comparte la expresión “*manifestement*”. Los criterios de filtro para la apelación intermedia en Estados Unidos e Inglaterra, en cambio, aparecen literalmente más distanciados de la formulación chilena: recursos “frívolos” (EE.UU.) o que no tienen una “expectativa real de éxito” (Inglaterra).

Más allá de estas diferencias literales, como veremos, existen una serie de similitudes importantes en los filtros ante los tribunales comparables en estas cinco jurisdicciones. Ahora bien, que existan tales similitudes –incluso entre jurisdicciones que pertenecen a distintas familias jurídicas y entre tribunales que se encuentran a distintas alturas de la jerarquía judicial– nos llama a buscar alguna explicación común que aplique a estas cinco jurisdicciones. En este apartado propondré que esa explicación común es la relectura de la “manifiesta falta de fundamento” como un filtro de buena fe procesal en los recursos, del siguiente modo.

La buena fe procesal aplica no solo a la formación del debate en las primeras instancias. En los recursos también existe una formación del debate, pero, según Oldfather, “derivada” o de segundo orden: un debate acerca del debate que se tuvo en la instancia anterior¹⁰². La manifiesta falta de fundamento aludiría así a un estándar ético en la formación de ese debate de segundo orden acerca del nivel mínimo de conocimiento o dominio del Derecho. Y –aquí está lo importante– ese estándar mínimo es, por así decirlo, *erga omnes* dentro

⁹⁶ En general, CASTANIAS Y KLONOFF (2008) pp. 271-272.

⁹⁷ KRAVITZ (2002) p. 337.

⁹⁸ MARTINEAU (1984) pp. 845-886; KRAVITZ (2002) pp. 335-348; RASCH (2009) pp. 249-285.

⁹⁹ MARTINEAU (1984) p. 850.

¹⁰⁰ MARTINEAU (1984) p. 850.

¹⁰¹ MARTINEAU (1984) p. 851.

¹⁰² OLDFATHER (2010) p. 81.

de la comunidad jurídica. Esto es, exigible a todos los profesionales del Derecho que participan del proceso judicial, tanto jueces como abogados. En otras palabras, un recurso que no pasa este estándar mínimo implicaría que su falta de fundamento jurídico es tan "manifiesta" que debería resultar evidente no solo para los jueces del tribunal, sino que incluso para el propio abogado que lo interpuso. De este modo, los recursos que no pasan este filtro implicarían, directa o indirectamente, una mala fe procesal en cuanto infringiría ese estándar ético de conocimiento mínimo del Derecho. Así visto, la "manifiesta falta de fundamento" constituye un mecanismo preventivo de la buena fe procesal. Este filtro impide que un recurrente dilate el procedimiento mediante la interposición de recursos basándose en argumentos que él mismo sabe, o debería saber, resultan infundados. Como veremos, la subyacente infracción de ese estándar ético de conocimiento mínimo del Derecho pareciera ser el mejor modo de explicar las similitudes que se encuentran entre estas cinco jurisdicciones.

1. EXAMEN DEL FONDO Y DERECHO A RECURSO

La primera similitud es que el criterio de filtro no es visto como la evaluación de requisitos puramente formales. No se trataría tan solo de evaluar, por ejemplo, si el escrito del recurso fue interpuesto dentro de plazo o ante el tribunal competente. Detrás de estas distintas formulaciones subyace, con ciertas variaciones de énfasis, una misma idea abstracta acerca de un examen preliminar del fondo, acerca del mérito sustantivo o peso de los argumentos jurídicos invocados por el recurrente. Sobre este punto el caso más interesante fue Italia, donde la negación del carácter puramente formal del filtro pareciera ir incluso contra texto expreso de su ley (*inammissibile*).

Ahora bien, ¿por qué sería necesario una evaluación anticipada que incluya no solo los requisitos de forma? ¿Por qué la evaluación del mérito de los argumentos no se deja para el procedimiento ordinario posterior del recurso? Una explicación pragmática —*i.e.*, economía procesal— sería que esto ahorra costos del tribunal. No sería necesario invertir mayor tiempo y recursos en un caso cuya decisión (desfavorable) aparece clara desde un comienzo.

Desde la buena fe procesal, sin embargo, la revisión detallada por el tribunal de un recurso manifiestamente infundado no solo resulta innecesaria, sino que tampoco es merecida. Recordemos que tanto en Italia, Francia y Estados Unidos existe un derecho fuerte al recurso (de casación o primera apelación, respectivamente) ya sea constitucional o culturalmente. En virtud de ese derecho al recurso, diríamos, todo litigante tiene derecho a que el tribunal superior evalúe detalladamente el fondo de su impugnación. ¿Cómo se explica entonces que el filtro de manifiesta falta de fundamento exista en estas jurisdicciones a pesar de existir, al mismo tiempo, un derecho fuerte al recurso? Introducir filtros a los recursos aparecería, en principio, como contradictorio con el derecho a recurso mismo. Pero visto desde la buena fe procesal esta contradicción se resuelve: la protección del derecho a recurso no incluye el abuso de ese derecho. Es posible tener derecho a recurso y manifiesta falta de fundamento porque, visto como un filtro de buena fe procesal, este excluye los abusos de aquel.

2. INNECESARIA DEFINICIÓN

Los criterios de filtro observados fijan una especie de vara o estándar de calidad mínima que esos argumentos sustantivos deben superar. Para saber qué tan alto o bajo es

ese estándar fue necesario buscar las definiciones que se dan a los términos literales en que está formulado el criterio de filtro en cada jurisdicción. Sin embargo, aquí el estudio comparado se enfrentó a un problema de redundancias. Lo que se encuentra son sinónimos tales como “evidente”, “sin duda”, “claro”, “abiertamente” o antónimos como “fantasioso”, “frívolo”, “totalmente sin mérito” o incluso “brutal”. El caso más interesante fue el permiso para apelar inglés. Ahí no solo no existe una definición de *real prospect of success* sino que UNA definición tal les resultaría innecesaria porque –en la opinión de Lord Woolf– los términos “hablan por sí mismos”¹⁰³.

En cualquier jurisdicción, hacer una definición de “manifiesta falta de fundamento” (o sus equivalentes) sería interminable. Todas las posibles variantes en que el argumento de un litigante podría contradecir las reglas de Derecho sería tan o más numerosa como la cantidad total de reglas que el Derecho de ese país tiene. Pero visto desde la buena fe procesal, en concordancia con la aproximación inglesa, una enumeración tal resulta además innecesaria. Pertener y participar en una comunidad profesional presupone un piso compartido consistente en un lenguaje y conocimiento común. En la comunidad profesional del Derecho ese piso compartido son los conceptos jurídicos, las reglas, principios y forma de articular unos y otros en argumentos al operar dentro de las instituciones judiciales. Por lo tanto, entre los abogados y jueces de una jurisdicción (presuponiendo que es requisito una educación jurídica mínima) no se necesita una definición de “manifiesta falta de fundamento” –i.e., de aquellos conceptos, reglas y formas de argumentación básicas que se deben respetar dentro del Derecho– precisamente porque ellos son profesionales jurídicos, es de suponer que ya las saben.

En esto Chile es un caso interesante de cómo el conocimiento del Derecho constituye un estándar de buena fe. Según el código civil chileno, “...nadie puede alegar la ignorancia de la ley...” (art. 8) y “...un error en materia de Derecho constituye presunción de mala fe...” (art. 706). Dada la aplicación general del código civil, obviamente, estas disposiciones también aplican a los litigantes que interponen recursos. Por lo tanto, en Chile constituiría mala fe si un litigante intentara justificar la interposición de un recurso manifiestamente infundado –esto es, en que (evidentemente) no existe un error de Derecho¹⁰⁴– basado en que desconocía la ley.

3. SIN EXPECTATIVAS DE ÉXITO

A la hora de explicar con otras palabras en qué consiste el criterio de este filtro, existe una frase que se repite casi literalmente en las distintas jurisdicciones. En diferentes idiomas, los autores afirman que no debería pasar este tipo de filtro un caso que no tiene expectativas, posibilidades o chances de éxito o de prosperar. Ya vimos que en Inglaterra tal criterio está consagrado explícitamente en el permiso para apelar, a saber, no *real prospect of success*¹⁰⁵. En Estados Unidos, Martineau explica la jurisprudencia sobre apelaciones frívolas

¹⁰³ *SWAIN v. HILLMAN* [1999] EWCA, párr. 7.

¹⁰⁴ FIGUEROA Y MORGADO (2014) pp. 161-161.

¹⁰⁵ *Civil Procedure Rules*, section 52.3 (6)(a).

diciendo que, entre otras cosas, son aquellas que tienen *no chance of success*¹⁰⁶. Y en Francia, Buffet explica que una casación sin fundamentos serios equivale a una que no tiene *chance raisonnable de succès*¹⁰⁷.

Visto desde los propósitos que los recursos en general buscan cumplir, rechazar preliminarmente un recurso sin expectativas de éxito aparece justificado porque vuelve innecesaria la intervención del tribunal superior. Dado que el propósito (legítimo) de los recursos es corregir errores¹⁰⁸, un recurso que sí tiene expectativas de éxito sería aquel que denuncia un error real y convoca seriamente al tribunal superior para corregirlo. Pero, a la inversa, un recurso que no tiene expectativas de éxito sería aquel en que a primera vista se nota que no hay error alguno que el tribunal superior necesite corregir.

Aquí también cabe una relectura desde la buena fe procesal. El litigante que interpone un recurso siempre lo hace teniendo algún incentivo, motivo o propósito. El propósito que el litigante de buena fe tiene en mente es que se corrija (lo que él cree es) un error. Pero si su recurso evidentemente carece de expectativas de éxito –al punto que el propio litigante debería haberlo notado desde un comienzo– ¿entonces con qué otro propósito interpuso el recurso?

Como sabemos, corregir un error no es el único propósito que un litigante puede tener. El propósito que tiene en mente un litigante de mala fe, en cambio, es dilatar el procedimiento, incrementar los costos de la contraparte o postergar el cumplimiento de la sentencia, entre otros. También podría suceder que si los honorarios del abogado están fijados por el número de sus gestiones judiciales (y no por el éxito de cada gestión) el abogado tendría un incentivo para interponer recursos, a pesar de estar manifestamente infundados, para cobrar más honorarios a su cliente. Al filtrar casos por manifiesta falta de fundamento, por lo tanto, indirectamente se filtra según la buena o mala fe en los propósitos para interponer recursos. Si el recurso manifestamente no tiene expectativas reales de éxito –*i.e.*, evidentemente no hay un error que corregir, que habría sido el propósito del litigante de buena fe– no queda sino entender que el litigante interpuso el recurso teniendo en mente alguno de los otros propósitos que, por el contrario, son los propios del litigante de mala fe.

4. VOTACIÓN POR UNANIMIDAD

En la casación en el fondo civil chilena existe una regla especial de votación por unanimidad de la Corte Suprema para ejercer el rechazo por manifiesta falta de fundamento. En la apelación intermedia ante las cortes federales de apelación de Estados Unidos también existe una regla especial de unanimidad por apelación frívola. En la casación francesa e italiana el rechazo preliminar del filtro también se toma por unanimidad, pero no en virtud de una regla especial. En Francia e Italia la regla general (que también aplica a sus filtros) es que las deliberaciones en estos tribunales son anónimas y la sentencia se dictan a nombre del tribunal como un todo, como si fuesen unánimes, omitiendo cualquier voto disidente¹⁰⁹.

¹⁰⁶ MARTINEAU (1984) p. 850.

¹⁰⁷ BUFFET (2005) p. 108.

¹⁰⁸ UZELAC & VAN RHEE (2014) p. 3; KODEK (2014) p. 36; SHAPIRO (1980) p. 629.

¹⁰⁹ Para Francia, TROPER Y GRZEGORCZYK (1997) pp. 110, 122. Para Italia, TARUFFO Y LA TORRE (1997) p. 148.

Desde el punto de vista de un supuesto derecho a recurso, esta regla de unanimidad es vista como una garantía del recurrente. Si acceder al recurso es un derecho, entonces la regla de unanimidad para el rechazo preliminar resulta necesaria porque solo un superquorum del tribunal tendría legitimidad suficiente para restringir ese derecho del litigante. Desde la perspectiva de la buena fe procesal, en cambio, el filtro de manifiesta falta de fundamento y la regla de unanimidad aparecen, en realidad, como dos caras de la misma moneda. Releída como este estándar de conocimiento del Derecho común a todos los profesionales del Derecho, sería de esperar que ante una falta de fundamento "manifiesta" todos los jueces tengan la misma opinión. A la inversa, si la falta de fundamento no resulta manifiesta para todos los jueces del tribunal, eso implica por definición que la falta de fundamento no es realmente "manifiesta" en primer lugar. Por lo tanto, el rechazo por manifiesta falta de fundamento no puede sino ser ejercido mediante unanimidad entre los jueces porque el criterio mismo del filtro *-i.e.*, manifiestamente infundado a la vista de todos- "es" esa unanimidad.

5. NO CONTRADECIR LA JURISPRUDENCIA

Otra idea que se repite al examinar el Derecho comparado es que el criterio del filtro implica excluir aquellos recursos cuyos argumentos contradicen una jurisprudencia asentada. En el caso de las cortes federales de apelación de Estados Unidos¹¹⁰, por ejemplo, entender el criterio del filtro de esta forma resulta consistente con su tradición jurídica de *common law*. Ahí donde los precedentes judiciales son jurídicamente vinculantes, un recurso cuyo fundamento contradice tales precedentes es, en sí mismo, un fundamento contrario a Derecho.

El mismo criterio de "no contradicción de la jurisprudencia" se repite en Italia y Chile¹¹¹. Pero a la inversa de Estados Unidos, la inclusión del mismo criterio en estas dos jurisdicciones aparece en principio contradictorio con la tradición jurídica. A diferencia del *common law*, como sabemos, en la tradición jurídica romanista los fallos judiciales anteriores no cuentan como una fuente formal del Derecho. Por lo tanto, un recurso cuyo fundamento contradice fallos anteriores no sería aquí contrario a Derecho. ¿Por qué debería considerarse como manifiestamente infundado un recurso contrario a la jurisprudencia si, en rigor, sus fundamentos no van en contra de ninguna de las fuentes formales del Derecho dentro de esa tradición jurídica?

Esta aparente contradicción con la tradición jurídica romanista puede ser resuelta gracias a la relectura desde la buena fe procesal. Según la visión ortodoxa, los jueces de *civil law* justifican sus decisiones no en base a fallos judiciales sobre casos anteriores (precedentes) sino que aplicando la legislación vigente a casos actuales. Aún así los fallos anteriores son ejemplos acerca de cómo otros jueces han aplicado la misma legislación¹¹². Por lo tanto, que el recurso contradiga gran parte de, sino todos, esos ejemplos anteriores es más bien un "indicador" de que la aplicación de la legislación propuesta ahora por el recurrente ha sido ya muchas veces juzgada como infundada.

¹¹⁰ MARTINEAU (1984) p. 851.

¹¹¹ En Italia, *Codice di Procedura Civile*, Art. 360bis (1). En Chile, ROMERO *et al.* (2008) p. 232.

¹¹² DEL RIO (2015a) p. 487.

Así visto, incluir en la manifiesta falta de fundamento la no contradicción de la jurisprudencia no sería más que la continuación del requisito anterior de votación por unanimidad entre los jueces, pero ahora a un nivel intergeneracional. Entendido como un estándar de conocimiento del Derecho que aplica para todos, la falta de fundamento podría resultar manifiesta no solo para los jueces actuales del tribunal, sino que también para sus jueces antecesores. Por lo tanto, los recursos que contradicen la jurisprudencia son excluidos por manifiesta falta de fundamento no porque contradecir la jurisprudencia sea un argumento contrario a Derecho *per se*. No, excluir recursos que contradicen la jurisprudencia es un criterio de filtro incluso dentro del *civil law* más bien porque ir en contra de la jurisprudencia es un “síntoma” de que la falta de fundamento resulta manifiesta incluso para la unanimidad intergeneracional de los jueces.

6. FUNDAMENTACIÓN ABREVIADA

Otro elemento común en la regulación del filtro en estas jurisdicciones es que el rechazo por manifiesta falta de fundamento o sus equivalentes se realiza mediante una sentencia con requisitos simplificados de fundamentación. Algunos autores suelen criticar esta medida porque infringiría el derecho a una sentencia motivada¹¹³. Visto como una solución a la sobrecarga, esta fundamentación abreviada se justificaría porque de lo contrario –*i.e.*, exigirse una fundamentación detallada para cada rechazo preliminar– se frustraría el propósito del filtro. El tribunal no lograría ahorrar carga de trabajo si la fundamentación del rechazo preliminar mismo consume gran parte de la capacidad de trabajo del tribunal¹¹⁴.

Desde la perspectiva de la buena fe procesal, sin embargo, la fundamentación abreviada tiene una justificación más simple. Si la falta de fundamento es “manifiesta” al punto que debería resultar *prima facie* evidente para todos –*i.e.*, no solo para los jueces, sino que también para el propio recurrente y para la comunidad jurídica en general– entonces una fundamentación detallada resulta redundante. Los jueces no necesitan explicar detalladamente al recurrente cuál fue su error argumentativo obvio, error que el recurrente mismo ya sabe o debería haber sabido desde un comienzo. Para el resto de la comunidad jurídica tampoco. El tribunal no necesita explicar detalladamente cuál fue el error argumentativo en que incurrió el recurrente si se trata de un error tan manifiesto que el resto de la comunidad jurídica también lo notaría a primera vista.

7. ¿DISCRECIONALIDAD?

Una cuestión más disputada en el Derecho comparado es el carácter discrecional de este tipo de filtro. En un extremo se encuentra Francia, donde autores como Ferrand niegan que este tipo de filtro implique algún grado de discrecionalidad¹¹⁵. En el otro extremo se encuentra Chile, donde la Corte Suprema señaló que el filtro de manifiesta falta de fundamento implicaría una verdadera discrecionalidad para seleccionar casos¹¹⁶. Y en un punto

¹¹³ En Francia, por ejemplo, FLAUSS (2005) pp. 43-50; BORÉ Y BORÉ (2015) p. 657.

¹¹⁴ GALIC (2014) pp. 159-174.

¹¹⁵ FERRAND (2017) p. 196.

¹¹⁶ CORTE SUPREMA CHILENA (2013) p. 11.

intermedio estaría Italia, donde según autores como Taruffo su filtro de la casación implica algún grado de discrecionalidad, pero no al nivel del *writ of certiorari* estadounidense¹¹⁷.

Desde la perspectiva de la buena fe procesal, esta disputa sobre la discrecionalidad presenta dos lados. Por una parte, los criterios para ejercer este tipo de filtro están formulados en base a conceptos abiertos que, como vimos, no permitirían una definición más que agregar sinónimos o antónimos. Claro, esa indefinición del criterio de filtro implicaría aparentemente algún grado de discrecionalidad. Un concepto abierto puede ser llenado por los distintos jueces con distintas concepciones específicas. Una facultad discrecional implica, por definición, que los jueces que la ejercen pueden tener legítimamente dos o más opiniones acerca de cómo ejercer esa facultad.

Pero, por otra parte, el criterio mismo de este tipo de filtro pareciera negar tal discrecionalidad. Cuando se trata de una falta de fundamento “manifiesta” entonces no debería haber dos o más opiniones sobre ella. Definido como un error argumentativo evidente *prima facie* para todos, ante una falta de fundamentación así de manifiesta los jueces deberían tener una y la misma opinión acerca de cómo ejercer su facultad de rechazo preliminar. Esa es, como vimos, la razón por la cual este filtro se ejerce en base a una regla de votación por unanimidad. Si para ejercer esta facultad pudiera haber, legítimamente, diferencias de opiniones entre los jueces, entonces esta facultad no estaría siendo ejercida a casos realmente manifiestos para todos. En suma, este filtro no debería ser entendido como una facultad discrecional porque su criterio de aplicación alude precisamente a aquellos casos donde esas diferencias de opinión no deberían existir.

IV. CONCLUSIÓN: CONTRA-ARGUMENTOS

A modo de conclusión, demos respuesta a tres posibles contraargumentos a esta relectura¹¹⁸. Primero, se podría argumentar que un recurso manifiestamente infundado no necesariamente se debe a mala fe, sino que a simple “sesgo del perdedor”. Esto es, el litigante derrotado tiende a confundir una sentencia desfavorable con un error del tribunal. Así, el litigante perdedor intentaría recursos manifiestamente infundados porque, nublado por ese sesgo, pierde autocrítica. Pero el sesgo del perdedor aplica para la parte misma, no para el abogado que la representa. Aún cuando el cliente se resista a aceptar una sentencia desfavorable, es el rol de su abogado saber filtrar a su vez las demandas del cliente que tienen o no algún mérito jurídico. Si el abogado va a ejecutar la voluntad del cliente, sea cual sea su mérito, ¿entonces qué sentido tendría el patrocinio de abogados en primer lugar? El sesgo del perdedor justificaría los recursos manifiestamente infundados si está permitido interponer recursos sin representación de abogado (litigación *pro se*). Las personas legas no tienen por qué saber distinguir entre argumentos manifiestamente fundados o infundados jurídicamente precisamente porque no son profesionales del Derecho. Pero ahí donde el patrocinio de abogado sí es obligatorio –como en la casación chilena, francesa e italiana– el sesgo del perdedor no es justificación. Si un abogado no filtra las pretensiones infundadas

¹¹⁷ COMOGLIO *et al.* (2011) p. 721; TARUFFO (2011) p. 31.

¹¹⁸ Por ejemplo, DELGADO (2017) p. 109.

de su cliente, entonces el abogado actúa de mala fe al interponer un recurso a sabiendas que no tenía mérito alguno.

Un segundo contra argumento podría ser que para los abogados predecir cuándo el tribunal rechazará un recurso por manifiesta falta de fundamento es bastante más incierto de lo que parece. Como vimos anteriormente, esta dificultad no puede provenir de la (in) definición del criterio de filtro mismo. Entre profesionales del Derecho no es necesario aclarar aún más qué cuenta como “manifestamente infundado” porque es de suponer que, en cuanto profesionales, ellos ya saben cuáles son los conceptos y reglas básicas de argumentación que deben ser respetadas dentro del Derecho. Pero si un abogado aún así reiteradamente no puede hacer la distinción entre argumento (manifestamente) fundado o infundado entonces cabe cuestionarse si ese abogado posee realmente o no el piso común de conocimientos necesarios para participar en el proceso judicial. Esto no niega que existan algunos casos difíciles, esto es, casos donde dos profesionales competentes pueden tener legítimamente argumentos contradictorios. Pero sí niega que todos o la mayoría de los casos puedan ser vistos como difíciles. Si para un abogado la mayoría de los casos le parecen tener argumentos contradictorios legítimos –esto es, la mayoría de los casos le parecen, en este sentido, difíciles– entonces nuevamente cabe cuestionar si ese abogado posee las competencias jurídicas mínimas para litigar ante los tribunales superiores. Un profesional también es responsable por saber cuáles son los límites de su conocimiento y, en consecuencia, abstenerse de participar en las áreas que no domina. De este modo, un abogado que interpone recursos careciendo del piso común de conocimientos también actúa de mala fe. Su mala fe no radica en que sepa que los recursos que interpone carecen de mérito (ahí radica precisamente su ignorancia) sino porque “sabe que no sabe” y debería haber delegado el caso a un colega competente en esa área.

Un tercer contra argumento sería que la dificultad provenga no de los abogados, sino que de los jueces. Pero esta explicación estaría resuelta por la regla de votación por unanimidad. La probabilidad de que varios jueces se equivoquen al mismo tiempo y en la misma dirección, si bien nunca deja de existir matemáticamente, se reduce a mayor cantidad de jueces¹¹⁹. Una variante más plausible de este contra argumento es que, en realidad, el tribunal tenga un problema de sobrecarga. El filtro se volvería menos predecible porque los jueces, concertadamente, rechazarían preliminarmente más recursos que solo los manifestamente infundados para aliviar así su exceso de carga. La sobrecarga de los tribunales es, sin duda, un problema que aqueja a muchas jurisdicciones. Pero si la sobrecarga es el verdadero problema de fondo –como es claramente el caso de la casación italiana¹²⁰, y la apelación en EE.UU.¹²¹– ese problema también sobrepasaría cualquier discusión dogmática que podamos tener acerca de qué significa “manifiesta falta de fundamento”. Un tribunal sobrecargado distorsiona el uso de las reglas procesales que lo rigen, sea como sea que esas reglas estén formuladas y sea como sea que los académicos digan que esas reglas deban ser entendidas. Pero si tal problema de sobrecarga no existe –como sería, según algunos, la si-

¹¹⁹ KODEK (2014) p. 43.

¹²⁰ COMIGLIO *et al.* (2011) p. 709; FERRARIS (2015) pp. 156-159.

¹²¹ RASCH (2009) p. 267.

tuación de la Corte Suprema chilena¹²², y la casación francesa¹²³— entonces no habría razón para sospechar que tribunales que están en condiciones relativamente buenas para trabajar hagan un uso distorsionado de este filtro.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMOROSO, Giovanni (2012): *Il giudizio civile di cassazione* (Milano, Giuffrè editore).
- AMRANI-MEKKI, Soraya (2005): “Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation en droit français”, en AMRANI MEKKI, Soraya y CADIET, Loïc (edits.), *La Sélection des Pourvois à la Cour de Cassation* (París, Economica) pp. 19-31.
- AMRANI-MEKKI, Soraya (2014): “L'accès aux cours suprêmes: rapport français”, en WARSAW CONFERENCE, *The functions of the Supreme Court - issues of process and administration of justice*. (Varsovia, Polonia) pp. 1-12. Disponible en: colloquium2014.uw.edu.pl/wp-content/uploads/sites/21/2014/06/AMRANI_MEKKI_L%E2%80%99ACCES-AUX-COURS-SUPREMES-final.pdf. Fecha de consulta: 13 de noviembre del 2018.
- ANDREWS, Neils (2014): “Restrictions on Appeals in English Law”, en UZELAC, Alan y VAN RHEE, C.H. (edits.), *Nobody's Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*. (Cambridge, Intersentia) pp. 73-94.
- ANDREWS, Neils (2017): “The Supreme Court of the United Kingdom: A Selective Tribunal with the Final Say in Most Matters”, en VAN RHEE, C.H. y FU, Yulin (edits.), *Supreme Courts in China and in the Western: Adjudication at the Service of Public Goals* (Cham: Suiza, Springer) pp. 37-52.
- ATRIA, Fernando (2005): “Proceso civil. La casación como problema”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez*, N° 2: pp. 249-353.
- PLANT, Charles (2004): *Blackstone's Civil Practice* (Oxford, Oxford University Press).
- BLAKE, Charles y DREWRY, Gavin (2004): “The Role of the Court of Appeal in England and Wales as an Intermediate Court”, en LE SUEUR, Andrew (edit.), *Building the UK's New Supreme Court. National and Comparative Perspective*. (Oxford, Oxford University Press) pp. 221-236.
- BOGDAN, Michael (2013): *Concise Introduction to Comparative Law* (Groningen, Países Bajos, Europa Law Publishing).
- BORÉ, Jacques y BORÉ, Louis (2015): *La cassation en matière civile* (París, Dalloz, quinta edición).
- BOWIE, Jennifer, SONGER, Donald y SZMER, John (2014): *The View From the Bench and Chambers: examining judicial process and decision making on the U.S. Courts of Appeals* (Charlottesville, University of Virginia Press).
- BUFFET, Jean (2005): “Le critère de la non-admission: quelle rationalité ?”, en AMRANI-MEKKI, Soraya y CADIET, Loïc (edits.), *La Sélection des Pourvois à la Cour de Cassation* (París, Economica) pp. 103-109.

¹²² TAVOLARI (2014) p. 114; ROJAS (2014) pp. 33-35; DELGADO (2017) p. 115.

¹²³ FERRAND (2017) pp. 176-186.

- CAPPELLETTI, Mauro (1989): *The Judicial Process in Comparative Perspective*. (New York, Clarendon University Press).
- CASTANIAS, Gregory A. y KLONOFF, Robert H. (2008): *Federal Appellate Practice and Procedure* (St. Paul, Thomson West).
- COCCIA, Alessandro (2015): “Storia e Struttura della Corte di Cassazione”, en LEVITA, Luigi (edit.); *Il Ricorso Per Cassazione. La Nuova disciplina del giudizio di legittimità* (Matelica, Nuova Giuridica) p. 13-33.
- COLLADOS, Eugenio (2005): *El rechazo del recurso de casación por manifiesta falta de fundamento*. Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/114499>
- CORTE SUPREMA CHILENA (2013), *Informe Proyecto de Ley 7-2012 “[Q]ue establece Nuevo Código Procesal Civil”* (Oficio N° 24-2013, Boletín N° 8197-07).
- CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE (2013): *Tabella di Organizzazione*. Disponible en: www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Tabella_di_organizzazione.pdf. Fecha de consulta: 13 de noviembre del 2018.
- COMOGLIO, Luigi, CORRADO, Ferri, TARUFFO, Michele (2011): *Lezioni sul processo civile. I. Il Processo ordinario di cognizione* (Bologna, Il Mulino, quinta edición)
- CROSS, Frank B. (2007): *Decision Making in the U.S. Courts of Appeals* (Stanford, Stanford University Press).
- DEL RÍO, Carlos (2015a): “Casación Civil: El desafío de la correcta racionalización y Jurisprudencia Novit Curia en una futura reforma legal”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XLII, N° 2: pp. 483-513.
- DEL RÍO, Carlos (2015b): “Motivo de casación en el fondo civil en Chile: Problemas y perspectivas de reforma en Chile”, *Revista Ius et Praxis*, vol. XXI, N° 1: pp. 161-198.
- DELGADO, Jordi (2017): “La casación civil en el fondo: Un último intento para no cantarle un requiem”, en PALOMO, Diego, DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (edits.), *Recursos Procesales. Problemas Actuales* (Santiago, Der Ediciones) pp. 107-135,
- DOMÉJ, Tanja (2014): “What is an important case? Admissibility of Appeals to the Supreme Courts in the German-Speaking Jurisdictions”, en UZELAC, Alan y VAN RHEE, C.H. (edits.), *Nobody's Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters* (Cambridge, Intersentia) pp. 277-290.
- DRAGO, Guillaume, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte y GORÉ, Marie (2015): *L'accès au juge de cassation. Colloque du 15 juin 2015*. (París, Société de Législation Comparée).
- DREWRY, Gavin, BLOM-COOPER, Louis y BLAKE, Charles (2007): *The Court of Appeal* (Oxford: Hart Publishing).
- DREWRY, Gavin y BLOM-COOPER, Louis (2009): “The House of Lords and the English Court of Appeal”, en BLOM-COOPER, Louis Jacques, DICKSON, Brice y DREWRY, Gavin (edits.), *The Judicial House of Lords 1876-2009* (Oxford, Oxford University Press) pp. 48-63.
- FERRAND, Frédérique (2015): “La juridiction judiciaire suprême en droit comparé: missions, filtrage, intensité du contrôle”, en DRAGO, Guillaume, FAUVARQUE-COSSON,

- Bénédicte y GORÉ, Marie (edit.), *L'accès au juge de cassation. Colloque du 15 juin 2015* (París, Société de Législation Comparée) pp. 147-218.
- FERRAND, Frédérique (2017): “The French Court of Cassation: On The Threshold of a Quiet Revolution?”, en VAN RHEE, C.H. y FU, Yulin (edits.), *Supreme Courts in China and in the Western: Adjudication at the Service of Public Goals* (Cham, Suiza, Springer) pp. 175-206.
- FERRARIS, Federico (2015): *Rationing Justice. La selezione dei ricorsi nelle Corti Supreme di Stati Uniti e Italia* (Torino, G. Giappichelli Editore).
- FERRERES COMELLA, Víctor (2004): “The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward decentralization”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. II, N° 3: pp. 461-491.
- FIGUEROA, Juan y MORGADO, Erika (2014): *Recursos procesales civiles y cosa juzgada* (Santiago, Thomson Reuters).
- FINCK, Danielle E. (1992): “Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court”, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. XX, N° 1: pp. 123-158.
- FLAUSS, Jean-François (2005): “La selection des recours et la Convention européenne des droits de l'homme”, en AMRANI-MEKKI, Soraya y CADIET, Loïc (edits.), *La Sélection des Pourvois à la Cour de Cassation* (París, Economica) pp. 43-50.
- GALIC, Ales (2014): “Does a Decision of the Supreme Court Denying Leave to Appeal Need to Contain Reasons?”, en ADOLPHSEN, Jens *et al.* (edits.), *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag* (München, C.H. Beck) pp. 159-174.
- GEEROMS, Sophie M.F. (2002): “Comparative Law and Legal Translation: Why the Terms Cassation, Revision and Appeal Should Not Be Translated...”, *American Journal of Comparative Law*, vol. L, N° 1: pp. 201-228.
- GORIGOITÍA, Felipe (2008): “La buena fe en el proceso civil chileno”, *Nomos* (Universidad de Viña del Mar), N° 2: pp. 133-159.
- GORIGOITÍA, Felipe (2015): “La inadmisión como técnica multipropósito. Un análisis desde los recursos civiles en España y Chile”, *Revista Opinión Jurídica* (Universidad de Medellín), vol. XIV, N° 28: pp. 197-214.
- GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia (2002): *The Power of the Judges. A comparative study of courts and democracy* (Oxford, Oxford University Press).
- HOOPER, Laura, MILETICH, Dean and LEVY, Angelia (2011): *Case Management Procedures in the Federal Courts of Appeals*. (Estados Unidos, Federal Judicial Center, segunda edición). Disponible en: <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/CaseMan2.pdf>. Fecha de consulta: 13 de noviembre del 2018.
- HUNTER, Iván (2009): “El poder del juez para rechazar in limine la demanda por manifiesta falta de fundamento”, *Revista Ius et Praxis*, vol. XV, N° 2: pp. 117-163.
- ISRAEL, Ruth (2006): “Control de Admisibilidad del Recurso de Casación en Materia Civil, Años 2000-2004”, *REJ - Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8: pp. 191-203.
- JOLOWICZ, John Anthony (2000): *On Civil Procedure* (Cambridge, Cambridge University Press).

- KODEK, Georg. E. (2014): "Appellate Proceedings in Civil Cases - Traditional Remedies in Light of Contemporary Problems", en UZELAC, Alan y VAN RHEE, C.H. (eds.), *Nobody's Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters* (Cambridge, Intersentia) pp. 35-52.
- KRAVITZ, Mark R. (2002): "Unpleasant Duties: Imposing Sanctions for Frivolous Appeals", *The Journal of Appellate Process and Practice*, vol. IV, N° 2: pp. 335-348.
- LAMANDA, Vincent (2010): "Préface", en WEBER, Jean-François, *La Cour de Cassation* (Paris, La documentation française) pp. 7-9.
- LARROUCAU, Jorge (2013): "Tres lecturas de la buena fe procesal", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21: pp. 259-305.
- LARROUCAU, Jorge (2017a): "Adiós a la fojas. Reglas procesales, autos acordados y tramitación electrónica en Chile", *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), N° 33: pp. 195-234.
- LARROUCAU, Jorge (2017b): "El filtro de lo 'manifiestamente improcedente' según la Corte Suprema", en Acuña, Marcela y Del Picó, Jorge (eds.), *Estudios de Derecho Familiar* (Talca, Editorial Universidad de Talca) pp. 441-456.
- LE SUEUR, Andrew y CORNES, Richard (2001): *The Future of the United Kingdom Highest Courts* (Londres, The Constitution Unit). Disponible en: www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/76.pdf. Fecha de consulta 13 de noviembre del 2018.
- LIBEDINSKY, Marcos (1995): "La manifiesta falta de fundamento en el recurso de casación en el fondo", *Revista Gaceta Jurídica*, N° 183: pp. 7-11.
- MACIOCE, Luigi (2015): "Il 'filtro' per l'accesso al giudizio di legittimità", en ACIERNO, María, CURZIO, Pietro y GIUSTI, Alberto (eds.), *La Cassazione Civile. Lezioni dei magistrati della Corte Suprema Italiana* (Bari, Cacucci Editore, novena edición) pp. 385-395.
- MAK, Elaine (2013): *Judicial Decision-Making in a Globalised World: A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts* (Oxford, Hart Publishing, 2013).
- MARCUS, Richard (2014): "Appellate Review in the Reactive Model: The Example of The American Federal Courts", en UZELAC, Alan y VAN RHEE, C.H. (eds.), *Nobody's Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters* (Cambridge, Intersentia) pp. 105-126.
- MARTINEAU, Robert J. (1984): "Frivolous Appeals: The Uncertain Federal Response", *Duke Law Journal*, vol. MCMLXXXIV, N° 5: pp. 845-886.
- MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2010): *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MUÑOZ, Sergio (2010): "Presente y futuro de la casación civil en Chile", en TAVOLARI, Raúl (edit.), *Derecho Procesal Contemporáneo*, Tomo I (Santiago, PuntoLex) pp. 90-182.
- NORKUS, Rimvydas (2015): "The Filtering of Appeals to the Supreme Courts", en NETWORK OF THE PRESIDENTS OF THE SUPREME JUDICIAL COURTS OF THE EUROPEAN UNION, *Dublin Conference*, pp. 1-16. Disponible en: <https://www.lat.lt/data/public/uploads/2018/01/introductory-report-the-filtering-of-appeals-to-supreme-courts-president-rimvydas-norkus.pdf>. Fecha de consulta 18 de noviembre del 2018.
- NOWAK, John E. y ROTUNDA, Ronald D. (2004): *Constitutional Law* (St. Paul, Minnesota, Thomson West, séptima edición).

- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ-RAGONE, Álvaro (2015): *Manual de Derecho Procesal Civil. Los Medios de Impugnación* (Santiago, Thomson Reuters).
- O’CONNOR, Sandra (1984): “Our Judicial Federalism”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. XXXV, N° 1: pp. 1-12.
- OLDFATHER, Chad (2010): “Error Correction”. *Indiana Law Journal*, vol. LXXXV, N° 1: pp. 49-85.
- PALOMO, Diego (2016): “Séptima parte. El recurso de casación en el fondo”, en BORDALÍ, Andrés, CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (eds.), *Proceso civil: Los recursos y otros medios de impugnación* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 295-362.
- PERDRIAU, André (1994): “Les formations restreintes de la Cour de cassation”, *La Semaine Juridique* N° 23: pp. 273-284.
- PIEDRABUENA, Guillermo (1996): *Reflexiones sobre la casación después de las modificaciones de la Ley 19.374* (Santiago, Fallos del Mes).
- PROVINE, Doris Marie (1980): *Case selection in the United States Supreme Court* (Chicago, University of Chicago Press).
- RASCH, Meehan (2009): “Not Taking Frivolity Lightly: Circuit Variance in Determining Frivolous Appeals under Federal Rule of Appellate Procedure 38”, *Arkansas Law Review*, vol. LXIX, N° 249: pp. 249-285.
- REHNQUIST, William H. (2002): *The Supreme Court* (New York, Vintage).
- RICHMAN, William M., y REYNOLDS, William L. (1996): “Elitism, Expediency and the New Certiorari: Requiem for the Learned Hand Tradition”, *Cornell Law Review*, vol. LXXXI, N° 1: pp. 273-342.
- RICHMAN, William M. y REYNOLDS, William L. (2013): *Injustice on Appeal. The United States Courts of Appeals in Crisis* (Oxford, Oxford University Press).
- ROGOWSKI, Ralf y GAWRON, Thomas (2016): “Constitutional Litigation as Dispute Processing. Comparing the U.S. supreme Court and the German Federal Constitutional Court”, en ROGOWSKI, Ralf y GAWRON, Thomas (eds.), *Constitutional courts in comparison: the U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court* (New York, Berghahn Books, segunda edición) pp. 1-22.
- ROJAS, Mario (2014): “En defensa de la casación”, *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), N° 29: pp. 25-42.
- ROMERO, Alejandro, AGUIRREZABAL, Maite y BARAONA, Jorge (2008): “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”, *Revista Ius et Praxis*, vol. XIV, N° 1: pp. 225-259.
- ROMERO, Alejandro (2013): *El recurso de casación en el fondo civil. Propuestas para la generación de precedentes judiciales* (Santiago, Thomson Reuters).
- SHAPIRO, Martin M. (1980): “Appeals”, *Law and Society Review*, vol. XIV, N° 3: pp. 629-661.
- SILVESTRI, Elisabetta (2011): “Corti Supreme Europee: Accesso, Filtri e Selezione”, en CENTRO STUDI GIURIDICI E POLITICI y CENTRO INTERNAZIONALE MAGISTRATI (eds.), *Le Corti Supreme. Atti del Convengno* (Milano, Giuffrè) pp. 105-116.
- TARUFFO, Michele (2001): “Le Corti Supreme Europee: Acceso, Filtri, Selezione”, en CENTRO STUDI GIURIDICI E POLITICI y CENTRO INTERNAZIONALE MAGISTRATI (eds.), *Le Corti Supreme. Atti del Convengno* (Milano, Giuffrè) pp. 95-104.

- TARUFFO, Michele (2011): "Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali", *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, vol. MMXI: pp. 11-36.
- TARUFFO, Michele y LA TORRE, Massimo (1997): "Precedent in Italy", en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert S. (edits.), *Interpreting Precedents*. (Aldershot [etc.], Ashgate/Darhmouth) pp. 141-188.
- TAVOLARI, Raúl (1996): *Nuevo régimen de los recursos de casación y queja* (Santiago, Conosur).
- TAVOLARI, Raúl (2014): "La eliminación de la casación civil: marchando contra los tiempos. (Una propuestas de conciliación)", *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), N° 29: pp. 83-100.
- TROPER, Michel y GRZEGORCZYK, Christophe (1997): "Precedent in France", en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert S. (edits.), *Interpreting Precedents*. (Aldershot [etc.], Ashgate/Darhmouth) pp. 103-140.
- UZELAC, Alan y VAN RHEE, C.H. (2014): "Appeals and Other Means of Recourse Against Judgments in the Context of the Effective Protection of Civil Rights and Obligations", en UZELAC, Alan y VAN RHEE, C.H. (edits.), *Nobody's Perfect. Comparative Essays on Appeals and other Means of Recourse against Judicial Decisions in Civil Matters*. (Cambridge, Intersentia) pp. 3-13.
- VIGNEAU, Vincent (2010): "Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation", *Recueil Dalloz*, vol. II: pp. 102-112.
- WEBER, Jean-François (2010): *La Cour de Cassation* (Paris, La documentation française).
- WHEELER, Russel R. (2004): "Intermediate Courts of Appeals and Their Relations with Top-level Courts: The US Federal Judicial Experience", en LE SUEUR, Andrew (edit.), *Building the UK's New Supreme Court. National and Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press) pp. 237-270.
- WIJFFELS Alain (2013): "France from the Revolution to the Present", en WIJFFELS, A.A. y VAN RHEE, C.H. (edits.), *European Supreme Courts. A Portrait through History* (Londres, Third Millenium Publishing) pp. 14-37.
- ZUCKERMAN, Adrian (2013): *Zuckerman on Civil Procedure* (Londres, Thomson/Sweet & Maxwell, tercera edición).
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (1998): *Introduction to Comparative Law* (trad. Tony Weir, Oxford, Clarendon Press).

V. NORMAS CITADAS

1. CHILE

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL (30/08/1902): Art. 782.

CÓDIGO DEL TRABAJO (29/03/2008): Art. 480 inc. 5°.

CÓDIGO PROCESAL PENAL (12/10/2000): Art. 383 inc. 2°; Art. 475, inc. 3°.

LEY N° 19.968 (25/08/2004), *Crea los Tribunales de Familia*: Art. 67.

LEY N° 20.866 (14/14/2015), *Modifica el Código de Procedimiento Civil para Establecer la Tramitación Digital de los Procedimientos Judiciales*: Art. 5.

2. ESPAÑA

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (3/2/1881): Art. 1710 (3).

3. FRANCIA

CODE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE (8/6/2006): Art. L431-1; Art. 131-6.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE (5/12/1975): Art. 1014.

4. ITALIA

COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA (22/12/1947): Art. 111.

ORDINAMENTO GIUDICIARIO (30/1/1941): Art. 65; Art. 67.

CODICE DI PROCEDURA CIVILE (28/10/29140): Art. 360 bis.

5. ESTADOS UNIDOS

FEDERAL RULES OF APPELLATE PROCEDURE (4/12/1967): Title VII, Rule 34 (2); Rule 36.

6. INGLATERRA

PRACTICE DIRECTION 52C (21/12/2017), *Appeals to the Court of Appeals*: Rule 15(1).

CIVIL PROCEDURE RULES (10/12/1998): Rule 52.3 (4); Rule 52.3(6); Rule 52.11(3).

VI. JURISPRUDENCIA CITADA

LABBÉ CON REYES (2011): Corte Suprema (Cuarta Sala), 22 de Julio del 2011. Rol N° 6.065-09.

MATAMALA WALTER, OLGA GRACIELA CON CORPBANCA (2007): Corte Suprema (Primera Sala), 29 de mayo del 2007. Rol N° 4.200-05.

URTUBIA CON INMOBILIARIA QUILLAY (2014): Corte Suprema (Primera Sala), 8 de Julio del 2014, Rol N° 10.813-14.

DEL INCA CON UGALDE (2010): Corte Suprema (Primera Sala), 17 de Agosto del 2010. Rol N° 5.336-10.

MILLAR CON INMOBILIARIA LIRCAY (2014): Corte Suprema (Cuarta Sala), 6 de Agosto del 2014. Rol N° 11.353-14.

SCHWARSENBERG CON SCHWARSENBERG (2010): Corte Suprema (Primera Sala), 27 de Julio del 2010. Rol N° 4.852-10.

IBARRA CON ARAVENA (2010): Corte Suprema (Primera Sala), 3 de Agosto del 2010. Rol N° 4.939-10.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE PROYECTO DE LEY SOBRE COMPOSICIÓN, ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LA CORTE SUPREMA Y MODIFICACIONES A LOS RECURSOS DE QUEJA Y DE CASACIÓN (1995): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 205, 1 de febrero de 1995.

REGINA V. SECRETARY OF STATE FOR TRADE AND INDUSTRY EX PARTE EASTAWAY [2000] 1 All ER 27 (HL).

SWAIN V. HILLMAN [1999] EWCA, para. 7.

LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO MONITORIO LABORAL: ¿UNA CONCESIÓN GRACIOSA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL?

*THE MOTIVATION OF THE JUDGMENT IN THE ORDER FOR
PAYMENT PROCEDURE FOR LABOR MATTERS: A GRACIOUS
CONCESSION OF THE JURISDICTIONAL ORGAN?*

JORDI DELGADO CASTRO*
DIEGO PALOMO VÉLEZ**
RENÉ ACEVEDO SAZO***

RESUMEN: El procedimiento monitorio laboral se ha consolidado como uno de los instrumentos más importantes para impartir justicia en el orden laboral. Sin embargo, existen desajustes prácticos que ameritan una correcta reflexión teórica con el objetivo de proponer mejoras y criterios de interpretación acordes a la técnica monitoria. En concreto este artículo realiza un análisis y propuesta de superación a la actuación del juez en el momento de dictación de la sentencia.

Palabras clave: Procedimiento monitorio laboral, Problemas monitorio, Rol del juez laboral.

ABSTRACT: The Order for payment procedure has established itself as one of the most important tools for justice in labor litigation. However, there are practical imbalance that call for a correct theoretical meditation with the objective of proposing improvements and interpretation criteria according to the best for order for payment procedure technique. In addition, this paper makes and analysis and a proposal to the role of the judge in this type of proceedings.

Key words: Labor For payment Procedure, For Payment procedure issues, Role of the workers court judge.

* Profesor de Derecho Procesal, Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona (España). Dirección postal: Campus Isla Teja s/n, Valdivia. Dirección electrónica: jordi.delgado@uach.cl. Este trabajo corresponde a parte de los resultados del Proyecto financiado por el Proyecto de Investigación Fondecyt Regular N° 1160832, titulado: "Estudio crítico del procedimiento monitorio laboral chileno: O sobre como un deficiente diseño legislativo puede abrir la puerta a más problemas que soluciones" del que los autores son investigadores y al que se hace presente el agradecimiento por la financiación de este estudio.

** Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Talca. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid (España). Dirección postal: 1 Poniente, 1141, Talca. Dirección electrónica: dpalomo@utalca.cl

*** Abogado, Magíster en Derecho mención Derecho Procesal, Universidad de Talca. Dirección postal: 1 Sur, 690, Talca. Dirección electrónica: reneacevedo@legista.cl

INTRODUCCIÓN

El procedimiento monitorio laboral, fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley N° 20.087¹. Busca entregar una herramienta que tutele, con suma urgencia², a aquellos trabajadores que detenten créditos de menor entidad, esto es, aquellos cuya cuantía sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, así como a los trabajadores amparados por el fuero que les concede el artículo 201 del Código del Trabajo. Su incorporación, como procedimiento especial, es una de las marcas más claras de un nuevo sistema procesal laboral, que recogiendo la vasta experiencia del Derecho comparado³, tiende a la simplificación de las fórmulas procesales en búsqueda de la siempre deseada celeridad⁴. El trabajador que opte por la vía monitoria, debiera tener un camino más expedito⁵ hacia la sentencia definitiva⁶, en comparación con aquel que utilice el procedimiento de aplicación general. Más importante aún, tendrá un tratamiento probatorio que morigerará su obligación de demostrar sus alegaciones a un punto tal que, si estuviéramos en una provincia distinta de nuestro ordenamiento jurídico, representaría una vulneración inaceptable a las garantías del debido proceso⁷. Sin embargo, por tratarse de créditos de escaso monto y

¹ La historia de cómo llega a nuestro ordenamiento jurídico está excelentemente tratada en PEREIRA (2010). En él se muestra el camino legislativo, las reformas y sus principales modificaciones

² Así, desde sus orígenes el procedimiento monitorio nace con este espíritu, véase CALAMANDREI (2006) p. 21.

³ NAVARRO (2011) p. 19.

⁴ Principio recogido específicamente, con una discutible técnica legislativa, como uno de los que ha de gobernar el procedimiento en el ámbito laboral. Y, sin duda, un deseo siempre presente en la Justicia, como lo apuntaba con maestría COUTURE (1951). En lo específico, el procedimiento monitorio contribuye a materializar este principio, en tanto, que incluso en los supuestos procesalmente más complejos, los tiempos de resolución no suelen extenderse más allá de un mes. Por su parte, los casos más sencillos en que el demandado no se opone pueden conducir a la creación de un título ejecutivo en un tiempo menor a 10 días desde la presentación de la demanda. Sin embargo, hay que ser conscientes que no todo lo rápido es necesariamente bueno y existen atropellos procesales derivados de una visión excesivamente resultista que funda sus postulados unidimensionalmente en las estadísticas; ello es descrito especialmente por PALOMO (2015) pp. 384-389.

⁵ El procedimiento monitorio se caracteriza por tratar de obtener: “el máximo resultado en la aplicación de la ley, pero con el menor desgaste del proceso judicial”. ORELLANA (2008) p. 80.

⁶ La ansiada sentencia definitiva puede obtenerse en dos instantes aunque en rigor solamente podamos hablar de uno, que motiva esta investigación. En efecto, si ante la demanda monitoria, el tribunal acoge y el deudor no se opone esta *resolución* hará las veces de sentencia definitiva. ORELLANA (2015) p. 152. Sin embargo, la sentencia definitiva, propiamente tal, se dictará tras una audiencia única de juicio. Esta resolución, en atención a los plazos que el legislador ha diseñado, debiera obtenerse en un tiempo más breve que en el juicio ordinario LANATA (2011) p. 119-121.

⁷ Efectivamente, una de las ventajas que permite el procedimiento monitorio es que se acojan las peticiones en base a los dichos del demandante, sin siquiera haberse propuesto, admitido y rendido formalmente una etapa probatoria. En algunos modelos, empero, se solicita que se acompañe un principio de prueba y hablamos de procedimientos monitorios de tipo documental (una explicación más desarrollada sobre el particular en DELGADO (2015) pp. 13-19). Ello, no obstante, no significa una vulneración a los postulados elementales del debido proceso, en tanto, la técnica de la inversión del contradictorio viene siendo aceptada por los operadores jurídicos, sin mayores cuestionamientos que merezcan atención. PÉREZ RAGONE (2006) p. 209: “El derecho de defensa se garantiza brindándole oportunidad para ser oído y oponerse”.

contendidas relativas al fuero maternal, nuestro legislador optó por hacer primar la urgencia procesal y entregar un procedimiento realmente ágil a los trabajadores⁸.

Una de las características más destacables de nuestro procedimiento monitorio laboral es la regulación de la sentencia definitiva⁹. En la misma línea de lo descrito, lo cierto es que llama, *a priori*, poderosamente la atención la forma en cómo se soslayan los elementos centrales que, entendemos toda sentencia debe contener¹⁰. Las menciones centrales de la resolución, más importante, en materia laboral –y en general, en la resolución de todo conflicto jurídico– se encuentran consagrados, en su vertiente más tradicional, en el artículo 459 del Código del Trabajo. Sin embargo, existe una norma específica atingente al procedimiento monitorio; el artículo 501, apoyándose en una remisión al citado 459, excluye expresamente dos requisitos fundamentales: la síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes y, lo que parece más sorprendente, el análisis de la prueba rendida, los hechos que se estimen probados y el razonamiento que conduce a esta estimación. Por lo tanto, según lo descrito, el juez no está obligado, en un sentido estricto, a motivar sus sentencias. Esta es la interpretación que ha acogido buena parte de la jurisprudencia¹¹.

La regla descrita genera, al menos, dos graves vulneraciones a las garantías procesales mínimas de todo justiciable: En primer lugar, se lesiona el derecho de defensa¹². Adicionalmente, sumado a la perplejidad de quien es destinatario de una sentencia definitiva sin

⁸ Es evidente que, cuando un trabajador no recibe su salario queda en una posición negocial nefasta que le obliga a llegar a acuerdos injustos para sus propios intereses. En la Historia de la Ley N° 20.087 se puede observar cómo el legislador celebraba este tipo de medidas en tanto, por ejemplo la Diputada señora Adriana Muñoz clamaba por la celeridad y la tutela judicial efectiva de los trabajadores al indicar: “Un trabajador o trabajadora al que no se le paga su salario no puede pagar el dividendo, no puede pagar la colegiatura de sus hijos ni tampoco puede alimentarse. Eso es pobreza, eso es desigualdad. Esto es lo que está sucediendo en el Chile de hoy, donde los juicios laborales demoran hasta cinco o seis años. Si un trabajador gana un juicio laboral, el empleador en lugar de pagar los 500 mil pesos que le adeuda, prefiere apelar a la corte de apelaciones y recurrir a la Corte Suprema”. Sin embargo, debemos tener bien presente que más que para restablecer escenarios de desigualdad de partes, el procedimiento monitorio surge con el objeto de tutelar créditos aparentemente incontrovertidos. DELGADO (2015) p. 29; esa misma lógica se puede aplicar perfectamente al procedimiento monitorio laboral.

⁹ Lo destacaba acertadamente ORELLANA (2010) pp. 66 y 67. Fue, probablemente, el primer autor que detectó esta *curiosa* forma de plantear el fallo en el procedimiento monitorio y descartó, inmediatamente, que aquello fuera un proceder posible y acorde a nuestra legislación procesal laboral, ni constitucional.

¹⁰ Obligación de motivar la sentencia que arraiga su obligatoriedad y difusión entre los ordenamientos procesales de civil law de la Europa continental durante la segunda mitad del siglo XVIII. TARUFFO (1975) p. 319-323.

¹¹ En este sentido, baste citar algunos ejemplos: *SAAVEDRA CON HIPERMERCADO LA SERENA LIMITADA* (2010); *BARRIENTOS CON DÁVILA* (2010); *CONTRERAS CON MAKLUF* (2015); *GONZÁLEZ RODRÍGUEZ CON POMERAPE S.A* (2016); *URRUTIA CON LEIVA* (2016); *OYARZO CON READY MIX CENTRO S.A.* (2017); *HERNÁNDEZ CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE PANGUIPULLI* (2017); Sin embargo, también podemos encontrar algún fallo que propone lo contrario, *RANDSTAD CON INSPECCIÓN DEL TRABAJO DE COYHAIQUE* (2017): “todo juicio requiere de una razón suficiente el que debe estar suficientemente fundado y construido sobre la base de deducciones razonables, lógicas y originadas de las pruebas existentes, obligación de la que el Juez no se encuentra liberado aun cuando se trate de un procedimiento monitorio, puesto que la motivación de la sentencia obliga a este a correlacionar lógicamente los argumentos y probanzas allegadas con el objeto de evitar una arbitrariedad”.

¹² NIEVA (2014) p. 156: “La razonabilidad es fundamental en la motivación. Exige del tribunal que exponga los motivos por los que se inclina a favor de acoger o no una petición”. Continúa el mismo, p. 158: “el derecho vulnerado es el de defensa, dado que al no tener acceso a los motivos del juez, el litigante no se puede defender de la sentencia en los recursos porque no tiene razones que rebatir”.

el contenido más importante, acarrea como consecuencia una disminución mayor a las posibilidades de ejercer el derecho al recurso de los justiciables, máxime, si recordamos que dicha garantía ya se encuentra limitada por la naturaleza propia del recurso de nulidad¹³, única vía de impugnación de la sentencia definitiva en materia laboral.

Lo anterior es del todo lógico si consideramos que una de las causales de nulidad más usada por los recurrentes es la contenida en el artículo 478 letra b) que se refiere a la infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. En definitiva, no solo se vería afectado el derecho de los justiciables a obtener una sentencia suficientemente motivada, sino que también se vería seriamente degradado su derecho al recurso, en tanto, la parte que se vea agraviada¹⁴ por una resolución no sabría el razonamiento que llevó al juez a tomar esa decisión y se le impediría, en los hechos, la posibilidad de ejercer un recurso con esperanzas razonables de acogimiento. Se constata, de este modo, un escenario bastante arduo para el recurrente si se atiende, a mayor abundamiento, al porcentaje elevadísimo de recursos de nulidad rechazados¹⁵. Pero con independencia de la impetración de un recurso, el justiciable no podrá conocer las razones o motivos que condujeron al juez a fallar en un sentido u otro.

Es, en este contexto, que observamos como principal objetivo de este trabajo proponer una interpretación, eminentemente dogmática, del artículo 501 del Código del Trabajo acorde a los estándares mínimos que exige la solución de todo proceso. Una exégesis que en ningún caso libera al sentenciador de la obligación de motivar sus sentencias en el procedimiento monitorio; por añadidura, observaremos cómo se ha acogido esta regla en la práctica forense tomando una muestra aleatoria que nos permita reforzar nuestras conclusiones.

Nuestra principal hipótesis es que el legislador, en ningún caso, quiso rebajar las exigencias de la solución al conflicto, al punto de entregar al justiciable una sentencia sin los elementos más significativos para poder entenderla como tal y, por lo tanto, la lectura del procedimiento laboral debe ser realizada en su contexto global, para encontrar una respuesta adecuada jurídica y técnicamente (procesalmente).

Partiendo de la base que nuestra premisa es que el justiciable tiene derecho a una sentencia debidamente fundada, trataremos de encontrar argumentos que apunten en aquella dirección, para luego contrastarlo con lo que nuestros tribunales de justicia, efectivamente, han entendido.

I. ESTADO DEL ARTE A PROPÓSITO DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 501 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

Pareciera que “el pretor no se ocupa de cosas nimias” y, la doctrina no ha sido suficientemente estudiosa de este tema. Se acepta, sin excesivos cuestionamientos¹⁶ el tenor

¹³ Es especialmente acucioso el estudio de PALOMO y LORCA (2017) pp. 37-71.

¹⁴ Elemento esencial de nuestro sistema de recursos de la misma forma que lo describe MONTERO (2014) p. 436.

¹⁵ Un estudio empírico en HUMERES (2010) p. 187-197.

¹⁶ Al respecto, por dar un ejemplo que se repite recurrentemente, la ICA Santiago ha sostenido: “es precisamente de aquellos requisitos que expresamente el legislador ha permitido omitir en el pronunciamiento de sentencias definitivas que se dicten en el marco de un procedimiento monitorio, según preceptúa claramente el

literal del inciso tercero del artículo 501 como una facultad entregada por el legislador al juez para omitir en su sentencia definitiva la síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes y el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que lo conduce a esta estimación¹⁷. Sin embargo, pero sin llegar a plantear una nueva interpretación de la norma que obligue al juez a desarrollar en sus resoluciones todos los elementos contenidos en el artículo 459 CT, se han realizado ciertas precisiones que buscan resguardar la constitucionalidad de la sentencia monitoria o, al menos, su armonía con las garantías del debido proceso. En esta línea, parte de la doctrina matiza que del mismo tenor literal del artículo 501 inciso tercero se desprende que se releva al juez del análisis de toda la prueba rendida, pero no sucede lo mismo respecto de aquella que lo llevó a la conclusión a la que llegó y, por otro lado, no se le ha eximido de manera alguna de fallar en conformidad a las reglas de la sana crítica¹⁸, con todo lo que ello significa, *ergo*, no puede fallar en conciencia¹⁹.

Una alternativa distinta y que busca consagrar en el procedimiento monitorio la obligación de fundamentar las sentencias, señala -con idéntica inspiración a la que nosotros proponemos-, que la ausencia de la motivación no puede justificarse por la carencia aun de descripción legislativa, ya que tal ausencia se suple por la consagración constitucional de la motivación como elemento subyacente al debido proceso²⁰; de modo que, resulta inadmisibles el subterfugio utilizado por los magistrados a cargo de conocer el recurso de nulidad, el no acogerlo o declararlo inadmisibles por tratarse de un procedimiento monitorio que omite la ponderación de la prueba en la sentencia. Tal respuesta, en la misma línea, es un ejemplo más del formalismo lógico judicial excesivo, como expresión de la deformación rituarial en el proceso²¹; de paso, una demostración de la dinámica en la cual se desenvuelve, en la práctica el referido recurso de nulidad.

citado artículo 501 del Código del Trabajo, por lo que éste arbitrio deberá ser rechazado”. *SERVICIOS LIMITADA CON INSPECCIÓN PROVINCIAL DEL TRABAJO DE SANTIAGO* (2017).

¹⁷ PALAVECINO y RAMÍREZ (2010) p. 75.

¹⁸ El sistema de valoración probatorio en los procesos reformados y, específicamente, en el procedimiento laboral es el de la sana crítica. Ello es una afirmación que no resulta baladí, puesto que asumir esta premisa, significa tener claro que esta definición acarrea como consecuencia que entendamos que: “el sistema de sana crítica está intrínsecamente relacionado con la motivación de la sentencia, de forma que podría llegarse al extremo de afirmar que no podría darse tal sistema de valoración sin la fundamentación de la sentencia. Y es que sin motivación de la sentencia no existe seguridad alguna de que se hayan utilizado criterios racionales en la valoración” (MATURANA (2014) p. 115).

¹⁹ LANATA (2011) p. 186. Utilizando esta expresión con la que COUTURE (1951) p. 176, describió a este sistema probatorio libre: “Tu fallas como tu conciencia te lo diga, con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aun contra la prueba de autos”. Sistema lejos del sistema probatorio chileno y que tiene diferencias con el sistema de prueba libre llamado íntima convicción, si bien comparte males como la ausencia de motivación, la mera declaración (y no actividad de valoración) de voluntad que conduce, inevitablemente, a la arbitrariedad (MONTERO (2011) pp. 600-601).

²⁰ Por ejemplo, ORELLANA (2010) pp. 66 y 67 después de explicar cómo funcionan las previsiones recogidas en el Código del Trabajo concluye categóricamente: “no puede haber un proceso racional y justo sin una sentencia motivada”.

²¹ DOMÍNGUEZ (2010) p. 159.

En el caso de la jurisprudencia, como ya adelantáramos, nuestra jurisdicción mayor ha interpretado el inciso tercero del artículo 501 como una morigeración absoluta de la obligación del juez de motivar sus sentencias en el procedimiento monitorio: los jueces del trabajo no estarían obligados a incluir en sus sentencias definitivas los elementos contenidos en los números 3 y 4 del artículo 459 del Código del Trabajo. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señala: “En efecto, tratándose en la especie de un procedimiento monitorio, cobra aplicación la norma del inciso tercero del artículo 501 del Código del Trabajo, que prescribe que el juez deberá dictar sentencia al término de la audiencia, la que deberá contener las menciones señaladas en los números 1, 2, 5, 6 y 7 del artículo 459, es decir, la sentencia monitoria no requiere una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes; tampoco el análisis de toda la prueba rendida, ni los hechos que estime probados, ni el razonamiento que conduzca a dicha estimación. [...] En consonancia con lo anterior, no parece que el recurso de nulidad sea procedente por todas las causales en el caso del procedimiento monitorio. En efecto, si la sentencia no requiere contener el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estima probados y el razonamiento que conduce a dicha estimación, imposible resulta entrar a revisar si aquella ha si pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”²².

La misma postura la vemos, por ejemplo, en algunos fallos de la Corte de Apelaciones de Arica, como aquel que resuelve: “Que cabe dejar sentado que en cuanto a la apreciación de la prueba, y tal como ha sostenido la propia recurrente, el artículo 501 del Código del Trabajo –norma especial del procedimiento monitorio que prima sobre una regla general– ordena que la sentencia recaída en el procedimiento contenga las menciones de los números 1, 2, 5, 6 y 7 del artículo 459 del mismo código, liberando al tribunal laboral precisamente de la carga de incorporar a su fallo el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa estimación (N° 4 del artículo 459) comportamientos que el recurrente exige. Imposible, se hace entonces, el cumplimiento simultáneo del artículo 459, pues la incompatibilidad entre ambas normas es absoluta, debiendo ceder dicha disposición del 459 –en atención al principio de especialidad– en favor de lo previsto en el artículo 501 inciso final, ambos del Código del Trabajo”²³.

Finalmente, en la misma línea y a modo de ejemplo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia señala: “cabe colacionar que la procedencia del recurso de nulidad por el motivo de anulación del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo para impugnar la sentencia definitiva dictada en el procedimiento monitorio, ha de interpretarse en relación a lo previsto en los artículos 501 y 459 del mismo cuerpo legal, toda vez que, en este procedimiento especial, el Juez no tiene la obligación legal de analizar toda la prueba rendida, fijar los hechos que estime probados ni el razonamiento que conduce a esa estimación”²⁴.

Por lo tanto, con matices menores, la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones considera que el artículo 501 del Código del Trabajo libera al juez de su obligación de mo-

²² CONTRERAS CON MAKLUF (2015).

²³ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ CON POMERAPE S.A (2016)

²⁴ HERNÁNDEZ CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE PANGUIPULLI (2017).

tivar sus sentencias en un procedimiento monitorio²⁵, lo que, en consecuencia, limita las causales posibles para una eventual nulidad. Todo lo anterior por el tenor literal del inciso tercero del artículo 501 y el principio de especialidad que lo haría primar por sobre el artículo 459.

También, en el plano jurisprudencial, corresponde recordar el pronunciamiento que hiciera nuestro Tribunal Constitucional respecto a la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 501, hecho en virtud del requerimiento que hiciera la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca. Con fecha 12 de octubre del año 2010, la corte Constitucional resolvió rechazar la observación de inconstitucionalidad del precepto legal, teniendo como fundamento principal que la exclusión del recurso de nulidad por infracción manifiesta a las normas sobre apreciación de la prueba, como consecuencia del precepto cuestionado, no priva a los interesados absolutamente de dicho medio de impugnación, ya que deja subsistente la causal genérica del artículo 477 del Código del Trabajo²⁶. Por lo tanto, el razonamiento realizado por el Tribunal Constitucional, fuerza concluir que solo será inconstitucional una privación absoluta del medio de impugnación.

Entonces, habiendo incluso elevado consulta una Corte por la eventual inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 501 del Código del Trabajo, corresponde analizar las garantías del debido proceso que se verían vulneradas por la interpretación actual de dicho precepto legal, como fundamento previo de una eventual nueva interpretación.

III. EL DERECHO A UNA SENTENCIA FUNDADA²⁷ Y EL DERECHO AL RECURSO²⁸

Los nuevos procesos orales se han caracterizado, tanto por la oralidad, como por un sistema de valoración libre de la prueba, limitado por la sana crítica. Cuando el sistema de valoración de la prueba es legal, el legislador le indica al juez cuáles son los medios probatorios y su valor. El sistema de valoración libre, como ocurre en la sana crítica, permite

²⁵ En este sentido, véase: *SAAVEDRA CON HIPERMERCADO LA SERENA LIMITADA* (2010); *BARRIENTOS CON DÁVILA* (2010); *URRUTIA CON LEIVA* (2016).

²⁶ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POS INCONSTITUCIONALIDAD DEL MAGISTRADO SEÑOR RODRIGO BIEL MELGAREJO PRESIDENTE SUBROGANTE DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TALCA RESPECTO DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 501 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, EN LA CAUSA RIT N° M-37-2009 (2009). Sentencia, que además, observa que en el caso concreto el tribunal de instancia sí realizó un análisis somero de los elementos que no tenía obligación de consignar y, todavía más interesante, declara que: “la inaplicabilidad del precepto impugnado (que contiene una regla singular para el procedimiento monitorio) solo provocaría la aplicación de la norma supletoria ya indicada –artículo 459 del Código del Trabajo, ubicado en el párrafo 3°, sobre procedimiento de aplicación general-, la que, como se ha dicho, ha sido observada por el fallo”. El Tribunal Constitucional observa que, en caso de no existir esta norma especial, se debiera aplicar el régimen general del art. 459 CT que sí obliga a fundar y motivar la sentencia del modo al que habitualmente estamos acostumbrados los operadores jurídicos.

²⁷ Llama poderosamente la atención como DE LA OLIVA y PEITADO (2014) p. 275, en sus lecciones introductorias para estudiantes, afirman categóricamente y sin mayores cuestionamientos “Los autos y sentencias son resoluciones necesariamente motivadas” entregando una máxima tan absoluta que, pareciera, no poder violarse bajo ninguna condición.

²⁸ Muy pertinente en la comprensión de este tema: PALOMO y ALARCÓN (2011) pp. 291-320.

que el juez utilice simple y llanamente su intelecto²⁹, alcanzando esta afirmación a diversas expresiones como el leal saber y entender, las reglas de la sana crítica, las máximas de la experiencia, etcétera³⁰. Mas el éxito —o fracaso— de este sistema probatorio radica en buena parte en la posibilidad de control³¹ de la decisión jurisdiccional que pasa, necesariamente, por una motivación y una fundamentación adecuadas³².

La sana crítica es forma parte de un sistema de valoración en que las partes tendrán libertad para incorporar los medios de prueba que estimen oportunos; el juez gozará de autonomía individual para valorar la prueba, y su razonamiento solo estará limitado por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados. Entregada tal holgura al sentenciador, toma más importancia la fundamentación y motivación que él haga de sus sentencias³³. La RAE define fundamentar como establecer la razón o el fundamento de una cosa, y es precisamente lo que se le pide al juez, que señale cuáles fueron las razones y fundamentos de su decisión³⁴. La exigencia de fundamentación de las sentencias judiciales, como bien enfatiza la doctrina³⁵, es un mandato constitucional que deriva directamente de lo que ha de entenderse por un procedimiento racional y justo³⁶.

²⁹ Pero lejos de significar que el juez puede hacer lo que se le antoje cayendo en arbitrariedades, lo cierto es que la mejor doctrina matiza esta idea indicando que: “el valor probatorio de la prueba debe ser establecido por el juzgador caso por caso, de forma discrecional y sin estar vinculado por reglas abstractas y generales”, pero “la valoración discrecional de la prueba debe realizarse en forma intersubjetiva y controlable”. TARUFFO (2008) pp. 136-137.

³⁰ NIEVA (2011) p. 94.

³¹ TARUFFO (2005) p. 185: “la única forma de velar por el respeto de dichos límites es mediante la obligación que tiene el juez de motivar la sentencia, por medio de la cual deberá justificar mediante argumentaciones racionales sus propias elecciones, quedando estas por tanto sometidas al control externo”.

³² Como excelentemente explica ROMERO SEGUEL (2017) p. 81-98, la fundamentación de las sentencias es una materia que ha sufrido una importante evolución histórica, en tanto se trata de un requisito que, en ocasiones, ha sido dispensado. Al margen de las garantías que en sí mismo protege el debido proceso, existen dos garantías procesales particulares que toda sentencia ha de cumplir: debe estar fundamentada y debe ser congruente con las peticiones. Concluye ROMERO (2017) p. 87 que la utilización incorrecta del sistema de ponderación de la prueba puede configurar el agravio consistente en falta de fundamentación de la sentencia.

³³ En idéntico sentido HUNTER (2015) pp. 158-159: “Por eso, con justa razón la doctrina opina que la motivación es uno de los pilares sobre los que descansa el ordenamiento procesal moderno. Constituye una garantía que posibilita la actuación de las demás garantías fundamentales, especialmente la de la imparcialidad y la estricta sujeción del juez a la ley; a la vez, permite descartar cualquier arbitrariedad e irracionalidad de la decisión judicial. Se dice que de nada serviría establecer un estatuto de garantías fundamentales si a los jueces no se les obliga a fundamentar sus decisiones, a explicar por qué razón deciden escoger la regla de Derecho aplicada, o por qué razón tal o cual medio de prueba reafirma la existencia de un hecho”.

³⁴ En el caso español, la mejor doctrina ha subrayado que se trata de una obligación constitucional, derivada del principio de tutela judicial efectiva, que impone que las sentencias estén motivadas y que la motivación no solamente exista, sino que además sea suficiente. MONTERO (2014) p. 211.

³⁵ DOMÍNGUEZ (2010) p. 159.

³⁶ BORDALÍ (2014) p. 43, reconoce que si bien no hay ninguna norma constitucional que disponga expresamente que las resoluciones judiciales deben estar motivadas o fundadas, esto se infiere necesariamente del art. 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política. Un proceso o un procedimiento (como expresión formal) no podrán ser racionales si la sentencia no está debidamente fundamentada.

Fundamentar y motivar sus sentencias es un deber ineludible de los jueces³⁷ que consiste en que los jueces den razones a los justiciables, y a la sociedad en su globalidad, sobre el porqué de su decisión³⁸ y, permitir que este requisito sea soslayado por los sentenciadores socava al sistema judicial mismo desde que, produce la indefensión de las partes, pues estas no podrán impetrar sus recursos ante instancias superiores al no conocer los razonamientos del sentenciador³⁹. Lo que nos lleva a otra de las garantías que se ve afectada por la actual interpretación del artículo 501: el derecho al recurso.

Un tema de gran sensibilidad para el usuario de la administración de justicia es, precisamente, el grado de control que un sistema procesal reconoce de las resoluciones que dictan los jueces⁴⁰. Sin pretender demostrar profusamente nuestra premisa⁴¹, el derecho al recurso tiene su fundamento en los Tratados Internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental, más específicamente en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴². Corresponde precisar que la misma Corte Interamericana, a través de su rol consultivo, ha establecido que lo señalado para los casos penales es plenamente aplicable para materias civiles, laborales o fiscales⁴³, en este sentido las pautas de interpretación utilizadas por la CIDH, como el principio *pro homine*, el principio de interpretación extensiva y el principio de interpretación progresiva tienden a evitar problemas de interpretación que restringen el alcance de los derechos o devalúan su garantía⁴⁴.

Ahora bien, establecido el derecho al recurso como una garantía de las personas, para que este sea eficaz debe constituir un medio adecuado para la revisión de la sentencia errónea. Ello requiere que se pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas⁴⁵ en que se basa la sentencia impugnada. En la actividad jurisdiccional existe una interde-

³⁷ Acudiendo a nuestros clásicos, ANABALÓN (2015) p. 436: “De sobra comprensible resulta el verificar la importancia de la función que corresponde y desarrolla el juez frente a la prueba rendida en la causa y con miras a la dictación de la sentencia definitiva”; p. 437: “a los mismos jueces del fondo les corresponde en forma privativa resolver acerca del verdadero significado y alcance de los hechos que se desprenden de tales pruebas”; p. 439: “Respecto de esta función de tanta trascendencia en todos sus aspectos, no hay que olvidar uno de los deberes más elementales de los jueces del fondo dentro de la consideración de los hechos del pleito, cual es el de distinguir los que han sido aceptados o reconocidos por las partes y aquellos sobre los cuales, precisamente, haya versado la controversia o la propia controversia [...]”. Existe un deber de todo sentenciador de hacerse cargo de la narración de los hechos y la valoración de la prueba, más allá incluso del juicio ordinario. El propio ANABALÓN (2015) pp. 443 y 445 va a terminar explicando que incluso en los supuestos de apreciación de la prueba en conciencia se debe dar cuenta de la motivación y no debe significar eludir los antecedentes de los que, a la vista, dispone el enjuiciador.

³⁸ BORDALÍ (2016) p. 119, quien subraya esta característica como un deber que el Estado de Derecho exige a sus jueces.

³⁹ GONZÁLEZ (2006) p. 105.

⁴⁰ NÚÑEZ (2008) p. 199.

⁴¹ Puede consultarse para un conocimiento profundo de la posición que adscribimos, PALOMO y LORCA (2017) pp. 38-48.

⁴² También, puede verse en contra de esta posición FUENTES y RIEGO (2017) pp. 295-314.

⁴³ Opinión Consultiva N° 11 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1990) p. 8.

⁴⁴ LETELIER (2014) p. 144.

⁴⁵ VALENZUELA (2013) p. 718.

pendencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho⁴⁶, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria⁴⁷. Por lo tanto, la CIDH establece como requisito fundamental para que se configure el derecho al recurso, que puedan ser revisados por un tribunal superior tanto los hechos como el derecho objeto del juicio, situación que no se da en el recurso de nulidad laboral consagrado, actualmente, como único medio de impugnación de las sentencias laborales, ya que, como sabemos, es un recurso que exige causales determinadas que se circunscriben solo a la aplicación del Derecho. Entenderlo de esta forma es aceptar solo la visión del recurso como un control jerárquico y no como una garantía de las personas⁴⁸.

En este orden de ideas, si consideramos que la nulidad laboral, único mecanismo de impugnación de las sentencias definitivas en materia laboral, ya representa una palmaria limitación del derecho al recurso de las partes⁴⁹, que impide al tribunal superior revisar los hechos⁵⁰ y lo circunscribe solo a la revisión de la legalidad de la sentencia⁵¹, la interpretación actual del inciso tercero del artículo 501, que liberaría al sentenciador de la obligación de motivar sus resoluciones, hace imposible entrar a revisar si aquella ha sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 478 letra b)⁵². Por lo tanto, la exégesis actual del mentado artículo representa una vulneración de la garantía fundamental del derecho al recurso. Para corregir dicha situación no es necesaria una modificación legal, sino solo una interpretación que permita armonizar el contenido literal del texto normativo con las garantías fundamentales recientemente descritas.

Nos centraremos en una relectura del artículo 501 CT, no obstante, se debe dejar de manifiesto que el artículo 502 CT al indicar qué recursos proceden en contra de la sentencia lo vincula al recurso de nulidad y, fácilmente se podría concluir que la sana crítica exige que el juez analice toda la prueba⁵³.

⁴⁶ GUASCH (1998) p. 183: “toda distinción entre hecho y derecho debe ser vista con mucha relatividad, pues los hechos que importan son los destinados a penetrar en el derecho. No se trata de que la distinción sea absoluta sino que para su posible diferenciación es necesario eliminar toda visión antitética”.

⁴⁷ CASO *MOHAMED VERSUS ARGENTINA* (2012).

⁴⁸ PALOMO (2010) p. 469.

⁴⁹ PALOMO y LORCA (2017) p. 62: “no podemos sino concluir que, en la práctica, en sede de nulidad laboral, no se respeta la garantía del derecho al recurso, en particular, su exigencia de revisión integral de lo decidido, lo que sin lugar a dudas representa una cuestión de la que la dogmática, pero principalmente la jurisprudencia, debe hacerse cargo y desplegar esfuerzos por remediarla”.

⁵⁰ En el orden procesal penal, lo señalaba con claridad CORTEZ (2006) p. 220: “La importancia de la motivación fáctica radica en que el control de los errores de derecho por parte del tribunal ad quem solo es posible de realizar sobre una base fáctica correctamente descrita. En ello radica precisamente la justificación de que se eleven a causales de nulidad los vicios de la motivación de la sentencia en cuanto a los hechos”.

⁵¹ Si bien es cierto que existen algunas manifestaciones que, desde la dogmática más que la forense, defienden la posibilidad de revisar hechos mediante el recurso de nulidad laboral (ASTUDILLO (2012) pp. 269-284).

⁵² *CONTRERAS CON MAKLUF* (2015).

⁵³ Agradecemos esta observación a uno de los árbitros ciegos.

IV. REINTERPRETACIÓN DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 501 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

Partiendo, entonces, de la premisa que la interpretación actual del inciso tercero del artículo 501 del Código del Trabajo es vulneradora de las garantías del debido proceso (derecho a una sentencia fundada y el derecho al recurso) se propone una revisión crítica de la misma, que nos permita armonizar el contenido de las sentencias de los procedimientos monitorios con los estándares mínimos del debido proceso⁵⁴.

Con el objeto de superar este inconveniente procesal, planteamos la siguiente exégesis de la norma: el inciso tercero del artículo 501, al establecer los elementos que debe contener la sentencia, está regulando el “veredicto”⁵⁵ que debe dictar el juez al final de la audiencia, en ningún caso al contenido de la sentencia definitiva, la que, como es deseable, deberá contener todos los elementos establecidos en el artículo 459 CT, que no son otros que los exigibles a toda sentencia definitiva. Esta interpretación, adicionalmente, se vería reforzada por la modificación que introdujo la Ley N° 20.974 que, al observar el déficit que se producía, insertó un inciso 4° que permite posponer hasta por tres días la dictación de la sentencia⁵⁶ y, en ese supuesto, nada justifica que se realice omitiendo los requisitos generales⁵⁷. Hay que

⁵⁴ En una lectura a propósito del proceso penal, pero que sin duda es trasladable a la teoría general del proceso, entre los derechos que, al menos, componen el contenido del racional y justo procedimiento MATURANA y LÓPEZ (2010) p. 31 identifican que la resolución del conflicto debe realizarse mediante una sentencia fundada.

⁵⁵ Término que se usa comúnmente para referirse a la resolución dictada en forma oral que el juez entrega clausurado el debate y en que se pronuncia sobre el acogimiento (o no) de la petición y entrega someramente algún fundamento. Se comenzó su uso a propósito de la reforma procesal penal, si bien es cierto que la ley no habla propiamente del mismo. CAROCCA (2009) p. 165, entonces, al explicar cómo se alcanza el iter hasta la sentencia definitiva en el proceso penal señala que una vez se ha cerrado el debate y se ha obtenido un acuerdo en la deliberación judicial se comunicará la decisión sobre la absolución o condena: “pronunciamiento que se denomina habitualmente *veredicto*, por su equivalencia al que se emite por los jurados”.

⁵⁶ Motivo por el que llama la atención que en algunos casos complejos es encomiable como los jueces son capaces de dictar sentencia inmediata, después de un receso en el que tampoco sabemos con claridad –aunque sí lo sospechamos– el tribunal ha estado preparando la resolución: *CORPORACIÓN MUTUAL DE SEGUROS CON OVIEDO* (2018). Sin embargo, debe reiterarse que se trata de supuestos en que no resulte posible dictar sentencia de inmediato, atendido a que no parece prudente hacerse cargo de todas las menciones de una sentencia en un breve lapso. No parece, al contrario, prudente usar excusas de administración “doméstica” como pretexto para aquello: “Atendido los antecedentes que se han ventilado y teniendo presente que existen tres audiencias que se encuentran retrasadas para el inicio de esta sala, se va a aplicar lo dispuesto en el artículo 501 inciso final [...]”. *MOROCCO CON NUEVA ERA IMPO Y EXP LTDA* (2018).

⁵⁷ Buen ejemplo de ello lo constituiría *AGUILAR CON CÁRDENAS* (2017) que hizo uso de esta facultad en un caso, que en principio pudiéramos calificar de simple. En efecto, el demandado no compareció, por lo que la magistrado pudo haber simplificado los trámites dando por confeso de los hechos al mismo, sin embargo, se determinaron hechos a probar, medios probatorios y, entonces, la jueza hizo uso de la facultad dispuesta en el inciso final del art. 501 postergando la dictación de la sentencia. El “producto” (la sentencia) que dictó es de la misma calidad y menciones que una dictada bajo el régimen general. En un caso más complejo, también se aplicó esta posibilidad y la sentencia dictada se hace cargo de los puntos contemplados para el régimen general: *MILLÁN CON SERVICIOS DE OBRAS MENORES EN GENERAL TOMÁS CASTRO COPA* (2018). Sin embargo, preocupa lo señalado en *GARCÍA CON DÍAZ* (2018). El juez hizo uso de la facultad de postergar la dictación de la sentencia y pese a que de su lectura podemos, también, afirmar que cumple con todos los requerimientos del artículo 459, señala: “Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 501 del Código del Trabajo en relación con el artículo 459 del mismo cuerpo legal, se omite en la sentencia la síntesis de la demanda, respecto de la cual se evacuó la contes-

reconocer, en rigor, que nada se dice en esta regla que permita extraer esta propuesta en forma literal. Lo cierto es que la interpretación que proponemos parece apuntar en aquella dirección. Pero es justo destacar que no formó parte de la discusión de la Ley y que solamente es una inferencia que parece tener encaje en lo que venimos sosteniendo.

Para defender esta interpretación utilizaremos un argumento normativo, que nos demostrará que la figura del veredicto, entendiéndolo como la resolución que pronuncia el juez en audiencia, es un momento procesal previo a la sentencia definitiva, siendo esta última la que, eventualmente, puede ser objeto de recursos. Así, al ser hitos distintos, es de común entendimiento comprender que tienen requisitos distintos atendida su propia naturaleza, la que llevará, por ejemplo, a que las exigencias propias del veredicto sean menores a las que se deben observar en la sentencia definitiva.

Con el arribo de las reformas procesales nos encontramos con un juez que puede ser obligado a resolver en audiencia, a pocos minutos de la incorporación de los últimos medios de prueba e inmediatamente después de los alegatos finales. Frente a esa situación, es dable sostener que el legislador ha morigerado el contenido de la resolución que debe tomar el juez al final de la audiencia y, por otra parte, le ha entregado un plazo extra para resolver la contienda, el que normalmente será de algunos días. Dentro del primer caso, se encasillaría la relajación en la exigencia del contenido del veredicto dictado al final de la audiencia. El artículo 501 del Código del Trabajo autoriza al juez para obviar ciertos elementos del artículo 459 CT, aquellos de mayor dificultad de exposición y en los que podría tender a confusiones e, incluso, incurrir en eventuales nulidades.

Lo planteado anteriormente, en mayor o menor medida, se encuentra presente en todos los nuevos procesos orales vigentes en nuestro país. A continuación, desarrollaremos algunos ejemplos: En el sistema procesal penal y observando la sentencia definitiva del juicio oral, este cuerpo normativo hace una diferencia expresa entre el veredicto que se dictará al final de la audiencia correspondiente (artículo 343 CPP) y la sentencia definitiva (artículo 342 CPP). La sentencia definitiva deberá contener todos los elementos descritos en el artículo 342 CPP que, en esencia, son los que podríamos denominar clásicos. Sin embargo, el artículo 343 que establece los elementos que deberá contener el veredicto de absolución o condena (controversia sometida al conocimiento de los jueces) es menos extenso y solamente exige el pronunciamiento específico respecto a absolución o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le hubiesen imputado y, específicamente se deben emitir los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a las conclusiones. Aun con todo, parece más exigente que lo regulado en el ámbito laboral.

Es importante, empero, destacar que el sentenciador al referirse al veredicto y la sentencia definitiva tiende a confundirlos, sin embargo, los diferencia claramente.

La Ley N° 19.968 regula las contiendas relativas al Derecho de Familia. Y, de la misma forma que el Código Procesal Penal, también diferencia claramente entre veredicto y sentencia definitiva. Así, el artículo 65 que señala: “una vez concluido el debate, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando los fundamentos principales tomados

tación en la audiencia de estilo, solicitando su rechazo, constanding íntegramente en el registro de audio de dicha audiencia”. De modo que, pareciera que el juez considera que no deben cumplirse los requisitos del art. 459 y, solamente, debe representarse lo dispuesto en el art. 501 CT.

en consideración para dictarla. Excepcionalmente, cuando la audiencia de juicio se hubiere prolongado por más de dos días, podrá postergar la decisión del caso hasta el día siguiente hábil, lo que se indicará a las partes al término”. Por lo tanto, si consideramos que el artículo 65 establece el contenido del veredicto que debe dictar el juez al final de la audiencia respectiva, debemos concluir que los requisitos establecidos para este son menos rigurosos que los establecidos para la sentencia definitiva, ya que solo debe contener **los fundamentos principales tomados en consideración para dictarla**. Y, continuando con la misma lógica, encontraremos los requisitos de la sentencia definitiva en otro artículo y, de la misma forma que en el proceso penal, estos serán más precisos permitiendo alcanzar los beneficios señalados a lo largo de este estudio.

Es destacable, en este momento, mencionar que incluso el mismo Código del Trabajo, cuando regula el procedimiento de aplicación general, diferencia claramente entre el veredicto y la sentencia definitiva. Del primero dice que se podrá dictar al final de la audiencia o dentro del plazo de décimo quinto día hábil (artículo 457 CT) para luego, en un artículo diferente (artículo 459 CT) establecer el contenido de la sentencia definitiva. Por lo tanto, no establece requisitos mínimos para aquel veredicto que debe dictarse en audiencia, pero resguarda el debido proceso estableciendo claramente los elementos que debe contener la sentencia definitiva (artículo 459).

En conclusión, aceptar que el inciso tercero del artículo 501 establece los elementos que debe contener el veredicto que dicta el juez al final de la audiencia respectiva y que, en consecuencia, la sentencia definitiva deberá cumplir con todos los requisitos establecidos en el artículo 459, es una interpretación lógica, acorde a la realidad jurídica que presentan los nuevos procesos orales y, como se demostró, ya presente en varios de dichos procedimientos. Resulta más difícil de aceptar –a nuestro entender– una interpretación que vulnere principios tan básicos como el derecho de todo ciudadano a conocer los razonamientos que utilizó un juez para resolver una contienda que llevamos ante su imperio.

V. LA HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEY

Ahora bien, planteada una interpretación “garantista” del inciso tercero del artículo 501, corresponde hacerse cargo de uno de los obstáculos más significativos que podría enfrentar su aceptación. Considerando la importancia que tiene para la interpretación de una Ley su historia fidedigna, importancia incluso consagrada en el artículo 19 de nuestro Código Civil, corresponde investigar si en dicha historia se manifestó algún ánimo expreso que consagrara la exégesis clásica y descartara la que hemos planteado en los párrafos anteriores.

El artículo 501 del Código del Trabajo se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico en el año 2008, con la Ley 20.087 que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. Su redacción original era la siguiente: “*Esta audiencia será preparatoria y se desarrollará en conformidad con lo establecido en el artículo 453. La audiencia de juicio tendrá lugar dentro de los 20 días siguientes, y se desarrollará de acuerdo a lo establecido en el artículo 454*”⁵⁸. Por lo tanto, originalmente el artículo 501 tenía solo dos

⁵⁸ LEY N° 20.087, de 2006.

incisos; el mentado inciso tercero llegaría con la modificación legal establecida en la Ley 20.260, que modificó el Libro IV del Código del Trabajo y la Ley 20.087.

Contrario a lo que se esperaba, en relación a un cambio tan significativo, la discusión respecto a su incorporación fue más bien sucinta. Mientras, por una parte, la iniciativa legal de la Ley N° 20.260 desarrolla un fundamento para cada uno de los artículos que busca modificar, no ocurre así con el artículo 501 y debemos remitirnos al mensaje del proyecto para entender su lógica. El mensaje presidencial de la Ley 20.260 señala los siguientes objetivos⁵⁹: 1. Profundizar los principios de celeridad y concentración, que resultan claves para la oportuna resolución del conflicto, la que viene exigida por la naturaleza de los derechos que se reclaman en sede laboral. 2. Reforzar el principio de intermediación que inspira todo el proceso, entregando al juez del trabajo las herramientas que le permitan conocer directamente y a cabalidad la controversia que debe resolver. 3. Evitar potenciales dificultades e incertidumbres que algunas de las normas aprobadas podrían producir en la tramitación de los procedimientos. 4. Introducir reformas a los procedimientos monitorio y de reclamación de multas, con el fin de simplificarlos y darles un carácter más breve y expedito. Como se desprende claramente de los objetivos planteados en el mensaje, la finalidad principal de la modificación legal es simplificar y entregar celeridad a la resolución de conflictos, especialmente al procedimiento monitorio.

En el Congreso, durante la tramitación en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, el inciso tercero del artículo 501 despertaría la atención del abogado presidente de la Asociación de Abogados Laboralistas, Diego Corvera Vergara, siendo el único partícipe que se refirió al polémico artículo, señalando que la sentencia que recae en el procedimiento monitorio, como también sobre el de multas administrativas, no contempla una debida fundamentación por cuanto no analiza la probanza rendida ni los hechos que se estiman probados como tampoco el razonamiento que conduce a dicha estimación (artículo 459 N° 4) lo que atentaría no solo contra el debido proceso, sino también contra la lógica procesal⁶⁰. La modificación propuesta por el Ejecutivo se aprobó sin debate y por unanimidad.

La observación realizada fue, en definitiva, el único debate que despertó el artículo 501 en su tramitación legislativa, la que incluyó un control de constitucionalidad del mismísimo Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, en toda la tramitación legislativa que derivó en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del inciso tercero del artículo 501 del Código del Trabajo, no observamos mayores razonamientos o debates específicos que nos puedan entregar fehaciencia respecto a una interpretación determinada. Por el contrario, para entender su incorporación debemos recurrir a los objetivos generales del proyecto de ley que, como es lógico, tienen a la celeridad y simplificación como principales objetivos. No parece razonable, empero, que esta celeridad pueda exceder los estándares mínimos del debido proceso.

⁵⁹ Historia de la Ley N° 20.087 (2007) p. 4.

⁶⁰ Historia de la Ley 20.260 (2008) p. 27.

VI. JURISPRUDENCIA MENOR: EL JUEZ DE LETRAS SALVA LOS PROBLEMAS

Metodológicamente, este apartado lo confeccionamos con una muestra aleatoria. Tomamos la última causa ingresada en 2017 que obtuvo una sentencia monitoria tras celebrarse la audiencia única, en todos los tribunales especializados del país. Adicionalmente, se incluyeron en esta toma de datos alguna sentencia cercana en la fecha, pero de tribunal no especializado, o más antigua, con el objetivo de poder contrastar los datos obtenidos. El resultado llama la atención: pese a lo declarado por las Cortes de Apelaciones y por la letra expresa de la ley, los jueces laborales realizan una síntesis de los hechos, principales alegaciones de las partes y de gran parte –sino toda– la prueba⁶¹ ante ellos presentada, pese a reconocer que no tienen la obligación de hacerlo⁶². Entonces, podríamos estar tratando un problema que la práctica soluciona por sí misma, pero lo cierto es que no parece prudente ni razonable que quede al simple arbitrio de cada tribunal establecer aquellos requisitos más importantes para el enjuiciamiento y su eventual control. Aquello solamente puede ser fuente de desiguales aplicaciones de la ley y, a la postre, de injusticia.

Recurrentemente, los jueces especializados en la jurisdicción del trabajo, utilizan el primer considerando para narrar lo prescrito en el numeral 3° del art. 459, es decir una síntesis de los hechos y principales alegaciones⁶³. Adicionalmente, es unánime el uso de varios considerandos para resumir la prueba presentada⁶⁴, indicar qué hechos se entienden por probados y el razonamiento por el que aquello sucedió⁶⁵. Al punto de consignarse, también, los hechos no discutidos⁶⁶ o llegar a indicar que se valoraron otros medios de prueba, y que no cambian el signo de la decisión⁶⁷.

En esta línea, podemos encontrar agradables sorpresas que, con prolijidad y velando, entonces, por una mejor entrega de Justicia, dedican un considerando a exponer qué hechos se fijaron como pertinentes, controvertidos y siendo sustanciales fueron objeto de prueba para, posteriormente, exponer qué prueba rindió cada uno describiendo qué alcan-

⁶¹ Incluso, existen supuestos que, en principio llaman a huir de determinadas fórmulas “Que la reclamante y la reclamada rindieron la prueba de que da cuenta el acta que precede a la presente sentencia. Posteriormente realizaron las partes las observaciones a la prueba rendida”; pero que, sorprendentemente, después se hacen cargo de qué pruebas fueron las más importantes y qué hechos, entonces deben darse por acreditados. *GEOSTAR S.A. CON INSPECCIÓN PROVINCIAL DEL TRABAJO DE SAN FELIPE* (2018).

⁶² *ARENAS CON ARANCIBIA* (2017): “Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 501 inciso final del Código del Trabajo las sentencias dictadas en el procedimiento monitorio solo requieren de las menciones señaladas en el artículo 459 N° 1, 2, 5, 6 y 7 del Código del ramo”.

⁶³ Así, por ejemplo, *LARA CON AGUILAR* (2017).

⁶⁴ Normalmente, separada por la presentada por el actor y por el demandado *ARENAS CON ARANCIBIA* (2017).

⁶⁵ Por ejemplo, en *LARA CON AGUILAR* (2017) el juez indica en su considerando noveno analiza la prueba rendida: “Que sin embargo ese relato carece de antecedentes relevantes para estimara si existió una relación laboral entre las partes de este juicio (...)” para concluir en el siguiente considerando, después de desgranar lo obtenido por ese escaso medio probatorio: “Que, claramente la prueba ha sido insuficiente en este juicio para lograr un estándar de convicción, toda vez que el relato del primer testigo (...)”. El considerando noveno de *ARENAS CON ARANCIBIA* (2017) se titula “Análisis de los antecedentes”.

⁶⁶ *ARENAS CON ARANCIBIA* (2017).

⁶⁷ *ZAGAL CON BMC INTERNACIONAL* (2018).

ces introdujo cada parte, para, finalmente, indicar qué hechos quedaron demostrados a su juicio⁶⁸. Sin duda hay un compromiso con la calidad de la Justicia que, afortunadamente, se sobrepone a lo que el legislador consideró.

Incluso, llega a sorprender que jueces despachen quince considerandos y describan con un excelente nivel de detalle el porqué comprenden acreditados algunos hechos o descartan otros⁶⁹.

Entonces, llegamos a la conclusión que los jueces no pronuncian sentencias “completas”, “complejas”, o “clásicas” si se prefiere, solamente en aquellos casos en que la demandada no contesta y no comparece el demandado y, por tanto, se aplica el apercibimiento contemplado en el art. 453 N° 1, inciso 7, en virtud del cual, al estimarse tácitamente admitidos los hechos, en realidad carece de sentido algo más complejo que acoger las peticiones de plano⁷⁰. Ahora bien, esta circunstancia, debe estar específicamente consignada en la sentencia, de lo contrario su incorporación es discutible⁷¹. E incluso, en algún caso, se rinde prueba con la rebeldía del demandado⁷².

Lo que sucede, entonces, es que las Cortes de Apelaciones no entran a valorar el recurso de nulidad⁷³, por regla general, aduciendo que pese a que la sentencia se haya hecho

⁶⁸ *ORTIZ CON LOICA* (2016).

⁶⁹ Es llamativo constatar como en *CONTRERAS CON CHILEPRESS* (2017) la jueza, alcanza a hacerse cargo de la prueba no valorada por no haber sido incorporada, en un gesto que honra su profesionalismo a la hora de resolver absolutamente impregnada de los detalles del supuesto de hecho, tal y como se constata de su sentencia. En parecidos términos *GUZMÁN CON URRRA* (2018): “Que para arribar a las conclusiones precedentes, la prueba incorporada por las partes ha sido apreciada con sujeción a las reglas de la sana crítica, desestimándose en su fuerza probatoria los demás medios de prueba que también fueron individualizados en los considerandos segundo, tercero y cuarto anteriores, pero que no fueron mencionados expresamente en los siguientes considerandos y razonamientos de esta sentencia, toda vez que su mérito probatorio no logra alterar en nada lo que se viene decidiendo y se dirá en lo resolutivo”.

⁷⁰ *NAVARRETE CON CONSTRUCTORA ARMAS LTDA* (2017); *VERA CON MAZA* (2018); *GUERCELUS CON MAM* (2018); *CAIMILLA CON FIERRO SUR SPA* (2018). Incluso ante este supuesto, algunos jueces exponen los hechos que se van a tener por admitidos, en tanto no surgen de un probatorio contradictorio: *RODRÍGUEZ CON AHUMADA* (2018); *CASANUEVA CON DURÁN* (2018); *FERRERO CON ORTIZ* (2018). De este modo, concordamos con lo resuelto en *BECERRA CON ILICH* (2018): “Que no habiendo hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los cuales fijar la interlocutoria de prueba, se considerará que todo lo que ha leído este juez en el considerando primero y segundo son efectivos (...)”. Como se expresa, en casi idéntico sentido, en *CASTILLO CON NILO* (2018): “Que conforme lo dispone el artículo 500 del Código del Trabajo, en estos juicios el Juez puede acoger la demanda de plano, con mayor razón puede hacerlo una vez que ha sido emplazado el demandado para defenderse, situación tal como queda reflejada en esta audiencia el demandado ha rechazado ejercer este derecho”.

⁷¹ Circunstancia que no se da en *CONSTANZO CON WEITZMAN* (2018) cuestión que abre la puerta a pensar que la sentencia no cumple con el estándar mínimo deseable, puesto que se acoge la demanda sin que la demandada rebelde, especialmente, pueda conocer los fundamentos, ni que fuera declarada en tal calidad y, por lo tanto, se le aplicaron los apercibimientos que establece el Código del Trabajo.

⁷² *NAVARRO CON ALFA CHILE ZONA SUR SPA* (2018);

⁷³ Pese a que la forma no es exactamente idéntica entre todas las Cortes de Apelaciones, lo cierto es que se repiten pronunciamientos similares a: “Tratándose la sentencia recurrida de una pronunciada en un procedimiento monitorio, resultan aplicables en cuanto al contenido de la sentencia que se pronuncie dicho procedimiento, las disposiciones del artículo 501 del Código del Trabajo. Luego, no es obligatorio para el sentenciador que la sentencia que dicte contenga “el análisis de toda prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación”, por cuanto por expreso mandato legal, artículo 501 del Código del Trabajo, está eximido de precisar aquello en la sentencia” (*ARAVENA CON SERVICIOS GASTRONÓMICOS SUSHI KING LIMITADA* (2017).

cargo de las menciones excluidas, no debió hacerlo y, por lo tanto, no es revisable en sede de recurso de nulidad⁷⁴. Cuestión que, claramente, no deja de representar una paradoja.

Excepcionalmente, se pueden encontrar situaciones bien anómalas en que un juez omite dictar sentencia y, solamente, consigna un extracto que acompaña al acta única de audiencia. Esta práctica, que esperamos no se extienda por los tribunales, responde a una lectura *amplia* de lo que prescribe el art. 62 del acta 71 de la Excma. Corte Suprema. En efecto, la citada disposición habla de las sentencias dictadas en audiencia –las que podrán solamente contar con una transcripción de la parte dispositiva del fallo– que no debiese aplicarse a las sentencias emanadas de procedimientos monitorios, en tanto aquellas, deben dictarse al término de la audiencia, es decir acabada y cerrada la misma⁷⁵.

CONCLUSIONES: VEREDICTO, SENTENCIA Y RESOLUCIÓN FUNDADA

La actual interpretación del inciso tercero del artículo 501 del Código del Trabajo libera al juez de la obligación de motivar debidamente sus sentencias en el procedimiento monitorio laboral, al entender que el legislador no establece, entre los elementos que debe contener dicha sentencia, una síntesis de los hechos y de las alegaciones de las partes, el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación. Esta interpretación, ampliamente aceptada por nuestras Cortes de Apelaciones, no solo representa una vulneración al derecho a una sentencia debidamente fundada, sino que mutila a un punto inaceptable el derecho al recurso (ya disminuido por la naturaleza propia del recurso de nulidad laboral). Es justo destacar que tanto el derecho a una sentencia debidamente fundada como el derecho al recurso son estándares mínimos del debido proceso, y que la obligación de motivar debidamente una sentencia se vuelve aún más importante cuando el sistema de valoración de la prueba es el de la sana crítica.

Afortunadamente, los tribunales instancia, en términos generales, realizan una labor más allá de lo que el tenor literal de la ley pareciera establecer, resguardando, entonces, aquellas garantías del debido proceso y, reflejamente, cargando aquella responsabilidad a las Cortes de Apelaciones.

Una correcta interpretación del inciso tercero del artículo 501 del Código del Trabajo, sin embargo, nos entrega la siguiente conclusión: dicho inciso solo establece los elementos que debe contener el veredicto que el juez puede o debe dictar al final de la audiencia, que, en consecuencia, son menos rigurosos que los señalados para la sentencia definitiva. Por lo tanto, la sentencia de un procedimiento monitorio laboral debe cumplir

⁷⁴ Por aquello, llama poderosamente la atención algunos fallos como *OYARZO CON READY MIX CENTRO* (2017): “Que, a mayor abundamiento, pese a encontrarnos en un procedimiento monitorio, en donde no se exige un mayor análisis de la prueba rendida, analizados los fundamentos respectivos de la sentencia recurrida, se aprecia una adecuada y completa ponderación de la prueba rendida, sin evidenciarse en dicha ponderación una infracción que encuentre coincidencia con las causales denunciadas por el recurrente”.

⁷⁵ Consúltese, *ZÚÑIGA CON SALMONES AYSÉN* (2017); *CANO CON SALAS* (2018); *ARAVENA CON SOCIEDAD DE INGENIERIA ELÉCTRICA EL ALERCE SPA* (2018). Llama la atención por lo escueto y por la constatación de pobreza jurisdiccional que esta lectura genera: *VELIS CON VIVIENDAS 2000 LTDA* (2018). Sin embargo, es una posibilidad que parece menos descabellada cuando se aplica la admisión tácita por rebeldía de la demandada: *COATAL CON EMPRESA CONSTRUCTORA SIGRO* (2018).

con todos los requisitos señalados en el artículo 459 del Código del Trabajo, incluidos los razonamientos relativos a la prueba, y el inciso tercero del artículo 501 solo se refiere a los elementos que debe contener el veredicto que el juez dicta al final de la audiencia respectiva. Esta interpretación es armónica con las garantías del debido proceso y responde a la naturaleza propia de los nuevos procesos orales, razón por la cual, es fácilmente reconocible en el resto de los procedimientos en que el juez puede o debe señalar su veredicto al final de una audiencia.

La interpretación propuesta en ningún caso atenta contra el objetivo de celeridad propio de estos procedimientos, máxime si consideramos el recientemente incorporado inciso cuarto del mismo artículo, que autoriza al juez, siempre que se trate de causas de interés colectivo o causas que presenten mayor complejidad, a dictar la sentencia respectiva hasta en un plazo de tres días de terminada la audiencia, por lo tanto, esta resolución no sería un veredicto dictado en audiencia y tendría que cumplir con todos los requisitos del artículo 459 del Código del Trabajo, razón por la cual el legislador no incluyó la morigeración de requisitos del veredicto en este nuevo inciso y solo lo mantuvo en aquel pronunciamiento que “**debe hacer el juez en audiencia**”, esto es, en el inciso tercero. Con la incorporación del nuevo inciso cuarto, la sentencia del juicio monitorio quedó en una situación muy similar a la establecida en la Ley N° 19.968, norma en la que podemos observar claramente la diferencia entre veredicto y sentencia definitiva.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANABALÓN, Carlos (2015): *Tratado de Derecho procesal civil. El juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, El Jurista Ediciones Jurídicas).
- ASTUDILLO, Omar (2012): *El recurso de nulidad laboral. Algunas consideraciones técnicas* (Santiago, Thomson Reuters).
- BORDALÍ, Andrés (2014): “Primera Parte. Cuestiones Preliminares” en BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (eds.), *Proceso Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 3-115.
- BORDALÍ, Andrés (2016): *Derecho Jurisdiccional* (Valdivia, Derecho Austral).
- CALAMANDREI, Piero, (2006): *El procedimiento monitorio* (Buenos Aires, Librería El Foro).
- CORREA, Juan Pablo (1998): *El proceso monitorio* (Barcelona, Editorial José María Bosch).
- COUTURE, Eduardo (1951): *Fundamentos de derecho procesal civil* (Buenos Aires, Depalma).
- DELGADO, Jordi (2015): “El procedimiento monitorio civil en la Reforma Procesal Civil: ¿Puro o documental?”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 6, N° 3: pp. 11-35.
- DELGADO, Jordi (2015): *Estudios a propósito de la llegada del monitorio civil a Chile* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- DOMÍNGUEZ, Álvaro (2010): “Orientaciones jurisprudenciales sobre la motivación de las sentencias en el procedimiento monitorio”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Vol. 1, N° 1: pp. 153-159.
- FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristian: “El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en PALOMO, Diego;

- DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Eds.), *Recursos Procesales. Problemas Actuales* (Santiago, DER Ediciones) pp. 295-314.
- GONZÁLEZ, Joel (2006): “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, N° 1: pp. 93-107.
- GUASCH, Sergi (1998): *El Hecho y el Derecho en la casación civil* (Barcelona, Bosch).
- HERNÁNDEZ, Patricio (2012): *Procedimiento monitorio laboral: Estudio crítico a la luz del debido proceso y del derecho comparado* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- HORVITZ, María Inés (2003): *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HUMERES, Héctor (2010): “Los recursos de nulidad y unificación: un apunte foral”, *Revista Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 1, N° 2: pp. 187-197.
- HUNTER, Iván (2015): *La aplicación judicial del Derecho en el proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (Santiago, Thomson Reuters).
- LANATA, Gabriela (2011): *Manual de proceso laboral* (Santiago, Thomson Reuters).
- LANATA, Gabriela (2011): *El sistema de recursos en el proceso laboral chileno* (Santiago, Legal-Publishing Chile).
- LETELIER, Enrique (2014): “El derecho fundamental al recurso según la doctrina jurisprudencial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Vol. 23, N° 1: pp. 141-160.
- MATURANA, Javier (2014): *Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago, Thomson Reuters).
- MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2010): *Derecho Procesal Penal. Tomo I* (Santiago, Abeledo Perrot LegalPublishing).
- MONTERO, Juan (2011): *La prueba en el Proceso Civil* (Madrid, Thomson Reuters).
- MONTERO, Juan (2013): *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MONTERO, Juan (2014): *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- NAVARRO, René (2011): *El juicio monitorio en el Derecho procesal laboral chileno. Dogmática y Praxis* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- NIEVA, Jordi (2011): “Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión”, *Revista de Derecho Procesal*, Vol. 4, N° 3: pp. 91-120.
- NIEVA, Jordi (2014): *Derecho procesal I. Introducción* (Madrid, Marcial Pons).
- NÚÑEZ, Raúl (2008): “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 1, N° 14: pp. 199-223.
- ORELLANA, Fernando (2008): *Comentarios al Nuevo Proceso Laboral* (Santiago, Librotecnia).
- ORELLANA, Fernando (2010): “Cuestiones procesales del procedimiento monitorio regulado en el Código del Trabajo y la forma de proceder en los casos de aplicarse las normas sobre régimen de subcontratación”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 1, N° 2: pp. 61-70.
- ORELLANA, Fernando (2015): “El procedimiento monitorio civil contemplado en los proyectos de Código Procesal Civil y su comparación con el proceso monitorio laboral regulado en el Código del Trabajo, en DELGADO, Jordi (ed.), *Estudios a propósito de la llegada del monitorio civil a Chile* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago) pp. 139-156.

- PALAVECINO, Claudio y RAMÍREZ, Cristián (2010): “Examen crítico de la sentencia anticipada en el procedimiento monitorio laboral”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Vol.1, N° 2: pp. 75-97.
- PALOMO, Diego (2010): “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite”, *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 8, N° 2: pp. 465-524.
- PALOMO, Diego (2011): “Fundamentación de la sentencia y contradicción, como materialización del derecho al recurso en materia procesal penal”, *Revista Ius et Praxis*, Año 17, N° 1: pp. 291-320.
- PALOMO, Diego (2015): *Proceso y Justicia laboral: Lecturas a contracorriente* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017): “Sistema recursivo en los modelos reformados de la Justicia chilena: ¿Un avance o un retroceso?”, en PALOMO, Diego; DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Eds.), *Recursos Procesales. Problemas Actuales* (Santiago, DER Ediciones) pp. 25-87.
- PEREIRA, Rafael (2010): *El procedimiento monitorio laboral* (Santiago, Legal Publishing).
- PÉREZ, Álvaro (2006): “En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XIX, N° 1: pp. 205-235.
- ROMERO, Alejandro (2017): *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo IV. De los Actos procesales y sus efectos (Santiago, Thomson Reuters).
- TARUFFO, Michele (1975): *La motivazione della sentenza civile* (Padova, Cedam).
- TARUFFO, Michele (2005): *El vértice ambiguo: Ensayos sobre casación civil* (Lima, Palestra).
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- VALDÉS, Diego (2014): “Procedimiento “monitorio” Laboral Chileno: entre la celeridad y la garantía”, *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, N° 3: pp. 100-123.
- VALENZUELA, Williams (2013): “Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia “Mohamed vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el Proyecto de Código Procesal Civil”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Vol. 11, N° 2: pp. 713-736.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CASO MOHAMED VERSUS ARGENTINA* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Serie C N° 255.
- REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL MAGISTRADO SEÑOR RODRIGO BIEL MELGAREJO PRESIDENTE SUBROGANTE DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TALCA RESPECTO DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 501 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, EN LA CAUSA RIT N° M-37-2009, SEGUIDA POR INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE NULIDAD EN LA CAUSA CARATULADA VALDÉS CON BRAVO (2009): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1514, 12 de octubre de 2009.
- SAAVEDRA CON HIPERMERCADO LA SERENA LIMITADA* (2010): Corte de Apelaciones de La Serena, 26 de noviembre de 2010 (recurso de nulidad laboral) en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.

- BARRIENTOS CON DÁVILA* (2010): Corte de Apelaciones de Talca, 10 de diciembre de 2010 (recurso de nulidad laboral) en www.pjud.cl. Fecha de Consulta 30 de noviembre de 2017.
- CONTRERAS CON MAKLUF* (2015): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16 de abril de 2015 (recurso de nulidad laboral) en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.
- OYARZO CON READY MIX CENTRO S.A.* (2017): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 25 de enero de 2017 (recurso de nulidad), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ CON POMERAPE S.A* (2016): Corte de Apelaciones de Arica, 10 de agosto de 2016 (recurso de nulidad laboral), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.
- URRUTIA CON LEIVA* (2016): Corte de Apelaciones de San Miguel, 2 de noviembre de 2016 (recurso de nulidad laboral), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.
- HERNÁNDEZ CON ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE PANGUIPULLI* (2017): Corte de Apelaciones de Valdivia, 9 de marzo de 2017 (recurso de nulidad laboral) en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.
- RANDSTAD CON INSPECCIÓN DEL TRABAJO DE COYHAIQUE* (2017): Corte de Apelaciones de Coyhaique, 14 de marzo de 2017 (recurso de nulidad laboral), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.
- SERVICIOS LIMITADA CON INSPECCIÓN PROVINCIAL DEL TRABAJO DE SANTIAGO* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de abril de 2017 (recurso de nulidad laboral), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.
- ARAVENA CON SERVICIOS GASTRONÓMICOS SUSHI KING LTDA* (2017): Corte de Apelaciones de Iquique, 5 de mayo de 2017 (recurso de nulidad laboral), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.
- ZÚÑIGA CON SALMONES AYSÉN* (2017): Juzgado de Letras del Trabajo de Castro, 22 de septiembre de 2017 (acción por despido injustificado), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.
- NAVARRETE CON OYARZUN* (2017): Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, 27 de octubre de 2017 (acción de nulidad de despido), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de noviembre de 2017.
- AGUILAR CON OJEDA* (2017): Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, 29 de noviembre de 2017 (acción por despido injustificado), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 30 de diciembre de 2017.
- RODRÍGUEZ CON AHUMADA* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, 2 de enero de 2018 (acción de nulidad de despido), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- CANO CON SALAS* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, 2 de enero de 2018 (acción de nulidad de despido y cobro de prestaciones), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- COTAL CON EMPRESA CONSTRUCTORA SIGRO* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, 4 de enero de 2018 (acción de nulidad de despido), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.

- FERRERO CON ORTIZ* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, 5 de enero de 2018 (demanda por nulidad de despido y cobro de prestaciones), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- OVALLE CON SERVICIOS DE OBRAS MENORES EN GENERAL SOCIEDAD TOMAS CASTRO COPA* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, 8 de enero de 2018 (acción de nulidad de despido y cobro de prestaciones), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- GEOSTAR S.A. CON INSPECCIÓN PROVINCIAL DEL TRABAJO DE SAN FELIPE* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de San Felipe, 8 de enero de 2018 (impugnación de multa), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- CASANUEVA CON DURÁN* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Puente Alto, 8 de enero de 2018 (acción de nulidad de despido), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- MOROCCO CON NUEVA ERA IMPO Y EXP LTDA* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique, 9 de enero de 2018 (acción de nulidad de despido), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- NAVARRO CON ALEA CHILE ZONA SUR SPA* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, 9 de enero de 2018 (acción de nulidad de despido y cobro de prestaciones), en www.pjud.cl. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2018.
- CASTILLO CON SOCIEDAD DE TRANSPORTE SRT CIELO MINERA LTDA* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Arica, 10 de enero de 2018 (acción de nulidad de despido), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- CORPORACIÓN MUTUAL DE SEGUROS CON OVIEDO* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción 10 de enero de 2018 (acción por desafuero maternal), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- GUERCELUS CON MAM INVERSIONES LTDA* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, 11 de enero de 2018 (acción por despido indebido), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- CONSTANZO CON WEITZMAN* (2018): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 12 de enero de 2018 (acción por cobro de prestaciones), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- VERA CON MAZA* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, 12 de enero de 2018 (acción por despido indirecto, nulidad de despido y cobro de prestaciones), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- GUZMÁN CON URRRA* (2018): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 15 de enero de 2018 (acción por cobro de prestaciones), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 15 de enero de 2018.
- BECERRA CON ARAYA* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, 15 de enero de 2018 (acción de nulidad de despido), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.
- VELIZ CON VIVIENDAS 200 LTDA* (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena, 15 de enero de 2018 (acción por despido indebido), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.

ARAVENA CON SANDOVAL (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, 15 de enero 2018 (acción por despido injustificado), en www.pjud.cl. Fecha de consulta de 1 de marzo de 2018.

CAIMILLA CON FIERRO SUR SPA (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, 15 de enero de 2018 (acción por despido improcedente y cobro de prestaciones), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.

ZAGAL CON BMC INTERNACIONAL CHILE (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, 16 de enero de 2018 (acción de nulidad de despido, impugnación de despido y cobro de prestaciones), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.

GARCÍA CON DÍAZ (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, 19 de enero de 2018 (reconocimiento de relación laboral), en www.pjud.cl. Fecha de consulta 1 de marzo de 2018.

LA COSA JUZGADA MATERIAL *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS* EN LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN

THE RES JUDICATA SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS IN THE ACTION OF PROTECTION

PRISCILA MACHADO MARTINS*

RESUMEN: El presente artículo se centra en el estudio de la cognición judicial y la cosa juzgada, y en especial, su formación en los procedimientos constitucionales sumarísimos de protección. El problema que se plantea es si la sentencia definitiva firme en la acción constitucional de protección impide renovar el debate en un proceso ulterior, por medio de la excepción de cosa juzgada, revistiéndose lo decidido con la calidad de inmutabilidad en su aspecto material. Dentro de esta perspectiva, el punto específico es si existe relación entre la prueba producida en juicio y la formación de la cosa juzgada, y habiéndola, cómo se aplica esta relación en los procedimientos constitucionales sumarísimos de protección. El interés y la relevancia de su estudio no es solamente dogmático, sino sobre todo práctico, pues aún persiste en la doctrina y jurisprudencia una comprensión errática sobre la cosa juzgada en las acciones constitucionales de protección.

Palabras clave: Cognición judicial, recurso de protección, cosa juzgada.

ABSTRACT: This article focuses on the study of judicial cognition and res judicata, and in particular, its formation in summary constitutional procedures of protection. The problem that arises is whether the definitive final decision in the constitutional protection action prevents renewing the debate in a subsequent process, through the exception of res judicata, the decisive being covered with the quality of immutability, in its material aspect. Within this perspective, the specific point is whether there is a relationship between the evidence produced in the trial and the formation of res judicata, and in having it, how this relationship is applied in summary constitutional procedures of protection. The interest and relevance of their study is not only dogmatic, but above all practical, because there still persists in the doctrine and jurisprudence an erratic understanding about res judicata in the constitutional actions of protection.

Key words: Judicial cognition, action of protection, res judicata.

I. OBJETO Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

El presente artículo tiene como objeto el estudio de la cognición judicial y su relación con la cosa juzgada, y en especial, su incidencia en los procedimientos constitucionales

* Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de derecho procesal constitucional, Universidad de los Andes, Chile. Dirección postal: Avenida Mon. Álvaro del Portillo, N° 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. Dirección electrónica: pmachado@uandes.cl. Este trabajo es parte del proyecto Fondecyt Iniciación (Conicyt Chile), N° 11170502, titulado “La cosa juzgada en las acciones constitucionales de protección”, en la cual la autora es investigadora responsable.

de protección. El problema que se plantea es si es posible hablar de cosa juzgada material *secundum eventum probationis* en las acciones constitucionales de protección que, decidiendo el fondo de la acción constitucional, conceden la medida.

Este problema tiene su origen en las peculiares características de la acción de protección y en la dificultad de precisar los efectos que se deben atribuir a la sentencia definitiva firme con relación a procesos ordinarios ulteriores. El tema de la cosa juzgada en las acciones constitucionales ha recibido algún tratamiento por parte de la doctrina y jurisprudencia, destacándose dos tesis principales: i) la tesis propuesta por el profesor Eduardo Soto Kloss¹, según la cual entiende que los efectos de la cosa juzgada en las acciones constitucionales de protección obedecen al principio *res judicata secundum eventum litis*, donde los efectos de la cosa juzgada material inciden solamente si el recurrente obtuvo una decisión favorable, mientras que, en el caso de ser desfavorable, la cosa juzgada generará efectos endoprosales solamente. Otra parte de la doctrina y jurisprudencia entienden que ii) las decisiones en las acciones constitucionales por su naturaleza solamente producen la cualidad de cosa juzgada formal. Sin embargo, ninguna de las tendencias descritas que tratan de justificar la formación de la cosa juzgada en los recursos de protección, pudieron justificar la relación entre la prueba producida documentalmente, la cognición del juez y la extensión de la cosa juzgada. Estos detalles tan importantes para el desarrollo dogmático del derecho procesal constitucional, simplemente fueron dejados de lado por la doctrina.

El punto de partida del presente trabajo, es la hipótesis según la cual la cognición judicial se vincula con la extensión de la cosa juzgada, y de este modo, con la relación entre cosa juzgada material y producción de la prueba. Luego, se desarrolla la idea de aplicabilidad de la regla *secundum eventum probationis* en las acciones constitucionales de protección, para al final, presentar las conclusiones sobre las conjeturas investigadas.

La metodología que se utilizará será desde el método inductivo, donde partimos desde una serie de fenómenos particulares para llegar a conclusiones generales. Esto implica que se instrumentará la aplicación del método inductivo por medio del análisis de la doctrina en contraste con la jurisprudencia relevante de los últimos 10 años relativos al tema propuesto.

La relevancia del estudio sobre los efectos de la sentencia en recurso de protección, no tiene relevancia solamente dogmática, sino sobre todo práctica, pues persiste en la doctrina y jurisprudencia una comprensión equivocada sobre la cosa juzgada en dichas acciones.

II. LA COGNICIÓN JUDICIAL

El proceso tiene por objetivo la prestación jurisdiccional. La solución para el conflicto de intereses contrapuestos exige que el juez realice un análisis de todas estas circunstancias y dentro de este amplio abanico de posibilidades, pruebas, y aspectos que deben ser considerados por el juez, encontramos la cognición judicial².

¹ SOTO KLOSS (1982) pp. 289 y ss.

² Cfr. CHIOVENDA (2005) Tomo I, p. 169 y ss.

La cognición es una importante técnica de la relación entre el derecho material y el derecho procesal. Antonio Cláudio da Costa Machado explica que la cognición funciona como un punto de contacto, o un puente, que permite el discernimiento entre la realidad del derecho material y la de un proceso que proponga realizarlo del modo más plenamente posible³. El término cognición es utilizado por la doctrina extranjera en sentidos diversos, ya que en ocasiones indica la modalidad del juicio, confundiéndolo con el procedimiento ordinario o, por otro lado, reflejando el trabajo intelectual desarrollado por el juez para decidir el conflicto de intereses controvertido en juicio.

Loïc Cadiet y Emmanuel Jeuland enseñan que la elaboración de la decisión es una operación intelectual y material. Intelectual, pues la sentencia parte de una actividad racional que refleja la actividad de silogismo judicial. No obstante, la decisión también es una operación material donde la ley reglamenta el proceso y determina su desenvolvimiento⁴. Cernelutti explica que “el ordenamiento jurídico no solo limita el campo de los hechos a conocer, sino que también regula el proceso de conocimiento del juez”⁵.

La cognición es, por lo tanto, un acto de inteligencia y de lógica del juez. Pero no está limitado solamente a esto. Es, también, una actividad fuertemente marcada por otras condiciones de carácter no intelectual, conforme enseña Kazuo Watanabe⁶, tales como las condicionantes culturales, económicas, políticas, sociales, axiológicas, que repercuten los más diversos reflejos en la actividad cognitiva del juez⁷.

En definitiva, la cognición es el método por el cual el juez forma juicio sobre los presupuestos que autorizan la decisión de mérito y sobre las pretensiones presentadas en el proceso, oriundas del conflicto de intereses, con el fin de decidir, utilizando para la formación de su convencimiento, la consideración, la valoración y el análisis de las pruebas y argumentos ofrecidos por las partes⁸.

El objeto de la cognición judicial es el trinomio formado por los presupuestos procesales, las condiciones de la acción y el mérito de la demanda. Esto significa que, al decidir, el juez primeramente examina si están presentes los presupuestos de existencia y de validez del proceso. Para posteriormente, revisar las condiciones de la acción y, por último, examina el fondo, expresado no solo en el pedido, sino también todas las cuestiones vinculadas a la relación jurídica de derecho material deducida en juicio.

De este modo, cognición judicial se materializa o toma cuerpo en la motivación de la sentencia. Es en este momento que el juez presenta los argumentos jurídicos y fácticos que lo condujeron a decidir de una determinada manera en detrimento de otras. La pres-

³ DA COSTA MACHADO (1998) p. 74.

⁴ “*L’élaboration du jugement est une opération tout à la fois intellectuelle et matérielle. Intellectuelle, l’opération consiste dans l’application d’une règle de droit au cas d’espèce dont le juge est saisi; elle a une rationalité qu’exprime le syllogisme judiciaire et qui s’imprime dans la structure même du jugement. Mais l’élaboration du jugement est aussi, et nécessairement, une opération matérielle dont la loi règle le processus et sanctionne le déroulement*”. En CADDIET y JEULAND (2017) p. 606.

⁵ CARNELUTTI (1982) p. 18.

⁶ WATANABE (1987) p. 42.

⁷ LIEBMAN (2012) Tomo I, pp. 158-159.

⁸ WATANABE (1987) p. 41; Cfr. CHAINAIS *et al.* (2016) p. 731-732.

tación de una tutela jurisdiccional efectiva presupone entonces, la cognición judicial, y no puede haber otro modo de pronunciamiento judicial que no sea por medio del análisis y valoración de los hechos, pruebas y argumentos aportados por las partes.

1. LOS TIPOS DE COGNICIÓN

El proceso debe ser estructurado de modo que sea técnicamente capaz de permitir la prestación de las formas de tutela propuestas por el derecho material. De manera que entre las tutelas de los derechos y las técnicas procesales exista una relación de aplicación⁹. La técnica de la cognición permite la construcción de procedimientos ajustados a las reales necesidades de la tutela del derecho material¹⁰.

La doctrina divide el estudio de la cognición judicial en dos planos: uno horizontal y otro vertical. El plano horizontal de la cognición se refiere a su extensión, con su amplitud, o sea, el conocimiento de las materias objeto de análisis por parte del juez. En este punto, la cognición puede ser plena o limitada¹¹.

La cognición plena es aquella en que no se verifica ninguna restricción al análisis de los elementos que integran el objeto de la cognición. Esta es la regla clásica del proceso de conocimiento. De este modo, en la mayoría de los procesos de *lato* conocimiento, el objeto de la cognición es totalmente analizado por el juez, con lo que se garantiza que la sentencia resolverá la cuestión sometida al órgano jurisdiccional del modo más completo posible. La solución de los conflictos de intereses es alcanzada a través de procedimiento que permite amplia participación de las partes y producción de pruebas. Las decisiones en estos tipos de procedimiento producen cosa juzgada material. Así, es posible garantizar la seguridad jurídica, pues el juez tuvo acceso a un debate procesal amplio para formar su convicción¹².

En algunos casos, la extensión de la cognición judicial es restringida por la ley. En dicha circunstancia, la cognición es clasificada como limitada, o sea, existen limitaciones a las materias que pueden ser analizadas o decididas en juicio. La cognición horizontal limitada o parcial contiene una limitación legal sobre los puntos y cuestiones que puede el juez conocer, pero igualmente tiene aptitud para formar la cosa juzgada material, pues al establecer limitaciones, el legislador lleva en cuenta las peculiaridades del derecho material

⁹ En referencia a las exigencias de los juicios de aplicación, donde “el juicio de aplicación es el producto de una argumentación dirigida por una exigencia de imparcialidad. Esta exigencia se traduce en el principio procesal según el cual no se puede establecer que una norma pueda aplicarse legítimamente en una situación sin que se tomen antes en consideración todas las características de la situación que son relevantes para garantizar una interpretación coherente de todas las normas aplicables”. En GÜNTHER (1995) p. 273.

¹⁰ MARINONI (2017) p. 14; Cfr. SANTOS (2011).

¹¹ Chioyenda, sobre dicha clasificación, enseña que: “Llábase ordinario, o sea pleno y completo, el conocimiento del juez cuando tiene por objeto el examen a fondo de todas las razones de las partes esto es, de todas las condiciones para la existencia del derecho y de la acción y de todas las excepciones del demandado. Llábase sumario o incompleto el conocimiento del juez cuando el examen de las razones de las partes se lleva a último extremo o bien es parcial”. En CHIOYENDA (2005) Tomo I, p. 169.

¹² “Assim, entendemos que a coisa julgada não é a imutabilidade absoluta do julgado sempre, mas a imutabilidade do julgamento de mérito na proporção que a cognição lhe permitiu. Não se trata de simples sim ou não, imutável ou provisório, mas de espécies de coisas julgadas na proporção da cognição de processo do qual se extraiu a sentença de julgamento de mérito”. En DE ARAÚJO (2017).

discutido, o también, la necesidad de producir procedimientos más céleres. De este modo, existe un equilibrio entre seguridad jurídica y celeridad procesal, en la medida en que permite la formación de una decisión en un tiempo inferior del que exigiría el examen en toda la extensión de la situación litigiosa.

Por otro lado, el plan vertical de la cognición dice relación a la profundidad en que cada objeto de la cognición deba ser conocido por el juez. En este sentido, se puede hablar de cognición exhaustiva, sumaria o superficial.

En la cognición vertical exhaustiva, la decisión judicial está fundamentada en un juicio de certeza, poniendo fin la cuestión jurídica llevada a juicio. Es la más profunda de las cogniciones. Debido a esta especial característica, el ordenamiento jurídico permite que estas decisiones puedan tornarse estables e inmutables¹³. Así las cosas, se puede afirmar que la cognición exhaustiva es apta para formar la cosa juzgada material. Esta modalidad de cognición es la regla en relación a las sentencias definitivas en los procedimientos ordinarios, pues su función es justamente conferir certeza jurídica respecto a la existencia del derecho afirmado por el demandante.

La cognición podrá también ser exhaustiva *secundum eventum probationis*. Esta circunstancia es la más interesante para nuestro estudio. La cognición plena y exhaustiva *secundum eventum probationis*, sin limitar la extensión de la materia a ser debatida en juicio, condiciona la profundidad de la cognición judicial a la existencia de elementos probatorios suficientes. Es una técnica procesal para concebir procedimientos simples y céleres, con supresión de la fase probatoria específica o de procedimientos incidentales de cualquier naturaleza, sirviendo de instrumento de política jurisdiccional, pues evita, -cuando están en juego derechos fundamentales-, la formación de la cosa juzgada material, para proteger el juicio de certeza fundado en prueba insuficiente.

La decisión de la cuestión está condicionada a la profundidad de la cognición del magistrado, constituida en la prueba existente de los autos y permitida por el tipo de procedimiento. Bajo la conclusión de insuficiencia de la prueba producida, el objeto litigioso es decidido sin carácter de definitividad, no alcanzando la autoridad de la cosa juzgada material. Al contrario, en la existencia de suficiencia probatoria, existirá la formación de la cosa juzgada material.

La cognición sumaria, por otro lado, es aquella en la cual la decisión judicial es dictada con base o fundamento en un juicio de probabilidad, siendo entendida como la probabilidad del reconocimiento, por fuertes indicios, del derecho afirmado por el actor. Es una medida que tiene por objeto combatir los efectos nocivos del tiempo en el proceso tornando efectiva la tutela jurisdiccional¹⁴. Pérez Ragone enseña sobre el procedimiento sumario como procedimiento útil “para referirse a los niveles de profundidad de la cognición

¹³ PROTO PISANI (1979) pp. 312-313.

¹⁴ “In questi casi, tassativamente previsti dalla legge, l'azione di condanna si presenta perciò come privilegiata, perché può condurre alla pronuncia della condanna in base ad una cognizione sommaria (cioè incompleta o superficiale) dei suoi normali presupposti sostanziali [...] essa rappresenta una figura speciale di azione di condanna, perché è diretta alla pronuncia di un provvedimento di cognizione semplificato e incompleto, fornito di uno degli effetti della normale condanna, quello esecutivo, che viene anticipato sugli altri: risultato questo necessariamente provvisorio e condizionato [...]”. En LIEBMAN (2012) Tomo I, p. 177.

judicial para aludir a aquella que no llega a ser completa o exhaustiva. Así, una decisión pronunciada con este grado de cognición es mutable y no genera cosa juzgada¹⁵. Dicha modalidad de cognición es establecida por el legislador en razón de la urgencia y del peligro de daño irreparable o de difícil reparación. Tiene por objetivo asegurar la viabilidad de la realización del derecho material amenazado y en virtud de ella no hay formación de la cosa juzgada material¹⁶.

2. LA RELACIÓN ENTRE PRUEBA, COGNICIÓN JUDICIAL Y MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

El ambiente dialéctico en que se desarrolla el proceso permite la manifestación y producción de pruebas por las partes antes de la decisión de mérito¹⁷. La decisión judicial como acto del poder estatal no puede de ningún modo ser arbitraria y su legitimidad depende del desarrollo del procedimiento participativo¹⁸. El juez, en el proceso de tipo dispositivo, tiene que decidir *secundum allegata et probata partium*¹⁹. Es en este sentido, que el derecho al contradictorio²⁰ debe ser considerado como un derecho de influencia, debiendo el juez hacerse cargo de las pruebas y argumentaciones aportadas por las partes, de modo expreso en sus motivaciones²¹.

La sentencia pone fin al diálogo que caracterizó el debate por medio de un discurso de autoridad que confiere legitimidad a una verdad convencional²². El debate jurisdiccional revela la naturaleza de la verdad judicial, que es de orden procesal²³. El carácter agonístico del proceso obsta a que la búsqueda de la verdad jurisdiccional sea formada en las mismas condiciones que la verdad científica o histórica²⁴. El proceso solo puede ser concluido por medio de una verdad relativa²⁵.

Daniela Accatino advierte que “los problemas de la justificación jurídica monopolizaron por largo tiempo la atención prestada a la exigencia de fundamentación de las deci-

¹⁵ PÉREZ (2017) p. 151.

¹⁶ “Juicio sumario es igual a juicio con limitaciones de las alegaciones de las partes, del objeto de la prueba y en ocasiones de los medios de prueba y aun del “término probatorio”, y, por tanto, de la cognición judicial, de modo que después del mismo es posible acudir a un proceso plenario en el que plantear sin limitaciones el conflicto que separa a las partes”. En MONTERO AROCA (1996) pp. 277-278.

¹⁷ RICCI (2006) p. 752.

¹⁸ CONSOLO (2012) Tomo II, p. 3.

¹⁹ CALAMANDREI (1996) Tomo III, p. 327.

²⁰ PICARDI (1998) p. 680: Cfr. MACHADO (2017) p. 57.

²¹ FRASSINETTI (2017) p. 671.

²² Cfr. KERCHOVE M. (2000) p. 97.

²³ “El juez, considerando existente algunos hechos, determínase a actuar la ley. Estos hechos no siempre corresponden a la realidad. La convicción del juez puede ser fruto de error, de dolo, de pruebas insuficientes; a veces la ley ordena el juez, considerar como existentes determinados hechos (hechos no contradichos, confesados, jurados)”. En CHIOVENDA (2005) Tomo I, p. 95.

²⁴ “No sería, pues, exacto decir que el paso en cosa juzgada transforme el juicio de verosimilitud en juicio de verdad: el efecto de la cosa juzgada recae sobre las relaciones jurídicas no sobre los hechos. Los hechos, aun después del fallo, continúan siendo lo que eran: pese al antiguo aforismo, aun después del paso en cosa juzgada, lo blanco sigue siendo blanco y el cuadrado no se hace redondo”. En CALAMANDREI (1996) Tomo III, p. 321.

²⁵ “*Le juge ne découvre pas une vérité préexistante, il établit une vérité nouvelle –et désormais incontestable– dans le monde du droit, un monde artificiel même s’il est bien évidemment en prise avec la réalité*”. En HALPÉRIN (2009) p. 21.

siones judiciales. De un tiempo a esta parte, sin embargo, la justificación de la *quaestio facti* ha ganado nueva visibilidad como garantía del derecho a la prueba y condición de legitimidad del poder judicial. Desde la primera perspectiva se destaca cómo el derecho de las partes a presentar pruebas en un proceso público y contradictorio se vuelve ilusorio si es que no comprende la exigibilidad de una respuesta justificada del juez, en la que se dé cuenta que las pruebas aportadas han sido tomadas en consideración y valoradas racionalmente²⁶.

De este modo, la motivación de la decisión jurisdiccional, especialmente de la sentencia definitiva, realiza dos funciones diversas, pero que son de estrecha interdependencia: una función extraprocésal y otra endoprocésal.

La motivación tiene una función extraprocésal, pues sirve como instrumento para la realización de la efectiva participación ciudadana en la administración de la justicia, sirviendo de modo de control para aquellos que no fueron parte en el proceso, respecto su regularidad y es una garantía que se otorga a la colectividad para fiscalizar las acciones del juez, en cuanto funcionario público, y poder del Estado. En este sentido, la motivación sirve para dar transparencia al modo de ejercicio del poder jurisdiccional, pues impone al juez la necesidad de exteriorizar sus razones²⁷.

Igualmente, la motivación tiene una función endoprocésal, que está directamente relacionada con el derecho de acción y de defensa. El modo por el cual el juez decide la demanda sirve para dar actuación a dichos principios una vez que el sujeto sucumbiente en el proceso tiene los instrumentos para disputar la justicia de esta decisión por medio de los recursos pertinentes, controlando el modo y contenido de la misma.

Francesco Luiso explica que la garantía de la motivación jurisdiccional sirve, desde un punto de vista extraprocésal político, como medio de control de la colectividad sobre el ejercicio del poder: la transparencia. Por otro lado, desde un punto de vista endoprocésal, es instrumento de técnica del proceso, que consiente y realiza plenamente la actuación de la garantía de defensa, dando a las partes el poder de fiscalizar la justicia y la corrección de la decisión, garantizando así, el derecho a la impugnación de dicha decisión²⁸.

En este sentido, el juez no puede motivar su decisión ignorando las pruebas producidas en el proceso²⁹. Taruffo explica que la decisión sobre los hechos es formada por medio de valoración discrecional, pero solamente será racional si se fundamenta en toda la prueba producida en juicio, y en particular en todas aquellas aportadas por las partes³⁰. La motivación, para que sea racional, debe estar de acuerdo a las pruebas producidas por las partes y es una exigencia para que se conozca del fondo del juicio³¹.

²⁶ ACCATINO (2006) p. 10.

²⁷ NÚÑEZ y VERA (2012) p. 172.

²⁸ LUISO (2013) Tomo I, p. 44.

²⁹ “Contudo, não basta apenas elencar as provas produzidas e valoradas. Ao juiz cabe explicar os seus conteúdos, sob pena de a indicação destas provas perder em importância”. En MARINONI y CRUZ ARENHART (2007) p. 467.

³⁰ TARUFFO (2012), p. 89; Cfr. BARBOSA MOREIRA (1984) pp. 183-184.

³¹ En Chile, las sentencias de la Tercera Sala de la Corte Suprema MAURICIA LLANTÉN FERNÁNDEZ CON MINISTERIO DE SALUD Y OTROS (2017), DANIEL VERA STUARDO CON MINISTERIO DE SALUD (2018), BRICEÑO CON INFANTE (2018) y DANIELA DÍAZ HERNÁNDEZ CON FONDO NACIONAL DE SALUD Y OTROS (2018), sobre la adquisición y suministro de fármacos de alto costo a pacientes con riesgo de muerte, son un buen ejemplo sobre la relación de la acción

El problema, los matices y las confusiones doctrinales se presentan cuando el procedimiento no es de *lato* conocimiento, tal como el procedimiento en las acciones constitucionales de protección.

III. LA TÉCNICA PROCESAL Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. LOS PROCEDIMIENTOS SUMARIOS Y SUMARÍSIMOS EN GENERAL

En la comprensión liberal, el proceso debería contener solamente una sentencia, formulada luego de aclarados los hechos fundantes del litigio. La idea de juicio siempre estuvo asociada a la búsqueda de la verdad, donde la certeza del juez sería un presupuesto de su capacidad de enunciar la ley, de tal modo que, la libertad y la seguridad se garantizan en un proceso que, a partir del descubrimiento de la verdad, actúa la voluntad de la ley³².

Dicho lo anterior, no podemos extrañar el hecho de que las decisiones en procedimientos sumarios o sumarísimos, sean en principio incompatibles con el derecho procesal del inicio del siglo XX. El período de la concepción liberal del proceso limitó los juicios con fundamento en la verosimilitud, pues pretendía además de la vinculación del juez a la ley, la prevalencia de la seguridad jurídica y la ausencia de arbitrariedades. Ante esta desconfianza, se evidenciaron las garantías para la participación adecuada en el proceso, las que pasaron a significar garantías de libertad del litigante en contra de la posibilidad del arbitrio judicial.

No obstante, la transformación de la sociedad y del Estado hizo surgir nuevas situaciones sustanciales carentes de tutela. La necesidad de mayor celeridad, advenida de las características de los nuevos derechos y de las relaciones jurídicas propias de la sociedad contemporánea, comprobaron las limitaciones del sistema procesal civil clásico y la urgencia de un nuevo sistema que comprendiera la protección de estos nuevos derechos.

En efecto, la sumarización de los procedimientos han tenido dos justificaciones, según Antonio Carratta: por un lado, evitar que la demora imponga perjuicios al derecho de quien tiene la razón; y, por otro, evitar que el *onus* de proveer el normal desarrollo del proceso recaiga justamente sobre dicha parte, que resultará tener la razón³³.

Pues bien, por tutela sumaria se entiende el conjunto de procedimientos caracterizados por la simplificación y la reducción de fases procesales, de los requisitos, formas y de

de protección y su justificación endoprocesal y extraprocesal, dado que al determinar el suministro de los medicamentos necesarios para la mantención de la vida de los recurrentes, la Corte Suprema, ha dejado manifiesto que “las medidas no alcanzan ni definen, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar este tribunal.[...] En otras palabras, esta Corte debe velar, en esta sede de protección, por la efectiva realización de los derechos garantizados por el Constituyente aludidos en el artículo 20 de la Carta Política, estándole vedado determinar de qué modo la autoridad recurrida habrá de concretar el mandato contenido en el fallo que al efecto pronuncie”.

³² CHIOVENDA (2005) Tomo I, p. 155 y ss.

³³ CARRATTA (2012) p. 16; Cfr. PROTO PISANI (1979) p. 314.

los plazos de los actos procesales, instituidos con la finalidad de facilitar el acceso a la justicia y acelerar el resultado de la acción³⁴.

Sin embargo, hay procedimientos aún más breves y concentrados, denominados por la doctrina como procedimientos sumarísimos. Tales ritos, son aquellos en que las vías procedimentales se caracterizan por establecer plazos aún más breves, mayor concentración de actos procesales y la unicidad de la audiencia. Este tipo de procedimiento se justifica en las demandas en que sea necesaria y evidente una tutela jurisdiccional de urgencia³⁵.

Normalmente, la doctrina trata la formación de la cosa juzgada en las acciones de procedimiento sumarios, como una excepcionalidad³⁶, la cual tiene su fundamento en que en los procedimientos de tramitación célere y de limitada producción probatoria, la cognición judicial sobre el fondo sería una de naturaleza sumaria y limitada. Esta concepción se vincula a la noción liberal del proceso y no a la actual concepción, que se vincula a la tutela efectiva de los derechos.

Así las cosas, la acción constitucional de protección es una acción de naturaleza sumarísima³⁷. Si bien es cierto que, tanto la doctrina y la jurisprudencia han sido unísonas en repetir que su naturaleza procesal es cautelar, esta afirmación no resiste a la mejor doctrina del derecho procesal moderno³⁸.

Primeramente, porque la acción constitucional de protección no tiene por objeto asegurar ninguna circunstancia u objeto de una futura acción, sino que tutelar un derecho fundamental preexistente e indubitado por medio de un procedimiento célere y con la finalidad de otorgar protección efectiva a los derechos fundamentales pertinentes. Tanto es así, que en el recurso de protección no se exige caución o cualquier otro resguardo para garantizar la reversibilidad de la medida concedida por el juez; no tiene como requisitos el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, como tampoco pierde sentido si no es presentada otra acción, como veremos adelante. La finalidad del recurso de protección no es la provisionalidad de la tutela jurídica de los derechos fundamentales, sino que el resguardo urgente y efectivo de dichos derechos.

En nuestro contexto, la expresión “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” contenida en la norma que consagra la acción en comento (específicamente en la parte final del inciso primero del artículo 20 de la Carta Fundamental), ha provocado una confusión en la comprensión de su naturaleza procesal. En efecto la cosa juzgada no puede y no está relacionada con esta

³⁴ GRECO (2014) p. 867; Cfr. BORDALÍ (2011), p. 65 y ss; Cfr. BORDALÍ (2006), p. 212 y ss.

³⁵ OLIVA (1991) p. 36.

³⁶ “Dicho de otro modo, los pronunciamientos dictados en los procesos sumarios no producen cosa juzgada material sino formal, por lo que la misma relación jurídica sustantiva puede volver a ser ventilada en un proceso posterior con una cognición plena y exhaustiva”. En: BORDALÍ (2006) p. 212.

³⁷ De acuerdo con lo que se plantea: “Podemos definir el recurso de protección como una acción procesal instaurada por la Constitución, cuyo carácter informal y sumarísimo habilita al afectado por actos y omisiones arbitrarios o ilegales –que se le agraven en el legítimo ejercicio de cualquier de los derecho que la Carta específica– para recurrir directamente a la Corte de Apelaciones respectiva, la cual queda autorizada para decretar las medidas que estime necesarias para restablecer el imperio del derecho y para asegurar la debida protección del agraviado”. En RÍOS (1993) p. 453.

³⁸ NOGUEIRA (2010), p. 233.

expresión, sino que dicha norma se refiere a la conexión entre acciones; y ello exactamente, porque los derechos fundamentales discutidos, objetos de la acción constitucional de protección, conforman una causa de pedir y un *petitum* específico, configurando un objeto de la demanda, o sea, la tutela efectiva del derecho desde su categoría de derecho fundamental. En el caso, estamos frente a acciones conexas no dependientes, y no a la misma acción³⁹. Por lo tanto, la expresión no genera como consecuencia la cosa juzgada formal, como defiende la doctrina y jurisprudencia mayoritaria.

En esta perspectiva, la doctrina ha insistido que debido a la limitación probatoria existente en los procedimientos sumarios y sumarísimos, no se podría hablar de cosa juzgada material, pues el juez no pudo conocer de una amplitud de pruebas y de una amplia participación de las partes. Esto se debe a que el fin de la jurisdicción, según la doctrina chio-vidiana y postchioviana, era dar actuación a la ley. La imposibilidad de conceder la tutela del derecho con fundamento en juicios de rápida tramitación tuvo por base, además de otras cosas, la suposición de que el único juicio que podría efectivamente “actuar la ley” solo podría ser posterior a la verificación de la existencia del derecho en un proceso “seguro a las partes”, de *lato* conocimiento.

2. EL PROCEDIMIENTO SUMARÍSIMO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN Y EL DERECHO PREEXISTENTE E INDUBITADO

Aunque el procedimiento sumarísimo de protección no establezca un período probatorio en contradictorio, ello no significa que el juez pueda decidir sin la existencia de pruebas que evidencien los argumentos presentados por las partes. En efecto, en el procedimiento sumarísimo de las acciones constitucionales de protección, la prueba documental debe otorgar la certeza y la exigibilidad del derecho que se pretende ver tutelado⁴⁰. Frente a esto, no sería imposible suponer que, cuando se interpone el recurso de protección, estamos hablando de un derecho indiscutible que se ve amenazado o afectado su ejercicio por una arbitrariedad.

La doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, han determinado como requisito, que el derecho sostenido en el ámbito del recurso de protección sea “preexistente e indubitado”⁴¹. Enrique Navarro Beltrán explica que “la acción cautelar es procedente no solo respecto de perturbaciones o privaciones de un derecho indubitado y preexistente, sino también frente a amenazas”⁴². La expresión “preexistente e indubitado” quiere decir que el requirente tiene el *onus* o la carga procesal de probar su pretensión documentalmente en conjunto con la presentación de la demanda de protección, pues en los procedimientos de naturaleza sumarísima no hay término probatorio. Además, el requirente, o a nombre de

³⁹ En este sentido se sigue la posición de ROMERO (1999) p. 513; Cfr. ROMERO (2017) Tomo IV, p. 157 y ss.

⁴⁰ En este sentido “Que, en estas condiciones, tal como lo señalaron los jueces de alzada, la materia que trata la protección es de *lato* conocimiento y no se ajusta a los fines de la presente acción constitucional, razón por la que el recurso no podrá prosperar”. En VÁSQUEZ CON CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2017).

⁴¹ CONTRERAS CON INTENDENCIA REGIONAL DE LA ARAUCANÍA (2016); Cfr. MUJICA CON CLARO CHILE S.A. (2015).

⁴² NAVARRO (2012) p. 622.

quien se pide, debe ser titular de un derecho expreso en ley y debe ser posible demostrarlo de plano, o sea, las pruebas de su existencia deben ir aparejadas a la demanda.

La certeza y la exigibilidad del derecho son requisitos obligatorios para presentar el recurso de protección⁴³, es el derecho manifiesto en su existencia, delimitado en su extensión y apto a ser ejercitado en cualquier momento. Para esto es necesario cumplir con tres requisitos fundamentales: i) certeza jurídica; ii) existencia de derecho subjetivo y no mero interés jurídico; y, iii) objeto del recurso de protección determinado.

La certeza jurídica es el principal requisito para determinar la preexistencia y el carácter de indubitado de un derecho, de modo que el mismo debe derivar de una norma jurídica expresa, no siendo reconocido como preexistente e indubitado aquel fundamentado en analogía, equidad o principios generales del Derecho, a excepción de los principios constitucionales y derechos fundamentales implícitos.

Por otro lado la doctrina extranjera entiende que la existencia de un derecho subjetivo del afectado, presupone que la acción de tutela de los derechos fundamentales es aplicable a la protección de un derecho fundamental y no de un simple interés jurídico; y, por último tal comprensión es aplicables al recurso de protección, dado que el derecho preexistente e indubitado debe referirse a un objeto determinado, pues el recurso de protección no es medida procesal adecuada para tutelar prestaciones indeterminadas, genéricas, fungibles o alternativas y provisionales; lo que se pretende con esta acción, en concreto, es el ejercicio y garantía actual de un derecho fundamental y no su reparación económica⁴⁴.

En efecto, si el derecho debe ser cierto y exigible para que la acción constitucional cumpla con los requisitos de “preexistente e indubitado”, –a partir de la subsunción de la situación de hecho a la norma legal–, se infiere, en consecuencia, que estos necesitan ser probados de plano, conjuntamente con la demanda de protección, por medio de prueba documental⁴⁵.

3. EL DERECHO PREEXISTENTE E INDUBITADO COMO DERECHO EVIDENTE: LA CONCEPCIÓN MATERIALISTA

La primera corriente conceptual entiende como derecho preexistente e indubitado un derecho cierto e incontestable, reportando a una especie de derecho que, a la par de existente en el plano material, contiene un *plus*, un atributo especial, sin el cual no podría

⁴³ Sobre la diferencia entre mera expectativa y derecho indubitado: “Que, para los efectos de resolver el presente recurso y sin perjuicio de otras acciones que pueda interponer el actor, en relación a las garantías que se estiman conculcadas, y específicamente respecto de la supuesta vulneración del derecho de propiedad, no se vislumbra por estos sentenciadores que exista respecto del recurrente un derecho de propiedad como lo pretende, en relación a la concesión de los beneficios previsionales que impetra, puesto que no existió un acto administrativo final que determinara, en este caso, la procedencia de los beneficios previsionales que impetra, ya que tal como lo reconoce el recurrente previo a su renuncia, se le informó una simulación del monto de su pensión de retiro. Así las cosas, la simulación a la que alude no pudo generar la titularidad de un derecho indubitado de propiedad a su respecto, sino una mera expectativa, que en definitiva no se concretó”. echo, principio o regla sea no ncia de 12 de marzo de 2018.dieren asistirle a quienes recurren.o imperio esta Corte ha de prot. En *ALVAREZ CON DIRECCIÓN PREVISIÓN DE CARABINEROS DE CHILE* (2017).

⁴⁴ ZANELLA DI PIETRO (2004) pp. 677-678.

⁴⁵ MARINONI y CRUZ ARENHART (2015) p. 355.

ser tutelado por vía acción constitucional de protección⁴⁶. En otras palabras, las características de preexistente e indubitado exigen que el derecho invocado esté expresado en norma legal y debe traer en sí todos los requisitos y condiciones de su aplicación a favor del recurrente: de este modo, si su existencia es dudosa o su extensión limitada, o si su ejercicio depende de situaciones y hechos indeterminados, no podemos hablar de derecho preexistente e indubitado.

Como podemos ver, esta corriente se afina en la idea de la evidencia o la imposibilidad de controversia del derecho material postulado en juicio, para que sea procedente el recurso de protección, tesis evidentemente subjetivista, susceptible de diversas críticas.

Primeramente, debe señalarse, que la expresión “derecho preexistente e indubitable” no puede ser comprendida literalmente, pues de otro modo, nada podría ser objeto del recurso de protección, ya que es muy rara la posibilidad de que un derecho, principio o regla no sea susceptible de limitaciones, revisión o restricciones. Además, cualquier demandado puede contestar el derecho, por más evidente que este sea. El problema de entender “el derecho preexistente e indubitado” apriorísticamente, es redundar en sinonimias inútiles, verdaderas perisologías que nada definen.

Bajo esta comprensión, se articuló la tesis de que la sentencia que concede el recurso de protección, por reconocer no solamente la existencia del derecho, sino también que es preexistente e indubitado, estaría protegido por la cosa juzgada material; mientras que, la sentencia que rechaza la protección, por el contrario, no formaría cosa juzgada, como veremos adelante, visión, que a modo de ejemplo, ha sido plenamente aceptada por la jurisprudencia brasileña⁴⁷.

4. EL DERECHO PREEXISTENTE E INDUBITADO COMO UNA NOCIÓN TÍPICAMENTE PROCESAL

Para esta visión, que denominaremos como procedimental, la expresión derecho preexistente e indubitado se refiere solamente a la exigencia de que los hechos en que se pretende fundar el derecho sean comprobados de plano, siendo irrelevante, según esta tesis, la complejidad de las cuestiones jurídicas relacionadas a la pretensión que se vehicula⁴⁸. Errázuriz y Otero entienden que el objeto de la prueba en el procedimiento de protección no son los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, sino que hechos que revisten el carácter de una acción y omisión arbitraria o ilegal, debiendo ser objeto de prueba el legítimo ejercicio del derecho cuya protección se reclama⁴⁹.

⁴⁶ ALESSANDRI *et al.* (1998) Tomo I, p. 486 y ss., trabajan la defensa de los derechos de la personalidad por el recurso de protección como una categoría especial de derechos.

⁴⁷ Súmula Vinculante 304 del Supremo Tribunal Federal brasileño: “*Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria*”.

⁴⁸ “Que no habiéndose acreditado en autos la existencia de tal derecho indiscutido y preexistente de aquellos cuyo imperio esta Corte ha de proteger por esta vía cautelar de urgencia, resulta esta razón suficiente para concluir que la presente acción ha de ser rechazada, sin perjuicio de otras acciones que pudieren asistirle a quienes recurren”. En *CEBALLOS CON INSPECCIÓN DEL TRABAJO NORTE CHACABUCO* (2017).

⁴⁹ ERRÁZURIZ y OTERO (1989) pp. 172 y 174; Igualmente, Paillas entiende que “es de transcendental importancia la convicción que el tribunal se forme acerca de la existencia de un derecho indubitable o no seriamente controvertible. En: PAILLAS (1997) p. 83.

La preexistencia y el carácter indubitado dicen relación, por lo tanto, a la comprobación del derecho subjetivo en el proceso por medio de pruebas pre constituidas presentadas junto a la demanda, siendo solamente posible hablar de derecho preexistente e indubitado en la perspectiva del proceso⁵⁰.

En el plan de los derechos objetivos, no obstante, no es posible concebir tal categoría especial de derechos, pues no existe un derecho general y abstracto que sea indubitable⁵¹. Es el recurrente quien debe demostrarlo como tal por medio de las pruebas documentales presentadas conjuntamente con la demanda de protección o hasta la vista de la causa, para que el juez, por medio de la sana crítica, declare que tales derechos poseen dicha determinada característica.

De este modo, su naturaleza es típicamente procesal, pues atiende al modo de ser de un derecho subjetivo en el proceso: la circunstancia de que un determinado derecho realmente exista no le da la característica de preexistente e indubitado⁵², pues esta solo le será atribuida si los hechos en que se funda la acción sea probada de modo incontestable, de manera cierta y precisa en el proceso⁵³. Esta figura normalmente ocurre cuando la prueba es documental, pues esta es adecuada a la posibilidad de demostración inmediata de los hechos⁵⁴. Así, la expresión “preexistente e indubitado” está ajustada en su sentido específico jurídico-procesal, pues debe ser demostrado por medio de prueba literal y preconstituida⁵⁵.

⁵⁰ En este sentido la Corte Suprema ha entendido que “[...] que de lo expuesto aparece que la parte recurrente no ha acreditado en autos la existencia de un derecho indiscutido y preexistente de aquellos cuyo imperio esta Corte ha de proteger por esta vía cautelar de urgencia, y no siendo esta una instancia declarativa de derechos, puede concluirse que la presente acción ha de ser rechazada” En *TRASPORTES SANTIN Y COMPAÑIA LIMITADA CON SECRETARIA REGIONAL MINISTERIAL DE TRANSPORTE* (2018).

⁵¹ “Os direitos, enquanto categorias próprias dos direitos diversos ramos do direito material, que o estabeleçam, existem ou não existem (...). Na dimensão do processo é que os direitos podem apresentar-se como incertos ou ilíquidos, no sentido de controversos (...). Não há, no plano material, essa categoria de direitos”. En BATISTA DA SILVA (2002) Tomo II, pp. 370-371.

⁵² “Como es sabido, esta Corte ha sostenido que tratándose del reclamo de ilegalidad de la Ley de Municipalidades, basta para interponerlo invocar y probar la existencia de un interés legítimo, en tanto, para accionar un recurso de protección, es necesario que quien incoa la acción de tutela de garantías fundamentales acredite la existencia de un derecho indubitado a su favor que se encuentre amagado”. En *RAMÍREZ CON CONSTRUCTORA FV S.A. Y OTRA* (2017).

⁵³ “Que el agravio para la parte perdedora en estos autos, se fundamenta en la apreciación parcial de los hechos por parte de los sentenciadores puesto que estos tomaron en consideración solo aquellos aspectos que favorecen el recurso de protección del señor Rivera Viedma, dando por establecida la existencia de un derecho indubitado sin que se hubiese aportado prueba al efecto”. En *ÁLVAREZ Y OTROS CON RIVERA* (2018).

⁵⁴ “Cuando la prueba documental es suficiente, o no es necesaria prueba alguna, pues no se discute materia de hecho, la sentencia, la juzgar el mérito, produce cosa juzgada material. En el mandado de seguridad, cuando el juez juzga el mérito, la participación, aunque limitada a la prueba documental, es plena y suficiente –no limitada, como las decisiones proferidas durante el curso del proceso”. En MARINONI Y CRUZ ARENHART (2015) pp. 67-68.

⁵⁵ “Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; está só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos”. En AGRÍCOLA (2000) p. 53.

IV. SOBRE LA COSA JUZGADA

Desde un sentido amplio, la cosa juzgada es la fuerza que el ordenamiento jurídico concede al resultado del ejercicio de la actividad jurisdiccional⁵⁶. Dicha fuerza consiste en la subordinación a los resultados del proceso por medio de la inmutabilidad y de la irrevocabilidad de la resolución judicial que resuelve sobre el fondo⁵⁷.

Según Liebman, la cosa juzgada debiera ser concebida desde una perspectiva unitaria⁵⁸. Esto impediría considerar que los efectos de la cosa juzgada fueran diversos según el resultado del proceso. Además, la unicidad de la cosa juzgada tiene tres implicaciones: i) por un lado, las llamadas funciones positivas y negativa de la cosa juzgada deben ser consideradas simples manifestaciones de un mismo fenómeno o efecto; ii) que el efecto de la cosa juzgada no puede ser diferente en su alcance según el resultado del proceso (según la teoría de la unicidad de la cosa juzgada, no se puede admitir ser la cosa juzgada *secundum eventum litis*)⁵⁹; y, iii) que se forma la cosa juzgada en toda sentencia firme, cualquiera que sea la categoría doctrinal en que esta se inserte⁶⁰.

No obstante, con el pasar del tiempo y también superada la perspectiva liberal del derecho procesal, las legislaciones y la doctrina, en la búsqueda de mejores respuestas a las distintas realidades fáctico-jurídicas y a la idea del fraccionamiento del derecho accionado⁶¹, pasó a admitir diversas excepciones a la regla de la unicidad de la cosa juzgada, como veremos en el próximo tópico.

1. LOS EFECTOS EXTENSIVOS O EXCEPCIONALES DE LA COSA JUZGADA

La cosa juzgada *pro et contra* es la clásica concepción donde la cosa juzgada material genera efectos negativos y positivos tanto dentro como fuera del proceso⁶². Esta es la regla de aplicación general de la cosa juzgada⁶³. En esta modalidad, la cosa juzgada opera independientemente de la suficiencia probatoria o del resultado del proceso, de modo que, sea aceptando o rechazando la demanda, habrá formación de cosa juzgada material. Es el caso

⁵⁶ “*Giudicato o cosa giudicata è la decisione contenuta nella sentenza del giudice, quando è divenuta immutabile in conseguenza della preclusione delle impugnazioni*”. LIEBMAN (1989) p. 1.

⁵⁷ “La composición de la *litis* exige, pues, no solo la imperatividad, sino hasta cierto punto también la inmutabilidad del juicio”. En: CARNELUTTI (1997) Tomo I, p. 142.

⁵⁸ “*L'impossibilità di modificare questi effetti vale per tutte le parti, sia a favore, sia contro ciascuna di esse, perciò anche contro il vincitore e nei confronti del soccombente, a quale non si può chiedere una nuova decisione per aggravare la sua condizione*”. LIEBMAN (1989) p. 4; Cfr. PUGLIESE (1969) pp. 800-805.

⁵⁹ En la defensa de la unicidad de la cosa juzgada, Chioyenda enseña que: “La cosa juzgada produce efectos entre las partes; la excepción de cosa juzgada corresponde a ambas partes. También este principio dependen de la naturaleza pública del proceso. La excepción de cosa juzgada no corresponde a una u a otra parte según que haya vencido o no (*secundum eventum litis*); también el derrotado la puede oponerla”, en: CHIOYENDA (2005) Tomo I, p. 335.

⁶⁰ RUBIO (2002) p. 301.

⁶¹ Sobre la *frazionabilità del diritto azionato*, ver en: MANDRIOLI y CARRATTA (2016) Tomo II, pp. 184-186

⁶² “*L'autorité de la sentence et de la chose jugée émane de l'investiture du juge. L'efficacité dépend de son contenu et est déterminée par la loi dans chaque droit positif. La chose jugée, en tant que mesure d'efficacité, peut être substantielle ou formelle*”. En COUTURE (1954) p. 696.

⁶³ CADIEP *et al.* (2013) p. 910; Cfr. CAYROL (2017) p. 474.

de la sentencia *inter alios*, que encuentra su más importante expresión en el derecho de defensa, pero también en la correcta actuación del principio del contradictorio⁶⁴. Desde esta perspectiva, la cosa juzgada no produce ningún efecto en contra de los terceros, pues estos no participaron del proceso y de este modo, no podrían soportar los efectos de la decisión⁶⁵.

Como anteriormente fue mencionado, la sentencia por regla general solamente vale entre las partes, y los terceros no pueden beneficiarse ni tampoco verse perjudicados por la misma. No obstante, por razones excepcionales es posible que ciertos terceros se vean favorecidos o perjudicados por la decisión proferida para las partes, produciendo una extensión de los efectos de la sentencia a aquellos⁶⁶, generando la denominada cosa juzgada *ultra partes*, que opera cuando la sentencia alcanza o se extiende a derecho de terceros, o de determinada categoría o clase, como por ejemplo, en las acciones de tutela promovida por un sindicato, en relación a derechos de determinado grupo de trabajadores.

La cosa juzgada *erga omnes* es una excepcionalidad de la regla general de la cosa juzgada, donde los efectos subjetivos de la cosa juzgada se extienden a todos. Según el principio *res inter alios judicata, aliis nec nocere nec prodesse potest*, la cosa juzgada no puede ni aprovechar ni perjudicar a terceros, pues solo debe alcanzar a las partes que intervinieron en el juicio, como imperativo del contradictorio. No obstante, ante la tutela de derechos difusos y colectivos, la ley ha, en algunas circunstancias, extendido la eficacia de la cosa juzgada a todos, generando un efecto *erga omnes*, tales como las acciones colectivas del consumidor en Chile, o las acciones de control de constitucionalidad, como la acción de inconstitucionalidad.

La cosa juzgada *secundum eventum litis*⁶⁷, o a la “suerte del resultado”, en esta modalidad, opera en relación a un determinado resultado de la demanda, o sea, la cosa juzgada material se produce solamente con la decisión que, resolviendo la *litis*, declara procedente la pretensión vertida en la demanda, pero, si la demanda es denegada, no se produce, siendo posible en este caso presentar nuevamente la misma demanda, con idéntico pedido y causa de pedir⁶⁸. Este es el caso de las acciones colectivas relativas a los derechos del consumidor, tal como establece la propia Ley del Consumidor N° 19.496, que establece que “la

⁶⁴ CARPI (2007) p. 315; “*La sua giustificazione è essenziale: è il principio del contraddittorio e in particolare il diritto di difesa che l’art. 24, 2º, Cost. dichiara inviolabile: nessuno può essere vincolato dal giudicato se non ha avuto la possibilità di difendersi dinanzi al giudice*”. LIEBMAN (1989) p. 14.

⁶⁵ “*La chose jugée qui lie les plaideurs n’a aucun effet à l’égard des tiers: ‘res inter alios judicata nec nocet, nec prodest’. Le jugement ne peut créer directement de droits ou d’obligations en faveur ou à l’encontre de ceux qui n’ont été ni parties ni représentés, de la même façon que le contrat ne produit d’effets qu’entre les parties contractantes*”. En: CHAINAIS *et al.* (2016) p. 756; Por otro lado, RIED (2015) p. 294, sobre el uso del recurso de protección en contra de la cosa juzgada en otro proceso.

⁶⁶ ALLORIO (2014) p. 47.

⁶⁷ En sentido contrario: “La cosa juzgada se produce entre las partes; y la excepción de cosa juzgada corresponde a ambas partes. La excepción de cosa juzgada no corresponde a una u otra partes, según haya o no vencido (*secundum eventum litis*); también el vencido puede oponerla”. En CHIOVENDA (1925) Tomo I, p. 421.

⁶⁸ “*A rigor, o conceito de coisa julgada secundum eventum litis não tem a ver com os terceiros (sujeitos ou não à coisa julgada, como visto acima) mas diz respeito às partes do processo, podendo a coisa julgada formar se, ou não, de acordo com o resultado do processo*”. En PELLEGRINI (2005) p. 15.

sentencia ejecutoriada *que declare* la responsabilidad del o los demandados producirá efecto *erga omnes...*”.

Por otro lado, la cosa juzgada *secundum eventum probationis*, o a la “suerte de la prueba”, en esta modalidad, opera con el agotamiento o frente a la suficiencia probatoria. En principio, tanto las decisiones que acogen la demanda o la rechazan provocan cosa juzgada material, salvo con una excepción: si el pedido fue juzgado improcedente por ausencia de pruebas; en dicho caso, no hay formación de la cosa juzgada material, siendo posible que el demandante presente una nueva demanda, con nuevas pruebas para instruir su pretensión, tales como en los casos de las acciones constitucionales en otros sistemas jurídicos. La cosa juzgada *secundum eventum probationis* es caracterizada por formarse solamente cuando exista grado de certeza por el agotamiento de las pruebas, siendo la demanda juzgada procedente o improcedente con suficiencia de material probatorio⁶⁹.

2. LA COSA JUZGADA *SECUNDUM EVENTUM LITIS* EN LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN

Con la sentencia se obtiene la cosa juzgada de fondo, y se dice que la *res* ha sido juzgada, expresión que designa la realidad sobre la cual opera el proceso, esto es, la *litis* o el negocio. De esta forma, la cosa juzgada protege el fallo de mérito que se obtiene por medio del proceso de cognición, o por otro lado, la decisión sobre las cuestiones de fondo. Tales cuestiones de fondo juzgadas no son solamente las expresiones resueltas, sino también aquellas cuya solución sea una premisa necesaria para la decisión de las primeras, y que, por tanto, se resuelven implícitamente⁷⁰. La excepcionalidad del efecto *secundum eventum litis* no es nueva; Pugliese explica que esta posibilidad de excepción ya estaba presente en el Derecho Romano tardío, por la tendencia justiniana a determinar la eficacia *secundum eventum litis*, o sea, según el éxito del proceso⁷¹.

De este modo, se puede afirmar que la cosa juzgada *secundum eventum litis* torna inmutable la decisión según el resultado del proceso. Camilo Zufelato explica que esta creativa solución legislativa, fue denominada como tal, dando nueva vida a un principio procesal que siempre ha sido muy combatido por los procesalistas, debido a la posible desigualdad que le sería inherente, la que concede una clara ventaja a una de las partes en la medida en que la improcedencia combinada por la insuficiencia de pruebas no blindo el resultado del proceso, permitiéndoles nueva discusión⁷². Podemos en Chile distinguir dos grandes posi-

⁶⁹ Como por ejemplo: “Que, sin perjuicio de lo razonado en los motivos precedentes, es importante resaltar que no es propio de esta acción cautelar especialísima, resolver materias en que existe controversia entre partes, en que el derecho reclamado no es indubitado, como ocurre en la especie, desde que la renuncia y reembolso del capital retenido, los requisitos exigidos para que opere y la interpretación y aplicación de las cláusulas estatutarias que lo regulan, ha sido contradicho por la parte recurrida, que invoca el mismo estatuto social pero para sostener el rechazo de la pretensión del recurrente, todo lo cual requiere de un procedimiento declarativo previo de lato conocimiento, en que las partes tengan la oportunidad de rendir sus probanzas oportunamente, tal como se advirtió en el motivo cuarto precedente, y que constituye otra razón para el rechazo de la acción de protección ejercida”. En *ADAOS CON COOPERATIVA AGRÍCOLA CONTROL PISQUERO DE ELQUI Y LIMARÍ LTDA* (2009).

⁷⁰ CARNELUTTI (1997) Tomo I, pp. 136-137.

⁷¹ PUGLIESE (1969) p. 756.

⁷² ZUFELATO (2016) p. 328.

ciones sobre la aplicabilidad *secundum eventum litis* en el recurso de protección que denominaremos como posición procedimental y posición subjetiva.

i) *Posición procedimental*: Para esta postura, la resolución definitiva en la acción de protección produce, como en toda sentencia jurisdiccional, los efectos de la cosa juzgada material, tanto para la que deniega como para la que concede la protección. No obstante, para la posición defendida por Raúl Tavolari Oliveros, en el caso que se deniegue, el afectado queda facultado para promover otras acciones jurisdiccionales por vía ordinaria para la tutela de sus derechos, pero no la acción de protección nuevamente⁷³. Dicha postura insiste en que la acción de protección acogida produce efectos de cosa juzgada material, pues entiende que “a la conclusión que precede se arriba fácilmente si se unen todos los antecedentes consignados, de los que resulta que la resolución de la protección es una sentencia definitiva que produce cosa juzgada y que el texto constitucional solamente autoriza a quien dedujo la protección para hacer valer sus derechos ante la autoridad o ante los tribunales correspondientes”.

Denominamos esta posición como procedimental, pues además de vincularse a la concepción materialista anteriormente descrita, también entiende que el recurrente queda impedido de presentar una nueva acción de protección⁷⁴. La excepción está ante la vía ordinaria. Esta posición distingue, entonces, no solamente *secundum eventum litis*, sino también según la naturaleza del procedimiento⁷⁵.

ii) *Posición subjetiva*: esta visión sobre los efectos de la cosa juzgada en el recurso de protección, distingue el grado de eficacia de la sentencia, atendiendo a si esta acogió o denegó la pretensión de protección, y también si ha sido pronunciada en contra de la Administración o de un particular. Eduardo Soto Kloss, representante de esta postura, entiende que cuando nos encontramos con una sentencia que acoge la acción de protección deducida por un particular denunciando la existencia de un acto ilegal o arbitrario por parte de la Administración, producirá los efectos de la cosa juzgada material, basando su opinión en los efectos que desarrollará la sentencia sobre el recurso que se pronuncie⁷⁶. Por otro lado, si se acoge una acción de protección frente un acto ilegal de la Administración, no podrá volver a discutirse en otra sede la validez del acto administrativo, ya que, dejando sin efecto dicho acto, este quedará eliminado del ordenamiento jurídico. Para esta visión, además de admi-

⁷³ “La sentencia denegatoria, dictada en protección, no impide que el litigante cuyas pretensiones de auxilio constitucional se rechazaron, pueda obtener que, a su pedido, la jurisdicción ordinaria enmiende lo resuelto por la jurisdicción constitucional y le otorgue el amparo solicitado”. TAVOLARI (2000) p. 528.

⁷⁴ En este mismo sentido ha decidido la Corte Suprema, entendiendo que “esto significa que, si bien los mismos hechos no pueden ser nuevamente ventilados en un recurso de protección, sí pueden ser objeto de un juicio declarativo sometido a las normas legales del procedimiento que corresponda, con todas las instancias procesales que permitan a las partes formular las alegaciones y rendir las pruebas que estimen pertinentes para demostrar sus pretensiones o defensas”. En: MANSILLA CON MUNICIPALIDAD DE PUERTO MONTT (2016).

⁷⁵ En la misma posición según la naturaleza procedimental: “[...] afirmamos que la sentencia que se pronuncie en el recurso de protección estará revestida de los efectos propios de la inmutabilidad de las resoluciones judiciales solo en lo que se refiere a la iniciación de un nuevo proceso de protección, mas no podrá afectar ni mucho menos vincular el contenido de la decisión jurisdiccional que eventualmente se dicte en un proceso de lato conocimiento”. En PINOCHET (2016) p. 428.

⁷⁶ SOTO KLOSS (1982) pp. 289 y ss.; Cfr. PINOCHET (2016) p. 419.

tirse la cosa juzgada *secundum eventum litis*, se admite una eventualidad *secundum eventum parte*, pues distingue las acciones de protección en contra de particulares y del Estado.

3. LA COSA JUZGADA *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS* EN LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN

La locución *secundum eventum probationis* designa una especie de infortunio procesal, determinado por la deficiencia de pruebas, o la no constitución de los presupuestos fácticos que autoricen el magistrado a decidir por la procedencia de la demanda en términos del *onus probandi*. La excepcionalidad dice respecto con la posibilidad del juez de rechazar la demanda sin resolución del mérito cuando entiende insuficientes las pruebas para acoger la pretensión; o, de la relativización de la cosa juzgada material, cuando el recurrente de protección presenta nuevos elementos de prueba en demanda repetitiva, anteriormente rechazada y protegida por la cosa juzgada material⁷⁷.

La cosa juzgada *secundum eventum litis* se diferencia de la cosa juzgada *secundum eventum probationis*, en la medida que la primera se refiere al resultado del juicio cuando se conoce del mérito y de las pruebas, mientras que la segunda, se refiere especialmente cuando en la circunstancia de escasez probatoria por parte del recurrente, se permite en una segunda demanda, conocer del mérito o del fondo de la causa.

La cognición judicial en el procedimiento del recurso de protección es plena y exhaustiva *secundum eventum probationis*. Esto quiere decir que no existe limitación sobre la materia a ser debatida en juicio, sino que la profundidad de la cognición judicial está condicionada a la existencia de elementos probatorios suficientes.

Esto, porque la formación de la cosa juzgada en las acciones de protección están limitadas a la prueba del derecho preexistente e indubitado. La propia Ada Pellegrini Grinover, al escribir sobre la cosa juzgada *secundum eventum probationis*, destaca la posibilidad de la relativización de la cosa juzgada, en hipótesis de improcedencia de la acción por la insuficiencia probatoria⁷⁸. En este caso, la sentencia será inmutable solamente en los casos de procedencia, o sea, *in utilibus*.

De este modo, la decisión definitiva del objeto del recurso de protección queda condicionada a la profundidad de la cognición que el magistrado logre, eventualmente, con base a la prueba existente en los autos. A la conclusión de que, ante la insuficiencia probatoria, el objeto litigioso del recurso de protección, o sea, el fondo o mérito de la demanda, es resuelto sin el carácter definitivo, no alcanzando así, la formación de la cosa juzgada material.

La técnica de cognición *secundum eventum probationis* debe ser utilizada en razón de la falta de suficiencia de pruebas para impedir que la cuestión sea decidida con fuerza de cosa juzgada –remitiendo a las partes a la vía ordinaria o discusión del mérito en acción propia–, o para permitir que la demanda sea decidida sin carácter de definitividad, de

⁷⁷ “Tratase de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres: a) com supressão da fase probatória específica; ou b) procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção; c) ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita, quando em jogo interesse coletivo e indisponível, a formação de coisa julgada material, a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente”. En DIDIER JR. et al. (2009) p. 305.

⁷⁸ PELLEGRINI (2005) p. 225

modo que la decisión sin cognición judicial exhaustiva y plena no pueda alcanzar la autoridad de cosa juzgada material.

En el caso del recurso de protección, si el órgano jurisdiccional constata que el derecho no es preexistente e indubitado en razón de la necesidad de dilación probatoria, o por la precariedad de las pruebas presentadas, entonces esto significa que el derecho no fue conocido en el fondo y en el mérito. Así las cosas, la inexistencia del derecho preexistente o indubitado puede ocurrir por dos motivos: i) por la inexistencia del derecho en sí, demostrada por la prueba preconstituida en el proceso⁷⁹; o ii) por la necesidad de término probatorio para determinar el derecho del recurrente⁸⁰.

En el primer caso, ante la inexistencia del derecho en sí, en virtud de las pruebas preconstituidas aparejadas al proceso, que dan cuenta de que el derecho reclamado no ampara el autor, existe una declaración de inexistencia del derecho sostenido por el recurrente, decisión apta, por lo tanto, para producir cosa juzgada material.

Por otro lado, en razón de la segunda hipótesis, cuando surge la necesidad de dilación probatoria por la ausencia de pruebas preconstituidas, en dicho caso, la cognición ejercida no fue apta para declarar la inexistencia del derecho en el mérito o en el fondo, por lo que se puede afirmar que, en tal situación, la decisión carece de contenido declaratorio propio para justificar la protección de la inmutabilidad por fuerza de la cosa juzgada.

De este modo, en el recurso de protección, el análisis del *meritum causae* está condicionado a la presencia de prueba apta para formar la cognición judicial exhaustiva; luego, cuando la prueba es insuficiente para el examen de *res in iudicium deducta*, la sentencia no se reviste de la fuerza de la cosa juzgada material.

La técnica de la cognición judicial exhaustiva *secundum eventum probationis* debe ser aplicada al recurso de protección, pues dicho procedimiento no permite la verificación de cuestiones litigiosas cuya complejidad probatoria no pueda ser resuelta exclusivamente por la prueba documental. Así las cosas, en dichos casos, en que es imprescindible la producción de prueba, que no es admitida en la acción de protección en razón de su celeridad, el

⁷⁹ “Que los antecedentes allegados al recurso, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, no permiten concluir que exista un acto imputable a los recurridos que pueda vulnerar el ejercicio legítimo del derecho indicado pues, en el caso concreto, no se acreditó fehacientemente que los recurridos hayan perpetrado los actos destinados a destruir el pequeño puente sobre el río Cachimalhue, existiendo únicamente la afirmación del personal de la Subcomisaría de Carabineros de Quellón a partir de las declaraciones de Javier Chiguay Pérez en orden a que la familia Neún Guenteo clausuró un portón y derribó un pequeño puente sobre el río Cachimalhue para que la recurrente no transite por el predio de Héctor David Neún Guenteo, no fundando en otros antecedentes sus conclusiones. A mayor abundamiento, se atribuye a la familia Neún Guenteo la destrucción del puente, y esta familia de acuerdo a la entrevista que ellos mismos realizan a doña Miriam del Carmen Guenteo Chodil, no solo la componen los dos recurridos”. En: *LEGUE CON NEÚN* (2014). Igualmente, La Corte de Apelaciones de Coyhaique, decidió que “la presente acción resulta improcedente tanto en la forma como en el fondo, al no acreditarse bajo ningún supuesto la existencia de la omisión ilegal o arbitraria de que acusa el recurrente a los recurridos, motivo por los cuales habrá de rechazarse la presente acción constitucional, tal como se dirá. En: *ALINCO CON PIÑERA Y OTROS* (2018).

⁸⁰ “Que, en efecto, habiéndose controvertido expresamente la procedencia de dicho pago, acceder a lo solicitado ordenando su ejecución implicaría la verdadera declaración de un derecho a favor de la recurrente, prestación que debe ser discutida –y eventualmente dispuesta– en una instancia jurisdiccional diversa a esta”. En: *CONSTRUCTORA SIERRA NEVADA CON RÍOS LÓPEZ Y OTRO* (2018).

magistrado no debe apreciar su mérito, lo que posibilita la renovación del pedido en acción ordinaria propia.

Por lo tanto, la sentencia desfavorable al recurrente en la acción de protección, solamente produce cosa juzgada material, cuando el órgano jurisdiccional declara, con base en pruebas documentales consideradas suficientes para examinar la pretensión, la inexistencia del derecho fundamental sustancial sostenido, o sea, que se declare que no fue demostrado el derecho preexistente e indubitado del recurrente.

CONCLUSIONES

En este sentido, podemos asumir que la afirmación de que la cosa juzgada en las acciones de protección siempre será de naturaleza formal, como es comúnmente asumida, no es del todo cierta, y además no vislumbra los matices propios de la acción sumarísima de protección. El conocimiento del mérito o del fondo exige por parte del magistrado una cognición plena y exhaustiva, apta para formar cosa juzgada material. Dicha cognición es posible ante a la producción de pruebas que sean contundentes e indubitables.

De este modo, podemos concluir que la sentencia estimatoria de las acciones de protección produce cosa juzgada material, solo cuando consiste en una decisión sobre el mérito de la protección, fundada en prueba suficiente del derecho sostenido por el recurrente. Dicha cosa juzgada material se denomina por la doctrina como cosa juzgada material *secundum eventum probationis*, o sea, según la suerte de la prueba.

Por otro lado, con lo analizado, podemos afirmar que aquellas sentencias desestimatorias, donde el juez tuvo acceso a la prueba documental presentada por ambas partes, dando cuenta de la situación jurídica establecida entre las partes, pero decidiendo que el derecho no ampara el recurrente, también produce cosa juzgada material *secundum eventum probationis*, dado que el juez pudo conocer de material probatorio en dicha acción.

No obstante, en las sentencias desestimatorias, donde la Corte de Apelaciones estima su rechazo por la necesidad de dilación probatoria debido a la ausencia de pruebas preconstituidas, se concluye que la cognición judicial no fue suficiente para declarar la existencia o no del derecho fundamental reclamado por el recurrente, de modo que podemos afirmar que dichas decisiones están protegidas solo por la cosa juzgada formal.

Solamente, bajo esta concepción, podremos establecer un equilibrio entre el principio de la seguridad jurídica de las decisiones constitucionales, la tutela efectiva de los derechos fundamentales y la prueba producida en juicio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO, Daniela (2006): “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”, *Revista de Derecho* (Valdivia), v. XIX, N° 2: pp. 9-26.
- AGRÍCOLA BARBI, Celso (2000): *Do Mandado de segurança* (Rio de Janeiro, Editorial Forense, novena edición).

- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio (1998): *Tratado de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALLORIO, Enrico (2014): *La cosa juzgada frente a terceros* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio (2002): *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*, Tomo II (São Paulo, Revista dos Tribunais quinta edición).
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1984): “O juiz e a prova”, *Revista de Processo*, N° 35, pp. 178-184.
- BORDALÍ, Andrés (2006): “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 19, N° 2: pp. 205-228.
- BORDALÍ, Andrés (2011): “El recurso de protección chileno al banquillo”, *Revista Ius*, v. 5, N° 27: pp. 56-71.
- CADIET, Loïc y JEULAND, Emmanuel (2017): *Droit judiciaire privé* (Paris, Editorial Lexis-Nexis, décima edición).
- CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; AMRANI MEKKI, Soraya (2013): *Théorie générale du procès* (Paris, Editorial Puf).
- CALAMANDREI, Piero (1996): *Instituciones de derecho procesal civil*, Tomo III (Buenos Aires, Editorial El Foro).
- CARNELUTTI, Francesco (1982): *La prueba civil* (Buenos Aires, Editorial Depalma).
- CARNELUTTI, Francesco (1997): *Instituciones del proceso civil*, Tomo I (Buenos Aires, El Foro).
- CARPI, Federico (2007): *La eficacia ultra partes de la sentencia civil* (Lima, Editorial Palestra).
- CARRATTA, Antonio (2012): *La tutela somaria in Europa – Studi* (Napoli, Editorial Jovene).
- CAYROL, Nicolas (2017): *Procédure civile* (Paris, Editorial Dalloz).
- CONSOLO, Claudio (2012): *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo II (Torino, Editorial Giappichelli, segunda edición).
- COUTURE, Eduardo (1954): “La chose jugée comme présomption légale. Note critique sur les articles 1349 et 1350 du Code Civil”, *Revue Internationale de droit comparé*, v. 6, N° 4: pp. 681-701.
- CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge (2016): *Procédure civile: droit interne et européen du procès civil* (Paris, Editorial Dalloz).
- CHIOVENDA, Giuseppe (2005): *Instituciones del derecho procesal civil*, Tomo I (Buenos Aires, Editorial Valletta).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1925): *Principios de derecho procesal civil*, Tomo I (Madrid, Editorial Reus).
- DA COSTA MACHADO, Antônio Cláudio (1998): *Tutela antecipada* (São Paulo, Editorial Oliveira Mendes, segunda edición).
- DE ARAÚJO, José Aurélio (2017): *Cognição sumária, cognição exhaustiva e coisa julgada* (São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais), disponible em: <http://www.rtonline.com.br/>. Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2018.
- DIDIER JR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael (2009): *Curso de Direito Processual Civil*, Tomo II (Salvador, Editorial Juspodivm).
- ERRÁZURIZ, Juan Manuel y OTERO, Jorge Miguel (1989): *Aspectos Procesales del recurso de protección* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- FRASSINETTI, Alessandra (2017): “Il contenuto mínimo per una motivazione adeguata della sentenza civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, N° 3, a. LXXII: pp. 668-694.
- GRECO, Leonardo (2014): “Cognição sumária e coisa julgada”, en AURELLI, Arlete Inês *et al.* (edit.), *O direito de estar em juízo e a coisa julgada - Estudos em homenagem a Thereza Alvim* (São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais), pp. 867-884.
- PELLEGRINI, Ada (2005): “Coisa Julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*”, *Revista de Processo*, v. 126, pp. 9-21.
- GÜNTHER, KLAUS (1995): “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 17-18: pp. 271-302.
- HALPERIN, Jean-Louis (2009): “La preuve judiciaire et la liberté du juge”, *Communications - figures de la preuve*, N° 84: pp. 21-32.
- KERCHOVE M., Van De (2000): “La vérité judiciaire: quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité?”, *Déviance et société*, v. 24, N° 1: pp. 95-101.
- LIEBMAN, Enrico Tullio (1989): voce “Giudicato”, *Enciclopedia Giuridica*, v. XV: pp. 1-17.
- LIEBMAN, Enrico Tullio (2012): *Manuale di diritto processuale civile*, Tomo I (Milano, Editorial Giuffrè, octava edición).
- LUISO, Francesco P. (2013): *Diritto processuale civile*, Tomo I (Milano, Editorial Giuffrè).
- MACHADO, Priscila (2017): *La cosa juzgada constitucional* (Madrid, Editorial Reus).
- MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio (2016): *Diritto processuale civile*, Tomo II (Torino, Editorial Giappichelli).
- MARINONI, Luiz Guilherme (2017): *Tutela de urgência e tutela de evidência* (São Paulo, Revista dos Tribunais).
- MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ ARENHART, Sérgio (2007): *Processo de Conhecimento* (São Paulo, Revista dos Tribunais, sexta edición).
- MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ ARENHART, Sérgio (2015): *La prueba* (Santiago, Editorial Thompson Reuters).
- MONTERO, Juan (1996): “Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial”, *Derecho Privado y Constitución*, N° 8: pp. 251-295.
- NAVARRO, Enrique (2012): “35 Años del recurso de protección notas sobre su alcance y regulación normativa”, *Estudios constitucionales*, v. 10, N° 2: pp. 617-642.
- NOGUEIRA, Humberto (2010): “La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, *Ius et Praxis*, a. 16, N° 1: pp. 219-286.
- NÚÑEZ, Raúl y VERA, Jaime (2012): “Determinación judicial de la pena, Motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno”, *Revista Política Criminal*, v. 7, N° 13: pp. 168-208.
- OLIVA, Andres de la (1991): *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)* (Madrid, Editorial Centro Estudios Ramón Aeces).
- PAILLAS, Enrique (1997): *El recurso de protección ante el derecho comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PELLEGRINI, Ada (2005): “Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*”, en: *Revista de Processo*, v. 126: pp. 9-21.

- PÉREZ, Álvaro (2017): “Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: misión y visión latinoamericana”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28: pp 137-182.
- PICARDI, Nicolà (1998): “Il principio del contraddittorio”, *Rivista di Diritto Processuale*, a. LII, N° 3,: pp. 673-681.
- PINOCHET, Francisco José (2016): *Recurso de Protección* (Santiago, Editorial El Jurista).
- PROTO PISANI, Andrea (1979): “Appunti sulla tutela sommaria (note de iure e de iure condendo)”, en: MONTESANO, Luigi (edit.), *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi* (Napoli, Editorial Jovene) pp. 309-360.
- PUGLIESE, Giovanni (1969): “Giudicato (storia)”, *Foro*, v. XVIII, pp. 727-785.
- RICCI, Edoardo F. (2006): “La sentenza ‘della terza via’ e il contraddittorio”, *Rivista di Diritto Processuale*, a. LXI, N° 2: pp. 750-755.
- RIED, 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*, a. 13, N° 1: pp. 271-320.
- RÍOS, Lautaro (1993): “El recurso de protección y sus innovaciones procesales”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 20, N° 2/3: pp. 453-466.
- ROMERO, Alejandro (1999): “Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 26, N° 2: pp. 503-515.
- ROMERO, Alejandro (2017): *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo IV (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- RUBIO, Tomás (2002): “Cosa juzgada y tutela judicial efectiva”, *Derecho Privado y Constitución*, N° 16: pp. 259-391.
- SANTOS, Daniela (2011): “A metodologia na cognição judicial”, *Revista Brasileira de Direito Processual*, a. 19, N° 75. Disponible en: www.forum.com.br. Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2018.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1982): *Recurso de protección: Orígenes, Doctrina de Chile, Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TARUFFO, Michele (2012): “L’istruzione probatoria”, en TARUFFO, Michele (edit.), *La prova nel proceso civile* (Milano, Editorial Giuffrè).
- TAVOLARI, Raúl (2000): *El proceso en acción* (Santiago, Editorial Libromar).
- WATANABE, Kazuo (1987): *Da cognição no processo* (São Paulo, Revista dos Tribunais).
- ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia (2004): *Direito Administrativo* (São Paulo, Editorial Atlas, décima novena edición).
- ZUFELATO, Camilo (2016): “Perfiles generales de la cosa juzgada en el derecho procesal civil brasileño”, *Revista Ius et Veritas*, N° 53: pp. 314-329.

NORMAS CITADAS

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980).
- SÚMULA VINCULANTE 304, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

JURISPRUDENCIA CITADA

- ADAOS CON COOPERATIVA AGRÍCOLA CONTROL PISQUERO DE ELQUI Y LIMARÍ LTDA* (2009): Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 800-2009, 30 de octubre de 2009 (Recurso de Protección).
- LEGUE CON NEÚN Y OTRO* (2014): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 374-2014, 8 de octubre de 2014 (Recurso de Protección).
- MUJICA CON CLARO CHILE S.A.* (2015): Corte Suprema, Rol N° 37.579-2015, 7 de junio de 2016 (Recurso de Protección).
- CONTRERAS CON INTENDENCIA REGIONAL DE LA ARAUCANÍA* (2016): Corte Suprema, Rol N° 19.821-2016, 6 de julio de 2016 (Recurso de Protección).
- MANSILLA CON MUNICIPALIDAD DE PUERTO MONTT* (2016): Corte Suprema, Rol N° 13.709-2015, 15 de marzo de 2016 (Recurso de Casación en la Forma y Fondo).
- MAURICIA LLANTÉN FERNÁNDEZ CON MINISTERIO DE SALUD Y OTROS* (2017): Corte Suprema, Rol N° 43250.2017, 29 de diciembre de 2017 (Recurso de Protección).
- ÁLVAREZ CON DIRECCIÓN PREVISIÓN DE CARABINEROS DE CHILE* (2017): Corte Suprema, Rol N° 34.220-2017, de 16 de mayo de 2018 (Recurso de Protección).
- CEBALLOS CON INSPECCIÓN DEL TRABAJO NORTE CHACABUCO* (2017): Corte Suprema, Rol N° 45.354-2017, 12 de marzo de 2018 (Recurso de Protección).
- DANIEL VERA STUARDO CON MINISTERIO DE SALUD* (2018): Corte Suprema, Rol N° 8523-2018, 19 de junio de 2018 (Recurso de Protección).
- RAMÍREZ CON CONSTRUCTORA FV S.A. Y OTRA* (2017): Corte Suprema, Rol N° 45.059-2017, 14 de marzo de 2018 (Recurso de Protección).
- VÁSQUEZ CON CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA* (2017): Corte Suprema, Rol N° 967-2018, 16 de mayo de 2018 (Recurso de Protección).
- ALINCO CON PIÑERA Y OTROS* (2018): Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N° 207-2018, 24 de julio de 2018 (Recurso de Protección).
- ÁLVAREZ Y OTROS CON RIVERA* (2018): Corte Suprema, Rol N° 2889-2018, 7 de mayo de 2018 (Recurso de Protección).
- BRICEÑO CON INFANTE* (2018): Corte Suprema, 27 de febrero de 2018, Rol N° 2494-2018 (Recurso de Protección).
- CONSTRUCTORA SIERRA NEVADA CON RÍOS LÓPEZ Y OTRO* (2018): Rol N° 22.197-2018, 4 de diciembre de 2018 (Recurso de Protección).
- DANIELA DÍAZ FERNÁNDEZ CON FONDO NACIONAL DE SALUD* (2018): Corte Suprema, Rol N° 17043-2018, 6 de noviembre de 2018 (Recurso de Protección).
- TRASPORTES SANTIN Y COMPAÑÍA LIMITADA CON SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE TRANSPORTE* (2018): Corte Suprema, Rol N° 2205-2018, 15 de mayo de 2018 (Recurso de Protección).

ANALIZANDO EL MODELO DE JUEZ RACIONAL. REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

ANALYZING THE MODEL OF RATIONAL JUDGE. REFLECTIONS UPON THE THEORY OF JURISDICTION IN THE NEW CONSTITUTIONALISM.

CRISTIÁN VILLALONGA TORRIJO*

RESUMEN: El presente artículo plantea que el neoconstitucionalismo, tanto en sus bases teóricas más sofisticadas como en su desarrollo en España, Italia y Latinoamérica, se encuentra en gran medida construido en base a una ficción sobre el rol del juez. En una analogía con la conocida descripción sobre el legislador racional escrita por Carlos Santiago Nino, el trabajo revisa los principales atributos de este nuevo arquetipo judicial, cuya función sería legitimar un rol más activo de los tribunales en la esfera pública.

Palabras clave: Jueces, neoconstitucionalismo, ficciones jurídicas.

ABSTRACT: This article asserts that new-constitutional thought, both in its more sophisticated theory as in its development in Spain, Italy, and Latin America, has been built on the grounds of a fictitious model of judge. In an analogy to the well-known depiction of the rational legislator written by Carlos Santiago Nino, the article reviews the main attributes of this new model of judge, whose function is legitimating an active role of courts in the public sphere.

Key words: Judges, new constitutionalism, legal fictions.

INTRODUCCIÓN

Hace más de 30 años, Carlos Santiago Nino describía cómo la idea hipotética de un legislador racional había cumplido una función central en la dogmática jurídica. La ficción de un legislador omnisciente, coherente y único –al que casi se le asignaban las particularidades de un dios teológico–, había sido asumida de forma tácita por la jurisprudencia para lidiar con las evidentes limitaciones de las normas producidas por legisladores de carne y hueso. Por ejemplo, tal hipótesis permitía aludir a una voluntad permanente del legislador, aun cuando quienes dictaron la norma hubieren muerto. Asimismo, este supuesto facilitaba que los intérpretes afirmarían que la ley poseía una unidad de propósito, pese a que, en realidad, ella sería usualmente un acuerdo de intereses divergentes que carece de una finalidad clara. En suma, tal modelo explicaba la continuidad de una única voluntad soberana tras la

* PhD en Jurisprudence and Social Policy, University of California at Berkeley. Profesor Asistente Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Alameda 340, Santiago. Dirección electrónica: cvillalt@uc.cl.

ley, y, al mismo tiempo, permitía su adaptación a través de interpretaciones que optimizaban su contenido¹.

Este artículo plantea que el neoconstitucionalismo se encuentra en buena parte estructurado por una ficción análoga, a la que podríamos llamar el modelo del juez racional. Básicamente, en diversos autores ligados a esta corriente se asigna a la figura del juez una serie de atributos que no son empíricamente verificables, como su capacidad de interpretar la moralidad pública y de resolver los conflictos mediante una solución racional suficiente para persuadir a la ciudadanía. Este ideal de jurisdicción buscaría legitimar un rol más activo de los tribunales, en un proceso de ruptura con el sistema tradicional de separación de poderes.

La literatura reciente ha debatido sobre los diversos motivos que explican la mayor discrecionalidad de los tribunales y su menor deferencia frente al poder político. Entre otras causas, destaca la expansión del repertorio de derechos fundamentales y la creciente fragmentación política que ha impedido controlar la autoridad de los magistrados². No obstante, aquellas causas no pueden reducirse a variables externas a la figura del juez. Adicionalmente, es posible afirmar que este cambio se encuentra vinculado a una redefinición del rol de la jurisdicción en las sociedades contemporáneas³.

Tal como sucede con la ficción descrita por Nino, ningún autor ha sostenido abiertamente la figura del juez racional de forma unitaria. Sin embargo, las diversas propiedades que gradualmente se han asignado a los tribunales a nivel teórico y discursivo, como una especie de mosaico, han redibujado su rol. Hoy podríamos afirmar que la ficción del juez racional ha permeado tanto a los mismos magistrados como a la sociedad en general, constituyendo un nuevo modelo institucional claramente reconocible.

Este artículo asume una visión crítica del neoconstitucionalismo, particularmente respecto de aquellos autores que han admitido de manera ingenua los distintos atributos que constituyen el modelo juez racional. Algunos de los cuestionamientos incluidos en el texto no son completamente nuevos, pero creo resulta conveniente analizarlos de manera conjunta. El problema fundamental descrito aquí no radica en que las propiedades asignadas a los tribunales sean irreales. Después de todo, la teoría política y jurídica está plagada de ficciones destinadas a dotar de cierta coherencia al actuar de las instituciones. Tampoco pretendo negar que esporádicamente los jueces dicten decisiones que persuadan a la ciudadanía o interpreten las preferencias morales de la opinión pública.

Me parece que se pueden oponer dos objeciones al modelo de juez racional. La primera dificultad estriba en que aquellas ficciones han influido en la comprensión que algunos jueces tienen de sus propias capacidades, tal como si fueran una realidad. Algo similar ocurre a nivel académico, pues autores como Alexy o Dworkin no aceptan abiertamente estar refiriéndose a propiedades ficticias⁴. Tales afirmaciones resultan problemáticas en el plano institucional y normativo. En segundo lugar, los atributos identificados bajo este

¹ NINO (2003) pp. 328-347.

² TATE y VALLINDER (1997) pp. 27-39.

³ HILBINK (2012).

⁴ ALEXY (2005) pp. 579-580. De hecho, Dworkin plantea que su visión del juez Hércules no es solo normativa, sino también descriptiva, pues busca dar cuenta de la práctica mediante la cual efectivamente se ejerce la jurisdicción. DWORKIN (1977) pp. 123-124.

modelo parecen una base teórica débil a la hora de justificar la creciente intervención de los tribunales en los asuntos públicos. Aun cuando los jueces en ocasiones puntuales resuelvan con acierto, estos últimos casos son contingentes, y no parecen ser un presupuesto general y suficiente para legitimar *ex ante* una visión expansiva del rol judicial desde el punto de vista teórico. Considero que ambas dificultades ponen en riesgo los requerimientos básicos de un régimen democrático y el estado de derecho.

El artículo comienza con una brevísima descripción del neoconstitucionalismo como corriente académica en el que esta ficción se encuentra inserta. A continuación, este analiza los atributos que gradualmente han conformado al modelo de juez racional a través de los principales autores que lo sustentan a nivel teórico, como Robert Alexy y Ronald Dworkin, agregando asimismo algunas notas sobre cómo estos atributos han sido desarrollados en España, Italia y Latinoamérica. Finalmente, el trabajo explica las funciones que cumple esta hipótesis, en particular, el justificar indirectamente un área de discreción en la toma de decisiones judiciales y mitigar de la responsabilidad política del juzgador.

I. DEFINIENDO EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO ESPACIO DE UN NUEVO MODELO JURISDICCIONAL

Es necesario comenzar advirtiendo sobre las dificultades de caracterizar el neoconstitucionalismo que ha originado el modelo de juez racional⁵. Tal como la literatura citada en este acápite describe, aquel vocablo posee diversos significados y matices, resultando altamente controversial⁶. Este artículo no pretende entrar detalladamente en aquel debate, prefiriendo considerar un punto de partida convencional: los intentos de descripción de este fenómeno por Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci, Miguel Carbonell y Luis Prieto Sanchís. En este sentido, este trabajo asume que el neoconstitucionalismo consiste en una aproximación a la práctica constitucional surgida durante la segunda mitad del siglo XX, la que ha sido consolidada a lo largo del tiempo mediante una serie de formulaciones teóricas que le han dotado de densidad intelectual⁷.

La creciente relevancia del discurso de los derechos constitucionales y de los tribunales en la vida política es un fenómeno casi universal⁸. Sin embargo, en algunas naciones de Europa Continental (Alemania, Italia, y España) y Latinoamérica, aquella evolución del derecho constitucional ha seguido derroteros específicos. Por una parte, este fenómeno reflejaría la aparición de constituciones rígidas con un claro contenido axiológico, en el que los derechos fundamentales son vistos como valores que irradian todo el ordenamiento y la sociedad, los que deben ser aplicados directamente por los jueces. Adicionalmente, en sus visiones más amplias, este fenómeno también abarcaría la incorporación de los derechos

⁵ ALDUNATE (2010). Para un debate al respecto ver BERNAL PULIDO (2007).

⁶ CARBONELL (2003); PRIETO SANCHÍS (2010).

⁷ POZZOLO (1998); COMANDUCCI (2002); CARBONELL (2007). PRIETO SANCHÍS (2010).

⁸ HIRSCHL (2007); TATE y VALLINDER (1997).

humanos consagrados en tratados internacionales, los que, a su vez, habrían sido integrados a los ordenamientos internos por las mismas constituciones⁹.

A través del tiempo, esta transformación ha prefigurado un verdadero cambio de paradigma que involucra a toda la cultura jurídica. Es habitual que este sea descrito como un paso desde el estado legal de derecho vinculado al positivismo jurídico —en auge a mediados del siglo XIX—, hacia uno nuevo llamado estado constitucional de derecho, surgido gradualmente a fines del siglo XX¹⁰. Los orígenes de este cambio de paradigma son variados. Entre ellos podemos destacar el establecimiento de tribunales constitucionales y procedimientos de *judicial review* con posterioridad a la segunda guerra mundial y a gobiernos autoritarios, en particular en Europa Continental y Latinoamérica. También ha incidido el prestigio de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹¹. Desde comienzo de la década de 1980, la expansión del catálogo de garantías constitucionales en conjunto con la consolidación del sistema democrático ha tenido asimismo un rol central¹². En último lugar, podríamos agregar toda una corriente académica transnacional que describe los últimos desarrollos del constitucionalismo, basada en autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy¹³.

Por otra parte, a nivel teórico, esta transformación habría sido defendida por algunos académicos, quienes describen este proceso de constitucionalización y buscan promover su desarrollo¹⁴. Siguiendo a los autores quienes describen este fenómeno —antes citados—, es posible entregar algunas formulaciones básicas del neoconstitucionalismo a nivel teórico: a) la centralidad de las garantías fundamentales en el razonamiento jurídico, b) el énfasis en los conflictos de principios (o derechos) que deben ser resueltos mediante la ponderación judicial, c) el escepticismo sobre la suficiencia de la ley, y su consiguiente subordinación bajo los valores constitucionales, d) la explícita incorporación de elementos morales en el razonamiento propio de la interpretación constitucional, y e) un énfasis en la justicia substantiva, entre otros¹⁵.

A nivel de los compromisos teóricos, diversos autores suelen ser asociados con el neoconstitucionalismo, aun cuando varios de ellos no hayan aceptado esta denominación. Estos constituyen una larga cadena compuesta por productores teóricos de mayor envergadura intelectual, receptores académicos locales y una versión popular que adolece de cierto grado de vulgarización¹⁶. Algunos autores que presentan una mayor sofisticación teórica se encuentran en el primer eslabón. Tal es el caso de Robert Alexy, Peter Häberle y los primeros textos de Ronald Dworkin (aunque este último pertenece a la tradición jurídica anglosajona, se ha convertido en un punto de referencia significativo dentro de esta corriente)¹⁷.

⁹ ACOSTA (2014); VON BOGDANDY (2015).

¹⁰ ZAGREBELSKY (2005) pp. 21-45.

¹¹ COUSO (2007).

¹² CAPELLETTI (1986).

¹³ BARROSO (2007) pp. 25-32; ALDUNATE (2010).

¹⁴ CARBONELL (2003) p. 9.

¹⁵ POZZOLO (1998); COMANDUCCI (2002); CARBONELL (2007); PRIETO SANCHÍS (2010).

¹⁶ Para una visión sobre la recepción del neoconstitucionalismo desde la perspectiva de una teoría comparada del derecho, ver: LÓPEZ MEDINA (2005) pp. 399-461.

¹⁷ POZZOLO (1998); COMANDUCCI (2002); CARBONELL (2007); PRIETO SANCHÍS (2003); LÓPEZ MEDINA (2005) p. 445.

Desde análisis más particulares, también destacan otros como Gustavo Zagrebelsky o Luis Prieto Sanchís¹⁸. En el segundo eslabón dentro de esta cadena, se encuentran numerosos receptores académicos locales y algunos jueces que han tomado las banderas del estado constitucional de derecho como una manera de reclamar autoridad. Entre estos podríamos destacar a Carlos Gaviria en Colombia, Luis Roberto Barroso en Brasil y Eduardo Ferrer Mac-Gregor en México¹⁹.

Esta corriente transnacional no constituye un movimiento intelectual de jueces y juristas que se halle claramente cohesionado. Además de sus diversos grados de sofisticación académica, es posible observar que en estos autores existe un amplio espectro de afinidades intelectuales. Ellas pueden ser complementarias a las ideas matrices del neoconstitucionalismo, pero nada obsta a que existan tensiones. Algunos de ellos pueden además estar influidos por la nueva retórica, el garantismo penal, el iusnaturalismo católico e, inclusive, el uso alternativo del derecho²⁰. Así, el neoconstitucionalismo no posee un programa político definido. Aunque habitualmente se ha asociado a esta corriente con una agenda propia del liberalismo, también hay algunos conservadores que la han promovido como una forma de limitar la omnipresencia del estado.

Es posible afirmar que la hipótesis del juez racional cumple un papel central dentro de este fenómeno, articulando sus elementos más importantes, como la aplicación directa de los derechos fundamentales o la resolución de conflictos mediante la ponderación. Ello ocurre aun cuando, muchas veces, los autores vinculados a este fenómeno no describan a los magistrados de manera directa. Tal como la dogmática positivista adhirió oblicuamente al legislador racional, refiriéndose a la idea de sistema jurídico, quienes sostienen este nuevo paradigma describen a este modelo juez a través del concepto de estado constitucional de derecho.

II. LOS ATRIBUTOS DEL JUEZ RACIONAL

La sección anterior ha definido al neoconstitucionalismo como un fenómeno de ribetes difusos. Asimismo, ha propuesto que este se encuentra en buena manera articulado por una cierta visión idealizada de las magistraturas, al que este artículo ha denominado el modelo del juez racional. Pero en concreto ¿qué atributos se han asignado a esta figura hipotética?

1. ÓRGANO QUE RESUELVE EL CONFLICTO POLÍTICO MEDIANTE UNA DELIBERACIÓN RACIONAL, CORRECTA Y SUFICIENTE PARA PERSUADIR A LA CIUDADANÍA

A diferencia de lo ocurrido a comienzos del siglo XIX, cuando las elites confiaban en la infalibilidad de la voluntad soberana en el proceso legislativo, las últimas décadas han estado caracterizadas por el signo exactamente opuesto. La mayoría de los autores neoconstitucionalistas inician su reflexión desde el escepticismo, desconfiando de que el legislador sea capaz de producir normas claras que expresen racionalmente intereses objetivos. Asi-

¹⁸ CARBONELL (2003) p. 9.

¹⁹ GAVIRIA DÍAZ (2002); BARROSO (2016); FERRER MAC-GREGOR (2010).

²⁰ Ver, por ejemplo: PRIETO SANCHÍS (2011).

mismo, describen a la legislación como un conjunto caótico de normas, caracterizado por ambigüedades y vacíos. Tal situación sería producto de la creciente confrontación política en las sociedades contemporáneas, la que no habría podido ser mitigada por los tradicionales métodos del positivismo jurídico²¹. “La Ley [...] ya no es la expresión pacífica de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto [...]” puntualiza Gustavo Zagrebelsky, ex presidente de la Corte Constitucional italiana²².

Como alternativa, el neoconstitucionalismo tiende a exaltar la figura del juez, afirmando que este sería responsable de corregir el proceso político a través de una deliberación racional que integre la voluntad democrática, de carácter contingente, con los valores constitucionales. Siguiendo esta línea de análisis, algunos de los autores que adhieren a esta corriente describen el razonamiento judicial de manera ficticia, atribuyéndole la capacidad cierta de persuadir a los ciudadanos que abracen los valores constitucionales. Tal es el caso de la justificación que Robert Alexy ofrece para legitimar el *judicial review*.

Según Alexy, el Congreso sería un espacio para la actividad decisional, en el que el poder político puede debatir y ejercer su voluntad. Los tribunales, por el contrario, poseerían una representación del pueblo para realizar una labor puramente argumentativa²³. Para efecto de fundar aquel carácter representativo de los magistrados, Alexy propone dos condiciones copulativas.

En primer lugar, él considera que los tribunales deben deliberar recurriendo a argumentos constitucionales correctos, o al menos plausibles, distinguiéndolos de aquellos que no lo son²⁴. Siguiendo a Habermas, Alexy asume que la racionalidad es una construcción intersubjetiva que reposa sobre el orden y justificación de las premisas utilizadas en el proceso de diálogo. No es extraño, entonces, que él defina a la argumentación jurídica como un tipo de discurso práctico que debe tener reglas mínimas de carácter universal, autónomas respecto de aquello que es debatido. Para este propósito, Alexy desarrolla un sofisticado esquema destinado a mantener el orden argumentativo, el que establece reglas tanto para fundamentar la selección de las premisas a utilizar como para mantener la corrección lógica del diálogo. Esta ordenación del discurso práctico haría posible expurgar las afirmaciones equívocas, determinar argumentos razonables y persuadir a los intervinientes²⁵.

En segundo lugar, Alexy afirma que los jueces no gozarían de un carácter representativo meramente por tomar decisiones procedimentalmente correctas, sino porque además tales decisiones deberían ser aceptadas en el largo plazo por un número suficiente de personas dispuestas a ejercer sus capacidades racionales²⁶. Esto es, por individuos orientados a considerar las razones de la decisión en sí mismas, obviando sus propios intereses que

²¹ FIORAVANTI (1996) pp. 127– 129; PRIETO SANCHÍS (1998) pp. 5-46; BARROSO (2016).

²² ZAGREBELSKY (2005) p. 38.

²³ ALEXY (2005) p. 579.

²⁴ ALEXY (2005) p. 580; ALEXY (2015): pp. 442-443.

²⁵ ALEXY (2007).

²⁶ “*The existence of good or plausible arguments is enough for deliberation or reflection, but not for representation. For this, it is necessary the court not only claim that its arguments are the arguments of the people; a sufficient number of persons must, at least in the long run, accept these arguments for the reasons of correctness*”. ALEXY (2005) p. 580.

podrían estar involucrados. A ellos les llama ciudadanos constitucionales²⁷. Así, la carencia de una selección electoral de los jueces no sería óbice para su legitimidad democrática, pues los ciudadanos comprometidos con los valores constitucionales deberían aceptar las respuestas correctas que los jueces determinen.

Esta descripción de un juez racional, erigido en una especie de guía tutelar de la deliberación pública, no ha permanecido únicamente dentro de los círculos académicos. Con matices, lentamente esta ha comenzado a influir la propia autopercepción de los magistrados²⁸. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, ex –ministro de la Corte Suprema de México y actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, explicaba durante la audiencia frente al Senado de su país previa a su primer nombramiento: “La legitimidad de la interpretación judicial de la Constitución no solo proviene de una férrea e implacable argumentación racional. El juzgador constitucional debe buscar que sus decisiones sean en realidad persuasivas para los ciudadanos y que estos se formen un consenso sobre el sentido que dan a la Ley Fundamental”²⁹.

La tesis antes descrita ofrece una serie de elementos que permiten calificarla como una ficción. El proceso de argumentación racional caracterizado por Alexy puede ser un buen ejercicio intelectual, pero no es una constatación empírica del proceso de argumentación judicial. Los magistrados usualmente poseen desacuerdos sobre cuestiones básicas del razonamiento, partiendo por los términos de interpretación de los textos constitucionales (por ejemplo, el debate sobre originalismo y constitución viviente)³⁰. Ello también ocurre respecto de los ciudadanos comunes, para quienes muchas de las reglas de argumentación propuestas por Alexy resultarían incomprensibles.

Asimismo, pareciera que la descripción propuesta ignora la posibilidad permanente del error judicial en materias constitucionales. Tal como plantea Alexy, desde el punto de vista interno, los magistrados buscan alcanzar decisiones correctas que aludan a argumentos jurídicos razonables³¹. No obstante, a nivel comparado, existe un sinnúmero de sentencias que hoy son citadas como arquetipos de un razonamiento equívoco por la doctrina, la jurisprudencia posterior e inclusive por la opinión pública. Es posible que los jueces decidan en innumerables ocasiones con acierto, pero también la sociedad admite que en algunas otras ellos cometen errores. Por ello, una pretendida capacidad de tomar decisiones correctas desde el punto de vista constitucional no puede constituir la base de la representación que él les asigna a los tribunales constitucionales para intentar legitimar el *judicial review*.

En último lugar, cabe agregar que Alexy minimiza los problemas de desacuerdo que son comunes en las sociedades democráticas contemporáneas. Aun cuando él reconoce un

²⁷ ALEXY (2005) p. 580. El papel pedagógico de la jurisdicción constitucional sobre la ciudadanía puede también ser encontrado en otros autores dentro de esta corriente. HÄBERLE (1997), pp. 240-245. También puede hallarse en la descripción que John Rawls realiza de la Corte Suprema de su país como ejemplo paradigmático de la razón pública. Sin embargo, en este último caso Rawls refiere un modelo ejemplar que posee limitaciones, no como una ficción universalizable. RAWLS (2005), 231-240.

²⁸ ZAGREBELSKY (2007) p. 99.

²⁹ FERRER MAC-GREGOR (2010) p. 16.

³⁰ ELY (1980) pp. 11-72. WALDRON (1999) p. 306.

³¹ ALEXY (2015).

ámbito relativamente discreto para el ejercicio para el *judicial review*, y plantea distintas situaciones en que el juez debe ser deferente con la autoridad política, tal problema permanece abierto³². Su descripción de los ciudadanos constitucionales es un asunto que resulta difícil de aceptar como una realidad. En muchos de los conflictos que hoy son sometidos a la jurisdicción constitucional existe una confrontación entre ciudadanos razonables que creen poseer argumentos plausibles (como en los casos del aborto o el matrimonio homosexual). No existe ninguna garantía que permita sostener que, por sí mismos, los argumentos entregados en las decisiones judiciales sean superiores a los de quienes abogan por la sentencia en la dirección opuesta, o que puedan persuadir a una generalidad de la población que genuinamente crea en los valores incorporados en la constitución³³. Alexy describe a los jueces asumiendo que ellos son una expresión de la razón institucionalizada, a fin de fundar lo que él denomina un constitucionalismo discursivo. No obstante, su idealización resulta ficticia.

2. ÓRGANO ENCARGADO DE UNA ESPECIAL REPRESENTACIÓN POLÍTICA NO DELEGADA

La obra de Alexy, y de algunos otros autores locales que le han seguido de cerca, no solo enfatiza la capacidad de deliberación racional de los jueces. Intentando responder a su eventual carácter contra-mayoritario, adicionalmente sostienen que los tribunales cumplen un verdadero papel de representación política. Según hemos visto, aquella representación se encontraría fundada principalmente en la capacidad de los magistrados para tomar decisiones correctas y por la aceptación de estas últimas entre los ciudadanos racionales³⁴. De este modo, Alexy asume el rol judicial dentro del marco de una democracia deliberativa.

En el planteamiento seguido por Alexy, los jueces son representantes para realizar una labor puramente argumentativa, es decir, de reflexión racional. Ello sería posible porque la democracia no sería un procedimiento en el que meramente se cuentan los votos en las elecciones y en el parlamento. Adicionalmente, esta consistiría en un régimen legitimado por las razones que se expresan en el proceso de toma de decisiones³⁵. Desde tal perspectiva, la corte constitucional sería una especie de guardián que custodia que tal debate se produzca de una manera libre, abierta y, por sobre todo, con argumentos aceptables desde el punto de vista de la carta fundamental.

Al realizar esta afirmación, Alexy recurre a un concepto laxo de representación, que difiere de ser un mero mandato en el que los representantes políticos reciben una delegación de facultades mediante el sufragio electoral. Al hacerlo, él no se limita meramente a señalar que los jueces realizan una labor en nombre del pueblo, como cualquier autoridad republicana. La representación judicial descrita por Alexy consistiría en una autoridad vali-

³² Alexy considera que en ciertas situaciones los derechos fundamentales no obligan algún particular curso de acción (discrecionalidad estructural). En otros casos, él sugiere la deferencia respecto del legislador cuando existe incertidumbre sobre la información empírica relativa al caso, o sobre la mejor ponderación de los derechos fundamentales en juego (discrecionalidad epistémica) ALEXY (2010a) pp. 394-426. Sin embargo, estos aspectos no alteran la tesis central sobre el carácter representativo de los jueces constitucionales, antes descrita.

³³ KUMM (2012) p. 208.

³⁴ ALEXY (2005) p. 580; ALEXY (2010b) pp. 35-37.

³⁵ ALEXY (2005) pp. 578-579.

dada *ex post*. Más allá de los mecanismos de designación de los magistrados, su legitimidad nacería cuando estos dictaminan sentencias correctas que son posteriormente aceptadas por ciudadanos racionales y desinteresados. Se trataría, asimismo, de una representación que opera primariamente por identidad, en la medida que los ciudadanos ven reflejado un concepto mínimo y compartido de justicia en las decisiones judiciales correctas. En este ámbito, la representación consistiría en un vínculo análogo al que se produce entre la comunidad y un símbolo patrio o una tradición arraigada, aunque fundamentado en la reflexión racional sobre los valores constitucionales. Finalmente, se trataría de un tipo de legitimidad orientado hacia el mejor interés del régimen democrático³⁶.

Aun cuando aceptáramos una noción laxa de representación política, es posible sostener que la tesis propuesta por Alexy se desenvuelve dentro del marco de una ficción sobre el rol del juez y/o su relación con la comunidad política. A las críticas ya analizadas en el acápite anterior sobre la corrección del razonamiento judicial, se deben sumar otras referidas específicamente sobre este punto.

En primer lugar, de que los ciudadanos acepten tal o cual decisión de la corte por considerarla correcta, no puede deducirse el carácter políticamente representativo de la autoridad judicial para revisar la legislación. Habitualmente los ciudadanos poseen opiniones que son contradictorias y variadas en las más diversas materias. Es de esperar que solo estén en acuerdo con algunas de las cuestiones resueltas por la corte constitucional, pese a que otras les parezcan objetables. Así, mientras el vínculo de los ciudadanos con las decisiones opera de manera parcial y múltiple, el carácter representativo que Alexy alega recae sobre la competencia misma del tribunal en su totalidad. La única manera de salvar este escollo teórico sería sostener que los ciudadanos racionales aceptarían la generalidad de las decisiones de la corte. Es decir, nuevamente recurriendo a una ficción sobre la capacidad persuasiva de los jueces y la unidad de criterio sobre el alcance de los valores constitucionales.

En segundo lugar, parece ficticio sostener —como lo hace Alexy—, que una representación que opera *ex post* sea el fundamento de las facultades de *judicial review*. Para que la representación que alega Alexy se verifique, la decisión del tribunal debe ser pronunciada y luego, aún en el largo plazo, aceptada por ciudadanos racionales como una decisión correcta³⁷. Aun cuando Alexy alegue que los jueces son capaces de alcanzar respuestas correctas, él sitúa el pivote central del fundamento para ejercer esta competencia en un resultado incierto: la aceptación de la ciudadanía en el ejercicio de sus capacidades racionales. Ello equivaldría a señalar que se autoriza al juez para resolver un determinado conflicto una vez que consideramos que su decisión es aceptable, viéndonos reflejados en aquella sentencia. Nada de aquello ocurre en la realidad política. Habitualmente, los litigantes esperan que las facultades del tribunal estén legitimadas antes de que este conozca del conflicto. Asimismo, es usual que una vez comunique la sentencia surjan controversias respecto a si ella es o no correcta, tanto entre los académicos como entre la ciudadanía³⁸. No existe un claro motivo

³⁶ Para una tipología sobre la representación, ver PITKIN (1972).

³⁷ ALEXY (2005) p. 580; KUMM (2012) p. 206.

³⁸ Una manera de intentar salvar esta objeción podría plantearse afirmando que el tribunal puede construir su autoridad a lo largo del tiempo, mediante distintas decisiones que acumulen legitimidad. Sin embargo, Robert Alexy no plantea aquella línea de análisis.

para sostener que la teoría de legitimación *ex post* debería preferir a una que opere *ex ante*, como la autolimitación del poder político a través de la creación de un tribunal cuyos miembros son seleccionados por las autoridades democráticas.

Para algunos quienes adhieren a la tesis de Alexy, la idea de representación argumentativa no involucra solamente una explicación sobre el lugar de los jueces en el diseño institucional. En una lectura que va bastante más allá de la tesis original, también significa un juicio de sospecha respecto de la democracia representativa. Tal es el caso de Luis Roberto Barroso, juez del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Para Barroso, el rol representativo del juez ha surgido en un contexto en que existe una crisis integral de la democracia, caracterizada por la corrupción, la captura de los organismos públicos por intereses privados, y por una alta abstención electoral³⁹. Como consecuencia, la democracia representativa poseería graves dificultades para expresar la voluntad mayoritaria de la población. En esa encrucijada, Barroso plantea que paradójicamente “en muchas situaciones jueces y tribunales se hicieron más representativos de los anhelos y demandas sociales que las instancias políticas tradicionales. Es raro, pero vivimos un momento en que la sociedad se identifica más con sus jueces que con sus parlamentarios”⁴⁰.

3. INTÉRPRETES DE LA MORALIDAD PÚBLICA MEDIANTE LA RECONSTRUCCIÓN DE LA INTEGRIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO

Ronald Dworkin ha seguido una dirección distinta para responder al supuesto carácter contra-mayoritario de la actividad judicial, enfatizando la habilidad del magistrado para interpretar la moralidad pública y sus relaciones con el sistema jurídico. Aunque la teoría propuesta por Dworkin posee algunos puntos de encuentro con las tesis ya estudiadas —como una superlativa capacidad de razonamiento del juez—, se trata de una aproximación diferente, que requiere un examen particular.

Dworkin planteó una crítica al positivismo jurídico anglosajón dominante en la década de 1970, el que afirmaba que los jueces creaban discrecionalmente derecho en situaciones de vacíos o ambigüedades legislativas (casos difíciles). Él estima que tal tesis sobre la creación judicial, representada por H. Hart, no resultaba aceptable por ser contraria al sistema democrático y por constituir una aplicación retroactiva de las normas⁴¹. Como alternativa, afirma que en aquellos casos los jueces no crean derecho, sino que descubren respuestas correctas cuyos fundamentos ya están incorporados en el sistema jurídico. Al hacerlo, Dworkin propone que el ordenamiento no solo está compuesto de reglas que buscan ser aplicadas mecánicamente, sino que también por directrices que establecen objetivos socioeconómicos y por principios de justicia que describen derechos subjetivos⁴². Aunque más abstractos, estos resultarían esenciales para comprender como los tribunales dirimen conflictos que no pueden ser solucionados por la mera aplicación de reglas.

³⁹ BARROSO (2016) pp. 148-150.

⁴⁰ BARROSO (2016) p. 148.

⁴¹ DWORKIN (1977) pp. 84-85; SHAPIRO (2011) pp. 263-264.

⁴² DWORKIN (1977) pp. 22-31.

De entre todos los componentes del orden jurídico, los principios (derechos) deben prevalecer por sobre los demás, pues encarnarían razones de justicia que se hayan por sobre consideraciones de mera utilidad social. Los derechos constituyen decisiones políticas fundamentales adoptadas en el pasado, que han sido integradas a la vida social y que el juez debe considerar en su toma de decisiones para ser consistente con la integridad del sistema jurídico⁴³. El problema, sin embargo, es que los casos difíciles habitualmente no solo carecen de una regla a aplicar mecánicamente. Asimismo, ellos muchas veces enfrentan litigantes que fundan sus pretensiones en derechos subjetivos que resultan contradictorios.

Para resolver aquellos casos, Dworkin propone la figura del juez Hércules, el que debe poseer virtudes activas para interpretar los compromisos morales de la comunidad, permitiéndole descubrir una única respuesta correcta. Esta figura judicial arquetípica no actúa en el vacío, sino dentro de una comunidad interpretativa que posee una cierta visión sobre los vínculos y obligaciones compartidos, la que, desde dentro, él mismo ayuda a construir⁴⁴. Así, en materias constitucionales, la jurisdicción debe interpretar el texto fundamental de acuerdo a principios morales sobre una vida decente y la justicia al interior de aquella comunidad⁴⁵.

Ante la titánica tarea de poder resolver casos difíciles ponderando derechos contrapuestos, el juez Hércules debe encontrar la respuesta correcta a través de su habilidad reflexiva. Pero aquello en ningún caso significa que él pueda esgrimir sus propias preferencias o aludir la mera opinión popular en un momento determinado, pues estas podrían estar en contraposición con la moralidad constitucional. Tampoco significa equiparar al juez con la figura del legislador, como plantea el positivismo jurídico de Hart al tratar la respuesta judicial a los vacíos normativos⁴⁶. Por el contrario, Dworkin sostiene que el juez posee la capacidad de refinar la moralidad pública, tanto la que se encuentra contenida en la constitución como a nivel social, expurgándola de prejuicios y reacciones emocionales, re-articulándola de manera consistente con la totalidad del sistema legal⁴⁷.

Para ilustrar su argumento, Dworkin sostiene que el juez Hércules es como un escritor que continúa una novela inacabada iniciada por otros autores en el pasado. Al tomar la posta en aquella sucesión, él debe considerar cuidadosamente los fragmentos anteriores interpretándolos de la mejor manera posible. En este nuevo capítulo, el juez debe agregar su propia contribución, pero desarrollando los materiales previos de manera coherente para que el argumento central fluya. Esto implica que él debe prolongar la novela de forma plausible, pero, al mismo tiempo, hacerlo de una manera sugestiva para los nuevos lectores. Quizás, durante su proceso de escritura, podrán elaborarse diversos borradores del nuevo capítulo, narrando varios relatos posibles. Pero siempre habrá uno que finalmente será el más consistente y atractivo considerando el contenido íntegro de la obra⁴⁸.

⁴³ DWORKIN (1977) pp. 87. 94.

⁴⁴ DWORKIN (1977) pp. 126-128; COTTERRELL (1992) pp. 173-177.

⁴⁵ DWORKIN (1996).

⁴⁶ DWORKIN (1986) p. 244.

⁴⁷ DWORKIN (1977) pp. 126. 240-258.

⁴⁸ DWORKIN (1986) pp. 228-238.

Un buen ejemplo de la labor del juez Hércules es la explicación que él ofrece retrospectivamente sobre *Brown v Board of Education*, que en 1954 terminó con la segregación racial en las escuelas. La Constitución de los Estados Unidos, en su enmienda décimo cuarta sobre la igual protección, no fue redactada originalmente con la intención de ser aplicada a la población afroamericana. Los miembros de este grupo racial no fueron considerados ciudadanos hasta varias décadas más tarde, existiendo posteriormente un régimen de tolerancia respecto a su discriminación. Así, tanto la legislación de los estados como la jurisprudencia de los tribunales reconocían la posibilidad de mantener escuelas racialmente segregadas. Sin embargo, distintos aspectos del derecho y la opinión pública variaron hacia este período. La sociedad lentamente asumió que ciertas categorías, como la raza, no debían ser permitidas para efectos de fundar discriminaciones negativas (al fin y al cabo, el antisemitismo era una de las razones por las cuales el nazismo –recientemente combatido por su país–, parecía inaceptable). Del mismo modo, la jurisprudencia de los tribunales había dejado atrás la neutralidad que reconocía cualquier tipo de preferencia social como lícita. Por ello, habían aparecido numerosos precedentes rechazando situaciones de discriminación fundada en prejuicios, especialmente cuando estos se referían a grupos históricamente desventajados. Tales discriminaciones eran consideradas sospechosas de trasgredir la cláusula de igual protección, siendo necesario justificar cuidadosamente su licitud. Hacia 1954, al juez Hércules correspondía reconsiderar este asunto. Siguiendo la alegoría de la novela inacabada, debía escribir otro capítulo considerando materiales adicionales y una nueva audiencia. La única respuesta correcta era la prohibición de la segregación racial en las escuelas, aun cuando ello no fuere intención de la constitución original, aun cuando tal solución resultara contrapuesta a algunos precedentes previos, y aun en contra de la opinión de ciertos grupos minoritarios que resistían esta medida. Según Dworkin, solo cabía una forma de ser consistente con la integridad del sistema jurídico y la moralidad pública⁴⁹.

El juez Hércules, antes descrito, no es solo una teorización de la alta filosofía jurídica. En Europa Continental y Latinoamérica, este se ha convertido en parte del discurso de magistrados y académicos que han buscado expandir la autoridad judicial. Por ejemplo, esta tesis puede observarse en los textos de Zagrebelsky, quien plantea que los jueces no solo deben aplicar la ley, sino que deben recoger la red de vínculos jurídicos que componen todo el derecho (incluyendo los principios constitucionales con todas sus implicancias axiológicas)⁵⁰. Igualmente, abundantes referencias a la teoría de Dworkin pueden encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana desde la década de 1990⁵¹.

La figura de un juez omnisciente con la habilidad de descifrar, e incluso perfeccionar, la moralidad pública, sin duda constituye una ficción. Resulta difícil imaginar un magistrado con la sabiduría, método y ecuanimidad para reconstruir consistentemente el derecho y la moralidad pública, hallando una única respuesta correcta ante cada caso difícil. Sin duda los jueces son individuos altamente adiestrados en los laberintos de la dogmática jurídica, pero la mayor parte de ellos poseen un bajo entrenamiento para elaborar juicios propios de

⁴⁹ DWORKIN (1986) pp. 379-389.

⁵⁰ ZAGREBELSKY (2005) pp. 116-120. 151-153.

⁵¹ LÓPEZ MEDINA (2005) pp. 445-452.

la ética⁵². También parece inverosímil aceptar que el magistrado sería capaz de purificar los compromisos morales de la comunidad sin que, en el intento, imponga aun de forma inconsciente sus propias preferencias. El juez Hércules puede ser persuasivo como una figura propia de la gran teoría del derecho, pero difiere de los jueces reales.

Sin embargo, lo que resulta más complejo aún, es que la tesis propuesta por Dworkin es doblemente ficticia. Junto con exaltar la figura del juez, también idealiza los compromisos morales de la comunidad y/o la consistencia del sistema jurídico. Al sostener esta posición, esta minimiza los desacuerdos propios de las sociedades contemporáneas, los que se han agudizado como parte del proceso de modernización. Existen innumerables situaciones donde las normas jurídicas y las prácticas sociales se encuentran en contradicción, especialmente respecto de cuestiones que son altamente divisivas para la sociedad⁵³. Inclusive, sería posible sostener que un significativo número de directrices y principios de textura abierta dentro del ordenamiento jurídico poseen importantes grados de indeterminación porque no existe un compromiso bien definido respecto de sus consecuencias y alcance. Podemos fácilmente llegar a un acuerdo sobre el principio de igualdad ante la ley, pero sus eventuales consecuencias en lo relativo a los discapacitados, homosexuales, no-nacidos, o inversionistas extranjeros serán mucho más controversiales. Los aludidos compromisos morales de la comunidad no siempre serán identificables.

4. AGENTES CAPACES DE CONOCER DE MANERA DIRECTA LAS PREFERENCIAS MORALES DE LA CIUDADANÍA Y LA REALIDAD SOCIAL

Varios autores locales han ido más allá de la teoría de Dworkin, enfatizado la figura del juez como un actor capaz de leer directamente las preferencias morales de la comunidad y la realidad social, sin necesariamente desplegar una teoría compleja en relación con la consistencia del sistema jurídico. Esta lectura más radical del papel del juez debe entenderse como una reacción al positivismo jurídico que dominó Europa Continental y Latinoamérica hasta hace unas décadas. Caracterizados por una aproximación meramente dogmática, los tribunales fueron acusados de una profunda desconexión con la sociedad y de no dar respuesta a los problemas de su tiempo (por ejemplo, la lentitud en el cambio de las instituciones y la violencia política). En cierto modo, el neoconstitucionalismo fue una de las respuestas que encauzó aquellas críticas. Por ello, parte de esta corriente ha reivindicado el restablecimiento del vínculo directo entre el juez y la sociedad.

Existen innumerables autores que emplean esta figura retórica con diversos énfasis. Algunos han sostenido que "el objetivo de la actividad jurisdiccional [es] la realización de los valores jurídicos socialmente dominantes", tal como afirmaba hacia 1989 Jorge Correa Sutil, quien más tarde llegaría a ser miembro del Tribunal Constitucional de Chile⁵⁴. Este rol del magistrado como intérprete de la realidad social aparecería, por ejemplo, frente a casos en que existan lagunas o aplicación de estándares que requieren de una referen-

⁵² YOWELL (2018) pp. 104-113.

⁵³ ELY (1980) pp. 63-69.

⁵⁴ CORREA SUTIL (1989) p. 305. Es necesario reconocer, sin embargo, que esta lectura del rol judicial ha sido abandonada por Correa Sutil en los años recientes.

cia a elementos externos al sistema jurídico para su concreción. Entre otros, esta última aproximación ha sido defendida por Francisco Rubio Llorente, exministro del Tribunal Constitucional español⁵⁵. Al explicar los distintos presupuestos que permiten calificar si una discriminación establecida por la ley es o no constitucionalmente aceptable, Rubio Llorente afirmaba: “el poder del juez, como todo poder del Estado democrático, deriva exclusivamente de la comunidad, y solo en la conciencia jurídica de la comunidad puede buscar el juez el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad [...] de la obra del legislador”⁵⁶.

La posición de Luis Roberto Barroso, citado más arriba en relación con el rol de representación política que detentarían los jueces, constituye una buena ilustración de una lectura más radical de esta capacidad judicial. Según Barroso, los sistemas de reclutamiento y las garantías a su independencia permitirían que los magistrados pudieran interpretar las preferencias mayoritarias de la población sin que interfirieran los obstáculos que afectan a la democracia representativa. Una amplia lista de fallos judiciales, como los referidos a la desegregación racial de escuelas en los Estados Unidos o la garantía de acceso a los medicamentos para el VIH en Brasil, comprobaría que en innumerables ocasiones los jueces atienden demandas sociales insatisfechas⁵⁷. Inclusive, para Barroso, correspondería a los jueces cumplir el papel de “una vanguardia iluminista”, encargada de empujar procesos de cambio⁵⁸. Ello sería posible porque, “basado en materiales jurídicos, [...] correspondería al juez] interpretar el sentimiento social, el espíritu de su tiempo, y el sentido de la historia. Con la dosis correcta de prudencia y osadía”⁵⁹.

La capacidad de los jueces para interpretar directamente la realidad social evidentemente constituye un atributo ficticio. Cualquier persona que posea un conocimiento mínimo en ciencias sociales entiende las dificultades de una observación empírica. Sin embargo, quienes sostienen este atributo no están pensando en las complejidades de la inferencia causal, en el descarte de hipótesis competitivas, o en la codificación de datos para efectos de su diferenciación al momento de observar los hechos. Tampoco se estarían refiriendo a la opinión de peritos. Se trataría de una capacidad intuitiva que tendría el juez para formarse una opinión acabada de la realidad social. Sin embargo, la competencia de los magistrados –como la de todas las personas que poseen formación únicamente en ciencias jurídicas–, tiene importantes limitaciones a este respecto. Solo cabe reconocer que ellos se encontrarían en desventaja frente a las agencias administrativas y la legislatura, compuestas por personas que poseen distintos bagajes epistemológicos⁶⁰.

Además de las limitaciones para conocer la realidad social, se agregan otras relacionadas con la capacidad de los jueces para interpretar los sentimientos morales de la comunidad. Según ha sido analizado anteriormente, una de las objeciones a este punto es que

⁵⁵ PRIETO SANCHÍS (1991) p. 176.

⁵⁶ RUBIO LLORENTE (1991) p. 32.

⁵⁷ BARROSO (2016) pp. 158.164.

⁵⁸ BARROSO (2016) pp. 155.

⁵⁹ BARROSO (2016) pp. 164.

⁶⁰ YOWELL (2018) pp. 68-73. 98-104.

esta habilidad presupone que tales sentimientos homogéneos a nivel social existan y que el magistrado pueda aplicarlos sin sustituirlos por sus propias preferencias. También resulta problemático explicar cómo, de existir aquel *ethos*, este podría ser conciliado con la protección de las minorías.

5. ÓRGANOS IMPARCIALES QUE SE ENCUENTRAN POR SOBRE EL PROCESO POLÍTICO

Bajo diversas líneas de observación, la imparcialidad es otro de los atributos que constituyen el modelo de juez racional. Es casi un lugar común afirmar que los tribunales, por razones de diseño institucional, están en mejores condiciones de arbitrar casos de conflicto político o tutelar los derechos fundamentales. Por ejemplo, los jueces usualmente no son seleccionados por sufragio popular directo y no pueden ser removidos de sus cargos de manera expeditiva por el gobierno de turno. De acuerdo a ciertos autores dentro de esta corriente, como Luis Roberto Barroso, estos atributos les habilitarían para actuar de manera más ecuánime y resolver sobre asuntos que trascienden la política contingente recurriendo a los principios constitucionales⁶¹. A esta explicación sobre la imparcialidad judicial también se agregan otras. Para algunos, dicho atributo nacería en función de lo que el juez debe resolver: la constitucionalidad. En aquella perspectiva, Zagrebelsky plantea que los órganos políticos democráticos deciden sobre lo que se vota, mientras que, por el contrario, los jueces constitucionales poseen un rol distinto, de carácter republicano, orientado sobre aquello que no se vota⁶². Para otros, como Häberle, la apertura pluralista del tribunal a todos los intereses le permitiría participar de la actualización de la carta fundamental como contrato social, en conjunto con la ciudadanía⁶³. Ninguno de estos autores asevera que los jueces posean una imparcialidad absoluta. No obstante, ellos invitan a asumir teóricamente que los magistrados se encuentran por sobre el proceso político ordinario, minusvalorando el problema que ofrecen sus preferencias políticas personales y los incentivos institucionales.

No resulta sorprendente que el neoconstitucionalismo, el cual de forma significativa descansa en rol desempeñado por el juez, enfatice la imparcialidad de este último. El motivo se halla en la organización misma de la jurisdicción. De manera universal, la lógica básica del tribunal está constituida por la triada en que un tercero resuelve una disputa entre dos litigantes contradictores. Al momento de la sentencia, esta triada corre el riesgo perder su legitimidad y desestabilizarse, ya que el litigante perdedor puede percibir haber estado lidiando tanto contra su contradictor como contra el juez. Eventualmente, esta percepción podría causar que la parte perdedora se resista a cumplir la sentencia, y asimismo, que disminuya la autoridad del tribunal en el largo plazo. Por ello, buena parte del proceso y el comportamiento judicial se explican como un intento de garantizar la imparcialidad y evitar el quiebre de este mecanismo de resolución de conflictos⁶⁴.

En la jurisdicción constitucional, los incentivos para mantener la lógica de la triada y enfatizar la imparcialidad a nivel discursivo son aún mayores que en un proceso judicial

⁶¹ BARROSO (2010) pp. 145. 165.

⁶² ZAGREBELSKY (2007) pp. 101-102. En una tesis similar DWORKIN (1985) p. 38.

⁶³ HÄBERLE (1997) pp. 240-243.

⁶⁴ SHAPIRO (1981) pp. 1-16.

ordinario⁶⁵. Los jueces constitucionales muchas veces deben decidir sobre asuntos que dividen profundamente a la comunidad, tratando cuestiones básicas de la organización social como el sistema educativo y el rol del mercado. En otras ocasiones, la jurisdicción constitucional compone la última barrera de defensa de los derechos fundamentales frente a la acción u omisión del estado, como sucede en muchos de los casos de tutela. Y los jueces deben acometer esta última tarea aun cuando, a nivel de la sociedad, son percibidos indistintamente como una pieza integrante del mismo estado.

Sin embargo, los argumentos desarrollados por autores como Barroso, Zagrebelsky o Häberle –citados al inicio de este acápite– no deben conducirnos a asumir que los jueces actuarán siempre desde una posición de imparcialidad. Indudablemente, los magistrados parecerían estar en una posición de mayor neutralidad e independencia que los legisladores y las agencias administrativas. Pero esta es una apreciación relativa, no absoluta.

Los jueces integrados en tribunales colegiados –como resultan ser todas las cortes que resuelven de manera definitiva las controversias constitucionales–, votan en su proceso de deliberación, dirimiendo sus diferencias por la regla de mayoría. En este proceso, su comportamiento podría estar influido por un sinnúmero de variables extrajurídicas, especialmente en aquellas materias en que las disposiciones a interpretar posean una textura abierta que permita cierta laxitud hermenéutica. Este tipo de situaciones no están ausentes de los debates políticos y académicos sobre la jurisdicción constitucional. No es casual que el proceso de nombramiento de los jueces en los altos tribunales crecientemente atienda a sus distintas sensibilidades en materias morales o socio-económicas. Asimismo, es posible que diversas regulaciones de la organización judicial –como un periodo breve para el ejercicio en el cargo–, hayan sido diseñadas para conducir a los jueces a actuar considerando los eventuales escenarios políticos y económicos futuros. Tales factores han sido estudiados detenidamente, originando algunas corrientes académicas que intentan explicar el comportamiento de los magistrados basándose en aspectos tan disímiles como sus preferencias (*attitudinal model*) o su respuesta estratégica al contexto político (*rational choice*)⁶⁶. Por ello es posible afirmar que una teoría de la jurisdicción que ignore las variables antes señaladas no parece ser sino una ficción.

La incidencia de factores extrajurídicos resulta problemática desde la lógica de la triada, descrita más arriba. Cada vez que los jueces deciden dentro de su espacio de discrecionalidad, es posible que sus preferencias influyan en la sentencia. Al resolver sobre asuntos similares, es de esperar que los jueces actúen de forma consistente a lo largo del tiempo, constituyendo una especie de patrón identificable (por ejemplo, pro reo, pro empresa, pro trabajador). Si estas pautas de decisión tienen efecto en los procesos de ascenso y nombramiento de los jueces, o parecen estar coordinadas estratégicamente con la actuación de otros actores políticos, podrían prontamente ser entendidas como una actitud partisana, quebrando la percepción de imparcialidad del tribunal.

⁶⁵ SHAPIRO (1981) pp. 27-28.

⁶⁶ Para un resumen de distintos modelos que explican el proceso de toma de decisiones judiciales, ver por ejemplo: SEAGAL y SPAETH (2002) pp. 44-114.

Para intentar salvar estos cuestionamientos, algunos autores neoconstitucionalistas –como Alfonso García Figueroa–, han afirmado que la motivación es un asunto propio de las ciencias sociales o de un realismo jurídico ajeno a nuestra tradición. Lo relevante para el derecho sería que las decisiones judiciales, con prescindencia de su motivación psicológica o estratégica, estén adecuadamente justificadas en razones constitucionales. Para ello, utilizan ejemplos teóricos que resultan altamente improbables, como que no existen inconvenientes conceptuales para que un juez partidario del Ku-Klux Klan dicte una sentencia justa respecto de un ciudadano de raza negra. Con un correcto razonamiento y las causales de implicancia y recusación bastaría para despejar cualquier objeción a falta de imparcialidad judicial⁶⁷. No obstante, tales observaciones permanecen en lo meramente especulativo, sin lograr despejar los inconvenientes que plantea las posibles sensibilidades ideológicas al interior de los tribunales.

Evidentemente, es deseable que los jueces no sean individuos apáticos con la sociedad en la que viven pues, por la propia naturaleza de su función, requieren un alto nivel de compromiso que les permita enfrentar la resolución de conflictos. En este sentido, resulta natural que puedan desarrollar algún tipo de preferencia moral o política dentro en su esfera personal. Ello no debería acarrear ningún tipo de censura. Lo que resulta problemático para las democracias contemporáneas, es que el nuevo constitucionalismo ha permitido amplios espacios de discreción debido a la mayor indeterminación de los principios establecidos en la carta fundamental. O en otras palabras, ha abierto oportunidades para que aquellas preferencias abrazadas por los jueces se manifiesten.

III. LAS FUNCIONES DEL MODELO TEÓRICO: LOS DILEMAS DE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES Y DE LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA

Hasta ahora, hemos revisado brevemente distintos atributos de la figura del juez racional. Sin embargo, pese a su sofisticación académica, parece iluso concluir que ellos hubieren sido desarrollados con propósitos meramente intelectuales. Por ello es necesario preguntarse ¿cuál es la función que cumplen estos atributos que en gran medida resultan ficticios? La respuesta a aquella pregunta pareciera no estar lejos del modelo de legislador descrito por Nino, ideado para suponer una única voluntad tras el derecho y, al mismo tiempo, posibilitar cierto grado de creatividad en su interpretación⁶⁸.

Producto de fenómenos como la aplicación directa de la carta fundamental, los desafíos que los tribunales han empezado a enfrentar difieren de aquellos propios del constitucionalismo liberal clásico. Hoy, es habitual que la judicatura resuelva conflictos en que los litigantes sustentan sus pretensiones en derechos constitucionales contradictorios, o sobre el alcance de principios axiológicos que poseen un importante grado de indeterminación.

⁶⁷ GARCÍA FIGUEROA (1999) pp. 59-61.

⁶⁸ Es conveniente acotar, sin embargo, una importante distinción. Mientras la alegoría de Nino intenta explicar una lógica deductiva propia del método dogmático, el modelo de juez racional enfatiza el carácter reflexivo del magistrado.

La fundamentación teórica de aquellas decisiones no puede ser encontrada directamente en los escritos de Hamilton, ni en las ideas de Kelsen sobre la garantía de corrección formal del proceso legislativo⁶⁹. Por el contrario, los nuevos tipos de decisión judicial parecen contravenir algunos de los presupuestos del primer constitucionalismo, como la separación de poderes.

En este contexto, el modelo de juez racional entregaría un sustento teórico para invitar a confiar en los tribunales, afirmando que, en su nuevo papel, estos no están transgrediendo ni el orden jurídico ni el régimen democrático. En concreto, la función de estas hipótesis consistiría en dar una salida a los dilemas propios de la justificación de un nuevo tipo de decisión judicial creativa y de la responsabilidad política del juzgador.

En primer lugar, el modelo de juez racional intenta veladamente justificar decisiones que en realidad significan un grado importante de discrecionalidad. Ello resulta claro, por ejemplo, respecto de las sentencias en que los jueces dirimen conflictos ponderando principios o derechos fundamentales cuyos alcances resultan antagónicos. Debido a que la constitución incorpora un repertorio genérico de valores, distintos litigantes pueden fundar sus pretensiones en derechos fundamentales contrapuestos. En la práctica, frecuentemente nos encontraremos con conflictos de esta naturaleza, como aquellos que aparecen entre el derecho a la honra y el derecho a la información, o entre la propiedad privada y el derecho a vivir en un ambiente limpio, por nombrar solo algunos. Siendo aquellos derechos igualmente válidos, estos conflictos no pueden ser solucionados mediante un criterio de mera especialidad normativa⁷⁰. Para resolverlos, los jueces han desarrollado la técnica de la ponderación, consistente en establecer una especie de jerarquía axiológica ajustada al caso concreto que deben resolver. Esto quiere decir que el juez determina, para aquella situación en particular, que debe preferirse la aplicación de uno de los derechos o principios en cuestión, asignándoles un peso por razones jurídicas, éticas o políticas. Para algunos autores, como Alexy, esta técnica debería buscar una especie de razonamiento objetivo de optimización que trata de realizar ambos derechos tanto como sea posible⁷¹. No obstante, desde cualquier perspectiva, la ponderación constituiría una actividad valorativa por parte del juez que significa ejercer cierto margen de discrecionalidad⁷².

Aquella actividad, sin embargo, no resulta cuestionable para los partidarios de esta corriente. Por ejemplo, Alexy rechaza que la ponderación induzca al subjetivismo, pues puede hacerse operativamente mediante un procedimiento racional estructurado, el que en pasos sucesivos consideraría el grado de satisfacción de los derechos involucrados y justificaría el proporcional detrimento de uno de ellos⁷³. Luis Prieto Sanchís, en otro argumento en una dirección similar, afirma que la ponderación no amenaza la supremacía del legislador, en la medida que esos derechos son parte del ordenamiento y, por tanto, “parámetros de enjuicia-

⁶⁹ STONE SWEET (2000) pp. 32-38.

⁷⁰ PRIETO SANCHÍS (2003) p. 142; DWORKIN (1977) pp. 26-27.

⁷¹ ALEXY (2002) p. 47; ALEXY (2005) pp. 572-577; ALEXY (2010a) pp. 157-161.

⁷² PRIETO SANCHÍS (2003) p. 151.

⁷³ ALEXY (2005) pp. 572-577.

miento directamente aplicables”⁷⁴. No obstante, lo cierto es que en la práctica los magistrados deciden sin un método estricto para el juicio de ponderación, y que no existe un solo criterio para determinar cómo ha de construirse aquella jerarquía axiológica⁷⁵.

Algo similar puede afirmarse respecto de la aplicación judicial de principios jurídicos amplios. Las constituciones contemporáneas han incorporado un ambicioso catálogo de principios y derechos fundamentales redactados de manera indeterminada. Para utilizarlos en su razonamiento, el tribunal debe resolver sobre el alcance de su contenido. Habitualmente, esta actividad no se limita a aclarar la ambigüedad de una norma, sino que constituye una verdadera labor creativa, pues implica establecer consecuencias no expresadas directamente en la letra de la constitución⁷⁶.

Tal labor creativa de los jueces se ha convertido en un constante, como en el caso de la Corte Constitucional Italiana. Esta ha desarrollado numerosos criterios no establecidos expresamente –llamados sobreinterpretación–, como el derecho a informar y ser informado a partir de la disposición sobre la libertad de emitir opinión⁷⁷. En Latinoamérica, igualmente, los tribunales han empezado a reconocer lo que la doctrina denomina derechos implícitos, es decir, derechos fundamentales no expresos dentro del orden constitucional, originados a partir de la idea de dignidad humana o de normas de derecho internacional⁷⁸.

Evidentemente, las consecuencias de esta labor creadora son importantísimas para la práctica jurídica. Debido a que los derechos y principios constitucionales pueden incidir en todos los ámbitos de la vida social, para algunos autores su aplicación desemboca en la omnipresencia judicial⁷⁹. Desde una posición crítica, Guastini explica que en esta lectura del neoconstitucionalismo “no existen espacios para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay una cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea solo una *political question* [...] ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes”⁸⁰. Esta visión extensiva no es unánime dentro de esta corriente, aunque, con matices, se ha impuesto⁸¹.

El modelo de juez racional cumple una función central en justificar veladamente esta variedad de decisión judicial creativa. La figura del juez Hércules de Dworkin permite afirmar que los tribunales estarían únicamente siendo consistentes con la integridad del ordenamiento jurídico⁸². Del mismo modo, Alexy describe la capacidad de corrección del razonamiento judicial apuntando a que los magistrados toman decisiones bajo criterios objetivos⁸³. Al fin y al cabo, los atributos del juez racional ofrecen distintos argumentos para

⁷⁴ PRIETO SANCHÍS (2003) p. 157.

⁷⁵ GUASTINI (2010) pp. 90-91.

⁷⁶ COMANDUCCI (2007) p. 54.

⁷⁷ GUASTINI (2003) pp. 61-62.

⁷⁸ BAZÁN (2011) pp. 22. 52.

⁷⁹ PRIETO SANCHÍS (2003) p. 132.

⁸⁰ GUASTINI (2003) pp. 54-55.

⁸¹ Para una opinión distinta, ver ALEXY (2010a) pp. 394-426.

⁸² DWORKIN (1977) p. 84.

⁸³ ALEXY (2010b) pp. 69-70.

sostener que los magistrados no están creando retroactivamente derecho ni aplicando un capricho arbitrario.

En segundo lugar, el modelo teórico bajo análisis busca proveer una respuesta al dilema de la responsabilidad política del juez. En parte importante de la teoría del neoconstitucionalismo existe una sospecha hacia el proceso político, buscando explicar los motivos por los que la jurisdicción posee un rol correctivo por sobre la ley⁸⁴. Sin embargo, aquella sospecha convive con la afirmación de que los tribunales no reemplazan a los órganos que representan directamente a la soberanía popular. Tal como destaca Carlos Gaviria, ex magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, los jueces han debido enfrentar la necesidad de crear derecho, pero ello no implica un intento deliberado de “usurpar las funciones del legislador”⁸⁵. Este dilema puede resumirse en una especie de doble fidelidad, tanto hacia su rol de garante de las garantías constitucionales como hacia el régimen democrático⁸⁶. No es casual que la teoría del neoconstitucionalismo haya girado permanentemente en torno a explicar cómo un órgano cuyos miembros no son electos puede invalidar la legislación⁸⁷.

Para salvar aquel dilema, todos los atributos del juez racional de un modo u otro buscan reconectar al magistrado directamente con la ciudadanía, desde donde emanaría la fuente última de legitimidad del poder público. Según hemos analizado, Alexy plantea que las decisiones constitucionalmente correctas serían aceptadas en el largo plazo por ciudadanos desinteresados, y que los magistrados de la corte detentarían un tipo particular de representación política, distinta de una delegación electoral⁸⁸. Dworkin describe al juez Hércules como un reconstructor de la moralidad pública, contenida tanto en la integridad del sistema jurídico como a nivel de la práctica social⁸⁹. Adicionalmente, diversos jueces –como Luis Roberto Barroso–, han expresamente desarrollado la idea de que el juez canaliza una especie de conciencia mayoritaria de la comunidad⁹⁰.

Aunque de forma menos notoria, este vínculo puede inclusive observarse en la definición que algunos autores realizan de la imparcialidad judicial. Por ejemplo, Luis Prieto Sanchís sostiene que las condiciones que informan el proceso, como la independencia de los jueces y la obligación de motivar las sentencias, constituyen rasgos que les habilitarían para crear derecho de una manera que, indirectamente, resulta aceptable desde la perspectiva democrática. Así las cosas, señala: “si conjugamos esas virtudes formales con las exigencias de legitimidad democrática, incluso resulta posible concebir el propio proceso judicial

⁸⁴ GAVIRIA DÍAZ (2002) p. XIV; BARROSO (2016); ZAGREBELSKY (2003) p. 38.

⁸⁵ GAVIRIA DÍAZ (2002) pp. XIII-XIV.

⁸⁶ ZAGREBELSKY (2003) p. 149.

⁸⁷ El modelo de juez racional no salva la objeción democrática al *judicial review*, excepto para situaciones en que la corte corrija una infracción a un texto absolutamente claro de la constitución. En todos los demás casos, el modelo propone recurrir a elementos ajenos a la voluntad soberana manifestada por los mecanismos propios de democracia representativa, como la corrección argumentativa o la integridad del sistema jurídico. Ver por ejemplo: WALDRON (1999) pp. 291-302.

⁸⁸ “*The only way to reconcile constitutional review with democracy, is to conceive of it, too, as representation of the people*”. ALEXY (2005) p. 578.

⁸⁹ DWORKIN (1977).

⁹⁰ BARROSO (2016) pp. 148-150.

como una forma de participación ciudadana en la producción del Derecho"⁹¹. Al final del camino, el dilema de la responsabilidad política del juez se soluciona invariablemente mediante una remisión, ya sea oblicua ya sea directa, a la ciudadanía.

CONCLUSIÓN

Sin duda, el modelo de juez racional constituye una pieza relevante para comprender el lugar de los tribunales en el neoconstitucionalismo. De una forma análoga a la ficción sobre el legislador descrita por Nino, este intenta compatibilizar dos ideales en tensión. Por una parte, los atributos de este modelo buscan permitir soluciones jurídicas que involucran cierta creatividad y adaptación del derecho, es decir, una actividad propiamente dogmática. Por otra parte, ellos al mismo tiempo permiten afirmar que los tribunales realizan tal labor creativa sin abdicar de su adhesión al sistema democrático, tratando de sostener una especie de vínculo ininterrumpido entre la decisión judicial y la sociedad política.

El hecho de no ser empíricamente verificables, no convierte a los atributos del juez racional en una caricatura cínica. Por el contrario, ellos son el producto de un hábito intelectual de los juristas, quienes honestamente intentan dotar de validez a la práctica que describen. Al hacerlo, no solo buscan justificar teóricamente el funcionamiento del derecho, sino que, con un afán pedagógico, proponen asimismo cómo este debería operar. En efecto, también es posible proponer una segunda lectura de estos atributos: una invitación dirigida a los jueces, estimulándolos para intentar ser racionales, consistentes con la integridad del sistema jurídico, imparciales y atentos a la realidad. Tal segunda lectura, sin embargo, difiere en buena parte del propósito original de estas tesis, destinadas a legitimar subrepticamente una importante área de discreción judicial.

La existencia de este tipo de ficciones teóricas no es nueva en la historia del derecho. Con distintas características las podemos hallar a través de la figura del buen juez en el *ius commune* medieval⁹². Ciertamente, también la encontramos en el mismo legislador racional propio de la dogmática positivista, explicado por Nino⁹³. No obstante, es conveniente indicar que la anterior práctica jurídica descansaba en un acervo cultural y ético relativamente compartido, mientras que el actual modelo de juez racional se desenvuelve en un contexto totalmente distinto, en el que la modernidad ha ido diluyendo aquellos lazos comunes que determinan el acuerdo sobre lo que es justo y moralmente aceptable. Por ello, los dilemas de la justificación de la discrecionalidad y de la responsabilidad política hoy resultan más apremiantes.

El modelo de juez racional ha sido un intento de explicar un nuevo tipo de actividad jurisdiccional que la misma sociedad política ha puesto sobre los hombros de los tribunales. La necesidad de supervigilar la constitucionalidad de las leyes, o el requerimiento de aplicar principios jurídicos y derechos cuyo alcance es indeterminado, no es un fenómeno que haya sido incitado por los jueces, quienes muchas veces han aceptado aquellos desafíos con

⁹¹ PRIETO SANCHÍS (1993) p. 119.

⁹² TAU (1992) pp. 487-493.

⁹³ NINO (2003). pp. 328-347.

moderación y nobleza. En parte, estos fenómenos han nacido de la creciente fragmentación política y el fracaso de nuestros intentos de reducir la complejidad del derecho.

Pese a lo anterior, resulta inadmisibles asumir acríticamente estos atributos, otorgándole el carácter de verdades que ignoran las limitaciones de los magistrados. Tal como sería absurdo creer ciegamente en un legislador omnisciente, preciso y único, resulta insensato atribuir a los atributos del juez racional el carácter de realidades absolutas. Puede haber innumerables motivos para reconocer un nuevo rol de los tribunales y la legitimidad del *judicial review* —como la propia autolimitación del poder frente a la incertidumbre de los nuevos escenarios políticos—. No obstante, ninguno de ellos pasa por aceptar como verdades que los jueces son una expresión de la razón institucionalizada o seres angélicos capaces de leer inequívocamente los sentimientos morales de la sociedad.

Para el Derecho, una de las interrogantes de la hora presente es cómo limitar aquellos espacios de discrecionalidad que el neoconstitucionalismo ha abierto sin restar efectividad a los principios y derechos establecidos en la carta fundamental. Con este propósito se han escrito interesantes trabajos que insinúan algunas soluciones a este desafío. Entre ellas podemos destacar una definición más precisa de lo que debemos considerar como *political questions*, una mayor referencia a la ley al momento de materializar el alcance de la constitución, una conceptualización de los derechos fundamentales que permita tests de razonamiento más robustos que no se agoten en el mero juicio de ponderación, y el establecimiento de mecanismos que permitan la colaboración institucional entre jueces y legisladores⁹⁴. Del éxito de estos intentos depende superar una aproximación ingenua a la ficción del juez racional. Solo de esa manera podremos evitar se cumpla la inscripción contenida en aquel viejo grabado del pintor español Francisco de Goya, quien nos advierte que, en ocasiones, los sueños de la razón pueden producir sus propios monstruos⁹⁵.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA, Paola (2014): *Diálogo Judicial y Constitucionalismo Multinivel. El Caso Interamericano* (Bogotá, Universidad del Externado).
- ALDUNATE, Eduardo (2010): “Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 23: pp. 79-102.
- ALEXY, Robert (2005): “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, N° 3: pp. 572-581.
- ALEXY, Robert (2007): *Teoría de la argumentación jurídica* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ALEXY, Robert (2010a): *A Theory of Constitutional Rights* (New York, Oxford University Press).
- ALEXY, Robert (2010b): *An Argument against Injustice. A Reply to Legal Positivism* (New York, Oxford University Press).

⁹⁴ NINO (1996) pp. 196-216. SILVA (2016); URBINA (2017) pp. 215-252; TUSHNET (2014).

⁹⁵ GOYA (1799) p. 43r.

- ALEXY, Robert (2015): “Legal Certainty and Correctness”, *Ratio Juris*, Vol. 28 N° 4: pp. 441-451.
- BARROSO, Luis Roberto (2007): “El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho en Brasil”, *Revista de Derecho (Universidad de Montevideo)*, N° 12: pp. 25-50.
- BARROSO, Luis Roberto (2016) “La Razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales”, en GARGARELLA, R. y NIEMBRO, R (eds.), *Constitucionalismo Progresista. Un Homenaje a Mark Tushnet* (Ciudad de México, UNAM) pp. 137-165.
- BAZÁN, Víctor (2011): “La Corte Suprema de Justicia Argentina y la Protección de los derechos fundamentales”, en REY, Fernando (ed.) *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes* (Madrid, Editorial Complutense) pp. 21-57.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007): “Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teorías del Neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta - UNAM.) pp. 289-325.
- CAPELLETTI, Mauro (1986): ¿Renegar de Montesquieu? La Expansión y la Legitimidad de la Justicia Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 17: pp. 9-46.
- CARBONELL, Miguel (2003): “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta) pp. 9-12.
- CARBONELL, Miguel (2007): “El neoconstitucionalismo en su laberinto” en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta) pp. 9-12.
- COMANDUCCI, Paolo (2002): “Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico.” *Isonomía*, N° 16: pp. 89-111.
- COMANDUCCI, Paolo (2007): “Modelos de Interpretación de la Constitución” en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta) pp. 41-67.
- CORREA SUTIL, Jorge (1989): “Formación de Jueces para la democracia”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 33-34: pp. 271-320.
- COTTERRELL, Roger (1992): *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press).
- COUSO, Javier (2007): “The Seduction of Judicially Triggered Social Transformation. The Impact of the Warren Court in Latin America”, en SCHEIBER, Harry (ed.), *Earl Warren and the Warren Court. The Legacy in American and Foreign Law* (Plymouth, Lexington) pp. 237-263.
- DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1985): *A Matter of Principle* (Cambridge, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire* (Cambridge, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1996): *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Harvard University Press).
- ELY, John Hart (1980): *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Harvard University Press).
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2010): “La democracia y el juez constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 13: pp. 14-17.
- FIORAVANTI, Maurizio (1996): *Los derechos fundamentales. Apuntes para una historia de las constituciones* (Madrid, Trotta).

- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1999): “Palabras, palabras, palabras, de lo que el derecho le dice a los jueces”, *Jueces para la Democracia*, N° 36. pp. 58-66.
- GAVIRIA DÍAZ, Carlos (2002): *Sentencias. Herejías Constitucionales* (Bogotá, Fondo de Cultura Económica).
- GOYA, Francisco (1799): *Los caprichos* (Madrid, s/e, Ejemplar en Biblioteca de Catalunya).
- GUASTINI, Ricardo: (2003): “La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso Italiano”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta) pp. 49-73.
- GUASTINI, Ricardo (2010): *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional* (Madrid, Trotta - UNAM).
- HÄBERLE, Peter (1997): “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, en GARCÍA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F. (eds.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Madrid, Dykinson) pp. 231-285.
- HILBINK, Lisa (2012): “The Origins of Positive Judicial Independence”, *World Politics*, Vol. 64. pp. 587-621.
- HIRSCHL, Ran (2007): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of Neo-Constitutionalism* (Cambridge, Harvard University Press).
- KUMM, Matthias (2012): “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (New York, Oxford University Press) pp. 201-217.
- LÓPEZ MEDINA, Diego (2005): *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá, Legis).
- NINO, Carlos Santiago (1996): *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven, Yale University Press).
- NINO, Carlos Santiago (2003): *Introducción al Análisis del Derecho* (Buenos Aires, Astrea).
- PITKIN, Hanna (1972): *The Concept of Representation* (Berkeley, The University of California Press).
- POZZOLO, Susanna (1998): “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, N° 21, Vol. 2: pp. 339-353.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1991): “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, N° 9: pp. 175-198.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1993): *Ideología e Interpretación Jurídica* (Madrid, Tecnos).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1998): *Ley, Principios, Derechos* (Madrid, Dykinson).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003) “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta) pp. 123-158.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2010): “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, N° 44: pp. 461-506.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2011): “Luigi Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principalista”, *Doxa*, N° 34: pp. 229-244.
- RAWLS, John (2005): *Political Liberalism* (New York, Columbia University Press).
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1991): “La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 11: pp. 9-36.
- SHAPIRO, Martín (1981): *Courts. A Comparative and Political Analysis* (Chicago, The Chicago University Press).

- SHAPIRO, Scott J. (2011): *Legality* (Cambridge, Belknap / Harvard University Press).
- SEAGAL, Jeffrey, SPAETH, Harold (2002): *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (New York, Cambridge University Press).
- SILVA, Luis A. (2016): *La dimensión legal de la supremacía constitucional* (Santiago, Thomson Reuters)
- STONE SWEET, Alec (2000): *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (New York, Oxford University Press).
- TATE, C. N., VALLINDER, T. (1997): *The Global Expansion of the Judicial Power* (New York, New York University Press).
- TAU, Víctor (1992): *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano* (Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho).
- TUSHNET, Mark (2014): “Revisión judicial dialógica.” En GARGARELLA, R (ed.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. (México, Siglo XXI) pp. 105-116.
- URBINA, Francisco J. (2017): *A critique of proportionality and balancing* (Cambridge, Cambridge University Press)
- VON BOGDANDY, Armin (2015): “Ius Constitutionale Commune en América Latina. Una mirada al constitucionalismo transformador”, *Revista de Derecho del Estado*. N° 34: pp. 3-50.
- WALDRON, Jeremy (1999): *Law and Disagreement* (New York, Oxford University Press)
- YOWELL, Paul (2018): *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review* (Oxford, Hart).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2005): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Trotta).
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2007): “Jueces Constitucionales”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid, Trotta) pp. 91-104.

REPENSANDO EL TESTIMONIO: LA DISTINCIÓN ENTRE AGENTE Y PRODUCTO

RETHINKING THE TESTIMONY: THE DISTINCTION WITHIN THE AGENT AND THE PRODUCT

MARÍA DE LOS ÁNGELES GONZÁLEZ COULON*

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo principal cuestionar la visión tradicional que se ha tenido de la prueba testimonial, planteando la necesidad de generar un concepto amplio de testimonio que permita incluir en su regulación y análisis otros testimonios en juicio. El análisis, desde una perspectiva amplia de testimonio, debe distinguir, en las etapas de conformación y valoración del material probatorio, entre quien realiza la declaración –el agente– y el producto de dicha declaración –testimonio propiamente tal–, porque de lo contrario, y de acuerdo a nuestra regulación civil actual, el agente termina contaminando el producto.

Palabras clave: testimonio, prueba testimonial, etapas actividad probatoria, testigo, declaración.

ABSTRACT: The main objective of this work is to question the traditional view regarding proof by testimony, raising the necessity of generating a wide concept of testimony that allows the inclusion of other testimonies in trials in its regulation and analysis. The analysis, from a widespread perspective of testimony, shall distinguish, in the stages of conformation and value of the evidentiary material, between the party making the declaration –the agent– and the product of such declaration –testimony as such–, since otherwise, according to the civil law in force, the agent ends contaminating the product.

Key words: testimony, proof by testimony, probatory activities stages, witness, declaration.

INTRODUCCIÓN

El término testimonio ha sido, a lo largo del tiempo, examinado desde dos vertientes. La primera de ellas, dice relación con la prueba testimonial tradicionalmente entendida, es decir, desde la mirada de un tercero que percibió algo con alguno de sus sentidos, y la segunda, desde la desconfianza absoluta en lo que el testigo va a declarar, porque ese tercero podría estar, por un lado, influenciado por alguna de las partes o tener un cierto interés en el juicio, y por otro porque no se confía de lo que dicha persona percibió¹. Esta manera tradicional de estudiarlo ha tenido como consecuencia que se olvide la importancia que el testimonio tiene en el proceso, las falencias de su regulación y, más aún, la posibilidad de proyectar dicha regulación a otros medios de pruebas que también pueden ser entendidos como testimonio. Así, esto ha producido que solo se estudie, en material civil, a

* Doctora (c) Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora asistente Departamento Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago, Chile. Dirección electrónica: magonzalez@derecho.uchile.cl.

¹ GORPHE (1971).

través del listado de quienes pueden ser testigos, de cómo debe desarrollarse su declaración y cómo debe valorarse.

No obstante lo anterior, el escaso análisis de dicho medio de prueba –en comparación con la prueba científica, por ejemplo– es paradójico, porque si bien su estudio dentro del ámbito jurídico es menor comparativamente o excesivamente formal, es la forma en que hemos obtenido la mayoría de los conocimientos que tenemos, ya que muy pocas veces esos conocimientos están basados en experiencias primarias y propias de cada uno², sin embargo, hay un exceso de desconfianza en el mismo. Una de las posibles explicaciones al respecto, es quizás el exceso de relevancia que se le ha dado, dentro de la regulación de los distintos procesos a la prueba instrumental³ y hoy en día, a la sobrevaloración que experimenta la prueba científica tanto epistémica, otorgándole una infalibilidad que no tendría porque “(...) no constituyen por lo general un razonamiento de tipo deductivo, sino que están basadas prevalentemente en leyes estadísticas y sus resultados han de ser aún interpretados a la luz de otros datos (...)”⁴, como semántica ya que “(...) los resultados de la prueba dicen cosas distintas de las que en realidad dicen”⁵.

La situación descrita, de inmensa desconfianza y de un análisis meramente reglamentario de la prueba testimonial versus el resto de los medios de prueba se refleja claramente en el proceso civil chileno donde se ha señalado que la eficacia de este medio de prueba “(...) es dependiente en gran medida de la credibilidad de la persona que presta la declaración sobre el hecho”⁶, es decir, todo gira en torno al agente que realiza la declaración, olvidando el producto de la declaración de dicha persona. En otras palabras, la manera en que se aborda este medio de prueba ha implicado que el testigo contamine la declaración que efectuará.

La regulación civil chilena respecto al testimonio manifiesta plenamente las vicisitudes planteadas con antelación porque no solo mira el testimonio desde una perspectiva tradicional –como un tercero–, sino que enumera una serie de personas como inhábiles para declarar en juicio. Luego, menciona de forma detallada el procedimiento para deducir las tachas, el cual es a lo menos curioso ya que si bien deben formularse antes de la declaración del testigo, pueden fallarse en la sentencia definitiva. Finaliza regulándose, de acuerdo a los parámetros de un sistema de prueba legal o tasada, la forma en que esta prueba debe valorarse, dejando de lado la relevancia del testimonio como fuente de conocimientos.

Es por lo precedente, que este artículo tiene por objeto generar un nuevo concepto, centrado en la naturaleza jurídica de este medio de prueba, lo que creo es trascendental por la importancia que este tiene al ser una forma de adquisición de conocimiento⁷. No obstante, en la actualidad, aquello ha sido olvidado siendo analizada como una prueba de menor calidad⁸ como consecuencia de que su examen se ha situado en torno al testigo y a la des-

² VÁZQUEZ (2015) p. 49.

³ VÁZQUEZ (2015) p. 9. TARUFFO (2012) p. 416.

⁴ GASCÓN (2013) p. 183.

⁵ GASCÓN (2013) p. 186.

⁶ PALOMO *et al.* (2014) p. 330.

⁷ VÁZQUEZ (2015) p. 49.

⁸ ADLER (2017).

confianza que se tiene en él, lo que hace necesario plantear un nuevo análisis que permita mirar en perspectiva el medio de prueba estudiado impidiendo que el testigo contamine la declaración que efectuará.

Esta contaminación a la que me he referido, ha derivado en la subvaloración general de la prueba testimonial⁹, impidiendo un examen correcto en las etapas de conformación y valoración de este medio de prueba lo que trae como consecuencia que el conflicto no pueda resolverse de manera correcta ni pueda tampoco cumplir con el propósito de búsqueda de la verdad. Se ha señalado que esto sucede por el poco interés en mejorar la institución probatoria en busca de los objetivos planteados ya que los sistemas judiciales tienen actualmente grandes aspectos subjetivistas¹⁰, lo que se ve reflejado en Chile, a pesar de tener un sistema de prueba legal o tasada.

En este artículo desarrollaré un re-análisis de este medio de prueba a través de un concepto amplio de prueba testimonial. Luego, dentro de dicho concepto identificaré dos elementos que creo deben abordarse en el mismo nivel, cuales son, quien realiza la declaración, al que comúnmente se le llama testigo y aquí se denominará, sujeto o agente, y el resultado o contenido de dicha declaración que llamaré producto. En un primer momento, plantearé el examen separado de los mismos para un mayor entendimiento del testimonio, y por qué ello trae importantes ventajas aparejadas que también se revisarán. Este análisis se realizará tanto en la etapa de conformación del material probatorio como en la de valoración del mismo.

El desarrollo de este trabajo estará estructurado de la siguiente manera: (1) efectuaré una breve referencia a la visión tradicional del testimonio en nuestro proceso civil; (2) luego, realizaré una propuesta respecto a una definición amplia de testimonio, para como consecuencia de aquello, (3) plantear la necesaria distinción entre los dos elementos que contiene la definición de testimonio, como son el agente y el producto, destacando la importancia de aquello. Terminaré, (4) entregando ciertas conclusiones generales al respecto.

1. VISIÓN TRADICIONAL DEL TESTIMONIO

La visión tradicional del testimonio se ha centrado en el estudio del mismo desde la perspectiva de una declaración sobre ciertos hechos que realiza un tercero. En dicha concepción tradicional se ha definido él mismo como la “declaración sobre un hecho relevante para el objeto de la prueba, realizada por un sujeto que afirma tener conocimiento de tal hecho”¹¹, es decir, no se realiza distinción alguna entre los elementos que el testimonio contiene, siendo entonces el agente –el testigo– y el producto de su declaración, un todo.

La definición anterior, es la realizada por la doctrina basándose en los elementos que el propio legislador le ha proveído –ya que el legislador no lo ha definido–. Dichos elementos son principalmente, el listado de quienes pueden declarar como testigos, la forma ordinaria y ciertas formas especiales para realizar la declaración del testigo, y cómo debe va-

⁹ QUINTANA (2008) p. 102.

¹⁰ RAMOS (2019) p. 36.

¹¹ PALOMO *et al.* (2014) p. 329.

lorarse dicha prueba. Es decir, es una mera descripción, que no realiza distinciones respecto al agente y el producto de la actividad, ni entre las distintas etapas de la actividad probatoria.

Este tratamiento tradicional y meramente descriptivo del testimonio, se encuentra reflejado de manera clara en nuestro Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), así como también en el estudio de los nuevos procesos, que si bien es cierto han tratado de realizar una cierta evolución en materia probatoria, igualmente mantienen un sesgo tradicional en el tratamiento de la misma. Así, si bien la valoración de la prueba testimonial en las nuevas leyes, se rige por las normas de la sana crítica, existiendo una diferencia entre el momento de conformación del material probatorio y el de valoración; en el caso de la prueba testimonial, no hay un análisis pormenorizado y sesgado entre el testigo y su testimonio ni en sede de inclusión ni en sede de valoración, lo que finalmente hace que se mantenga la visión conservadora sostenida.

Como ya se esbozó al inicio, la visión tradicional al referirse al testimonio, siempre lo hace desde la perspectiva del hablante, testigo o agente, y ello rebota al producto de la declaración. Desde esta visión, la prueba testimonial vendría siendo un medio de prueba en que un tercero –el testigo– declara respecto a la ocurrencia de un hecho, entremezclándose con la misma definición que a ratos se da del testigo. Así, el testigo sería “una persona de quien se supone que sabe algo relevante sobre los hechos del caso a quien se interroga bajo juramento con el fin de saber lo que ella conoce sobre tales hechos”¹², o como otros autores lo caracterizan, la “persona natural –las personas jurídicas no perciben sensorialmente datos o informaciones, solo pueden suministrar informes– que como fuente de un hecho o hechos declara en el proceso sobre su percepción y conocimiento de hechos y circunstancias pasadas”¹³. Otra parte de la doctrina, solo enumera sus características, es decir, el testigo es un tercero indiferente dentro del proceso; que declara sobre hechos precisos, y conoce los hechos por haberlos percibido por sus propios sentidos o el dicho de otro¹⁴.

Respecto a la declaración propiamente tal que este tercero realiza, pocas definiciones se refieren a la misma, y siempre lo hacen desde la arista del agente. Así, se ha definido como “el acto dirigido a verter en el proceso ese hecho pasado mediante la declaración del testigo”¹⁵, o como un “acto humano dirigido a representar un hecho no presente”¹⁶.

La visión clásica jurídica del testimonio, centra su atención no en definirlo exactamente ni establecer sus elementos fundantes, sino que en analizarlo desde la mirada del agente y centrar en él la posible caracterización del testimonio, sin realizar ningún tipo de distinción. Se establece que la posible inclusión de una declaración estaría dada solo por las características personales del testigo y que la valoración del testimonio también estaría centrada en la credibilidad del mismo y no en el contenido de su actividad.

En palabras simples, al analizar el estudio que se realiza del testimonio, lo que se hace es definir quién es testigo y luego transcribir la regulación establecida por el legisla-

¹² TARUFFO (2008) p. 62.

¹³ RIVERA (2011) p. 186.

¹⁴ MATURANA y MONTERO (2010) p. 985.

¹⁵ RIVERA (2011) p. 186.

¹⁶ CARNELUTTI (1982) p. 121.

dor. La estructura se define entonces por: concepto, clasificación, limitaciones, iniciativa, oportunidad procesal para hacerla valer, obligaciones y derechos de los testigos, capacidad y desarrollo de la declaración¹⁷.

En el ámbito del proceso civil nacional, todo lo dicho es claro porque toda la regulación de nuestro CPC gira en torno al agente y las razones para no creer en él. Así, (i) se enumera a los inhábiles para declarar, quienes podríamos entender son personas poco creíbles y que por lo tanto sus declaraciones no deberían tener ningún valor. Esto por supuestas relaciones personales con la parte que lo presenta, sin considerar que esa posible cercanía podría entregar información sumamente relevante y de total interés para resolver el caso; (ii) se tratan las tachas, que está vinculado a lo anterior; (iii) se enumeran quienes están exceptuados de declarar, lo que tiene su fundamento en situaciones de privilegio o dignidad, pero que también obvian la posibilidad de entregar información relevante; (iv) lista a quienes pueden declarar, pero en su domicilio; (v) menciona la forma en que van a declarar; y (vi) al estar ante un sistema de prueba legal o tasada determina la forma en que deben valorarse las declaraciones del testigo, cuyo centro es el agente, y nunca el contenido de su declaración. Un ejemplo de ello está constituido por el artículo 384 del CPC que señala que un testigo imparcial y verídico constituirá presunción judicial a diferencia de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales constituirán plena prueba.

Cabe destacar que incluso la normativa referida a la valoración de este medio de prueba y que utiliza la terminología “declaraciones de testigos”, centra su análisis en estos últimos y no en el contenido de aquella. Por ejemplo, el centro del numeral 1° del artículo 384 CPC no es la declaración sino el hecho de que la realiza un testigo imparcial o verídico, lo mismo que sucede con el numeral 3° que si bien inicia con el supuesto análisis de la declaración, la valoración estará dada por la fama o imparcialidad de los testigos. En concreto, lo único que hace referencia como tal a la declaración, a mí modo de ver, es aquello que señala que la misma deberá conformarse con otras pruebas del proceso.

Todo lo anterior a nivel legislativo, también se refleja en la doctrina donde en general¹⁸ no se hace más que definir de manera tradicional este medio de prueba y enumerar el procedimiento. Esto, sin mayores cuestionamientos y siempre centrado en la figura del agente¹⁹.

En definitiva, el estudio del testimonio está enfocado en la figura del testigo dejándose de lado su declaración, y así la valoración del mismo se enfoca, en materia civil, en el número de testigos²⁰. Lo anterior, trae aparejados dos problemas que resolver, el primero la falta de distinción entre agente y actividad, lo que es de suma importancia, porque una cosa es quien realiza la declaración y otra, muy distinta, es el contenido de la misma. *Ergo*, en ciertas ocasiones puede ocurrir que se decida, en un primer momento, admitir que una

¹⁷ PALOMO *et al.* (2014) MATURANA y MONTERO (2010).

¹⁸ Respecto a la doctrina nacional, solo CONTRERAS (2015) ha ido más allá en esta materia desarrollando en su trabajo aspectos de la psicología del testimonio pertinentes para la valoración del mismo y la forma en que debe valorarse este medio de prueba en segunda instancia.

¹⁹ Véase por ejemplo los artículos 357 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

²⁰ Artículo 384 del Código de Procedimiento Civil.

determinada persona declare en juicio, valorando posteriormente su credibilidad; en otras circunstancias, puede darse que por muy confiable que sea dicha persona, puede ser que lo que vaya a declarar no tenga relevancia en el juicio o, de tenerla, su relato incluya hechos imposibles de suceder. Al revés, puede ocurrir que la persona del testigo no sea totalmente creíble, pero que su declaración tenga un valor fundamental dentro del proceso, y permita apoyar una de las tesis presentadas por las partes. Así, este primer problema nos vincula con el segundo, cual es el hecho de que al realizar dicha distinción tampoco podemos analizar correctamente al agente y su declaración en los distintos momentos de la actividad probatoria que también se confunden en materia civil, cuales son lo de conformación y de valoración del material probatorio.

2. PROPUESTA DE UNA DEFINICIÓN AMPLIA DE TESTIMONIO

Para afirmar el conocimiento de cualquier aspecto de la vida diaria, utilizamos el testimonio como fuente de información. El testimonio es una forma de aproximación a ciertos hechos, confiándose *per se* y sin cuestionamientos mayores en lo que se nos señala, y sin tener, al mismo tiempo, forma de verificar lo que se nos ha dicho, o pudiendo verificarse solo a través de otros testimonios²¹, como menciona Thagard “cuando alguien te cuenta algo, ¿debes creerle? Este problema es óbice en el derecho, los negocios, la ciencia y en la vida diaria. Por ejemplo, cuando un juez debe decidir en base a un testimonio”²². De hecho, tomamos decisiones importantes de nuestra vida basado en esta fuente de conocimiento.

Como hemos señalado, la mayoría de los conocimientos que tenemos, los hemos obtenido a través de testimonios²³, lo que se puede ilustrar a través de dos ejemplos; el primero dice relación con nuestras experiencias familiares, ya que muchas de las historias que contamos y repetimos constantemente sobre nuestras familias no las hemos vivido nosotros, como experiencia primaria, sino que han sido contadas por nuestros ascendentes, no obstante ello, cada uno de nosotros las reitera, añadiendo ciertas aristas que nos han relatado diversas personas, como si fueran completamente reales, sin cuestionamientos y como si las hubiésemos vivido. Un segundo ejemplo, son los conocimientos que el profesor de historia nos transmite, quien nos menciona fechas de ciertos acontecimientos y detalles que nosotros aprendemos y luego transmitimos a las generaciones venideras, sin preguntarnos si el hecho relatado realmente ocurrió, o si de ocurrir, sucedió en la fecha mencionada.

No obstante lo anterior, el testimonio ha sido analizado con cierta superficialidad, por lo que creo que debe estudiarse y conocerse en mayor medida. Así, como revisaremos, para muchos el testimonio es solo un acto de comunicación, sin embargo, creemos que este va mucho más allá porque implica realmente una transferencia de conocimientos que realiza un agente (algunos lo denominan hablante) a una determinada audiencia. Dicha audiencia no solo recibe dichos conocimientos, sino que con esa información toma decisiones importantes sin cuestionar, en la mayoría de los casos, la información proporcionada²⁴.

²¹ PÁEZ (2014) pp. 99-100.

²² THAGARD (2005) p. 295.

²³ VÁZQUEZ (2015) p. 49.

²⁴ VÁZQUEZ (2015) pp. 49 ss.

Así, para la elaboración de un concepto de testimonio que no solo nos permita definirlo sino también entender los problemas y formas de justificación del mismo, es que utilizaremos el desarrollo que la epistemología ha tenido al respecto. Luego, el objetivo, será, tomándome de las ideas elaboradas por Páez en esta temática “(...) más bien examinar cómo es entendida la prueba testimonial en el derecho, determinar cuál de esas posiciones es más afín, y utilizar la especificidad de la prueba testimonial para enriquecer un debate filosófico que a veces se queda en un plano muy general y no entra a examinar los diferentes usos que se le da al testimonio”²⁵.

Utilizaré la epistemología como herramienta de comprensión del testimonio porque la misma ha sido una ciencia que de una forma u otra ha permitido entender los razonamientos probatorios²⁶, principalmente en el momento final de la toma de decisión y de motivación de la misma²⁷. Luego, para una revisión ordenada de los posibles conceptos de testimonios que pretendo analizar, comenzaré con aquella idea en que el testimonio solamente es un acto de comunicación, para luego dar paso hacia aquella que esboza que el testimonio es una fuente de información, y que, por tanto, a través de él estaríamos transfiriendo conocimiento y generando creencias.

En primer término, se ha mencionado que el testimonio al igual que la memoria es solo una forma de transmitir el conocimiento²⁸, por ende, “se difunde el conocimiento a través de la comunicación”²⁹. Ahora, esto no impide que en ciertos casos este testimonio pueda llegar a generar conocimiento³⁰.

De esta manera, entender el testimonio como un acto comunicativo, implica en el ámbito jurídico, concebirlo como la “transmisión del conocimiento de un hecho adquirido por el testigo”³¹, existiendo –según Dosi– dos fases, cuales serían la de adquisición de dicho conocimiento y la de transmisión del mismo, centrándose en materia procesal solo en la segunda de ellas, siendo el testigo “(...) un simple instrumento de transmisión de aquel hecho”³².

Sin embargo, esta idea del testimonio como acto de comunicación, igualmente se vincula con información y conocimiento³³, y por eso creo que vincular el testimonio solo con la idea de comunicación es un concepto que se observa incompleto. En el ámbito jurídico, el testimonio va más allá de un acto de comunicación porque será el antecedente necesario para la resolución de un conflicto, ya nos mencionaba Coady, quien ha desarrollado de forma completa la idea de testimonio, que este es un acto de habla con una cierta intención, al definirlo como un “acto ilocutorio” que es llevado a cabo bajo ciertas condiciones e intenciones³⁴.

²⁵ PÁEZ (2014). p. 100.

²⁶ NIEVA (2010) p. 99.

²⁷ NIEVA (2010) pp. 107 y 110.

²⁸ LACKEY (1999) p. 471.

²⁹ GRAHAM (1997) p. 231.

³⁰ LACKEY (1999) p. 490.

³¹ DOSI (2016) p. 3.

³² DOSI (2016) p. 6.

³³ ADLER (2017).

³⁴ COADY (2002) p. 25.

Así, sin obviar que a diferencia de la memoria y la percepción, el testimonio tiene una intención comunicativa³⁵, esto no obsta a la adquisición de conocimiento y al traspaso de información que implica, donde es posible distinguir tres elementos: “a) la expresión de información, creencias o conocimiento mediante un acto de comunicación; b) una conexión razonable entre lo dicho por el hablante y lo adquirido por la audiencia; c) la información adquirida al menos en parte mediante ese acto de comunicación”³⁶. Como bien lo explica Vásquez, el testimonio es una práctica social que se materializa a través de un acto de habla, pero del cual, querámoslo o no, obtenemos conocimiento³⁷.

En otras palabras, si bien la idea de testimonio se desarrolla como un acto comunicativo, finalmente “el concepto general de testimonio supone la existencia de al menos dos agentes, el hablante y la audiencia, con distintos roles, características y exigencias (...)”, que si bien se entienden insertos en un acto de comunicación, el acto del testimonio tiene un determinado significado, siendo para la audiencia una fuente de conocimiento o creencias, y por tanto suponiendo la existencia de dos asuntos, el primero es que los oyentes pueden adquirir conocimiento a través del testimonio de otros, y que los hablantes tienen ese conocimiento.

El testimonio entonces es una fuente de conocimiento, más que un mero acto comunicacional, que debe ser interiorizado por la audiencia, ya que al ser tratado como un medio de prueba, proporcionará los conocimientos para que luego el juez –la audiencia– pueda tomar una decisión. A lo señalado, se suma que la audiencia no debe conocer ex ante lo que el hablante afirma, y/o no debe tratarse de una mera diferencia de acceso a las pruebas relevantes que pudiese suscitar diferencias de opinión o desacuerdos en los participantes en el acto de comunicación³⁸. Ergo, creo que revisar el testimonio solo como un acto de comunicación otorga una mirada demasiado restringida, ya que el acto de comunicación es solo uno de los elementos que lo componen surgiendo la necesidad de que dicho acto se conecte con lo que la audiencia adquiere, para que esta última absorba parte del conocimiento.

En definitiva, y en virtud de que el objetivo de este artículo es lograr un concepto de testimonio amplio que nos permita establecer su naturaleza jurídica, y de la mano de ella, tratar de incluir también otros medios de prueba, es que tomaremos la posición amplia en que el testimonio es una fuente de conocimientos y creencias más que meramente un acto comunicacional que deberá ser absorbido por la audiencia. La justificación de lo anterior es la necesidad de “(...) construir en orden al sistema, una amplia categoría del testimonio, que contenga tanto la declaración representativa de las partes como la declaración representativa de los terceros, lo que no excluye que dentro de la amplitud de esta categoría deba trazarse una distinción según el criterio de la cualidad del testigo, en relación a su posición en el proceso; con tanta mayor razón cuanto más acusada sea la diversidad de la regulación de las dos fuentes de prueba”³⁹.

³⁵ ADLER (2017).

³⁶ VÁSQUEZ (2015) p. 50.

³⁷ VÁSQUEZ (2015) p. 51.

³⁸ VÁSQUEZ (2015) p. 52

³⁹ CARNELUTTI (1982) p. 149.

Por lo anterior, definiremos el testimonio, para su aplicación en el ámbito jurídico, como un acto de comunicación en que el hablante traspasa o expresa conocimientos, información o creencias mediante dicho acto. Luego, podemos señalar que el recién denominado hablante en sí –es decir, quien expresa la información, creencia o conocimiento– es quien tradicionalmente se conoce como el testigo, y lo que expresa –es decir la información, creencia o conocimiento– lo que tradicionalmente se conoce como testimonio. Además, e independiente del tipo de conocimiento que transfiera, epistemológicamente será un testimonio⁴⁰. En este último sentido, distinguimos los dos elementos que anunciamos, el hablante, sujeto o agente, por un lado, y el producto o contenido, por otro.

Respecto ahora a la distinción entre agente y producto que planteo, si bien puede parecer algo antojadiza y rebuscada, al analizarlo en profundidad para determinar su inclusión y valoración en juicio, podremos ver que estos elementos se tornan completamente relevantes ante los problemas y justificaciones que el testimonio presenta, siempre que lo que busquemos sea analizar el testimonio de una manera más profunda, que nos permita determinar cómo introducirlo en juicio y por sobre todo cómo el juez podrá utilizarlo para tomar una decisión. En este sentido, la distinción se torna completamente trascendental porque el hecho de no distinguir entre el agente y el producto, puede generar ciertas dificultades que eventualmente podrían gestar ciertas arbitrariedades.

Si aspiramos, como señala Taruffo, introducir al juicio la información que le permita al juez realizar un análisis racional, y entregar al juzgador la opción de juntar información relevante para la determinación de la credibilidad del testigo, siempre en torno a criterios objetivos⁴¹, esto solo puede ocurrir realizando de forma segmentada los análisis propuestos, como a continuación revisaremos.

3. ANÁLISIS DIFERENCIADO DEL AGENTE Y SU PRODUCTO

3.1. AGENTE Y PRODUCTO

He venido señalando que, al revisarse la prueba testimonial, tradicionalmente el centro de la misma ha sido el testigo. Es por ello que, de la mano del concepto amplio esbozado, he propuesto distinguir entre dos elementos que deben situarse en un mismo nivel, cuales son, el agente o sujeto, y el contenido de su declaración o producto.

Los conceptos respecto a los elementos planteados, no son terminologías propias de la doctrina procesal como tal, pero de todas formas son posibles de insertar dentro del concepto amplio entregado en precedencia y permiten dejar de lado las concepciones simplistas y con poco análisis de los conceptos tradicionales.

Respecto al elemento que he denominado producto, este no será entendido más que como el resultado de una actividad⁴². Así, en este caso, será el resultado de la declaración, como parte de la ritualidad, que realiza el agente o sujeto –que ya definiré–. En otras palabras, será el resultado de la declaración, la que ha sido entendida como “el acto dirigido a

⁴⁰ NIEVA (2010) p. 215.

⁴¹ TARUFFO (2012) p. 418

⁴² GUASTINI (2014) p. 31.

verter en el proceso ese hecho pasado mediante la declaración del testigo⁴³ o, como planteó Carnelutti, “el acto humano dirigido a representar un hecho no presente”⁴⁴.

El producto, no es propiamente la actividad en sí, que es mera formalidad, sino que será lo que dicha actividad nos entrega, es decir, el conocimiento o creencia que nos transmite, y que será, en el caso de un juicio, uno de los antecedentes necesarios que permitan finalmente tomar una decisión respecto al conflicto planteado.

El concepto de agente no es nuevo en el ámbito de la filosofía, en circunstancias que dentro de un proceso podemos encontrar distintos sujetos con diversidad de agendas. Así, en general, es necesario entender que el agente es un sujeto que conoce algo, pudiendo ser un productor de cambios en el mundo si se cuenta con las capacidades para realizar voluntariamente, entender y explicar dichos cambios⁴⁵, resultando entonces un factor clave la voluntad, distinguiéndose así el sujeto –agente de otros objetos⁴⁶. En otros términos, “un agente es un ser con capacidad para actuar, y agencia denota el ejercicio o manifestación de esa capacidad”⁴⁷, encontrándose ellos en todas partes interactuando entre sí⁴⁸.

Esta entidad que hace algo, en palabras de Niño y Marrero, “(...) puede ser individual, como los seres humanos, colectivo, como un equipo de fútbol, o institucional, como la NASA”⁴⁹. Luego, cada uno de ellos tiene unas respectivas agendas, que vendrían siendo “los objetivos de los agentes”, respecto a los cuales los distintos agentes tienen diversos recursos para resolverlas, relativos principalmente al tiempo, a sus habilidades e información y que pueden ser relativas a la formación de una creencia o de presentación y defensa⁵⁰.

El caso del agente que nos convoca en esta tesis, es decir de quien transfiere el conocimiento o creencia, siempre se plantea desde la idea de la atribución de ciertos conocimientos. Es por lo anterior, que el hablante debe aseverar (idealmente) solo aquello con respecto a lo cual cumple cierto requisito epistémico que apoye su verdad⁵¹. Este puede ser que conozca lo que afirma, que tenga una creencia en mayor o menor medida justificada o que sea por lo menos razonable creer lo que afirma⁵², ya que finalmente dicho agente “es responsable de la verdad de lo que dice”⁵³.

Dentro del caso específico del proceso, este agente que conoce algo y cuyo papel es narrar dicho conocimiento, tiene ciertas particularidades. En primer lugar, se tienen expectativas de dicho conocimiento que no son acordes con lo que él realmente posee, es decir, se le atribuyen mayores conocimientos; en segundo término, se le mira con recelo en base a facto-

⁴³ RIVERA (2011) p. 186.

⁴⁴ CARNELUTTI (1982) p. 121.

⁴⁵ FIGUEROA (2016) p. 146.

⁴⁶ FIGUEROA (2016) p. 148.

⁴⁷ SCHLOSSER (2015).

⁴⁸ SCHLOSSER (2015).

⁴⁹ NIÑO *et al.* (2015) p. 197.

⁵⁰ NIÑO *et al.* (2015) p. 198.

⁵¹ LOSADA (2015). p. 7.

⁵² LOSADA (2015). p. 7.

⁵³ LOSADA (2015). p. 7.

res como el lenguaje no verbal, estereotipos y prejuicios sociales⁵⁴, pero como tercer aspecto, las formalidades de dicho proceso le permiten a la audiencia creer o no en él. Teniendo ello en cuenta, el agente para este trabajo será aquel sujeto que conoce algo y que al transferir dicho conocimiento dentro de un juicio, aportará una razón al juzgador para formar la creencia en la proposición correspondiente que es aquella expresada en el acto testimonial⁵⁵.

3.2. NECESIDAD DEL ANÁLISIS DIFERENCIADO

La pregunta que surge respecto a lo que hemos venido desarrollando es por qué sería necesaria realizar la distinción entre el agente o sujeto y el producto o contenido de la declaración dentro de un proceso judicial, y consecuentemente por qué ello implica una revisión de los planteamientos procesales más tradicionales.

Respecto a la primera de las interrogantes, creo que Páez lo refleja muy bien al señalar que “la valoración final de un testimonio dependerá por tanto de dos variables muy dispares. Por un lado, tenemos la credibilidad y la competencia del testigo, y es en torno a estas que girarán los alegatos de las partes; por el otro, tenemos la relevancia, el poder explicativo y la fuerza probatoria del testimonio, que constituyen la base objetiva para construir la fortaleza de la prueba testimonial. La actitud epistémica más racional será entonces la de invertir el mayor esfuerzo en justificar/refutar aquellas afirmaciones de un testigo que tengan el mayor valor informacional”⁵⁶. Luego, que un testimonio esté justificado no quiere decir que se acepte dicha justificación.

Como he reiterado, la desconfianza general al testimonio se debe a que el centro del análisis está en la desconfianza en el testigo, sin importar mayormente el contenido de la declaración. A ello se suman, en el caso del derecho chileno, a la existencia de motivos de tacha que reflejan lo anterior e implican que *per se* el juzgador deba desconfiar de ciertas personas por la existencia de cierto tipo de relaciones, de esta manera a un grupo de personas “se les ha colocado la etiqueta de interesados, no se confía de su testimonio, y se procura alejarlos del proceso, o al menos tratarlos con la prevención que impone una tacha o incluso una dispensa”⁵⁷.

Estas dos situaciones olvidan, como bien se exponía, que la credibilidad del agente debe ser independiente de las supuestas relaciones con alguna de las partes, y que además, hay otro elemento, cual es la declaración misma o producto, que debe evaluarse según su relevancia, poder explicativo y fuerza probatoria, más allá de si confiamos en el agente. En otras palabras, el testigo podría ser un mentiroso, pero lo que le debiese importar al proceso, epistémicamente hablando, es saber si los hechos son verdaderos o falsos, y no si el testigo es sincero o no, es decir, un testigo mentiroso podría ser igualmente una fuente de corroboración si es luego confirmado⁵⁸.

⁵⁴ COLOMA *et al.* (2009) pp. 328-335.

⁵⁵ LOSADA (2015), p. 7.

⁵⁶ PÁEZ (2014) p. 115.

⁵⁷ NIEVA (2010) p. 266.

⁵⁸ RAMOS (2018) p. 142.

Creo que esta distinción, que no se realiza realmente ni por el legislador ni el juzgador, es trascendental en los momentos de conformación y valoración del material probatorio. Teniendo en consideración que para que el juzgador sea capaz de decidir sobre un caso concreto, igual que en cualquier decisión que tomamos a diario, se hace necesario contar con todos los antecedentes posibles. Luego, “(...) la evaluación de los testimonios se hará –en sede judicial– a base de tres criterios distintos, esto es, admisibilidad, relevancia y calidad epistémica”⁵⁹. Es así, como si lo que buscamos finalmente al momento de tomar una decisión es disminuir el error, debemos entender que las probabilidades de acierto del juzgador van a estar vinculadas a la cantidad de información que este posee.

El primer problema que surge en el proceso civil chileno es la inexistencia de un momento de conformación del material probatorio, aunque así y todo evidenciamos que, aunque discutible porque no es claro si son en todos los casos un ejercicio de exclusión o de valoración, las tachas tienen como efecto la supresión de ciertas personas en el proceso, y consecuentemente de sus declaraciones producto de ciertas relaciones o supuestos intereses en el juicio. Es así como el examen del agente o sujeto contamina entonces la entrada en juicio de una declaración cuyo contenido puede ser útil para la resolución del conflicto⁶⁰.

Al respecto, creo que si nos situamos en un momento de conformación del material probatorio, no debiese en este examinarse al agente como tal, sino que solamente, y de acuerdo a criterios ya esgrimidos, como utilidad y pertinencia, solo debiese analizarse la declaración que efectuará.

Más concretamente, creo que solo debe realizarse un examen de relevancia y admisibilidad en torno al producto o contenido de lo que va a declarar y no respecto al agente o sujeto⁶¹, y que el examen de este último siempre debe realizarse en la etapa de valoración de la prueba distinguiendo, por una parte, la evaluación de las características personales del agente y por otra, la declaración en torno a las razones epistémicas que se dan para creer en ella.

Entonces, si nos centramos en el agente, su análisis debiese venir en la etapa de valoración, aunque siempre distinguiéndolo de la valoración del producto, ya que en este momento también se da que quienes estiman que las tachas corresponden ser evaluadas en la etapa de valoración, vuelven a centrar en ellas la atención y nuevamente ignorar la declaración.

En el momento de la valoración entonces deberá distinguirse, evaluando el juzgador respecto al agente “(...) si es un hablante que posee credenciales epistémicas apropiadas sobre el tema que respalden la verdad de lo que es dicho (sean estas credenciales conocimiento, justificación o alguna otra cosa), o más precisamente si está ejerciendo su competencia en esa ocasión –o alternativamente, si hay indicaciones de lo contrario. Si tal reconocimiento tiene lugar, y si lo que es dicho mediante el testimonio es verdadero, la audiencia habrá formado una creencia justificada de modo tal que dé lugar a conocimiento”⁶². La pregunta es si esa creencia se basa en otras evidencias (reduccionismo) o sobre la habilidad reconocitiva sobre la situación testimonial⁶³.

⁵⁹ COLOMA *et al.* (2009) p. 305.

⁶⁰ FRAMARINO (1995) p. 70.

⁶¹ ZUCKERMAN (2013) p. 1037.

⁶² LOSADA (2015). p. 15.

⁶³ LOSADA (2015). p. 16.

Respondiendo la segunda pregunta que señalamos al inicio, sobre cómo lo planteado hace que re-analicemos las ideas más tradicionales sobre la prueba testimonial, al respecto, debo señalar, en primer término, que esta idea amplia de testimonio permite, eventualmente, hacerla extensiva a otros medios de prueba que epistémicamente son también testimonios, ya que como bien nos menciona Muñoz Sabaté, “(...) entre el confesante y la confesión, o entre el testigo y el testimonio, no media más distinción que la del punto de vista: ambos no son dos hechos diversos, sino uno mismo contemplado por el derecho y por el revés”⁶⁴. Luego, la misma distinción entre agente y producto, con ciertos matices podríamos observarla en la declaración de la víctima o en la evaluación del perito.

En segundo lugar, esta distinción es distinta a las ideas tradicionales porque involucra no solo dejar atrás el centralismo del agente y situarlo de igual a igual con el producto, sino que además conlleva un ejercicio adicional que es la distinción de los elementos en cada uno de los momentos probatorios señalados, pero para concluir con la evaluación conjunta de ellos. Así, como menciona Fernández, respecto a la declaración de partes, pero aplicable a cualquier tipo de testimonio –si tomamos un concepto amplio del mismo–, al tratarse de requisitos aisladamente considerados, estos no permiten concluir por sí solos la atendibilidad de la declaración como suficiente prueba de cargo, y por tanto deberán presentarse de manera conjunta⁶⁵.

Así las cosas, la distinción que he venido sosteniendo no radica en absoluto en eliminar el examen del agente, sino que más bien busca situar en el mismo plano y no olvidar el examen del producto porque no es posible sostener que un testigo mentiroso realice una mala declaración y viceversa, siendo la única posibilidad un examen independiente y objetivo de los dos elementos –agente y producto–⁶⁶⁻⁶⁷.

El planteamiento que propongo sobre distinguir entre agente y producto, se deriva de que si bien hay casos en que para verificar por parte del juzgador si lo que se relata es efectivamente creíble o no, se hace necesario examinar la persona del testigo porque “un primer tipo de mecanismos cuyo propósito es verificar la fiabilidad de los testimonios tiene que ver con la persona del testigo”⁶⁸, o porque la atribución de méritos epistémicos de una declaración podría no estar completamente asociada a lo que se haya dicho, “la atribución de méritos epistémicos de una declaración de testigos podría no estar asociada al significado de lo que haya sido dicho, sino que podría ser la resultante de ciertas inferencias realizadas a partir de factores tales como la conducta previa del emisor o la manera en que se presenta su declaración. Lo que aquí se lleva a cabo es fundamentalmente un juicio acerca de ciertas características del emisor del mensaje, las cuales impactarían en la atribución de credibilidad de lo que se dice y, consecuencialmente, en los méritos epistémicos a aquello que ha sido declarado”⁶⁹.

⁶⁴ MUÑOZ (2001) p. 283.

⁶⁵ FERNÁNDEZ (2009) p. 195.

⁶⁶ NIEVA (2010) p. 222.

⁶⁷ FRAMARINO (1995) p. 73.

⁶⁸ TARUFFO (2008) p. 63.

⁶⁹ COLOMA *et al.* (2009) p. 328.

Hay otros casos en que las características del agente no estarían asociadas al producto de su declaración, pero que ese constante centralismo en el mismo, que se ve reflejado en las legislaciones estudiadas, hace que igualmente se olvide la posibilidad de la realización de inferencias en torno a la declaración y se termine examinando en torno al sujeto. Todo lo dicho, será analizado a continuación a propósito del caso chileno.

3.2.1. *Etapas de conformación del material probatorio*

En el ámbito jurídico, la etapa de determinar con que material probatorio contamos y con cuál no, está dado por el momento de la inclusión, pudiendo ser la forma en que se determinará dicha inclusión distinta dependiendo del sistema procesal, es decir debemos establecer qué elementos incluiremos en el proceso y cuáles no serán incorporados⁷⁰. *Ergo*, “en términos generales, los problemas de admisibilidad serán resueltos por la aplicación de reglas más bien precisas que definen cuando cierta información puede ser presentada en juicio y cuando debe ser excluida de este”⁷¹. En definitiva, en esta etapa, se nos dice lo que será parte de un argumento⁷², tomándose en consideración por una parte la relevancia y por otra la admisibilidad del medio de prueba⁷³.

Así las cosas, la relevancia está referida a determinar la utilidad y falta de redundancia de un medio de prueba, es decir, “en todos los sistemas, el principio tiene una función negativa o excluyente, y opera como una norma según la cual algunos medios de prueba deben ser directamente rechazados (...). En algunos sistemas, además, el principio tiene principalmente un significado incluyente, pues establece que todos los medios de prueba relevantes deben ser admitidos”⁷⁴. Realizada o no la distinción anterior, la consecuencia de la aplicación de dichos criterios es la misma, cual es, la exclusión de la prueba ofrecida.

Este principio de la relevancia se vincula al principio de economía procesal, entendiendo que no se puede permitir en juicio la rendición de todos los antecedentes con que eventualmente se podrían contar, buscando que no se introduzcan pruebas que a priori son inútiles o que lógicamente no tienen conexión con el proceso. La utilidad de la misma podrá determinarse a través de un criterio respecto a la relevancia del hecho a probar, y de la posibilidad de formular inferencias probatorias desde el hecho secundario sobre el que versa la prueba hasta el hecho que necesita probarse⁷⁵. En otras palabras, solo será prueba lo que sea relevante en un proceso⁷⁶.

La relevancia ha sido entendida como un principio hipotético, de esta manera, toda aquella prueba que consideremos hipotéticamente relevante, debe ser, en principio, incluida en el proceso⁷⁷. Según Páez, “es necesario que exista un grado mínimo de probabilidad,

⁷⁰ TARUFFO (2008) p. 37.

⁷¹ COLOMA *et al.* (2009) p. 305

⁷² ANDERSON *et al.* (2015) p. 359.

⁷³ FERRER (2007) pp. 41-45.

⁷⁴ TARUFFO (2008) p. 41.

⁷⁵ TARUFFO (2011) p. 365.

⁷⁶ TARUFFO (2011) p. 365.

⁷⁷ En este sentido autores como Stein lo han descrito como el Principio de máxima individualización, PMI por sus siglas en inglés. STEIN (2005) p. 100.

un umbral a partir del cual el juzgador puede admitir la evidencia. (...) Un fuerte efecto sobre la probabilidad de una hipótesis indica la alta relevancia de la evidencia, un efecto que otros hechos menos relevantes no tienen”⁷⁸.

Determinados dentro del proceso los elementos que se entienden como relevantes, y por tanto, deberán incluirse, queda entonces realizar un segundo análisis vinculado con el hecho de si el medio de prueba presentado es jurídicamente admisible. En otras palabras, se deberá establecer si el sistema procesal en el que se está actuando contiene normas de exclusión del mismo por ciertas razones, amparadas por lo general, en valores, las que han sido llamadas reglas contra-epistémicas⁷⁹.

Las reglas contra-epistémicas pueden entenderse como aquellas “que no favorecen o incluso entorpecen o limitan en algunos casos la averiguación de la verdad: así las reglas de exclusión probatoria, la limitación temporal del proceso, la regla de eficacia de cosa juzgada son ejemplos claros de lo indicado”⁸⁰. En este sentido se ha señalado que “(...) en la base de estas y otras variaciones se pueden encontrar siempre explicaciones, especialmente de carácter histórico o razones sistemáticas debidas a la exigencia de tutelar valores considerados como prevalecientes”⁸¹.

De esta manera, “(...) el criterio de admisibilidad opera únicamente en el sentido de excluir del proceso pruebas que serían relevantes para la determinación de los hechos”⁸². Así las cosas, y como se ha señalado, la razón de existencia de estas reglas de admisibilidad, y su consecuencia, cual es la exclusión de prueba, es evitar errores o actividades procesales inútiles, siendo en algunos casos normas propiamente normas de exclusión y otras más bien meros privilegios.

Dentro de las normas de admisibilidad que buscan evitar errores podemos tomar como ejemplos, la obligación de presentar el documento original, la exclusión del testimonio de oídas o cualquier elemento que *per se* puede complicar la decisión sobre el hecho litigioso⁸³. Por otra parte, en la búsqueda de evitar actuaciones procesales inútiles se pueden mencionar aquellas reglas que tienen por objeto evitar el riesgo de demoras excesivas, pérdidas de tiempo o adquirir pruebas innecesarias que solo se acumulen en el proceso⁸⁴. Por último, respecto a los que Taruffo se refiere como privilegios, lo que se busca claramente es la protección de ciertos valores, como secretos de Estado, privacidad personal o ciertos motivos personales, que como veremos permite que, en el caso de la prueba testimonial, no se declare o se declare de forma especial, y que en nuestro sistema podríamos mencionar que se refieren a la prueba ilícita, y a las excepciones a declarar y comparecer⁸⁵.

⁷⁸ PÁEZ (2014) p. 114.

⁷⁹ DEL RÍO (2010) p. 356.

⁸⁰ DEL RÍO (2010) p. 356.

⁸¹ TARUFFO (2011) p. 376.

⁸² TARUFFO (2011) p. 364.

⁸³ ZUCKERMAN (2013) p. 960.

⁸⁴ TARUFFO (2008) p. 50.

⁸⁵ Ver también LAUDAN (2013) pp. 230 ss.

3.2.1.1. *Agente y producto en la etapa de conformación del material probatorio*

Como se ha señalado durante este trabajo, el análisis de cualquier testimonio, en la etapa de conformación del material probatorio, debe realizarse separadamente entre el agente y su producto. En relación al primero, la pregunta es determinar qué tendremos en consideración para incluir a un determinado agente, para luego hacernos la misma pregunta respecto de lo que aspiramos en relación al producto de la declaración que este prestará.

La primera interrogante que surge, en este análisis distintivo, es quienes pueden ser testigos. En la legislación chilena, de acuerdo a su tratamiento tradicional en la materia, el artículo 365 del CPC señala que “es hábil para testificar en juicio toda persona a quien la ley no declare inhábil”, es decir, *per se*, son todos hábiles para declarar en juicio, sin perjuicio que en los artículos siguientes del mismo cuerpo legal, se establecen dos listados exhaustivos respecto de quienes son inhábiles para declarar como testigos⁸⁶. La existencia de dos listados, dice relación con que el primero de ellos, el del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, establece lo que han sido llamadas “inhabilidades absolutas”, es decir, aquellas personas que nunca podrán declarar en ningún tipo de juicio. Distinto es el caso del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, que enumera a los “inhábiles relativos”, quienes por regla general pueden declarar en cualquier juicio, salvo que tengan un tipo de relación con alguna de las partes que pueda catalogarse en dicha norma.

Los listados elaborados en los artículos ya mencionados (357 y 358 CPC), están claramente realizados a partir de concepciones tradicionales respecto al testimonio, y en general a una idea conservadora de la etapa probatoria, porque confunden, sin mayor análisis, las etapas de inclusión y de valoración del material probatorio, lo que tiene como consecuencia que se valore al agente en la etapa de inclusión. Gorphe es claro en esto al señalar que “siempre se han establecido por el legislador recursos para descartar del proceso civil o penal ciertas categorías de testigos que no ofrecían suficientes garantías de credibilidad o especialmente de sinceridad”⁸⁷.

Realizando un examen rápido de la historia que ha precedido a la prueba testimonial, el mismo autor ya indicado, menciona que desde El Libro de la ley de Manú de los pueblos hindúes, no se admite como testigos a los amigos, criados, condenados, locos o gente de mala reputación. De la misma manera, señala que la mayoría de las legislaciones rechazan el testimonio del cónyuge, de ascendientes, descendientes o afines, o en otros casos, los dementes o incapaces⁸⁸. Lo mismo puede verse en el caso chileno, ya que el artículo 357 del CPC menciona como inhábiles a los menores de 14 años; los interdictos por demencia; los privados de razón; los que carezcan del sentido para percibir los hechos declarados al tiempo de verificarse estos; los sordos o sordomudos; los cohechados; los vagos sin ocupación; los que por concepto del tribunal sean indignos de fe por haber sido condenados por delito, y los que hagan de su profesión testificar en juicio.

⁸⁶ Cabe hacer la salvedad que si bien el concepto que hemos entregado de testimonio es amplio, es decir admitiría, por lo menos, a las partes y peritos, para que podamos realizar el primer análisis general nos centraremos en el tratamiento dado a la prueba testimonial tradicionalmente estudiada y así regulada.

⁸⁷ GORPHE (1985) p. 23.

⁸⁸ GORPHE (1985) p. 23.

Si se analizan las causales de inhabilidad “absolutas”, podemos observar que el objetivo final es verificar la fiabilidad de un testigo porque estas tienen que ver con la edad, la capacidad mental del testigo, el interés, o la incompetencia del testigo por condenas penales⁸⁹. Es decir, la inclusión o no del mismo apunta no a lo que dirá sino a sus características personales.

Uno de los casos más típicos en relación a un tipo de inhabilidad absoluta es la edad, se ha dicho, que “normalmente los niños pueden ser interrogados como testigos cuando se considera necesario, pero no juran decir la verdad”⁹⁰, debiendo el tribunal llevar un control exhaustivo del interrogatorio. Otro ejemplo es en relación a la capacidad, donde se ha señalado que si bien podría incorporarse su testimonio, este puede presentar problemas respecto a la fiabilidad del testimonio ofrecido por esa persona⁹¹.

El artículo 358 del CPC se refiere a aquellas personas con relaciones familiares (cónyuges, parientes, ascendientes, descendientes), relaciones de guarda (pupilos y guardadores); relaciones laborales (criadores domésticos, dependientes, trabajadores), personas con interés en el juicio o quien tenga relaciones de amistad.

Estas inhabilidades pueden impugnarse, por la parte a la que la perjudica el testimonio, a través de la institución de las tachas. A través de ellas, lo que finalmente se hace es impugnar la credibilidad del testigo, e históricamente se relacionaban con los familiares.

De esta forma, “con la tacha se ataca al testigo porque está en una situación que afecta a su credibilidad. No se trata de destruir la eficiencia probatoria del testimonio, puesto que esta se aniquila con otras pruebas que, versando sobre el mismo hecho, desvirtúan las declaraciones prestadas por los testigos, que tiene apariencia de legalidad y pertinencia, para despojarla de esa apariencia”⁹². Lo anterior, no hace más que ratificar la idea que las tachas —que se centran en el agente—, contaminan el producto de la declaración.

Respecto a las tachas, se ha señalado que su concurrencia no hace que el testigo tachado tenga una inferioridad respecto al no tachado, solo lo hace “sospechoso de credibilidad”⁹³. Esto olvida, “(...) que un adecuado interrogatorio podría hacer prescindibles los detalles objeto de la tacha, haciendo que la declaración de quien fuere, por mayor o menor interés que tuviera en la causa, pudiera ser útil”⁹⁴.

La explicación que se da, es señalar que en materia civil y en pro de la prevalencia de ciertos valores determinados por el legislador de acuerdo a diversas circunstancias, se ha buscado establecer la existencia de buenos y malos testigos, lo que finalmente trae aparejado otro juicio de valor que es señalar ex ante a qué personas se les podrá creer y a quienes no. Es decir, se anticipa el juicio de credibilidad, y en definitiva la valoración del testigo en sede de admisibilidad por valores previamente establecidos⁹⁵.

En nuestra legislación procesal civil, la confusión entre la etapa de inclusión y la de valoración es clara, así como entre el agente y el producto de su declaración, lo que tiene como

⁸⁹ TARUFFO (2008) p. 64.

⁹⁰ TARUFFO (2008) p. 63.

⁹¹ TARUFFO (2008) p. 63.

⁹² RIVERA (2011) p. 190.

⁹³ RIVERA (2011) p. 266.

⁹⁴ NIEVA (2010) p. 267.

⁹⁵ Esta idea se extrae de FERRER (2007) p. 44.

consecuencia el que se realice ex ante una valoración del testigo de acuerdo a criterios ya definidos. Esto hace surgir la interrogante de qué pasa si efectivamente se excluye un testigo, ya sea por interés o por su posición, en la primera etapa, pero su testimonio se hace relevante para la decisión del asunto. En materia civil, esto es evidente en varias situaciones, por ejemplo, el familiar o el trabajador de la empresa de una de las partes, por su posición respecto a los hechos, los conoce muchísimo mejor que un tercero. Así las cosas e independiente de ciertos requisitos formales, que pueden discutirse, es posible señalar que todo agente *per se* debe incluirse en juicio ya que el eventual juicio de su persona se realizará en sede de valoración, en otras palabras, toda persona es capaz de ser testigo si se le requirió así en juicio⁹⁶.

Los efectos de lo anteriormente señalado es que, establecido que todos los testigos son hábiles y por tanto desde el análisis del agente siempre este debe incluirse, cabe realizar, en segundo lugar, el examen respecto a la admisión del producto de su declaración.

Respecto a este segundo punto, cabe señalar que hay legislaciones que establecen como inadmisibles la inclusión de una declaración que provenga de conocimientos obtenidos por oídas o referencia⁹⁷. Así, en muchos sistemas se solicita que el testigo realice su declaración solo en referencia a lo que pudo percibir directamente. En algunos sistemas esta inadmisibilidad se justificaría en “evitar el peligro de que los jurados cometan errores al valorar la fiabilidad de la declaración hecha por una persona que no ha tenido contacto directo alguno con el autor de las declaraciones referenciadas y sin haber oído al autor de estas durante el interrogatorio y contrainterrogatorio”⁹⁸.

En Chile, solo en materia civil podemos observar la distinción entre testimonios de oídas y presenciales, pero que no influye en una posible exclusión de dicho testimonio. El artículo 383 del CPC, se refiere a los primeros como aquellos referidos a lo que no ha sido percibido por los testigos por sus propios sentidos y que solo conocen por el dicho de otras personas, distinto a los presenciales que están basados en aquello que percibieron por sus propios sentidos. Como señalé, el testimonio de oídas no es descartable en la etapa de inclusión en nuestro país porque el artículo 383 ya citado no solo los define, sino que establece que dicho testimonio puede ser considerado base de presunción judicial, es decir, lo analiza en lo que correspondería a la etapa de valoración.

Otro aspecto que también se ha tenido en consideración al momento de excluir ciertos testimonios –entendidos como productos–, es el hecho de que sea un testimonio, ya que las pruebas orales tendrían una fiabilidad menor que las escritas⁹⁹. Lo anterior, se produce en ciertos casos muy particulares y solo respecto a la prueba de determinados hechos. El artículo 1708 del Código Civil es claro al señalar que “no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”, dándose en este caso la paradoja que enunciamos en la introducción, de que la mayoría de los conocimientos

⁹⁶ ZUCKERMAN (2013) p. 1037.

⁹⁷ TARUFFO (2008) p. 43.

⁹⁸ TARUFFO (2011) p. 376.

⁹⁹ CARNELUTTI (1982) p. 120. En este mismo aspecto, entendemos que esta apreciación sigue la idea de que los testimonios son orales, porque se podría llegar a un concepto tan amplio que también abarcara todo lo oral y escrito.

que tenemos han sido obtenidos por testimonios, por lo que la mayor fiabilidad del documento escrito presenta claros cuestionamientos.

De esta manera, si las obligaciones emanan de actos y contratos solemnes cuya solemnidad consiste en el otorgamiento de un instrumento público o privado (artículos 1701 y 1682 del Código Civil) y si son actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias, no podrán probarse a través de testigos (artículo 1709 del Código Civil). En el mismo sentido anterior, el artículo 1709 del Código Civil señala en su inciso 2°: “No será admisible la prueba de testigos en cuando adicione o altere de modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato, ni sobre lo que alegue haber dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma”, aplicándose estas restricciones aún cuando se limite la demanda a la suma de dos unidades tributarias si la cosa es de superior valor (artículo 1710 inciso 1° del Código Civil) y cuando se demande parte o resto de un crédito de una suma inferior a dos unidades tributarias, si ella proviene de un crédito que debió haberse consignado por escrito (artículo 1710 inciso 2° del Código Civil).

De forma excepcional, si existe un principio de prueba por escrito o existe imposibilidad de obtener esta prueba escrita, se admitirá el testimonio al respecto, en concordancia con el artículo 1.711 del Código Civil. Al mismo tiempo, sucede lo mismo si se trata de probar el depósito de efectos del que aloja en una posada (Artículos 2.241 y 2.237 del Código Civil) o del que entra a alguna fonda, café, casa de billar o de baños o establecimientos semejantes (artículo 2.248 del Código Civil).

Distinta es la regulación en el ámbito mercantil, porque esto no se aplica a los actos mercantiles por expresa mención del artículo 128 del Código de Comercio: “La prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública”.

De cierta manera, aunque no sería propiamente un examen de admisibilidad, podrían incluirse aquello que Taruffo denomina privilegios. En nuestro sistema civil se encuentran señalados en los artículos 360, 361 y 362 CPC. El primero, menciona a aquellas personas que no serán obligadas a declarar, las razones de ello son principalmente secretos vinculados a su profesión u oficio y a las relaciones familiares; el artículo siguiente, menciona a quienes sí deben declarar, pero que podrán hacerlo en su domicilio; para terminar, el artículo 362, que mencionado que los chilenos o extranjeros que gocen de inmunidad diplomática no están obligados a declarar ni a concurrir a la audiencia.

Como es posible identificar, respecto a la conformación del material probatorio no hay análisis en nuestra legislación respecto al examen de relevancia y admisibilidad del producto de la declaración que el agente efectuará, lo que en cierta medida sí ha efectuado la doctrina comparada estableciendo ciertas circunstancias para determinar si una declaración será incluida¹⁰⁰. Solo podemos encontrar a nivel nacional, y en relación a este elemento,

¹⁰⁰ En materia civil no existe una etapa de admisibilidad, y solo podríamos realizar una especie de asociación con la admisibilidad de testigo, no de su testimonio, a la institución de las tachas vinculadas a inhabilidades (artículos 357 y 358 del Código de Procedimiento Civil).

las excepciones a declarar y a comparecer, que claramente no son propias de un análisis de relevancia y admisibilidad, ya que los testimonios de oídas solo se reglamentan respecto a la valoración, siendo la inadmisibilidad de pruebas orales respecto a ciertos actos jurídicos que deben constar por escrito, el único caso en que, sin señalarlo explícitamente y por no existir una etapa de admisibilidad determinada, se descartaría una declaración. Lo señalado, también deja un velo de incertidumbre porque realmente lo que sucede no es que no se pueda prestar la declaración, sino que el acto determinado no podrá tenerse por comprobado en razón de la misma.

3.2.2. *Etapa de valoración*

El segundo de los momentos de la etapa probatoria es el de la valoración de la prueba, esta etapa “(...) tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio”¹⁰¹.

De esta manera, a través de la etapa de valoración se determinará que antecedentes pesarán más que otros, ya sea, mediante las normas de la prueba legal o tasada, o de acuerdo a la libertad probatoria.

Al referirnos a las reglas de la prueba legal o tasada estamos describiendo la valoración de la prueba que efectúa el legislador estableciendo el valor probatorio de cada medio de prueba según las diversas circunstancias. Taruffo lo describe como un sistema basado “(...) en la aplicación de reglas –en algunos casos promulgadas por los legisladores, pero en muchos otros estipuladas por juristas teóricos– que establecían a priori y en términos generales el valor probatorio de algunos tipos de medios de prueba –y a veces de todos ellos”¹⁰². En cambio, el sistema de valoración libre implica que el juzgador “tiene que determinar el valor probatorio de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional. Esta valoración tiene que hacerse caso por caso, conforme a estándares flexibles y criterios razonables”¹⁰³.

En el proceso civil chileno, el sistema predominante es el de la prueba legal o tasada con ciertas atenuaciones, rigiéndose por las normas reguladoras de la prueba que establecen los medios de prueba, la oportunidad, el procedimiento para desarrollarlo y su valoración. Así, los artículos 1698 inciso 2° del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil establecen el listado de los medios de prueba; la oportunidad de su rendición, en el caso de la prueba testimonial, la contiene el artículo 320 CPC en relación con el artículo 340 del mismo cuerpo legal, con la excepcionalidad de las medidas para mejor resolver, su desarrollo está determinado por los artículos 363 al 382 CPC, para terminar estableciendo su valoración en los artículos 357 N° 1, 383 y 384 CPC.

En materia de valoración de la prueba testimonial, el artículo 357 N° 1 del cuerpo legal ya señalado, menciona respecto a los menores de catorce años, que sus declaraciones podrán aceptarse sin previo juramento y estimarse como base para una presunción judicial, cuando tengan discernimiento suficiente. En el caso de los testimonios de oídas, se señala

¹⁰¹ TARUFFO (2008) p. 132.

¹⁰² TARUFFO (2008) p. 133.

¹⁰³ TARUFFO (2008) p. 135.

en el artículo 383 CPC, que solo podrán estimarse como base de presunción judicial, finalizando con el listado de valoración del artículo 384 CPC que enumera la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos.

3.2.2.1. *Agente y producto en la etapa de valoración*

Entendidos los dos grandes sistemas de valoración, volvemos a la necesidad de distinguir entre el agente y el producto de la actividad para la valoración del testimonio. Esta distinción es trascendental nuevamente porque, por ejemplo, “(...) hay sujetos con dificultades gestuales importantes que involuntariamente no actúan en coherencia con lo que están diciendo, y por ello no resultan creíbles a ojos de la sociedad por muy veraz y coherente que sea lo que están afirmando”¹⁰⁴. Lo que podría nuevamente recaer en que el agente contaminará la valoración del producto.

En nuestra legislación civil, la regulación respecto a la valoración es algo confusa, porque ex ante hay una valoración de su credibilidad, a través de las tachas, lo que se termina reflejando en los numerales del artículo 384 CPC, donde además el centro siempre está en el testigo y no en lo que este declaró. Esto produce cierta distorsión ya que lo que debiese suceder es valorar al agente y determinar “(...) la ausencia de razones que hagan dudar de la fiabilidad del declarante”¹⁰⁵, luego analizar el producto de su declaración.

En materia civil, lo anterior es sumamente complejo por dos razones, la primera por la mixtura que se da entre la etapa de inclusión y de valoración, que claramente no se diferencia. Si uno se interioriza en el texto de la ley, el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil¹⁰⁶ este es claro en señalar que la oposición de la tacha no obsta al examen de los testigos por lo que realmente no hay una exclusión de prueba, sino que en la sentencia definitiva, y al ser un procedimiento escrito además, el tribunal valorará la credibilidad del testigo. Es así como Gorphe menciona que para evaluar la valoración del testigo en sí deben analizarse sus aspectos morales, intelectuales, afectivos y psíquicos¹⁰⁷. Esto es claramente una confusión porque la credibilidad se evalúa en Chile en dos momentos, sin darle al segundo el carácter de valoración propiamente tal.

Si queremos realizar el análisis de la forma separada que planteamos, debemos valorar, respecto al agente, “(...) si el testigo es coherente en toda su explicación y se encontraba casualmente en el lugar de los hechos, hay motivos fundados para considerar que su testimonio es veraz de entrada”¹⁰⁸. Es decir, la evaluación primaria de la credibilidad del testigo debe ser simple y objetiva, sin poner en duda la misma por posibles vínculos que no deberían influir, en principio, en su declaración posterior.

¹⁰⁴ NIEVA (2010) p. 220.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ (2009) p. 106.

¹⁰⁶ Artículo 375 Código de Procedimiento Civil: Las tachas opuestas por las partes no obstan al examen de los testigos tachados; pero podrán los tribunales repeler de oficio a los que notoriamente aparezcan comprendidos en alguna de las que señala el artículo 357. La apelación que se interponga en este caso se concederá solo en el efecto devolutivo.

¹⁰⁷ GORPHE (1971) p. 85.

¹⁰⁸ NIEVA (2010) p. 273.

Ahora, de lo anterior, surge la pregunta de ¿cuándo un testigo es confiable?, la respuesta a dicha pregunta¹⁰⁹, se puede centrar desde dos puntos de vista: reduccionismo o antireduccionismo. Teorías que, sin estar exentas de críticas, nos permitirán aproximarnos a una respuesta.

Así, entendiendo que el testigo es una persona que conoce ciertos hechos que pueden ser relevantes para el desenlace del juicio, no deberíamos descartar ex ante su inclusión, sino que tomarlo en cuenta en la etapa de valoración respecto a su credibilidad como aquí lo planteamos¹¹⁰.

La mirada reduccionista estuvo representada por la idea de que confiamos en un testimonio porque la creencia en algún argumento solo radica en la observación del testimonio humano y de que habitualmente los hechos están conformes con lo que han informado los testigos¹¹¹, así Hume mencionaba que “(...) solo la experiencia confiere autoridad al testimonio humano y es la misma experiencia la que nos asegura de las leyes de la naturaleza”¹¹², este planteamiento no estuvo exento de ciertas críticas en el sentido de que dicha afirmación sería falsa si entendemos que la experiencia que nos permite confiar se vincula con la observación individual.

Luego, el planteamiento de Hume no fue suficiente para explicar el por qué confiar en la persona del testigo, y por ende, luego en su testimonio. De esta manera, los reduccionistas contemporáneos establecieron dos condiciones para justificar las creencias: “la primera es que un oyente debe tener razones positivas para aceptar el reporte de un testigo. Estas pueden hacer referencia a evidencia que compruebe que el testimonio es generalmente confiable (reduccionismo global) razones que se refieren a algún reporte particular en un contexto dado (reduccionismo local). La segunda condición es que esas razones no pueden ser testimoniales, so pena de caer en un círculo vicioso. Es en esta segunda condición donde reside realmente el elemento reduccionista, pues el testimonio debe ser reducido a las demás fuentes de justificación epistémica (...)”¹¹³.

El problema que presenta esta posición es que, querámoslo o no, en todo ámbito de cosas siempre se termina recurriendo a las evidencias testimoniales, ya que se puede prescindir de otros medios de prueba, como la confesión o algún medio escrito, pero es difícil hacerlo respecto a los testigos¹¹⁴. El requisito de no recurrir a razones testimoniales, resulta casi un imposible.

Ante la situación anterior, surge la respuesta de los antirreduccionistas¹¹⁵, quienes “afirman que la “observación de la forma en que utilizamos la información testimonial en la vida cotidiana”¹¹⁶. Luego, si seguimos esta teoría, debemos aceptar el testimonio ajeno

¹⁰⁹ PÁEZ (2014) p. 95.

¹¹⁰ TARUFFO (2008) p. 64.

¹¹¹ PÁEZ (2014) p. 97.

¹¹² HUME (2005) p. 154.

¹¹³ PÁEZ (2014) p. 98.

¹¹⁴ GORPHE (1971) p. 367.

¹¹⁵ Por ejemplo, PÁEZ (2014) p. 101 cita a Reid y Framarino dei Malatesta.

¹¹⁶ PÁEZ (2014).

sin verificación alguna, en otras palabras, podríamos confiar sin justificar, hasta que razones psicológicas o normativas nos demostraran lo contrario.

Esta teoría cae en un problema lógico y que surge a simple vista, produce inseguridad y es finalmente una irresponsabilidad epistémica. En otras palabras, conocemos los hechos a través de testimonios que se verificarán a través de otros testimonios en los que vamos a creer.

Así, y como bien resume Páez, nos encontramos ante la tesis reduccionista cuando debamos creer si hay “(...) una mínima justificación para hacerlo”, y ante la tesis antirreduccionista cuando debamos creer “(...) a menos que haya razones más poderosas para no hacerlo”¹¹⁷.

De esta manera, es posible concluir respecto al valor de la credibilidad del testigo que no es posible seguir de forma absoluta una tesis u otra, sino que debemos estar al caso concreto respecto a la cantidad de información que se nos entregue. Así, la solución, podrá tener matices reduccionista o antirreduccionistas. No obsta a la conclusión anterior, que los diversos sistemas procesales han seguido el espíritu, conscientemente o no, de alguna de estas dos teorías.

En nuestro sistema civil, podríamos señalar que en general se sigue la teoría reduccionista, aunque muchas veces para demostrar alguna de las causales de inhabilidad que permiten comprobar la parcialidad o el interés, será necesario recurrir a una base eminentemente social de transmisión de conocimiento¹¹⁸, o en otras palabras “se demuestra que el espíritu de las normas es reduccionista en el sentido de exigir la presentación de razones positivas para justificar el testimonio del testigo, pero que es imposible pretender que en todos los casos dichas razones puedan ser reducidas a fuentes más básicas y confiables”¹¹⁹. Este tema ha sido analizado detalladamente desde la psicología del testimonio¹²⁰, que en parte explícita como detectar mentiras en las declaraciones, lo que es sumamente complejo, pero también, permite analizar la forma de realizar el interrogatorio y obtener la información más relevante.

Determinado que es en materia de valoración donde debe examinarse la credibilidad del testigo, debemos pasar a analizar la valoración del producto de la declaración que realiza e agente. El tema de la valoración específica del testimonio ha sido explicado por Páez como la forma de “buscar una justificación para la afirmación testimonial, encontrando hechos que aumenten la probabilidad de que la afirmación sea verdadera y (ii) determinar si la justificación obtenida en el primer paso es suficiente para la aceptación del testimonio en ese contexto”¹²¹.

La valoración del producto de la declaración es compleja porque lo que ahí se señale puede tener deformaciones en la percepción de los hechos por temas de tiempo transcurrido, por factores físicos, ideológicos, alteraciones síquicas o falsedad de las declaraciones.

¹¹⁷ PÁEZ (2014) p. 101.

¹¹⁸ PÁEZ (2014) p. 106.

¹¹⁹ PÁEZ (2014) p. 108.

¹²⁰ Hay interesantes trabajos al respecto de, por ejemplo, MANZANERO (2008); LOFTUS *et al.* (2013); DIGES (2016); SILVA *et al.* (2018).

¹²¹ PÁEZ (2013) p. 224.

Además, “(...) porque su valoración suele estar presidida por la apreciación judicial de elementos de comunicación de tipo no verbal. (...) En segundo lugar, puede cometer errores motivados por razones tales como los efectos de hechos acaecidos con posterioridad al suceso o un deficiente interrogatorio. Por último (y solo por destacar los más relevantes), a los problemas anteriores hay que sumar las deficiencias sufridas, por un lado, en el proceso de percepción de un suceso (que puede durar desde escasos segundos hasta años), de interpretación del mismo y, por otro, los diversos factores que afectan en mayor o menor grado a la capacidad para recordarlo (fisiológicos, psíquicos, culturales, ambientales, etc.)”¹²².

Para que una declaración pueda considerarse, a lo menos, verosímil, debe ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia, o sea, no ser fantasiosa; que en el caso de ser inculpatoria se mantenga en el tiempo, y que pueda ser corroborada por datos objetivos de carácter externo¹²³. Esto último, da entender una especie de seguimiento de la tesis reduccionista ya explicitada

Si hacemos un análisis más detallado de nuestra legislación en sede civil, el artículo 357 N° 1 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la valoración del testigo, independiente del testimonio al señalar: “no son hábiles para declarar como testigos: 1° los menores de catorce años. Podrán, sin embargo, aceptarse las declaraciones sin previo juramento y estimarse como base para una presunción judicial, cuando tengan discernimiento suficiente”. Sin embargo, el artículo 383 del mismo cuerpo legal se refiere al testimonio de oídas, que ya hemos analizado, y en este caso, sí determina la valoración del producto de la declaración porque el contenido de esta estará dado por lo que oyó el testigo.

Luego, la norma más importante en materia de valoración civil de la prueba testimonial se encuentra en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil donde es explícita la falta de distinción entre valoración de testigo y testimonio¹²⁴. De esta norma podemos concluir que claramente existe una confusión entre agente y actividad en Chile, porque si bien se señala que se establecerá el valor o “fuerza probatoria” de las declaraciones de testigos, lo que se termina evaluando es al testigo, y dependiendo de la calidad de tal, el valor que se le otorga a la declaración, o sea, la valoración de la actividad va de la mano del agente.

¹²² FERNÁNDEZ (2009) p. 104.

¹²³ FERNÁNDEZ (2009) p. 111.

¹²⁴ Artículo 384 Código de Procedimiento Civil: “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas siguientes: 1a. La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426; 2a. La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario; 3a. Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas de proceso; 4a. Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número; 5a. Cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho; y 6a. Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por esta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes”.

En definitiva, lo que deberíamos realizar debería ser un análisis de la coherencia y plausibilidad de la declaración¹²⁵, para así determinar el valor del producto de la misma.

Realizadas las valoraciones por separado, es preciso señalar que respecto a la resolución final no hay problema con que se presenten de forma conjunta porque como señala Fernández, “(...) se trata de requisitos que, aisladamente considerados, no permiten concluir por sí solos la atendibilidad de la declaración como suficiente prueba de cargo, sino que se trata de elementos que han de presentarse de manera conjunta, y ni siquiera así se garantiza plenamente la veracidad del testimonio”¹²⁶.

CONCLUSIONES

En todos los aspectos de la vida nos basamos en algún tipo de testimonio para adoptar alguna decisión. En el ámbito procesal la forma tradicional de estudiarlo ha sido desde la de aquel tercero que relatará algo que percibió o que le contaron, sin existir un análisis pormenorizado del tema ya sea porque se le da más importancia a la prueba documental y a la pericial o porque el testimonio se transmite de forma oral, desconfiándose de este medio de transmisión en contraste con la escritura.

En este trabajo, se busca dejar de lado la visión restringida y tradicional del testimonio, basado en este caso solo en el análisis de la prueba testimonial, pero que incluso con el concepto amplio que se propone podría llegar a englobar la prueba pericial y la declaración de partes. Finalmente, el testimonio será una forma de comunicación en que se transmitirá información a una audiencia, distinguiéndose dos elementos en él, cuáles son, el agente que realiza la declaración y el producto de dicha declaración.

Nuestra legislación y doctrina, no se hacen cargo ni de dicho concepto amplio y menos aún, de la distinción planteada entre el agente y el producto de la declaración, lo que luego repercute en un eventual análisis de las distintas etapas de la actividad probatoria. En Chile, en materia civil, no es posible distinguir entre la etapa de inclusión y la de valoración, y al no poder realizar aquello, menos podemos diferenciar al testigo de su declaración dentro de ella. Así, se realiza una especie de examen de credibilidad del testigo a través de las tachas, lo que no es propiamente un examen de inclusión del mismo en el juicio, sino más bien una valoración adelantada del agente o testigo.

Respecto a la etapa de valoración, por regirse esta última por el sistema de prueba legal o tasada, el legislador vuelve a confundir entre el testigo y el producto de su declaración e incluso entre inclusión y valoración. Lo anterior, porque en materia de inhabilidades menciona al menor de catorce años, pero acto seguido le otorga un valor de base de presunción a su declaración; respecto al testimonio de oídas, se refiere a la declaración que se basa en hechos no percibidos por sus propios sentidos y le otorga el mismo valor, para terminar, en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, señalando el valor de ciertas declaraciones, pero que estará determinado por la credibilidad que otorga el testigo. Es decir, en materia civil, no existe etapa de admisibilidad propiamente tal, confundiéndose la valoración del

¹²⁵ COLOMA *et al.* (2009) p. 324.

¹²⁶ FERNÁNDEZ (2009) p. 105.

agente con el objeto de la institución de las tachas¹²⁷, y luego, en lo que podríamos señalar la valoración misma, entremezclando la valoración de la declaración con la del testigo¹²⁸.

Examinada y criticada la realidad chilena, cabe preguntarse entonces cuál es la propuesta de análisis que debe efectuarse. En primer término, y debiendo distinguirse entre las etapas de conformación del material probatorio y de valoración, debe señalarse que el testigo, como agente, siempre debe incluirse en juicio, es decir todas las personas serán hábiles para declarar. No sucede lo mismo con el examen del testimonio -producto- porque en dicho caso, en la etapa de conformación del material probatorio, cabe establecer si la declaración que realizará es relevante dentro del juicio.

Luego, respecto a la credibilidad del testigo, esto debe ser evaluado en sede de valoración, y diferenciándose del producto de su declaración, esto porque la credibilidad no puede ser evaluada en la etapa de inclusión ya que dicha etapa solo apunta a la relevancia de la prueba y a la cautela de ciertos valores, distinto a la credibilidad que es un tema de valoración.

Siguiendo esa línea surge preguntarse, ¿cuándo el testigo es creíble?, y ¿cómo debemos valorar el producto?

Para responder la primera de las preguntas anteriores, podríamos revisar dos teorías, las del reduccionismo y del antirreduccionismo, las cuales, si bien presentan ciertas soluciones, también tienen ciertas falencias que se hace necesario matizar y que también permiten confundir la valoración del agente y la actividad.

Resuelta la valoración del agente, el centro estuvo en el producto, donde la operación intelectual implica descartar los errores de percepción, y de interpretación del testigo e incluso la interpretación del juzgador; establecer la firmeza y coherencia a lo largo del proceso; corroborarlo por datos objetivos (es decir, que esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa independiente a la propia declaración), y finalmente conectarlo con datos objetivos para tomar una decisión.

Realizadas las dos operaciones anteriores, valoración de credibilidad del agente y valoración del producto de su declaración, el juzgador podrá extraer conclusiones finales respecto a la materia en juicio.

Como se ha establecido a lo largo de este trabajo, podemos observar que en materia civil existe confusión en los distintos análisis, no pudiendo tener claridad respecto a cuál es el examen que se le realiza al testigo y cuál al producto de su declaración, menos aún en qué etapa de la actividad probatoria estos exámenes se realizan. Más grave aún, la institución de las tachas lo que hace es valorar anticipadamente al testigo, y luego en la etapa de valoración misma confundir eventuales valores de credibilidad con cómo influirían en su declaración.

Así, en el proceso racional que el juez realiza, este debe primero enfocarse en las interrogantes que se le formulen al testigo respecto a su credibilidad, para luego enfocarse en la declaración misma atinente al caso en cuestión, aunque esto implique que los elementos deban presentarse de forma conjunta, como lo analicé de acuerdo a Fernández¹²⁹.

¹²⁷ Artículos 357, 358, 373, 374, 375, 376, 377 del Código de Procedimiento Civil.

¹²⁸ Artículos 383 y 384 del Código de Procedimiento Civil.

¹²⁹ FERNÁNDEZ (2009) p. 105

Es por todo lo anterior, que la tendencia debe ser realizar la distinción entre el agente y la actividad y en base a esa diferencia examinar la inclusión y valoración. Realizado aquello pueden establecerse ciertas conclusiones ya que no necesariamente un testigo *per se* mentiroso realizará una mala declaración ni una declaración atingente al caso será dado por el testigo más creíble, porque de lo contrario, no es posible determinar la falsedad de una declaración siendo la única opción analizar esa declaración de forma objetiva e independiente de la persona del declarante¹³⁰. Todo lo mencionado, va de la mano de un concepto amplio de testimonio como el que se planteó al inicio, porque no solo aquel facilita la distinción entre los elementos señalados, sino que además permitirá absorber otros medios de prueba como testimonio que presentan las mismas características que la prueba testimonial respecto a la confusión entre agente y producto, y que hacen plantearse una posible regulación común o al menos un análisis similar, lo que podrá ser analizado en otro trabajo referido a lo mismo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADLER, Jonathan (2017): “Epistemological Problems of Testimony”, en ZALTA, Edwards (editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter, 2017.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINNING, William (2015): *Análisis de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- CARNELUTTI, Francesco (1982): *La prueba civil* (Buenos Aires, Ediciones Depalma).
- COADY, C.A.J. (2002): *Testimony. A philosophical study* (Oxford, Oxford University Press).
- COLOMA, Rodrigo; PINO, Mauricio y MONTECINOS, Carmen (2009): “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33: pp. 303-344.
- CONTRERAS, Cristián (2015): *La valoración de la prueba de interrogatorio* (Madrid, Marcial Pons).
- DIGES, Margarita (2016): *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense* (Madrid, Editorial Trotta).
- DEL RÍO, Carlos (2010): “Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 34: 349-383.
- DOSI, Ettore (2016): *La prueba testimonial. Estructura y función* (Lima, ARA Editores E.I.R.L.).
- FERNÁNDEZ, Mercedes (2009): “La valoración judicial de las pruebas declarativas”, *Revista Jueces para la democracia*, N° 64: pp. 95-116.
- FERRER, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- FIGUEROA, Sebastián (2016): “Reconocer y explicar (,) lo que hacemos. Una lectura de la agencia humana desde las observaciones de Ludwig Wittgenstein” en ORMEÑO, Juan

¹³⁰ NIEVA (2010) p. 222.

- (editor), *Ensayos, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral* (Santiago, Ediciones LOM).
- FRAMARINO, Nicola (1995): *Lógica de las pruebas en materia criminal* (Bogotá, Editorial Temis).
- GASCÓN, Marina (2013): *Estándares de prueba y prueba científica* (Madrid, Marcial Pons).
- GORPHE, Francois (1971): *La crítica al testimonio* (Madrid, Instituto Editorial Reus S.A., 5ª edición).
- GORPHE, Francois (1985): *Apreciación judicial de las pruebas: ensayo de un método técnico* (Bogotá, Temis).
- GRAHAM, Peter (1997): “What is testimony”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 47, N° 187: pp. 227-232.
- GUASTINI, Ricardo (2014): *Interpretar y argumentar* (Madrid, Centro de estudios Políticos y Constitucionales).
- HUME, David (2005): *Investigación sobre el conocimiento humano* (Barcelona, Atalaya).
- LACKEY, Jennifer (1999): “Testimonial knowledge and transmission”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 49, N° 197: pp. 471-490.
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal* (Madrid, Marcial Pons).
- LOFTUS, Elizabeth; DOYLE, James y DYSART, Jennifer (2013): *Eyewitness Testimony. Civil and Criminal* (San Francisco, LexisNexis).
- LOSADA, Alfonso (2015): “El testimonio como dar la palabra”, *Teorema*, XXXIV/1: pp. 5-18.
- MANZANERO, Antonio (2008): *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria* (Madrid, Ediciones Pirámide).
- MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2010): *Derecho Procesal Penal* (Santiago, Thomson Reuters).
- MUÑOZ, Luis (2001): *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000* (Barcelona, J.M. Bosch Editor).
- NIEVA, Jordi (2010): *La valoración de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- NIÑO, Douglas y MARRERO, Danny (2015): “El testimonio de un experto. Una perspectiva agentiva” en PÁEZ, Andrés (coord.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (Bogotá, Editorial Kimpres SAS) pp. 185-203.
- PÁEZ, Andrés (2014): “La prueba testimonial y la epistemología del testimonio”, *Isonomía*, N° 40: pp. 95-118.
- PÁEZ, Andrés (2013): “Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia”, en VÁSQUEZ, Carmen (Ed.) *Estándares de prueba y prueba científica* (Madrid, Marcial Pons) pp. 215-238.
- PALOMO, Diego; BORDALÍ, Andrés y CORTEZ, Gonzalo (2014): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago, Thomson Reuters).
- QUINTANA, Francisco (2008): “La valoración del interrogatorio de testigos en supuestos específicos: el testigo tachado y el testigo - perito” en ABEL LLUCH, Xavier, PICÓ, Joan, *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (Barcelona, J.M. Bosch Editor).
- RAMOS, Vitor de Paula (2018): *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia* (Girona, Universidad de Girona).
- RAMOS, Vitor de Paula (2019): *La prueba testifical* (Barcelona, Marcial Pons).

- RIVERA, Rodrigo (2011): *La prueba: un análisis racional y práctico* (Madrid, Marcial Pons).
- SCHLOSSER, Markus (2015): “Agency” en ZALTA, Edwards (editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall, 2015.
- SILVA, Eva; MANZANERO, Antonio y CONTRERAS, María José (2018): *CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar* (Madrid, Dykinson S.L.).
- STEIN, Alex (2005): *Foundations of Evidence Law* (Oxford, Oxford University Press).
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2011): *La prueba de los hechos* (Madrid, Editorial Trotta).
- TARUFFO, Michele (2012): *Consideraciones sobre la prueba y motivación de la sentencia civil*. (Santiago, Editorial Metropolitana, 1ª edición).
- THAGARD, Paul (2005): “Testimony, credibility and explanatory coherence”, *Erkenntnis*, vol. 63, N° 3: pp. 295-316.
- VAZQUEZ, Carmen (2015): *De la prueba científica a la prueba pericial* (Madrid, Marcial Pons).
- ZUCKERMAN, Adrian (2013): *Zuckerman on civil procedure: principles of practice* (Londres, Sweet & Maxwell).

NORMAS CITADAS

- Ley N° 1.552 de (30/08/1902), que aprueba el Código de Procedimiento Civil.
- Ley N° 19.696 de (12/12/2000), Código Procesal Penal.

INICIO DE LA TENTATIVA Y OPORTUNIDAD-PARA-LA-ACCIÓN

ATTEMPT'S BEGIN AND OPPORTUNITY-FOR-ACTION

JUAN PABLO MAÑALICH R.*

RESUMEN: El artículo ofrece una reformulación del criterio de la acción intermedia, o de la “inmediatez-de-acción”, para el reconocimiento del inicio de una tentativa (inacabada). Sobre la base de una clarificación de las condiciones de adecuación dogmática que ha de satisfacer la formulación de semejante criterio, este es reconstruido en el sentido del modelo de la oportunidad-para-la-acción. El artículo se cierra con una indagación en la relevancia de la así llamada “suerte circunstancial” para la demarcación entre preparación y tentativa.

Palabras clave: tentativa, acción intermedia, oportunidad para la acción, suerte circunstancial.

ABSTRACT: The paper offers a reformulation of the criterion of intermediate-action, or of “action-immediacy”, for fixing the point in which an (incomplete) attempt begins to take place. Upon a clarification of the conditions of doctrinal adequacy that its formulation must satisfy, the criterion is reconstructed in the sense of a model of action-opportunity. The article closes with an inquiry into the relevance of so called “circumstantial luck” for the demarcation of preparation and attempt.

Key words: attempt, intermediate action, action-opportunity, circumstantial luck.

1. INTRODUCCIÓN: EL INICIO DE LA TENTATIVA COMO CATEGORÍA DE LA TENTATIVA INACABADA

Bajo un sistema jurídico que, como el chileno, diferencia los regímenes de punibilidad y penalidad de la tentativa acabada y la tentativa inacabada¹, el problema del inicio de la tentativa, que Bockelmann caracterizara como el “más difícil [de] la dogmática de la tentativa”, sistemáticamente pertenece a la segunda de aquellas dos categorías². Esta afirmación encuentra sustento inmediato en el modelo teórico que será brevemente reseñado en lo que sigue³.

La **imperfección delictiva** que es definitoria de toda tentativa de delito se explica por el hecho de que el comportamiento constitutivo de tal resulta imputable bajo una descrip-

* Doctor en derecho, Universidad de Bonn; profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Av. Santa María 076, 7520405, Providencia. Dirección electrónica: jpmanalich@derecho.uchile.cl. El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1160147 (regular), del cual el autor es investigador responsable. Agradezco a Isabel Yáñez M., ayudante *ad honorem*, por su colaboración en la revisión del texto.

¹ Diferenciación que el CP chileno asocia a la distinción entre las nociones de “delito frustrado” y “tentativa” (a secas), respectivamente, en los términos de su art. 7°.

² BOCKELMANN (1957) p. 134.

³ Véase MAÑALICH (2017a) pp. 462 ss., 475 ss.

ción que determina su falta de antinormatividad bajo la norma cuyo quebrantamiento se identifica con esa misma tentativa. Que un comportamiento que no resulta antinormativo bajo una determinada norma pueda, no obstante, resultar imputable como quebrantamiento de esa misma norma, se explica por la irreductible incertidumbre que define la situación del destinatario de la norma acerca de si la acción que se encuentra en posición de omitir o ejecutar llegará a satisfacer, *ex post*, la descripción bajo la cual esa acción ejemplificaría el tipo de acción sometido a prohibición o requerimiento, según corresponda. Con arreglo a la creencia predictiva que aquel puede formarse en cuanto a las propiedades (basales) que habría de llegar a exhibir su comportamiento, la norma en cuestión puede fundamentar un concreto deber –esto es, la necesidad práctica– de omitir o ejecutar una acción particular, aun cuando el comportamiento a través del cual tiene lugar la infracción de ese deber no necesariamente haya de resultar antinormativo.

Desde este punto de vista, la diferencia entre una tentativa acabada y una tentativa inacabada se reduce a que en la primera el comportamiento efectivamente desplegado por el destinatario de la norma es suficiente para constituirse, con cargo a la respectiva creencia predictiva, como la infracción de un deber fundamentado por la norma. En la tentativa inacabada, por el contrario, el comportamiento del agente por sí mismo no alcanza, con cargo a esa misma creencia, a servir de vehículo a la declaración de que la norma respectiva no resulta reconocida como premisa vinculante. Estructuralmente, este déficit resulta compensado a través de la así llamada “resolución-al-hecho”. Por tal cabe entender una intención (“previa”) de ejecutar u omitir una acción que, bajo la creencia predictiva en cuestión, el agente tendría que omitir o ejecutar para así adecuar su comportamiento a la norma, sin que la descripción que especifica la acción a cuya ejecución u omisión se encuentra referida la intención en cuestión necesite coincidir con la descripción bajo la cual tal acción resulta prohibida o requerida por la norma⁴.

Que la adscripción de tal resolución-al-hecho puede proveer el criterio de compensación requerido, se sigue de que el agente que se forma semejante intención previa adquiere, de ese modo, un determinado compromiso práctico, que sustenta la expectativa de que él en efecto llegue a **realizar** esa misma intención, ejecutando u omitiendo la acción respectiva cuando bajo su representación de las circunstancias se configure la correspondiente “oportunidad-para-la-acción”. Puesto que su función consiste en compensar un déficit exclusivamente exhibido por la tentativa inacabada, la categoría de la resolución-al-hecho es privativa de esta forma de tentativa. Con ello, si el inicio de la tentativa se corresponde con el momento en el cual la intención en cuestión ha de verse actualizada como resolución-al-hecho, entonces la categoría del inicio de la tentativa también es exclusiva de la tentativa inacabada⁵.

⁴ En detalle, MAÑALICH (2019b) III.

⁵ En esta dirección ya KÜHL (1980) p. 125. Una fundada refutación de la propuesta de definición general del concepto de tentativa de delito a partir de la noción de “principio de la ejecución” (*Anfang der Ausführung*), en inmediata referencia al tenor del antiguo § 43 del StGB, fue ofrecida por COHN (1880) pp. 17 ss., aun cuando sobre la base de una problemática validación de la distinción entre “delitos materiales” y “delitos formales”.

2. EL INICIO DE LA TENTATIVA BAJO EL CRITERIO DE LA ACCIÓN INTERMEDIA

2.1. LA INADECUACIÓN DE LA SOLUCIÓN OBJETIVO-FORMAL

Al interior del repertorio de propuestas tradicionalmente manejadas por la dogmática de la tentativa para articular la demarcación entre esta y el ámbito de la preparación⁶, el criterio de la acción intermedia parece ser el único que satisface presupuestos mínimos de adecuación explicativa. Para sustentar esta última afirmación basta con reseñar algunas de las contundentes objeciones esgrimidas contra las propuestas que rivalizan con ella.

Es usual que la ya referida demarcación se oriente a especificar las condiciones de cuya satisfacción depende que un comportamiento tenga el carácter de “acción ejecutiva”⁷. Bajo la así solución **objetivo-formal**, y según la formulación que a esta diera Robert Von Hippel, por tal habría que entender ni más ni menos que la acción típica, esto es, aquella que “cae bajo el tipo-de-delito”, en cuanto acción que “corresponde in concreto al comportamiento allí en general puesto bajo pena”⁸. Pero esto no puede tomarse al pie de letra. Pues si se trata aquí de una propuesta de determinación de lo que ha de constituir el inicio de una **tentativa**, ella no puede pasar por alto que un comportamiento constitutivo de tentativa es uno que resulta imputable bajo una descripción distinta de aquella que lo convertiría en una instancia de realización (antijurídica) del tipo en cuestión⁹, esto es, en una instancia del correspondiente delito consumado¹⁰. De ahí que Von Hippel observara que la respectiva acción ejecutiva consistiría en “toda especie de acción de matar en el homicidio, el sustraer en el hurto, el engañar en la estafa, el exhortar en los delitos de exhortación, el amenazar en la coacción y la extorsión, el ejercicio de violencia en los delitos de violencia, el incendiar, el ejercicio de la caza, etc.”¹¹.

Es llamativo que Von Hippel no reparara en la heterogeneidad de los ejemplos por él aducidos. En sus propios términos, tal ejemplificación del concepto de acción ejecutiva fracasa sin más tratándose de delitos como el homicidio y el incendio. Pues tanto “matar” como “incendiar” son verbos que especifican tipos de acción definidos por la clase de resultado en cuya producción consiste el delito –en tal medida: “resultativo”– correspondiente¹². Por ello, no tiene sentido sugerir que una acción pueda ser descrita como una instancia de matar (a otro ser humano nacido) o como una instancia de incendiar (algo), sin que esa acción realice, *eo ipso*, el tipo del homicidio o del incendio¹³. La misma dificultad no se

⁶ En general al respecto, y desde una crítica del modelo del *iter criminis*, véase MAÑALICH (2019b) II; sobre esto, véase ya FINCKE (1975) pp. 35 s. En referencia al problema en la tradición del *common law*, DUFF (1996) pp. 33 ss.

⁷ Véase ya VON HIPPEL (1930) pp. 397 ss.

⁸ VON HIPPEL (1930) p. 398. En general sobre la solución objetivo-formal, véase BERZ (1984) p. 512; ALCÁCER (2001) pp. 50 ss.

⁹ En detalle al respecto, MAÑALICH (2017a) pp. 467 ss.

¹⁰ Véase VON HIPPEL (1930) p. 396.

¹¹ VON HIPPEL (1930) p. 398.

¹² Tratándose del homicidio, ello depende, como es obvio, de que el complemento directo del verbo “matar” se corresponda con una expresión que haga referencia a un individuo (nacido) de la especie humana.

¹³ Véase, empero, ALCÁCER (2001) pp. 54 ss.

suscita, verbigracia, tratándose de la estafa, cuyo tipo se ve realizado por la producción de un resultado distinto del resultado que define el tipo de acción especificado por el verbo “engañar”¹⁴. Y de ahí que sea respecto de delitos como la estafa o la coacción que la solución objetivo-formal muestre alguna plausibilidad. Para ello, una acción ejecutiva en el sentido de una posible tentativa de estafa, consistente en la materialización de un engaño con potencial relevancia para que otra persona lleve a efecto una disposición patrimonial perjudicial, tendría que poder ser identificada con una “realización parcial” del tipo de la estafa.

El problema está en que hablar de una “realización parcial del tipo” no tiene sentido. Para todo tipo-de-delito T_x vale la proposición de que o bien T_x se ha realizado o bien T_x no se ha realizado: *tertium non datur*¹⁵. La posibilidad de descomponer analíticamente un tipo cualquiera en múltiples “elementos”, alguno de los cuales pueda corresponderse con un verbo de acción, no autoriza a suponer que la satisfacción de uno o más de esos elementos, mas no de todos, daría lugar a una “realización parcial” del tipo en cuestión¹⁶. Pues esta jerga desconoce que la realización de todo tipo-de-delito, en cuanto relación de satisfacción semántica, queda sometida a un principio de indivisibilidad¹⁷.

Esta objeción subyace a la manera en que en la discusión alemana se impuso el rechazo de la solución objetivo-formal¹⁸. La cuestión ha quedado asociada a la decisión por la que el Tribunal Superior de Karlsruhe resolvió un caso en el que se había imputado una tentativa de estafa a una mujer que en la calle se habría aproximado a otra pretendiendo hacerle creer que ambas serían parientes, para así ganar su confianza y lograr acompañarla a su casa, donde le haría creer que había previamente sufrido un accidente para así conseguir que la otra mujer accediera a prestarle dinero¹⁹. El tribunal negó la existencia de una tentativa de estafa, esgrimiendo que la acción atribuida a la acusada, consistente en aparentar ser pariente de su potencial víctima, no era “la acción de engaño decisiva para el tipo de la estafa”. Pues esta última tendría que haber sido identificada, más bien, con el engaño que la acusada no llegó a materializar y por el cual esta perseguía obtener el préstamo de dinero.

¹⁴ Esto no quiere decir que el tipo de acción especificado a través del verbo “engañar” no quede definido por una determinada clase de resultado. En efecto, X solo engaña a Y si Y resulta **engañado** por X, esto es, si Y se forma una creencia falsa cuyo contenido proposicional se corresponda con el contenido proposicional de una afirmación (explícita o concluyentemente) realizada por X.

¹⁵ Véase ya BELING (1922) pp. 80 ss., 84 ss., aun cuando (todavía) haciendo suya la distinción entre los conceptos de tentativa y de “falta de tipo” –véase en contra BELING (1930) p. 20–, para sobre tal base sustentar la tesis de la falta de relevancia jurídico-penal de la así llamada “tentativa absolutamente inidónea”, definida por la falta de alguna de las “relaciones con el ambiente” (*Millieubeziehungen*) que debe exhibir el comportamiento típicamente relevante. Al respecto, MAÑALICH (2019a) pp. 322 ss. .

¹⁶ Véase DOLD (2017) pp. 141 ss., quien muestra que el objeto de referencia del dolo debe entenderse constituido por circunstancias que realizan o realizarían el tipo, y no por circunstancias que acumulativamente realizarían cada uno de los múltiples elementos en que aquel pudiera descomponerse.

¹⁷ Véase ya MAÑALICH (2019a) pp. 300 ss.

¹⁸ Véase empero MAIER (2005) pp. 209 ss., 219 ss., quien argumenta a favor de una determinación del inicio de la tentativa específicamente referida a cada tipo-de-delito, para así perfilar el correspondiente tipo-de-tentativa. Críticamente al respecto, SAFFERLING (2006) pp. 696 ss.

¹⁹ OLG Karlsruhe, decisión de 12 de agosto de 1981 - 3 Ss 167/81. Al respecto, BERZ (1984) p. 512. Al respecto y detalladamente, BURKHARDT (1983) pp. 427 ss., impugnando el “dogma de la realización parcial del tipo”; también KÜPER (1992) pp. 341 ss., 345 ss.

Que en el caso aquí considerado era errado postular la existencia de una tentativa (inacabada) de estafa se sigue, en efecto, de que la respuesta a la pregunta de si lo hecho por alguien se deja describir como un eventual engaño es, por sí misma, criteriológicamente irrelevante para responder la pregunta de si el comportamiento en cuestión resulta constitutivo de una tentativa de estafa²⁰. Pues el tipo de la estafa no consiste en una **adición** de elementos diversos, uno de los cuales es expresado por el verbo de acción “engañar”, sino más bien –y como todo tipo-de-delito– en una **descripción unitaria** que especifica una forma de comportamiento que por esa vía adquiere relevancia jurídico-penal²¹. Precisamente por esto ya Beling proclamaba la estricta relatividad-al-tipo de la noción de “elemento constitutivo del tipo”²². Y para determinar si se configura una tentativa de un delito cualquiera no tiene sentido preguntar si el comportamiento atribuible al agente realiza, aisladamente, un determinado elemento del tipo del delito en cuestión²³. Pues como ya se sugiriera, la realización de **una parte** –esto es, de algún elemento– del tipo no equivale a una pretendida realización **parcial** del tipo²⁴.

Notablemente, Von Hippel advertía que el *test* de la realización parcial del tipo, si se lo administra de manera “puramente lógica”, tendría que llevar a negar la existencia de una tentativa del delito respectivo en casos “en los cuales la acción se aproxima hasta el punto inmediatamente previo al límite de la ejecución”²⁵. Lo contra-intuitivo de esta solución haría imprescindible flexibilizar el criterio por él previamente ofrecido, para así conferir relevancia a “la consideración unitaria del suceso histórico que concebimos y se despliega unitariamente”²⁶. Esto llevaría, en la senda marcada por Frank²⁷, a tener que reconocer ya un inicio de la ejecución en aquellas acciones “que en virtud de su co-correspondencia inmediata con la acción típica aparecen, para la concepción natural, como componentes de ella”²⁸. Más adelante nos interesará volver sobre el llamado de atención de Von Hippel acerca del riesgo de una dilatación temporal y material del criterio de la inmediatez así esbozado²⁹.

²⁰ KÜPER (1992) pp. 346 s.

²¹ Véase BELING (1906) pp. 110 ss.

²² BELING (1906) p. 291.

²³ Acertadamente KÜPER (1992) p. 347. De ahí que la defensa de la relevancia criteriológica de la realización de un elemento del tipo, ofrecida por VOGLER (1993) pp. 297 ss., y reproducida por MURMANN (1999) pp. 13 ss., no pueda tenerse por exitosa. Pues precisamente al sostener que el engaño en el cual había incurrido la acusada no resultaba “específico-del-tipo”, Vogler concede que la constatación de la relevancia típica de un comportamiento cualquiera no equivale a la constatación de que ese comportamiento satisfaga una multiplicidad de “elementos” aisladamente considerados.

²⁴ Por ello BERZ (1984) p. 512, en referencia al caso conocido por el tribunal de Karlsruhe, podía observar que bajo el § 22 del StGB la existencia de una tentativa no depende de que el comportamiento del potencial autor consista en un disponerse inmediatamente a la realización “de un **elemento** del tipo”, sino a la realización “del tipo (en su conjunto)”.

²⁵ VON HIPPEL (1930) p. 402.

²⁶ VON HIPPEL (1930) p. 402.

²⁷ Véase FRANK (1931) p. 87, cuya célebre fórmula reza: “ha de encontrarse un inicio de la ejecución en todos aquellos actos [*Tätigkeitsakte*] que en virtud de su necesaria co-correspondencia con la acción del tipo para la concepción natural aparecen como sus componentes”.

²⁸ VON HIPPEL (1930) p. 402; al respecto, SAFFERLING (2006) p. 686.

²⁹ Véase VON HIPPEL (1930) p. 402.

2.2. APTITUD DE GENERALIZACIÓN COMO EXIGENCIA METODOLÓGICA

La inadecuación de la solución objetivo-formal podría augurar mejores chances de éxito a propuestas que abogan por la vinculación directa de la determinación del inicio de la tentativa con el fundamento “material” de su punibilidad³⁰. Paradigmática de esta estrategia es la así llamada “teoría de la peligrosidad”, que como su denominación lo sugiere identifica el inicio de la tentativa con la creación de un peligro para el bien jurídico cuyo menoscabo es definitorio del injusto del delito (consumado) respectivo³¹. Más allá de la inviabilidad estructural que afecta, en sus diferentes versiones, a las concepciones que pretenden reconducir el fundamento general de la relevancia jurídico-penal de la tentativa a un juicio de peligrosidad³², aquí interesa destacar la ineptitud criteriológica de tal propuesta de determinación del inicio de la tentativa. Ello resulta de que, en pos de concretar el criterio así favorecido, el peligro cuya creación sería constitutiva del inicio de la tentativa correspondiente deba identificarse con un **peligro concreto**. Esto es problemático a lo menos por dos razones³³.

En primer lugar, la noción de peligro concreto especifica una forma de **acaso**, definida por la circunstancia de una imposibilidad práctica del impedimento de la lesión del respectivo bien jurídico por parte de su titular o beneficiario³⁴. Así entendida, sin embargo, la noción de peligro concreto es enteramente inadecuada para determinar el umbral a partir del cual al destinatario de la norma correspondiente puede imputarse un quebrantamiento (imperfecto) de esta, en atención a las circunstancias que él tuviera por existentes al momento de resolverse a ejecutar u omitir una cierta acción. Pues al igual que las nociones de lesión y de peligro abstracto, la noción de peligro concreto es una categoría concerniente a la finalidad de protección atribuible a la norma de comportamiento de cuyo posible quebrantamiento se trata, y no en cambio una categoría que incida en el esclarecimiento de las condiciones de imputación de tal quebrantamiento³⁵.

Esto último resulta internamente conectado con una segunda objeción, que denuncia el déficit de generalización que aqueja a la solución “peligrosista”. La identificación del inicio de la tentativa con la creación de un peligro concreto podría a lo sumo reclamar alguna plausibilidad estructural tratándose de la tentativa de un delito de lesión. Tratándose, en cambio, de un delito de peligro concreto, la realización de cuyo tipo dependerá –valga la redundancia– de la generación del respectivo peligro concreto, esta no podría al mismo

³⁰ Véase el panorama doctrinal ofrecido por ALCÁCER (2001) pp. 24 ss.

³¹ Véase VON HIPPEL (1966) pp. 18 ss., 26 ss., aun cuando bajo una concepción extraordinariamente laxa de la noción aquí relevante de peligro.

³² Al respecto, MAÑALICH (2019a) pp. 334 ss., 355 ss.

³³ Véase ya BERZ (1984) p. 513.

³⁴ Fundamental, KINDHÄUSER (1989) pp. 205 ss., 210 ss. Esta especificación de la noción de peligro concreto es divergente de la asumida por Berz, quien a su vez la toma de Horn, bajo la cual la imposibilidad de controlar el acaecimiento del desenlace lesivo tendría que ser juzgada desde el punto de vista del propio agente; véase BERZ (1984) p. 513, quien sobre tal base impugna la adecuación del criterio así perfilado en razón de que un peligro concreto sería reconocible, más bien, con el **acabamiento** de la tentativa en cuestión. Esto último supondría, sin embargo, identificar la noción de tentativa acabada con aquello que DOLD (2017) pp. 41 ss., 46 ss., denomina una “tentativa concluida”, definida por la “renuncia (dolosa) al control sobre el peligro” por parte del autor.

³⁵ VOGEL (1993) pp. 229 ss.

tiempo servir como criterio de reconocimiento del inicio de la tentativa de ese mismo delito³⁶. Y *a fortiori*, la misma dificultad se presentará tratándose del inicio de la tentativa de un delito de peligro abstracto: si para su consumación es irrelevante sin más la eventual generación de un peligro concreto, entonces parece difícil explicar que aquella sí pudiera tener relevancia para la constitución de una tentativa (inacabada) del delito en cuestión.

El fracaso de la “teoría de la peligrosidad”, así diagnosticado, se explica por su incompatibilidad con la caracterización funcional del concepto de tentativa de delito como categoría de la parte general³⁷. Que la tentativa de un delito cualquiera no exhiba la propiedad de ser típicamente adecuada, sino solo la de encontrarse referida al tipo en cuestión³⁸, significa que la fijación de los presupuestos de punibilidad de una tentativa se ve necesariamente complementada por la descripción abstracta en la que consiste el tipo del delito de cuya tentativa se trata³⁹. De ahí que un comportamiento que no llega a realizar (antijurídicamente) el tipo en cuestión pueda, no obstante, resultar imputable como la tentativa del delito así tipificado. La dependencia conceptual que exhibe la tentativa respecto del título de punibilidad autosuficiente en el que consiste el respectivo tipo-de-delito se manifiesta en la “formalidad materialmente ‘ciega’”, que según Fincke es propia de las categorías de la parte general a través de las cuales puede verse ampliado o restringido el ámbito de punibilidad fijado a través de la correspondiente decisión autónoma de criminalización plasmada en la parte especial⁴⁰. De esto se sigue que la estructura de imputación de la tentativa es conceptualmente compatible con toda forma de comportamiento típicamente relevante⁴¹.

La objeción referida a la imposibilidad de una generalización del criterio respectivo también afecta, *mutatis mutandis*, a la propuesta de determinar el inicio de la tentativa en atención a la variable de la generación de una conexión con la “esfera de la víctima”, complementada por una exigencia de “proximidad temporal”⁴². Como debería ser obvio, la inadecuación de este planteamiento queda determinada por el hecho de que el criterio así

³⁶ BERZ (1984) p. 513.

³⁷ Véase FINCKE (1975) pp. 28 s., 35 ss.; también TIEDEMANN (1992) pp. 10 ss.

³⁸ BELING (1930) pp. 17 s.; en detalle, MAÑALICH (2017a) pp. 467 ss.

³⁹ Véase KÜHL (1980) pp. 506 ss. Claramente al respecto, FIEDLER (1967) pp. 92 s.

⁴⁰ FINCKE (1975) p. 27. De ahí que resulte categorialmente errada la observación de VOGLER (1985) § 22, n.m. 58 ss., en cuanto a que “el problema de la demarcación de la preparación y la tentativa [sería] una pregunta específica de cada tipo”. En contra, ROXIN (2003) § 29, n.m. 106 ss., quien observa que tal estrategia lleva a redefinir la pregunta como una “de la parte especial”; coincidentemente, ALCÁCER (2001) pp. 65 s. Para un intento de refutación de esta objeción, véase a su vez VOGLER (1993) pp. 289 ss., quien no logra diferenciar suficientemente la correcta tematización de la referencia al respectivo tipo que es definitoria del concepto de tentativa, por un lado, de la problemática afirmación de que un comportamiento constitutivo de tentativa tendría que resultar “específico-del-tipo”, por otro.

⁴¹ FINCKE (1975) p. 37. Al respecto, VOGLER (1993) p. 290. Tal como lo mostrara Fincke, ello también vale en referencia a los así llamados “delitos de emprendimiento”, tanto en su forma “propia” como en su forma “impropia”; véase FINCKE (1975) pp. 52 ss., quien acertadamente observaba que la extendida tesis según la cual la tentativa de un delito de emprendimiento no sería constructivamente concebible descansa en un desconocimiento de la diferencia entre el carácter formal del concepto de tentativa *qua* categoría de la parte general, por un lado, y el carácter material de la noción de intentar que se identifica con un componente explícito o implícito de la estructura típica del respectivo delito de emprendimiento, por otro.

⁴² Así y paradigáticamente, ROXIN (2003) § 29, n.m. 139 ss.

propuesto resulta *ab initio* inaplicable tratándose de la tentativa de cualquier delito cuya estructura típica sea incompatible con la tematización de la posición de una víctima⁴³. Esto no solo concierne a delitos consistentes en el quebrantamiento de normas que protegen bienes jurídicos colectivos, sino también a aquellos consistentes en el quebrantamiento de normas que dispensan **protección general** a un bien jurídico individual frente al peligro abstracto, esto es, que contribuyen a asegurar la disponibilidad despreocupada sobre un bien individual por parte de cualesquiera personas que funjan como sus titulares⁴⁴, lo cual incluye a personas no involucradas en la situación potencialmente delictiva. En uno y otro ámbito, una apelación a la esfera de la víctima para especificar el punto a partir del cual la tentativa se encontraría iniciada es impertinente sin más, lo cual basta para descartar su aceptabilidad dogmática.

Por supuesto, lo anterior no quiere decir que la referencia a la posición de la víctima carezca de toda relevancia para la determinación del inicio de la tentativa de un delito cuyo fundamento de ilicitud se deje identificar con el menoscabo singularizado de un bien jurídico individual⁴⁵. Pero esa eventual relevancia solo podrá ser mediata, y más precisamente: derivativa, en la medida en que el criterio general para el reconocimiento de un inicio de la tentativa de cualquier delito confiera significación a esa referencia.

2.3. EL CRITERIO DE LA ACCIÓN INTERMEDIA

Como criterio para el inicio de la tentativa de un delito cualquiera solo puede venir en consideración una fórmula que resulte propiamente insensible a la especificidad de la estructura típica del delito de cuya posible tentativa se trata. Eso es, en principio, lo que ofrece la así llamada “teoría de la acción intermedia”, que suele ser entendida como una especificación de la fórmula de Frank⁴⁶. De acuerdo con ella, el potencial autor da inicio a la tentativa del delito respectivo si su comportamiento, según su representación de las circunstancias, “ha llegado ya tan lejos que la acción siguiente configuraría ya la realización (parcial) del tipo”⁴⁷. Esta formulación necesita ser corregida en a lo menos tres aspectos para que el criterio goce de plausibilidad inicial. En primer lugar, y por las razones ya ofrecidas, hay que abandonar la tematización de una “realización parcial” del tipo. Adicionalmente, es necesario complementar la referencia a la potencial realización del tipo, en el sentido de que ha de tratarse de la potencial realización **antijurídica** del tipo en cuestión. Pues si el agente se representara circunstancias que, de concurrir objetivamente, darían lugar a una exclusión de la antijuridicidad del comportamiento proyectado, nos encontraríamos ante un error (“de tipo permisivo”) excluyente del dolo, y así incompatible con una imputación a título de tentativa⁴⁸. Finalmente, el nivel de generalidad que ha de exhibir el criterio exige que su formulación resulte inmediatamente pertinente con independencia del carácter comisivo u

⁴³ BERZ (1984) pp. 516 s.

⁴⁴ Para la correspondiente distinción entre la protección general y la protección especial de un bien jurídico individual frente al peligro abstracto, véase KINDHÄUSER (1989) pp. 294 ss.

⁴⁵ Véase ya BERZ (1984) p. 517.

⁴⁶ Así ya GÖSSEL (1971) p. 226; también RUDOLPHI (1973) pp. 22 ss. Al respecto, véase VOGLER (1993) pp. 285 ss.

⁴⁷ BERZ (1984) p. 514.

⁴⁸ Al respecto, MAÑALICH (2017a) pp. 466 s.

omisivo del delito de cuya tentativa se trata, y más abstractamente: con independencia de si el respectivo tipo-de-delito habría de verse realizado a través de un comportamiento consistente en la no-omisión o la no-ejecución de una acción de cierta clase⁴⁹.

De ahí que pueda sugerirse la siguiente formulación provisional del criterio de la acción intermedia: hay inicio de la tentativa de un delito cualquiera, si y solo si para el potencial autor no es necesario ejecutar u omitir acción alguna para quedar en posición de ejecutar u omitir una acción que él tendría que omitir o ejecutar para dar seguimiento a una norma cuyas condiciones de aplicación resultarían satisfechas si su representación de las circunstancias resultara ser acertada, estando él resuelto a ejecutar u omitir la acción que, sobre la base de esa representación, él debería omitir o ejecutar. El carácter provisional de esta formulación se explica por el hecho de que todavía es necesario contrastar dos versiones posibles –una laxa y otra estricta– del criterio así presentado. Pero antes de entrar en ello es conveniente ofrecer un par de observaciones aclaratorias.

Como primer punto, hay que advertir que aquello que ocupa el lugar (hipotético) de la respectiva acción intermedia –a saber: la acción cuya ejecución u omisión sería necesaria para que el agente quede en posición de ejecutar u omitir la acción que tendría que omitir o ejecutar– no es otra cosa que una **acción auxiliar** en relación con la acción –en tal medida: **principal**– que el agente tendría que omitir o ejecutar para así dar seguimiento a la norma. I⁵⁰. Esta precisión hace posible observar, como segundo punto, que el criterio atribuye una función puramente negativa a la tematización de la correspondiente acción preparatoria en cuanto acción intermedia: el reconocimiento de un inicio de la tentativa depende de que, bajo su representación de las circunstancias, para el agente **no** sea necesario ejecutar u omitir alguna acción para así quedar en posición de ejecutar u omitir la respectiva acción principal⁵¹.

Esto último es de importancia por dos razones. La primera consiste en que la satisfacción del criterio no depende en lo absoluto de que en algún punto de tiempo haya sido necesaria la ejecución u omisión “preparatoria” de semejante acción intermedia. Esto basta para mostrar que el criterio no resulta comprometido con el problemático modelo del *iter criminis*, bajo el cual siempre tendría sentido postular un tránsito desde una “fase preparatoria” hacia una “fase ejecutiva”⁵². La segunda razón por la cual es importante el hallazgo de la función negativa del recurso a la respectiva acción intermedia radica en que por esa vía se vuelve inteligible que el criterio de la acción intermedia suela ser –correctamente– presentado en la forma de una exigencia (positiva) de **inmediatez**⁵³. Pues que según su propia representación de las circunstancias para el agente no sea necesario ejecutar u omitir acción alguna para quedar en posición de ejecutar u omitir la acción que él tendría que omitir o

⁴⁹ Esta puntualización tiene importancia en atención a las particularidades de la estructura típica de todo delito consistente en el quebrantamiento de una norma que no prohíbe o requiere acciones de cierta clase, sino actividades o estados de cierta clase, y que en tal medida se comporta como una norma “silogísticamente opaca”; véase MAÑALICH (2014) pp. 28 ss.

⁵⁰ Véase MAÑALICH (2014) pp. 71 ss.

⁵¹ Fundamental al respecto, VOGEL (1993) pp. 229 s.

⁵² Al respecto, MAÑALICH (2019b) II.1.

⁵³ BERZ (1984) p. 514.

ejecutar en pos del seguimiento de la norma, en principio tendría que significar que, bajo esa misma representación, él ya se encuentra en posición de ejecutar u omitir la respectiva acción principal.

Que lo anterior solo valga en principio, se sigue de que, según ya se anticipara, es posible contrastar dos versiones del criterio en cuestión: a saber: una laxa y una estricta, que en la terminología favorecida por Kratzsch respectivamente se corresponden con la "teoría material" y la "teoría formal" de la acción intermedia⁵⁴. Para ilustrar en qué consiste cada una de ellas, cabe dar la palabra a Berz: "Si uno quisiera aquí responder la pregunta acerca de [la necesidad de] cualesquiera actos intermedios de manera puramente formal, con la vista puesta en acciones corporales que seguirían siendo necesarias, entonces uno obtendría un criterio de demarcación sumamente exacto, pero con el desmembramiento del curso de acción al mismo tiempo restringiría en demasía el estadio de la tentativa y se expondría al reproche del 'derecho penal de la lupa temporal'"⁵⁵.

Esta última noción metafórica, acuñada por Geilen⁵⁶, es especialmente adecuada para detectar qué está en juego en el contraste de una formulación laxa y una formulación estricta del criterio de la acción intermedia. Considérese el caso siguiente:

En el instante preciso en que A toma la pistola previamente liberada de su seguro, con la cual él quiere disparar contra X, aquel es detenido por un policía⁵⁷.

Berz observa que "aquí uno no podrá negar el inicio de la tentativa por el hecho de que entre el tomar la pistola y la acción típica del § 212, el 'matar' (= disparar), eran necesarios ulteriores 'actos intermedios' (preparar el disparo y apuntar)"⁵⁸. Más plausible sería asumir que A ya habrá dado inicio a la tentativa de homicidio, con independencia de que para él todavía fuese necesario ejecutar una o más "acciones corporales" ulteriores para así poder efectuar un disparo dirigido contra X. Lo decisivo sería, más bien, juzgar lo acontecido bajo la pregunta de si, en los términos de la fórmula de Frank, desde una "concepción natural" el comportamiento ya desplegado por A habría de ser evaluado como integrando una **unidad** en la que también habría de resultar comprendido el eventual disparo del arma⁵⁹. Ello iría de la mano de una discriminación entre aquellas acciones intermedias que por su carácter de "esenciales" obstarían, en cuanto todavía necesitadas de ejecución, al reconocimiento del inicio de la eventual tentativa, y aquellas acciones intermedias "no esenciales", la necesidad de cuya ejecución no impediría tener por iniciada la tentativa en cuestión⁶⁰.

⁵⁴ KRATZSCH (1983) pp. 422 s.

⁵⁵ BERZ (1984) p. 514.

⁵⁶ GEILEN (1977) p. 164. Al respecto, KÜHL (1980) p. 652; ALCÁCER (2001) p. 71.

⁵⁷ BERZ (1984) p. 514.

⁵⁸ BERZ (1984) p. 514.

⁵⁹ BERZ (1984) p. 514. Críticamente acerca de la pertinencia jurídico-penal de semejante apelación a la "concepción natural", contenida en la fórmula de Frank, KÜHL (1979) p. 718.

⁶⁰ Así KÜHL (1980) p. 652; BERZ (1984) p. 514; coincidentemente, ALCÁCER (2001) pp. 71 s. Críticamente, MURMANN (1999) pp. 24 s.

Que el recurso a la noción de una “unidad natural de acción” deba entenderse como complementario del criterio de la acción intermedia⁶¹, y no en cambio como un criterio alternativo (aunque próximo) a este⁶², no necesita ser zanjado aquí. Más importante es constatar la laxitud con la que, por esa vía, llega a ser manejado el criterio de la acción intermedia, tal como lo documenta una célebre decisión del BGH⁶³, referida a un caso cuyas circunstancias Kratzsch sintetizara como sigue:

K y L se aproximaron a la vivienda de T, para robar en ella. Ante la puerta de la casa se pusieron sus máscaras de medias. Entonces K, sosteniendo una pistola en la mano, tocó a la puerta. Los hechos asumían que ante su llamado aparecería T o alguna otra persona. La persona que abriera debería ser enseguida amenazada con la pistola y amarrada, para así robarle. Tras el golpe a la puerta nadie apareció. Tampoco fueron exitosos los llamados hechos a través de varias ventanas⁶⁴.

Según el BGH, la exigencia de que el comportamiento del autor hubiera de desembocar “sin actos intermedios” en la realización del tipo no debería ser interpretada demasiado estrictamente, pudiendo concluirse así que a K y L habría sido imputable una tentativa (inacabada) de robo⁶⁵. Esto muestra cuán dúctil puede llegar a ser el criterio de la acción intermedia cuando su presentación no va acompañada de una especificación de sus condiciones de aplicación, y cuán fundado era el llamado de atención de Von Hippel en cuanto al riesgo de relajación al que aquel se ve enfrentado, riesgo que se ve intensificado por la tendencia a cualificar el *test* provisto por el criterio en cuestión a través de la distinción entre acciones intermedias “esenciales” y “no esenciales”. Ciertamente, la posibilidad de semejante pérdida de contornos no es un defecto endémico de la propuesta demarcatoria así articulada. Una indeterminación todavía más aguda afecta, por ejemplo, a la fórmula de la “prueba de fuego de la situación crítica”, que a veces es redefinida a través del recurso al eslogan del “ahora empieza” (*jetzt geht es los*)⁶⁶. Frente a esta última propuesta, el criterio de la acción intermedia exhibe al menos la ventaja de vincular expresamente el reconocimiento del inicio de la tentativa del delito respectivo con la realización (antijurídica) del tipo correspondiente. Esta constatación ofrece un punto de partida para intentar alcanzar una formulación más precisa del criterio de la acción intermedia, que tendría que tender a acercarse a su versión estricta.

⁶¹ Así BERZ (1984) pp. 514 s., denunciando que la praxis judicial alemana ha tendido a argumentar de manera circular, por la vía de hacer uso, indistintamente, de alguna de esas dos fórmulas para intentar precisar las condiciones de aplicación de la otra.

⁶² Así KRATZSCH (1983) pp. 422 s.

⁶³ BGH 1 StR 264/75, sentencia de 16 de septiembre de 1975.

⁶⁴ KRATZSCH (1983) p. 422.

⁶⁵ En referencia al mismo caso, y defendiendo la corrección de la solución alcanzada por el BGH, KÜHL (1980) p. 654.

⁶⁶ Véase BERZ (1984) p. 516. Críticamente acerca de la confusión tendencial de tal eslogan con la mera insistencia en la exigencia de una correspondiente resolución-al-hecho, SAFFERLING (2006) pp. 688 s., 700 s.; véase ya HEINTSCHEL-HEINEGG (1997) p. 38, nota 39.

3. ACCIÓN INTERMEDIA Y OPORTUNIDAD PARA-LA-ACCIÓN

3.1. EL MODELO DE LA OPORTUNIDAD-PARA-LA-ACCIÓN

Una herramienta conceptual promisorio para la exploración recién sugerida puede encontrarse en lo que aquí será denominado el "modelo de la oportunidad-para-la-acción", que se deja extraer de la teoría de la acción elaborada por Von Wright⁶⁷. Un aspecto central de esta consiste en la clarificación de la manera en que la "lógica de la acción" se encuentra anclada en una correspondiente "lógica del cambio"⁶⁸. La premisa decisiva para ello se encuentra en la consideración de que la **marca de éxito** de una acción está necesariamente constituida por lo que Von Wright llama una "transformación". Por tal cabe entender la sucesión de un "estado inicial" por un "estado terminal"⁶⁹, siendo ello compatible con que entre uno y otro estado se dé una relación de identidad. Así, si "e" simboliza un estado cualquiera, "¬" funge como el operador de la negación y "T" simboliza la sucesión entre dos estados que es constitutiva de la respectiva transformación, entonces una acción puede exhibir una y nada más que una de las siguientes cuatro estructuras⁷⁰, a saber:

- $\phi(\neg eTe)$, consistente en la **producción** de un estado;
- $\phi(eT\neg e)$, consistente en la **destrucción** de un estado;
- $\phi(eTe)$, consistente en la **preservación** de un estado;
- $\phi(\neg eT\neg e)$, consistente en la **prevención** de un estado.

Si por vía de simplificación identificamos el **resultado** de la acción respectiva con la correspondiente transformación como tal⁷¹, entonces podemos decir que la marca de éxito de una acción habrá de consistir en el acaecimiento –si la acción es de tipo productivo o destructivo– o el no-acaecimiento –si lo es de tipo preservativo o preventivo– de un cambio relativo a un cierto estado⁷². Así, que una acción particular ejemplifique el correspondiente tipo de acción dependerá de que ella **resulte** en el acaecimiento o el no-acaecimiento del cambio en cuestión. Y la relación expresada por esta fórmula de "resultar-en" puede ser definida como una relación de condicionamiento causal o constitutivo del acaecimiento o no-acaecimiento del cambio correspondiente, según si este consista en un evento perteneciente al nivel de la realidad natural o de la realidad institucional, respectivamente⁷³.

⁶⁷ Para lo que sigue, en detalle, MAÑALICH (2018) pp. 96 ss.

⁶⁸ VON WRIGHT (1963) pp. 17 ss., 42 ss. Véase SOSA (1965) *passim*; HILPINEN (2016) pp. 51 ss. Latamente sobre ello, GONZÁLEZ LAGIER (1995) pp. 189 ss.

⁶⁹ O bien: de un estado por un proceso, de un proceso por un estado, o de un proceso por otro proceso; véase VON WRIGHT (1963) pp. 27 s.

⁷⁰ Acerca de los correspondientes cuatro tipos básicos (de tipos) de acción, VON WRIGHT (1963) pp. 43 ss.; también KINDHÄUSER (1989) pp. 50 s.

⁷¹ Véase VON WRIGHT (1963) p. 42.

⁷² VON WRIGHT (1963) pp. 42 ss.

⁷³ Para la correspondiente distinción entre descripciones-de-acción causalmente complejas y constitutivamente complejas, véase SEARLE (2010) pp. 36 ss.; al respecto, también OLAVE (2018) pp. 195 ss.

Con ello quedamos en condiciones de definir el concepto de **oportunidad-para-la-acción**, en referencia a un tipo de acción cualquiera. Generalizando la definición explícitamente ofrecida por Von Wright⁷⁴, podemos decir que la respectiva oportunidad-para-la-acción se identifica con una situación en la cual para el agente es posible condicionar el acaecimiento o no-acaecimiento del cambio respectivo, satisfaciendo la descripción que especifica el correspondiente tipo de acción. Ello depende, a su vez, de la satisfacción de dos condiciones más básicas: en primer lugar, que sea lógicamente posible el acaecimiento o el no-acaecimiento del cambio en cuestión, según corresponda; y en segundo lugar, que a través de la ejecución o la omisión de la acción respectiva el agente haya de hacer una diferencia en cuanto a si acaece o no acaece el cambio en cuestión⁷⁵. Por vía de ejemplo: cuenta con una oportunidad-para-la-acción relevante bajo la prohibición del homicidio quien se encuentra en posición de producir la muerte de otro ser humano (nacido). Si la pregunta no se plantea respecto de un tipo de acción puramente resultativa, sino respecto de un tipo de acción modalmente especificado, la configuración de la correspondiente oportunidad-para-la-acción dependerá de que el agente se encuentre en posición de condicionar el acaecimiento o no-acaecimiento del cambio en cuestión a través del correspondiente “modo de operación”⁷⁶. Por vía de ejemplo: cuenta con una oportunidad-para-la-acción relevante bajo la prohibición de la estafa quien se encuentra en posición de condicionar, mediante engaño, una disposición patrimonial perjudicial para otra persona.

3.2. EL CRITERIO DE LA “INMEDIATEZ-DE-ACCIÓN”

El modelo de la oportunidad-para-la-acción hace posible reconstruir satisfactoriamente el criterio de reconocimiento de un inicio de la tentativa asociado al *test* de la acción intermedia, y más precisamente: en la forma de un criterio de “inmediatez-de-acción”⁷⁷. Siguiendo a Vogel, tal reformulación puede obtenerse recurriendo a la distinción entre los conceptos de acción básica y acción mediada, para así dar precisión a la distinción, ya introducida, entre los conceptos de acción principal y acción auxiliar⁷⁸.

Es usual que la primera de las dos distinciones recién enunciadas sea presentada de la siguiente manera: una acción cuenta como **mediada** si su ejecución u omisión tiene lugar a través de la ejecución u omisión de alguna otra acción⁷⁹; una acción cuenta como **básica** (o “primitiva”), en cambio, si su ejecución u omisión no tiene lugar a través de la ejecución de alguna otra acción⁸⁰. En estos términos, la caracterización de una acción como básica

⁷⁴ VON WRIGHT (1963) p. 37.

⁷⁵ Esta segunda condición (de carácter contrafactual) es enunciada por Von Wright como consistente en que el cambio en cuestión no haya de tener lugar “por sí mismo”; véase VON WRIGHT (1963) pp. 44 s., considerando el problema planteado por casos de “causalidad alternativa” y acertadamente llegando a la conclusión de que el comportamiento de los dos o más agentes involucrados es individualmente causal para el acaecimiento del evento constitutivo del resultado.

⁷⁶ Para esta noción, véase HACKER (2007) p. 126.

⁷⁷ Fundamental, KÜHL (1980) pp. 650 ss., 811 ss.; al respecto, *supra*, 2.3.

⁷⁸ VOGEL (1993) pp. 74, 239 ss.

⁷⁹ La terminología procede de DANTO (1973) pp. 28 s.

⁸⁰ Así precisamente STOUTLAND (1968) pp. 468 ss., 471 ss.; KINDHÄUSER (1980) pp. 488 ss. Véase también DUFF (1996) pp. 246 ss. Al respecto, MAÑALICH (2012) pp. 679 ss.

o como mediada es relativa a alguna descripción: una acción a través de cuya ejecución u omisión se ve ejecutada u omitida alguna otra acción cuenta como básica respecto de esta, la cual a su vez cuenta como mediada respecto de aquella⁸¹. Así por ejemplo, si A jala el gatillo de un arma de fuego, y esto resulta en que el arma sea disparada, entonces podemos decir que, por la vía de jalar el gatillo, A ha disparado el arma; y si de esto último resulta que B sea letalmente impactado por la bala expedida, entonces podemos asimismo decir que, por la vía de disparar el arma –y por transitividad: por la vía de jalar el gatillo del arma–, A ha matado a B.

Lo anterior no quiere decir que quien ejecuta alguna acción (mediada) por la vía de ejecutar una acción más básica ejecute varias acciones, en el sentido de dos o más acciones numéricamente diferentes. En referencia al ejemplo precedente no parece plausible afirmar, en efecto, que A habría ejecutado no una, sino tres acciones, a saber: la acción consistente en jalar el gatillo, la acción consistente en disparar el arma, y la acción consistente en matar a B⁸². Antes bien, es ontológicamente más ahorrativo asumir que aquí no cabe diferenciar tres acciones, sino solo tres **descripciones** de una misma acción ejecutada por A, que en tal medida ejemplifica los tipos de acción especificados a través de esas tres descripciones⁸³. Que múltiples tipos de acción se vean ejemplificados por una misma acción es algo que depende de la relación de causalidad o constitución que vincule a los eventos identificados como los respectivos resultados de la acción bajo sus respectivas descripciones.

En jerga filosófica, semejante mecanismo de redescrición de acciones se conoce como **efecto acordeón**, en atención a la manera en que lo que un agente hace o no hace en una determinada situación puede verse expandido o contraído en función de las descripciones más o menos complejas que resultan verdaderas de la acción ejecutada u omitida por él⁸⁴. En el ejemplo ya considerado, la acción de jalar el gatillo del arma, ejecutada por A, puede ser redescrita como la acción de disparar el arma, en razón de la conexión causal existente entre el jale del gatillo y el evento consistente en que una bala salga proyectada desde el arma; y la acción así ya descrita puede ser a su vez redescrita como la acción de matar a B, en razón de la conexión causal existente entre el disparo del arma y el acaecimiento de la muerte de B. Lo mismo vale, *mutatis mutandis*, cuando la conexión que hace posible la redescrición de la acción respectiva no tiene carácter causal, sino constitutivo: quien toma y se lleva una cosa que se encuentra en un cierto lugar puede estar ejecutando, por esa vía, una acción consistente en sustraer esa cosa, en la medida en que esta se haya encontrado en poder –en el sentido de: en “custodia”– de otra persona que a su vez no haya estado de acuerdo con que ella fuese tomada y llevada por la primera⁸⁵.

⁸¹ Acerca de la relatividad del concepto de acción básica, véase KINDHÄUSER (1980) pp. 489 s.

⁸² Esta es la conclusión a la cual lleva la adopción de una tesis intensionalista (o “de grano fino”) para la individuación de acciones; así GOLDMAN (1970) pp. 1 ss., 10 ss.; KINDHÄUSER (2011) pp. 46 s.

⁸³ Esto es lo que se sigue de la adopción de una tesis extensionalista (o “de grano grueso”) para la individuación de acciones; así ANSCOMBE (1963) pp. 37 ss., 45 ss.; DAVIDSON (2001) pp. 43 ss., 128 ss., 163 ss.

⁸⁴ Fundamental FEINBERG (1970) pp. 132 ss.; también DAVIDSON (2001) pp. 53 ss. Para la comparación de una y otra concepción, BRATMAN (2006) *passim*. Al respecto, véase KINDHÄUSER (1989) pp. 50 ss.; KINDHÄUSER (2011) pp. 44 ss.

⁸⁵ Véase OLAVE (2018) pp. 198 s.

Como sugiriera Vogel, el inicio de la tentativa de un delito consistente en el quebrantamiento de una norma de prohibición o de requerimiento de acciones de cierto tipo necesita quedar referido a la ejecución u omisión de una acción básica que habría de contar como una acción principal bajo la norma correspondiente⁸⁶. Según lo ya explicado, esto quiere decir que el agente ha de encontrarse en posición de ejecutar u omitir una acción que, de ser acertada su representación de las circunstancias, habría de llegar a ejemplificar, vía redescrición, el tipo de acción sometido a prohibición o requerimiento. De ahí que, por ejemplo, no pueda entenderse iniciada la tentativa de un delito de abuso sexual de menor impúber en un instante en que el potencial autor se encuentre todavía desplazándose, ya acompañado del menor, hacia el lugar en el que habría de ser desplegada la acción sexual⁸⁷. Y que bajo la representación de las circunstancias atribuible al agente este se encuentre en posición de ejecutar u omitir la correspondiente acción básica, no es algo que a su vez dependa de las creencias o las convicciones del agente. Esto hace reconocible que, como tal, el criterio de la inmediatez-de-acción tiene el carácter de un estándar objetivo, cuya aplicación ha de entenderse referida a las circunstancias fácticas que el agente tiene por existentes⁸⁸.

Según Vogel, el instante “más temprano” en que podría verse iniciada la tentativa correspondiente admitiría ser identificado con la conclusión de la ejecución de la o las acciones preparatorias eventualmente necesarias, bajo la representación de las circunstancias atribuible al agente, para la configuración de la respectiva oportunidad-para-la-acción⁸⁹. Pues ese es el instante en que el agente quedaría en posición de realizar su intención constitutiva de la respectiva resolución-al-hecho, por la vía de ejecutar u omitir una acción cuya omisión o ejecución es prácticamente necesaria para dar seguimiento a la norma. Como contrapartida, el instante “más tardío” para el reconocimiento de un inicio de la tentativa habría de identificarse con el momento en que el agente (ya) da inicio a la ejecución de la acción que él tendría que omitir bajo la respectiva norma de prohibición, o bien no da inicio a la ejecución de la acción que tendría (ya) que ejecutar bajo la respectiva norma de requerimiento, según corresponda⁹⁰.

⁸⁶ VOGEL (1993) pp. 230 ss. Véase, sin embargo, KINDHÄUSER (2018) pp. 137 ss., según quien el comportamiento desplegado por el autor de una tentativa inacabada no se dejaría identificar con el comportamiento cuya evitación sería prácticamente necesaria para dar seguimiento a la norma, lo cual llevaría a la conclusión de que ese comportamiento “no contraviene, bajo su consideración aislada, la prohibición de la acción principal” (p. 138). Al respecto, y críticamente, MAÑALICH (2019b) V.

⁸⁷ Así empero KÜHL (1980) pp. 811 s., a propósito de la complementación del criterio de la inmediatez-de-acción a través de un criterio de “inmediatez temporal”.

⁸⁸ Así ya KÜHL (1980) pp. 811, 813. Fundamental al respecto, FIEDLER (1967) pp. 92 s., recurriendo a la formulación favorecida por VON GEMMINGEN (1932) p. 137, según quien la determinación del inicio de la tentativa tendría la forma de una “demarcación objetiva de una subjetividad objetivada”.

⁸⁹ VOGEL (1993) pp. 230 s.; en esta dirección ya RUDOLPHI (1973) p. 22, aun cuando sin exigir el término de la ejecución de la acción inmediatamente previa a la acción a través de cuya ejecución u omisión habría de ser realizado el tipo-de-delito.

⁹⁰ Véase VOGEL (1993) pp. 231 ss., haciendo explícito que, tratándose de la tentativa de un delito de omisión impropia, su inicio depende de que, bajo la representación de las circunstancias atribuible al garante, se haya configurado un peligro concreto para el bien jurídico cuya salvaguarda es requerida y no sea segura la posibilidad de un posterior impedimento del resultado.

La posibilidad de diferenciar el instante más temprano y el más tardío en que puede reconocerse iniciada la tentativa de un delito tiene importancia para la contrastación de las fórmulas legislativas susceptibles de ser reconstruidas como modulaciones alternativas del criterio genérico así perfilado, como lo es, verbigracia, la fórmula del “principio de ejecución” contenida en el inc. 3° del art. 7° del Código Penal⁹¹. Aquí interesa, más bien, hacer explícitas las ventajas asociadas a la reformulación del criterio de la acción intermedia en el sentido del criterio de la inmediatez-de-acción.

Según ya se sugiriera, el criterio de la acción intermedia opera, literalmente, en la forma de un *test negativo*: no hay inicio de la tentativa en la medida en que el agente todavía necesite ejecutar alguna acción –en tal medida: preparatoria– que lo deje en posición de ejecutar u omitir la acción cuya ejecución u omisión exhibe relevancia delictiva. Una primera ventaja asociada a su reformulación como un criterio de inmediatez-de-acción radica en el carácter **positivo** del *test* así obtenido: la tentativa de un delito cualquiera se encuentra iniciada en el instante en que el agente, estando resuelto-al-hecho y según su representación de las circunstancias, cuenta ya con la oportunidad para ejecutar u omitir una acción (básica) que él tendría que omitir o ejecutar para así dar seguimiento a la norma respectiva.

El punto es importante, desde ya, en cuanto hace posible abandonar la hipótesis, favorecida por el modelo del *iter criminis*, de que toda tentativa se vería precedida por la ejecución de una o más acciones preparatorias. A ello se añade el hecho de que, por esa misma vía, resulta fácil alcanzar la solución intuitivamente adecuada para aquellos casos en los cuales la (eventual) última acción preparatoria desplegada por el agente pudo quedar íntegramente ejecutada “ya un largo tiempo antes” de que hubiera de ser ejecutada u omitida la acción cuya ejecución u omisión habría de resultar típicamente relevante. Aquí no se trata de que un pretendido criterio (complementario) de “inmediatez temporal” aparezca corrigiendo la aplicación del criterio de la inmediatez-de-acción⁹². Antes bien, se trata de que la conclusión de la (eventual) preparación de la perpetración de un delito carece de relevancia criteriológica autónoma para la determinación de cuándo se ve actualizada la respectiva intención previa, atribuible al agente, en la forma de la correspondiente resolución-al-hecho⁹³.

Lo anterior se encuentra internamente conectado con una segunda ventaja asociada a la fórmula de la inmediatez-de-acción. Esta consiste en la superación de la hipótesis de que el reconocimiento del inicio de una tentativa necesariamente dependería de la constatación de una “transición conductual” atribuible al destinatario de la norma, esto es, de la constatación de que este empezaría a hacer algo que hasta ese momento no estaba haciendo, o bien de que empezaría a abstenerse de hacer algo de lo que hasta ese momento no se estaba absteniendo. Considérese el caso siguiente:

El sicario S se ha instalado en la azotea de un edificio de mediana altura, desde donde logra apuntar su rifle de largo alcance hacia el lugar donde tendría que aparecer P, la persona que se le ha encomendado matar. Transcurridos unos pocos minutos, y

⁹¹ Problema al cual será destinado un trabajo posterior.

⁹² Así empero, KÜHL (1980) p. 812.

⁹³ Véase MAÑALICH (2019b) IV.1.

mientras S mantiene el rifle apuntado hacia el lugar, aparece P; S no alcanza a tirar del gatillo antes de que P súbitamente desaparezca del sitio.

De acuerdo con el criterio de la inmediatez-de-acción, S da inicio a una tentativa de homicidio en el instante en que, según su representación de las circunstancias, aparece la persona que S identifica como aquella persona en relación con quien S ya se ha formado, previamente, la intención de disparar su rifle, intención que se ve actualizada como resolución-al-hecho en ese mismo instante⁹⁴. Pues la situación que S se representa como dada en ese instante es una que, configurándose objetivamente, proveería a aquel de la oportunidad para ejecutar una acción que él se encuentra resuelto a ejecutar y que él, empero, tendría que omitir para así dar seguimiento a la prohibición del homicidio, sin que en ese preciso instante S llegue a ejecutar acción alguna⁹⁵. Puesto que S ya se encuentra apuntando el rifle hacia el lugar en el que debería aparecer P, para que se configure la oportunidad para que S efectúe el disparo eventualmente letal basta con que, bajo la representación de S, aparezca la persona que S identifica como P. Esta es ciertamente una transformación de la situación del mundo que S se representa como dada, que no se corresponde con una transición conductual de su parte.

3.3. EL FACTOR DE LA SUERTE CIRCUNSTANCIAL

En contra de una formulación estricta del criterio de la inmediatez-de-acción ha sido esgrimida la objeción de que por tal vía el reconocimiento del inicio de la tentativa quedaría sometido, tal como ya se observara, a una “lupa temporal”⁹⁶. La objeción apunta a que, según cómo se encuentre configurada la situación del agente, parecería contraindicado que la necesidad de que todavía sean ejecutados “actos parciales no esenciales” para que aquel quede en posición de ejecutar u omitir una acción que, bajo su representación de las circunstancias, él tendría que omitir o ejecutar para así dar seguimiento a la norma, obste a la imputación de la tentativa del delito correspondiente.

El problema se muestra de modo especialmente ilustrativo en un caso del que conociera el BGH⁹⁷, y que para lo que aquí interesa podemos resumir como sigue:

Un hombre (H_1), que acaba de ser liberado de prisión, pretendía hacer ingreso a la vivienda que él compartiera con su cónyuge (M), donde desde hace unos meses se encontraba residiendo, junto con M , otro hombre (H_2), otrora compañero de presidio de H_1 . A través de un proceso desarrollado en rebeldía, H_1 había conseguido que H_2 fuese obligado a hacer abandono de la vivienda, sin que ello hubiese ocurrido hasta entonces. Un día, y después de varios intentos de que M le abriera la puerta, H_1 logró

⁹⁴ Que la persona que S identifica como P en efecto sea P, carece de toda relevancia para la imputación, en razón de la irrelevancia de un posible *error in personae vel objecto* para la constitución del dolo de homicidio.

⁹⁵ Ello no se ve alterado por el hecho de que, como en efecto ocurre, P desaparezca del lugar antes de que S llegue a tirar del gatillo, en la medida en que, al advertir la aparición del primero, S haya asumido que contaba con la chance de efectuar el disparo.

⁹⁶ Véase KÜHL (1980) p. 652; también BERZ (1984) p. 514.

⁹⁷ BGH 1 StR 703/79, sentencia de 4 de diciembre de 1979.

traspasar un panel provisoriamente fijado en la puerta de entrada de la casa. Ante ello, H₂ tomó un hacha que se encontraba en el garaje, para procurar impedir el ingreso de H₁ y, de ser necesario, golpearlo con ella. Al advertir H₁ que H₂ se aproximaba hacia él con el hacha, aquel se adelantó avanzando en dirección al segundo, logrando sujetar el hacha con sus dos manos y así impedir que H₂ le propinase el golpe con ella, tras lo cual un conocido de H₁ logró arrebatarse el hacha de las manos de ambos.

El BGH resolvió no confirmar la sentencia condenatoria por tentativa de homicidio que había sido pronunciada en contra de H₂, por no haberse comprobado que este hubiese logrado sostener el hacha de un modo que le hubiera hecho posible propinar un golpe con ella a H₁, sin poder descartar que, ante el adelantamiento de H₁, H₂ hubiese tenido que retroceder un par de pasos para recién entonces quedar en posición de materializar un hachazo en su contra.

Según Kühl, la “fina diferenciación” sugerida por el BGH no resultaría convincente si se la interpreta como conducente a la “desintegración de un suceso con caracteres de homicidio en actos parciales”, aun cuando ella sí sería plausible si se la toma como descansando en la hipótesis de que H₂ solo habría pretendido efectuar un gesto amenazante con relevancia típica a título de coacción, mas sin haber estado todavía inmediatamente resuelto o dispuesto a ejecutar una acción potencialmente homicida⁹⁸. Pero esto no hace justicia a la “fina diferenciación” en cuestión, a la vez que amenaza con redefinir subjetivamente el criterio de la inmediatez-de-acción. La observación de Kühl parece sugerir que tendría sentido preguntar si H₂ estaba ya resuelto a ejecutar una acción eventualmente letal para H₁, o bien si H₂ estaba inmediatamente dispuesto –según la fórmula plasmada en el § 22 del StGB– a ejecutar tal acción, con prescindencia de si la situación en la que se encontraba H₂, bajo su representación de las circunstancias, le confería ya una oportunidad para ejecutar tal acción.

De ahí que la distinción planteada por el BGH resultara enteramente pertinente. Si para H₂ todavía resultaba necesario, según su representación de las circunstancias, retroceder unos pasos para quedar en posición de desplegar, sujetando el hacha con sus dos manos, el (articulado y coordinado) movimiento corporal necesario para dar con ella un golpe a H₁, entonces H₂ no llegó a estar, bajo su propia representación de las circunstancias, en posición de atacar letalmente a H₁. Ello nada tiene que ver con una supuesta opción por “desintegrar” un suceso unitario en múltiples “actos corporales”⁹⁹. Pues es claro que si H₂ hubiese alcanzado a retroceder un par de pasos, quedando entonces en posición de propinar el hachazo, la materialización de este habría descansado en un extendido desplazamiento de los brazos de H₂, acompañado de una exigente sujeción del hacha con sus dos manos, así como de un giro de su cadera y una multiplicidad de (difícilmente observables) contracciones musculares de su parte. Ello ciertamente no obstaría a la afirmación de que, en tal

⁹⁸ KÜHL (1980) p. 652.

⁹⁹ Véase FIEDLER (1967) p. 90, quien en lo tocante al problema de la “división de acciones” (*Gliederung von Handlungen*), observaba que aquí no se trataría “de una consideración microscópica de conformaciones unitarias de procesos motores, sino exclusivamente de la consideración macroscópica de conformaciones unitarias al interior de cadenas de acción quizá vastamente extendidas”.

caso, el golpe con el hacha que H_2 hubiese logrado propinar a H_1 habría descansado en la ejecución de una acción básica por parte del primero, cuyo carácter de tal sería relativo a la complejidad que, comparativamente, habría exhibido la acción ejecutada por H_2 si el golpe hubiese resultado en la muerte de H_1 .

La relatividad situacional de lo que cuenta como una acción básica, cuya ejecución u omisión pueda identificarse, en las circunstancias apropiadas, con la ejecución u omisión de una acción de mayor complejidad, habla fuertemente a favor de la tesis de la irreducibilidad de una acción básica cualquiera a algún **simple** movimiento corporal¹⁰⁰. Qué movimientos corporales eventualmente tenga que desplegar o no desplegar un agente para ejecutar u omitir, en una determinada situación, una cierta acción, es algo que depende de factores que definen esa misma situación, así como de factores que definen la identidad y la posición del agente, entre los cuales ciertamente han de entenderse incluidas capacidades y otras propiedades disposicionales atribuibles a aquel. En la medida en que un agente nunca tendrá pleno control sobre los factores de esta última clase, la respuesta a la pregunta acerca de lo que alguien está en posición de hacer en una determinada situación quedará condicionada por un aspecto de **suerte constitutiva**. Y en la medida en que un agente tampoco tendrá pleno control sobre los factores de la primera clase, la respuesta también quedará condicionada por un aspecto de **suerte circunstancial**¹⁰¹.

En su mejor versión posible, la objeción asociada a la denuncia de un modelo de “derecho penal de la lupa temporal” parece ser reconducible a este último problema. A modo de ejemplo: que un agente tenga que ejecutar una acción susceptible de ser descrita como **apuntar** un arma de fuego hacia un lugar determinado, **antes** de poder efectuar un disparo eventualmente letal para otro ser humano, depende, entre otras cosas, de cuál sea la distancia que separe al agente de su potencial víctima, de cuán ducho sea el primero en el uso de armas de fuego y así de cuánta precisión de maniobra necesite exhibir al efectuar el eventual disparo. Llevando el ejemplo al extremo: sería ciertamente curioso sostener que, en el marco de un duelo celebrado según el canon sugerido por el género del *spaghetti western*, cualquiera de los dos pistoleros involucrados que ya hubiera empuñado y desenfundado su revólver todavía tendría que apuntar el arma hacia su rival **antes** de poder disparar en su contra.

Que la suerte circunstancial juegue un papel para nada despreciable en la determinación de aquello que una persona, bajo su propia representación de las circunstancias, está en posición de hacer o no hacer, no nos debería preocupar. Pues si tal preocupación fuese consistentemente implementada, en términos tales que ningún agente pudiera verse libre de responsabilidad jurídico-penal por el hecho de haber quedado azarosamente privado de la posibilidad de desplegar un comportamiento potencialmente delictivo, entonces ten-

¹⁰⁰ Véase ya KINDHÄUSER (1980) p. 490.

¹⁰¹ Acerca de ambas variantes de la así llamada “suerte moral”, en conjunción con aquellas del azar en cuanto a las condiciones antecedentes (o “suerte causal”) y del azar en cuanto a las consecuencias (o “suerte consecuen- cial”), fundamental NAGEL (1979) pp. 24 ss., 32 ss.; en perspectiva jurídico-penal, MALAMUD (2008) pp. 39 ss., 68 ss., así como BEADE (2017) pp. 38 ss. Al respecto, MAÑALICH (2017a) pp. 481 s., con referencias ulteriores. Para un iluminador análisis de la relación en que se encuentran las nociones de suerte moral y “suerte jurídica”, ENOCH (2010) pp. 48 ss.

dríamos que renunciar enteramente a la demarcación de lo que cuenta como una tentativa frente a lo que puede contar como (“mera”) preparación.

En la literatura filosófica, el problema ha sido captado con exactitud por Michael Zimmerman. Este parte contrastando el caso en que una persona dispara un arma de fuego apuntando en contra de otra, resultando el disparo letal para esta, con un caso en que una persona también dispara un arma de fuego apuntando en contra de otra, pero sin que el disparo impacte a esta. El contraste mostraría la existencia de una diferencia en el **alcance** de la responsabilidad atribuible a uno y otro agente, al mismo tiempo que una identidad de **grado** entre una y otra¹⁰². Esto último sería lo decisivo, según Zimmerman, para sustentar la tesis de la irrelevancia moral de la suerte consecuencial. Es indudable, con todo, que jurídico-penalmente la sola diferencia en el alcance de la respectiva responsabilidad tiene —a lo menos— impacto penológico¹⁰³, en la medida en que el respectivo sistema jurídico prevea regímenes punitivos diferenciados para la consumación y la tentativa en cuanto formas de punibilidad¹⁰⁴. Pero ahora interesa notar que semejante diferencia entre el alcance y el grado de la responsabilidad también adquiere significación a propósito del aspecto de la suerte circunstancial, que forma parte de lo que Zimmerman tematiza como “suerte situacional”¹⁰⁵.

Para ilustrar el problema, Zimmerman vuelve a contrastar dos casos, el primero de los cuales es idéntico al primero de los dos casos precedentemente examinados. La particularidad ahora relevante la exhibe el segundo caso del nuevo par. Esta particularidad consiste en que el agente no logra efectuar un disparo letal en contra de su potencial víctima, porque el disparo no llega a ser ejecutado en lo absoluto, en virtud de alguna circunstancia, enteramente fortuita para el agente, que lo priva de la oportunidad para llegar a efectuar el disparo, a saber: o bien porque este estornuda justamente antes de disponerse a disparar, o bien porque un camión se cruza bloqueando su línea de tiro, o bien porque la potencial víctima entra por una puerta un segundo antes de que pudiera tener lugar el disparo¹⁰⁶. Respecto de un caso tal, observa Zimmerman, sería adecuado sostener que el agente “habría libremente elegido disparar” contra otro ser humano, “si él hubiese recibido la cooperación de ciertos aspectos del caso”¹⁰⁷. Esto lleva a que Zimmerman sostenga que la responsabilidad atribuible al agente que fortuitamente no logra estar en posición de efectuar el disparo sería idéntica en **grado** a la responsabilidad del agente que sí llega a efectuar

¹⁰² ZIMMERMAN (2002) pp. 560 ss., quien habla del alcance (*scope*) y el grado (*degree*) de la “culpabilidad” (*culpability*) atribuible a cada agente. Dado que el término “culpabilidad” es usado allí para expresar una categoría moral, y no distintivamente jurídico-penal, parece preferible usar la expresión “responsabilidad”.

¹⁰³ A lo menos, porque la diferencia puede tener impacto ya para la punibilidad del respectivo comportamiento, en la medida en que el sistema jurídico de referencia no haga coextensivos los ámbitos de punibilidad de la consumación y la tentativa, tal como ocurre bajo el CP chileno, cuyo art. 9° excluye, por defecto, la punibilidad de los hechos punibles constitutivos de faltas que no alcanzan la consumación.

¹⁰⁴ Ello se da no solo cuando, como sucede bajo el CP chileno, el delito frustrado y la mera tentativa quedan generalmente asociadas a una reducción de la pena prevista para el correspondiente delito consumado, sino también cuando la ley prevé una rebaja puramente facultativa de pena para el caso de la tentativa (*lato sensu*).

¹⁰⁵ ZIMMERMAN (2002) pp. 563 ss., quien por tal entiende la conjunción de la suerte circunstancial y la suerte constitutiva.

¹⁰⁶ ZIMMERMAN (2002) p. 563.

¹⁰⁷ ZIMMERMAN (2002) p. 564.

el disparo letal, pues uno y otro serían responsables en virtud del mismo hecho, a saber, el hecho de ser alguien que habría matado libremente a otro ser humano¹⁰⁸.

Lo anterior quiere decir que una misma base o fundamento de imputación se satisfaría, por igual, respecto de uno y otro agente. Pero ello ciertamente no impide a Zimmerman reconocer que, bajo ciertas especificaciones ulteriores, en el segundo de los dos casos **nada** hay de lo cual el agente sea responsable, lo cual equivale a decir que su responsabilidad carece de **alcance**¹⁰⁹. Zimmerman cree posible reformular esto último diciendo que aquel resultaría “responsable *tout court*”, lo cual no sería óbice a insistir en el carácter “fundamentalmente relacional” de toda responsabilidad. Pues esto solo exigiría que la responsabilidad en cuestión sea atribuida en virtud de algún hecho que le sirva de base, aun cuando esa responsabilidad pueda no tener objeto de referencia alguno¹¹⁰.

Es a lo menos dudoso que, por esta vía, Zimmerman tenga éxito en diluir lo “excesivamente paradójica” que parecería ser la jerga de una responsabilidad carente de objeto (y así de alcance), para así poder sustentar la tesis de la irrelevancia moral del azar circunstancial, en términos tales que, en sentido moral, los agentes involucrados en el segundo par de casos hubieran de merecer exactamente la misma reacción¹¹¹. Pero aquí solo interesa reparar en que la pretendida identidad en el grado de la responsabilidad de uno y otro agente no logra desvirtuar el hecho de que, **jurídico-penalmente**, en referencia al segundo caso sería suficiente la constatación de que el agente no quedó, bajo su representación de las circunstancias, en situación de poder efectuar un disparo en contra de otro ser humano para descartar, *ceteris paribus*, la punibilidad de su comportamiento a título de tentativa de homicidio. Y esto es algo que no se ve relativizado en un ápice por el carácter fortuito –esto es, azaroso– de cualquiera haya sido el impedimento para ello.

Es enteramente plausible afirmar, frente a un caso como el recién considerado, que el agente ha sido azarosamente privado de la oportunidad para ejecutar una acción cuya ejecución hubiese podido convertirlo en autor de un homicidio. Pero esto no vale como una razón para pasar por alto que el objeto de una imputación jurídico-penal tiene que ser identificado con un comportamiento susceptible de ser interpretado como el quebrantamiento de una norma cuya aplicabilidad como razón vinculante para ejecutar u omitir acciones de cierta índole depende de la satisfacción de condiciones que especifican la situación en la que habría de ser omitida o ejecutada una acción de esa índole. Si bajo la repre-

¹⁰⁸ ZIMMERMAN (2002) pp. 564 s.

¹⁰⁹ Las especificaciones ulteriores son introducidas por Zimmerman frente a la eventualidad de que se sostuviera que el agente pudiera ser, no obstante lo ya sostenido, responsable o bien de la intención de matar a alguien, o bien de las acciones preparatorias ya ejecutadas; véase ZIMMERMAN (2002) p. 564, nota 30, quien al respecto observa, en lo que aquí interesa, que es perfectamente imaginable que el caso se diera sin que el agente hubiera alcanzado a formarse la intención en cuestión, por un lado, o bien sin que hubiese sido necesario ejecutar acción preparatoria alguna, por otro.

¹¹⁰ ZIMMERMAN (2002) pp. 564 s., 570. Es claro que lo que Zimmerman entiende por el carácter relacional de toda responsabilidad no se ajusta al enfoque triádico elaborado por Duff, según quien sería constitutivo de toda “relación de responsabilidad” que el sujeto responsable lo sea **de** algo, **ante** alguien y **en virtud de** alguna condición o estatus. Véase DUFF (2007) pp. 23 ss.; HAREL (2011) pp. 103 ss.; también MAÑALICH (2017b) pp. 176 ss., con referencias ulteriores.

¹¹¹ ZIMMERMAN (2002) pp. 567 s.

sentación de las circunstancias con la que cuenta un destinatario de la norma respectiva no se configura una situación en la cual esa norma pueda ser prácticamente reconocida como premisa vinculante, la pregunta por su quebrantamiento no resulta pertinente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCÁCER, Rafael (2001): *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica* (Madrid, Edisofer).
- ANSCOMBE, G.E.M. (1963): *Intention* (Londres y Cambridge Mass., Harvard University Press).
- BEADE, Gustavo (2017): *Suerte moral, castigo y comunidad* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo; Marcial Pons).
- BELING, Ernst (1906): *Die Lehre vom Verbrechen* (Tübingen, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck]).
- BELING, Ernst (1922): *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung* (Berlín y Grunewald, Dr. Walther Rothschild).
- BELING, Ernst (1930): *Die Lehre vom Tatbestand* (Tübingen, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck]).
- BERZ, Ulrich (1984): “Grundlagen des Versuchsbeginns”, *Juristische Ausbildung*, 1984: pp. 512-519.
- BOCKELMANN, Paul (1957): *Strafrechtliche Untersuchungen* (Göttingen, Otto Schwarz).
- BRATMAN, Michael (2006): “What is the Accordion Effect?”, *The Journal of Ethics*, 10: pp. 5-19.
- BURKHARDT, Björn (1983): “Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug - OLG Karlsruhe, NJW 1982, 59”, *Juristische Schulung*, 1983: pp. 426-431.
- COHN, Ludwig (1880): *Zur Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen*, Tomo I, (Breslau, Wilhelm Koebner).
- DANTO, Arthur (1973): *Analytical Philosophy of Action* (Cambridge, Cambridge University Press).
- DAVIDSON, Donald (2001): *Essays on Actions and Events* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- DOLD, Dennis (2017): *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- DUFF, Antony (1996): *Criminal Attempts* (Oxford, Clarendon Press).
- DUFF, Antony (2007): *Answering for Crime* (Oxford y Portland Or., Hart Publishing).
- ENOCH, David (2010): “Moral Luck and the Law”, *Philosophy Compass*, 5: pp. 42-54.
- FEINBERG, Joel (1970): *Doing & Deserving* (Princeton N.J., Princeton University Press).
- FIEDLER, Herbert (1967): *Vorhaben und Versuch im Strafrecht* (Baden-Baden, Nomos).
- FINCKE, Martin (1975): *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts* (Berlín, J. Schweitzer).
- FRANK, Reinhard (1931): *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* (Tübingen, J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], 18ª edición).
- GEILEN, Gerd (1977): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Bochum, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, tercera edición).
- GOLDMAN, Alvin (1970): *A Theory of Human Action* (Engelwood Cliffs N.J., Prentice-Hall).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (1995): *Acción y norma en G.H. von Wright* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

- GÖSSEL, Karl Heinz (1971): “Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsreformgesetz”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1971: pp. 225-236.
- HACKER, P.M.S. (2007): *Human Nature: The Categorical Framework* (Malden, Oxford y Chichester; Wiley-Blackwell).
- HAREL, Alon (2011): “The Triadic Relational Structure of Responsibility: A Defence”, en CRUFT, R., KRAMER, M. y REIFF, M. (eds.), *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff* (Oxford, Oxford University Press) pp. 103-121.
- HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd von (1997): “Versuch und Rücktritt”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 109: pp. 29-57.
- HILPINEN, Risto (2016): “Las acciones como transformaciones de estado en G.H. von Wright”, *DOXA*, 39: pp. 49-63.
- KINDHÄUSER, Urs (1980): “Basis-Handlungen”, *Rechtstheorie*, 11: pp. 479-95.
- KINDHÄUSER, Urs (1989): *Gefährdung als Straftat* (Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann).
- KINDHÄUSER, Urs (2011): “Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff”, en PAEFFGEN, H.-U. et al. (coords.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70 Geburtstag* (Berlín, Duncker & Humblot) pp. 39-63.
- KINDHÄUSER, Urs, 2018: “Versuch und Vollendung - normtheoretisch betrachtet”, en BARTON, Stephan et al. (coords.), *Festschrift für Thomas Fischer* (Múnich, C.H. Beck) pp. 125-141.
- KRATZSCH, Dietrich (1983): “Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) - ein absolut untauglicher Versuch (Teil 1)?”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1983: pp. 420-429.
- KÜHL, Kristian (1979): “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, *Juristische Schulung*, 1979: pp. 718-721, 874-877.
- KÜHL, Kristian (1980): “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, *Juristische Schulung*, 1980: pp. 120-126, 273-276, 506-510, 650-654, 811-815.
- KÜPER, Wilfried (1992): “Teilverwirklichung⁴ des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?”, *Juristenzeitung*, 1992: pp. 338-347.
- MAIER, Thomas, 2005: *Die Objektivierung des Versuchsunrechts* (Berlín, Duncker & Humblot).
- MALAMUD, Jaime (2008): *Suerte, acción y responsabilidad: un ensayo sobre suerte, moralidad y castigo* (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012): “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”, *DOXA*, 35: pp. 663-690.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014): *Norma, causalidad y acción* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo; Marcial Pons).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2017a): “La tentativa como hecho punible. Una aproximación analítica”, *Revista Chilena de Derecho*, 44(2): pp. 461-493.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2017b): “Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff”, *Discusiones*, XVII: pp. 167-219.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2018): “Norma, acción y deber: el modelo del silogismo práctico”, en GONZÁLEZ LAGIER, D. y FIGUEROA, S. (eds.), *Libertad, razón y normatividad* (Palestra, Lima) pp. 89-122.

- MAÑALICH, Juan Pablo (2019a): “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, *Política Criminal*, 14(27): pp. 296-375.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2019b): “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción” (de próxima publicación en *Isonomía*).
- MURMANN, Uwe (1999): *Versuchsunrecht und Rücktritt* (Heidelberg, C.F. Müller).
- NAGEL, Thomas (1979): *Mortal Questions* (Cambridge, Cambridge University Press).
- OLAVE, Alejandra (2018): “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, *Política Criminal*, 13(25): pp. 175-207.
- ROXIN, Claus, (2003): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo II (Múnich, C.H. Beck).
- RUDOLPHI, Hans-Joachim (1973): “Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch - OLG Celle, NJW 1972, 1823”, *Juristische Schulung*, 1973: pp. 20-25.
- SAFFERLING, Christoph (2006): “Die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch im deutschen, europäischen und im Völkerstrafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 118: pp. 682-716.
- SEARLE, John, 2010: *Making the Social World* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press).
- SOSA, Ernst (1965): “Actions and their Results”, *Logique & Analyse*, 8(30): pp. 111-125.
- STOUTLAND, Frederick (1968): “Basic Actions and Causality”, *The Journal of Philosophy*, 65: pp. 467-475.
- TIEDEMANN, Klaus (1992): “Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts”, en ARZT, G. *et al.* (coords.), *Festschrift für Jürgen Baumann* (Bielefeld, Ernst und Werner Giesecking) pp. 7-20.
- VOGEL, Joachim (1993): *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten* (Berlín, Duncker & Humblot).
- VOGLER, Theo (1985): “§ 22”, en JESCHECK, Hans-Heinrich, RUSS, Wolfgang y WILLS, Günther (coords.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (Berlín y Nueva York, Walter de Gruyter, 10ª edición).
- VOGLER, Theo (1993): “Der Beginn des Versuchs”, en KÜPER, Wilfried y WELP, Jürgen (coords.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag* (Heidelberg, C.F. Müller) pp. 285-303.
- VON GEMMINGEN, Hans Dieter (1932): *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs* (Breslau-Neukirch, Alfred Kurtze).
- VON HIPPEL, Reinhard (1966): *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch* (Berlín, Walter de Gruyter).
- VON HIPPEL, Robert (1930): *Deutsches Strafrecht*, tomo II (Berlín, Springer).
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1963): *Norm and Action* (Londres, Routledge & Kegan Paul).
- ZIMMERMAN, Michael (2002): “Tacking Luck Seriously”, *The Journal of Philosophy*, 99: pp. 553-576.

JURISPRUDENCIA CITADA

- BGH 1 StR 264/75, 16 de septiembre de 1975, en: BGH 26, 201.
- BGH 1 StR 703/79, 4 de diciembre de 1979.
- OLG Karlsruhe, 12 de agosto de 1981 - 3 Ss 167/81, en: NJW 1982 59.

DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD: UN ESTUDIO FILOSÓFICO

DIMENSIONS OF THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY: A PHILOSOPHICAL STUDY

LUIS EMILIO ROJAS A.*

RESUMEN: A partir de una crítica a la definición originaria de los deberes positivos, por su tendencia a confundirlos con la categoría de la solidaridad, el trabajo revisa luego una serie de planteamientos filosóficos con el objeto de proponer una diferenciación al interior del principio de solidaridad. Esta indagación, que al mismo tiempo parte de la premisa de una asimetría entre libertad y solidaridad en un Estado liberal de Derecho, permitiría plantear una diferencia entre, por un lado, el deber general de auxilio y, por otro, los deberes de solidaridad del ciudadano en relación con el Estado.

Palabras clave: libertad, deberes positivos, principio de solidaridad.

ABSTRACT: from a critique of the original definition of positive duties, by their tendency to be confused with the category of solidarity, the essay reviews a series of philosophical approaches in order to propose a differentiation internal to the principle of solidarity. This inquiry, which starts at the same time from the premise of an asymmetry between freedom and solidarity in a liberal rule of law, would make it possible to differentiate between, on the one hand, the general duty of rescue and, on the other, the duties of solidarity of the citizen in relation to the state.

Key words: freedom, general duty of rescue, principle of solidarity.

1. EL PROBLEMA DE LA IDENTIDAD CONCEPTUAL ENTRE DEBERES POSITIVOS Y SOLIDARIDAD

En su formidable manual de parte general, Jakobs introduce la ya muy conocida distinción entre competencia por organización y competencia por institución, que sirve para explicar el fundamento mismo de la responsabilidad penal. De este modo, se aparta frontalmente de la tradición dogmática previa que todavía le asignaba un valor constitutivo a la diferencia entre acción y omisión, tradición que se remonta al menos a la obra clásica de Radbruch sobre el concepto de acción¹.

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Email: lurojas@uahurtado.cl. Trabajo ulterior del proyecto Fondecyt N° 1150178 sobre “Líneas básicas de una dogmática de los delitos propios de omisión: una aproximación a los deberes de solidaridad y al significado de su infracción”, cuyo investigador responsable fue el autor; una versión preliminar del trabajo fue sometida a discusión en el marco del correspondiente *workshop* que tuvo lugar el 21 y 22 de marzo de 2018; agradecimientos al ayudante de investigación Mg. Claudio Quintana.

¹ RADBRUCH (1967) p. 75, define hecho como “un movimiento corporal vinculado causalmente a un resultado”; bajo este concepto de hecho punible, define luego la omisión a partir de la **negación** de una acción deter-

Lo determinante, según Jakobs, ya no es la diferencia netamente descriptiva entre acción y omisión, sino que el diverso fundamento de la responsabilidad. Así, observa que junto a la competencia fundada en la propia organización, existen deberes cuyo contenido radica en el “cuidado **solidario** de un bien” asegurado especial e institucionalmente. En esta clase de deberes, dice, la relación entre el sujeto y el bien se encuentra determinada no solamente de forma negativa, sino que **positivamente** mediante el *status* del autor en relación con el bien².

Mucho más adelante, al tematizar esta clase de deberes fundada en la competencia **institucional** en el marco de los delitos impropios de omisión, Jakobs señala que aquí se trata de “la unión de ámbitos de vida, idealmente de un mundo a construir parcialmente en conjunto, es decir, de entrega –no necesariamente desinteresada”³. Son deberes que obligan al detrimento propio –*v.gr.*: al sacrificio, “esto es, a la garantía de **solidaridad**”⁴.

Estos deberes, a su vez, se diferencian de las normas sobre omisión de socorro y omisión de denuncia –§§ 323 c, 138 y s., respectivamente, del Código penal alemán (en adelante, StGB), donde se penaliza la “infracción de la solidaridad mínima **general** ante el peligro para bienes sumamente relevantes”⁵.

Esta diferenciación entre competencia por organización y por institución es sin duda muy sugerente e iluminadora, en tanto otorga un sustento material a la distinción usual entre deberes negativos y deberes positivos. Es más, se puede decir que constituye todo un hito en la ciencia moderna del Derecho penal. No obstante, y sin perjuicio de reconocerlo explícitamente así, la definición ofrecida de los deberes positivos contiene una referencia doblemente **equivoca** a la solidaridad, cuya huella aún puede perseguirse en la discusión reciente⁶.

En primer término, el concepto ofrecido de los deberes **institucionales** es equivoco, puesto que tiende a igualar el contenido de estos deberes con la categoría de la solidaridad. Esta se vuelve idéntica con el carácter **positivo** del deber, cuyo alcance radicaría en mejorar el *status quo* del otro. Una obligación con este alcance, empero, pertenece más bien al ámbito de la moral y, por ende, en principio se restringe a este⁷.

minada y luego extrae la consecuencia de que la acción se comporta en relación con la omisión como posición (acción) y negación (omisión), a y non-a (pp. 140 y ss.).

² JAKOBS (1993) cap. I, Apdo. 7 núm. marg. 70.

³ JAKOBS (1993) cap. VI, Apdo. 29 núm. marg. 58; enseguida aclara que, en la relación entre padres e hijos, se trata de un estándar mínimo, pues no se encuentra garantizada jurídicamente la “entrega óptima” (núm. marg. 60), precisión que vale con mayor razón en el ámbito de la relación matrimonial (núm. marg. 63).

⁴ JAKOBS (1993) cap. VI, Apdo. 28 núm. marg. 15 (destacado agregado); un tiempo antes, más en general respecto de los deberes de garante, ya SAMSON (1971) p. 595: “las prohibiciones derivan así del pensamiento individualista, los mandatos determinan el alcance del deber a la solidaridad recíproca”, luego, “infringe una prohibición quien realiza una **intromisión** perjudicial, infringe un mandato quien no rinde una **prestación** mejoradora”; postula un contraste similar entre prohibiciones y mandatos NOVOA (1984) pp. 33 y ss.

⁵ JAKOBS (1993) cap. VI, Apdo. 28 núm. marg. 11.

⁶ Véase la discusión entre ROBLES (2013) pp. 5 y ss., y SÁNCHEZ-VERA (1999a) pp. 102 y ss.; SÁNCHEZ-VERA (1999b) pp. 361 y ss.; cfr. NAVAS (2018) p. 59 y s., quien además ofrece un panorama de los deberes positivos generales y especiales reconocidos en la parte especial de la legislación penal, pp. 63 y ss.

⁷ En este sentido, KANT (1978) p. 551 y s. (1ª ed. 1797 A 66, 67), trata los deberes positivos a propósito de los deberes contra sí mismo –“hazte más completo de aquello que la naturaleza te dio”, en el acápite sobre doctrina elemental de la ética; HEGEL (2010) § 35 p. 90 y s., en el capítulo sobre doctrina de los deberes o la moral, explica que los preceptos de la moral, en contraste con el mandato jurídico, ordenan proporcionar algo **positivo** al otro.

Probablemente dicha igualación sea la que explique, al menos en parte, la actitud reticente en la doctrina ante el reconocimiento y la inclusión de esta clase de deberes entre las normas del Derecho penal, las que, por el contrario, se arguye, deberían acotarse a la protección de la libertad externa mediante la imposición solamente de deberes negativos. Esta crítica se traduce, entonces, en una actitud escéptica e incluso de rechazo frente al auténtico proceso de moralización del Derecho penal que implicaría dicho reconocimiento⁸.

Y, en efecto, los deberes institucionales son positivos porque su contenido no se reduce a la obligación de no perjudicar los derechos de otro, sino que incluye además una **prestación** de mejoramiento del *status quo* de este. Este contenido del deber institucional resulta patente en el marco de la relación filial. Pero, justamente en la medida en que aquí se trata de deberes especiales –Jakobs dice: **asegurados** institucional y especialmente– y que, correlativamente, el favorecido tiene el derecho a exigir del sujeto obligado su cumplimiento, resulta bastante inadecuado seguir hablando en este contexto de “solidaridad entre personas”.

En segundo lugar, el deber **general** de auxilio subyacente, por ejemplo, al tipo de omisión de socorro, también se califica de **positivo** en el sentido antes dicho⁹. Y esta calificación, enseguida, lo vuelve objeto de la misma crítica dirigida a los deberes institucionales.

Ciertamente, el deber general de auxilio en una situación de peligro, cuyo contenido se agota en la “solidaridad mínima” –*v.gr.*: art. 494 N° 14 del Código penal (en adelante, CP), también es positivo en el sentido de que obliga a una **prestación** en favor del otro que se encuentra en dicha situación¹⁰. Sin embargo, el alcance de este deber se reduce a prestar una colaboración para superar dicha situación de peligro, de modo que resulta algo excesivo suponer que obliga al mejoramiento del *status quo* del otro.

⁸ Contra la juridificación de los deberes de solidaridad –incluyendo entre estos al deber general de socorro y a los deberes positivos especiales– SEELMANN (1991) pp. 299 y ss., SEELMANN (2013) pp. 35 y ss., 44 y ss., opone tres argumentos: primero, el de **libertad**, según el cual los deberes en cuestión se dirigen al contenido de la voluntad y a las necesidades individuales del otro, diferenciándose en esto de los propiamente jurídicos –que, en cambio, se sustentan en un vínculo recíprocamente referido solamente a la capacidad de formación de la voluntad–; segundo, el argumento de **generalización**, en orden a evidenciar que el “altruismo” no puede generalizarse sin promover al mismo tiempo la dependencia incluso del propio sujeto capaz de prestar la ayuda respecto de esta, en otras palabras, su generalización conduce a la disolución del propio “altruismo”; y, tercero, el argumento del ámbito del juego, según el cual esa clase de deberes se encuentra infradeterminada, pues su cumplimiento exige antes determinar la necesidad de la ayuda, además porque hay cada vez más necesitados y, por ende, el sujeto capaz de prestar la ayuda necesariamente debe elegir al beneficiado por la misma, de todo lo cual se sigue, en fin, que es prácticamente imposible constatar la infracción de tal clase de deberes; este último argumento proviene ya de PHILIPPS (1974) pp. 15 y ss., 21 y ss., quien subraya el contraste entre **prohibiciones** y **mandatos**, en el sentido de que las primeras fijan límites, mientras que los segundos establecen un fin, cuyo logro es siempre dependiente de la determinación temporal del momento de su cumplimiento; los mandatos suponen un requerimiento de lograr un objetivo al interior de un ámbito de acción hasta un momento temporal determinado (p. 58); el cumplimiento del mandato es estructuralmente dependiente de la **situación** espacio-temporal, donde el destinatario puede elegir uno u otro curso de acción posible, pero siempre al menos uno que conduzca al logro del fin (p. 66 y s.).

⁹ Crítico KARGL (1994) pp. 249 y ss., quien califica al tipo general de omisión de socorro como un paradigma de la juridificación de deberes morales y ético-sociales de conducta, en sus palabras, un ejemplo de la moral interna del Derecho.

¹⁰ Así MIETH (2012) p. 96 nota 26, sugiere hablar de deberes de **prestación** en lugar de deberes de acción; quizás el equívoco surge del carácter supuestamente “positivo” de estos deberes.

Además, y a diferencia de lo que ocurre con los deberes institucionales, aquí no resulta para nada evidente hablar de un **derecho** del otro a exigir correlativamente el cumplimiento de dicho deber general. Detrás de la crítica antes reseñada de moralización del Derecho penal que implicaría su reconocimiento formal se encuentra, en el fondo, un cuestionamiento de la existencia de este derecho correlativo. Se requiere, entonces, un considerable esfuerzo de fundamentación filosófico-jurídica para fundar tal derecho de la víctima en la situación de peligro.

Pues bien, el presente trabajo ofrece un estudio de orientación predominantemente filosófica con el doble propósito de asentar, por un lado, la diferencia entre los deberes positivos especiales e institucionales y el principio de solidaridad y de explorar, por el otro, una fundamentación diferenciada de este último, que permita así distinguir entre el deber general de auxilio y lo que puede llamarse “solidaridad **ciudadano-estatal**” como sustento del Estado **social**.

En este sentido, una concepción liberal del Derecho penal tendría que partir no solo de una complementariedad, sino que antes bien de una **asimetría** entre libertad y solidaridad –*i.e.*: entre autonomía y solidaridad¹¹. Si el Estado social supone una **evolución** del Estado liberal de Derecho, es decir, se traduce en un estadio más avanzado de este, entonces dicha asimetría no puede desdibujarse por el desarrollo moderno de la seguridad social y su infraestructura. La conservación de esa asimetría permitiría desarticular la igualación antes mencionada entre el carácter positivo de los deberes institucionales y la idea de solidaridad. Podría disolverse así la conceptualización equívoca antes denunciada, *i.e.* la que surge del concepto ofrecido por Jakobs de esta clase de deberes positivos –especiales.

Ante la segunda conceptualización equívoca, es decir, la que surge de identificar sin más el carácter positivo ahora del deber **general** de auxilio con la categoría de la solidaridad, cabe poner de relieve la diferencia entre el contenido de tal deber y el deber de **beneficencia**, cuyo origen se reducía históricamente al ámbito de la moral, pero que con el desarrollo aún incipiente del Estado de bienestar alcanza su formalización y positivización, convirtiéndose así en Derecho –social o de la seguridad social. Si se considera esa diferencia, entonces es plausible sostener que, bajo la categoría de la solidaridad, el deber de auxilio ocupa una posición disímil en relación con la idea de Estado social y los deberes del ciudadano que este supone. Se trata de componentes diversos al interior del principio de solidaridad.

2. OTRA VEZ: ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE LIBERTAD Y SOLIDARIDAD

Siempre es útil indagar en las raíces históricas de un concepto. Por cierto, también es posible emprender esta tarea con la idea de solidaridad y retroceder así varios siglos¹². No

¹¹ WILENMANN (2014) pp. 124 y ss., sostiene que no existe una oposición entre autonomía formal y solidaridad, sino que, al contrario, la solidaridad es parte del concepto de la libertad jurídica, pues ella completa o complementa la libertad configurada por la autonomía formal: en este sentido, también KÜHNBACH (2007) pp. 27 y s., 72.

¹² Así lo hace RENZIKOWSKI (2013) pp. 16 y ss.; también SEELMANN (2013) pp. 38 y ss.; síntesis en VAN WEEZEL (2018) pp. 1109 y ss.

obstante, por ahora interesa solamente volver a revisar el nexo entre libertad y solidaridad en el contexto originario del Estado de Derecho.

Obviamente, dicho nexo puede tematizarse así solo si se tienen presentes ambos elementos del mismo, a saber, **la libertad en su relación con la solidaridad**. Este segundo eslabón, empero, si ya existía en una forma primigenia –*v.gr.*: bajo la idea de “fraternidad”¹³, fue prontamente olvidado por el necesario esfuerzo dedicado a la justificación y legitimación del Estado de Derecho¹⁴. La concentración en el desarrollo de la idea general de libertad opacó tempranamente al otro componente de la relación.

2.1. REGRESO AL ORIGEN: KANT, HEGEL Y EL RECONOCIMIENTO DEL CONFLICTO ENTRE NECESIDAD Y DERECHO

Ahora bien, y como suele ocurrir en general con las cuestiones de fundamento, resulta bien difícil volver al contexto originario del Estado de Derecho sin recurrir a Kant. Hasta donde se alcanza a ver, este filósofo no habla de “solidaridad” en su obra sobre “la metafísica de las costumbres”. En cambio, por un lado, sí se refiere al “derecho de necesidad” en un anexo de la introducción a la doctrina del derecho y, por otro, tematiza el bienestar (“*Wohlfahrt*”) y la benevolencia (“*Wohllwollen*”) en la sección sobre doctrina de las virtudes.

Respecto del mentado “derecho de necesidad”, Kant simplemente niega su existencia. En el caso de los naufragos que se encuentran aferrados a una tabla en la misma situación de peligro vital, formula el conocido *dictum* en los términos literales de que “la necesidad no tiene mandato” –traducida plásticamente como “la necesidad no conoce derecho”– y, en el mismo pasaje, que no puede existir una necesidad que vuelva jurídico –en el sentido de conforme a derecho– algo injusto: “*Not hat kein Gebot (necessitas non habet legem)*”¹⁵. Por ende, en tal situación extrema de necesidad, esta no funda ningún derecho ni tampoco un deber correlativo.

Por ejemplo, en ese caso, y supuesto que la tabla no le pertenece ni a A ni a B, A no tiene el derecho de arrojar a B de la tabla y este tampoco tiene el deber de tolerar la acción de A. La sola situación de necesidad, para Kant, jamás funda un derecho ni tampoco convierte en jurídica la realización de la acción por parte de A. Y lo mismo vale respecto de B.

En el otro lugar, donde aborda la teoría de las **virtudes**, Kant distingue entre el bienestar físico y el moral, junto con advertir que la benevolencia puede tornarse ilimitada. En este pasaje, observa que la felicidad ajena es un fin que al mismo tiempo es un deber, pues, dado que nuestro amor propio no puede separarse de la necesidad de ser amado –*i.e.* ayudado en casos de necesidad– por otros, nos convertimos así en un fin para otros. Y esta

¹³ Según BOURGEOIS (1902) p. 5 y s., 155 y s., la noción de solidaridad se vuelve usual en el discurso político recién a mitad del siglo XIX, por ende, no alcanzó a ser “republicana” en el contexto de la revolución francesa; agradecimientos al profesor Antonio Bascañán por el descubrimiento de este bello escrito de filosofía política. La idea de **fraternidad**, en cambio, sí fue republicana y resurgió en el período revolucionario de 1848, cfr. GUZMÁN DALBORA (2016) pp. 66 y ss.

¹⁴ DEPENHEUER (1991/2009) p. 184 y s.

¹⁵ KANT (1978) introducción en la doctrina del derecho, AB 41, 42, p. 343 y s.

máxima puede coexistir mediante su calificación como una ley general, por ende, mediante la voluntad también de convertir a los otros en fines para nosotros¹⁶.

Más adelante se refiere a la cuestión del amor al prójimo que concibe en los términos de un **deber** de hacer el bien a otro según nuestras capacidades, con o sin amor. Es decir, no supone el estado afectivo de amor, pues este no puede ser contenido de la voluntad y, por consiguiente, menos aún de una obligación –no se puede obligar a amar a otro¹⁷.

Finalmente, y todavía en ese contexto, Kant distingue la beneficencia (“*Wohlthätigkeit*”) de la benevolencia (“*Wohllwollen*”). Define la **benevolencia** como la satisfacción por la felicidad –el bienestar– de los otros. **Beneficencia**, en cambio, es la máxima de convertir la benevolencia en un fin, y el deber para ello es la coacción del sujeto mediante su razón de aceptar esta máxima como una ley general¹⁸. Es deber de cada hombre ser benefactor, esto es, según sus capacidades, promover la felicidad de otros hombres en situaciones de necesidad, sin esperar algo a cambio por ello¹⁹.

Como se puede ver, Kant trata la cuestión de la ayuda a otro en una situación de necesidad en dos partes distintas. En términos muy simplificados, en la sección sobre doctrina del derecho, rechaza el carácter jurídico del deber de ayuda e incluso su *status* moral, mientras que en la doctrina de las virtudes y de la ética, reconoce el *status* moral y ético del mismo deber. Este tratamiento dualista del problema genera, a primera vista, alguna perplejidad.

Sin embargo, y tal como lo advierte Pawlik, aquí Kant es coherente con su *paremia* según la cual “la necesidad no conoce Derecho”, que le impide reconocer en tal situación extrema de conflicto, no solamente un deber jurídico, sino que incluso la existencia de un deber **moral** de “solidaridad”. Esta consecuencia se explica, a su vez, porque el Derecho y la moral pertenecen a planos diferentes –uno a la esfera externa de las acciones y la otra a la esfera interna de los fines, sin que pueda existir, por ende, un conflicto entre ambos. La juridicidad es presupuesto de la virtud, o dicho con las palabras del filósofo, es la doctrina de las virtudes la que ordena al hombre respetar sagradamente el Derecho²⁰. Por consiguiente, así como nunca puede calificarse de virtuosa –ética– la acción de ayudar a otro en necesidad al costo de un quiebre del derecho, tampoco puede existir un deber de virtud cuyo contenido radique en tolerar ese atentado por parte del otro²¹.

A diferencia de la concepción expuesta, Hegel afirma la existencia de un **derecho** de necesidad, pero frente a una situación de conflicto distinta. Se trata de la **colisión** entre, por un lado, la **vida** como ser personal en su totalidad –“conjunto de los fines”– y, por el otro, la **propiedad** jurídica como elemento determinado del ser de la libertad²².

Antes de tematizar este conflicto, Hegel suscribe un concepto negativo de Derecho en la sección sobre Derecho abstracto, en el sentido de que su alcance se reduce al mandato

¹⁶ KANT (1978) introducción en la doctrina de las virtudes, A 27 p. 524 y s.

¹⁷ KANT (1978) A 40, 41, p. 532 y s.

¹⁸ KANT (1978) doctrina elemental de la ética, § 29, p. 588 y s.

¹⁹ KANT (1978) § 30, p. 589.

²⁰ KANT (1978) doctrina de las virtudes, A 28, 29, p. 525.

²¹ PAWLIK (2002) pp. 20 y ss.

²² HEGEL (1970) § 127.

de ser persona y respetar a los otros como personas, es decir, que se limita a lo negativo, *i.e.* no lesionar la personalidad y lo que se sigue de ella²³. Asimismo, concibe la propiedad en los términos de que la persona debe darse a sí misma una esfera externa de su libertad para ser idea²⁴. En la misma sección sobre Derecho abstracto, define la vida como totalidad abarcadora de la actividad externa, que, entonces, no es algo externo a la personalidad, sino que, por el contrario, se identifica con esta²⁵.

Pues bien, en la sección sobre **moralidad** como estadio ya avanzado del Derecho –encarnación este de la idea de libertad– pero aún previo al de la **eticidad**, Hegel afirma la existencia de un **derecho de necesidad** de la vida en peligro último y en colisión esta con la propiedad jurídica de otro. Puesto que, de un lado, se encuentra en juego “la lesión infinita del ser y con ella la total ausencia de Derecho”, mientras que, del otro, se encuentra en cuestión “solamente la lesión de un ser individual y restringido de la libertad”²⁶.

En una adición al § 127 de la “filosofía del Derecho”, Hegel aclara que “es necesario, empero, solamente vivir **ahora**, pues el futuro no es absoluto y queda entregado a la casualidad”. Por ende, solamente la necesidad del **presente** inmediato puede justificar una acción antijurídica, ya que su omisión implicaría la realización del injusto más grave, cual es “la negación total del ser de la libertad”²⁷. Concluye advirtiendo que la necesidad deja de manifiesto la finitud y con ella la casualidad tanto del Derecho aislado, sin referencia a la vida concreta del individuo, como del bien (“*Wohl*”) aislado, sin un fundamento substancial en el Derecho²⁸. Las dimensiones del bien y de la consciencia (“*Gewissen*”) recién se alcanzan y unifican en el estadio de la **eticidad**²⁹.

2.2. REFORMULACIÓN CONTEMPORÁNEA DEL CONFLICTO: JUSTICIA Y SOLIDARIDAD

El uso de la palabra “solidaridad” comienza a extenderse en la segunda mitad del siglo XIX y sirve, en el discurso político, de motor para el impulso de la seguridad social y del posterior Estado social³⁰. Pero, es recién durante el siglo XX en que la palabra se vuelve como tal objeto de reflexión filosófico-política. En este contexto, sirve como justificación racional de un deber en una situación de necesidad y se contrapone así a la idea de justicia o de Derecho.

²³ HEGEL (1970) §§ 36, 38; HEGEL (2010) § 7, donde niega la existencia de mandatos positivos en el Derecho; cfr. HÖSLE (1998) p. 491 y s., quien incluso sostiene, en un lenguaje dogmático bastante inusual para un filósofo, que en base a estas consideraciones de Hegel no puede fundarse la punibilidad de la omisión de socorro, a lo más podría fundarse la de los „delitos impropios de omisión (esto es, dada una posición de garantía basada en la injerencia etc.)...”.

²⁴ HEGEL (1970) § 41.

²⁵ HEGEL (1970) § 70.

²⁶ HEGEL (1970) § 127.

²⁷ HEGEL (1970) § 127 (adición).

²⁸ HEGEL (1970) § 128.

²⁹ HEGEL (1970) § 136 y § 141; cfr. HÖSLE (1998) pp. 520 y ss.

³⁰ Cfr. BOURGEOIS (1902) pp. 8 y ss.; GUZMÁN DALBORA (2016) pp. 73 y ss. prefiere la noción de fraternidad a la de solidaridad, pues esta permite que se haga el bien a otros manteniendo una relación “vertical”, en cambio, la fraternidad presupone una relación horizontal; sin embargo, ese significado de la solidaridad no es el que se explicita a continuación, sino que uno más bien coincidente con el significado de la fraternidad como principio y valor.

En algunos planteamientos filosófico-políticos, empero, tal conflicto se formula también en los términos de una oposición entre deberes negativos y deberes positivos, es decir, de un modo muy similar a la discusión desarrollada en el ámbito de la ciencia del Derecho penal.

En este sentido, Bayertz contrapone los deberes negativos o de omisión a la solidaridad. Los primeros serían universales e imparciales, mientras que la segunda sería por definición particular y parcial. Advierte que los vínculos de solidaridad en una comunidad no pueden justificar la provocación de un daño a otros, esto es, la infracción de un deber negativo. En consecuencia, Bayertz parte del supuesto de una **preeminencia** de la justicia por encima de la solidaridad, pero sin dejar de ofrecer una justificación para esta³¹. Esta preeminencia, a su vez, se explica sobre la base de entender el concepto de solidaridad en su sentido “social” o “ciudadano-estatal”.

Esta forma de plantear la contraposición, por un lado, supone la **paremia kantiana** de la inexistencia de un derecho en la situación de necesidad, *ergo*, que impide la justificación de la acción antijurídica por infringir un deber negativo. Por otro, cuando se habla allí de solidaridad, se usa la palabra en el sentido de “solidaridad social”, esto es, vinculado a la idea de Estado social –*vid. infra* 4.3.

Un contraste similar se ha planteado en base a la diferenciación de esferas de la moral. Así, Steinvorth opone la justicia a la **beneficencia**, en tanto “la justicia prohíbe que vulneremos los derechos de otro” y reconoce, entonces, derechos a cada hombre solamente por serlo y no por pertenecer a un grupo determinado. Entre estos derechos se incluye la libertad frente a los daños que los hombres pueden infligirse entre sí. La justicia fijaría de este modo el límite de lo permitido y lo prohibido entre los hombres. Lo que ella exige sería derecho y su cumplimiento constituiría el mínimo que debe hacerse para comportarse moralmente.

En cambio, según Steinvorth, la **beneficencia** ordenaría prestar ayuda a todos los necesitados, es decir, supone extrapolar el modelo de comportamiento propio de la familia a las relaciones entre los hombres. Señalaría la dirección en la cual debe irse cuando se pretende obtener la aprobación desinteresada por las acciones propias. Lo que exige es moralmente bueno y aquello que no se corresponde con ella no necesariamente se encuentra prohibido³².

En esta formulación del contraste se subraya el carácter **universal** de la justicia, al mismo tiempo que se vincula e identifica este valor con la idea de Derecho. Situada en otra esfera, la beneficencia se identifica con la solidaridad –*vid. infra* 3., de tal forma que ambas quedan relegadas al ámbito de la moral y, por ende, sin que puedan adquirir relevancia en el plano del Derecho.

A veces la diferencia entre deberes negativos y positivos se acentúa de tal manera que llega a formularse en los términos de una **contradicción**. En este sentido, Denninger se refiere a un deber positivo permanente, ilimitado e inagotable y, además, definido en su alcance por otro, sin observar el ejercicio propio de la libertad. Bajo esta comprensión, el

³¹ BAYERTZ (1998) pp. 22, 49 y s.

³² STEINVORTH (1998) p. 63 y s

deber positivo entraría en abierta contradicción con la libertad. Así, concluye que obrar por **solidaridad** y hacerlo en virtud de un deber **jurídico** se diferencian, por su motivación y alcance, tan esencialmente “como el fuego y el agua”³³.

2.3. VALORACIÓN INTERMEDIA

Estos pasajes, por cierto, seleccionados de la filosofía política contemporánea, identifican, de un lado, los deberes negativos con la idea de justicia y de Derecho y, del otro, los deberes positivos con la idea de solidaridad e incluso de beneficencia. En este esquema, los deberes negativos –o de omisión– son manifestaciones del concepto de justicia y, por ende, en este sentido se habla de “deberes de justicia”. Los deberes positivos –o de acción, en cambio, se identifican con el principio de solidaridad y el valor de la beneficencia, sin introducir mayores diferenciaciones en este plano. La formulación del contraste en estos términos, entonces, supone que la diferencia entre deberes negativos y deberes positivos no hace más que replicar la frontera misma entre Derecho y moral.

Sin embargo, y por una parte, existen deberes positivos que ostentan un *status* equivalente a los deberes negativos, en la medida que derivan de una institución regulada por el Derecho –*v.gr.*: matrimonio y familia³⁴. Se trata de los deberes positivos así llamados especiales e institucionales. Si uno parte de esa premisa, entonces tales deberes positivos se desglosan del ámbito de la moral y se ubican más bien en el plano del Derecho, existiendo, por ende, una relación **simétrica** entre los deberes negativos y solamente este conjunto de deberes positivos –especiales e institucionales³⁵.

Por otra parte, la identificación un tanto apresurada de los deberes positivos en general con la solidaridad y, al mismo tiempo, de esta con la beneficencia, aleja tales deberes del concepto de justicia y tiende a relegarlos definitivamente al ámbito de la moral. Esta tendencia, empero, es demasiado indiferenciada como para ser suscrita.

³³ DENNINGER (1998) p. 337.

³⁴ Cfr. JAKOBS (1993) cap. I, Apdo. 7, núm. marg. 70; el reconocimiento de la existencia de deberes positivos especiales e institucionales que ostentan el mismo *status* de los deberes negativos implica solamente que su infracción puede conducir a la misma clase de responsabilidad penal. Pero, también cuando se trata de la infracción de tales deberes **positivos** es preciso observar los diversos criterios de imputación objetiva, como el riesgo permitido, el principio de autorresponsabilidad de la víctima, el así llamado principio de confianza u otro criterio de imputación del resultado, *v.gr.*: conducta alternativa hipotética conforme a deber. Lo que ocurre en los casos de **omisión** es que no puede hablarse propiamente de la “creación del riesgo prohibido”, simplemente porque allí se trata del incumplimiento del deber ante la situación de peligro, de modo que es necesario extraer el contenido netamente normativo de cada criterio de imputación objetiva y aplicarlo en el caso concreto, justamente este alcance valorativo y normativo es lo que distingue tales criterios de la causalidad. Por ejemplo, el padre se encuentra vinculado por un deber positivo especial e institucional en relación con su hijo menor de edad, pero la formación y educación de los hijos implica correr algunos riesgos generales de la vida en sociedad, de tal forma que si la situación de peligro en el caso concreto se mantiene bajo ese estándar de riesgo permitido, no habría infracción del deber positivo si el padre no interviene frente a ese peligro. Los criterios de imputación objetiva son igualmente aplicables tanto respecto de los deberes negativos como de los deberes positivos.

³⁵ Cfr. VAN WEEZEL (2018) p. 1088; en contra, ROBLES (2013) pp. 9 y ss.

3. DIFERENCIACIÓN ENTRE EL DEBER GENERAL DE AUXILIO Y LOS DEBERES DE BENEFICENCIA

Tal tendencia, además, que identifica sin más la solidaridad con la beneficencia, es bastante contraintuitiva. En particular, resulta bien difícil considerar sinónimos el deber general de auxilio y el deber de beneficencia, pues, así concebidos implicaría calificar de un mero deber moral de benevolencia la ayuda prestada por un sujeto en favor de otro que se encuentra en una situación de peligro existencial. Por ejemplo, el paseante se encuentra casualmente con un niño que ha caído en una poza, de la cual aquel puede sacarlo sin más. El niño se encuentra en una situación de peligro vital. Pues bien, al socorrerlo el paseante no mejora en un ápice el *status quo* del niño, solo lo retrotrae al mismo estado previo a la ocurrencia de la situación de peligro³⁶. No lo beneficia en nada ni mucho menos construye un mundo en común con él.

En contra de la tendencia en cuestión, Mieth sostiene que algunos deberes positivos pueden calificarse de “fuertes” y, por ende, son susceptibles de ser agrupados bajo los “deberes de justicia”, en tanto su contenido se encuentre referido a bienes elementales de la persona³⁷.

La filósofa de influencia kantiana diferencia nítidamente tres clases de deberes positivos: deberes de cuidado y de garante (1.), de auxilio en necesidad (2.) y deberes de beneficencia (3.). Esta clasificación conduce a una **tripartición** de los deberes positivos³⁸.

En primer lugar, se encuentran los deberes de cuidado y de garante, que se caracterizan por derivar de una conducta previa del obligado y, además, por dirigirse a personas cercanas, por ejemplo, los padres respecto de sus hijos. Por esta doble característica, tal clase de deberes se distingue de los demás deberes positivos (1.).

Pero, según Mieth, y en esto radica su aporte, no todos los restantes deberes positivos se agrupan sin más entre los deberes “débiles” de beneficencia. Pues, existen deberes positivos **fuertes** en la medida en que se refieren a bienes necesarios y que, además, se encuentran determinados según criterios tales como la competencia y la perspectiva de éxito (2.).

El reconocimiento de la existencia de deberes positivos “fuertes” implica que, en el caso de un conflicto con deberes negativos, pueden prevalecer sobre esta clase de deberes, por ejemplo, se puede dañar la propiedad ajena para salvar la vida de otro. Esta consecuencia supone que en esa situación de conflicto puede infringirse un deber negativo para así cumplir un deber positivo, siempre que este pueda calificarse de “fuerte”. Este caso, por cierto, evoca el conflicto entre vida y propiedad planteado por Hegel en su filosofía del Derecho –*vid. supra* 2.1.

Si se habla de deberes de **justicia** y estos se identifican con los deberes “fuertes”, entonces el planteamiento expuesto implica que los deberes de justicia pueden ser tanto negativos como positivos. Los deberes de justicia suponen la existencia correlativa de derechos. Por consiguiente, su infracción configura un **injusto**, y esto sería común tanto a los deberes negativos como a los deberes positivos de justicia. En este punto, y tratándose de estos de-

³⁶ Cfr. GARZÓN VALDÉS (1986) p. 20 y s.; también MIETH (2012) p. 67.

³⁷ MIETH (2012) p. 112 y s.

³⁸ MIETH (2012) pp. 114 y ss.

beres positivos “fuertes”, tal planteamiento se aparta de los expuestos precedentemente, que tienden a relegar en su totalidad los deberes de solidaridad al ámbito de la moral y, en consecuencia, califican su infracción como un mero ilícito **moral**.

A diferencia de esa clase de deberes positivos, los deberes “débiles” de beneficencia se refieren a bienes no necesarios. O también pueden referirse a bienes necesarios, pero en este segundo caso tales deberes se encuentran infradeterminados —de ahí su carácter débil. Los deberes de **beneficencia** propiamente tales se caracterizan porque su contenido radica en el mejoramiento general del bienestar ajeno. Por ende, el otro no tiene una pretensión correlativa al cumplimiento del deber (3.).

Al interior de los deberes positivos, entonces, Mieth subraya la diferencia entre el deber de auxilio en necesidad y los deberes de beneficencia. El alcance del deber de **auxilio** en necesidad se restringe a bienes necesarios. Para distinguir entre bienes necesarios y bienes no necesarios, recurre al criterio de la necesidad objetiva. De acuerdo a este criterio, tal situación de necesidad concurre cuando se encuentran involucrados los presupuestos mismos de la capacidad autónoma de acción. El cumplimiento de tal deber se dirige a mantener bienes necesarios y reestablecer así dicha capacidad, esto es, la **autonomía** del sujeto³⁹. A su vez, esta se entiende en su sentido kantiano, es decir, como la facultad de legislarse a sí mismo, de autodeterminarse según leyes generales, en síntesis, se refiere a la acción responsable⁴⁰.

Finalmente, Mieth formula lo que llama el “principio de ayuda”, recurriendo a una serie de criterios restrictivos, tales como la competencia, la exigibilidad, la licitud de la ayuda y la perspectiva de éxito: “Un derecho moral al auxilio existe para B, cuando (a) este se encuentra en una situación objetiva de necesidad (por lo que tiene una pretensión de auxilio), para A es posible ayudar a B, (b) A es competente, (c) el esfuerzo para el auxilio es exigible, (d) los medios usados son lícitos y (e) la ayuda tiene perspectiva de éxito. Si concurren estos criterios, A tiene un deber de ayuda fuerte ante B”⁴¹.

Mieth es filósofa y es por eso que habla aquí de un “derecho moral”, para así realzar el *status* del deber general de auxilio y diferenciarlo luego del deber de beneficencia. El sujeto que se encuentra en una situación de peligro existencial, entonces, ostenta tal derecho que es correlativo a un deber positivo “fuerte” como es el deber general de auxilio.

En esa medida, es plausible sostener que este deber general ostenta al menos un *status* intermedio entre los deberes negativos de justicia y los deberes positivos de beneficencia. Es decir, se ubica en una posición asimétrica con respecto a los deberes negativos, pero, al mismo tiempo, no ocupa la misma posición ni se sitúa en el mismo plano que los deberes de beneficencia.

3.1. UNA REFLEXIÓN FILOSÓFICA Y SOCIOLÓGICA PREVIA: HABERMAS Y MEAD

Para darle un sustento material a esta diferenciación entre el deber general de auxilio y los deberes de beneficencia al interior del principio de solidaridad, son necesarias algunas reflexiones filosóficas y sociológicas acerca de la relación entre individuo y comunidad.

³⁹ MIETH (2012) pp. 144, 147, 153 y s.

⁴⁰ MIETH (2012) pp. 148 y s., 150.

⁴¹ MIETH (2012) pp. 156 y s.

En este orden de consideraciones, también Habermas parte de la diferenciación entre justicia y solidaridad, junto con reconocer que esta no deriva simplemente de aquella. Advierte que a partir del respeto por la integridad de una persona frágil, en estricto rigor, no se sigue la preocupación por su bienestar⁴². Dicho de otra forma, a partir del mandato de respeto al otro como persona no se deriva simplemente el deber de preocuparse por su bienestar.

Según Habermas, la persona forma un centro interno y se convierte en individuo solamente en tanto ella se **enajena** en el seno de las relaciones interpersonales producidas comunicativamente. Suena algo paradójico decir que el individuo se forma como tal en un proceso de enajenación, esto es, de volverse otro. Una explicación muy iluminadora de esta paradoja, empero, proviene del sociólogo norteamericano George Herbert Mead, a cuya teoría Habermas recurre para luego abordar la relación entre justicia y solidaridad⁴³.

La tesis central de Mead radica en que la **identidad** se constituye del "yo" y del "mi". Su gran aporte teórico, no obstante acuñarse en clave **behaviorista**, consiste sin duda en esta distinción⁴⁴. Formulada en esos términos, el "yo" es la reacción del organismo al comportamiento de los otros, mientras que el "mi" es el conjunto organizado de conductas de los otros que uno internaliza⁴⁵.

La comunidad organizada o el grupo social, que sustenta la identidad del individuo, se denominar "el otro generalizado"⁴⁶. Así, el "mi" resulta de la internalización de ese "otro generalizado" mediante la interacción entre el "yo" y la comunidad. Internalizamos el comportamiento de la comunidad frente a nuestra reacción en vista del sentido de nuestra actividad. Mead llama "mi" al contenido experiencial inmediato de la propia identidad junto con ese comportamiento. Esta es la identidad que se realiza en la comunidad y que es reconocida en ella en tanto aquella reconoce a los otros⁴⁷.

Si lo anterior es correcto, entonces no es posible trazar una línea de separación estricta entre nuestra propia identidad y la identidad de otros hombres. Pues, nuestra identidad existe y como tal se integra a nuestra experiencia solamente en la medida en que existen las identidades de otros y como tales se integran también en nuestra experiencia: "el individuo tiene una identidad solamente en relación con las identidades de otros miembros de su grupo social"⁴⁸.

En otro lugar, Mead señala que el hombre es un ser racional, porque es un ser social, o dicho de otra manera, la racionalidad se funda en la **socialidad**: "somos lo que somos mediante nuestra relación con los otros"⁴⁹.

⁴² HABERMAS (1986) p. 309.

⁴³ HABERMAS (1981) T. 2, p. 9, sitúa a Mead nada menos que entre los padres fundadores de la sociología junto a Max Weber y Émile Durkheim.

⁴⁴ Cfr. HABERMAS (1981), T. 2, pp. 62 y ss., sobre Mead; la identidad se construye del „Me“ (comparable al super-yo de Freud) y del „I“ (yo), pp. 66 y s., 92 y s., 152 y s.

⁴⁵ MEAD (1973) p. 218.

⁴⁶ MEAD (1973) p. 196.

⁴⁷ MEAD (1973) pp. 239 y s. (p. 241: "el 'mi' es una esencia prefigurada por convenciones y costumbres").

⁴⁸ MEAD (1973) p. 206.

⁴⁹ MEAD (1973) "Fragmente über Ethik" pp. 429 y s.

De este modo, y dado que los hombres se han individuado mediante socialización de tal forma que no pueden por sí solos afirmar su propia identidad, Habermas sostiene que la integridad del individuo no puede conservarse sin reafirmar la integridad de su mundo común de la vida, en tanto este posibilita las relaciones interpersonales y de reconocimiento recíproco. Desde una perspectiva teórico-comunicativa, existe una estrecha conexión entre el cuidado por el bienestar del prójimo y el interés por el bienestar general: “la identidad del grupo se reproduce sobre la base de relaciones intactas de reconocimiento recíproco”⁵⁰.

Luego, Habermas extrae las consecuencias del análisis precedente para el nexo entre justicia y solidaridad. Según el filósofo de Frankfurt, el punto de vista complementario al trato igualitario e individual –justicia– no es la benevolencia, sino que la **solidaridad**. Este principio hunde sus raíces en la experiencia de que uno debe responder por el otro, puesto que, en tanto “compañeros”, todos deben estar igualmente interesados en la integridad de su relación común de vida: “la justicia conceptualizada deontológicamente exige solidaridad como su otro”⁵¹.

Entonces, la **solidaridad es el otro de la justicia**, *i.e.* es su contracara. La *justicia* tiene por objeto a las libertades iguales de los individuos únicos y determinados por sí mismos –autodeterminación. Vela por la intangibilidad de los individuos socializados en la medida que exige trato igualitario y así igual respeto a la dignidad de cada uno. Por su parte, la **solidaridad** se refiere al bienestar de los compañeros hermanados en una forma de vida intersubjetivamente compartida y, de este modo, supone también la conservación de la integridad de esa forma de vida misma⁵².

Comprendida de ese modo, por ende, la solidaridad sí puede ser en esa medida objeto de universalización. Este punto de vista permite así matizar el contraste antes trabado entre una justicia **universal** y una solidaridad **particular**. Por lo menos aquella dimensión de la solidaridad que atañe a la conservación de la integridad del mundo común de la vida, sí es susceptible de ser universalizada.

En este sentido, el propio Mead sostiene que la socialidad es la razón de la universalidad de los juicios éticos y propone luego dotar de contenido a la regla de oro kantiana mediante la consideración de dicho carácter social y de todos los intereses involucrados⁵³.

Por su parte, Habermas propone recurrir a la ética del discurso a fin de volver convergentes la justicia con la solidaridad como **su otro**⁵⁴. El concepto moderno de justicia solo puede realizarse si la ética del discurso enfrenta la unilateralidad individualista y realza la solidaridad como la contracara de la justicia. En la discusión han de incluirse los aspectos estructurales de la “vida buena” que generalmente, bajo el punto de vista de la socialización comunicativa, pueden desglosarse de las totalidades concretas a partir de las respectivas formas especiales de vida⁵⁵.

⁵⁰ HABERMAS (1986) pp. 310 y s.

⁵¹ HABERMAS (1986) p. 311.

⁵² HABERMAS (1986) p. 311.

⁵³ MEAD (1973) pp. 436 y ss.

⁵⁴ HABERMAS (1986) pp. 312 y ss.

⁵⁵ HABERMAS (1986) p. 314; también antes HABERMAS (1981) T. 2, pp. 140 y ss., 150 y ss.

3.2. ALGUNAS REFLEXIONES FILOSÓFICAS DESDE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

En el ámbito de la ciencia del Derecho penal, la relación entre individuo y comunidad ha sido abordada para los efectos de explicar el fundamento del deber general de solidaridad que subyace a la norma sobre omisión de socorro –*v.gr.*: § 323 c StGB. Una propuesta muy fundada filosóficamente, pero algo bizarra en su formulación y, sobre todo, en una de sus conclusiones –el deber general de socorro rige solamente cuando el sujeto se encuentra **solo** con la víctima de la situación de peligro, ha sido desarrollada por Harzer.

La orientación general de su trabajo es muy interesante, entre otras razones, porque recupera la antigua categoría de la **relación jurídica**, caída posteriormente en el olvido con el desarrollo de la teoría general del derecho y su concentración desmesurada en la teoría de las normas⁵⁶. Su propuesta parte de una ampliación del principio de libertad en sentido kantiano: “el individuo no es más el ser de la voluntad finito e individual, sino que se funda en el conocimiento de la relación externa hacia el otro”⁵⁷. Recuerda asimismo un concepto de Savigny, según el cual la relación jurídica es una “relación entre persona y persona determinada por una regla jurídica”⁵⁸.

Para dotar de contenido a la relación jurídica, Harzer recurre al concepto de “unión” (“*Bündnis*”), en el sentido de que aquella es un vínculo de los participantes en el cual el individuo frente al otro –y este frente a aquel– no pierde su propia autoconsciencia. En un lenguaje algo críptico, sostiene que tal nexos no es un contrato, sino que antes bien es “la refundición del resultado de la fuerza cognitiva individual en relación con la situación recíproca espacial y temporalmente común”. **Unión** sería un lazo trascendental de autonomías igualmente significativas, que reviste cualidades de compañerismo⁵⁹.

La relación jurídica sería el vínculo de libertad originariamente autodeterminado que se concreta mediante una situación formulada legalmente, en la cual la prestación práctico-social de dos o más personas se intermedia temporal y espacialmente⁶⁰. La prestación de auxilio es accesoria en el sentido de que implica una situación derivada y secundaria que exige el cumplimiento de tareas mediante fuerzas de orden ya activas, pero insuficientes. Y el caso en el cual estas fuerzas personales competentes todavía no intervienen ni prestan activamente auxilio supone la situación secundaria de la ausencia de **conocimiento**⁶¹.

De esa manera, por cierto algo enrevesada, Harzer da cuenta del carácter subsidiario del deber general de auxilio del ciudadano. Así, el sujeto común en tanto persona individual se convierte en fuerza competente que puede poner en movimiento la relación jurídica en su significado igualitario y recíproco: “el deber jurídico de intervención existe sola y exclusivamente en ese ámbito del origen recíprocamente reconocido de la prescindencia de

⁵⁶ HARZER (1999) pp. 170 y ss.; se le podría retrucar, empero, que la justificada recuperación de la categoría de la relación jurídica no tiene por qué implicar un menosprecio a la teoría de las normas, por el contrario, es perfectamente viable desarrollar una teoría de las normas con sustento en la categoría de la relación jurídica.

⁵⁷ HARZER (1999) pp. 170 y s.

⁵⁸ HARZER (1999) p. 181.

⁵⁹ HARZER (1999) p. 183.

⁶⁰ HARZER (1999) p. 185.

⁶¹ HARZER (1999) p. 197.

prestaciones”. Es decir, cuando el sujeto es al mismo tiempo la única persona de la relación jurídica que puede conservar esa relación como un mundo no fraccionado⁶².

También desde una perspectiva filosófico-jurídica, que hunde sus raíces en la tradición de Kant y de Hegel, Köhler parte de la existencia de un deber jurídico, cuya generalización institucional recién da lugar a la previsión estatal⁶³. Es decir, se trata de un deber de la persona individual, que luego se generaliza y así da sustento a la seguridad social. Su fundamento reside en el mandato normativo de la razón de existir autónomamente: “la autoafirmación jurídica de la subjetividad libre”.

En el marco de una concepción ampliada de la garantía de libertad **positiva** han de incluirse los presupuestos básicos de la existencia personal. De ello resulta, primero, la participación originaria y jurídico-humanitaria en los bienes de la tierra en una medida mínima suficiente para la existencia autónoma. Esta faceta se expresa, por ejemplo, en el derecho de asilo, el derecho a una ayuda social mínima y en la facultad de interferir en la propiedad ajena en situación de necesidad existencial. Por otro lado, dicha participación originaria alcanza el *status* de un derecho a la actividad de otros frente a una situación de necesidad existencial y casual, en cierto modo un **derecho** originario de participación en el arbitrio ajeno: “la casualidad externa contradice en sí misma el ser cabalmente desarrollado de los sujetos libres”. El deber a la autoafirmación del ser racional se traduce, a su vez, en un deber **general** de evitar en lo posible la exposición a esa casualidad externa⁶⁴.

Para los sujetos de derecho y deber, se trata de un deber general humanitario, que luego se concreta según el estadio de desarrollo de la organización jurídica⁶⁵. El alcance del deber radica en el auxilio posible ante la necesidad existencial y casual del otro, esto es, no generada por este ni por el propio obligado. Según su contenido objetual, el deber de auxilio se refiere a la libertad externa jurídica ante la necesidad existencial y casual⁶⁶.

3.3. UNA SÍNTESIS INTERMEDIA: FUNDAMENTO DEL DEBER GENERAL DE AUXILIO

Las reflexiones latamente expuestas, que provienen tanto del campo de la filosofía política y jurídica como de la teoría sociológica, permiten ensayar una síntesis intermedia. Esta supone una reinterpretación de la situación de peligro existencial que funda el limitado derecho de necesidad asumido por Hegel en el § 127 de la filosofía del Derecho –*vid. supra* 2.1⁶⁷.

⁶² HARZER (1999) p. 202, también p. 214.

⁶³ KÖHLER (1997) p. 207.

⁶⁴ KÖHLER (1997) p. 208.

⁶⁵ KÖHLER (1997) pp. 208 y s.

⁶⁶ KÖHLER (1997) p. 209; en cuanto al alcance del deber, similar HARZER (1999) p. 216.

⁶⁷ Acertadamente VAN WEEZEL (2018) pp. 1090 y ss., 1097 y ss., muestra que la justificación del derecho de necesidad ante esta situación de conflicto en la sección sobre **moralidad** se integra luego y dialécticamente en el estadio ulterior de la **eticidad**; esta consideración y ubicación sistemática del **derecho** de necesidad ya en dicha sección de la filosofía del Derecho, permite fundarlo **intersubjetivamente** de modo previo a su institucionalización estatal. El presente trabajo suscribe la propuesta interpretativa de van Weezel en orden a que, como sostiene, “el deber de solidaridad no está mediado por el Estado, sino que existe ya en la relación interpersonal” (p. 1099), propuesta que se aparta, en definitiva, de la interpretación ofrecida por PAWLIK (2012) pp. 191 y s. Van Weezel se funda, además, en el concepto de amistad en Aristóteles, VAN WEEZEL (2018) p. 1099: “Pero un

Pues bien, lo que en tal situación se encuentra en peligro no es solamente la existencia individual en su totalidad, sino que el "otro generalizado" e internalizado por el sujeto en su interacción con la comunidad y que constituye, asimismo, su identidad: el "mi" en los términos de Mead. Se encuentra en juego la relación **común** de vida, en el sentido de Habermas, que le da sustento a las relaciones interpersonales y de reconocimiento recíproco, en cuyo contexto el sujeto se socializa e individuala.

El punto es que esta **relación** constitutiva no existe con independencia del Derecho⁶⁸. En la comunidad jurídicamente organizada, el proceso de socialización e individuación del sujeto se produce siempre en el marco del Derecho. Se trata, entonces, también de la relación jurídica en el sentido recuperado por Harzer. Es esta relación la que se encuentra asimismo en cuestión. Bajo esta premisa, la situación de peligro existencial activa el **deber** originario de conservar la integridad de la relación **común** de vida, que por eso Köhler califica de jurídico-humanitario.

Este deber es correlativo al derecho de necesidad en el sentido de Hegel. Pero, el sentido del cumplimiento de este deber no se agota meramente en el rescate de la vida e integridad del otro, esto es, del "yo" de este, por decirlo nuevamente en los términos de Mead. Al cumplir este deber originario en la situación de necesidad existencial del otro, el sujeto rescata aquello que los une, *i.e.* el lazo que es constitutivo de ambos. Por eso es que se trata de un deber que ha cumplirse con cualquier otro portador de **rostro** humano⁶⁹.

4. LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SU RELACIÓN CON EL ESTADO SOCIAL

Históricamente, la legislación penal, al menos en la órbita de la tradición jurídica europeo-continental, siempre ha partido de la premisa básica de la existencia de un deber general de socorro o auxilio frente a una situación de peligro existencial del otro⁷⁰. Fiel a esta tradición, el legislador nacional del siglo XIX incluyó las normas de los artículos 494 N° 14 y 496 N° 2 en el CP varias décadas antes de que surgiera la "cuestión social" y el subsecuente desarrollo siquiera incipiente de la seguridad social. De alguna manera, el legislador de la época partió también de la existencia obvia de un deber general de socorro y de colaboración con el Estado frente a situaciones de peligro común.

mínimo de amistad entre los ciudadanos, precisamente bajo la forma de mínima solidaridad, pertenece al núcleo de lo que constituye la identidad social".

⁶⁸ Cfr. HABERMAS (1992) pp. 51 y ss., sobre el Derecho moderno como fuente secularizada de integración social; tal función la cumple el Derecho, sin embargo, en la medida en que no se reduce a la sola legalidad, sino que plantea al mismo tiempo la pregunta por su legitimación, cuestión que, a su vez, supone que el ciudadano amplía su rol más allá de la posición egoísta "vacío de solidaridad" que deja la concepción kantiana del Derecho— e interviene como ciudadano estatal, haciendo uso de la acción comunicativa.

⁶⁹ Cfr. LÉVINAS (1971) p. 43: "La forma en que el otro se presenta, superando la **idea del otro en mí**, la llamamos, en efecto, rostro"; "el rostro es presencia viviente, es expresión (...) el rostro habla" p. 61; pp. 73 y ss., 211 y ss.

⁷⁰ Cfr. VERMANDER (1969) pp. 4 y ss.

4.1. DIFERENCIACIÓN ENTRE DEBER GENERAL DE AUXILIO Y ESTADO SOCIAL

A nivel filosófico, ya se ha mencionado que Hegel, en la filosofía del Derecho, reconoce un derecho de necesidad ante la situación de conflicto entre vida y propiedad en el acápite sobre **moralidad** como estadio ya avanzado de desarrollo del Derecho. En ese lugar, aclara que tal derecho se ejerce solamente para vivir ahora, en el **presente**, “pues el futuro no es absoluto y queda entregado a la casualidad”⁷¹.

Mucho después, en la sección sobre **eticidad** como estadio final de la idea de libertad, Hegel trata a propósito de la sociedad civil el sistema de la dependencia recíproca en el cual se funda la subsistencia y el bien del individuo así como su calidad jurídica en la subsistencia, *i.e.* el bien y el derecho de todos entrelazados, que solo en ese contexto se vuelven reales y asegurados⁷². Asimismo, distingue tres momentos de la sociedad civil, empezando con el sistema de las necesidades que supone la canalización de estas y la satisfacción del individuo tanto mediante su propio trabajo como por medio del trabajo y de la satisfacción de las necesidades de todos los demás. Luego, la protección de la propiedad mediante un sistema de justicia. Y, en tercer lugar, la previsión frente a la casualidad que resta en ese sistema así como el cuidado del interés particular en tanto común mediante la policía y la corporación⁷³.

Pues bien, es recién en este último momento de la sociedad civil donde Hegel trata “lo subjetivo de la pobreza y de la necesidad de toda clase” y también la **miseria** como hundimiento de una masa relevante de la población bajo el nivel de una cierta forma de subsistencia, que al mismo tiempo trae consigo la concentración de la riqueza desmedida en pocas manos⁷⁴.

Este tratamiento sistemáticamente diferenciado del derecho de necesidad, en una parte, y de la “cuestión social”, en otra, permitiría diferenciar también los deberes correlativos del ciudadano. Es decir, el deber correlativo al derecho de necesidad, por ejemplo, de tolerar un atentado a la propiedad para conservar la existencia, se diferenciaría a su vez de los deberes que el ciudadano puede asumir frente al Estado con motivo de la “cuestión social”.

4.2. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y ESTADO SOCIAL

Ahora bien, el desarrollo del Estado **social** responde justamente a la necesidad de hacerse cargo de este problema de la modernidad⁷⁵.

En este sentido, Depenheuer distingue tres fases de desarrollo del Estado moderno, partiendo con la superación de la guerra civil mediante la garantía de seguridad **física**, etapa en la cual nace correlativamente el deber de paz del ciudadano. Le sigue la fase del

⁷¹ HEGEL (1970) § 127 (adición).

⁷² HEGEL (1970) § 183.

⁷³ HEGEL (1970) § 188.

⁷⁴ HEGEL (1970) § 242 y § 244; la idea de Estado social, sin embargo, no alcanza a ser desarrollada como tal en la filosofía del Derecho, así Hegel se mantiene como liberal, parece preferir “la **moralidad presente** a la **futura eticidad**”, cfr. HÖSLE (1998) pp. 553 y s.

⁷⁵ BOURGEOIS (1902) pp. 24 y ss., 52 y ss., parte, bajo la óptica del positivismo sociológico de Comte, de la vigencia de “leyes sociales naturales” entre las cuales se encuentra la “solidaridad natural”, pero cuya realización supone la práctica de la “solidaridad social”, pp. 73 y ss.

Estado de Derecho propiamente tal, fase en la cual se otorga seguridad **jurídica** mediante la garantía de la propiedad. Aquí el ciudadano se somete correlativamente a un deber de obediencia. Finalmente, la seguridad **social** se garantiza recién con el desarrollo del Estado social, en cuyo marco surge un deber inespecífico del ciudadano a la carga común, sin que exista una relación sinalagmática⁷⁶.

Depenheuer sostiene que el ciudadano, en su calidad de titular de derechos fundamentales, se encuentra liberado de toda obligación solidaria inmediata, por lo que este puede decidir soberanamente sobre su alcance y dotarla así de contenido. Por su lado, el aspecto financiero de este deber de solidaridad se reduce a la carga tributaria⁷⁷.

El jurista alemán se refiere aquí a una dimensión bien determinada del principio de solidaridad. Se trata de aquella dimensión que funge como sustento de la seguridad social y, con ella, del Estado **social**. La pregunta que luego se formula atañe al origen y fundamento de este componente central del principio de solidaridad.

Según Depenheuer, una explicación que pretenda retrotraerse a este origen no puede tomar al individuo aislado como punto de partida. Antes bien, para dar cuenta de ello, la teoría individualista del Estado debe renunciar **parcialmente** a la pretensión que surge de su interés de explicación racional e indagación por el fundamento total del Estado⁷⁸. Pues, tal pretensión de fundamentación es excesiva ante la **finitud** del hombre. En tanto ser histórico, este siempre sigue siendo aquello que fue⁷⁹.

En el momento originario del Estado de Derecho, los hombres ya vivían en un *status civilis*. Esta condición ya se encontraba dada, de modo que la pregunta básica de la teoría del contrato, advierte Depenheuer, era puramente hipotética, *i.e.* solo filosóficamente abierta. No estaba seriamente la disyuntiva de regresar al estado de naturaleza o de entrar en el estado jurídico. Antes bien, la **disyuntiva** consistía o en reducir la pregunta a la justificación de un Estado dado y ya existente o en ampliarla a los presupuestos de una forma estatal legítima: “En consecuencia, la pregunta básica de la teoría del contrato no se orientaba a responder por qué los hombres decidieron unirse en el Estado, sino más bien por qué los hombres aceptaron **para sí** su modo de existencia estatal dado en la forma en la cual ellos nacieron”⁸⁰.

En este sentido, el punto de partida para la legitimación del Estado **social** no es el individuo aislado, sino que la **comunidad**. El Estado social se funda en la existencia previa de una “comunidad solidaria”, que, según Depenheuer, ya se encuentra en el origen mismo del Estado de Derecho. Solo que, posteriormente, la organización jurídica de la libertad redujo la solidaridad ciudadano-estatal a su mínima expresión, *i.e.* la hizo caer en el olvido⁸¹. Para justificar racionalmente el Estado social, entonces, es necesario conectar con ese

⁷⁶ DEPENHEUER (2009) pp. 169 y ss., 178 y s.

⁷⁷ DEPENHEUER (2009) pp. 194 y ss.; critica los intentos de redefinición de los derechos fundamentales de defensa en términos de incluir los derechos de participación social (pp. 190 y s., pp. 228 y s.).

⁷⁸ DEPENHEUER (2009) pp. 262 y ss., 267 y ss.

⁷⁹ DEPENHEUER (2009) p. 269.

⁸⁰ DEPENHEUER (2009) p. 271 (destacado agregado).

⁸¹ DEPENHEUER (2009) pp. 186 y s.

origen. En una expresión sintética tomada del filósofo Odo Marquard: “el futuro necesita origen” (“*Zukunft braucht Herkunft*”)⁸².

Dicha comunidad solidaria, para serlo, supone ciertas características de **homogeneidad** y, por ende, de **exclusividad**. La homogeneidad describe una determinada relación de **igualdad** que se encuentra dada y no es disponible para el individuo. En este sentido, se trata de una “comunidad de delimitación”, pues, sus integrantes comparten ciertas características como origen, lenguaje, género, historia y destino, de las cuales otros no participan. Lo anterior implica que los integrantes de la comunidad solidaria son **más iguales** entre ellos que en relación con los otros que no la integran, porque no comparten dichas características⁸³. Además, supone una homogeneidad subjetiva, en el sentido de una consciencia de la pertenencia a la comunidad. La homogeneidad implica exclusividad, esto es, supone la existencia de hombres o grupos respecto de los cuales **no se presta** ayuda o atención⁸⁴.

La existencia de una comunidad solidaria, entonces, que reviste tales características de homogeneidad y exclusividad, es el presupuesto básico del Estado **social**⁸⁵. Es en su interior donde se desenvuelve lo que puede llamarse solidaridad **social** o ciudadano-estatal⁸⁶.

Respecto de ella, Bayertz concluye: “Generalmente entendemos por ‘solidaridad’ el apoyo recíproco y para el otro entre personas que se encuentran unidas mediante **determinadas** características comunes. Se es ‘solidario’ con hombres cuya historia, convicciones o intereses uno comparte –en contraste con hombres cuya historia, convicciones o intereses uno **no comparte**”⁸⁷.

Esa dimensión del principio de solidaridad, y en esto se diferencia del deber general de auxilio –*vid. supra* 3.3 y 4.1, no es susceptible de ser universalizada. Pues supone una comunidad solidaria cuyos integrantes comparten las características de homogeneidad objetiva y subjetiva antes referidas. Tal dimensión, no obstante, se reduce a lo que puede llamarse “solidaridad social-estatal”⁸⁸. Solo este componente del principio de solidaridad es indefectiblemente particular y parcial.

⁸² MARQUARD (1981) p. 16 y s.

⁸³ DEPENHEUER (2009) pp. 274 y ss.; según la teoría del cierre implícito del contrato, se legitima el orden político mientras se permanezca voluntariamente en el territorio estatal, ya que siempre puede ejercerse la libertad de quedarse o de emigrar; si se permanece, concurre lo que plásticamente puede llamarse “aprobación con los pies” (p. 272 y s.); así también BAYERTZ (1998) p. 30 y s., recuerda que rige el precepto “*nemo in communione potest invitus detineri*”, esto es, nadie se encuentra obligado a vivir en una comunidad y, al mismo tiempo, todos tenemos el derecho de emigrar.

⁸⁴ DEPENHEUER (2009) pp. 276 y s.; también BAYERTZ (1998) pp. 30 y s.

⁸⁵ En este sentido, también KÜHNBACH (2007) pp. 153 y ss., 197 y s., 206 y ss.

⁸⁶ BOURGEOIS (1902) pp. 15 y s., “solidarité sociale”: el hombre nace en el seno de una asociación humana, que es hereditaria de una cultura, un lenguaje, de instrumentos materiales y espirituales, libros, por ende, ya en su origen se encuentra obligado con las generaciones pasadas que crearon esa herencia y, al mismo tiempo, con las generaciones futuras para cultivarla, pp. 100 y ss., 116 y ss.; en el origen ya existe una **deuda** con los otros integrantes de esta asociación humana, una deuda social, *ergo*, una obligación previa, no sujeta a disposición; el derecho que rige esta relación preexistente se fija, entonces, no por el acuerdo de voluntades entre los integrantes, sino que mediante “una interpretación y una representación del acuerdo que se habría alcanzado previamente entre ellos si hubieren sido igual y libremente consultados”, esto es, la presunción de un consentimiento, más bien, entonces, un **cuasicontrato**, pp. 132 y s.

⁸⁷ BAYERTZ (1998) p. 21.

⁸⁸ Cfr. BAYERTZ (1998) pp. 34 y s.

Ahora bien, el desarrollo del Estado social implica la juridificación e institucionalización de la solidaridad social. Desde el momento en que esta se formaliza y regula, ya no puede decirse que el personal de la burocracia estatal obra por “solidaridad” con los ciudadanos que, por ejemplo, le presentan una solicitud de subsidio. Lo mismo cabe advertir respecto de aquellos que financian estas prestaciones sociales mediante sus impuestos⁸⁹.

4.3. FUNDAMENTOS PROPIOS DEL ESTADO SOCIAL

Según Bayertz, la base de legitimación del Estado **social** ya no es, entonces, la solidaridad entendida de esa forma, sino que el principio de **igualdad**. Si la justicia social pasa a constituirse en un presupuesto de la integración plena a la comunidad política, también entonces debe poder reclamarse como un **derecho**, cuya realización es garantizada por el Estado. Las prestaciones social-estatales ya no se conciben como mera ayuda, sino que pasan a calificarse como una compensación por daños o derechos lesionados. La formación del Estado social es parte de un proceso en que tanto la pobreza como la necesidad de toda clase dejan de atribuirse a fenómenos de la naturaleza y, por el contrario, empiezan a ser vistos como consecuencias indirectas de decisiones y acciones humanas, es decir, como partes de un problema **social**⁹⁰.

En esta misma dirección, Rawls formula el principio de **diferencia** y, en este marco, se refiere a la “fraternidad”. Se trata de un concepto político que interpela ciertas actitudes y comportamientos, sin los cuales determinados valores relacionados con esa idea se perderían de vista. Dice relación con un sentido por la amistad civil y la solidaridad **social**. Pues bien, una ventaja del principio de diferencia radica en que permite concretar el pensamiento de la “fraternidad” y de esta manera volverlo realizable⁹¹.

Sin perjuicio de ello, la formulación del principio de diferencia es funcional a la realización de la libertad. Pues esta existe en el sistema completo de las libertades ciudadanas iguales. El valor de la libertad para el individuo o el grupo depende de la capacidad de lograr sus fines en ese contexto. Así, el objetivo de la justicia social radica en configurar la estructura básica de ambos principios de tal manera que el valor del sistema completo de libertades, existente para todos, sea en lo posible mayor para los menos aventajados⁹².

De ahí la formulación de los dos principios en los siguientes términos: primero, cada cual tiene el mismo derecho al sistema conjunto más amplio de las mismas libertades básicas, cuya realización es posible para todos. Segundo, las desigualdades sociales y económicas deben (a.) proporcionar, bajo la restricción adecuada del principio de ahorratividad, la máxima ventaja posible a los menos favorecidos y (b.) estar vinculadas a cargos y posiciones a los cuales todos pueden acceder en igualdad de oportunidades⁹³.

⁸⁹ BAYERTZ (1998) p. 37: solo puede hablarse de “solidaridad” allí donde las prestaciones de ayuda resultan de un sentimiento de unión y son voluntarias.

⁹⁰ BAYERTZ (1998) pp. 38 y s.

⁹¹ RAWLS (1975) pp. 126 y s.; crítico GUZMÁN DALBORA (2016) p. 69 con nota 14.

⁹² RAWLS (1975) p. 233.

⁹³ RAWLS (1975) pp. 336 y s.

No obstante, los dos principios de justicia siguen un orden lexical, que Rawls subraya en varias ocasiones. Este orden implica que lesiones a las libertades básicas e iguales protegidas por el primer principio no pueden justificarse o ser compensadas mediante mayores ventajas sociales o económicas⁹⁴. Dicho de otra forma, el principio de diferencia supone el respeto al principio de libertad.

Ese orden relativo fluye de la premisa de la cual parte Rawls acerca de que, en lo esencial, el hombre ocupa dos posiciones: una como portador de los derechos ciudadanos igualitarios y, la otra, por su lugar en la distribución patrimonial y de los ingresos⁹⁵. Según el filósofo norteamericano, entre los principios que rigen al hombre individual se distinguen dos clases de mandatos. Por un lado, las obligaciones que se reconducen a la idea de *fairness* y que presuponen la existencia de instituciones y costumbres. Y, por el otro, los deberes que tilda de “naturales”⁹⁶.

Entre estos últimos, Rawls menciona los siguientes. En primer lugar, el deber de ayudar a otro cuando se encuentra en necesidad o peligro, supuesto que la ayuda sea posible sin un desmesurado peligro o daño propio. Asimismo, menciona el deber de no provocar daño ni injusto a otro. El primer deber mencionado es positivo, el segundo, en cambio, es negativo. Sin embargo, le quita explícitamente relevancia a esta última clasificación. Más importante es el contraste de estos deberes con las obligaciones de *fairness*. A diferencia de estas, los deberes naturales son independientes de cualquier consentimiento. No suponen necesariamente la existencia de instituciones o costumbres. Los deberes naturales valen entre los hombres de manera independiente de sus relaciones institucionales, es decir, rigen entre todos como sujetos morales iguales. En este sentido, existen no solamente frente a ciertos hombres que, por ejemplo, cooperan en una relación social determinada, sino que frente a los hombres en cuanto tales⁹⁷.

Es notable que Rawls le dedique alguna reflexión a los fines de la justicia penal. Asume que, en una sociedad en cierta medida bien configurada, los que son castigados por haber infringido leyes justas normalmente han hecho algún mal. Y esto porque el fin del Derecho penal radica en la protección de los deberes naturales básicos que nos prohíben dañar a otros hombres en su cuerpo y su vida o quitarles su libertad o propiedad. No es, entonces, simplemente un sistema de impuestos y cargas que impone un precio a determinadas conductas y así pretende dirigir el comportamiento del hombre en el sentido de su ventaja recíproca. Claramente, se trata con la distribución de bienes económicos y sociales de algo completamente diferente⁹⁸.

Pues bien, no es necesario suscribir la terminología iusnaturalista acuñada por Rawls para sacar provecho de las diferenciaciones que se derivan de su teoría⁹⁹. Una de estas radica

⁹⁴ RAWLS (1975) pp. 81 y s.; preeminencia de la libertad, pp. 177, 283.

⁹⁵ RAWLS (1975) p. 116.

⁹⁶ RAWLS (1975) pp. 133 y ss.

⁹⁷ RAWLS (1975) pp. 135 y s.

⁹⁸ RAWLS (1975) pp. 349 y s.

⁹⁹ Más adelante, RAWLS (1975) p. 549 nota 30, aclara en qué sentido usa el adjetivo “natural”; este alude a la diferencia entre los derechos en el sentido de la teoría de la justicia y los derechos en el sentido de la ley y la tradición; además, tales derechos se atribuyen a los hombres y tienen un peso específico; pretensiones que ceden

en que el deber “natural” de ayuda a otro que se encuentra en una situación de peligro se distingue de las obligaciones de *fairness*, relacionadas estas con el principio de **diferencia**. Tal deber que Rawls tilda de “natural” se corresponde exactamente con el deber general de auxilio antes tratado –*vid. supra* 3.3 y 4.1. Esta diferenciación implica, a su vez, que ese deber básico se relaciona ya con el principio de libertad y no recién con el principio de diferencia.

4.4. VALORACIÓN FINAL

El análisis precedente, empero, no implica sostener que el deber general de auxilio ostenta el mismo *status* que los deberes negativos¹⁰⁰. Asimismo, y si se parte de la premisa que los deberes positivos especiales e institucionales sí ocupan una posición equivalente a los deberes negativos, entonces el deber general de auxilio tampoco ostenta el mismo *status* de tales deberes positivos¹⁰¹.

El deber general de auxilio pertenece al principio de solidaridad y, en esa medida, se ubica en una relación **asimétrica** con el principio de libertad. Pero, al mismo tiempo, y en el seno del mismo principio de solidaridad, el deber general de auxilio no ocupa la misma posición que la “solidaridad social o ciudadano-estatal”¹⁰². Antes bien, tal deber general constituye un presupuesto básico de la vigencia del Estado social y de la solidaridad ciudadano-estatal.

5. CONCLUSIONES

En virtud de las reflexiones expuestas a lo largo del presente estudio, puede plantearse lo siguiente:

1. El Estado liberal de Derecho supone una relación **asimétrica** entre el principio de libertad y el principio de solidaridad.
2. Si se parte de la equivalencia entre deberes negativos y deberes positivos especiales e institucionales, entonces ambas clases de deberes constituyen manifestaciones del principio de **libertad**.

fácilmente frente a otros valores, no son derechos naturales; ambas características concurren en los derechos protegidos por el primer principio debido a las reglas de prioridad; la teoría de la justicia tiene las características típicas de una teoría del derecho natural.

¹⁰⁰ Cfr. KÜHL (2008) pp. 366 y ss., 373 y s.

¹⁰¹ De ahí que resulta confuso hablar de una “posición de garante basada en un deber de solidaridad”, como lo hace VAN WEEZEL (2018) pp. 1113 y ss.

¹⁰² Si bien KÜHNBACH (2007) pp. 86, 138 y s., 147, reconoce el carácter **doble** de la solidaridad como principio interpersonal y al mismo tiempo como un asunto de la comunidad organizada en la forma del Estado, sostiene la existencia de un fundamento común tanto a la solidaridad intersubjetiva como al Estado social, pp. 196 y s., 207 y ss.; tal fundamento le lleva a concluir que existe una relación complementaria, pp. 210 y ss., e incluso **sinálgmática** entre solidaridad y libertad positiva, de un lado, y el deber del *neaminem laedere* y libertad negativa, del otro, pp. 213 ss., trasfondo sobre el cual luego no resultan comprensibles los límites de proporcionalidad impuestos a la prestación de solidaridad, pp. 216 y ss., ni por qué luego se asume no obstante la primacía de la libertad jurídica-negativa frente al principio de solidaridad, p. 221, como tampoco por qué el deber de solidaridad se restringe a la “producción y mantención de los presupuestos materiales de la libertad”, p. 226.

3. El deber general de auxilio así como las cargas y los deberes que dan sustento al Estado social –“solidaridad social o ciudadano-estatal”, en cambio, pertenecen al principio de **solidaridad**.
4. Al interior del principio de solidaridad, empero, ambas clases de deberes ocupan una posición disímil. El deber general de auxilio y la solidaridad social o ciudadano-estatal son componentes diversos del mismo principio.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYERTZ, Kurt (1998) “Begriff und Problem der Solidarität”, BAYERTZ, Kurt (ed.): *Solidarität, Begriff und Problem* (Frankfurt a.M., Suhrkamp) pp. 11-53.
- BOURGEOIS, Léon (1902): *Solidarité* (Paris, Armand Colin, 3ª ed.).
- DENNINGER, Erhard (1998): “Verfassungsrecht und Solidarität”, BAYERTZ, Kurt (ed.), *Solidarität. Begriff und Problem* (Frankfurt a.M., Suhrkamp) pp. 319-344.
- DEPENHEUER, Otto (1991-2009): *Solidarität im Verfassungsstaat. Grundlegung einer normativen Theorie der Verteilung* (Norderstedt, Books on demand).
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1986): “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 3: pp. 17-33.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2016): “Acerca del valor de la fraternidad en el Derecho Penal”, *Revista de Ciencias Penales*, 6ª época, vol. 43, N° 4, pp. 65-84.
- HABERMAS, Jürgen (1981): *Theorie des kommunikativen Handelns*, Tomo 2 (Frankfurt a.M., Suhrkamp).
- HABERMAS, Jürgen (1986): “Gerechtigkeit und Solidarität”, EDELSTEIN/ NUNNER-WINKLER (eds.), *Zur Bestimmung der Moral* (Frankfurt a.M., Suhrkamp) pp. 291-318.
- HABERMAS, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung* (Frankfurt a.M., Suhrkamp).
- HARZER, Regina (1999): *Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323 c StGB* (Frankfurt a.M., Klostermann).
- HEGEL, G.W.F (1970): *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (Frankfurt a.M. 1970, Suhrkamp).
- HEGEL, G.W.F (2010): *Doctrina del derecho, los deberes y la religión para el curso elemental* (Buenos Aires, Biblos).
- HÖSLE, Vittorio (1998): *Hegels System. Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität* (Hamburg, Felix Meiner).
- JAKOBS, Günther (1993): *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Berlin/New York, De Gruyter, 2ª ed.).
- KANT, Immanuel (1978): *Die Metaphysik der Sitten* (Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1ª ed. 1797; 2ª ed. 1798).
- KARGL, Walter (1994): “Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB). Zum Verhältnis von Recht und Moral”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 247-264.
- KÖHLER, Michael (1997): *Strafrecht. AT* (Berlin/Heidelberg, Springer).
- KÜHL, Kristian (2008): *Freiheitliche Rechtsphilosophie* (Baden-Baden, Nomos).
- KÜHNBACH, Lena (2007): *Solidaritätspflichten Unbeteiligter* (Baden-Baden, Nomos).
- LÉVINAS, Emmanuel (1971): *Totalité et infini* (Paris, Livre de poche).
- MARQUARD, Odo (1981): *Abschied vom Prinzipiellen* (Stuttgart, Reclam).

- MEAD, George (1973): *Geist, Identität und Gesellschaft* (Frankfurt a.M., Suhrkamp).
- MIETH, Corina (2012): *Positive Pflichten* (Berlin/Boston, De Gruyter).
- NAVAS, Iván (2019): *Deberes negativos y positivos en derecho penal* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- NOVOA, Eduardo (1984): *Fundamentos de los delitos de omisión* (Buenos Aires, Depalma).
- PAWLIK, Michael (2002): *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten* (Berlin/New York, De Gruyter).
- PAWLIK, Michael (2012): *Das Unrecht des Bürgers* (Tübingen, Mohr).
- PHILIPPS, Lothar (1974): *Der Handlungsspielraum* (Frankfurt a.M., Klostermann).
- RADBRUCH, Gustav (1967): *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft).
- RAWLS, John (1975): *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (Frankfurt a.M., Suhrkamp).
- REZIKOWSKI, Joachim (2013): “Solidarität in Notsituationen. Ein historischer Überblick von Thomas v. Aquin bis Hegel”, VON HIRSCH/ NEUMANN/ SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht* (Baden-Baden, Nomos) pp. 13-34.
- ROBLES, Ricardo (2013): “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, *InDret*, N° 4: pp. 1-21.
- SAMSON, Eric (1971): “Begehung und Unterlassung”, STRATENWERTH/ KAUFMANN/ GEILEN/ HIRSCH/ SCHREIBER/ JAKOBS/ LOOS (eds.) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag* (Berlin/New York, De Gruyter) pp. 578-603.
- SÁNCHEZ-VERA, Javier (1999): *Pflichtdelikt und Beteiligung* (Berlin, Duncker & Humblot).
- SÁNCHEZ-VERA, Javier (1999): “Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal”, *Cuadernos de Política criminal*, N° 68, 1999, pp. 347-380.
- SEELMANN, Kurt (1991): “Solidaritätspflichten im Strafrecht?”, JUNG/ MÜLLER-DIETZ/ NEUMANN (eds.), *Recht und Moral* (Baden-Baden, Nomos), pp. 295-304.
- SEELMANN, Kurt (2013): “Ideengeschichte des Solidaritätsbegriffs im Strafrecht”, VON HIRSCH/ NEUMANN/ SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht* (Baden-Baden, Nomos) pp. 35-47.
- STEINVORTH, Ulrich (1998): “Kann Solidarität erzwingbar sein?”, BAYERTZ (ed.) *Solidarität, Begriff und Problem* (Frankfurt a.M., Suhrkamp) pp. 54-85.
- VERMANDER, Eduard (1969): *Unfallsituation und Hilfspflicht im Rahmen des § 330 c StGB*, (Tübingen, Mohr).
- VAN WEEZEL, Alex (2019): “Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad”, *Política Criminal*, vol. 13, N° 26: pp. 1074-1139.
- WILENMANN, Javier (2014): *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff* (Tübingen, Mohr).

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, CONTROL JUDICIAL DE LA LEY Y DESACUERDOS

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION AND DISAGREEMENTS

ESTEBAN BURITICÁ-ARANGO*

RESUMEN: Algunos filósofos han sostenido tradicionalmente que la legitimidad del control judicial de la ley depende al menos en parte de la existencia de respuestas correctas en la interpretación de los derechos constitucionales, y que las posiciones escépticas sobre la indeterminación de la constitución implican también una serie de objeciones al control judicial de la ley. En este trabajo sostendré que esta tesis es equivocada y que en realidad las teorías semánticas o metaéticas acerca del significado de las cláusulas constitucionales tienen muy poco que aportar, en contextos de desacuerdos razonables, a las teorías sobre la legitimidad de cualquier procedimiento de control de constitucionalidad.

Palabras clave: control de constitucionalidad, interpretación constitucional, respuestas correctas, desacuerdos, democracia.

ABSTRACT: Some philosophers have traditionally held that the legitimacy of judicial review of legislation depends partially on the existence of right answers in the interpretation of constitutional rights, and that the skeptical positions on the indeterminacy of the constitution also imply several objections to the judicial review of legislation. In this paper it is explained that this thesis is wrong and that actually the semantic or metathetic theories of the meaning of constitutional clauses scarcely contribute, in contexts of reasonable disagreements, to the theories about the legitimacy of any procedure of judicial review.

Key words: judicial review of legislation, constitutional interpretation, right answers, disagreements, democracy.

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años se ha vuelto un lugar común sostener que la interpretación constitucional es una actividad esencialmente valorativa¹. Suele decirse que el carácter típicamente vago y abstracto de las disposiciones constitucionales, sobre todo de aquellas que consagran derechos básicos, hace que entre el significado previo del texto constitucional y el sentido de los fallos judiciales exista siempre una “brecha interpretativa”² que el juez solo

* Profesor de Teoría del Derecho de la Universidad de San Buenaventura, sede Medellín, Colombia. Máster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. El autor desea agradecer a los árbitros anónimos designados por la revista por sus valiosos comentarios.

¹ Al respecto, FERRERES COMELLA (2012) p. 27; GUASTINI (2014) p. 209; MORESO (2004) pp. 54 y ss.; BAYÓN (2001) p. 69; WALDRON (2005) pp. 195 y ss.; DWORKIN (1996) p. 2.

² La expresión es de GARGARELLA (2012) p. 79.

puede salvar acudiendo a razonamientos morales³. Para determinar, por ejemplo, si "la igualdad de trato" protege el derecho a percibir los mismos salarios, o si "el libre desarrollo de la personalidad" concede el derecho a consumir cierto tipo de drogas, no basta –según se dice– una simple subsunción del caso particular en la norma genérica, sino ante todo un razonamiento moral acerca de cuál debe ser el contenido y el alcance de esos derechos. Sobre esta idea básica se han formulado, sin embargo, profundas cuestiones teóricas en las que el amplio consenso parece diluirse. Algunas veces se afirma, desde posturas cognoscitivistas, que los juicios morales involucrados en la interpretación constitucional pueden tener un carácter objetivo, que el contenido de las disposiciones es previo a la interpretación de los jueces, y que siempre o casi siempre es posible hallar respuestas correctas en casos particulares. Otras veces, sin embargo, se sostiene desde posturas escépticas que el razonamiento moral tiene un carácter esencialmente subjetivo, que el contenido de las disposiciones constitucionales es siempre una construcción del intérprete, y que por tanto nunca o casi nunca es posible hallar esas respuestas correctas⁴. Esta discusión, que no desarrollaré a fondo en este escrito, ha dado lugar a un amplio debate cuyo problema central a veces pasa desapercibido.

Como han puesto de manifiesto Bayón y Waldron⁵, la existencia de respuestas correctas en la interpretación constitucional ha sido considerada a veces como una razón a favor o en contra de ciertos modelos de control judicial de las leyes. En términos generales, la idea es que el carácter objetivo o subjetivo de los juicios de valor involucrados en la interpretación incide necesariamente en el tipo y alcance de las competencias que debe atribuirse a los jueces para que ejerzan control de las leyes. Mientras mayor sea la certeza acerca del contenido de las disposiciones constitucionales y, por tanto, menos discrecional sea la decisión, un menor número de objeciones recaerán sobre un diseño institucional que atribuya a los jueces la última palabra sobre el contenido y el alcance de los derechos. "Si se entendiese" como señala Prieto, "que estos [los jueces] aplican fiel y rectamente la Constitución, nada habría que criticar"⁶. Pero, en sentido inverso, mientras mayor sea la indeterminación de esas disposiciones y menores las posibilidades de controlar la discrecionalidad del juez, habría mayores razones para delegar en otros órganos, sobre todo en un parlamento democráticamente constituido, la interpretación última de la constitución. De esta manera, las discusiones acerca de la legitimidad del control judicial de la ley parecen reducirse a veces, al menos en parte, a discusiones acerca de la naturaleza de la interpretación constitucional y de los juicios morales involucrados en ella.

En este trabajo trataré de mostrar que ambos problemas son en realidad independientes y que la certeza de que existen respuestas correctas tiene muy poco que aportar a las discusiones acerca de la legitimidad del control judicial de la ley. En la primera parte, valiéndome de un análisis detallado del argumento propuesto por Hamilton en el *Federalista*

³ BAYÓN (2001) p. 69: "dado que los preceptos constitucionales que declaran derechos básicos están ordinariamente formulados en términos considerablemente vagos y abstractos, su aplicación hace estrictamente inevitable una «lectura moral» de los mismos". BRINK (2015) p. 1: "*Because these individual rights are typically moral and political rights, the judiciary's interpretive task requires them to make substantive moral and political commitments*".

⁴ Al respecto, GUASTINI (2014) p. 346 y (2011), MORESO (1997) p. 183; GARGARELLA (1997) p. 59.

⁵ Ver BAYÓN (2001) p. 69, WALDRON (2005) p. 202 y WALDRON (1998) p. 75.

⁶ PRIETO SANCHÍS (2009) p. 162

78, sostendré que la idea de que la existencia de respuestas correctas en la interpretación constitucional respalda modelos fuertes de control judicial supone a menudo una concepción errada acerca de la legitimidad de las constituciones. En la segunda parte, trataré de mostrar cómo la existencia o inexistencia de respuestas correctas en la interpretación de disposiciones constitucionales han sido usadas tradicionalmente como razones a favor o en contra del control judicial de constitucionalidad, analizando las teorías cognoscitivistas de la interpretación formuladas por Brink, Alexy y Dworkin, así como las posturas escépticas de autores como Tushnet. Finalmente, sostendré que las teorías analíticas o descriptivas de la interpretación constitucional (cuyo interés fundamental es explicar el significado de las disposiciones constitucionales) no proporcionan soluciones a una serie de problemas que la teoría de la legitimidad política debería resolver. Sobre este último punto recalcaré que la preocupación central de una teoría de la legitimidad del control de constitucionalidad no puede ser la (in)existencia de respuestas correctas en materia de derechos, sino ante todo el hecho constatable de que existen desacuerdos profundos acerca de cuáles son esas respuestas correctas y las condiciones morales que debe poseer el procedimiento diseñado para tomar una decisión justa.

I. EL ARGUMENTO HAMILTON - MARSHALL

El argumento según el cual la legitimidad del control judicial de la ley reside en el papel institucional que desempeñan los jueces como aplicadores⁷ de la constitución aparece ya en los orígenes remotos del constitucionalismo. Hamilton resumió en El Federalista 78 las razones que años después servirían al juez Marshall para justificar la práctica en *Marbury v. Madison*: (1) que siendo la función de los jueces la aplicación del derecho y la constitución el derecho supremo del Estado, los jueces estaban facultados para aplicar la constitución aún en aquellos casos en los que fuese incompatible con la ley, y (2) que actuando de esta manera los jueces no estarían imponiendo al legislador su propio criterio, sino *más bien* los límites que el pueblo había dejado establecidos en la constitución. En este sentido, el argumento supone que los jueces aplican fielmente la constitución y, por tanto, no usurpan las competencias del legislador democrático ni atentan contra el principio de separación de poderes. En palabras de Hamilton: “[My argument] by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter, rather than

⁷ Aquí debe entenderse “aplicación” en un sentido amplio, que toma en cuenta no solo la idea usual (y probablemente equivocada) de que el juez utiliza un mero silogismo para deducir la solución correcta para el caso concreto a partir de una norma, sino también aquellas teorías otras que, como veremos más adelante, consideran que el juez debe realizar un razonamiento complejo que involucra juicios morales, deducciones lógicas, tests de proporcionalidad o razonabilidad, entre otros. La tesis común a estas ideas, que me interesa destacar en este escrito, es que existen respuestas correctas en la interpretación constitucional. Aunque Hamilton no desarrolló una teoría de la interpretación constitucional, sí supone que los jueces pueden conocer “[the will/intention] of the people declared in the constitution”, es decir, supone una teoría cognoscitivista. HAMILTON (2005) p. 415.

the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental"⁸.

Así planteado, el argumento de Hamilton descansa sobre dos premisas. En primer lugar, supone que la constitución posee respecto de la legislación ordinaria mayores credenciales democráticas –o, en general, mayor legitimidad política– y debe por eso ser respetada por todas las autoridades del Estado, incluyendo las mayorías legislativas. Solo de esa manera puede resguardarse la rigidez constitucional de la objeción contramayoritaria, y reclamar para los muertos –como suele decirse– autoridad sobre los vivos. En segundo lugar, el argumento supone que los jueces pueden hallar en el texto constitucional el contenido de las normas supremas (*the will/intention of the people*)⁹, sin crearlo ellos mismos, de manera que no existiría ningún acto político de creación o ninguna “brecha interpretativa” importante entre el texto constitucional y las decisiones judiciales que invalidan o inaplican leyes¹⁰. Como puede advertirse, la primera premisa del argumento pretende fundamentar el carácter rígido de las constituciones, mientras que la segunda quiere mostrarnos el control judicial de la ley como un acto de aplicación y no de creación del derecho, por lo que supone una teoría cognoscitivista de la interpretación constitucional.

En las últimas décadas se han hecho una serie de críticas que muestran las debilidades de este argumento, poniendo en serias dificultades al control judicial de la ley. Esas críticas van dirigidas contra la primera premisa (i.e. la supuesta dignidad democrática de las constituciones actuales) o contra la segunda (i.e. la aplicación fiel de la constitución por parte de los jueces), tal como paso a ilustrarlo.

II. PRIMERA PREMISA: LA LEGITIMIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

El éxito del argumento de Hamilton depende, en primer lugar, de que la constitución realmente refleje la “voluntad del pueblo” o, al menos, sea producto de un gran consenso popular que por sus méritos democráticos tenga prevalencia sobre las decisiones adoptadas por las mayorías legislativas. En este sentido, los límites impuestos al legislador democrático serían legítimos porque han sido creados directamente por el pueblo, una instancia democrática superior. Pero es justo aquí donde aparece el primer problema: sabemos bien que muchos procesos constituyentes, incluso algunos de gran relevancia histórica, no fueron precisamente la materialización de la igualdad y la autonomía política de los ciudadanos. En ellos no participaron directa ni indirectamente amplios grupos de la población, como los negros, las mujeres, los pobres, los esclavos, los miembros de algunos grupos *étnicos, religiosos y políticos*, entre otros. Muchas otras constituciones fueron impuestas por (o a instancias de) potencias coloniales, poderes de ocupación, dictadores o facciones vencido-

⁸ HAMILTON (2005) p. 415.

⁹ Hamilton (2005) p. 415: “*A constitution is in fact, and must be, regarded by the judges as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought of course to be preferred; or in other words, the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents*”.

¹⁰ Ver BAYÓN (2001) p. 69

ras en conflictos internos que impidieron la participación igualitaria y autónoma de todos los sectores de la sociedad. Es por eso que, en países como Estados Unidos, cuyo proceso constituyente excluyó gran parte del "pueblo", es difícil atribuir mayores credenciales democráticas a la constitución que a la actual legislación ordinaria¹¹.

Por supuesto, es probable que muchas constituciones, especialmente las adoptadas en años recientes (y, más aun, las constituciones venideras) sean producto de un procedimiento democrático incluyente, y cobre entonces validez el argumento de Hamilton. Sin embargo, aún en estos casos es necesario hacer frente a una crítica adicional, formulada hace ya más de dos siglos por Jefferson: ¿es realmente democrático que en una sociedad prevalezca la voluntad de los muertos, plasmada en la constitución, sobre la voluntad de los vivos? El argumento de Hamilton parece suponer que mediante los procesos constituyentes son realmente las sociedades las que, en momentos lucidez, deciden autolimitarse para proteger sus derechos frente a los peligros que pueden representar sus propias decisiones futuras, tomadas quizás en momentos de debilidad. Esta es la idea que subyace a la metáfora de Ulises, formulada hace ya varias décadas por Elster¹², para quien el "precompromiso" de las comunidades políticas también puede ser una estrategia racional. Así como decidió Ulises atarse al mástil de su embarcación para no ceder al canto de las sirenas, también podrían las comunidades políticas autorestringirse mediante constituciones rígidas para reguardar los derechos y principios básicos de las eventuales debilidades de las mayorías. Pero hoy sabemos que esta idea brinda una imagen errónea del problema: la sociedad que redacta la constitución, representada por las mayorías, es diferente de aquella que años o siglos después debe obedecerla. Como señala Bayón, "la sociedad no es la misma a lo largo del tiempo, con lo que hablar de "autolimitación" no pasa de ser un abuso del lenguaje"¹³. Es por esto que la primera premisa del argumento de Hamilton pierde fuerza: si los límites a la voluntad mayoritaria de una sociedad (presente) son impuestos por la voluntad mayoría de otra sociedad (pasada), entonces se desvanecen la igualdad y la autonomía política que hacen legítimas a las decisiones democráticas.

Aún existe, sin embargo, otra estrategia para defender el argumento de Hamilton que ha ganado bastante popularidad en la teoría política en las últimas décadas. En vez de concebir la legitimidad de la constitución en términos puramente procedimentales y exigir, por tanto, la participación igualitaria de todos los ciudadanos en la decisión constituyente, podríamos atribuirle una legitimidad sustancial que ponga el acento en el contenido. Desde este punto de vista, diríamos que la constitución no es legítima por haber sido creada mediante procedimientos democráticos, sino ante todo por incorporar un conjunto de derechos sustancialmente correctos. Podríamos decir, como lo hace Dworkin, que los derechos son un presupuesto de la democracia, que el procedimiento mayoritario es valioso precisa-

¹¹ Ver GARGARELLA (1997) p. 57

¹² Este es el argumento con el que ELSTER (1988) trató originalmente de fundamentar la rigidez constitucional.

¹³ BAYÓN (2001) p. 78. Ver también: LINARES (2008) p. 50, MARMOR (2015) p. 46, y BAYÓN (2002) p. 114. MARMOR (2015) p. 46: "lo que ocurre con el caso constitucional no es Ulises atándose a sí mismo al mástil, sino un Ulises que ata a otros, a sus sucesores políticos, al mástil con él. Además, a diferencia de Ulises que conoce el canto de las sirenas es una tentación mortal, no podemos saber esto en el caso constitucional y ciertamente podemos no estar de acuerdo con ello".

mente cuando se sujeta a límites sustanciales, y que las constituciones, tal como han sido –o pueden ser– redactadas en los Estados constitucionales de hoy, reflejan adecuadamente esos límites¹⁴. Por tanto, si la democracia es un ideal valioso, también tienen que serlo por definición los derechos constitucionales: “la democracia sería en sí misma el fundamento de la limitación del poder de la mayoría”¹⁵. También podríamos decir, como lo hace Ferrajoli, que las constituciones son intrínsecamente valiosas solo porque materializan el ideal de los derechos y, por tanto, de la justicia. Las constituciones garantizan, según Ferrajoli, las condiciones que permiten a los seres humanos desarrollarse como sujetos morales, atrincherándolas frente a cualquier forma de poder político –incluido el de las mayorías–, y atribuyéndoles por tanto un necesario carácter incondicional e intransigible¹⁶. Los derechos deben hacer parte entonces, según fórmulas ampliamente conocidas, de una “esfera de lo indecible” o de un “coto vedado” que solo puede configurarse exitosamente a través de una constitución cuyo contenido no esté sujeto a decisión política alguna (ni siquiera por parte de las mayorías).

Pero incluso estos argumentos no logran salvar el razonamiento de Hamilton. El primero pretende mostrarnos que la tensión entre constitución y democracia puede solucionarse con una mera estipulación conceptual que robustece la definición de “democracia”, esto es, que incorpora en su significado la idea de derechos y de constitución. En realidad, lo único que se logra demostrar con esto es la tesis trivial de que la tensión entre los derechos y el ideal del autogobierno no se da como una tensión entre la democracia y algo externo a ella, sino más bien como “una tensión *enteramente interna* al propio ideal democrático”¹⁷. En otras palabras, el argumento pretende hacernos ver que la constitución es legítima porque incorpora las precondiciones de la democracia, pero sin proporcionarnos una teoría acabada sobre esas precondiciones que disuelva la tensión entre el ideal de los derechos y el de la democracia. El segundo argumento hace algo similar: supone equivocadamente que entre los derechos de autonomía política y los derechos de libertad, incluidos todos en la “esfera de lo indecible”, no existen tensiones importantes que pongan en cuestión la legitimidad de la constitución, o termina admitiendo sin más –como lo hace el mismo Ferrajoli– que los derechos de autonomía política son “derechos-medio”, “secundarios” o “instrumentales”, que deben ser limitados para evitar transgresiones a los derechos de libertad, que serían a su vez “derechos-fines”, “primarios” o “sustanciales”¹⁸.

¹⁴ Dworkin resume en estos términos su concepción de la democracia constitucional: “*It denies that it is a defining goal of democracy that collective decisions always or normally be those that a majority or plurality of citizens would favor if fully informed and rational... Democracy means government subject to conditions –we call these the “democratic” conditions– of equal status for all citizens. Estas son las condiciones “that must be met before majoritarian decision making can claim any automatic moral advantage over other procedures for collective decision”*”. Ver DWORKIN (1996) p. 17 y 23.

¹⁵ BAYÓN (2002) p. 75

¹⁶ Ver FERRAJOLI (2013) p. 22.

¹⁷ BAYÓN (2002) p. 84.

¹⁸ Para Ferrajoli, los derechos primarios “designan intereses o necesidades... cuya satisfacción es un fin en sí misma”, mientras que los derechos secundarios “consisten en derechos-poder y designan... el medio de la autodeterminación al que en un sistema democrático se confía la consecución de los fines jurídicos. La función de los derechos primarios sería “disciplinar el ejercicio de los poderes de autodeterminación, en otro caso ab-

Pero el defecto más notable de estos argumentos es que suponen una teoría acabada de los derechos constitucionales, por lo que debemos suponer que el contenido nuestras constituciones reflejan o pueden reflejar correctamente el ideal de los derechos (de la justicia). Sin embargo, lo cierto es que –como lo ha puesto de manifiesto Waldron¹⁹– en sociedades pluralistas e ideológicamente fragmentadas como las nuestras existen profundos desacuerdos acerca de cuáles deben ser nuestros derechos y cuál debe ser su alcance y contenido. Nuestras constituciones solo reflejan las concepciones de justicia que los miembros de un grupo compartieron en el pasado, pero difícilmente reflejan el consenso unánime de todos los ciudadanos de hoy. Y es que, desde el punto de vista de su contenido, algunos derechos pueden ser vistos por ciertos ciudadanos como imposiciones injustificadas, y no parece existir un conjunto de principios autoevidentes que nos permita saber con claridad si están equivocados o no. Entonces no solo importa cuál es el contenido de la constitución, sino también quién la creó y cómo fue creada²⁰: importa saber, en otras palabras, cómo fueron excluidas ciertas concepciones de los derechos para privilegiar otras que, una vez consignadas en la constitución, ya no pueden ser modificadas a través de procedimientos mayoritarios. Para evaluar, en últimas, la legitimidad de nuestras constituciones, no basta con postular una teoría los derechos, sino además una que permita justificar la legitimidad del procedimiento a través del cual fue creada. Sobre este punto volveré más adelante.

III. SEGUNDA PREMISA: RESPUESTAS CORRECTAS Y CONTROL JUDICIAL

En décadas recientes han sido autores como Brink, Alexy y Dworkin quienes han desarrollado con mayor profundidad el tipo de cognoscitivismos que supone el argumento de Hamilton. Aunque parten de asunciones teóricas y metodológicas distintas, los tres admiten pacíficamente que el contenido de los principios constitucionales –sobre todo de aquellos que incorporan derechos– proporciona soluciones correctas para (casi) todos los casos, y que el control judicial de las leyes es, por esa razón, entre otras, un procedimiento legítimo que no lesiona los principios democráticos. Asumen, por tanto, que el contenido y el alcance de los derechos pueden ser objetivamente establecidos, y tratan de explicar las características que debe satisfacer una aplicación correcta de los mismos. Veamos con más detalle la estructura de sus argumentos.

1. BRINK Y LA TEORÍA CAUSAL DE LA REFERENCIA

David Brink²¹ señala que una explicación adecuada del significado de las disposiciones constitucionales debe poder dar cuenta de su contenido semántico (*semantics*) y del propósito dominante del legislador (*dominant purpose*). Considera, en primer lugar, que el contenido semántico de las disposiciones normativas en general, y constitucionales

solutos, en los que consisten los derechos secundarios". FERRAJOLI (2013) p. 19. Ver también: FERRAJOLI (2006) p. 232 y FALLON (2008) p. 1713.

¹⁹ VER WALDRON (1998, 2005).

²⁰ Al respecto, ver DAHL (1989) p. 191, BEITZ (1989) pp. 77 y 95, MARTÍ (2006) p. 138, BAYÓN (2002) p. 76, WALDRON (2005) y LINARES (2008) p. 31.

²¹ BRINK (1988).

en particular, no depende del uso que damos a las palabras en las cuales se formulan, sino –conforme a la teoría causal de la referencia²²– de los objetos a los que hacen referencia. Así como el significado de la palabra “agua” no depende, según Brink²³, de nuestras creencias acerca de las características del líquido, sino de sus propiedades químicas y físicas, así también el significado de los términos en que se formulan las normas constitucionales dependen de los objetos a los cuales hacen referencia. De ese modo, por ejemplo, el significado de expresiones con contenido moral como “trato inhumano” o “pena degradante”, previstas en varias constituciones contemporáneas, no está determinado por nuestras creencias²⁴ acerca de su significado, sino ante todo por el conjunto de hechos objetivos que harían que una pena o un trato posean dichas características (y aquí asume Brink, claramente, un realismo ético). En palabras de Brink, “*The meaning and reference of our terms is given by the way the world is –in the case of the moral and political terms found in many constitutional provisions, by certain kinds of social and political factors*”²⁵.

En segundo lugar, el contenido semántico de las disposiciones normativas no es en ciertos casos, según Brink, suficiente para realizar una interpretación adecuada de la constitución. Es necesario acudir entonces a los “propósitos dominantes” del constituyente, entendidos como “*abstract intentions, that is, the kinds of values, policies, and principles which the framers of the law were trying to realize*”²⁶. Para Brink, como para Dworkin, el derecho está compuesto no solo por normas o reglas de primer orden que han sido creadas mediante procedimientos reconocidos en la constitución o en la regla de reconocimiento del sistema (fuentes del derecho), sino también por un conjunto de principios de carácter moral y político que subyacen, y proporcionan justificación, a esas normas de primer orden²⁷. Una interpretación adecuada de las disposiciones constitucionales debe tomar en cuenta, en consecuencia, no solo el contenido semántico de las normas de primer orden, sino también los principios morales y políticos que subyacen a ellas.

Ahora bien, Brink echa mano de esta forma de cognoscitivism para justificar el control judicial de la ley y hacer frente a la objeción democrática. Comienza por distinguir dos tipos de control judicial de las leyes: el interpretativo y el no interpretativo. En el primer caso, los jueces declaran la inconstitucionalidad de las leyes con base en una interpretación correcta de la constitución; en el segundo, lo hacen porque consideran que la ley es políticamente inconveniente o imprudente (*unwise*). El control de constitucionalidad sería legítimo, por tanto, solo en el primer caso²⁸. Por el contrario, cuando los jueces efectúan un control no interpretativo, transgreden los principios de la democracia y la separación de poderes, de modo que las objeciones a la supremacía judicial cobrarían relevancia. De esta

²² Para una exposición detallada de estas teorías, ver RAMÍREZ LUDENA (2015).

²³ BRINK (1988) p. 177.

²⁴ BRINK (1988) p. 118: “...*the meaning or reference of our terms is not determined by anyone’s beliefs*”.

²⁵ BRINK (1988) p. 123.

²⁶ BRINK (1988) p. 128.

²⁷ BRINK (1988) p. 130: “*First-order legal standards do not exist in a vacuum; they are introduced for certain reasons, perform certain social and political functions, and realice certain principles of political morality... they too are legal standards*”.

²⁸ BRINK (1988) p. 136.

manera, es claro que para Brink la legitimidad del control judicial de las leyes depende de que sean posibles las interpretaciones correctas de la constitución.

Por supuesto, Brink admite que *"there is no guarantee that judges will not make legal mistakes or legal misinterpretations"*²⁹. Los jueces pueden equivocarse cuando interpretan normas constitucionales (porque no son infalibles) o, incluso, descartar conscientemente la interpretación correcta (porque no siempre son honestos). Sin embargo, insiste en que su modelo permite mostrar que muchos de los fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos, tradicionalmente criticados por su contenido político, en realidad sí están sustentadas en una interpretación correcta de la constitución. En particular, trata de mostrar cómo *Brown v. Board of Education* está sustentado en una interpretación correcta del término *"equal protection"*³⁰ previsto en la decimocuarta enmienda, y cómo *Griswold v. Connecticut* puede fundamentarse igualmente en una interpretación correcta de la primera, tercera, cuarta y novena enmienda, las cuales consagrarían –aunque no expresamente– el derecho a la privacidad.

2. ALEXY Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Aunque Alexy no desarrolla una teoría general de la interpretación constitucional (i.e. una teoría del significado de las disposiciones constitucionales), considera que es posible determinar el alcance de los principios, concebidos como "mandatos de optimización", aplicando los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad exige que la decisión adoptada por el juez esté orientada específicamente a la protección del principio que posee mayor peso; el principio de necesidad, por su parte, exige que la vulneración de uno de los principios en pugna sea necesario para la protección del otro, es decir, que no existan alternativas menos lesivas; y el principio de proporcionalidad en sentido estricto exige, finalmente, que "cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro"³¹, por lo que es necesario efectuar una ponderación para comparar el peso de cada principio en el caso concreto y determinar cuál de los dos debe prevalecer. El principio de proporcionalidad hace parte de una teoría de la argumentación jurídica más general que, en palabras de Alexy, "formula reglas o condiciones de argumentación o decisión práctica racional"³².

Entendido en estos términos, el principio de proporcionalidad posibilitaría la aplicación racional de derechos. Es posible, en opinión del autor, atribuir peso a los derechos o determinar su grado de afectación de manera objetiva, dado que, como señala el mismo Alexy, *"rational argument and, thereby, objectivity is possible in constitutional argumentation to a considerable degree"*³³. Y aunque en la mayoría de los casos, dadas las condiciones en las que se lleva a cabo la aplicación del principio de proporcionalidad, no es posible llegar a una

²⁹ BRINK (1988) p. 138.

³⁰ BRINK (1988) p. 145.

³¹ ALEXY (2006) p. 19.

³² ALEXY (2006) pp. 22 y 24.

³³ ALEXY (2005) p. 580.

única respuesta correcta³⁴, Alexy no descarta que ello sea posible en condiciones ideales³⁵. Como señala Kumm, la teoría de la argumentación constitucional de Alexy es claramente cognoscitiva: "*there are sound or correct arguments. And there are right and wrong answers*"³⁶.

Ahora bien, ¿cómo aportan estas ideas a solucionar el problema de la legitimidad del control judicial de la ley? La respuesta que brinda Alexy es un poco atípica, pero en el fondo no muy distinta a la de Brink. Considera, en términos generales, que el control judicial es legítimo porque, al igual que los procedimientos legislativos, constituye también una forma de representación democrática³⁷. Sin embargo, a diferencia de la representación que ejercen las cámaras del órgano legislativo, los tribunales no ejercen una representación volitiva (*volitional*), basada en la elección mediante voto de los representantes, sino más bien una "representación argumentativa": los jueces representan a los ciudadanos cuando fundamentan sus decisiones mediante razones. En ese sentido, el gobierno democrático no solo es electoral, sino también deliberativo³⁸. Alexy considera –y este es el punto esencial– que esta forma de representación, no basada en elecciones, es posible siempre que se cumplan dos condiciones: primero, que los fallos de los jueces estén sustentados en una aplicación correcta y racional de la constitución y, luego, que los argumentos aducidos por los jueces en los fallos puedan ser aceptados a largo plazo por personas razonables³⁹, es decir, por personas que "*are able and willing to accept sound or correct arguments for the reason that they are sound or correct*"⁴⁰. De esa manera, la legitimidad del control de constitucionalidad depende claramente de una concepción cognoscitivista de la interpretación: si existen respuestas correctas, los jueces están en la capacidad de hallarlas y los ciudadanos de aceptarlas, entonces el control de constitucionalidad es legítimo⁴¹.

3. DWORKIN Y LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

En *Los Derechos en Serio*, DWORKIN reconoce que los jueces pueden enfrentar casos difíciles (*hard cases*), es decir, casos para los cuales ninguna regla del sistema prevé una solución específica, sea porque el lenguaje de la regla está indeterminado o porque las soluciones disponibles son inadecuadas⁴². Pero el hecho de que las normas establecidas por el legis-

³⁴ ALEXY (2006) p. 22: "en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta".

³⁵ ALEXY (2006) p. 23.

³⁶ KUMM (2012) p. 206.

³⁷ ALEXY (2005) p. 578: "*the only way to reconcile constitutional review with democracy is to conceive of it, too, as representation of the people*". Una crítica a esta tesis es desarrollada por KUMM (2012).

³⁸ ALEXY (2005) p. 579.

³⁹ En sus palabras, "*Constitutional review can be successful only if the arguments presented by the constitutional court are sound and only if a sufficient number of members of the community are able and willing to exercise their rational capacities*" ALEXY (2005) p. 580. KUMM, quien no comparte esta posición, lo expresa en los siguientes términos: "*If the court's arguments are sound and if, in exercising their rational capacities, over time people are persuaded by the correct arguments presented by the court, the case for judicial review succeeds*". KUMM (2012) p. 580.

⁴⁰ ALEXY (2005) p. 580

⁴¹ ALEXY (2005) p. 581: "*If there exist sound and correct arguments as well as rational persons, reason and correctness are better institutionalized with constitutional review than without it*".

⁴² DWORKIN (1989) p. 146.

lador, o consagradas en el precedente, no establezcan una solución para el caso, no implica según Dworkin que la decisión del juez sea necesariamente discrecional⁴³. Los sistemas jurídicos están conformados no solo por reglas, sino también por principios que suplen la carencia de reglas y que pueden ser desarrollados por los jueces como "*questions of normative jurisprudence*", es decir, como cuestiones de filosofía moral⁴⁴. Y aunque Dworkin reconoce que los principios suelen ser, debido a su carácter moral, altamente controvertidos, y los jueces reales son a menudo incapaces de identificarlos y suelen equivocarse (con excepción del juez Hércules, una figura ideal con conocimientos jurídicos y de teoría política excepcionales, con la capacidad de encontrar siempre la respuesta correcta), existe –casi– siempre una respuesta mejor o más correcta que todas las demás⁴⁵.

Dworkin ha bosquejado en algunos escritos las implicaciones metateóricas de esta postura. De manera muy resumida, considera que (i) todos los enunciados interpretativos en general, y las proposiciones jurídicas en particular, son siempre enunciados valorativos sujetos a controversias⁴⁶; (ii) es posible diferenciar las buenas de las malas interpretaciones; y (iii) la interpretación, entendida como una práctica social, aspira siempre a encontrar las mejores interpretaciones, es decir, a encontrar la verdad⁴⁷. Vista en estos términos, la teoría de la interpretación propuesta por Dworkin es claramente cognoscitivista. En su opinión, incluso, el escepticismo interpretativo (interno) es una de las varias posturas normativas que pueden asumirse respecto a la interpretación de una disposición jurídica específica: "una opinión escéptica solo es una interpretación diferente. Se apoya en supuestos sobre el valor en la misma medida que cualquiera de las interpretaciones positivas que cuestiona"⁴⁸.

Ahora bien, la interpretación constitucional refleja cada una de estas características y Dworkin da cuenta de ella a través la denominada lectura moral de la constitución. Dworkin reconoce que algunas de las cláusulas constitucionales "*are drafted in exceedingly abstract moral language*", por lo que deben ser entendidas "*in the way their language most naturally suggest: they refer to moral abstract principles and incorporate these by reference, as limits on government's power*"⁴⁹. Pero, nuevamente, la índole moral de los principios constitucionales no le resta objetividad a la interpretación, dado que existirían al menos dos restricciones importantes. Por una parte, los jueces deben interpretar la constitución aten-

⁴³ DWORKIN (1963) p. 637: "*in very hard cases, as in very easy ones, "judicial discretion" misdescribes judicial obligation*".

⁴⁴ DWORKIN (1963) p. 636

⁴⁵ Ver DWORKIN, (1989) p. 177. De acuerdo con Dworkin, "aun en casos difíciles, los jueces tienen la obligación de determinar cuál es la respuesta correcta prevista por el Derecho... El hecho de que no exista un procedimiento preciso para determinar la respuesta correcta no implica que esta no exista". Ver también DWORKIN (1989) p. 146. Según Atienza, "...la tesis de DWORKIN es que siempre –o casi siempre– existe única respuesta correcta para cada caso, porque siempre hay una teoría sustantiva de carácter moral y político... que es la mejor, la más profunda". ATIENZA (2016) p. 59.

⁴⁶ DWORKIN (1985) p. 162.

⁴⁷ DWORKIN (2014) p. 132: "cuando proponemos una interpretación de algo enunciamos y se entiende que enunciamos lo que tomamos como la verdad de un asunto". Ver también DWORKIN (1985) p. 162

⁴⁸ DWORKIN (2014) p. 132.

⁴⁹ DWORKIN (1996) p. 7.

diendo a la historia, "to answer the question of what they [the framers] intended to say"⁵⁰. Por otra parte, los jueces deben obedecer el requerimiento de la integridad, garantizando que su interpretación sea consistente "with the structural design of the Constitution as a whole, and also with the dominant lines of past constitutional interpretation by other judges"⁵¹. Cumpliendo estos dos requerimientos, los jueces estarían en condiciones de alcanzar la mejor respuesta para el caso.

Ahora bien, Dworkin es además un conocido defensor del control judicial de la ley. Su argumento gira en torno al concepto de "democracia constitucional", un modelo de gobierno mayoritario limitado conceptualmente por condiciones morales sustantivas. En su opinión, la protección de los derechos constitucionales está mejor en manos de los jueces que en manos de las mayorías democráticas⁵², y una de las razones para ello —entre otras— es que los jueces están en mejores condiciones que los legisladores para hallar las respuestas correctas en la constitución. Cuando los jueces fundamentan sus decisiones en argumentos de principio, la objeción democrática no tiene sentido, puesto que los jueces no están tomando decisiones sobre la base de sus convicciones o intereses personales, sino con base en las condiciones sustantivas de la democracia previstas en la constitución. Dworkin supone aquí, de cierta manera, que las condiciones de la democracia (sobre todo los derechos) previstas en las cláusulas constitucionales son accesibles al razonamiento judicial. También asume que es precisamente esa capacidad de los jueces para identificar en el texto constitucional las condiciones de la democracia lo que en principio permite atribuirle mayor legitimidad en el control de constitucionalidad⁵³. Refiriéndose a un caso ficticio en el que la Corte Suprema anula una norma que sanciona la quema de banderas por transgredir principios democráticos, Dworkin sostiene que "If the court's decision is correct —if laws against flag-burning do in fact violate the democratic conditions set out in the constitution as these has been interpreted and formed by American history— the decision is not antidemocratic, but, on the contrary, improves democracy".

Es en parte por estas razones que al momento de evaluar la legitimidad de una institución Dworkin termina por adoptar una forma de sustantivismo, que sustenta la dignidad moral de las decisiones políticas no tanto en el procedimiento, sino ante todo en el resultado sustantivamente correcto que pueden arrojar. "The best institutional structure", señala Dworkin, "is the one best calculated to produce the best answer to the essentially moral question of what the democratic conditions actually are, and to secure stable compliance with those conditions". Por eso, en su opinión, cuando las instituciones mayoritarias no respetan las condiciones democráticas (y aquí supone, claramente, que esas condiciones son bien conocidas por jueces y ciudadanos), "or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better"⁵⁴, tal como ocurriría con el control judicial de la ley.

⁵⁰ DWORKIN (1996) p. 10.

⁵¹ DWORKIN (1996) p. 10.

⁵² DWORKIN (1996) p. 17.

⁵³ DWORKIN (1996) p. 32.

⁵⁴ DWORKIN (1996) p. 34.

4. ESCEPTICISMO Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Las teorías de Brink, Alexy y Dworkin son solo tres ejemplos notables del frecuente respaldo que goza la segunda premisa del argumento de Hamilton en la teoría del derecho. Algo similar sucede también, sin embargo, con quienes defienden teorías escépticas de la interpretación. La aparente inexistencia de respuestas correctas en la interpretación de las cláusulas constitucionales ha sido utilizada con frecuencia para objetar la legitimidad del control judicial de las leyes. El argumento es bastante simple: si la interpretación no arroja certeza acerca del contenido y el alcance de los derechos, entonces las decisiones de los jueces tendrán un contenido esencialmente moral y político, pero no jurídico⁵⁵. Y puesto que, por una variedad de razones⁵⁶, entre todos los procedimientos para la toma de decisiones que involucran asuntos políticos y morales son precisamente los democráticos los que poseen mayor legitimidad, es claro que existirían razones para negar a una *élite* de jueces la competencia para establecer –al menos con el carácter de última instancia– el contenido de los derechos constitucionales⁵⁷. Estas consideraciones suponen, dado su carácter escéptico, una doctrina emotivista (o antirrealista) de la moral que explique por qué una decisión jurisdiccional con un contenido esencialmente ético no puede ser verdadero ni falso. La idea general del escepticismo es, como indica Waldron, la siguiente: “si la decisión de un juez contiene un elemento moral esencial, y si el realismo moral es falso, entonces el sentido de esta limitación desaparece. Los resultados estarán determinados por las preferencias subjetivas del juez, y en la medida en que sus actitudes se encuentren bajo su control, podrá tomar la decisión que quiera. Lo cual nos lleva naturalmente a la cuestión de por qué debería ser el juez, y no cualquier otra persona, el que haga lo que quiera en ese ámbito”⁵⁸.

Muchos autores que objetan la supremacía judicial y defienden una mayor apertura democrática en cuestiones constitucionales asumen precisamente alguna forma de escepticismo interpretativo. Mark Tushnet, por ejemplo, ha sostenido insistentemente que el pueblo debe tener la última palabra acerca de la interpretación de las cláusulas constitucionales y que la interpretación que los jueces hacen de la constitución debe estar subordinada a la

⁵⁵ PRIETO (2009) p. 16: “en las críticas al constitucionalismo la tesis de la discrecionalidad suele presentar una fuerte tendencia a desembocar en un realismo extremo, de manera que la Constitución viene a ser poco más que un trozo de papel sin significado, una norma vaga, un dúctil instrumento que sirve para casi todo, repleto de preceptos vagos, porosos, contradictorios y que permiten los más arengados juegos de malabarismo interpretativo”. DEN OTTER: “A legal decision that is reached exclusively for non-legal reasons is also illegitimate inasmuch as dissenters have not been given sufficient reasons to comply with it”. DEN OTTER (2003) p. 376.

⁵⁶ Citando a Waldron y a Laporta, Bayón ilustra algunas de las razones de mayor peso: “la idea de que la participación de todos y en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas está revestida de una especial calidad moral, al margen del tipo de resultados a los que conduzca, parece gozar de una considerable fuerza intuitiva, porque hay “una cierta dignidad en la participación y un elemento de insulto [...] en la exclusión” y porque, al atribuir igual valor a la decisión de cada uno, el procedimiento de decisión por mayoría simple “traduce a su ámbito de aplicación [el] principio ético de la igualdad moral de todos los seres humanos como personas”. ver BAYÓN (2010) p. 33.

⁵⁷ Como señalan REDISH Y ARNOULD (2012) p. 1486: “If we ultimately conclude that neither the Constitution’s text nor its history restrains unrepresentative, unaccountable judges in checking the actions of the political branches of either federal or state governments, little will be left of our system of popular sovereignty”.

⁵⁸ WALDRON (2005) p. 221.

voluntad popular⁵⁹, señalando a su vez que la interpretación constitucional no es de ninguna manera una labor cognoscitiva que restrinja los juicios políticos y morales de los jueces, sino una actividad esencialmente retórica: "*No theory of interpretation, when fully elaborated, actually offered the prospect of constraining judges. Talented judges, if forced to adhere to the rules of any specified theory of interpretation, could produce whichever result they wanted anyway*"⁶⁰. Así, por tanto, no existiendo certeza acerca del contenido de la constitución, ni un procedimiento interpretativo que permita alcanzar respuestas correctas, todo diseño institucional basado en el principio de supremacía judicial sería ilegítimo.

IV. LEGITIMIDAD, DESACUERDOS Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El argumento de Hamilton trata de mostrarnos que la anulación o inaplicación judicial de las leyes creadas por el legislador democrático pueden ser legítimas cuando están fundamentadas en una interpretación correcta de la constitución. En esta sección pretendo mostrar que este argumento es incorrecto, pero antes haré un par de puntualizaciones sobre el concepto de legitimidad política y sobre las condiciones bajo las cuales una autoridad puede adquirirla.

¿Qué es la legitimidad política? En la teoría política suelen distinguirse los conceptos normativos de los conceptos descriptivos o sociológicos de legitimidad⁶¹. Desde el punto de vista descriptivo, como señala Peter⁶², decimos que una autoridad es legítima cuando los miembros de la comunidad creen que existen razones morales para obedecer sus mandatos, es decir, cuando de hecho las personas aceptan que el ejercicio del poder político por parte de la autoridad se encuentra moralmente justificado. Desde el punto de vista normativo, por su parte, una autoridad tiene legitimidad política cuando efectivamente existen razones morales para obedecer sus mandatos, es decir, cuando la obediencia a la autoridad se encuentra moralmente justificada (no simplemente cuando las personas creen que existen esas razones). En la discusión que sigue asumiré un concepto normativo y no descriptivo de autoridad política, es decir, un concepto que alude a las razones morales que justifican que algunas personas o instituciones tomen decisiones por y para otros, y no a las creencias morales que tienen las personas acerca de la justificación de los procesos de toma de decisiones⁶³.

Ahora bien, ¿en qué pueden consistir esas razones morales que justifican el ejercicio del poder político? En la teoría política contemporánea existen al menos tres grandes respuestas a este interrogante⁶⁴. La primera señala que un proceso de decisión política es legítimo cuando las decisiones adoptadas son sustancialmente correctas, sin importar las caracte-

⁵⁹ Ver TUSHNET (1992) p. 756 y (1999).

⁶⁰ TUSHNET (1992) p. 750.

⁶¹ Sobre el concepto de autoridad legítima, ver PETER (2017), BUCHANAN (2002) p. 689 y MARTÍ (2006) p. 133.

⁶² PETER (2017).

⁶³ Un concepto normativo que, como señalan Enoch y Fallon, es el que el mismo WALDRON inevitablemente debe asumir en los argumentos que mencionaré más adelante. Ver ENOCH (2006) p. 32 y FALLON (2008) p. 1717.

⁶⁴ Ver LINARES (2008) p. 30 y MARTÍ (2006, p. 139).

terísticas del procedimiento a través del cual fueron adoptadas⁶⁵. Desde este punto de vista, que llamaremos "sustantivismo", lo que hace legítima a una autoridad es que el contenido de las decisiones satisfaga ciertas condiciones de justicia, como cuando reconoce o protege los derechos fundamentales. La segunda respuesta, por su parte, señala que el ejercicio del poder político de toma de decisiones es legítimo siempre que el procedimiento mismo materialice valores como el de la igual consideración y respeto para todos los ciudadanos. Desde este punto de vista, que llamaremos "procedimentalismo", lo que hace legítima a una autoridad no es el valor moral plasmado en el contenido de la decisión, sino exclusivamente el valor moral del proceso a través del cual esta fue adoptada. Hoy es ampliamente aceptado, sin embargo, que tanto el sustantivismo como el procedimentalismo –así explicadas– son teorías inadecuadas de la legitimidad política. Como señalan Martí y Linares⁶⁶, el sustantivismo es inadecuado al menos por tres razones, que no explicaré en profundidad aquí: confunde la teoría de la legitimidad con la teoría de la justicia –"solo son legítimas las decisiones justas"–, cuando desde el punto de vista normativo y conceptual son diferentes⁶⁷; está en condiciones de justificar los regímenes autoritarios, puesto que un dictador puede tomar decisiones sustancialmente justas; y excluye la posibilidad de que existan desacuerdos, dado que los principios de justicia suelen ser universales y entonces el parámetro de legitimidad es siempre y en todo lugar el mismo. Por su parte, el procedimentalismo es inadecuado porque no advierte que el valor de cualquier procedimiento depende en últimas de un conjunto de condiciones sustantivas que, entre otras cosas, nos permiten distinguir los buenos de los malos procedimientos⁶⁸; no admite que esas condiciones sustantivas, cuando son transgredidas por el mismo procedimiento, pueden restar legitimidad a las decisiones (convirtiéndose así, por tanto, en condiciones sustantivas de legitimidad); y, en su versión más radical⁶⁹, asume la idea contraintuitiva de que el procedimiento es en sí mismo constitutivo de las verdades morales.

Es por estas razones, entre otras, que parece más adecuada la tercera respuesta: una teoría mixta de la legitimidad. "Una decisión política para ser legítima", sostiene Martí⁷⁰, "debe haber sido tomada siguiendo un procedimiento determinado reconocido como legítimo, y ser además respetuosa en algún sentido con ciertos valores sustantivos de justicia". Por supuesto, una teoría mixta de la legitimidad no está exenta de problemas: si el valor del procedimiento y el valor sustantivo de la decisión entran en conflicto, ¿a cuál se le debe dar prioridad? Buena parte de la teoría política de las últimas décadas se ha dedicado a dar

⁶⁵ MARTÍ (2006) p. 141.

⁶⁶ MARTÍ (2006) p. 142 y LINARES (2008) p. 31.

⁶⁷ Como señala Waldron, "una teoría política... necesita ser más que una teoría de la justicia o una teoría del bien común. También tiene que tratar la cuestión normativa sobre la legitimidad de los procesos de toma de decisiones que son utilizados para realizar decisiones políticas frente a los desacuerdos". WALDRON (2015) p. 174. Ver también: BAYÓN (2002) p. 87.

⁶⁸ Como han puesto de manifiesto Christiano y Bayón, el carácter sustantivo y controvertido de esas condiciones hace que el procedimentalismo desarrollado por Waldron sea inconsistente. Ver CHRISTIANO (2000), p. 520 y BAYÓN (2002) p. 120.

⁶⁹ VALENTINI (2012) p. 6.

⁷⁰ MARTÍ (2006) p. 148.

respuesta a este y a otros interrogantes. Sin embargo, aquí no me ocuparé de estas discusiones. Lo único que me interesa ahora es analizar cómo el argumento de Hamilton, particularmente su segunda premisa (cognoscitivismo), así como el argumento propuesto por el escepticismo interpretativo, tratan de proporcionar las razones que justifican el control judicial de la ley sobre una base sustantivista o procedimentalista.

Por lo que hemos visto hasta ahora, es posible construir al menos dos argumentos sugerentes con base en el cognoscitivismo presupuesto por Hamilton. En primer lugar, podríamos decir que no existen objeciones importantes a la legitimidad del control judicial de la ley, porque las decisiones de los jueces se limitan a reproducir la voluntad del pueblo. Desde este punto de vista, si suponemos que el pueblo se ha pronunciado democráticamente —y además que, por ser muy reciente la constitución, no tiene suficiente fuerza la objeción intertemporal (el gobierno de los muertos sobre los vivos), entonces ni siquiera surge la objeción democrática al control judicial, dado que las decisiones judiciales, siendo correctas, reflejarían las preferencias morales o políticas del pueblo y no las de los jueces. En segundo lugar, podríamos decir, alternativamente, que no existen objeciones importantes porque las decisiones judiciales, siendo correctas, reflejan las condiciones indispensables para materializar el ideal de la democracia o el ideal de la justicia (aun cuando no correspondan, plenamente, a la voluntad que el pueblo consignó en la constitución).

El primero de estos argumentos es procedimentalista: supone que la decisión de anular o inaplicar una ley es legítima porque emana, en última instancia, de un procedimiento democrático. La corrección sustantiva de las decisiones no sería, por tanto, un requisito indispensable para respaldar la legitimidad del control judicial de la ley. Más aún, preguntarse por la legitimidad política de la decisión del juez podría carecer de sentido, dado que su función no consistiría estrictamente en la toma de decisiones políticas, sino en la reproducción de las que previamente ha tomado el pueblo. El segundo argumento, por su parte, es sustantivista: sostiene que las decisiones de los jueces, aun cuando no correspondan exactamente con las intenciones o los propósitos que se planteó originalmente el pueblo, resguardan y promueven las condiciones necesarias para que exista democracia y justicia en la comunidad (y aquí ya nos alejamos, sutilmente, de la primera premisa del argumento de Hamilton).

Por su parte, el escepticismo también dispondría de un argumento bastante sugerente. Si el resultado de la interpretación constitucional no refleja otra cosa que las preferencias morales y políticas de los jueces, y no es posible, por razones conceptuales, que la constitución limite de forma efectiva el sentido de esas decisiones, entonces el control judicial es ilegítimo. Entre todos los procedimientos disponibles no sería precisamente el judicial el más legítimo. Como señala Prieto Sanchís: "en la tensión entre los derechos y la democracia, quienes se inclinan decididamente en favor de esta última han de rechazar como es lógico cualquier forma de control judicial, máxime si se abraza con entusiasmo la tesis de la discreción judicial"⁷¹. Esta crítica al control de constitucionalidad, sustentada en una posición escéptica de la interpretación, supone claramente una teoría procedimentalista de la legitimidad.

⁷¹ PRIETO SANCHÍS (2009) p. 158.

Me parece que estos argumentos constituyen, en términos generales, el marco sobre el cual se ha discutido muchas veces la relación entre la interpretación constitucional y la legitimidad del control judicial de la ley. En Estados Unidos y otros países, por ejemplo, buena parte de las discusiones entre originalistas y no originalistas descansa sobre la idea de que existen respuestas correctas en la interpretación constitucional y que la labor de los jueces y filósofos es descubrir los instrumentos y procedimientos adecuados para encontrarlas⁷². De igual manera, como hemos visto, quienes objetan el control judicial suelen considerar como una razón contundente el hecho de que la constitución es tan indeterminada que no ofrece (casi) nunca respuestas correctas para los casos concretos. Me parece que hay, sin embargo, buenas razones para creer que la existencia o inexistencia de respuestas correctas no tiene suficiente relevancia para fundamentar u objetar la legitimidad del control judicial de la ley, y que, por tanto, los argumentos que acabamos de analizar son profundamente defectuosos.

El gran problema con estos argumentos es que desnaturalizan la discusión sobre la legitimidad política. Suponen que la corrección sustancial de las decisiones es suficiente para justificar moralmente a la institución que las adopta, o que la inexistencia de respuestas correctas basta para objetarla. De esta manera olvidan, como señala Waldron, que la mayoría de las veces el problema de la legitimidad no consiste en tomar la decisión correcta, o en hallar la forma de llegar a ella, sino en cómo es posible superar los múltiples e irreductibles desacuerdos que existen entre los miembros de la comunidad acerca de cuáles son las respuestas correctas y cómo podemos llegar a ellas⁷³. Según Waldron⁷⁴, los problemas de legitimidad surgen solo cuando concurren las "circunstancias de la política", es decir, cuando los miembros de la comunidad están divididos por desacuerdos profundos y de buena fe acerca del bien y de la justicia, y necesitan tomar decisiones que permitan la acción común. Y aunque en ocasiones la existencia de desacuerdos sobre el contenido y el alcance de los derechos parece ser consecuencia de la verdad del escepticismo, e igualmente esperaríamos que no existieran desacuerdos profundos si el cognoscitivismismo fuese verdadero, "*it's the disagreements themselves, and not their metaethical or metaphysical characterization, that give rise to problems of legitimacy concerning judicial review*"⁷⁵. Veamos por qué.

En primer lugar, la existencia de respuestas correctas no tiene suficiente relevancia para justificar el control judicial de la ley (y de cualquier otro procedimiento de toma de decisiones políticas). Como señala Waldron, "*there is no logical connection between objective moral truth and justification of the practice of judicial review of popular legislation*"⁷⁶. (Waldron habla aquí de verdades morales, en el sentido acuñado por el realismo metaético, y no directamente de interpretaciones verdaderas de la constitución, pero es claro que esta última idea se encuentra implícita en la primera: dado que para Waldron el lenguaje de los derechos previsto en la constitución tiene un carácter netamente moral, las interpretaciones

⁷² Ver GARGARELLA (2012) p. 79.

⁷³ Ver WALDRON (1998) y WALDRON (2005), GOLDINI (2012) p. 930, BAYÓN (2002) p. 87 y VALENTINI (2012) p. 6.

⁷⁴ WALDRON (2005) p. 123.

⁷⁵ WALDRON (1998) p. 79. Ver también MARTÍ (2006) p. 136.

⁷⁶ WALDRON (1998) p. 76.

"verdaderas" de las cláusulas constitucionales corresponderían a verdades morales). No es cierto, por tanto, que una decisión sea legítima siempre que sea correcta, es decir, siempre que sea moralmente verdadera o pueda deducirse de la constitución. Y no lo es porque, aun siendo verdadero el cognoscitivismo, entre los mismos ciudadanos existen profundas controversias que versan precisamente sobre cuál es la respuesta correcta y cuáles son los criterios o procedimientos que permiten diferenciar las respuestas correctas de las incorrectas. Ante un desacuerdo, lo único que nos dice el cognoscitivismo es que algunos ciudadanos están equivocados y otros no, pero no proporciona una epistemología fiable, verificable intersubjetivamente, que permita diferenciar entre unos y otros. Es por eso que tras la supuesta relación lógica que existe entre el cognoscitivismo y la justificación moral del control judicial se esconde en últimas una teoría de la legitimidad que no tiene reparo en que los jueces impongan sus propias creencias acerca del sentido verdadero de los derechos, aun cuando los demás ciudadanos, actuando de buena fe, tengan opiniones muy diferentes y no comprendan siquiera qué características hacen que la decisión de los jueces sean objetivamente correctas.

Estas mismas conclusiones se seguirían si en vez de limitarnos a aceptar que existen respuestas correctas en la interpretación de los derechos sostenemos al mismo tiempo que el proceso judicial tiene valor epistémico, es decir, que son precisamente los jueces quienes están mejor capacitados para hallar las respuestas (objetivamente) correctas. Dworkin ha señalado varias veces que las mejores (o verdaderas) interpretaciones de los derechos son más accesibles a los jueces que a las asambleas democráticas por varias razones: los jueces tratan de tomar decisiones sobre la base de principios y no de cálculos instrumentales, no están sujetos a compromisos políticos como sí lo están los legisladores, y estimulan una mayor discusión pública sobre problemas de moralidad política⁷⁷. Sin embargo, esta tesis sucumbe también a los argumentos señalados en el párrafo anterior. Por una parte, entre los ciudadanos existen profundos desacuerdos acerca de cuál es la mejor interpretación de los derechos, por lo que en principio no podríamos identificar objetivamente⁷⁸ cuál es el procedimiento que conduce más probablemente a ella⁷⁹. Por otra parte, las mismas características que en opinión de Dworkin constituyen una virtud del procedimiento judicial han sido objeto de fuertes críticas: por ejemplo, los jueces suelen prestar demasiada atención a los problemas de interpretación del texto y no directamente, como sería lo ideal, a las cuestiones de moralidad política asociadas a los derechos⁸⁰. Finalmente, y aún más importante, para que la tesis sobre el valor epistémico del procedimiento judicial permita justificar el control judicial

⁷⁷ DWORKIN (1985) p. 25: "*legislators are subject to pressures that judges are not, and this must count as a reason for supposing that ... judges are more likely to reach sound conclusions about rights*". Ver también DWORKIN (1996) p. 30.

⁷⁸ Esto no implica, por supuesto, que los ciudadanos no puedan evaluar el valor instrumental del procedimiento con base en sus creencias personales sobre el valor de la decisión. Ver BAYÓN (2002) p. 119 y FALLON (2008), p. 1703. Me parece, sin embargo, que en ese caso no es adecuado atribuirle al procedimiento un "valor epistémico", dado que este presupone la existencia de criterios objetivos para evaluar la verdad o corrección de la decisión.

⁷⁹ Esta tesis es desarrollada en detalle por Valentini, para quien el procedimiento democrático no puede tener valor epistémico cuando entre los ciudadanos existen desacuerdos razonables y robustos (*thick reasonable disagreements*). VALENTINI (2012) p. 15. Para un análisis crítico de esta idea, ver GERLSBECK (2016).

⁸⁰ Ver WALDRON (2015) p. 87 y WALDRON (2009) p. 22.

de las leyes, no bastarían las teorías metaéticas y semánticas que respalden la existencia de respuestas correctas, pues serían necesarias también las investigaciones empíricas que muestren, por una parte, que son los jueces quienes las hallan con mayor facilidad y, por otra, que una vez las hallan deciden sin embargo no desatenderlas⁸¹.

En segundo lugar, la inexistencia de respuestas correctas tampoco tiene suficiente relevancia para objetar el control judicial de la ley. Ante un desacuerdo, el escepticismo nos dice que ninguno de los ciudadanos posee una respuesta objetivamente correcta, pero nada más. Y aunque a simple vista esto parezca hablar en favor de los procedimientos democráticos y en contra del control judicial, en el fondo no lo hace⁸². La razón por la que atribuimos una especial dignidad a la democracia no es que carezcamos, en un plano metafísico o semántico, de respuestas correctas en asuntos morales y políticos, sino que existen múltiples e irreconciliables posturas acerca de cuáles son esas respuestas correctas. El escepticismo es perfectamente compatible con la idea de que las decisiones que involucran derechos sean adoptadas, en ciertos contextos, por los jueces: si no existen hechos morales o entidades semánticas objetivas, pero entre los ciudadanos existen acuerdos profundos sobre el contenido y el alcance de los derechos, entonces no existirían objeciones importantes al control de constitucionalidad⁸³. No es por tanto la inexistencia de respuestas correctas sino los desacuerdos entre los ciudadanos lo que genera, nuevamente, la necesidad de diseñar procedimientos legítimos de decisión.

La conexión entre el escepticismo y la ilegitimidad del control judicial de la ley es a veces sugerente justamente porque tendemos a creer, de forma equivocada, que los desacuerdos son consecuencia de la inexistencia de respuestas correctas. Sin embargo, sabemos que es conceptualmente posible que existan amplios consensos sociales respecto del contenido de los derechos y que no existan pese a ello respuestas correctas en un sentido metaético o semántico. En casos como este no tendría mucho sentido objetar el control de judicial de la ley sosteniendo que la decisión del juez será, ante la ausencia de respuestas correctas, necesariamente discrecional. En realidad, la existencia de un consenso social sobre el contenido "correcto" de la decisión hace que las preocupaciones por el valor intrínseco (e incluso instrumental) de la democracia disminuyan y se puedan considerar legítimos otros procedimientos de toma de decisiones. Esa es la intuición que probablemente compartieron Kelsen y Bayón⁸⁴ cuando sugieren que una constitución compuesta por reglas y no por principios puede hacer frente a la objeción democrática al control judicial de la ley: el control sería le-

⁸¹ WALDRON (1998) p. 83: "*Facts do not constrain in the sense of constraint that interests us in politics. That there is a right answer "out there" certainly means that a judge is not making a fool of himself when he goes out ponderously in search of it. But its mere existence does not drive the judge to pursue it, let al.one determine that he will reach it*".

⁸² WALDRON (2015) p. 171: "Uno puede reconocer la existencia del desacuerdo sobre cuestiones de derechos y justicia... sin plantear la afirmación meta-ética de que no existe la verdad en el asunto acerca del problema respecto del que disputan los participantes. El reconocimiento del desacuerdo es perfectamente compatible con la existencia de una verdad sobre el asunto de los derechos y los principios del constitucionalismo".

⁸³ VALENTINI (2012) p. 10. Incluso, la autora considera que el valor de la democracia pierde fuerza cuando existen desacuerdos irrazonables (*unreasonable disagreements*).

⁸⁴ Ver KELSEN (1928, ver edición española 2011) p. 287 y BAYÓN (2001) p. 84. Una posición similar es desarrollada por Verdugo, para quien la existencia en Chile de una constitución "con mayor densidad normativa" en comparación con la estadounidense, y "que entrega más respuestas normativas en cuestiones donde existen

gítimo porque el contenido y el alcance de las reglas constitucionales sería, en comparación con los principios, menos susceptible de profundas controversias sociales, y no tanto porque se pueda encontrar en las reglas (y no en los principios) la respuesta correcta.

La cuestión acerca de si existen o no respuestas correctas no tendría, por tanto, consecuencias prácticas: sea asumiendo una posición escéptica o una posición cognoscitivista, los desacuerdos acerca del contenido y el alcance de los derechos fundamentales subsistirían. Lo que en realidad importa es tomar en serio las circunstancias de la política, que exigen que las decisiones sean tomadas a través de procedimientos legítimos, y esa legitimidad no depende de la existencia o inexistencia de respuestas correctas, sino del valor de los procedimientos. Los problemas relacionados con el diseño de las instituciones políticas, entre ellas los órganos encargados de interpretar los derechos constitucionales, no pueden reducirse a meras disputas acerca de la existencia objetiva de hechos morales o entidades semánticas. Como señala Waldron, “el realista moral no está mejor ubicado que el emotivista a la hora de legitimar el control judicial de constitucionalidad. Y lo contrario también es válido: el emotivista no está peor situado que el realista a este respecto. Esta disputa se debe ganar sobre la base de los méritos morales o políticos, sobre la base de argumentos morales de equidad, de justicia y democracia”⁸⁵.

En la mayoría de sociedades contemporáneas, una de las circunstancias de la política más recurrentes son los desacuerdos sobre el contenido y el alcance de los derechos constitucionales. La opinión de los ciudadanos se encuentra a menudo dividida entre bandos opuestos frente a grandes controversias que involucran cláusulas constitucionales: ¿la pornografía está protegida por el derecho a la libre expresión? ¿El derecho a la autonomía personal implica el derecho de las mujeres a abortar? ¿Hace uso de su derecho al libre desarrollo de la personalidad quien consume marihuana? ¿El derecho a la igualdad implica que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio? El aspecto más destacable de estas controversias, sin embargo, es que parecen estar sustentadas siempre en la buena fe de quienes debaten. Los defensores y detractores del aborto, por ejemplo, suelen citar principios de moralidad política para respaldar sus posiciones y conocer a cabalidad las razones que sus contrincantes pretenden hacer valer en favor de las suyas. No se trata, por tanto, de un desacuerdo ilegítimo, originado en la hipocresía o autointerés de quienes discuten, sino en convicciones honestas acerca del sentido profundo de los derechos⁸⁶.

Los desacuerdos son comunes incluso entre los mismos jueces que ejercen el control de constitucionalidad. Al interior de los tribunales colegiados las decisiones se toman casi siempre por mayoría y, cuando involucran cuestiones moralmente sensibles, es bastante inusual la unanimidad. En estos casos, los jueces que disienten de la mayoría suelen formular —cuando es posible— salvamentos de voto (*dissenting opinions*) en los que exponen de manera ponderada y honesta las razones que en su opinión hacen incorrecta la decisión adoptada

desacuerdos morales”, hace que se debiliten las objeciones de Waldron al control judicial de la ley. VERDUGO (2013) p. 210.

⁸⁵ WALDRON (2005) p. 222.

⁸⁶ WALDRON (2015) p. 171: “es innegable que las disposiciones de la carta de derechos hacen referencia al asunto, pero lo que implican y si ellas prohíben (o deben limitar la aplicación de) las disposiciones legislativas que están en tela de juicio, sigue siendo cuestión de disputa entre personas razonables”.

por la mayoría. Entre esas razones no solo están las que atribuyen en un primer nivel contenidos diferentes a los derechos, sino también las que en un segundo nivel censuran los procedimientos o técnicas de interpretación utilizadas en la sentencia. Es por este mismo sistema de votación mayoritario que a veces se produce, además, uno de los principales síntomas de desacuerdo al interior de los tribunales: cuando cambian las mayorías, es común que las nuevas decisiones anulen los precedentes adoptados por el mismo tribunal en el pasado.

CONCLUSIONES

La idea de que existen respuestas correctas en la interpretación de derechos ha sido utilizada por algunos autores para justificar el control judicial de la ley, mientras que otros autores, partidarios del escepticismo interpretativo o el emotivismo ético, consideran que es justamente la ausencia de respuestas correctas el fundamento esencial de la objeción democrática. En este trabajo traté de mostrar, sin embargo, que estos argumentos están mal contruidos. Dado que los ciudadanos suelen disentir de forma honesta y razonada sobre la interpretación correcta de los derechos constitucionales, el cognoscitivismo en realidad no ofrece por sí solo ninguna respuesta a los interrogantes básicos de la legitimidad (¿cómo y quién debe decidir cuál es la respuesta correcta?), y el escepticismo no ofrece tampoco una razón importante para objetar que los jueces, en ausencia de desacuerdos, puedan ser quienes tomen finalmente la decisión.

Una teoría de la legitimidad del control judicial que tome en serio la circunstancia política de los desacuerdos debe estar basada al menos en parte en el mérito moral y político de los procedimientos. Con esto no quiero sugerir, por supuesto, que para evaluar la legitimidad de la justicia constitucional solo sean relevantes los principios morales que inspiran el procedimiento y podamos prescindir del contenido de las decisiones. Solo quiero destacar que cuando utilizamos las teorías de la interpretación, sobre todo el cognoscitivismo, para fundamentar u objetar determinados diseños institucionales, en realidad perdemos de vista el hecho de que el valor de las decisiones políticas depende, al menos en parte, de las personas y los procesos que hayan intervenido en su adopción.

Tampoco quiero sugerir, finalmente, que la negación de cualquier nexo lógico entre los problemas semánticos o metaéticos y los problemas de legitimidad despeja de alguna manera el camino para negar toda legitimidad al control judicial de la ley. Admitir que ante los desacuerdos ninguna teoría sobre el significado de las cláusulas constitucionales tiene suficiente relevancia para evaluar la legitimidad del control judicial solo implica que la verdadera discusión debe versar sobre argumentos que respondan adecuadamente a los desafíos de la legitimidad. Y entre todos esos argumentos tendrán mayor peso, probablemente, los que honren de mejor manera el principio de igualdad de trato y respeto para todos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEXY, Robert (2005): "Balancing, Constitutional Review, and Representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol 3, N° 5: pp. 572-581.

- ALEXY, Robert (2006): "Ponderación, control de constitucionalidad y representación" en IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXY, Robert (edit.), *Jueces y Ponderación Argumentativa* (México, UNAM).
- ALEXY, Robert (2006a): *Derecho y razón práctica* (México, Fontamara).
- ALEXY, Robert (2007): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ATIENZA, Manuel (2016): *Interpretación Constitucional* (Bogotá, Universidad Libre).
- BAYÓN, Juan Carlos (2001): "Derechos, democracia y constitución", *Discusiones*, vol 1: pp. 65-94.
- BAYÓN, Juan Carlos (2002): "Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA, Francisco; DE PÁRAMO, Juan Ramón y PRIETO SANCHÍS, Luis (edit.), *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- BEITZ, Charles (1989): *Political Equality. An Essay in Democratic Theory* (Princeton, Princeton University Press).
- CHRISTIANO, Thomas (2000): "Waldron on Law and Disagreement". *Law and Philosophy*, Vol. 19: pp. 513-543.
- DAHL, Robert (1989): *Democracy and its Critics* (New Haven, Yale University Press).
- DEN OTTER, R. (2004). "The place of Moral judgement in Constitutional interpretation", *Indiana Law review*, Vol 37, No. 2: pp. 375-416.
- DWORKIN, Ronald (1985): *A matter of Principle* (Cambridge, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1989): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).
- DWORKIN, Ronald (1996): *Freedom's Law* (Oxford, Oxford University Press).
- DWORKIN, Ronald (2014): *Justicia para erizos* (México, Fondo de Cultura Económica).
- ENOCH, David (2006): "Taking Disagreement Seriously: On Jeremy Waldron's Law and Disagreement", *Israel Law Review*, Vol. 39, N° 3: pp. 22-35.
- ELSTER, John (1988): *Ulysses and the Syrens* (Cambridge, Cambridge University Press).
- FALLON, Richard (2008): "The Core of An Uneasy Case for Judicial Review", *Harvard Law Review*, Vol 121: pp. 1693-1723.
- FERRAJOLI, Luigi (2003): "Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero", *Isonomía*, vol 19: pp. 227-240.
- FERRAJOLI, Luigi (2013): *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tomo II: Teoría de la democracia (Madrid, Trotta).
- GARGARELLA, Roberto (1997): "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Isonomía*, vol 6: pp. 55-70.
- GARGARELLA, Roberto (2012): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Quito, Corte Constitucional de Ecuador).
- GERLSBECK, F (2016): "What is democratic reliability? Epistemic theories of democracy and the problem of reasonable disagreement", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2016: pp. 1-23.
- GOLDINI, Marco (2012): "Two internal critiques of political constitutionalism", *I•CON*, vol 10, N° 4: pp. 926-949.

- HAMILTON, Alexander (2005): "The Federalist 78: A View of the Constitution of the Judicial Department, in Relation to the Tenure of Good Behaviour", en HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John (eds.) *The Federalist* (Indianápolis, Hackett Publishing Company) pp. 411-418.
- KELSEN, Hans (2011): "La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 15: pp. 249-300.
- KUMM, Matthias (2012): "Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review", en KLATT, Matthias (Edit), *Institutionalized reason. The jurisprudence of Robert Alexy* (Oxford, Oxford University Press) pp. 201-217.
- LINARES, Sebastián (2008): *La (i)legitimidad del control de constitucionalidad* (Madrid, Marcial Pons).
- MARMOR, Andrei (2015): "¿Son legítimas las constituciones?", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (edit.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (México, UNAM) pp. 33-67.
- MARTÍ, José Luis (2006): *La república deliberativa* (Madrid, Marcial Pons).
- REDISH, Martin H. y ARNOULD, Matthew B. (2012): "Judicial review, constitutional interpretation, and the democratic dilemma: proposing a "controlled activism" alternative", *Florida Law Review*, vol 64, N° 6: pp. 1486-1537.
- PETER, Fabienne (2017): "Political Legitimacy [Stanford Encyclopedia of Philosophy]". Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/legitimacy/>. Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2019.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2009): *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid, Trotta).
- RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena (2015): *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- TUSHNET, Mark (1992): "Constitutional Interpretation, Character, and Experience", *Boston University Law Review*, vol 72: pp. 747-763.
- TUSHNET, Mark (1999): *Taking the constitution away from the courts* (Princeton, Princeton University Press).
- VALENTINI, Laura (2012): "Justice, disagreement and democracy", *British Journal of Political Science*, 2012: pp. 1-23.
- VERDUGO, Sergio (2013): "La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 1: pp. 181-223.
- WALDRON, Jeremy (1998): "Moral Truth and Judicial Review", *The American Journal of Jurisprudence*, vol 43, N° 1: pp. 75-97.
- WALDRON, Jeremy (2005): *Derecho y desacuerdos* (Madrid, Marcial Pons).
- WALDRON, Jeremy (2009): "Judges as moral reasoners", *I•CON*, vol 7, N° 1: pp. 2-24.
- WALDRON, Jeremy (2015): "El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (edit.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (México, UNAM) pp. 147-2014.

LA JERARQUÍA DE REMEDIOS EN LA COMPRAVENTA DE CONSUMO A PARTIR DE SUS LÍMITES CIVILES Y TRIBUTARIOS

HIERARCHY OF REMEDIES IN THE CONSUMER SALES CONTRACT FROM ITS CIVIL AND TAX LIMITS

ALFREDO FERRANTE*

RESUMEN: El artículo ofrece una interpretación que permite sistematizar los medios de tutela del consumidor en la compraventa. Se destaca que la interacción de la normativa tributaria con la civil crea una serie de modelos de jerarquía remedial, pese a que la literalidad de la ley de consumo chilena ofrezca la libre elección al comprador.

Palabras clave: Compraventa, consumidor, remedios, reparación, resolución.

ABSTRACT: The paper offers an interpretation that allows systematizing the remedies in the consumer sales contracts. It emphasizes that the interaction of tax regulations with civil law creates a series of models of hierarchy of remedies despite the fact that the literality of the Consumer Law of Chile offers a free choice of resources to the buyer.

Key words: sales contract, consumer, remedies, repair, termination of contract.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Entre los derechos previstos en favor del comprador en caso de disconformidad material, los arts. 20 y 21 de la ley sobre protección de los derechos de los consumidores¹ prevén, el reemplazo del bien, su reparación o la posibilidad de solicitar la devolución de la cantidad pagada, remedio este último que la doctrina ha asociado con la resolución del contrato². Esta “triple opción”³, sin embargo, debe analizarse con más profundidad, puesto

* Doctor Europeo en Derecho Civil *cum laude* por la Universidad de Oviedo. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal: Almirante Barroso N° 10, Santiago de Chile, Chile. Dirección electrónica: aferrante@uahurtado.cl.

La presente publicación se enmarca en el proyecto Fondecyt N° 1171251, del cual el autor es investigador responsable.

¹ Ley N° 19.496 de 1997, donde no se haya especificado la referencia a las disposiciones citadas, debe entenderse que corresponden a esta ley. Sobre ella véase: FERNÁNDEZ (2003); AIMONE (2013), PIZARRO y DE LA MAZA (dir.) BARRIENTOS (coord.) (2013), BARRIENTOS *et al.* (2013).

² Por todos BARRIENTOS (2016) p. 202; BARRIENTOS (2018) p. 358; CORRAL (2006) p. 97, nota N° 3; CORRAL (2011) p. 117, nota 141. Para efectos de este trabajo se utilizará de manera indiferente la “devolución de la cantidad pagada” y la “resolución del contrato”. Además, se considerará también como equivalentes las expresiones “medio de tutela” y “remedio”.

³ Definida de esta forma, la define así la doctrina, AIMONE (2013) p. 47, repetidamente en BARRIENTOS (2016), CORRAL (2006) p. 98; NASSER (2013) p. 548; lo mismo hace la jurisprudencia *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON HITES* (2012).

que la normativa a la cual se hace referencia se caracteriza por disponer, en el penúltimo inciso del art. 21, una regla exclusiva para la devolución de la cantidad pagada.

En efecto, en este caso se establece⁴ que el plazo para ejercer la acción para solicitar la devolución de la cantidad pagada en caso de disconformidad material “se contará desde la fecha de la correspondiente factura o boleta”, añadiendo que “no se suspenderá en caso alguno”. Además, se hace una remisión expresa a sus tributos y concretamente a la ley sobre el impuesto a las ventas y servicios⁵, considerando, en determinados casos, la devolución de la suma sin el importe correspondiente al impuesto al valor agregado (en adelante IVA).

Puesto que la doctrina no ha analizado con particular detalle esta disposición⁶, estas líneas se ocuparán de la importancia práctica de dichos incisos y si ellos influyen sobre la tutela efectiva del comprador en caso de garantía legal⁷. Efectivamente la regulación de la resolución del contrato se viene a diferenciar de la de los demás remedios (cfr. inciso primero del art. 21⁸) y se caracteriza por hacer convivir la normativa estrictamente civil con la tributaria, a partir de la referencia a la boleta o factura.

El objetivo de este estudio es sistematizar y comprender el sistema remedial de la garantía legal viendo la interacción de la normativa tributaria con la civil para constatar si efectivamente existe una libre opción de remedios o más bien existen varios modelos, algunos de los cuales jerárquicos debido a la diferencia de plazos impuestos por las normas imponen que rinde así algunos remedios no disponibles en determinados casos.

La hipótesis que se plantea es que, a pesar de que la literalidad de Ley N° 19.496 prevé una libre elección de remedios, manifestada en la “triple opción”, esto no se produce siempre.

La metodología empleada será la revisión dogmática y positiva relativa a la normativa civil y tributaria, categorizando y comparándose los modelos que pueden darse.

El escrito, en primer lugar, sistematiza algunas características exclusivas de la garantía legal en relación con la normativa civil (II-V), para luego ver cómo incide el penúltimo inciso del art. 21 y sus referencias tributarias (VI-VII), analizando también el peculiar caso de los bienes perecibles (VIII), finalizando con alguna conclusión.

II. LAS INTERFERENCIAS DE CARÁCTER CIVIL SOBRE LA LIBRE ELECCIÓN DE LOS REMEDIOS

A partir del aspecto estrictamente civil, cabe preguntarse si la regulación de la garantía legal es coherente con lo que ahí se consagra o la realidad es otra. Por ello, debe exami-

⁴ Art. 21, inciso 11°: “Tratándose de la devolución de la cantidad pagada el plazo para ejercer la acción se contará desde la fecha de la correspondiente factura o boleta y no se suspenderá en caso alguno. Si tal devolución se acordare una vez expirado el plazo a que se refiere el artículo 70 del decreto Ley N° 825, de 1974, el consumidor solo tendrá derecho a recuperar el precio neto del bien, excluidos los impuestos correspondientes”.

⁵ Correspondiente al Decreto Ley N° 825 de 1974. En lo sucesivo ley sobre IVA.

⁶ Solo una parte de la doctrina ha abordado parcialmente el tema: BARRIENTOS (2016) p. 209 y 210. También limitadamente véase NASSER (2013) pp. 551 y 552; CORRAL (1999) p. 175, nota 20, CORRAL (2011) p. 124 y 125, CORRAL (2006) p. 101-102.

⁷ Sobre la garantía legal, por todos, remítase a la obra monográfica de BARRIENTOS (2016).

⁸ Quedará fuera de este escrito otra diferenciación, prevista por el inciso quinto del art. 21, de acuerdo con la cual, la devolución de la cantidad pagada puede intentarse solo respecto del vendedor. Tampoco se analizarán la

narse si efectivamente se materializa la libre elección en favor del comprador –declarada en el primer inciso del art. 20– entre la reparación gratuita del bien, su sustitución o la resolución, armonizando así la expresión “podrá optar” con la práctica.

De un examen efectuado a lo que ocurre al aplicar estos remedios, esencialmente parecen encontrarse dos límites de naturaleza civil: el primero, se relaciona con la imposibilidad de suspender el plazo en caso de resolución (II.A), y el otro, se refiere a un diferente cómputo del mismo, para ejercer la llamada garantía legal (II.B).

A. UN PRIMER LÍMITE A LA LIBRE ELECCIÓN DE LOS REMEDIOS: LA NO SUSPENSIÓN DEL PLAZO EN CASO DE RESOLUCIÓN

El penúltimo inciso del art. 21 indica con claridad que el plazo de ejercicio para la devolución de la cantidad pagada “no se suspenderá en caso alguno”, aspecto no previsto por la reparación y sustitución.

Este inciso puede considerarse un límite intrínseco al ejercicio del derecho, tanto cuando se presenta una garantía convencional⁹, como respecto de la libre elección de los remedios que provienen de la garantía legal.

Efectivamente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 19.946 no podría hacerse valer para la devolución de la cantidad pagada la posibilidad de suspensión prevista en caso de reparación (inciso octavo del art. 21¹⁰), ni siquiera gracias a la posibilidad que otorga la interposición de un reclamo frente al respectivo órgano (véase inciso segundo art. 26)¹¹.

Una vez admitida la independencia¹² de la acción contravencional y de la civil se podrá producir la suspensión de la primera en relación con el plazo del art. 26, pero no respecto de la acción civil derivada de la devolución de la cantidad pagada¹³. Esta diferencia

cuestión relativa al *quantum* con referencia a la devolución del precio neto en relación con la devolución de la cantidad pagada y ni tampoco el último inciso del artículo relativo a la prueba de la boleta o factura.

⁹ La doctrina la ha considerado como un límite cuando “existan otras garantías paralelas”: BARRIENTOS (2016) p. 210.

¹⁰ De acuerdo con el cual: “el plazo que la póliza de garantía otorgada por el proveedor contemple y aquel a que se refiere el inciso primero de este artículo, se suspenderán durante el tiempo en que el bien esté siendo reparado en ejercicio de la garantía”.

¹¹ De hecho, dado que existe independencia entre la acción contravencional y aquella civil, es que no se puede acudir a las excepciones a la prescripción que derivan de la primera, para evitar que sea declarada extinguida la segunda, en que se pidió la devolución del precio: *CASTILLO ACUÑA LUIS CON AUTOMOTORA PRIME* (2011).

¹² Debe constatar que el tema no ha sido pacífico; aquí es útil observar cómo CORRAL ya constaba que: “en el pre-proyecto del Ministerio de Economía el plazo de prescripción de seis meses se aplicaba a todas ‘las acciones que persigan la responsabilidad por las contravenciones que se sancionan por la presente Ley’. El Proyecto varió la norma para disponer que la prescripción se aplicaba a ‘las acciones que persigan la responsabilidad contravencional’, y con ello obviamente restringió el sentido de la disposición. Hay indicios que el legislador quiso dejar la prescripción de la acción civil sometida a las normas comunes”: así y más ampliamente CORRAL (1999) nota a pie de página N° 68, p. 209.

En relación con el plazo, obsérvese que este podría ser calificado de prescripción o caducidad: por ejemplo, véase *BARCIA* (20112) p. 115 y ss; recientemente también sobre el inicio del cómputo del plazo *FERRANTE* (2018C) p. 438 y ss.

¹³ Como ocurre cuando se declara la excepción de prescripción en la compraventa de un mueble bar de madera con defectos: *SCHWARZHaupt GUENEAU DE MUSSY ÚRSULA, PUYOL CRESPO JAIME Y FEUERHAKÉ MOLINA CECILIA CON COMERCIALIZADORA EL REGUE LIMITADA* (2016).

ampliaría las posibilidades de demandar la reparación o la sustitución del bien (que admiten la suspensión), por oposición a lo que ocurre con la restitución de lo pagado, remedio que ya no se encontraría disponible.

Frente a esta solución que altera y reduce la tutela del consumidor, cabe destacar el esfuerzo que han hecho los tribunales por interpretar estas reglas con mayor fidelidad a la protección efectiva del comprador, prescindiendo de una lectura ortodoxa que, de imposibilitar la suspensión del plazo, alteraría sus máximas de resguardo. En este sentido, y al margen de rechazar peticiones extemporáneas¹⁴, pueden evidenciarse cuatro posturas jurisprudenciales que han evitado limitar la devolución del precio debido a la rigidez de la norma.

Una primera vía de solución se encuentra en el marco de una tendencia más general que busca obviar el corto plazo de la garantía legal, procediendo a aplicarle el plazo, más amplio, si es que existe una garantía convencional¹⁵. Así, se puede reclamar igualmente una devolución por haberse vendido el producto con garantía por un año¹⁶.

Una segunda tendencia es proceder a aplicar al remedio un diferente comienzo de plazo, de modo que, pese a que no se pueda suspender, se computaría desde el momento “en que se presenta la última falla”¹⁷.

Además de estas técnicas, pueden identificarse dos clases de argumentaciones que, en concreto, defienden una libre elección entre la reparación, sustitución y devolución de la cantidad pagada, junto con la posible opción por el remedio de la resolución, sobre todo, después de una reparación infructuosa.

La primera de ellas (y tercera postura jurisprudencial en general), es sostener que el plazo para pedir la devolución del precio se compute desde que termine la eventual reparación solicitada. Esta lectura ha garantizado la efectividad de la “triple opción” y hace de la restitución un remedio aplicable cuando la reparación demore más de tres meses. Lo anterior, evita así también el incentivo por recurrir directamente a la devolución de la cantidad pagada, debido al riesgo de que una excesiva tardanza en la reparación impida el ejercicio posterior del remedio, que se encontraría prescrito.

Siguiendo esta lógica en un caso de una lavadora que fue infructuosamente reparada tres veces, se ha considerado que “la triple opción legal (*omissis*) nace para el consumidor, en el caso de la reparación de un producto, cada vez que vuelve a recepcionar el producto supuestamente reparado¹⁸”. Se argumenta que el hecho de que el producto no sea “reparado satisfactoriamente no puede ser sinónimo de que el consumidor pierda cualquier otro derecho de reclamo, salvo la posibilidad de hacer efectiva la garantía contra el fabricante¹⁹”.

¹⁴ En este caso, se había solicitado la devolución con fecha 15 de noviembre, respecto de una compraventa de audífonos celebrada el 14 de junio: *RAMÓN ZAMBRANO MARDONES CON ÓPTICA ROTTER Y KRAUSS LIMITADA* (2014).

¹⁵ El interesante debate sobre cuál garantía debe primar, entre la garantía legal y convencional, queda fuera de este estudio.

¹⁶ *LUIS PACHECO DÍAZ CON CENCOSUD RETAIL S.A.* (2016).

¹⁷ En este caso concreto, frente al mal funcionamiento de un vehículo, la empresa ofreció dar en pago otro automóvil que también presentó defectos, debiéndose solicitar finalmente la devolución del importe pagado por el comprador: *ISAÍAS W. MALDONADO ARAVENA CON SEBASTIÁN FLORES CAÑAS* (2016).

¹⁸ *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON COMERCIALIZADORA S.A.* (2012).

¹⁹ *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON COMERCIALIZADORA S.A.* (2012).

Así, considera como no prescrita la acción de devolución del precio, por cuanto “esta interpretación restrictiva, incluso podría ir en desmedro del libre ejercicio de este derecho, toda vez que los consumidores podrían abstenerse de hacer efectiva la opción de reparar el producto, sabiendo que basta que el producto quede mal reparado o simplemente el servicio técnico se demore más de 3 meses, para perder cualquier derecho como consumidor sobre el bien comprado²⁰”.

La segunda línea argumentativa (cuarta postura jurisprudencial en general), es la de proceder a una relectura de la frase “no se suspenderá”, que favorezca un correcto equilibrio en la relación de consumo, aduciendo que dicho inciso “no puede sino entenderse e interpretarse bajo el supuesto natural y obvio de que el cliente se encuentre en condición de ejercer sus derechos, es decir la imposibilidad de no poder revisar el vehículo²¹, o cualquier bien, en general. En este sentido, se admite la posibilidad de solicitar la devolución de la cantidad pagada después de haber trascurrido los tres meses y cuatro reparaciones inoperantes.

Esta forma de comprender la norma protege la libre elección de los remedios *ab initio* y elimina una redacción poco técnica de la disposición, a la luz de un correcto desarrollo de la relación de consumo que impone una tutela efectiva del consumidor. Por ello, se considera que “una interpretación diversa no solo atenta contra el principio de equilibrio que debe regir la relación entre proveedor y consumidor, sino que incluso resulta nociva para los intereses del comercio, pues pone a este último en la obligación de optar por la devolución del dinero o reposición del bien tan pronto como presente un desperfecto, por más mínima que fuere su entidad, a fin de no incurrir en la caducidad del plazo²²”.

En definitiva, puede destacarse que, en aras de una tutela material del consumidor, la jurisprudencia ha intentado abatir el límite impuesto por una aplicación literal del impedimento de la suspensión del plazo en caso de resolución. Esto ofrece protección concreta, por ejemplo, frente a eventuales ausencias de respuesta por parte del vendedor o por plazos de reparación más amplios, en que tampoco se hayan corregido las deficiencias de los bienes sometidos a ella.

Por lo tanto, parece que, aunque este límite se manifiesta por el dictado expreso de la norma, se elimina de facto –o por lo menos se atenúa– gracias a aquella jurisprudencia que se encuentra atenta a la protección del sujeto débil.

B. UN SEGUNDO LÍMITE: DIFERENTE MOMENTO DE INICIO PARA EL EJERCICIO DEL REMEDIO

Aunque para todos los remedios se identifica un igual lapso de tiempo, tres meses, en concreto el art. 21 de la ley predispone un plazo de ejercicio diferente para las acciones que derivan de los remedios de reparación y sustitución respecto de la resolución, y que se manifiesta por el establecimiento de un diferente momento de inicio.

Efectivamente, a pesar de que el primer inciso del art. 20 afirma que para ejercer los remedios relacionados con la garantía legal –entendiéndose incluida la resolución del con-

²⁰ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON COMERCIALIZADORA S.A. (2012).

²¹ VIVIANA BUSTOS GUZMÁN CON AUTOMOTORA GILDEMEISTER S.A. (2017). Se pidió la resolución después de acudir cuatro veces al servicio técnico sin éxito.

²² VIVIANA BUSTOS GUZMÁN CON AUTOMOTORA GILDEMEISTER S.A. (2017).

trato— su posible ejercicio se cuenta desde el momento de la entrega del bien, una interpretación coordinada con el penúltimo inciso del art. 21 exige rectificar este aspecto. De una lectura conjunta, tendría que concluirse que dicho término valdría solo para la reparación y la reposición del producto, ya que en el caso de devolución de la cantidad pagada, el plazo se computa “desde la fecha de la correspondiente factura o boleta”. Es decir, si para la reparación y sustitución el inicio del plazo se fija al momento de entrega, para la resolución lo será desde la emisión de la boleta o factura.

Este inciso ha planteado ciertos interrogantes y se ha considerado que la norma “contempla una expresión difícil de interpretar”²³; de modo que corresponde ahora dilucidar si de su interpretación pueden develarse algunos aspectos relacionados con la elección de los remedios de la “triple opción” de la garantía legal.

III. PRIMERA PREMISA: LA LEY N° 19.496 NO IDENTIFICA UN SISTEMA REMEDIAL DIFERENCIADO PARA LAS COMPRAVENTAS PRESENCIALES Y *ON LINE*

En Chile, la compraventa del comercio electrónico no recibe una específica reglamentación ni en sus aspectos generales, ni tampoco se prevé un sistema de remedios particular en el caso de compraventas a distancia regidas por la Ley 19.496²⁴. Esta reglamentación exclusivamente prevé determinados aspectos que otorgan una mayor tutela en las transacciones electrónicas, como es la posibilidad de ejercer un derecho de retracto²⁵.

Frente a este panorama, debería evaluarse si la compraventa electrónica puede o no considerarse una contratación a distancia. A favor de ella son útiles las limitadas referencias que se realizan en la ley sobre protección de derecho de los consumidores y que presuponen lo afirmado. Efectivamente, los arts. 12 A y 32 consideran la existencia de “los contratos celebrados por medios electrónicos (*omissis*) y (o) cualquier otra forma de comunicación a distancia”, reconociendo esta tipología de contrato una especie dentro del género.

Aunque haya una parte de la doctrina que se pronuncia en contra de la literalidad de esta normativa y enmarca los contratos electrónicos dentro de la compraventa presencial²⁶, debería propenderse a lo contrario ya que, aunque pueda existir cercanía física de los contratantes en el momento de la contratación, el consentimiento y el medio utilizado presupone características particulares que la distinguen de la presencial.

²³ En este sentido BARRIENTOS (2016) p. 209.

²⁴ Frente a esta situación, la doctrina se ha esforzado por reconstruir el contenido de algunos vacíos, tales como la formación del consentimiento. Por todos PINOCHET (2004, 2005A, 2005B) PINOCHET y AGUIRRE, (2006). No obstante, sí existen leyes que se dedican a aspectos relacionados, como la Ley N° 19.799 de 2002.

²⁵ Aunque esta igualmente podría excluirse por el vendedor en las condiciones generales del contrato (cfr. art. 3 bis letra b). En general, sobre dicha disposición véase PRADO (2013), PINOCHET (2013A). Sobre el derecho de retracto en relación con un contrato electrónico véase ZEPEDA DUHALDE, *MARNA CON VIAJES FALABELLA S.A. Y OTRO* (2017).

²⁶ PINOCHET (2013A) pp. 176-178.

IV. SEGUNDA PREMISA: LA REMISIÓN DE LA LEY N° 19.496 A LA FACTURA Y BOLETA CREA DOS MODELOS DE TUTELA DIFERENTES

Ahora bien, tampoco la ley sobre IVA distingue entre compraventa presencial y a distancia; sin embargo, la interpretación conjunta de la normativa civil y tributaria²⁷ conduce a relevantes diferencias que impiden aplicar de facto la misma tutela remedial a ambos tipos de venta.

La reglamentación tributaria, impone la emisión de la boleta o factura en el momento de la entrega real o ficticia del bien²⁸ o, si esto no se produce, en el caso de la factura luego de que se haya emitido la guía de despacho²⁹. De esta forma, aunque en la mayoría de los casos de compraventas de bienes muebles la celebración del contrato coincida con la entrega y la emisión de la boleta o factura, ello no siempre es así. Este aspecto es clave y requiere ser analizado, principalmente porque el plazo para ejercer los remedios de sustitución y reparación se computa desde la entrega del objeto (cfr. primer inciso art. 21), mientras que, en el caso de la resolución, se cuenta desde la emisión de la boleta o factura.

Por lo tanto, es menester asumir la posibilidad de que se presenten dos escenarios I) en el primero, la celebración de la compraventa coincide con la entrega del bien; II) en el segundo, la celebración del contrato y la entrega del bien no coinciden y por ello hay un desfase temporal entre ambos momentos; situación que plantea la duda acerca de cómo interacciona lo dicho con las tipologías de compraventa presencial y a distancia (u *online*) y la garantía legal. Aunque el primer caso debería asociarse naturalmente con las compraventas presenciales, y el segundo con aquellas a distancia y *online*, esto no siempre es así. Por lo anterior, se hace necesario sistematizar dos modelos.

De acuerdo con un primer modelo, que se denominará alfa, el día en que se comienza a computar el ejercicio de la reparación o sustitución será idéntico a aquel para pedir la resolución³⁰. Aquí habrá certeza absoluta acerca del momento en que comienza a contabilizarse el plazo para todos los remedios derivados de la garantía legal, pues el momento de la entrega del bien coincidirá con la emisión de la factura. Esta situación podría presentarse en tres casos: en toda compraventa presencial con una contextual entrega del bien; en aquella presencial o a distancia en que la entrega se verifica dentro del mismo día, aunque haya sido aplazada respecto de la celebración del contrato³¹; y finalmente, en todos los casos de compraventas *online* y a distancia en que la facturación se haga al momento de la entrega efectiva del objeto.

A este modelo se contraponen otro, que se llamará beta, en el que la fecha de emisión de la factura o boleta no es la misma de la entrega del bien. En este caso, por lo tanto, el

²⁷ En concreto cfr. art. 21 inciso primero y penúltimo de la ley N° 19.496 de 1997, junto con los incisos primero, cuarto y sexto del art. 55 de la ley sobre IVA.

²⁸ Cfr. el primer y sexto inciso del art. 55 de la ley sobre IVA; véase también el art. 17 N° 2 Decreto supremo N° 66 de 1977 (en lo sucesivo Reglamento IVA); véase abajo VL.C.

²⁹ Inciso quinto del art. 55 Ley sobre IVA.

³⁰ Piénsese en un televisor comprado presencialmente por la mañana, en que se acuerda la entrega en el domicilio por la tarde del mismo día.

³¹ Cfr. art. 21 primer y penúltimo inciso; art. 55, primer y sexto inciso Ley sobre IVA.

cómputo del plazo de reparación y la sustitución, y el de la resolución, no principiaría en el mismo momento. Esta situación se generará preponderantemente en las compraventas a distancia u *online*, en que las entregas están pospuestas (exceptuadas las hipótesis pertenecientes al modelo alfa). También en determinados casos de compraventa presencial, en que a) las partes acuerden la entrega del bien en un momento posterior al día de compra (por ejemplo, la adquisición presencial en un supermercado de un televisor o de productos alimenticios que no son entregados inmediatamente) o b) el bien no se encuentre momentáneamente en stock y por ello se esperará su llegada (por ejemplo, la compraventa de un bien en oferta donde el vendedor no ha especificado que se limita a un determinado número de ejemplares, debiendo responder ante el consumidor que ha comprado).

Ahora bien, desde el punto de vista de la garantía legal solamente es relevante el segundo caso, ya que no es posible identificar el bien. En el primero, incluso el momento de la celebración del contrato y de la entrega podrían coincidir, ya que, aunque la entrega material se realice en un día diferente, puede presentarse una ficticia al momento de emitir la factura, como ocurriría con la modalidad *longa manu* o si se seleccionaran los productos por el mismo comprador en la tienda. Dicha situación se produce porque la entrega material y la ficticia se equiparan, en la normativa tributaria, con el momento de la facturación.

A continuación, y habiendo aclarado que el modelo alfa y beta no siempre coinciden con las ventas presenciales y a distancia, se utilizarán igualmente ambos patrones, puesto que la mayoría de las hipótesis se identifican con ellos. De esta manera y para hacer una lectura más clara, en lo que sigue el escrito los asimilará, aunque debe siempre tenerse presente la aclaración recién mencionada. En consecuencia, cada vez que se aluda a las compraventas presenciales, se entenderá hecha la referencia al modelo alfa y en aquellas a distancia, al modelo beta.

V. PRIMERA CONSTATACIÓN: EN LAS COMPRAVENTAS PRESENCIALES EXISTE LIBRE ELECCIÓN ENTRE LOS REMEDIOS RELATIVOS A LA GARANTÍA LEGAL

A pesar de que la Ley 19.496 prevé un diferente momento de inicio para el ejercicio de los remedios, en las compraventas presenciales (más bien en el modelo alfa), en principio, el comprador siempre podrá elegir libremente la utilización de cualquiera de ellos. La única limitación que se podría vislumbrar en la práctica es la falta de interés por demandar la reparación o la sustitución, ya que el plazo para el ejercicio de la resolución no podría suspenderse según el tenor literal del art. 21. Con todo, se ha visto que la praxis jurisprudencial de facto ha contribuido a eliminar esta restricción (véase arriba II.A).

En definitiva, puede afirmarse que, en relación con las compraventas presenciales (modelo alfa), la triple elección a favor del comprador se verifica a partir de dos constataciones. Primeramente, mediante la identificación temporal de la entrega con la emisión de la factura, coincidiendo en el momento de inicio para el ejercicio de los remedios; y en segundo lugar, gracias a que los tribunales, ahí donde debería proceder, intentan no tomar en consideración la limitación relativa a la no suspensión del plazo de ejercicio de la resolución del contrato.

VI. LAS REMISIONES AL DERECHO TRIBUTARIO Y SU INCIDENCIA EN LA GARANTÍA LEGAL

En relación con los aspectos tributarios de los remedios en materia de consumo, la doctrina ha hecho referencia a los potenciales problemas de la indemnización de daños y al hecho de que esta no puede considerarse renta³². Por su parte, se ha manifestado que, a diferencia del caso anterior, no habría mayores problemas en relación con el impuesto al valor agregado³³. Sin embargo, aquí se intentará demostrar la presencia de algunos problemas generados por la coexistencia de las normas fiscales con aquellas relativas a la garantía legal.

En concreto, el art. 21 realiza una referencia expresa y una indirecta a la normativa tributaria: la primera, en relación con el art. 70 del decreto N° 825 de 1974, y la segunda, por la referencia a la emisión de la boleta o factura para computar el plazo de la acción de resolución. En concreto, se valorará si se producen restricciones a la pretendida libre elección de los derechos que tiene el consumidor frente a la compraventa de un bien con disconformidad material (VI.A-VI.C).

A. LA INCIDENCIA A LA REFERENCIA A LA BOLETA O FACTURA EN LAS COMPRAVENTAS A DISTANCIA U *ONLINE*

En el caso de devolución de la cantidad pagada el plazo se computa “desde la fecha de la correspondiente factura o boleta”³⁴. De inmediato resalta que se haga referencia a la factura, ya que, por un lado, esta se emite para un contribuyente IVA que, por lo tanto, debe tener ánimo de reventa o de lucro. Y por otra parte, cabe destacar que la definición de consumidor no se aplica a las personas que habitualmente desarrollen actividades empresariales, sino a quien es el destinatario final del bien³⁵.

Sin embargo, la posibilidad de una utilización mixta del bien y la ampliación de una definición de consumidor a un concepto de sujeto débil, permiten enmarcar en tal categoría no solo a la persona física, sino que también a otros sujetos. Así, la jurisprudencia ha identificado como consumidores a la municipalidad que adquirió un camión recolector de contenedores³⁶, o a quien compró un *software* defectuoso que era destinado a maximizar los tiempos de sus empleados³⁷. Por ello, la emisión de una factura no debe excluir por sí sola la condición de consumidor, puesto que en determinados casos también el pequeño empresario u otros sujetos pueden considerarse como tales, todas las veces que sean los destinatarios finales del bien comprado.

³² Véase en general MONTECINOS (2007), también ESCOBAR (2004).

³³ Así MONTECINOS (2007) pp. 892 y 909.

³⁴ A tenor del penúltimo inciso del art. 21 Ley N° 19.496 de 1997.

³⁵ Sobre la definición y el concepto de consumidor en la Ley 19.496 MOMBERG (2013).

³⁶ Aunque en el caso concreto se desestime la demanda porque no se acredita las deficiencias del camión: *ILUSTRE MUNICIPALIDAD DEL CARMEN CONTRA CECOR S.A.* (2016).

³⁷ *EASTON MUEBLES LIMITADA CON AAA2K SOFTRAM COMPUTACIÓN LTDA.* (2010). En relación con la identificación como consumidor de una persona física que adquiera un vehículo: *FUNDACIÓN EDUCACIÓN COLEGIO MADRES DOMINICAS CON ELECTRODIESEL O LECTRO-DIESEL LTDA.* (2011).

En el caso del modelo beta, el momento de la entrega del bien y de la factura son diferentes.

De modo que cabe preguntarse en qué medida incide el derecho tributario sobre la garantía legal. ¿Crea *de facto* una tutela diferente dependiendo de si la compraventa es presencial o a distancia? Debe apuntarse que quedará fuera del análisis el límite analizado anteriormente relativo a la no suspensión del plazo para el ejercicio de la resolución (ya que puede aplicarse al modelo alfa y beta de igual manera).

Para poder sistematizar el posible panorama es oportuno realizar cuatro constataciones importantes. 1) A los efectos del tema aquí tratado la factura y la boleta reciben el mismo tratamiento, aunque el momento de su emisión difiera. 2) Con todo, la factura tiene mérito ejecutivo y no así la boleta (véase VII.D). 3) La factura es siempre electrónica independiente de que la compraventa sea presencial u *online*, por lo tanto, esto no incide sobre la diferenciación en la tipología de venta. En cambio, el tratamiento de la boleta es diverso, pues en la presencial podrá emitirse una manual o electrónica. 4) La obligación de emitir la boleta o factura es independiente de que el pago se haya realizado o se realice posteriormente o a plazos.

B. EL MOMENTO DE EMISIÓN DE LA BOLETA Y FACTURA Y LA NECESIDAD DE DISTINGUIR LA CASUÍSTICA. LA CREACIÓN DE UN TERCER MODELO REMEDIAL

Aunque tanto la factura como la boleta pueden expedirse en el momento de la entrega real o simbólica, es posible que se presenten diferencias en algunos casos. Por ejemplo, en caso de compraventas *online* o a distancia, si la facturación puede ser posterior a la celebración del contrato³⁸ (véase VI.C), la boleta, en cambio, puede remitirse también contextualmente con ella.

Acerca de esto último es oportuna una aclaración sobre lo que se entiende por entrega simbólica, ya que esta no debe asumirse como la tradición de muebles regulada por el art. 684 CC., sino que debe reenviarse a la norma especial del art. 17 Reglamento IVA, disposición que, si bien es parecida a la anterior, también, en parte, se aleja de ella.

Efectivamente, es importante destacar que el numeral segundo del art. 17 del Reglamento IVA la considera como simbólica “cuando dicho vendedor enajena una especie afecta al Impuesto al Valor Agregado, conservando, sin embargo, la posesión de la misma”. Esta disposición seguramente estaba pensada para un concepto de compraventa presencial (en concordancia también con el art. 1550 CC) y comporta la posibilidad de la emisión de la boleta en el momento de la celebración del contrato. Por esto la boleta presenta hoy el fenómeno de tener que emitirse en dicho momento también en caso de compraventa no presencial.

Diferente, en cambio, es el caso de la factura, puesto que dicha norma debería coordinarse con la obligación de emitirla con la indicación y fecha de la respectiva guía de despacho, al tenor del quinto inciso del art. 55³⁹. La concordancia de estas normas conduce a que

³⁸ Cfr. incisos primero y cuarto art. 55 Ley sobre IVA, art. 17 Reglamento IVA.

³⁹ En este sentido debería interpretarse la frase “en esta oportunidad”, del art. 55 inciso quinto de la Ley sobre IVA: “En caso que las facturas no se emitan al momento de efectuarse la entrega real o simbólica de las especies, los vendedores deberán emitir y entregar al adquirente, en esa oportunidad, una guía de despacho numerada y

la facturación solo puede ser hecha en el mismo momento o después de la guía de despacho. Siendo esta última⁴⁰ un documento tributario que respalda el traslado del bien y que el vendedor debe confeccionar cada vez que aquel circule, la consecuencia será que la emisión de la factura coincidente con la celebración del contrato *on line* o a distancia, se dará solamente en la hipótesis en que el objeto se envíe el mismo día en que se haya comprado.

En definitiva, en las compraventas no presenciales la boleta podrá generarse en el intervalo que media entre la celebración del contrato y la entrega del bien (cfr. art. 55 Ley IVA, art. 17 N° 2 Reglamento IVA). Y en el caso de la factura, será entre la confección de la guía de despacho, es decir, el envío del bien y un momento incluso posterior a la entrega, es decir, hasta el décimo día del mes siguiente a la celebración del contrato, como prescribe el inciso cuarto del art. 55 Ley IVA: “los contribuyentes podrán postergar la emisión de sus facturas hasta el décimo día posterior a la terminación del período en que se hubieren realizado las operaciones” [...] “en todo caso, corresponder su fecha al período tributario en que ellas se efectuaron”.

Como consecuencia de lo visto, entonces, el modelo beta se escinde en dos submodelos, uno relativo a la expedición de la boleta y otro al de la factura, modelos que, como se verá, tendrán una diferente tutela remedial: el de la compraventa presencial y dos relativos a las compraventas a distancia (un modelo alfa y dos submodelos beta).

En todos los casos del modelo beta en que deba procederse al envío del bien, el vendedor tiene *de facto* un margen de elección a la hora de generar la factura para su conveniencia tributaria y su praxis empresarial y contable. En cambio, dicho margen de acción no se produce en el modelo alfa, puesto que la emisión debe realizarse contextualmente a la entrega, al tenor del art. 55.

La flexibilidad de la facturación debe coordinarse también con el art. 9 de la Ley IVA. Efectivamente, lo que es relevante para el vendedor no es tanto expedir la factura al comprador, sino identificar el momento en que le beneficie hacerlo. En este sentido, entra en juego el art. 9 Ley IVA⁴¹, por el cual se devenga la obligación de pagar el importe del IVA en la fecha de **emisión** de la factura o boleta.

Los diferentes momentos en que se deben generar las boletas o facturas requieren un análisis profundo y por separado de los dos submodelos beta, que, de hecho, dan lugar a tres situaciones diversas.

timbrada por el Servicio de Impuestos Internos. Esta guía deberá contener todas las especificaciones que señale el Reglamento. En la factura que se otorgue posteriormente deberá indicarse el número y fecha de la guía o guías respectivas” (destacado añadido).

⁴⁰ Véase art. 55 Ley sobre IVA y art. 70 de su reglamento. Sobre varios aspectos relacionados a la guía de despacho véase CIRCULAR SII N° 103 (14 de noviembre de 1979); CIRCULAR SII N° 62 (28 de agosto de 1980); RESOLUCIÓN EXENTA SII N° 51 (10 de junio de 2015) que agrega en los requisitos a indicar en la guía la indicación “Patente del vehículo destinado al transporte de carga, en el que se realizará el traslado de los bienes corporales muebles, sea que la operación constituya o no venta”; RESOLUCIÓN EXENTA SII N° 52 (10 de junio de 2015) que agrega la indicación de la “Patente del vehículo en el que se está cargando el combustible”; y la RESOLUCIÓN EXENTA SII N° 66 (31 de julio de 2015) que aplaza de un año la entrada en vigor de la Resolución N° 51.

⁴¹ En sentido similar, véase también el art. 15 Reglamento sobre IVA.

C. SEGUNDA CONSTATACIÓN: LA COMPRAVENTA A DISTANCIA LIMITA LA LIBRE ELECCIÓN DE LOS REMEDIOS REVELANDO SU JERARQUÍA

Antes de todo, debe asumirse una macro comparación entre el modelo alfa y el modelo beta, para demostrar los supuestos de fluctuación entre la emisión de la boleta y la factura. Para ello se pondrá como ejemplo una compraventa de un bien mueble hecha el 2 de marzo de 2019.

En el modelo alfa, que esencialmente se identifica con las compraventas presenciales, el momento de entrega y la emisión de la boleta o factura coinciden. Por lo tanto, los tres remedios contractuales –reparación, sustitución y devolución de lo pagado– podrán ejercerse a partir del mismo día⁴² en un plazo de tres meses, es decir, hasta el 2 de junio.

Para realizar una comparativa con el modelo beta, que se identifica con las compraventas *online* o a distancia, el bien podría entregarse en una fecha posterior al contrato, por ejemplo el 23 de marzo, habiendo sido enviado el día 4. Además, es posible que la factura haya sido generada incluso después, es decir, a partir del 24 de marzo.

Asumiendo los razonamientos efectuados, en el caso de la boleta, esta podría extenderse desde el mismo 2 de marzo (cfr. art. 17 N° 2 Reglamento IVA), hasta el día de la entrega. En cambio, la factura podría emitirse desde el día 4 –momento de la emisión de la guía de despacho– hasta el 10 de abril (cfr. art. 55, inciso cuarto), pero figurando su expedición en el periodo tributario correspondiente, es decir, hasta el último día del mes de marzo.

La consecuencia de esta comparativa es que, si en el modelo alfa siempre habrá elección de remedios, en la compraventa de beta no. Como puede observarse en esta última, el cómputo del plazo de su ejercicio no coincide con el de la compraventa presencial (modelo alfa). De esta forma, en el modelo beta no siempre se podrían escoger los remedios, pues, en algunos casos, el plazo para ejercerlos ya habrá expirado. Esto, a pesar de que la normativa hable de una libre opción, según el inciso 1° del artículo 20, generándose una jerarquía forzosa, derivada de las posibilidades que existen para ejercerlos. Si en principio el consumidor podría escoger entre los tres remedios, posteriormente esta facultad quedará restringida, ya sea porque no se puede impetrar la resolución del contrato, pero sí la reparación o sustitución del bien, o viceversa.

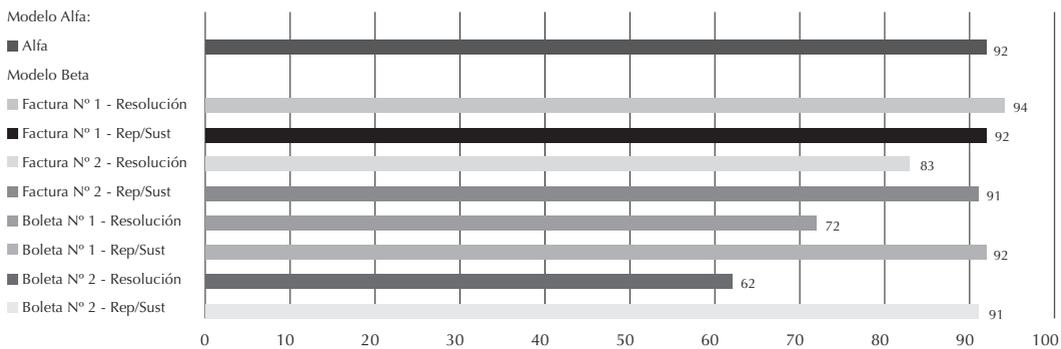
Se comparará el modelo alfa (donde el plazo de ejercicio para los tres remedios es igual) con el modelo beta. Este último contiene dos submodelos, uno relativo a las facturas (con dos supuestos: factura N° 1 y factura N° 2) y otro relativo a las boletas (boleta N° 1 y boleta N° 2). En total se analizará, en los siguientes epígrafes, las cuatro hipótesis del modelo beta, reflejadas en la siguiente tabla.

⁴² Cabe recordar que, en estos ejemplos, se está asumiendo que se aplican los otros límites que se han visto: por un lado, no se suspende el plazo por una garantía convencional; o si se suspende, valdrá también en caso de devolución de la cantidad pagada según una interpretación favorable para el consumidor, de acuerdo con la visión jurisprudencial analizada anteriormente (véase arriba II.A).

Modelo	Alfa	Beta	Caso	Fecha						Variable								
				De celebración del Cto	De envío (Guía de despacho)	Llegada a destino	Fecha de facturación (o boleta)	Máxima de facturación	Política empresarial (Día de facturación)	Logística	Expedición (Correo)	Plazo para reparación o sustitución	Plazo para resolución	Días a favor o en contra del consumidor	Plazo en días	Plazo en días (Resolución)	Plazo en días reparación o sustitución	
			"en toda compraventa presencial con contextual entrega del bien"	02-03-19	02-03-19	02-03-19	02-03-19	02-03-19		0	0	0	02-06-19	02-06-19	0	92	92	92
	Factura N° 1		Con emisión posterior a la entrega	02-03-19	04-03-19	23-03-19	25-03-19	10-04-19	21	2	2	19	23-06-19	25-06-19	2	94	94	92
	Factura N° 2		Con emisión anterior a la entrega	02-03-19	04-03-19	03-04-19	25-03-19	10-04-19	21	2	2	30	03-07-19	25-06-19	-9	83	83	91
	Boleta N° 1		Con emisión posterior a la entrega	02-03-19	04-03-19	23-03-19	03-03-19	23-03-19	0	2	2	19	23-06-19	03-06-19	-20	72	72	92
	Boleta N° 2		Con emisión anterior a la entrega	02-03-19	04-03-19	03-04-19	03-03-19	03-04-19	0	2	2	30	03-07-19	03-06-19	-30	61	61	91

El gráfico comparativo siguiente (tabla 1) demuestra la macro diferencia existente entre compraventas presenciales y a distancia. El análisis de los varios casos se realizará en los siguientes epígrafes, ya que es necesario ir más allá y valorar si es el sistema de libre elección o el de jerarquía el que beneficia al consumidor.

TABLA 1
Compraventas presenciales vs. Compraventas a distancias



Los números que están a la derecha de cada banda marcan el día de efectiva posesión material del bien (véase más abajo VII.D).

VII. MODELO DE LIBRE ELECCIÓN O MODELO JERÁRQUICO: ¿CUÁL ES EL MÁS BENEFICIOSO?

Frente a la pregunta acerca de si es el modelo de venta presencial (modelo alfa) o el modelo de compraventa a distancia (modelo beta) el que beneficia más al consumidor, la respuesta al interrogante planteado es: depende.

Para realizar este examen deben considerarse tres variables del modelo beta que podrían incidir sobre la tutela efectiva del consumidor: 1) la logística, es decir, el mayor o menor periodo de tiempo en despachar el envío; 2) la expedición, que es el espacio temporal en el que tarda en llegar el bien desde su envío; y 3) la política empresarial, relacionada con la flexibilidad para emitir la boleta o factura.

Fijados estos parámetros se analizarán tanto respecto de la emisión de la factura (VII.A) como de la boleta (VII.B) y se observará como inciden 1) sobre la interacción de los tres remedios a disposición del comprador; 2) específicamente sobre la resolución del contrato; 3) en la comparación entre los submodelos beta y la compraventa presencial.

A. FACTURA Y REMEDIOS CONTRACTUALES

Para estudiar la interacción de los tres remedios que benefician al consumidor en caso de que se emitan facturas, deben formularse dos ejemplos, mezclando la flexibilidad de su emisión o “política empresarial”, con la “expedición”, es decir, el periodo de llegada del bien. La tercera variable, aquella relativa a la “logística”, no será relevante, ya que la fecha de envío seguirá el contexto de cada hipótesis de este modelo.

Retomando el caso planteado, es decir, un contrato celebrado el 2 de marzo, con emisión de la guía de despacho el día 4 y factura de 25 de marzo, se analizarán los dos ejemplos.

En el primero (denominado “factura N° 1”), se agregará el hecho de que la llegada del bien se verifique antes de la emisión de la factura, como podría ser el 23 marzo. En el segundo ejemplo (denominado “factura N° 2”), se supondrá que la emisión de la factura sea en un momento posterior, el 3 de abril.

A continuación, se revisarán las diferencias y las consecuencias de la operatividad de las variables.

A.1. Con respecto a la jerarquía remedial

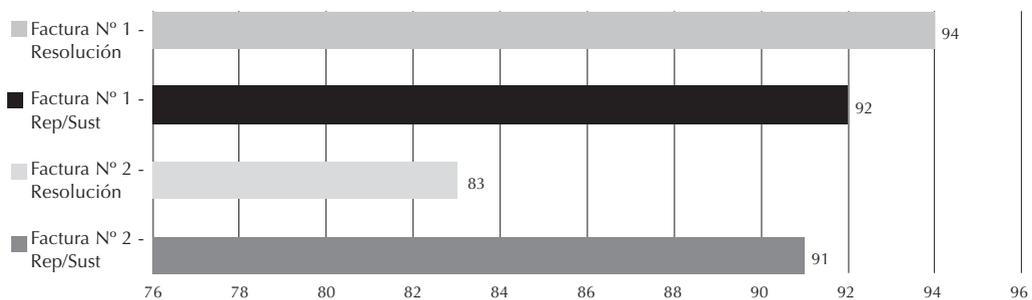
Como ya se ha evidenciado (véase arriba IV.C) la situación que se presenta es de una jerarquía remedial; sin embargo, dependiendo del momento de la emisión de la factura en relación con la llegada del bien, esta puede invertirse.

Efectivamente, en el caso del primer ejemplo (“factura N° 1”) el hecho de recibir el bien antes de la emisión de la factura hará que el plazo para pedir la devolución de la cantidad pagada sea mayor que aquel de solicitud de reparación o sustitución: si para la primera se podrá hasta el 25 de junio, respecto de los demás remedios será solo hasta el 23 del mismo mes.

Todo lo contrario se verifica cuando la emisión de la factura es anterior a la recepción del bien, puesto que, como indica el segundo ejemplo (“factura N° 2”), el consumidor podrá demandar la reparación y sustitución hasta el 3 de julio, en circunstancias que en la resolución solo tendrá plazo hasta el día 25 del mes anterior.

Como puede verse, se presenta un modelo con una jerarquía que podría definirse “fluctuante” y que depende de la rapidez de la entrega y de la voluntad de emitir la factura.

TABLA 2
Factura y Jerarquía remedial



En esta tabla 2, los números que están a la derecha de cada banda marcan el día de efectiva posesión material del bien, situación que vuelve a incidir sobre el modelo, en lo que respecta a la resolución del contrato, dependiendo, como se verá a continuación, de si se trata de factura (VII.A.2) o boleta (VII.B.2) y también de acuerdo con el momento de adquisición del bien (VII.D).

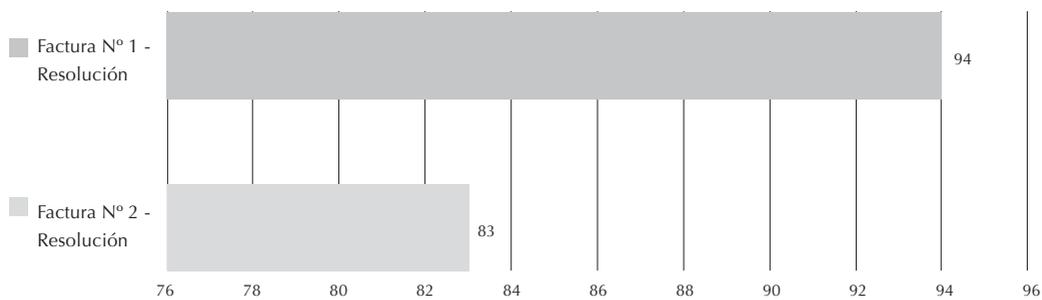
A.2. Con respecto a la resolución del contrato

Si se analizan en términos abstractos los dos casos, parecieran no existir diferencias ya que, tanto en la “factura N° 1” como en la “factura N° 2”, el comprador tiene exactamente el mismo periodo para solicitar la resolución, esto es, hasta el 25 de junio.

En general, el ejercicio de la resolución será poco ventajoso para el consumidor si la factura se genera antes de la recepción del bien, dado que el plazo se computará antes de que el objeto haya llegado a su poder. Con todo, puede presentarse un modelo más beneficioso si se ha emitido la factura después de la recepción del bien (“factura N° 1”), por cuanto, aunque en rigor el plazo de ejercicio es el mismo, el comprador habrá tenido la posesión material del bien por un periodo más largo.

En este sentido, mientras más rápida sea la entrega del bien (variable “expedición”), más tiempo lo tendrá para comprobar si tuviese alguna disconformidad.

TABLA 3
Factura y resolución del contrato



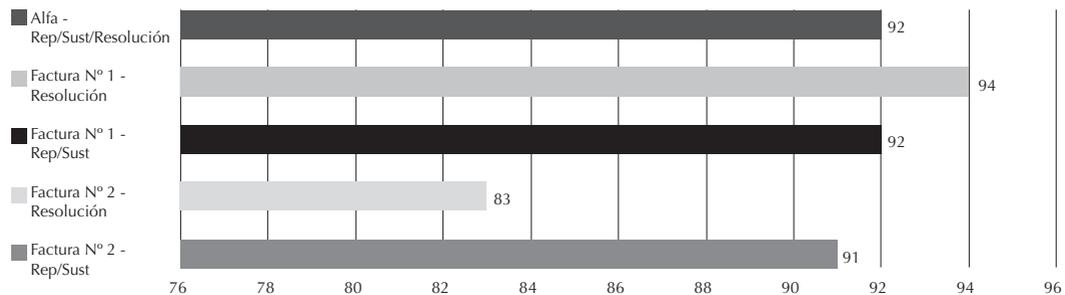
Efectivamente, como se observa en el gráfico, el caso en que se haya facturado posteriormente el consumidor tendrá 11 días más de posesión material (se resta 94-83). Este rango será más o menos amplio dependiendo la política empresarial y la mayor o menor celeridad en la llegada del producto.

A.3. Con respecto a la compraventa presencial

Asumido que el modelo de compraventa presencial da lugar a la libre elección y la que es a distancia a una jerarquía de remedios, debe revisarse cuál podría ser más favorable para el consumidor. Para ello, deberán compararse los ejemplos formulados en el modelo de la compraventa presencial (más bien del modelo alfa), donde el contrato, la entrega y emisión de la factura se han concretado el día 2 de marzo.

En definitiva, al contratar presencialmente, se presentará la ventaja de la libre elección de los remedios, pero con un plazo de ejercicio menos beneficioso para la resolución cuando la factura se emita después de la entrega, más aún si se ha verificado una rápida expedición.

TABLE 4
Compraventas presenciales vs. Compraventas a distancias (Facturas)



B. BOLETA Y REMEDIOS CONTRACTUALES

De acuerdo con lo señalado, en el caso de las compraventas a distancia, el margen de tiempo para la emisión de la factura será muy flexible, comprendiendo un periodo de tiempo que va desde la celebración del contrato hasta la recepción del bien.

B.1. Con respecto a la jerarquía remedial

La primera constatación que debe realizarse es que en la boleta no es obligatoria la guía de despacho y que, en la práctica, se emite lo más pronto posible (véase el art. 17 N° 2 reglamento IVA). Por lo tanto, la gran diferencia respecto de la factura es que ella se puede generar también durante el periodo que va entre la celebración del contrato y el anterior a la guía de despacho (al margen de poder hacerse en un momento posterior).

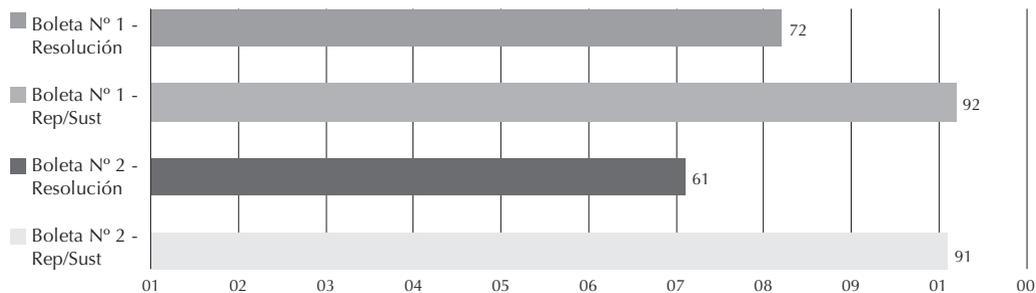
Dado que la emisión de la boleta del modelo beta se realizará siempre antes de la entrega, la consecuencia es que, en estos casos, se dará lugar a un prototipo que, si bien es jerárquico, prevé una única tipología: aquella en que el plazo para ejercer la reparación y sustitución será más amplio que el de la resolución.

Comparando los modelos “boleta N° 1” y “boleta N° 2” que corresponden a los casos antes delineados, si la emisión es el día 3 de marzo se comprobará que en ambos el plazo para ejercer la resolución será el 2 de junio, mientras que los demás remedios se podrán deducir hasta los días 23 de junio (“boleta N° 1”) o 3 de julio (“boleta N° 2”), respectivamente.

Por lo tanto, en estas hipótesis habrá un único modelo jerárquico que dependerá solo de la variable “elección empresarial”, todas las veces en que se emita la boleta antes de la guía de despacho. En cambio, no influiría, dentro de las varias hipótesis de boleta, la “logística”, por los mismos razonamientos efectuados en el caso de emisión de factura (véase arriba VII.A).

Esencialmente, este modelo coincidirá con el modelo “Factura N° 2”, ya que, si bien se podría expedir la boleta después de la guía de despacho, esto solo sería posible hasta entrega del bien, y no en un momento posterior (que correspondería, *mutatis mutandis*, al modelo “Factura N° 1”). En consecuencia, el modelo jerárquico que se daría en caso de boleta será exclusivamente aquel en que el consumidor tiene más tiempo para solicitar la reparación o sustitución del bien.

TABLA 5
Boleta y jerarquía remedial

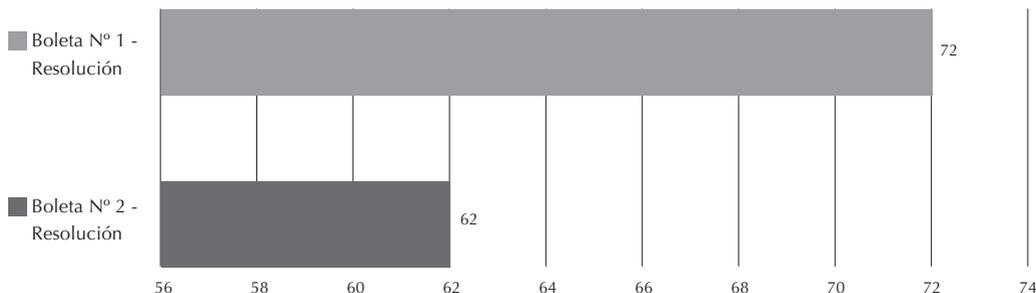


B.2. Con respecto a la resolución del contrato

Si se examina solo la variable “expedición”, podrá evidenciarse que, mientras más rápida sea la entrega, más eficiente será el remedio de la resolución. Sin embargo, al margen de lo analizado, podrá verse que, en todos estos casos, el modelo será menos beneficioso para el comprador, en el sentido que empezará a correr el plazo sin que tenga la posesión material el bien; a diferencia de lo que ocurre con la factura cuando ella se genera después de la entrega del bien.

		Plazo para reparación o sustitución	Plazo para resolución	
Modelo	Alfa	02-06-19	02-06-19	
	Beta	Factura N° 1	23-06-19	25-06-19
		Factura N° 2	03-07-19	25-06-19
		Boleta N°	23-06-19	03-06-19
		Boleta N°	03-07-19	03-06-19

TABLA 6
Boleta y resolución de contrato

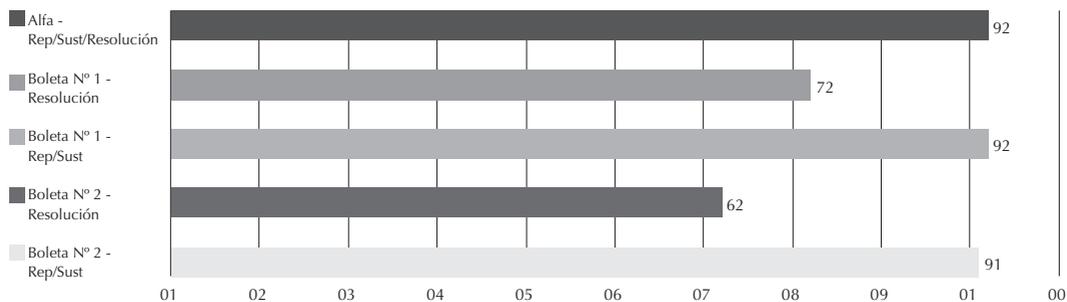


B.3. Con respecto a la compraventa presencial

En este punto, dado que los razonamientos son los mismos que en caso de la emisión de la factura, se hace un reenvío a lo señalado en su oportunidad.

En general, aunque el modelo beta se caracteriza por una jerarquía de remedios, no necesariamente esta es más perjudicial que el modelo alfa, ya que, en determinados casos puede ser más beneficioso si lo que se quiere es pedir la resolución del contrato. Efectivamente, en el modelo beta existen algunas posibilidades de adquirir materialmente el bien por un periodo más largo, debido al margen de elección sobre la emisión de boleta o factura. Solo en aquellas situaciones en que el plazo se computa a pesar de que el consumidor no tenga esta posesión, el modelo sería ineficiente, prefiriéndose la compraventa presencial (modelo alfa).

TABLA 7
Compraventas presenciales vs. Compraventas a distancias (Boletas)



C. TERCERA CONSTATAción: BOLETA VS. FACTURA

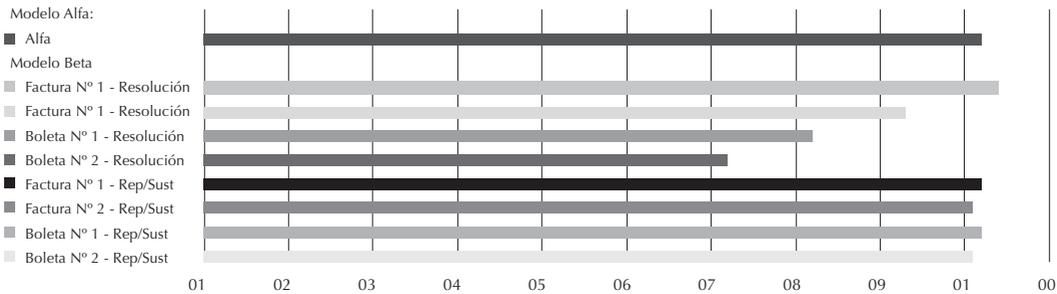
De una breve comparativa, la compraventa con boleta resulta tener una tutela menos efectiva para el comprador. Por un lado, esta no tiene los márgenes beneficiosos que pueden tener las hipótesis en que la factura se gestione luego de la entrega del bien sobre la resolución. Por otro, la jerarquía siempre favorecerá la acción de reparación y sustitución.

En este caso, la variable relativa a la “logística” debe entrar en juego, comparando estos dos submodelos. Por lo mismo, debe valorarse si la emisión anterior o posterior a la guía de despacho comporta una diferencia para la tutela del consumidor.

Claramente cada día que se retrase dicha emisión respecto de la boleta ya expedida significaría mermar las posibilidades de pedir la resolución frente a los demás remedios (en comparación con el mismo modelo relativo a la emisión de la factura). En este sentido, si por la “libertad empresarial” se decidiera emitir la boleta cuanto antes y hacer un envío tardío, la tutela del consumidor se soslayaría, fortaleciendo la jerarquía y ampliando los plazos de ejercicio para la reparación y sustitución.

Por este motivo, debería asumir relevancia la variable de la “logística”, pues influye con la de la “política empresarial” cuando la boleta es anterior a la guía de despacho. En efecto, en comparación con el modelo de la factura, los plazos para demandar la reparación y sustitución se vuelven divergentes respecto a los de la resolución.

TABLA 8
Boletas vs. Facturas



En definitiva, al hecho de que el modelo de la factura parezca ser más favorable que el recientemente descrito, se añade un gravísimo inconveniente: en la práctica, dado que la relación es esencialmente con una persona que no hace utilización mixta del bien, la mayoría del tráfico se realizan mediante la emisión de la boleta y no de facturas. Esto evidencia la poca preocupación del legislador por la efectiva protección del consumidor.

D. ¿PUEDE EL COMPORTAMIENTO DEL CONSUMIDOR INFLUIR EN LA APLICACIÓN DEL SISTEMA REMEDIAL?

Los dos submodelos beta corresponden a una jerarquía remedial que queda influenciada por algunas variables. La pregunta necesaria es si el consumidor puede influir sobre ellas.

Se ha visto que en caso de emisión de factura las variables a considerar son la rapidez y la llegada del bien (expedición). Un menor tiempo de retención beneficia al consumidor ya que 1) reduce la divergencia de los plazos de ejercicio entre reparación, sustitución y resolución 2) en el modelo de facturas expedidas después de la entrega, el consumidor tiene la posesión material previa y puede comprobar la disconformidad con mayor holgura de tiempo.

Efectivamente, si se tuviera conocimiento de estas diferencias, el comprador podría elegir un *courier* más rápido para servirse de lo afirmado. No obstante, los *courier* exprés suelen cobrarse a un precio más caro ¿por qué este coste debe ser asumido por el consumidor si se trata de un caso de tutela legalmente establecido?⁴³

Ya que se trata de una garantía “legal”, predispuesta expresamente por los arts. 19 y ss., la optimización y efectividad de las facultades que prevé no deberían quedar sujetas a este tipo de contingencias que no dependen de su beneficiario. En definitiva, si bien este parámetro podría ser controlable por el consumidor, lo sería solamente a un coste económico que no debería tener que asumir.

⁴³ Aunque es claro —como ya se ha sostenido, entre otros, por PINOCHET (2013B) p. 376— que en este ámbito debería primar el principio pro consumidor, aplicándosele la solución menos gravosa, la realidad hace constatar que, en determinados casos, esto encuentra difícil concreción. Aunque en línea teórica quiera aplicarse una interpretación favorable para el consumidor; es él quien debe asumir dicho gasto, no pudiéndolo desgravar directa e inmediatamente de la contraparte. En este sentido, el principio pro consumidor no resulta efectivo en la realidad cotidiana, aunque en un eventual juicio que interprete la relación contractual el juez sea proclive a aplicarlo.

Menos controlable sería la variable de la “política empresarial”, ya que es la propia entidad la que decide una expedición de la boleta o factura más o menos inmediata, en relación con la entrega del bien. En parte, se presenta una condición meramente potestativa, que altera los valores que subyacen a la libre elección de la garantía legal.

Ahora bien, los efectos de estas políticas empresariales podrían reducirse en los casos en que se emita la factura. Se ha dicho que esta puede postergarse “hasta el décimo día posterior a la terminación del período en que se hubieren realizado las operaciones”, debiendo “en todo caso, corresponder su fecha al período tributario en que ellas se efectuaron” (art. 55 Ley IVA). Este aspecto significa que, aunque la factura se genere al mes siguiente, deberá indicar el período tributario respectivo, es decir, en los ejemplos formulados hasta ahora, podría emitirse hasta el 10 de julio, pero debería indicar como máximo el 30 de junio.

En términos generales, hay también que considerar que las empresas podrían tener interés en una emisión rápida de la factura dado que la ley de facturas les otorga mérito ejecutivo⁴⁴. Poco influenciaría, en cambio, el momento del pago frente al SII⁴⁵.

Si es así, el comportamiento del consumidor, en parte, podría influir sobre la emisión de la factura solo mediante un cuarto parámetro, el “momento de adquisición”. Efectivamente, todas las compraventas realizadas hacia el final de cada mes son más proclives a tener una rápida facturación. Además, seguramente esta tendrá una fecha posterior a la entrega (considerando que en determinados casos la fecha debe ser la de junio). Por esto puede concluirse que una compraventa realizada los primeros días del mes podría ser más ventajosa, por lo menos estadísticamente, que una compraventa realizada a final de mes.

Ahora bien, la decisión del momento de compra por parte del consumidor influye también de otra manera sobre el sistema remedial. Esto se debe a que el plazo para ejercer la garantía legal en caso de venta de bien durable está computado en meses y no en días. Como consecuencia, surge una diferencia con el sistema remedial de bienes perecibles (véase más abajo VIII) y con los contratos de servicios, en los que sus plazos son de 7 y 30 días, respectivamente.

El hecho de haberse remitido a meses y no a días, en el primer caso, hace que la adquisición se vuelva más beneficiosa en los meses con mayor duración. Por lo tanto, comprar en febrero sería más inconveniente que comprar en marzo, sobre todo en el prototipo de “factura N° 2”. Esto se puede constatar claramente en los gráficos anteriores y que puede verse cómo, incluso, los días superan los 90. Así que, si el mes de facturación corresponde a 30 días, este factor no es el mismo respecto de la aplicación de la garantía legal.

Un claro ejemplo se desprende de los días de efectiva posesión del bien, que cambian dependiendo del mes de referencia. Por ello, a pesar de que exista un mismo plazo de ejercicio (3 meses), los días para ejercer la resolución cambian: haber recibido materialmente el bien en marzo o abril es distinto, puesto que el primer mes tiene un día más. Por tanto, será más beneficioso comprar después de febrero para no incluir este mes de corta duración

⁴⁴ Véase el art. 9 Ley N° 19.983, de 2004.

⁴⁵ Con carácter mensual, el emisor de la factura debe pagar al Estado el importe correspondiente al IVA mediante la presentación del formulario 29 que debe presentarse hasta el día 12 del mes siguiente al período tributario que se desase declarar. Y en caso de facturación electrónica, hasta el día 20: véase CONSULTA SII, Identificador 001.030.1060.008 (24 de octubre de 2018).

en el cómputo. Más ventajoso será comprar en un mes que tiene 31 días (así se computarán, dentro de los tres meses, dos de 31 días) o en junio o diciembre, en que los dos meses siguientes tienen 31 días (julio-agosto y diciembre-enero).

Este problema no se plantaría si el plazo se hubiera computado en días.

E. ¿HAY OTROS DOCUMENTOS EQUIVALENTES A LA BOLETA O FACTURA?

Otro aspecto importante para valorar, es si la emisión de otros documentos se computa igual que la boleta o factura para pedir la resolución del contrato, a tenor del art. 21. En este sentido, debe hacerse particular referencia a dos de ellos: A) el recibo de pago o comprobante y B) la guía de despacho.

A) El interrogante en relación con el recibo de pago se justifica, ya que en determinadas circunstancias –pago con tarjeta de crédito o débito– reemplazaría la emisión de la boleta o factura. Efectivamente, por lo dispuesto en una resolución del SII del año 2015⁴⁶, estos documentos pueden obviarse si el pago se efectúa integralmente mediante un terminal POS⁴⁷. Pero este problema no se daría en los contratos de consumo, caracterizados por la relación *business to consumer*, puesto que en estos casos la entrega del comprobante de pago no puede reemplazar la emisión de la boleta electrónica⁴⁸.

B) En relación con la factura, debería analizarse si respecto de la devolución de la cantidad pagada, la guía de despacho podría considerarse como sustituto de determinación de fecha. El interrogante surge porque la factura debe indicar también la data de la respectiva guía de despacho. Aunque la normativa relativa a esta última sea meramente administrativa, indirectamente podría incidir sobre los plazos de ejercicio de la garantía legal y sobre la tutela efectiva del consumidor, todas las veces que se emita en reemplazo de la factura.

Ahora bien, si se expiden tanto la guía de despacho como la factura, ¿cuál sería la fecha que inicia la contabilización del plazo en relación con la resolución del contrato? Aquí pueden plantearse dos interpretaciones que generan dos submodelos.

⁴⁶ RESOLUCIÓN EXENTA SII N° 5 (22 de enero de 2015), que establece normas en relación a la emisión del comprobante o “recibo de pago” de transacciones pagadas a través de medios electrónicos, como sustituto de la boleta de venta y servicios, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 54 del D.L. N° 825 de 1974.

⁴⁷ Salvo que se pague en parte en efectivo y en parte con tarjeta, caso en el cual debería necesariamente emitirse boleta o factura. Punto N° 3 RESOLUCIÓN EXENTA SII N° 5 (22 de enero de 2015).

⁴⁸ Esto se deduce por la primera parte del punto N° 7 de la resolución, que afirma: “De acuerdo al Artículo 54 del D.L. N° 825, de 1974, los contribuyentes emisores de Boletas Electrónicas, autorizados según lo indicado por la Resolución exenta SII N° 19, de 2008, al recibir un pago realizado por medio electrónico en ventas efectuadas o servicios prestados a consumidores finales, deberán continuar emitiendo dichos documentos tributarios, no siéndoles aplicable el reemplazo de la emisión de la Boleta Electrónica por la entrega del comprobante de pago”: véase la RESOLUCIÓN EXENTA SII N° 5 (22 de enero de 2015). Aquí es útil anotar que se admitía solo la documentación original de factura o boletas: *SERNAC contra COMERCIAL ECCSA S.A.* (2017). La doctrina, en cambio, se ha decantado por una interpretación más amplia: cfr. NASSER (2013) p. 552.

Si se asumiera que cuenta la fecha de la factura, los casos ya se analizaron anteriormente. Si, en cambio, la fecha fuera la de la guía de despacho, el cómputo del plazo siempre será anterior a la entrega del bien y, por lo tanto, esta casuística será equivalente al modelo “factura N° 2”.

La primera postura se basaría en una interpretación literal del art. 21 que señala a la “factura o boleta”. Además, efectivamente, la Ley de IVA y su art. 55 tienen efectos meramente administrativos y otras finalidades: la contable y de seguridad a la hora de comprobar el tránsito de un bien en carretera.

La segunda postura, que defiende que el plazo se cuente desde la guía de despacho, haría prevalecer una interpretación sistemática entre el art. 21 Ley 19.496 y el art. 55 Ley IVA. Aquí, aunque la factura pueda generarse posteriormente, en su glosa debe hacerse referencia a la guía de despacho y a su fecha para la entrega del bien corporal mueble. Por lo que, siguiendo los ejemplos formulados, el día para contabilizar el término en que se puede pedir la resolución sería el 4 de marzo. Para esta interpretación no podría sostenerse que la Ley IVA tiene efectos meramente administrativos, por cuanto es el mismo art. 21 Ley 19.496 el que se remite expresamente a la norma tributaria.

Esta interpretación sistemática podría ser la más coherente, pero *de facto* mengua el derecho del consumidor. Se presenta una incongruencia más del sistema, ya que claramente queda fuera del supuesto analizado la posibilidad en que la guía de despacho y factura lleguen el mismo día, aspecto que a veces se verificará, pero, dicho supuesto sería parte del modelo alfa.

Un aspecto diferente a la devolución de lo pagado es la reposición del producto. Dado que el reemplazo no es oneroso, sino gratuito, esta operación solamente daría lugar a la emisión de otra guía de despacho, pero no de factura⁴⁹. Con todo, dado que el ejercicio de la sustitución se computa desde la recepción del bien, este aspecto práctico no es relevante.

VIII. EL PECULIAR CASO DE LAS COMPRAVENTAS DE BIENES PERECIBLES: CREACIÓN DE UN ULTERIOR MODELO REMEDIAL

Un discurso aparte requiere la garantía legal en relación con los bienes perecibles o aquellos que por su naturaleza estén destinados a ser usados en plazos breves. En estos entra en juego lo dispuesto por el inciso sexto del art. 21, que impone como periodo para ejercer la garantía legal “el impreso en el producto o su envoltorio o, en su defecto, el término de siete días”.

Dado que el inciso sexto hace referencia al primero del art. 21, este plazo se aplica tanto a los tres remedios (reparación, sustitución y resolución), como a los indicados en

⁴⁹ Así se establece que “el mero reemplazo de manera gratuita hecho en virtud del deber de garantía legal, no constituye una venta, consecuentemente no procede la emisión de boleta o facturas, como tampoco notas de crédito y débito por cuando en la condición de gratuidad, no hay una modificación en el impuesto previamente facturado. Consecuentemente para respaldar el traslado de dichos productos se deberá emitir una guía de despacho, en las que se indique expresamente que la salida del bien de inventario de la empresa es a causa del cumplimiento del deber de garantía legal o convencional”: OFICIO DE LA SUBDIRECCIÓN NORMATIVA SII N° 157 (20 de enero de 2016). En el mismo sentido, OFICIO DE LA SUBDIRECCIÓN NORMATIVA SII N° 2919 (9 de junio de 2006).

este inciso. Por lo tanto, en el caso de esta tipología de bienes no aplicarían los diferentes días de inicio de cómputo del plazo analizados anteriormente.

Sin embargo, existen algunas peculiaridades. De lo que se acaba de afirmar, debe concluirse que los bienes que se consumen en un “plazo breve” serán aquellos que materialmente tienen posibilidades de utilización inferior a los siete días, dado que el inciso sexto del art. 21 establece que, en ausencia de indicación de vencimiento, por defecto, habrá un plazo máximo de siete⁵⁰. Si, en cambio, existiera una fecha preferible de consumo impresa en el producto o en el envoltorio, esta será el límite para ejercer el remedio.

La peculiaridad de la situación predispone dos hipótesis, una con un plazo de caducidad absoluto y otro relativo. Efectivamente, todas las veces que el producto tenga una fecha de vencimiento impresa, debería aplicarse esta. En cambio, el plazo de 7 días sí tendría un momento de inicio para computar el ejercicio del medio de tutela lo tiene. En este segundo caso y por la interpretación coordinada entre los incisos primero y séptimo del art. 21, el cómputo se calcula desde la entrega, en caso de reparación y sustitución, y desde la emisión de la boleta o factura, en caso de la devolución de la cantidad pagada⁵¹.

Esto ¿conduce a diferencias en la elección de los remedios dependiendo de la tipología de venta? En principio, se presentarán dos tipologías de tutela del consumidor, dependiendo de si se trata de un bien perecible sin indicación de fecha de caducidad o con esta.

En el primer caso, potencialmente existirá libertad de elección de los remedios, dado que se trata de un mismo plazo y contabilización. El término de 7 días hará que no sea influyente la variable de la “política empresarial” (emisión de factura) ni la “logística”. Aquí influirá solo la rapidez en la entrega en los casos de venta a distancia, aunque su fluctuación será mínima, ya que primará el rápido despacho y llegada al consumidor para que reciba un producto fresco.

Pero, si hay una fecha de caducidad indicada, podría darse un sistema que no prevea la libre elección de remedios en la compraventa a distancia (modelo beta), aplicándose los mismos razonamientos efectuados para los bienes durables acerca de los momentos de emisión de boleta o factura, pero con un abanico de tiempo muchísimo más limitado.

Finalmente, la alusión a los “días” y no a los “meses” haría innecesaria la referencia al mes de compra como parámetro decisivo para el consumidor, como puede serlo para los bienes durables, creando algunos inconvenientes ya vistos (véase arriba).

Por todo lo anterior, en el caso de bienes perecibles se construye un ulterior modelo que, dependiendo de las circunstancias, varía entre la libre elección o a la jerarquía de los remedios.

⁵⁰ El inciso sexto del art. 21 Ley N° 19.496 de 1997 recita así: “En el caso de productos perecibles o que por su naturaleza estén destinados a ser usados o consumidos en plazos breves, el término a que se refiere el inciso primero será el impreso en el producto o su envoltorio o, en su defecto, el término máximo de siete días”.

⁵¹ Por cierto, en estas ventas la reparación será muy limitada, salvo que se trate de un producto que, aunque sea alimenticio, se haya comprado también por razones estéticas (como un pastel con una determinada forma). Por ello, esencialmente, la elección de los remedios variará entre la resolución del contrato o la sustitución del bien.

IX. CONCLUSIONES

La Ley 19.496 ya tiene más de dos décadas y en ningún momento sus pasadas o recientes⁵² modificaciones han tenido en cuenta la progresiva modernización de un mercado que ha cambiado sus estándares y reglas de juego. Efectivamente, el ordenamiento chileno no se ha hecho cargo de la regulación apropiada de las compraventas a distancia y *online*.

El incremento de las negociaciones en la web y con tarjeta de crédito hace que la normativa en parte se encuentre obsoleta por estar pensada para un diferente contexto. Esto comporta trascendencias prácticas en el sistema remedial de la garantía legal.

En definitiva, aunque la ley abogue por una libre elección de remedios, en la práctica, el sistema podrá llegar a ser jerárquico dependiendo de varios factores, como la tipología del bien (durable o perecible) y variables como la rapidez en la expedición o la elección empresarial sobre el momento de emisión de la boleta o factura.

Tendencialmente, hay, respecto de los bienes durables, tres modelos (alfa y los beta, relativos a la boleta y a la factura). De estos, el más beneficioso es el menos recurrente, que se refiere a las facturas emitidas después de la entrega. Aunque es posible, la rápida emisión de la factura no abunda en la relación *b2c* ya que esta esencialmente debe asociarse al uso de las boletas.

Por lo tanto, en las compraventas a distancia (modelo beta) existe la proliferación de un modelo jerárquico en el cual reparación y sustitución tienen un más amplio periodo de ejercicio, independiente de la limitación civil por la cual no se suspende el plazo para la resolución del contrato.

La compraventa presencial (modelo alfa) es más ventajosa frente al consumidor porque asegura una libre elección, aunque se ha visto que el modelo “factura N° 2” permite tener más tiempo el bien y en algunos casos sería preferible contratar a distancia. El problema en ella (modelo beta), es que entran en juego variables que no domina el consumidor o que solo podría dominar asumiendo un comportamiento más oneroso (contratación *courier* exprés). No obstante, la deformación de una ley que computa la garantía legal en meses, permite ofrecer alguna ventana para que el actuar del consumidor y la elección del momento de compra contribuyan a una tutela más o menos amplia del sujeto.

En definitiva, se ha evidenciado un sistema que requiere una profunda reforma y la toma de conciencia de que sus remedios deben contemplar todas las variables involucradas. De lo contrario, estas operarán según criterios arbitrarios, unilaterales o no controlables por ambas partes, lo que da lugar no solo a una poco eficiente tutela del consumidor, sino que no fomenta el correcto tráfico jurídico. Frente a este camaleónico y polifacético sistema, la compraventa presencial (el modelo alfa), es la que ofrecería más certezas, por prever siempre la libre elección de los remedios y daría más claridad sobre el comportamiento de los factores y variables analizados.

Todo esto se debe también al hecho de que la Ley 19.496 al momento de su promulgación no tuvo en consideración la preponderancia que las compraventas *online* asumirían,

⁵² Esta tutela resulta más efectiva con la aprobación del aumento de plazo de garantía de 3 meses a dos años, mediante la modificación al art. 26, Ley N° 19.496, operada por la Ley N° 20.081 de 2018.

ni siquiera sus modificaciones posteriores. Lo anterior, requiere una necesaria adecuación y reestructuración, de lo contrario, la contratación electrónica o sus manifestaciones masivas, como el *cibermonday* o el *black Friday*, podrían resultar poco beneficiosos desde el punto de vista de la tutela efectiva analizada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIMONE GIBSON, Enrique (2013): *Protección de los derechos del consumidor* (Santiago de Chile, LegalPublishing, Thomson Reuters).
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2012): “Estudio sobre la prescripción y caducidad en el derecho de consumo”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19: pp. 115-163.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, PIZARRO WILSON, Carlos (2013): *Consumidores* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Thomson Reuters).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2016): *La garantía legal* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2018): “Intento de configuración de un concurso de normas por entregas defectuosas en la Ley de Consumo y el código civil chilenos”, en VIDAL OLIVARES, Álvaro y MOMBERG URIBE, Rodrigo (edit.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal* (Valparaíso, Ediciones Universitarias Valparaíso) pp. 345-360.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): “Ley de Protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos”, *Cuadernos de extensión de la Facultad de Derecho*, monográfico sobre “Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras” (CORRAL TALCIANI, Hernán ed.), Universidad de Los Andes, N° 3: pp. 163-211.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2006): “La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la ley de protección de los derechos de los consumidores”, *Cuadernos de extensión de la Facultad de Derecho*, monográfico sobre “La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004” (BARAONA GONZÁLEZ, Jorge y LAGOS VILLARREAL, Osvaldo edit.), Universidad de Los Andes, N° 12: pp. 95-110.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): “Ley de Protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos”, en Corral, Hernán (edit.), *Derecho del consumo y protección jurídica*, *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 3 (Santiago, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho) pp. 163-212.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2011): *Responsabilidad por productos defectuosos* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing).
- ESCOBAR RUIZ, Jorge (2004): “Aspectos tributarios de las indemnizaciones de perjuicios”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 12: pp. 73-83.
- FERRANTE, Alfredo (2017): “Consumidor y doble finalidad en la utilización del bien”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28: pp. 273-279.
- FERRANTE, Alfredo (2018A): “Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía”, *Revista de derecho Privado* (Universidad externado), N° 35: pp. 165-201.

- FERRANTE, Alfredo (2018B): “¿El contratante de tiempo compartido es consumidor? avance crítico sobre la definición de consumidor chileno y el ámbito objetivo de aplicación de la ley”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 26: pp. 438-467.
- FERRANTE, Alfredo (2018C): “el inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad contravencional relativa a la garantía legal”, *Revista Boliviana de Derecho* N° 30: pp. 241-250.
- FERNÁNDEZ FREDES, Fernando (2003): *Manual de derecho chileno de protección del consumidor* (Santiago de Chile, LexisNexis).
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2013): “Art. 1 N° 1”, en PIZARRO WILSON, Carlos, DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (dirs.), BARRIENTOS CAMUS, Francisca. (edit.). *Derecho de los Consumidores*. 2a ed. (Santiago de Chile, Legal Publishing, Thomson Reuters) pp. 3-16.
- MONTECINOS ARAYA, Jorge (2007): “Aspectos tributarios de las indemnizaciones civiles”, GUZMÁN BRITO, Alejandro (edit.): *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas nacionales de Derecho Civil* (Santiago de Chile, Legal Publishing) pp. 891-909.
- NASSER OLEA, Marcelo (2013): “Art. 21” en PIZARRO WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI Iñigo (Dir.), BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores* (Santiago de Chile, Thomson Reuters) pp. 539-552.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2004): “La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte I: la oferta electrónica”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 10, N° 2: pp. 267-320.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): “La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II: la aceptación electrónica” *Revista Ius et Praxis*, vol. 11, N° 1: pp. 55-92.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2005): “La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte III: momento de formación del consentimiento electrónico”, *Revista Ius Et Praxis*, vol. 11, N° 2: pp. 273-302.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto y AGUIRRE VELOSO Patricio (2006): “La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte IV: El lugar de formación del consentimiento electrónico”, *Revista Ius Et Praxis*, vol. 12, N° 1: pp. 215-231.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013A): “Art. 3 bis” en PIZARRO WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI Iñigo (Dir.), BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 166-182.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2013B): “Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho de consumo chileno. Comentario a la sentencia de la Excm. Corte Suprema de 24 de abril de 2013” *Revista Ius Et Praxis*, vol. 19, N° 1: pp. 365-378.
- PIZARRO WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI Iñigo (Dir.), BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.) (2013): *La protección de los Derechos de los consumidores* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2013): “Art. 3 bis” en PIZARRO WILSON, Carlos y DE LA MAZA GAZMURI Iñigo (Dir.), BARRIENTOS CAMUS, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores* (Santiago de Chile, Thomson Reuters) pp. 151-165.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CÓDIGO CIVIL

Decreto Ley N° 825 (31/12/1974) Ley sobre impuesto a las ventas y servicios

Decreto Supremo N° 55 de Hacienda (02/02/1977) Reglamento de la Ley sobre impuestos a las ventas y servicios

Ley N° 19.496 (07/03/1997) Normas sobre protección de derecho de los consumidores.

Ley N° 19.983 (15/12/2004) Regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura.

JURISPRUDENCIA CITADA

EASTON MUEBLES LIMITADA CON AAA2K SOFTRAM COMPUTACIÓN LTDA. (2010): Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de octubre de 2010, Rol N° 674-2010, en Vlex, Código de búsqueda 226624095.

CASTILLO ACUÑA LUIS CON AUTOMOTORA PRIME (2011): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3 de febrero de 2011, Rol N° 148-2010, en Vlex, Código de búsqueda 339912818.

FUNDACIÓN EDUCACIÓN COLEGIO MADRES DOMINICAS CON ELECTRODIESEL O LECTRO-DIESEL LTDA. (2011): Corte de Apelaciones de Temuco, 26 de enero de 2011, Rol N° 1452-2010, en Vlex, Código de búsqueda 339819914.

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON COMERCIALIZADORA S.A. (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de diciembre de 2012, Rol N° 2661-2011, Thomson Reuters, Código de búsqueda CL/JUR/2729/2012.

RAMÓN ZAMBRANO MARDONES CON ÓPTICA ROTTER Y KRAUSS LIMITADA (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de abril de 2015, Rol N° 440-2014, en Thomson Reuters, Código de búsqueda CL/JUR/2067/2015.

LUIS PACHECO DÍAZ CON CENCOSUD RETAIL S.A. (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de junio de 2016, Rol N° 139-2016, en Vlex, Código de búsqueda 646930113.

ISAÍAS W. MALDONADO ARAVENA CON SEBASTIÁN FLORES CAÑAS (2016): Corte de Apelaciones de Valdivia, 8 de julio de 2016, Rol N° 34-2016, en Vlex, Código de búsqueda 646969417.

SCHWARZHaupt GUENEAU DE MUSSY ÚRSULA, PUYOL CRESPO JAIME Y FEUERHAKE MOLINA CECILIA CON COMERCIALIZADORA EL REGUE LIMITADA (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de julio de 2016, Rol N° 5-2016, en Vlex, Código de búsqueda 647744397.

ILUSTRE MUNICIPALIDAD DEL CARMEN CONTRA CECOR S.A. (2016): Corte de Apelaciones de Chillán, 17 de agosto de 2016, Rol N° 30-2016, en Vlex, Código de búsqueda 647348513.

ZEPEDA DUHALDE, MARNA CON VIAJES FALABELLA S.A. Y OTRO (2017): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 9 de enero de 2017, Rol No 168-2016, en Vlex, Código de búsqueda 658147677.

VIVIANA BUSTOS GUZMÁN CON AUTOMOTORA GILDEMEISTER S.A. (2017): Corte de Apelaciones de Iquique, 31 de enero de 2017, Rol N° 79-2016, en Vlex, Código de búsqueda 664014761.

SERNAC contra COMERCIAL ECCSA S.A. (2017): Corte Suprema, 2ª sala, de 8 de marzo de 2017, rol N° 1722/2017, Vlex, Código de búsqueda 670924205.

OTRAS REFERENCIAS

- CIRCULAR SII, N° 103 (14 de noviembre de 1979) disponible en <http://www.sii.cl/documentos/circulares/1979/circu103a.htm>, fecha de consulta 11 de noviembre de 2018.
- CIRCULAR SII N° 62 (28 de agosto de 1980), disponible en <http://www.sii.cl/documentos/circulares/1980/circu62a.htm>, fecha de consulta 11 de noviembre de 2018.
- CONSULTA SII, Identificador 001.030.1060.008 (24 de octubre de 2018), disponible en http://www.sii.cl/preguntas_frecuentes/iva/001_030_1060.htm, fecha de consulta 11 de noviembre de 2018.
- OFICIO DE LA SUBDIRECCIÓN NORMATIVA SII N° 157 (20 de enero de 2016), en <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2016/ventas/ja157.htm>, fecha de consulta 11 de noviembre de 2018.
- OFICIO DE LA SUBDIRECCIÓN NORMATIVA SII N° 2919 (9 de junio de 2006), <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2006/ventas/ja2919.htm>, fecha de consulta 11 de noviembre de 2018.
- RESOLUCIÓN EXENTA SII N° 5 (22 de enero de 2015), disponible en <http://www.sii.cl/documentos/resoluciones/2015/reso05.pdf>, fecha de consulta 11 de noviembre de 2018.
- RESOLUCIÓN EXENTA SII N° 51 (9 de junio de 2015), disponible en <http://www.sii.cl/documentos/resoluciones/2015/reso51.pdf>, fecha de consulta 11 de noviembre de 2018.
- RESOLUCIÓN EXENTA SII N° 52 (10 de junio de 2015), disponible en <http://www.sii.cl/documentos/resoluciones/2015/reso52.pdf>, fecha de consulta 11 de noviembre de 2018.
- RESOLUCIÓN EXENTA SII N° 66 (31 de julio de 2015), disponible en <http://www.sii.cl/documentos/resoluciones/2015/reso66.pdf>, fecha de consulta 11 de noviembre de 2018.

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo (2018): *Remedios contractuales - Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito* (Santiago, Thomson Reuters) 639 pp.

Este trabajo de los profesores de la Universidad de Chile, Hugo Cárdenas y Ricardo Reveco se nos presenta como un esfuerzo por aunar en una sola obra diversas herramientas jurídicas de que está premunido el acreedor para la satisfacción de su crédito (en otras palabras, remedios contractuales). La obra comienza con una introducción de corte doctrinal, alusiva a lo que en Chile y a nivel comparado (*hard-law* y *soft-law*) se entiende como responsabilidad contractual (Primera Parte); y continúa luego con un tratamiento de los remedios contractuales *ex-ante* incumplimiento del deudor (Segunda Parte) y *ex-post* incumplimiento del deudor (Tercera Parte). Finalmente, se estudia la alteración que experimentan los mismos cuando el deudor se encuentra en una situación de insolvencia (Cuarta Parte).

La primera parte, titulada “El problema de la responsabilidad contractual”, opera como una suerte de introducción y expone los cimientos y estructura a partir de los cuales se construye el análisis de la obra. Se exponen interesantes discusiones, tales como la distinción entre incumplimiento contractual e incumplimiento de la obligación; qué se entiende en Chile por incumplimiento, donde los autores exploran la controvertida frontera entre las obligaciones de medio y de resultado; los presupuestos de la imputación subjetiva y objetiva; y la acreditación de la debida diligencia y del caso fortuito como exoneraciones de responsabilidad. Los autores vuelven más adelante sobre varias de estas discusiones.

Siguiendo los criterios del llamado nuevo Derecho de los contratos, Cárdenas y Reveco dan por superada la clásica concepción del contrato como acuerdo de voluntades, alejada del tráfico jurídico y de las necesidades reales de los contratantes, y proponen en su reemplazo un concepto funcional del contrato, como vehículo para satisfacer intereses de las partes. A lo anterior, se añade una propuesta de cambio en la concepción del objeto, desde aquella proporcionada por la teoría clásica del acto jurídico (comprendido tradicionalmente como un objeto real), hacia un nuevo concepto ideal del objeto (comprendido como un resultado garantizado por el deudor al acreedor).

De esta concepción funcional del contrato se desprende una teoría unitaria del incumplimiento contractual, entendiéndose como una divergencia entre un resultado ideal y un resultado real (o, en otras palabras, una transgresión al principio de conformidad entre resultados que debería regir en materia contractual). Esta concepción torna inútiles las distinciones entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, así como la debida diligencia (y, en general, todo análisis de anti-juridicidad) como causal exoneratoria de responsabilidad contractual. En todo caso, a pesar de inclinarse por esta posición, los autores indican que su adopción implica serias dificultades de adecuación con nuestra tradición y ordenamiento jurídico.

Finaliza la primera parte de la obra con un análisis de los diferentes procesos de armonización del derecho a través de instrumentos de *soft law* (entre los cuales se revisan los “Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales” y los “Principios Europeos del Derecho de los Contratos”), cercanos en su mayoría a la idea de contrato como una herramienta de intercambio de bienes y servicios. Se analizan también las últi-

mas reformas en esta materia a los Códigos Civiles alemán y francés, y la nueva normativa del Código Civil y de Comercio argentino, algunas inspiradas en los instrumentos de derecho uniforme. Destacamos, en esta materia, que los autores no caen en la tentación de adoptar de manera acrítica y desarticulada las teorías y criterios de los instrumentos normativos foráneos. Prueba de lo anterior es que, a lo largo de la obra, se deslizan varias interrogantes respecto a la conveniencia o no de implementar reformas en algunos ámbitos de nuestra legislación, siguiendo el ejemplo de otras naciones. Así, por ejemplo, se alude a la regulación de la excepción de contrato no cumplido en Francia y Alemania, separada de la purga de la mora, o a la facultad de ejercicio unilateral y extrajudicial de la resolución contractual por parte del acreedor, incluida en las últimas reformas al derecho de las obligaciones francés y argentino.

La segunda parte, titulada “Remedios preventivos”, a diferencia de la primera (de corte principalmente doctrinal), propone un verdadero manual, no exhaustivo pero de gran utilidad práctica, de cláusulas relacionadas, directa o indirectamente con la responsabilidad contractual, de uso frecuente en contratos. Aconsejamos la lectura y consulta de esta parte de la obra a cualquier abogado que se desenvuelva en el mundo del derecho privado patrimonial.

Esta parte de la obra se estructura en varios capítulos que abordan cada una de las cláusulas seleccionadas, entregando una pequeña noción, una descripción de sus efectos (con amplio apoyo jurisprudencial), y un modelo de redacción. Asimismo, el estudio de las cláusulas provenientes del mundo anglosajón contempla, en varios casos, un análisis respecto a la forma de adecuarlas a la tradición continental, insertándolas en nuestro ordenamiento jurídico.

Bajo el nombre de cláusulas relativas a la asignación de riesgos, se tratan, entre otras, las cláusulas de declaración y garantía, de origen anglosajón y utilizadas muchas veces sin mayor reflexión en cuanto a su naturaleza y efectos; las cláusulas de indemnidad (como un complemento reactivo a las declaraciones y garantías); y la cláusula de *hardship*, concebida como una manera de mitigar las dificultades que genera en Chile la incertidumbre respecto a la acogida o no de la teoría de la imprevisión.

Asimismo, en el ámbito de la ejecución del contrato, se abordan las cláusulas de confidencialidad y de no competencia, y se proporcionan al lector importantes claves relacionadas a la licitud y eficacia de las mismas, con apoyo jurisprudencial en sede ordinaria, especial y arbitral.

Finalmente, con relación a esta segunda parte del trabajo, nos queremos detener especialmente en el capítulo en que los autores analizan los efectos del pacto comisorio calificado o con cláusula de *ipso facto*, respecto de contratos distintos a la compraventa, lo que en doctrina se ha denominado “pacto comisorio calificado atípico”. Respecto a esta materia, la discusión se ha centrado, entre otras cosas, en la aplicación analógica de las disposiciones de la compraventa a otros contratos y, como consecuencia de ello, (i) la imposibilidad de predicar un auténtico efecto *ipso iure* respecto de estos pactos; (ii) la existencia de una facultad genérica por parte del deudor de enervar la acción, pagando dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación judicial de la demanda; y (iii) la aplicación de los plazos de prescripción de la acción. Con relación a las interrogantes expuestas, los autores tienden a pronunciarse a favor de la primacía de la autonomía de la voluntad por sobre una aplicación analógica pura, tanto con sustento doctrinario como jurisprudencial.

En la tercera parte, “Remedios reactivos ante el incumplimiento”, los autores analizan aquellos remedios de que se encuentra premunido el acreedor una vez que el contrato se ha incumplido. Esta parte dedica sus páginas en detalle a las acciones de cumplimiento específico, de indemnización de perjuicios y resolutoria, así como a la llamada excepción de contrato no cumplido.

Al respecto, destacamos especialmente el completo estudio respecto de la acción indemnizatoria, presentando diversas teorías acerca de su naturaleza jurídica: la misma obligación principal pero con diverso objeto, o nueva obligación nacida del ilícito civil; cuestiones respecto a su posible carácter autónomo respecto de las acciones de cumplimiento específico y resolutoria; y dudas respecto al destino que tendría el contrato después de su ejercicio, para lo que se sugiere concebir la indemnización de perjuicios como modo de extinguir el contrato en algunas ocasiones.

Comentario aparte merece el tratamiento por parte de los autores de los requisitos para el ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios, refiriéndose de forma sintética pero iluminadora a las oscuras materias de la causalidad, la imputabilidad y la previsibilidad. Sobre esta última, además de proporcionar ciertas claves históricas e interpretativas respecto al artículo 1558 del Código Civil, los autores presentan un nutrido recuento jurisprudencial, y conectan inteligentemente el requisito de previsibilidad con el daño emergente, el lucro cesante (en que la previsibilidad se encuentra estrechamente vinculada a la certeza del daño) y los daños extra-patrimoniales.

Debe destacarse el estudio que hacen los autores sobre la excepción de contrato no cumplido (o excepción de inejecución). Al respecto, presentan interesantes discusiones acerca de sus fundamentos: la buena fe contractual, la causa, y la reciprocidad e interdependencia del sinalagma; de su consagración en el artículo 1552 del Código Civil; de la posibilidad de oponerla eficazmente ante el ejercicio de una acción de indemnización de perjuicios o resolutoria; de la carga de la prueba; y de la posibilidad de oponer una “excepción de contrato cumplido” pero de manera imperfecta, defectuosa o tardía.

En esta materia, resulta particularmente interesante la reflexión respecto al efecto paralizador del acogimiento de una excepción de contrato no cumplido. Acoger esta excepción no extingue el contrato ni las obligaciones; ni tiene como efecto directo forzar la ejecución de la obligación correlativa de la parte contra la cual se opuso. Lo que ocurre, como bien puntualizan los autores, es que la obligación y el contrato quedan literalmente “en el aire”, a la espera de que transcurran los plazos de prescripción correspondientes o de que se dé el cumplimiento voluntario.

La cuarta parte y final, “Los remedios contractuales del acreedor ante la insolvencia del deudor”, es la más breve de la obra. En ella, los autores abordan los efectos que genera la insolvencia en algunos de los remedios contractuales analizados en la segunda y tercera parte del libro, distinguiendo entre los efectos que genera el inicio de un procedimiento concursal de reorganización y el inicio de un procedimiento concursal de liquidación, ambos desde el punto de vista de la empresa deudora.

Es meritorio que se incluya en este tratamiento más bien de derecho civil una materia comúnmente tratada por el derecho comercial. Lamentablemente, esta parte es la menos rica desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial, lo que se debe fundamentalmente a lo reciente de las disposiciones legales.

La cuarta parte culmina con un tratamiento sintético pero iluminador de las acciones revocatorias concursales. El análisis de estas acciones nos recuerda también a la acción oblicua o subrogatoria, tradicionalmente enumerada dentro de los derechos auxiliares del acreedor, pero cuyo tratamiento es omitido en esta obra. Llama la atención que, a pesar de la gran variedad de temas cubiertos, esta acción no se incluyera. Como herramienta jurídica tendiente a la satisfacción del crédito del acreedor, su inclusión en alguna parte de la obra (probablemente la tercera o la cuarta) sería muy bienvenida en una próxima edición.

La obra de Cárdenas y Reveco contiene un significativo aporte al tratamiento de la responsabilidad contractual en Chile, con un excelente trabajo a nivel dogmático y con un extraordinario manejo de las fuentes jurisprudenciales, incluidas sentencias arbitrales que no siempre son de fácil acceso.

CARLOS ALCALDE ARAYA
Universidad los Andes

NAVAS MONDACA, Iván (2018): *Deberes Negativos y Positivos en Derecho Penal. Sobre los deberes de solidaridad y cooperación en un Estado liberal* (Valencia, Tirant Lo Blanch), 96 pp.

Para quienes oscilamos constantemente entre la filosofía y el derecho, el trabajo de Iván Navas nos pone un aprieto de índole práctico. Nos complica el estante del librero en el cual ubicarlo. Dado el título del mismo, y su referencia directa al Derecho Penal, la elección parece fácil: su lugar está junto a los demás textos dedicados al estudio dogmático del derecho positivo. El problema, empero, es que una vez terminada la lectura del mismo surge una sensación de incomodidad. Este libro trata cuestiones tales como los deberes que emanan del ser humano y del Estado por el mero hecho de desenvolvernos en un contexto intersubjetivo como lo es una comunidad política, por lo que su contenido va mucho más allá del estudio de conductas consideradas como ilícitas por una regulación positiva en particular. Lo anterior me ha llevado a optar por dejarlo entre medio de ambos estantes, dando a entender de que se trata de un trabajo que, comenzando desde la regulación particular, se eleva reflexivamente hacia las preguntas fundamentales que los seres humanos nos hacemos respecto a la configuración de la dimensión política de nuestra existencia.

El autor comienza elucidando de manera clara y distinta la idea que se encuentra en la base de, y que por lo tanto guía, su pensamiento. Señala que, “desde una perspectiva normativa de la responsabilidad penal, el fundamento de esta viene dado por la existencia y vulneración de deberes negativos y deberes positivos” (p. 19). Esto significa que, a diferencia de la dogmática penal imperante en nuestro país, Navas intenta dejar atrás la articulación de la responsabilidad penal a partir del concepto de “bien jurídico” y, en cambio, postula que esta se ha de configurar sobre la base de deberes, los cuales pueden ser positivos o negativos. En palabras del autor, “la responsabilidad no surge por afectaciones o menoscabos naturalistas a cosas u objetos, sino que surge por la infracción de deberes” (p. 20).

La estructura del texto responde justamente a la distinción que hace el autor entre deberes positivos y negativos como fundamento de la responsabilidad penal. La primera parte la dedica a los deberes negativos, mientras que la segunda a los positivos. La premisa filosófica que utiliza Navas para justificar el primer tipo de deberes (los negativos) es que, dado que necesariamente nos desenvolvemos en un contexto político social, los seres humanos tenemos que respetarnos los unos a los otros. Este respeto, empero, toma una forma bastante específica desde el punto de vista jurídico, toda vez que nos obliga a evitar, dentro de los límites de lo humanamente posible, generar un daño al otro. Es decir, se configura como “un estatus general ‘según el cual’ toda persona debe mantener su ámbito de organización bajo una configuración inocua para terceros, debe –en otras palabras– procurar que no se genere un *output* dañino o lesivo para terceros” (p. 22). Ahora bien, aun cuando la perspectiva teórica desde la cual se aproxima el autor a la responsabilidad penal es de por sí encomiable, llama aun más la atención una de las consecuencias que tiene para la praxis penal. Como bien indica Navas, el pensamiento que vierte en esta obra lleva a concluir “que la tradicional distinción entre acción y omisión se convierte en una cuestión de menor importancia, pues lo fundamental bajo dicho planteamiento es no dañar a otro” (p. 22). Es decir, si ya no se piensa que el origen de la responsabilidad penal está en la afec-

tación de un bien, sino en la infracción de un deber, pasa a ser indiferente el modo en el que se incumple dicho deber. Las series causales del mundo fenoménico, así como el iniciador de las mismas, pasan a ser indiferentes desde el punto de vista jurídico. Lo relevante es si el sujeto cumplió o no con el deber de no dañar a un tercero. Es el incumplimiento de dicho deber el que da origen a la responsabilidad penal, sin importar el modo específico en que este se produce.

En la segunda parte de su libro, Navas desarrolla la idea de que la responsabilidad penal no tiene su origen únicamente en el incumplimiento de una obligación socialmente establecida de no-hacer. Muy por el contrario, las relaciones interpersonales que surgen como consecuencia de formar parte de una misma comunidad jurídica hacen surgir deberes positivos para con los demás. En palabras del autor, “una sociedad no solo se construye a partir de la existencia de deberes negativos de no dañar, sino que también se organiza mediante la existencia de deberes positivos que fomenten el bienestar de otros, pues el ser humano depende en diversas situaciones de estos otros para la conformación de su propia libertad. Al respecto, no puede desconocerse una situación propia de la realidad social a menos que se quiera tapar el sol con un dedo” (p. 41). Puesto de otro modo, los seres humanos no somos entes que nos desenvolvemos de manera exclusivamente individual en el mundo. Hay algo en nosotros (aunque no sabemos muy bien qué es) que nos lleva a socializar con otros.

Ahora bien, este trato con los demás no es (o más bien no debiese ser) meramente utilitarista. Es decir, no es que interactúo con otro solo en cuanto ello me reporte posteriormente algún beneficio. Muy por el contrario, al relacionarme con otro, lo reconozco en tanto otro, pero al mismo tiempo en tanto igual. La lógica que sigue el autor es que este reconocimiento de aquella igualdad fundamental del otro no es indiferente desde el punto de vista jurídico. A partir de ella es que se puede justificar que los seres humanos tenemos deberes positivos, obligaciones de hacer, para con los demás. Más relevante aún es que el incumplimiento de los mismos no es reprochable meramente desde una perspectiva ética, sino que puede generar responsabilidad penal (como en el caso de la omisión de socorro tipificada en el artículo 494.14 de nuestro Código Penal). En palabras sencillas, los seres humanos, por el mero hecho de ser humanos y formar parte de una misma comunidad política, tenemos obligaciones (deberes positivos) para con los demás cuya infracción legitima al Estado para sancionarnos penalmente. En palabras del autor, “el ejercicio de un deber positivo de ayuda o colaboración respecto de otra esfera jurídica no solo reportan utilidad al beneficiario del deber positivo, esto es, al necesitado, sino que también posee una dimensión de utilidad general que alcanza tanto a los ciudadanos como al propio Estado” (p. 42).

Llegados a este punto, claras debiesen estar las razones que nos llevaron a comenzar esta recensión señalando que no resulta fácil ubicar el libro de Iván Navas dentro de las clásicas categorías propias del derecho. El análisis que en él hace supone una visión del ser humano y del mundo que le proporciona al texto una densidad poco común en textos jurídico-penales. Cabe, además, agregar que en esta obra se formula también una crítica a la concepción moderna-liberal de Estado. En efecto, el autor da a entender que a la concepción liberal tecnificada de Estado se le escapan aspectos fundamentales de la existencia humana, tales como la solidaridad, que no debiesen ser ajenas al fenómeno jurídico. En

palabras de Navas, “parece sensato afirmar que en las sociedades basadas en el respeto de ciertos derechos fundamentales de la persona humana existan deberes exigibles de solidaridad entre los miembros de la comunidad dado que se tratan de una reciprocidad mínima que nos debemos los unos con los otros al forma parte de la sociedad” (p. 70). Es decir, está también presente un cuestionamiento respecto a la función del Estado frente al individuo y su facticidad. El Estado, parece indicar Navas, no es una institución encargada meramente de proteger aquella esfera privada de los miembros de una comunidad, sino que puede (y debe) exigir de los ciudadanos un mínimo de preocupación para con los demás.

En definitiva, *Deberes Negativos y Positivos en Derecho Penal. Sobre los deberes de solidaridad y cooperación en un Estado liberal*, es una obra a la que vale la pena prestar atención. Ella logra elevarse por sobre la discusión normativo-positivista propia de gran parte de los textos penales nacionales, y fundamentar un Derecho Penal que toma en consideración la facticidad y politicidad de los seres humanos.

DIEGO PÉREZ LASSERRE
Universidad San Sebastián

ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2018): *La crítica al discurso de los Derechos Humanos. El origen* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch) 419 pp.

El profesor de Derecho Constitucional y Director de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Julio Alvear Téllez, ha publicado recientemente un libro que dará mucho que hablar. Su propósito es “estudiar la crítica *no progresista* al discurso de los derechos humanos” (p. 22), usando una metodología histórica y conceptual (p. 23).

La obra de Alvear se compone de ocho capítulos. En el primero muestra la relación entre el estado moderno y los derechos humanos, explicando la tensión entre las libertades abstractas que promovían las constituciones escritas con “el poder omnímodo del Estado Laico” (p. 29). El abogado relaciona la secularización, que rompe con todo vínculo trascendente en la sociedad política, y el surgimiento del Estado moderno todo poderoso, que ya no está sometido a nada superior a él (p. 67).

El segundo capítulo es más histórico. En él, nuestro autor, se hace cargo de los orígenes los derechos de humanos: la Declaración de los derechos del hombre en 1789. Nos muestra cómo, con esta declaración, se buscó “construir una sociedad como *tabula rasa*” (p. 76) siguiendo un ideal ilustrado que planeaba idear una sociedad desde arriba hacia abajo, sin importar las concreciones históricas de cada pueblo. También analiza el concepto de libertad moderna contrastándolo con la libertad clásica (p. 91 y ss.).

En el tercer capítulo, siguiendo con una metodología histórica, Alvear nos muestra cómo la Declaración, más que ampliar las libertades de los ciudadanos, se usó como un mecanismo brutal de persecución a todo vestigio del Antiguo Régimen. El abogado documenta muchas de las atrocidades cometidas por los revolucionarios franceses contra los cristianos (p. 161).

El cuarto capítulo lo dedica al concepto de igualdad, a las consecuencias en el orden social de “quebrar este orden natural, individual y social, para establecer la ‘Igualdad’ (así en abstracto)” (p. 168). Destaca, también, en este capítulo, la crítica a la ideología de género (pp. 188-194).

El quinto capítulo profundiza en un concepto que trata brevemente en el capítulo dos, el de la libertad del liberalismo. Argumenta que la libertad moderna es una libertad entendida como emancipación o liberación (libertad de coacción externa), distinta de la libertad de albedrío clásica (p. 199-201). También, profundiza en distintas dimensiones de la libertad moderna: libertad de expresión y de pensamiento (p. 206 y ss.), de conciencia (p. 221 y ss.); así como la negación del bien común en el liberalismo (pp. 249 y ss.).

El capítulo sexto lo dedica a la constitución *Dignitates Humanae* del Concilio Vaticano II. Alvear muestra cómo se cambió la enseñanza tradicional de la iglesia con respecto a las demás religiones: los esfuerzos por reemplazar la palabra tolerancia, que implicaba que se toleraba un mal, por la de libertad religiosa, que implicaba una igualdad con las otras religiones y el abandono de la máxima *extra Ecclesiam nulla salus* (“fuera de la Iglesia no hay salvación”). Se documenta con lujo de detalles cómo fue la redacción del documento: los borradores del texto, las peticiones de enmienda, los acalorados debates entre los padres conciliares, etc.

Por último, el capítulo siete nuestro autor lo dedica al uso de los Derechos Humanos como instrumento revolucionario. Aquí trata su vínculo con el concepto de derecho subjetivo (pp. 354 y ss.), su lenguaje abstracto (pp. 360 y ss.), la libertad de emancipación (pp. 365 y ss.), y su mutación en la posmodernidad (pp. 373 y ss.).

El libro de Julio Alvear es, sin lugar a duda, una obra provocadora, publicada en un mundo posmoderno en donde muy pocos se atreven a cuestionar las ideas en boga. Y lo hace con abundantes argumentos y fuentes. Sorprende el dominio de gran cantidad de autores a lo largo de la obra: desde tradicionalistas –como De Maistre, Gamba, Oliveira, entre otros– hasta posmarxistas de la Escuela de Frankfurt –como Marcuse, Horkheimer o Habermas–, por mencionar algunos.

Su libro podría leerse como una vuelta al sentido común, una defensa de los fueros de la realidad política concreta de cada pueblo en cada tiempo, frente a la abstracción de la modernidad que intenta diseñar una sociedad desde cero.

JOSÉ ANTONIO VIDAL ROBSON
Universidad de los Andes

JAKŠIĆ, Iván y AVILÉS, Tania (2017): *Cuadernos de Londres*. (Santiago de Chile, Universitaria), 904 p.

El impresionante trabajo de transcripción de los manuscritos y notas que testimonian el paso de Bello por la biblioteca del Museo Británico –denominados *Cuadernos de Londres*–, son una obra indispensable para definir la compleja identidad intelectual de uno de los hombres más importantes de la construcción de Estado en Chile. Los manuscritos, tratan sobre sus principales intereses filológicos y literarios, en particular, el surgimiento de las lenguas romances tras la disolución del Imperio Romano, el origen del idioma español –tema especialmente relacionado con el *Poema del Cid*, temática que será central en su vida y que le apasionará hasta su muerte–, entre otros asuntos específicos relativos a la versificación, la prosodia y el surgimiento de la asonancia en el latín y en las lenguas romances.

Las dificultades para reseñar una obra de esta envergadura, no son pocas. Además, en estos años Bello parece guardar silencio: son escasas las notas y apuntes que toma. Entre sus penurias económicas y el dolor de la muerte de su primera mujer y varios de sus hijos, es casi un monje copista: solo transcribe en griego, en latín, en español y francés antiguo, analizado cantares de gesta, romances y crónicas. Sin embargo, en lo que al derecho respecta, dos aspectos nos parecen relevantes de comentar.

En primer lugar, la importancia que Bello le otorga a la ley en tanto fuente formal del derecho, ha suscitado agudas disputas entre los estudiosos. Para algunos, como los juristas Hugo Hanish, Alamiro de Ávila Martel, o historiadores del derecho como Jaime Eyzaguirre, Bello, en algún sentido, es el iniciador del iuspositivismo en Chile. Para otros, como el historiador jesuita Walter Hanish, el venezolano Rafael Caldera, o el romanista Alejandro Guzmán Brito, Bello es un iusnaturalista, que solo tomó los aspectos aprovechables de otras tradiciones de pensamiento con las que tuvo contacto, pero sin abandonar su conexión primaria con el derecho natural.

Sin embargo, como se puede leer en su correspondencia –donde pareciera encontrarse su pensamiento más genuino y que convendría releer a la luz de los *Cuadernos*–, Bello no fue un pensador puramente teórico. Sus ideas e intereses intelectuales están teñidos de elementos patéticos: la constante melancolía por la “zona tórrida”, su nostalgia por los tiempos de paz y seguridad de los últimos años de la Corona, algo dicen sobre su *forma mentis*. Así, si bien Bello fue formado en Caracas en la filosofía escolástica, fue también un “hombre poroso” –como diría Alfredo Jocelyn-Holt en *El peso de la noche*–. Bello a lo largo de su vida fue incorporando distintos elementos de otras tradiciones de pensamiento, tanto del utilitarismo inglés –del cual se nutrió en Londres, mientras transcribía los manuscritos de Bentham por encargo de James Mill, padre de John Stuart–, como del historicismo alemán, todas las cuales influirán posteriormente en su actividad jurídica. Con todo, creemos que, en lo que a la ley respecta, la mentalidad de Bello está más cerca a la de un antiguo y no a la de un moderno. No olvidemos que la ley para los romanos era sagrada e inmutable, como lo muestra Fustel de Coulanges en *La Ciudad Antigua*. Esto explica, también, el influjo que ejerció sobre él la gran obra, admirada por todos en su tiempo: el *Code civil des Français*, que además era visto como la cumbre de la ciencia jurídica del derecho natural en su versión

racionalista. Bello, al definir la ley como “declaración de la voluntad soberana” (art. 1° del *Código Civil*) rinde también un homenaje a esta obra.

Dada la preparación legal que Bello traía al llegar a Chile, es muy probable que su plena maduración jurídica la haya alcanzado en paralelo a su experiencia de estudio en la biblioteca del Museo Británico (1810-1829). Según confidenció a los hermanos Amunátegui, en Caracas hizo estudios de derecho, pero no sabemos hasta qué punto profundizó en ellos. Como fuere, aunque en estos *Cuadernos* no existen transcripciones ni anotaciones sobre sus posteriores intereses jurídicos que desarrollará largamente en Chile, compartimos la opinión de los editores de que, a partir de sus estudios del lenguaje, Bello se encuentra con su íntima definición de ley. Si bien Bello no sigue la de las *Partidas*, en los *Cuadernos* utiliza varias de sus leyes. Por ejemplo, en el Cuaderno IX (p. 440-441), transcribe la ley 18 de la primera partida, que trata sobre la importancia de no derogar la ley sin causa razonable, “desatadas no deben ser las leyes, por ninguna manera, fueras ende si ellas con fueses tales, que desatasen el bien que debían hacer”. Sin duda que esta partida coincide con el espíritu del título preliminar del *Código Civil* (art. 1 al 58), de que la ley es permanente, desde su publicación hasta su derogación.

Sin embargo, creemos junto con Jakšić, que su visión de la ley se vio influida sobre todo por una fuente no jurídica, más remota e indirecta, de carácter literaria: el *Poema del Cid*. En efecto, Bello conoció la epopeya apenas llegó a Londres, a partir de la célebre crónica de Tomás Antonio Sánchez que estaba en la biblioteca de su amigo Francisco de Miranda y que estudió en profundidad en los *Cuadernos* (fundamentalmente en el V, VI y XIV). Bello quería, a través del estudio de distintas crónicas sobre el Cid, redactar una nueva edición mejorada del poema, que subsanara los defectos de la de Sánchez, que adolecía de numerosos yerros. En efecto, el poema, escrito según las investigaciones contemporáneas por un experimentado abogado llamado Per Abbat, muestra cómo se aplicaba el derecho común en la época del Cid. Como ha mostrado Eduardo de Hinojosa, el derecho en el Cid está presente en las clases sociales, en las relaciones entre el rey y las cortes, en contratos como el préstamo prendario, en el matrimonio y sobre todo en el riego o duelo judicial reservado a la nobleza. Esta última institución tiene para nosotros especial significación, puesto que el Cid confía en el derecho como medio para zanjar sus pleitos y resarcir los daños ocasionados a la honra de sus hijas. Este episodio es conocido como la afrenta de Corpes, que Bello distinguió por primera vez como un cantar distinto de los dos primeros (p. 648 y ss.). Además, en los *Cuadernos* estudia con denuedo las causas del destierro del Cid (p. 614 y ss., p. 624 y ss., p. 629 y ss., entre otros pasajes) y el amor de este por la ley. Es clara que su identificación con el destierro tiene raíces autobiográficas, tanto de sí mismo como del “destierro” de los países hispanoamericanos hacia la modernidad. En una carta a Felipe Pardo Aliaga en 1839, Bello confidencia: “aquí me tiene Ud., ciudadano chileno por la ley, y padre de chilenos, y empleado hace más de diez años por el gobierno, y sin embargo de todo eso tan extranjero como si hubiera acabado de saltar en tierra, en la opinión de casi todos los chilenos”.

Así, dado que Bello no es un abogado de formación, sino un humanista en el amplio sentido de la palabra, no es aventurado concluir que la importancia que le otorga a la ley en el *Código Civil*, en perjuicio de otras fuentes del derecho que tenían relevancia en el

derecho indiano –como la costumbre–, guarde relación con aspectos meta-jurídicos, que están relacionados con su identificación personal con el *Poema del Cid* y su actitud frente a las circunstancias histórico-jurídicas de las nacientes naciones hispanoamericanas. En el fondo, la ley en Bello es un acto de admiración por el héroe de la moderación que encarna Rodrigo Díaz de Vivar –la *modestia principis moderatioque*–, como lo ha llamado Ramón Menéndez Pidal en *La España del Cid*.

En segundo lugar, en relación a la visión de Bello sobre el derecho público, creemos que los *Cuadernos* aportan nuevos elementos de interpretación que permiten releer sus ideas y sus posiciones políticas. Ya en Caracas, Bello incorporó a su formación profesional el derecho indiano –que, como sabemos, era fundamentalmente derecho público– desde la experiencia misma como un funcionario de la Corona española. Como es sabido, una vez que la monarquía comenzó a desaparecer del horizonte político, Bello transitó lentamente hacia el convencimiento de que la República era la única forma de gobierno posible, lo que ha sido leído por algunos autores como una evolución hacia el liberalismo político. Sin embargo, en este nuevo escenario, sus pasiones no se volcaron con el mismo ahínco hacia las instituciones liberales de derecho público. Tal como se lo confidenció a Manuel Ancízar en una carta de 1856, a los 75 años de edad “las ideas añejas forman casi todo el ajuar de mi cerebro, a lo menos en materias políticas (...) no pertenezco a ninguna bandera, y lo que profeso (en mi conciencia) es el escepticismo”.

Bello, siendo de talante distinto a Diego Portales, tenían, sin embargo, una visión semejante sobre las constituciones escritas, las que les parecían instrumentales. El genial Joaquín Edwards Bello da en el clavo cuando en *Mitópolis* declara que tanto su bisabuelo como Portales son “más hijos del sistema colonial que de los bochinchos revolucionarios”. A Bello, en verdad, le interesa la monarquía no tanto como forma de gobierno, sino como *imperium* que otorga unidad civilizatoria en la religión, las artes, la lengua y ante todo el derecho. En sus trabajos filológicos, había estudiado el surgimiento de las lenguas romances y temía que Hispanoamérica se fragmentara, tal como el Imperio Romano: una disgregación de lenguas y de reinos, que eclosionaran la unidad de civilización. De allí, por ejemplo, su interés por la célebre *Historia Karoli Magni et Rotholandi* o *Crónica de Turptín* (p. 245) que relata las apócrifas hazañas de Carlomagno. Esta crónica le apasiona, y la solía comentar a sus amigos más íntimos. En buena parte, creemos que su interés por los cantares de gesta no es accidental en su experiencia intelectual y política. No olvidemos que los cantares buscaban precisamente modelar el presente sobre el pasado. De ahí su inclinación por gobernantes que tuvieron intereses imperiales, como Alfonso X, el autor de las *Partidas*, el mismo Carlomagno y también el Cid, quien es fiel al rey de León, Alfonso VI, aun cuando este lo desterró. Para un castellano de la época era muy difícil obedecer a la ley, dado el carácter casuístico de su derecho, a diferencia del leonés que resaltaba la autoridad del monarca por sobre otras fuentes creadoras de normas jurídicas. Visto de este modo, la conocida crítica de Lastarria hacia Bello de ser el “corifeo de la contrarrevolución” tiene cierto asidero. El punto central reside, no obstante, en que la revolución de Lastarria era diferente a la de Bello. La de este último fue moldeada por su *imago mundi* hispanoamericana y no por el afrancesamiento romántico del incipiente liberalismo chileno, el que, en lo que

a instituciones respecta, se traducía en trasplantar pura y simplemente a Chile aquellas del constitucionalismo liberal.

Nos parece que Iván Jakšić, que es el primer historiador en interesarse seriamente por estos *Cuadernos*, logra un punto crítico notable al captar el origen de la pasión por el orden de Bello. Con todo, pensamos que, a la luz de los *Cuadernos*, cobra sentido relacionar a Bello con la Ilustración nacional y católica. En efecto, como lo sostuvo Mario Góngora y últimamente Bernardino Bravo Lira, en los países hispanoamericanos, donde no hubo revolución francesa, la Ilustración fue ecléctica, limitada dentro de los márgenes catolicismo histórico hispánico. Bello parece ser hijo de este escenario de ideas y actitudes, que los *Cuadernos de Londres* hacen público. Así y todo, este enorme trabajo merece una mayor atención por parte de los especialistas de la literatura y todos aquellos con interés en el estudio de las instituciones histórico-jurídicas y la historia institucional de Chile en general.

LUIS ROBERT VALDÉS
Centro de Estudios IdeaPaís

CRÓNICA DEL “XX CONGRESO GENERAL DE LA ACADEMIA INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO” (FUKUOKA 2018)

CHRONICLE OF THE “XX GENERAL CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW” (FUKUOKA 2018)

EFRÉN CHÁVEZ HERNÁNDEZ*

LA ACADEMIA Y EL CONGRESO 2018

Del 22 al 28 de julio de 2018 se realizó en la ciudad de Fukuoka, Japón el “XX Congreso General de la Academia Internacional de Derecho Comparado” organizado por dicha Academia con la colaboración de la Universidad de Kyushu.

La Academia es una asociación compuesta por especialistas que trabajan en el campo del derecho comparado. Su objetivo es el estudio comparativo del sistema jurídico; esto se realiza mediante la realización de congresos generales cuatrienales y congresos temáticos; así como por publicaciones; cooperación con instituciones similares, y otros medios (Estatutos de la Academia, numerales VI, II y III)¹.

Cada cuatro años se realiza un congreso general al cual acuden estudiosos del derecho provenientes de múltiples regiones y sistemas jurídicos en todo el mundo, a fin de analizar los temas actuales a la luz del derecho comparado. En esta ocasión, se realizó por primera vez en el continente asiático: en Japón. Participaron más de 650 personas provenientes de diversos países como Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea del Sur, Croacia, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos, Filipinas, Finlandia, Francia, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Taiwán, Uruguay y México.

Los temas que abordó el congreso abarcaron diversas ramas del derecho, a saber: derecho civil, penal, administrativo, constitucional, mercantil, procesal, del trabajo, sociología jurídica, derecho económico, internacional público y privado, derechos humanos, entre otros.

Cada uno de los temas analizados contó con un coordinador denominado reportero general, quien se encargó de recopilar los informes enviados por los juristas de diversos países (denominados “reporteros nacionales”). Dicho reportero general, normalmente un destacado profesor, elaboró un “reporte general” de la situación del tema y lo expuso du-

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Académico en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y en la Facultad de Derecho de la UNAM. Dirección postal: Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, 04510, Ciudad de México, México. Dirección de correo electrónico: efren.chavez@unam.mx.

¹ Más información de la Academia, puede consultarse en su página electrónica: <https://aidc-iacl.org/>

rante el congreso. En algunas mesas, los reporteros nacionales también tuvieron una breve participación en el congreso, exponiendo la situación en sus respectivos países.

Así, el Congreso abordó veintinueve mesas temáticas las cuales elaboraron sendos reportes generales del tema analizado, a partir de los reportes nacionales previamente enviados. Además, veintitrés temas específicos discutidos mediante el formato de mesa redonda, grupo de trabajo o coloquio. Y un congreso temático referido a derecho y tecnología, que incluyó cuatro mesas de análisis².

Las mesas temáticas estudiaron temas actuales en diversas ramas del derecho, por ejemplo, en cuestiones de **derecho constitucional** se discutieron los procedimientos formales e informales de reforma constitucional, así como la problemática en la teoría jurídica para reconciliar el pluralismo jurídico con el constitucionalismo, en la era de la mundialización. Respecto a los **derechos humanos**, se presentaron investigaciones sobre el derecho al olvido; la protección de datos en Internet; la confidencialidad de la correspondencia con el abogado como garantía necesaria del derecho a un juicio justo; así como, la lucha contra la pobreza y el derecho al desarrollo. También, vinculándose con el **derecho penal**, se estudió el tópico de la delincuencia juvenil bajo los recientes desarrollos de los derechos de los niños: el niño como infractor y como víctima del delito.

En cuanto al **derecho ambiental**, se consideró las cuestiones respecto al cambio climático y las responsabilidades individuales; así como la propiedad frente al desafío de los bienes comunes. El **derecho del trabajo y de la seguridad social** también estuvo presente con la discusión del papel de la negociación colectiva en los regímenes laborales; los aspectos jurídicos de las pruebas genéticas en materia de seguros y empleo; y, la solidaridad entre generaciones.

Referente al **derecho privado**, se trataron las condiciones del reconocimiento del estado civil de las personas transexuales y transgénero; los derechos de seguridad sobre la propiedad intelectual; las profesiones jurídicas y traspasos inmobiliarios; así como los cambios multiculturales en el derecho de familia.

En materia de **derecho mercantil**, las obligaciones de información y desinformación de los consumidores; el control de términos de precios en términos de contratos estándar; los grupos de compañías; los aspectos legales de cruceros; y, la regulación legal del *crowdfunding* (llamado también micromecenazgo o financiación colectiva).

En el ámbito **internacional privado**, se abordó el derecho internacional privado para la responsabilidad social corporativa; y, los Principios de UNIDROIT como un marco de referencia común para la interpretación uniforme de las leyes nacionales.

Respecto al **derecho procesal**, fueron desarrollados los estudios sobre los acuerdos de elección opcional de tribunales; las medidas cautelares contra los procedimientos arbitrales y judiciales; el mandato anti-juicio (*anti-suit injunction*) en procedimientos arbitrales y judiciales; la práctica de la deferencia en el contexto del control jurisdiccional de acciones administrativas (*deference to the administration in judicial review*); y los esquemas de

² El programa completo se puede encontrar en la página web de la Academia: <http://gc.iuscomparatum.info/gc/>

compensación por daños causados por la atención médica y alternativas a los procedimientos judiciales.

Y en el ámbito de la **sociología jurídica y enseñanza del derecho**, se profundizó en el derecho comparado y la enseñanza jurídica multicultural; así como la educación jurídica bilingüe, tema del cual presentaré en este estudio algunas conclusiones.

Como se puede observar, son temas jurídicos actuales y poco estudiados, que pueden ser objeto a su vez, de posteriores investigaciones.

Por ello, considero de gran importancia participar en este tipo de congresos, ya que no sólo están dirigidos a los estudiosos del derecho comparado, sino a todo profesional interesado en conocer y profundizar en diferentes temáticas jurídicas abordadas desde la perspectiva global, internacional, regional, nacional o sub-estatal.

El análisis de los fenómenos actuales mediante la metodología del derecho comparado permite obtener conocimientos útiles sustentados científicamente. Lo anterior, debido a que el derecho comparado estudia de manera sistemática una figura o institución jurídica en dos o más ámbitos, para encontrar semejanzas y diferencias entre ellos; y a partir de ello, sacar conclusiones para entender mejor las instituciones y/o proponer criterios para su perfeccionamiento y reforma.

Así, estos congresos organizados por la Academia Internacional de Derecho Comparado aportan elementos para el análisis de los fenómenos jurídicos actuales y futuros.

Los reportes generales de cada mesa, los reportes nacionales, y, en algunos casos, las ponencias de las mesas redondas y coloquios, se publican posteriormente como obras temáticas³.

Previo a dicho congreso se publicaron en la página web de la academia, los borradores de los reportes generales y de algunos reportes nacionales.

También, se publican en algunos países la recopilación de los reportes de los profesores de un mismo país, sea mediante un libro, o bien, como número especial de alguna publicación periódica⁴.

A continuación presentaré el análisis y conclusiones de dos temas relevantes del congreso: 1) la educación jurídica bilingüe, tema del cual participé como relator nacional; y 2) el derecho y la tecnología, congreso temático realizado dentro del congreso general.

EDUCACIÓN JURÍDICA BILINGÜE EN EL MUNDO

Particularmente, quien escribe esta reseña participó como relator nacional en la mesa intitulada “*Bilingual Legal Education: The Need and the Challenges*”, coordinada por el profesor uruguayo Dr. Nicolás Etcheverry, reportero general.

³ Así, encontramos los libros en formato impreso y electrónico de la serie “Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law”, publicados por la editorial Springer en Dordrecht, Países Bajos. Como ejemplos, menciono los siguientes: BROWN y SNYDER (eds) (2012). SCHAUER y VERSCHRAEGEN (eds.) (2017). BOTTONI *et al.* (EDS.) (2016). ESPLUGUES Y MARQUIS (EDS.) (2015). BROWN (ed.) (2017).

⁴ Así, encontramos los siguientes ejemplos: ANUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI STUDI LEGISLATIVI, (2018). SCHMIDT-KESSEL (2018). LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA (2018).

Los reportes de los profesores estadounidenses se publicaron en la revista: THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (2018).

En la mesa participamos con el envío previo de los reportes nacionales, juristas de Alemania, Bélgica, Canadá, China, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Italia, Japón, México, Rumania, Singapur y Taiwán.

En la exposición de este tema, se pudieron identificar tres grandes grupos:

I. Países cuyas Facultades de Derecho han adoptado la enseñanza jurídica bilingüe o multilingüe en un idioma distinto al nacional, para un mayor conocimiento del derecho de otros países en un mundo global.

II. Países cuyas Facultades de Derecho han adoptado la enseñanza jurídica bilingüe o multilingüe, pero de idiomas o lenguas oficiales del país; esto debido a que tienen una composición interna multicultural.

III. Países cuyas Facultades de Derecho imparten clases solamente en el idioma oficial del país.

En el primer grupo, se puede mencionar a Alemania, país en cuyas Facultades de Derecho se imparten cursos acerca del derecho de otros países en los idiomas oficiales de esos países. Así, por ejemplo, de acuerdo con lo señalado por el profesor Stefan Grundmann, la Universidad de Würzburg ofrece cursos sobre derecho estadounidense, inglés, australiano/neozelandés, francés, italiano, latinoamericano, polaco, ruso, español, africano subsahariano y turco, dictados en los idiomas oficiales de esos países o jurisdicciones.

También, el profesor Grundman presentó en su reporte general casos de cursos similares impartidos en universidades de Augsburg, Berlin, Bielefeld, Bochum, Bonn, Bremen, Cologne, Düsseldorf, Frankfurt, Freiburg, Halle, Hamburg, Heidelberg, Jena, Kiel, Konstanz, Leipzig, Mainz, Marburg, Munich, Münster, Osnabrück, Passau, Regensburg, Saarland, Trier y Tübingen⁵.

En el segundo grupo pueden identificarse a países como Canadá y Bélgica, que tienen dos o más idiomas oficiales debido a su composición multicultural, y por tanto, la educación jurídica se imparte al menos en estos idiomas.

En el tercer grupo, se encuentran países como Singapur o Estados Unidos, en los cuales la educación jurídica se imparte solo en el idioma oficial. Esto, a juicio del profesor estadounidense Mathias Reimann tiene grandes desventajas, ya que estudiar derecho en una lengua extranjera capacita al abogado para atraer y comunicarse mejor con clientes que no hablan inglés, los cuales existen no solo en el extranjero sino en el propio país; además, señala el profesor Reimann, permite adquirir sensibilidad hacia las culturas extranjeras en un entorno global; además, estudiar idiomas extranjeros es una buena capacitación cerebral, especialmente para los abogados⁶.

En el caso de México, la educación jurídica bilingüe está en ciernes. Por una parte, podría ser incluido en el segundo grupo de países analizados, debido a que se ha implementado la enseñanza del derecho en algunas lenguas indígenas debido a la composición multicultural de la población. En efecto, en las denominadas **universidades interculturales**, instituidas en algunas zonas geográficas donde existe una población indígena considerable, se imparten las clases en castellano y se incorporan algunas lenguas indígenas; pudiendo ser

⁵ Puede verse el reporte nacional completo en: GRUNDMANN (2018).

⁶ REIMANN (2018).

escuelas bilingües. Así, por ejemplo, la Universidad Intercultural de Chiapas, Universidad Intercultural del Estado de Tabasco, Universidad Intercultural del Estado de Puebla y la Universidad Veracruzana Intercultural cuentan con un programa de licenciatura en Derecho con enfoque intercultural.

Empero, en México también se han dado pasos para incluirse en el primer grupo de la clasificación señalada, al iniciarse un curso bilingüe y “bi-jurídico”: la “Maestría en Derecho Estadounidense” impartida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, así como la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa; programa académico en el cual se estudian asignaturas del Derecho de los Estados Unidos siguiendo el mismo método de enseñanza y evaluación de dicho país, pero impartido en México. De acuerdo con la información de la Maestría, el objetivo es formar abogados con conocimientos y habilidades del derecho estadounidense y mexicano, para ejercer la profesión en México, teniendo una formación “bi-jurídica”, más que bilingüe⁷.

CONGRESO TEMÁTICO: DERECHO Y TECNOLOGIA

Como lo señalé previamente, dentro del congreso general hubo un congreso temático referido a derecho y tecnología, que incluyó las siguientes mesas de análisis: “la economía colaborativa y el derecho” (*sharing economy and the law*); la conducción autónoma (*autonomous driving*); nuevas tecnologías, la economía de la innovación y el derecho; y la mesa intitulada “No hay escape de la tecnología en el derecho y la inteligencia artificial” (*There is No Escape from LegalTech and Artificial Intelligence*).

Acerca de la economía colaborativa, la cuestión está relacionada con el surgimiento de todo tipo de plataformas que, utilizando la información y la tecnología de la comunicación, tienen como objetivo que los propietarios de activos, propiedades o cualquier tipo de recursos no utilizados pueden conectarse en línea con usuarios potenciales de esos recursos de propiedad privada.

Así, el profesor japonés Shinto Teramoto, coordinador de la mesa, planteó que los miembros o suscriptores de plataformas compartidas y compartidas en línea como WeWork, Airbnb, Uber, etc. pueden intercambiar dinero por el uso de espacios de oficinas, alojamiento o medios de transporte. Esto, no solo reduce la asimetría de la información en el mercado, sino que aumenta el valor a dichos bienes no utilizados, crea nuevos mercados, así como vías para la colaboración y la innovación.

Sin embargo, esta “economía compartida” y las “plataformas para compartir” generan la necesidad de discutir posibles modificaciones al marco legal actual para ajustarlo a esta nueva era de la economía de intercambio.

Así, se plantean retos tanto para los proveedores como para los usuarios de estas plataformas, por ejemplo: la seguridad jurídica entre los participantes en las comunidades globales; la adopción de marcos jurídicos más flexibles para el empleo; los mecanismos de

⁷ Puede verse la convocatoria para el ingreso a dicha Maestría publicada en enero de 2017: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2017).

autorregulación; las acciones para la responsabilidad civil extracontractual; la compensación por daños causados por los productos o servicios intercambiados; así como nuevas ideas sobre responsabilidades compartidas por daños por la contaminación del aire o el agua, o cuando los ciudadanos están sujetos a diversos riesgos causados por las actividades de ciertas industrias; por citar algunos.

Por tanto, en la mesa se presentaron propuestas de cómo mejorar los esquemas regulatorios para facilitar la proliferación de modelos de negocios de economía compartida; aumentar el intercambio de recursos y costos, incluidos los riesgos y daños; propiciar la colaboración de los ciudadanos entre sí o con industrias y la innovación; ajustar los costos de cumplimiento y los impuestos para facilitar el crecimiento de las empresas de economía compartida; adaptar los contratos y seguros convencionales; así como la posibilidad de una armonización internacional de marcos regulatorios.

Referente a conducción automática de vehículos automotrices (*autonomous driving*), tema de la segunda mesa de este congreso temático, la discusión se centró en las posibilidades cada vez más reales de que los autos puedan conducirse solos y las modificaciones necesarias al marco jurídico para afrontar este hecho. Por ejemplo, normas dirigidas a los productores de vehículos; disposiciones en materia de responsabilidad civil por colisión o accidentes; nuevas reglas para el tránsito; acciones para exigir la reparación de daños por defectos en los productos o servicios; desarrollo de un lenguaje uniforme con vocabularios y definiciones comunes que sean útiles en los ámbitos legal, técnico y público; entre otras.

Estudiar este tema hizo necesario acercarse a conceptos de otras disciplinas científicas y ver su relación con el derecho. Por ejemplo, el profesor Steven Van Uytsel, de la Universidad de Kyushu (Japón), quien participó en la mesa ha estudiado la relación entre los algoritmos con el derecho, y planteó un análisis interdisciplinario para estudiar cómo puede afectar ramas como el derecho financiero, el derecho de la competencia, el derecho contractual y la teoría del derecho.

Respecto a la tercera mesa, denominada “Las nuevas tecnologías, la economía de la innovación y el derecho”, destacó la participación de especialistas como el profesor alemán Thomas Hoeren, quien ha abordado el tema del “*Big data*” concepto referido a calidad de los datos, requerimiento actual en la sociedad de la información.

El profesor Hoeren refirió que existen diversos ordenamientos como el Reglamento europeo de protección de datos que requieren que los procesadores de datos cumplan con estándares de calidad de datos, y que en caso de incumplimiento se pueden imponer penas severas. Ello implica serias cuestiones jurídicas tales como qué significa la calidad de los datos, y cómo armonizar ese requisito de calidad en las normas de responsabilidad civil y de protección de datos.

Y sobre la cuarta mesa, referida a la tecnología en el derecho (*legal tech*) e inteligencia artificial, destacó la participación del profesor holandés Erik Vermeulen quien ha explicado que la tecnología en el derecho se refiere a plataformas, servicios y software que ayudan a que los bufetes de abogados sean más eficientes en el desempeño de sus actividades.

Estas tecnologías están dirigidas tanto a los clientes como a los profesionistas del derecho. Por ejemplo, algunas ofrecen servicios para resolver preguntas legales sin necesidad

de consultar un abogado; o bien, para encontrar un abogado cuyos honorarios sean bajos o a un mejor precio.

Respecto a la tecnología dirigida a los abogados, aparecen los servicios de inteligencia artificial, mediante los cuales un programa informático se encarga de auxiliar al jurista en sus tareas cotidianas que a menudo son repetitivas; por ejemplo, analizar la literatura jurídica y la jurisprudencia existente sobre un tema específico y sistematizarla ahorrándole muchas horas de estudio; o bien, la tecnología que busca reemplazar a los abogados como intermediarios en ciertos tipos de transacciones, como las referidas a registros de bienes raíces y propiedad intelectual. La tecnología puede agilizar los procesos, al hacerlos más fáciles, lo que implicaría que servicios como los de notaría y registro serían innecesarios.

Y como señaló el profesor Vermeulen, la presencia de nuevas tecnologías aplicadas al derecho implica también cambios en la formación del abogado, haciendo necesario incluir materias como “pensamiento creativo” e “innovación disruptiva” para la generación de juristas creativos e innovadores.

CONSIDERACIONES FINALES

Fueron muchos y variados los tópicos que abordaron las mesas del Congreso General de Derecho Comparado 2018, y más que dar conclusiones y respuestas, generaron nuevas inquietudes y propuestas para seguir abundando en los temas.

Como se puede observar, todos los temas del Congreso General de la Academia fueron muy interesantes y actuales. Ojalá que en los próximos congresos haya una mayor participación de juristas mexicanos (y en general, de latinoamericanos), ya que desafortunadamente no todas las mesas temáticas contaron con reportes nacionales de estos países.

El próximo congreso temático de la Academia se realizará en Pretoria (Sudáfrica) en 2020, y el siguiente congreso general de derecho comparado será en Asunción (Paraguay) en 2022. ¡Allá nos veremos, si Dios lo permite!

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, special issue, Italian National Reports – International Academy of Comparative Law- XXth international congress, Fukuoka 2018* (2018). (Napoli, Editoriale scientifica Italiana).
- BOTTONI, Rossella *et al.* (edits.) (2016): *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism - A Comparative Overview* (Dordrecht, Springer).
- BROWN, Karen B. y SNYDER, David V. (edits) (2012): *General reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law = Rapports généraux du XVIIIème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé* (Dordrecht, Springer).
- BROWN, Karen B. (edit.) (2017): *Taxation and Development - A Comparative Study* (Dordrecht, Springer).
- ESPLUGUES, Carlos y MARQUIS, Louis (edit.) (2015): *New Developments in Civil and Commercial Mediation - Global Comparative Perspectives* (Dordrecht, Springer).

- GRUNDMANN, Stefan (2018): “Language in Law and in German Universities’ Legal Education”, Disponible en: https://grundmann.rewi.hu-berlin.de/events/Fukuoka_2018_Language_in_Legal_Studies_final.pdf. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2018).
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2017): *Actividades académicas: Maestría en Derecho Estadounidense*, enero de 2017. Disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/actividades-academicas/1117-maestria-en-derecho-estadounidense> [Fecha de consulta: 16 de enero de 2018].
- LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, Biruta (edit.) (2018): *Rapports Polonais. XXe Congres International de Droit Comparé XXth International Congress of Comparative Law - Fukuoka – 22–28 VII 2018* (Łódzki, Uniwersytet Łódzki).
- REIMANN, Mathias (2018): “Bilingual Legal Education in the United States: The Deficient Status Quo and a Call for More Action”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 66, Issue suppl_1, pp. 67–89. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ajcl/avy024>. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2018).
- SCHAUER, Martin y VERSCHRAEGEN, Bea (eds.) (2017): *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law - Rapports Généraux du XIXème Congrès de l’Académie Internationale de Droit Comparé* (Dordrecht, Springer).
- SCHMIDT-KESSEL, Martin (ed.) (2018): *German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law [Deutsche Länderberichte zum 20. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung]* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- The American Journal of Comparative Law* (2018): Ann Arbor, Michigan, U.S.A., vol. 66, Issue suppl_1, July 2018 (*U.S. National Reports XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law Fukuoka, Japan, 2018*).

TAKEDA V. RIMSA. MÉXICO, EL CONVENIO DE PARÍS, EL ADPIC Y EL TCP

TAKEDA V. RIMSA. MEXICO, THE PARIS CONVENTION, THE TRIPS AND THE PCT

ROBERTO GARZA BARBOSA*

RESUMEN: El presente ensayo aborda un litigio sobre la infracción de una patente iniciado por una empresa japonesa en México. El litigio estaba basado en un título de patente obtenido en México gracias a que se reconoció una fecha de prioridad siete años después. Otro aspecto del litigio es que el mismo involucró la extensión de la vigencia de dicha patente, así como la infracción alegada posteriormente a la extensión del término de protección. Se abordan varios temas desde la perspectiva de derecho internacional y el derecho comparado. Los mismos van desde principios de independencia de las patentes, trato nacional, así como el término mínimo de protección. Es decir, se analiza la aplicación del Convenio de París, el ADPIC así como del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes.

Palabras clave: Litigio de Patente, TCP, Trato Nacional, Patente, México.

ABSTRACT: This essay analyzes a patent litigation in Mexico. The plaintiff was a Japanese company and it was suing over the infringement of its rights by a Mexican Lab. In this case, the Mexican Industrial Property Statute was applied as to recognize a priority filing date seven years later from its original filing in Japan. The litigation involved several subjects like the extension of the term of protection, and the alleged infringement made by defendant after authorities extended the protection term of the patent. There are several issues and principles discussed, like the principle of independence of patents, national treatment, and minimum term of protection; all contained in the Paris Convention, TRIPs agreement and also the Patent Cooperation Treaty.

Key words: Patent Litigation, PCT, National Treatment, Patent, Mexico.

1. INTRODUCCIÓN

La patente objeto del litigio que abordaré en este comentario vencería el 15 de enero de 2006. Sin embargo, su titular a través de un procedimiento contencioso administrativo logró extender su duración. Posterior a ello, demandó a un laboratorio que estaba fabricando y comercializando el medicamento protegido por dicha patente. El laboratorio demandado fabricaba y comercializaba dicho medicamento, debido a que se suponía que esa patente estaría en el dominio público para esas fechas, había una expectativa de derecho.

Originalmente, la invención provenía del Japón, su titular, una empresa farmacéutica denominada *Takeda Pharmaceutical Company Limited* (Takeda) presentó en aquél país

* Profesor Investigador, Departamento de Derecho, Tecnológico de Monterrey. Doctor en Derecho Internacional y Comparado, Universidad de Tulane (Nueva Orleans, EE.UU., 2006). Dirección postal: Eugenio Garza Sada 2501 sur, Monterrey, México. Dirección electrónica: rgb@itesm.mx.

dos solicitudes, la primera fechada el 19 de enero de 1985, misma que fue desistida en favor de otra solicitud de fecha 9 de enero de 1986¹. Es decir, estamos frente a una fecha de solicitud en Japón de 1985, prioridad hecha valer en México hasta 1992. Lo anterior, por supuesto, no refleja el curso normal de una solicitud internacional, ya sea utilizando los principios del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Convenio de París)², o del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (TCP)³. En 1986, no intentaron su registro en México debido a que la normativa nacional no preveía protección de patente para productos farmacéuticos.

La diferencia de años entre las solicitudes japonesas y la fecha de solicitud en México plantea un problema de novedad, requisito fundamental para obtener una patente. Es decir, para obtener protección, la invención se sopesa contra el estado de la técnica, que es global. Entonces, si se determina que el invento ya ha sido publicado, comercializado, o utilizado anteriormente en cualquier parte del mundo, el mismo carecerá de la novedad requerida y la patente será negada. Incluso, actos propios del inventor pueden ocasionar que se pierda la novedad.

Así, para 1992, fecha de la solicitud en México, la novedad requerida ya se había perdido, debido a que diversas solicitudes de patente sobre la invención habían sido publicadas un sinnúmero de veces. Comenzando por su país de origen, por el mecanismo TCP, además de las publicaciones hechas en todos los países en los que se procuró la protección de dicha invención⁴.

En este punto entra a la escena un precepto normativo que es parte central del litigio. Se trata del artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial, ya que de no haber sido por dicho precepto, la patente en cuestión no se hubiese otorgado por no cumplir con el requisito de novedad⁵. El mencionado artículo transitorio creó un régimen excepcional para este tipo de invenciones, en especial aquellas que no cubrirían el requisito de novedad por haber sido publicadas previamente en sus países de origen, durante el proceso de obtención de la patente⁶. Específicamente, el artículo décimo segundo transitorio beneficia a productos farmacéuticos e invenciones que la abrogada normativa no protegía por medio de patente, sino a través del extinto certificado de invención⁷. Los requisitos son los siguientes: que la solicitud original se haya presentado en algún país miembro del TCP, que se haya realizado dentro de los 12 meses contados a partir de que

¹ Práctica común en algunos sistemas jurídicos. LEMLEY y MOORE (2004) p. 94; SHINALL (2012) p. 374.

² CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, Estocolmo (28 de septiembre de 1979).

³ TRATADO DE COOPERACIÓN EN MATERIA DE PATENTES, Washington (19 de junio de 1970).

⁴ FARRAND (2006) p. 1266.

⁵ SOLOVY y KRISHNAMURTHY (2017) p. 96. Para ilustrar lo anterior, tenemos que una solicitud para proteger la misma invención denominada Derivados de Tiazolidina, fue desechada por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial INAPI de Chile el 6 de abril de 2001. Disponible en: <https://ion.inapi.cl/Patente/ConsultaAvanzadaPatentes.aspx>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2018.

⁶ TOBIAS *et al.* (2009) p. 115; PIL (2014) p. 358.

⁷ LEY DE INVENCIONES Y MARCAS (abrogada), México (10/02/1976), arts, 10 y 65.

entró en vigor la Ley de la Propiedad Industrial, y que la invención no se haya explotado o importado a escala comercial en el país.

Al establecer como requisito que la solicitud original haya sido presentada ante algún país miembro del TCP, se podría pensar que el artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial se refiere a solicitudes que vienen de la fase de búsqueda internacional del TCP. Sin embargo, al analizar sus términos, vemos que no se trata de este tipo de solicitudes⁸, debido a que el precepto legal refiere tanto solicitudes hechas, como a patentes otorgadas.

Si bien el artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial creó una oportunidad para ciertas invenciones, también trajo consigo un enorme problema, ya que ligó la fecha de finalización del término de protección en México, con la respectiva fecha de finalización en el país de origen: “Las solicitudes de patente presentadas antes de la fecha en que esta Ley entre en vigor, en cualquiera de los países miembros del [TCP] [...] mantendrán en México la fecha de prioridad de la primera solicitud presentada [...] La vigencia de las patentes que fueren otorgadas al amparo de este artículo terminará en la misma fecha en que lo haga en el país donde se hubiere presentado la primera solicitud, pero en ningún caso la vigencia excederá de 20 años, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de patente en México”⁹.

La contrariedad surge debido a que el artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial dispone un término de protección diferente al señalado por el artículo 23 de dicha normativa. De acuerdo al artículo 23 de la Ley de la Propiedad Industrial, la vigencia de una patente de invención es de 20 años improrrogables, que comienzan a partir de la fecha de presentación de la solicitud en México. Consecuentemente, si la fecha de solicitud de la patente objeto de la controversia fue el 17 de junio de 1992, entonces la fecha de vencimiento tendría que haber sido el 17 de junio de 2012. Máxime si dicho precepto legal ha permanecido sin cambio alguno desde la publicación de la propia Ley de la Propiedad Industrial en el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 1991¹⁰. Sin embargo, las patentes obtenidas bajo el esquema del artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial, no se les aplica el término de protección establecido por el artículo 23 de la misma normativa, que en este caso se habría traducido a un vencimiento el 17 de junio de 2012 y no el 15 de enero de 2006 fecha originalmente señalada en el título. Más aún, ni con la extensión de la vigencia ordenada en el procedimiento contencioso administrativo al que me refiero en el primer párrafo, se llega al término establecido por el artículo 23 de la Ley de la Propiedad Industrial.

En otro orden de ideas, es importante señalar que se trata de un litigio complejo. Ello, derivado de las enormes ganancias que el medicamento protegido por la patente objeto de la controversia, representaría tanto para el actor como para el demandado. El litigio comprende más de 16 resoluciones, ambas partes mostraron una holgada línea de argumentación y técnica, agotando todos los recursos y juicios que tuvieron a su disposi-

⁸ LAPENNE (2010) p. 198.

⁹ LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, México (27/06/1991), artículo décimo segundo transitorio.

¹⁰ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, México (27/06/1991).

ción. Sin embargo, el presente comentario analiza solamente las resoluciones medulares, las más relevantes.

A diferencia de la mayoría de los sistemas jurídicos en donde el litigio de la propiedad intelectual se lleva ante un juzgado ordinario dentro de la esfera judicial, en el sistema jurídico mexicano la infracción de patentes y marcas se litiga ante la misma autoridad administrativa que emite sus registros. Lo anterior complica el litigio debido a la dificultad de acumular diversas acciones en un solo procedimiento, además existen diversos recursos y acciones que los litigantes tienen a su disposición para combatir las sentencias desfavorables.

El presente comentario, aborda una serie de temas relacionados con el litigio en cuestión. Intrínsecamente, y de manera empírica, ilustra cómo son este tipo de procedimientos en el sistema jurídico mexicano. Además, analiza la interpretación, así como la ignorancia por parte de más de un juzgador, de varios principios contenidos en diversos tratados internacionales aplicables sobre propiedad intelectual. Principios como la independencia de las patentes y el trato nacional, contenidos ambos en el Convenio de París¹¹, como también el término mínimo de protección de las patentes contenido en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)¹².

Cada capítulo analiza la resolución en una instancia con su razonamiento, además de los argumentos de las partes. Se comienza con una explicación general de la problemática que enfrentan los inventores al intentar obtener protección de una invención a nivel internacional, así como la respuesta que los tratados internacionales han establecido para aminsonar el enorme reto que significa proteger una invención a nivel global. Se continúa con los antecedentes del litigio y el problema de la extensión del término de protección. Sigue el análisis de cada instancia, hasta llegar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. DERECHO INTERNACIONAL

El presente comentario analiza una cuestión muy intrínseca dentro del sistema jurídico mexicano, un litigio. Pero antes de pasar al estudio de tan específica y particular cuestión, es necesario analizar de manera general, algunos antecedentes de importancia e interés acerca de los tratados internacionales aplicables.

El primero de ellos es el Convenio de París. Surge como respuesta a los inconvenientes derivados de un principio fundamental de la propiedad intelectual, su territorialidad. Lo anterior significa que la normativa nacional de cada país solamente otorga protección dentro de su respectivo territorio, dejando desprotegida la propiedad intelectual nacional en el resto del orbe. Ello, ocasionó que ciertas personas, aprovechándose de dicha territorialidad, copiaran invenciones en el extranjero, principalmente en exposiciones de tecnología, y a su regreso al país de origen, registraran aquello como invención propia.

¹¹ CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, Estocolmo (28 de septiembre de 1979).

¹² ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO, Marrakech (15 de abril de 1994).

Sumado a lo anterior, obtener protección en el extranjero se tornaba extremadamente difícil, o imposible, ya que la novedad, un requisito esencial y emblemático de las patentes, era sopesada de manera diferente en cada país. Incluso, algunas jurisdicciones llegaron al absurdo de considerar que la solicitud sobre el mismo invento presentada por el propio inventor en su país de origen el día anterior a la fecha de solicitud nacional, evitaría que la invención fuese considerada novedosa¹³. Una exagerada apreciación del estado de la técnica. Para evitar lo anterior, se tenía que presentar la solicitud simultáneamente el mismo día en todos los países en los en que se deseara protección. Lo monumental de la tarea se puede visualizar mejor si consideramos que la primera versión del Convenio de París entró en vigor en 1883.

El propósito fundamental del Convenio de París fue precisamente sortear lo anterior a través de diversos principios. El primero de ellos es el trato nacional¹⁴. Además, establece definiciones y parámetros mínimos de protección. Sin embargo, la protección otorgada nunca ha sido automática, de manera que, el inventor tendría que solicitarla país por país. Para facilitar las solicitudes en diversos países, el Convenio de París establece el principio de prioridad reconocida, extendiéndose 12 meses para patentes de invención y seis meses para marcas, desde la fecha de la primera solicitud¹⁵. Ello significa que, cualquier solicitud del propio solicitante posterior a la fecha de primera solicitud, en algún país miembro dentro del periodo señalado, no podrá ser invalidada o negada, ya sea por alguna solicitud previa presentada por un tercero en ese país, o por la propia publicación de la solicitud en el país de origen, o por la comercialización del producto¹⁶. Es decir, protege la prioridad en relación a posibles solicitudes que hagan terceros y protege la novedad de la invención, que se pueda perder por la propia solicitud original, o la comercialización del producto por parte del propio solicitante.

Transcurridos los 12 meses desde la fecha prioridad reconocida, la propia solicitud original de patente ocasionaría que se pierda la novedad de la invención en el extranjero¹⁷. El dilema se deriva del hecho que la propiedad intelectual es territorial, pero el estado de la técnica es global. Aunque las patentes sean otorgadas por oficinas nacionales y su alcance esté constreñido a su país, la publicación de la solicitud por parte de la oficina nacional provocará que la invención ya no sea novedosa en una posterior solicitud que se haga en otro país. Esto se debe a que, en la generalidad de los países, una vez que se solicita la patente, se hace una publicación de dicha solicitud a los 18 meses de la fecha de prioridad

¹³ MUELLER (2009) p. 525.

¹⁴ CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, Estocolmo (28 de septiembre de 1979), art. 2.

¹⁵ CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, Estocolmo (28 de septiembre de 1979), art. 4.

¹⁶ CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, Estocolmo (28 de septiembre de 1979), art. 4(B).

¹⁷ Lo anterior ocurre en la generalidad de las jurisdicciones. Para ilustrar lo anterior en el sistema jurídico chileno, véase LEY N° 19.039 de 2006, art. 33.

reconocida¹⁸, si no es que antes. Además, se publica el título una vez otorgada, junto con la solicitud y las reivindicaciones solicitadas. Es por eso que, la patente se debe solicitar en todos los países en los que se desea obtener protección casi al mismo tiempo.

Aquí viene a colación el TCP, que fue negociado a iniciativa de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Sus objetivos son: la simplificación y uniformidad de los diversos procedimientos de aplicación de patente nacionales mediante un solo formato de aplicación, así como la reducción de costos de patentar invenciones en diversos países. Sin duda, el TCP tuvo éxito en sus cometidos ya que sus países miembros tienen un alto grado de uniformidad en los procedimientos de obtención de las patentes, además de contar con un mismo formato. Asimismo, el TCP ha facilitado la titánica tarea de proteger una invención en varias jurisdicciones.

El procedimiento de consecución de una patente de invención, a través del TCP consta de dos fases: una internacional ante la OMPI y la segunda nacional, en cada uno de los países en que se pretende la protección. La fase internacional comprende: 1) aplicación internacional al TCP, que se puede hacer directamente ante la OMPI, con la opción de realizar dicha solicitud en línea, o a través de las oficinas nacionales de patentes de cada país miembro, que actúan como receptoras encausando la solicitud a la OMPI¹⁹; 2) un examen de forma, 3) una búsqueda internacional, sobre la novedad de la invención cuya protección se solicita²⁰, 4) publicación internacional a los 18 meses de la fecha de prioridad reconocida²¹. Las siguientes dos fases son opcionales: 5) búsqueda internacional suplementaria; y 6) examen preliminar internacional.

Un aspecto de suma utilidad del TCP es que se tiene hasta 30 meses después de la fecha de prioridad o primera solicitud para ir a la fase nacional, país por país²². Este término es mucho mayor a los 12 meses otorgados por el principio de fecha de prioridad establecido por el Convenio de París. En este sentido, el artículo 11 del TCP establece que la fecha de presentación internacional, surtirá los efectos de presentación nacional en cada uno de los estados en los que solicite la protección²³. Por lo tanto, durante estos 30 meses, el solicitante puede evaluar si la invención es lo suficientemente redituable para seguir con la consecución del derecho, además de preparar las traducciones respectivas al idioma de cada uno de los países en los que pretende solicitar la protección²⁴. Adicionalmente, el resultado de la búsqueda internacional sobre novedad y estado de la técnica señalada en la etapa 3) de la fase internacional, es altamente persuasivo para las oficinas nacionales, quienes en

¹⁸ A manera de ilustración, véase LEY N° 19.039 de 2006, art. 4, en relación con su REGLAMENTO, art. 14; LEY DE PATENTES DE INVENCION Y MODELOS DE UTILIDAD, Argentina, (20/03/96), art. 26; LEY N° 17.164, DERECHOS Y OBLIGACIONES RELATIVOS A LAS PATENTES DE INVENCION, LOS MODELOS DE UTILIDAD Y LOS DISEÑOS INDUSTRIALES, Uruguay, (2/09/99), art. 26; LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, México (27/06/1991), art. 52.

¹⁹ TRATADO DE COOPERACION EN MATERIA DE PATENTES, Washington (19 de junio de 1970), arts. 3, 10.

²⁰ TRATADO DE COOPERACION EN MATERIA DE PATENTES, Washington (19 de junio de 1970), art. 15.

²¹ TRATADO DE COOPERACION EN MATERIA DE PATENTES, Washington (19 de junio de 1970), art. 21.

²² TRATADO DE COOPERACION EN MATERIA DE PATENTES, Washington (19 de junio de 1970), art. 22.

²³ KHOURY (2012) p. 209.

²⁴ ILARDI y BLAKENEY (2004) p. 40.

última instancia deciden si otorgan la patente de invención o no. Es decir, se puede realizar una sola aplicación internacional, en un solo idioma, pagar un solo conjunto de derechos y tener por presentada la solicitud en todos los países miembros, presentando la respectiva solicitud en esos países hasta los 30 meses²⁵. Además, esta solicitud internacional se puede presentar en línea²⁶.

No podríamos concluir esta sinopsis sobre tratados internacionales en materia de patentes, sin mencionar al artículo 27 del ADPIC. El mismo es importante, debido a que, en lo tocante a patentes de invención, el Convenio de París hace un poco más que establecer el trato nacional, la fecha de prioridad y la independencia de derechos. Es decir, va en apoyo de la protección en el extranjero a través de la patente, pero no la define, ni le da un término mínimo de protección²⁷. En este sentido, el ADPIC, no solamente incorpora el Convenio de París a sí mismo²⁸, sino que define ampliamente las patentes de invención en los siguientes términos: "las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial"²⁹.

Este lenguaje incluyente fue especialmente ideado para que ciertos países no excluyesen de protección productos farmacéuticos o agrícolas³⁰. Asimismo, el ADPIC limita y reglamenta los casos en que los países miembros pueden establecer licencias obligatorias, establece los derechos mínimos de los titulares sobre sus patentes, y establece el término mínimo de protección de 20 años contados a partir de la fecha de solicitud de la patente³¹.

Por último, el ADPIC es el primer tratado internacional sobre propiedad intelectual que a nivel global contiene un capítulo de observancia y consecución de derechos. Es decir, que regula cómo deben ser los procedimientos de litigio en caso de infracción. Se incluyen aspectos generales, medidas preliminares, pruebas, daños y perjuicios, así como medidas en la frontera. Si bien estas medidas están dirigidas a autoridades judiciales, el artículo 49 del ADPIC permite que dichos procedimientos sean llevados a cabo ante autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales, como es el caso de México. El litigio que nos ocupa ilustra cómo el sistema jurídico mexicano ha asimilado dichas obligaciones internacionales.

3. ANTECEDENTES DEL LITIGIO

Para facilitar la lectura, siempre referiré a Takeda como actor, ya que fue quien interpuso la demanda de infracción. El demandado es Representaciones e Investigaciones

²⁵ ABBOTT *et al.* (2007) p. 219.

²⁶ WIPO (2018).

²⁷ PIRES (2005) p. 71.

²⁸ CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, Estocolmo (28 de septiembre de 1979), art. 2(1).

²⁹ CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, Estocolmo (28 de septiembre de 1979), art. 27(1).

³⁰ MUELLER (2009) p. 544.

³¹ ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO, Marrakech (15 de abril de 1994), arts. 31, 28 y 33, respectivamente. MARKHAM (2011) p. 124.

Médicas, S.A de C.V. (Rimsa). Lo anterior, independientemente de quien haya interpuesto algún recurso o el propio juicio de Amparo.

Antes de iniciar la acción de infracción o solicitar medidas preliminares, la parte actora Takeda, interpuso un procedimiento contencioso administrativo en contra de una resolución del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) fechada el 25 de enero de 2005, en la que resolvió improcedente modificar la vigencia de la patente objeto de la controversia. Dicho procedimiento se llevó a cabo ante la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA).

Takeda comenzó sus conceptos de impugnación argumentando que si bien el IMPI había negado modificar la vigencia de la patente, eso no era lo que había solicitado, sino más bien había solicitado la corrección de dicha vigencia³². En este sentido, Takeda alegó que originalmente se le concedió fecha de vencimiento de 15 de enero de 2006 debido a que era la fecha en que terminaría la vigencia de la patente en el país cuya fecha de prioridad fue reconocida. Sin embargo, Takeda argumentó que dicha solicitud fue retirada en favor de otra que presentó posteriormente y que generó una patente que vencería en la fecha solicitada, es decir el 9 de enero de 2011. Lo anterior, debido a que la solicitud cuya prioridad fue reconocida nunca se convirtió en patente. Asimismo, argumentó que de acuerdo al artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial, se debe tomar como base, la vigencia de la patente otorgada en el país de origen y no en la solicitud, “ya que las solicitudes carecen de vigencia [...]”³³.

Lo anterior es cuestionable, ya que si la solicitud original fue retirada en favor de otra, entonces no se trata de la misma invención y tampoco de la misma fecha de prioridad. Además, la diferencia de años en la vigencia de ambas, harían suponer que la reivindicación de la segunda ya no sería novedosa siquiera en su país de origen³⁴. Sin embargo, Takeda argumentó que en México se protegió el compuesto reivindicado por ambas solicitudes japonesas, por lo que se trataba del mismo invento y que la fecha de prioridad de la primera era relevante ya que “debe considerarse como la primera solicitud presentada en [...] país [...]” miembro del TCP. Takeda también argumentó la relevancia de la segunda solicitud, pero para determinar la vigencia de la patente en México, ya que argumentaba, era el mismo compuesto que la primera³⁵.

Otro agravio de Takeda fue que al emitir su resolución, el IMPI sostuvo que de extender el término de protección estaría violando el artículo 28 constitucional, mismo que fundamenta la protección por “tiempo determinado” de la propiedad intelectual en México. El argumento de Takeda consistió en que solamente los tribunales federales están facultados para interpretar disposiciones constitucionales. Además, razonó que de todos modos, el término de protección establecido por el artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial no excedía los 20 años establecidos por el artículo 23 del mismo

³² Expediente 14113/05-17-05-9 (2006) p. 4.

³³ Expediente 14113/05-17-05-9 (2006) p. 6.

³⁴ A menos que se trate de una solicitud provisional, como la que existe en varios sistemas legales para que la fecha de solicitud original no afecte el término de protección. MIGLIORINI (2007) p. 439.

³⁵ Expediente 14113/05-17-05-9 (2006) p. 8.

cuerpo normativo. Finalmente, Takeda alegó que el IMPI transcribió el artículo 4 bis del Convenio de París, pero que no expresó cómo dicho precepto lo llevó a negar la extensión de la patente de invención³⁶. En este sentido, manifestó que la independencia establecida por dicho precepto legal solamente es para cuestiones de nulidad y caducidad y que no existe incongruencia entre dicho precepto legal y el artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial.

Por su parte, el IMPI argumentó que no estaba facultado por precepto legal alguno para extender el término de protección de la patente. Asimismo, vertió una serie de razonamientos interpretando el artículo 4 bis del Convenio de París, sosteniendo que el régimen de patentes de otro país no puede vincular al régimen nacional, por lo que las modificaciones que se hagan al término de protección en otro país, no deben ser vinculantes en México. Además, sostuvo que el artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial únicamente reconoce la fecha de prioridad, y no posteriores modificaciones hechas en el extranjero.

Sin embargo, el TFJA consideró fundados los argumentos presentados por Takeda. Comenzó citando la exposición de motivos del artículo décimo segundo transitorio, manifestando que la intención del legislador fue precisamente atraer al país nuevas tecnologías. Fuera de eso, asumió como propios todos los argumentos vertidos por Takeda, desde el que señalaba que se trataba de una solicitud de corrección de vigencia y no de extensión de la misma, pasando por el argumento que establecía que ambas solicitudes japonesas trataban sobre la misma invención, hasta el argumento que decía que una solicitud que no llegó a ser patente no podría servir "para determinar la caducidad de la patente mexicana [...]"³⁷.

Respecto al artículo 4 bis del Convenio de París, el TFJA sostuvo que: "no tiene aplicación al caso concreto, pues [...] la actora no pretende extender la vigencia de su patente... sino la correcta determinación de la misma"³⁸. Sin embargo, el artículo 4 bis del Convenio de París no prohíbe extender la vigencia de una patente, lo que prohíbe es sujetar su vigencia a la patente que originó la fecha de prioridad, cuestión que precisamente hizo el TFJA.

El artículo 4 bis del Convenio de París establece el principio de independencia de derechos de la siguiente manera: "1) Las patentes solicitadas en los diferentes países de la Unión [...] serán independientes de las patentes, obtenidas para la misma invención en los otros países [...] 2) Esta disposición deberá ser entendida de manera absoluta, sobre todo en el sentido de que las patentes solicitadas durante el plazo de prioridad son independientes, tanto desde el punto de vista de las causas de nulidad y caducidad, como desde el punto de vista de la duración normal. [...] 5) Las patentes obtenidas con el beneficio de prioridad gozarán...de una duración igual a aquella de la que gozarían si hubiesen sido solicitadas o concedidas sin el beneficio de prioridad"³⁹. En este sentido, la contradicción del artículo

³⁶ Expediente 14113/05-17-05-9 (2006) p. 15.

³⁷ Expediente 14113/05-17-05-9 (2006) p. 27.

³⁸ Expediente 14113/05-17-05-9 (2006) p. 29.

³⁹ CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, Estocolmo (28 de septiembre de 1979), art 4 bis.

décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial con el artículo 4 bis del Convenio de París es evidente.

Contrario a lo sostenido por el TFJA, el artículo 4 bis del Convenio de París establece el principio de independencia de las patentes de manera “absoluta”, desligando totalmente entre sí, a las patentes que se puedan otorgar en los diversos países miembros respecto de causas de nulidad, de caducidad, así como su término de protección. Es decir, la nulidad en el país de origen no significa la nulidad en algún otro país. Tampoco el término de protección otorgado en el país de origen de la fecha de prioridad conlleva a que la patente de otro país deba vencer el mismo día. El quinto párrafo es más específico a la situación del presente litigio, estableciendo que la duración de una patente deberá ser igual al resto de las solicitudes nacionales, es decir aquellas que no hacen valer fecha de prioridad alguna. Es importante notar que, si bien la independencia en cuanto al término de protección se señala en el segundo párrafo junto a la independencia en cuanto a la nulidad y caducidad de las patentes; la independencia de la patente en cuanto su duración, se explica de manera específica en el quinto párrafo. Lo anterior para no dejar lugar a dudas. Por lo tanto, el carácter de absoluto y literal del principio de independencia, lleva indudablemente a concluir la contradicción del artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial con el artículo 4 bis del Convenio de París⁴⁰. Cuestión que debió ser sostenida por el TFJA.

El principio de independencia en cuanto al término de protección, ha sido sostenido de manera unánime, tanto por la doctrina⁴¹, como por la jurisprudencia en diversos países miembros del Convenio de París⁴². La literalidad con la que dicha normativa internacional establece el principio de independencia de la vigencia de las patentes, deja fuera cualquier duda o interpretación en sentido contrario. La sentencia del TFJA no discute el alcance de dicho principio internacional, más bien evade su análisis, asumiendo su inaplicabilidad con el argumento de que no se pedía la ampliación del término de protección. Es decir, no se analiza si el silogismo establecido por el supuesto normativo, encuadra en la situación jurídica planteada. Simplemente se ignora. De haberlo analizado, no hay razonamiento lógico que pudiese sostener la decisión del TFJA.

Aunque no se argumentó en el litigio, consideramos que el artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial, además de contradecir el principio de independencia establecido por el Convenio de París, también hizo lo propio con el principio de trato nacional establecido, tanto por el Convenio de París, como por el ADPIC⁴³.

Si bien el crear una excepción para proteger estas invenciones, que no eran protegibles antes de la entrada en vigor de la Ley de la Propiedad Industrial es loable, ello no exige al legislador de cumplir con principios establecidos por los diversos tratados internacionales que regulan la materia⁴⁴, especialmente, el principio de trato nacional, o el principio

⁴⁰ PIRES (2005) p. 74; GOLDSTEIN (2008) p. 353.

⁴¹ Véase MAHNE (2012), p. 170; ODDI (1987), p. 860; ABBOTT *et al.* (2007) p. 173.

⁴² Dicha cuestión también ha sido reconocida, o más bien dada por sentada en la jurisprudencia norteamericana, véase VODA V. CORDIS 476 F.3d 887 (Fed. Cir. 2007), pp. 898-899.

⁴³ CORREA (2007) p. 44.

⁴⁴ ERSLING Y STROVE (2015) p. 513.

de independencia, además del término mínimo de protección establecido por el ADPIC, e incorporado al artículo 23 de la Ley de la Propiedad Industrial. Si el legislador ha determinado proteger estas invenciones por medio de patente de invención, entonces las tiene que proteger en los términos establecidos, tanto por los tratados internacionales, como por la propia legislación nacional. Lo anterior, impide sujetar su término de protección, al otorgado en el país de origen. Haber hecho lo contrario, ha provocado un sinnúmero de litigios e incertidumbre, incluyendo lo ocurrido en la presente controversia.

Es decir, si un país miembro otorga determinado derecho o término de protección de cualquier figura jurídica de propiedad industrial a sus nacionales, ese mismo derecho o término tendrá que ser otorgado a los nacionales de los demás países miembros del Convenio⁴⁵. De manera que, si a los inventores mexicanos que presentaron su solicitud de patente en la misma fecha que lo hizo Takeda en México, les aplicaron el artículo 23 de la Ley de la Propiedad Industrial, recibiendo así un término de protección de 20 años contados a partir de esa fecha, y a Takeda no se le otorgó el mismo término, estamos frente a una violación al principio de trato nacional. Lo anterior, no obstante, cualquier excepción o beneficio que haya recibido el titular extranjero del artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial.

Todo lo anterior plantea una fuerte problemática en el sistema jurídico mexicano ya que de acuerdo al artículo 133 Constitucional, los tratados internacionales son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias⁴⁶. De manera que, si un precepto legal o una normativa contradicen un tratado internacional, por cuestión de legalidad tendría que prevalecer lo establecido por el tratado internacional⁴⁷.

4. DECLARACIÓN DE INFRACCIÓN ANTE IMPI

Lo que a continuación se expone, muestra cómo se ha incorporado al sistema jurídico mexicano, el tercer apartado del ADPIC sobre observancia de los derechos de propiedad intelectual⁴⁸.

Resulta conveniente puntualizar que las resoluciones emitidas por el IMPI pueden recurrirse opcionalmente ante el superior jerárquico en la propia sede, o bien directamente ante el TFJA quien podrá declarar la nulidad de la resolución recurrida y ordenar al IMPI dicte una nueva resolución en los términos establecidos por el propio tribunal. Tal como ocurrió en el apartado anterior. La resolución del TFJA puede ser combatida a través del juicio de Amparo Directo.

Lo anterior, no parece tan complejo, pero es sorprendente saber que después de haber agotado el Amparo, aunque la parte actora haya ganado, aún no tendría a su favor

⁴⁵ PIRES (2005) p. 72.

⁴⁶ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo X, Noviembre de 1999, p. 46.

⁴⁷ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: IV.2o.A.76 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo IV, p. 2918.

⁴⁸ ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO, Marrakech (15 de abril de 1994), arts. 41 a 60.

una condena de daños y perjuicios, ya que el IMPI no está facultado para emitirla. Ahora precisaría iniciar un juicio ordinario, ante un juzgado civil, con su respectiva apelación, además del Amparo en contra de la misma. Sin embargo, el litigio en análisis no llegó hasta la acción de daños y perjuicios. Cabe mencionar que una resolución firme del IMPI, es presupuesto para iniciar el juicio ordinario civil sobre daños y perjuicios. Todo lo anterior, promete demorar hasta una década, violando con ello el principio de eficacia en los procedimientos de consecución de derechos establecido por el primer párrafo del artículo 41 del ADPIC. Esto vuelve más complicado de lo que ya supone un litigio de patente⁴⁹. Ahora veamos el litigio de infracción ante el IMPI.

El 15 de junio de 2006, el representante legal de Takeda, presentó una solicitud de medidas provisionales en contra de Rimsa. Dicha solicitud fue basada en el artículo 199 bis de la Ley de la Propiedad Industrial. Precepto normativo que, fue emitido por el Congreso Federal para incorporar el artículo 50 del ADPIC al sistema jurídico mexicano, estableciendo con ello las medidas preliminares sin audiencia de parte contraria.

Sin embargo, dicha solicitud no fue admitida a trámite, debido a que el IMPI determinó que la vigencia de la patente base de la acción se encontraba en litigio⁵⁰.

Y es que el 9 de febrero de 2006, el IMPI había publicado en la Gaceta de la Propiedad Industrial que, la patente se encontraba vigente por una orden judicial ya que su término de protección se hallaba en litigio. En contra de esta publicación, así como de las resoluciones que previamente derivaron en la extensión de término de la patente, Rimsa promovió varios juicios de Amparo, buscando revertir dicha extensión. Sin embargo, no tuvo éxito en ninguno.

Consecuentemente, el 26 de julio de 2006, el IMPI emitió dos oficios, en el primero tuvo por presentada la solicitud de Takeda sobre medidas provisionales, en tanto que, en el segundo emitió las medidas preliminares solicitadas, consistentes en suspender la fabricación, venta, ofrecimiento en venta y distribución del medicamento *Diaberil*, cuyo componente activo era *Pioglitazona*. También se ordenó retirar de circulación o distribución el medicamento en cuestión, así como su aseguramiento, ordenando además a la demandada abstenerse de fabricar y comercializar cualquier producto que contuviese el ingrediente activo en cuestión.

El artículo 199 bis 1 de la Ley de la Propiedad Industrial establece los requisitos que el actor debe demostrar a fin de lograr la emisión de la medida preliminar. El primero de ellos es la titularidad del derecho. Para demostrarlo, el actor presentó copia certificada del título original de la patente número 181354, aquél cuya fecha original de vencimiento era 15 de enero de 2006. Sin embargo, no presentó además, el oficio emitido el 20 de julio de 2006 por el IMPI mediante el cual implementó la sentencia del TFJA referida en anteriores líneas, teniendo por extendida la vigencia de la patente hasta el 9 de enero de 2011. Resulta cuestionable que dicho oficio se haya emitido después de la fecha en que la actora presentó su escrito inicial solicitando las medidas preliminares, es decir el 15 de junio de 2006. Lo anterior debido a que, al final de cuentas, al emitir la medida preliminar, el IMPI solamen-

⁴⁹ ANDREWS (2011) p. 226.

⁵⁰ TAKEDA V. RIMSA (2013) p. 3.

te fundamentó en este oficio la titularidad del derecho, que no existía cuando se solicitaron dichas medidas. Se aplicó retroactivamente.

De acuerdo a la resolución, la actora demostró todos los elementos establecidos por el artículo 199 bis 1 de la Ley de la Propiedad Industrial, ya que además de probar la titularidad del derecho, evidenció la violación actual e inminente a sus derechos, así como el posible daño irreparable, además de proporcionar información necesaria para la identificación de los productos infractores y el lugar en el que se estaba cometiendo la infracción. Además, el IMPI dio cuenta de una fianza por la cantidad de veinte millones de pesos, presentada por la actora a fin de garantizar posibles daños y perjuicios que la medida pudiese ocasionar a la demandada.

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 199 bis 1 de la Ley de la Propiedad Industrial, la persona en cuya contra se hayan dictado medidas preliminares, puede obtener su levantamiento mediante una contrafianza suficiente para responder de daños y perjuicios. Fundamentándose en lo anterior, la parte demandada presentó una póliza de contrafianza por veinticuatro millones de pesos, a fin de obtener dicho beneficio. El 13 de septiembre de 2006, el IMPI aceptó la contrafianza y ordenó retirar dichas medidas.

Si bien la parte actora intentó impedir lo anterior mediante diverso juicio de Amparo, el mismo fue desechado, por lo que las medidas preliminares fueron finalmente retiradas. Sin embargo, debido a que, la actora prevaleció en la acción de infracción principal, el IMPI puso a su disposición, la contrafianza presentada por la demandada, lo que ilustra el riesgo que enfrentan los demandados que evaden las medidas preliminares mediante esta disposición normativa.

Hasta aquí, el tema de las medidas preliminares sin audiencia de la parte contraria. Lo anterior ilustra cómo funciona el artículo 50 del ADPIC en el sistema jurídico mexicano.

Ahora veamos la acción de infracción, todo dentro del mismo expediente. El 23 de agosto de 2006, el representante legal de Takeda presentó un escrito por medio del cual demandó la declaración administrativa de infracción, basada en los supuestos establecidos por las fracciones XI, XII y XXVII del artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial. La parte demandada dio contestación a la acción planteada el 19 de diciembre de 2006. Después de desahogadas las pruebas y de agotadas las etapas del procedimiento, el 27 de febrero de 2009 el IMPI emitió una resolución en la que declaró la infracción administrativa de cada uno de los supuestos solicitados.

Se comenzó con el estudio de las excepciones interpuestas por Rimsa. Una de ellas, consistió en que de acuerdo a su título original, la patente base de la acción venció el 15 de enero de 2006. Por lo tanto, la actora carecía de acción y derecho para demandar su infracción puesto que la misma se encontraba caduca. Además, Rimsa argumentó la ausencia de algún precepto legal que facultara al IMPI a extender la vigencia de una patente. En este sentido, el IMPI se limitó a declarar improcedente la excepción, sosteniendo que mediante oficio emitido el 20 de julio de 2006 acató lo ordenado por el TFJA, modificando así la vigencia de la patente al 9 de enero de 2011. El IMPI no pasó por alto el hecho de que la resolución de dicho tribunal provenía precisamente de un juicio de nulidad interpuesto por Takeda en contra de la resolución en la que el propio IMPI originalmente se había negado a extender la vigencia de la patente en cuestión.

Posteriormente, el IMPI se avocó a la enumeración y valoración de las pruebas presentadas. Describiré brevemente las más importantes.

La primera prueba fue la copia certificada del título de patente base de la acción, a la que el IMPI dio valor probatorio pleno para acreditar la titularidad de los derechos de propiedad industrial de la actora. Lo anterior, no obstante a que de acuerdo con dicho título, la patente había vencido el 15 de enero de 2006. La actora también presentó como prueba una copia certificada de la portada y de la página 53 de la Gaceta del IMPI publicada el 9 de febrero de 2006. Si bien el IMPI dio valor probatorio pleno a dicha probanza, no estableció lo que se pretendía demostrar con la misma.

La actora además, presentó una documental privada que hizo consistir en una muestra del producto comercializado por la demandada llamado *Diaberil*. Asimismo, presentó una documental pública consistente en una fe de hechos levantada el 12 de junio de 2006 por una corredora pública quien se apersonó en una farmacia determinada, dando fe de que allí se ofrecía a la venta un medicamento llamado *Diaberil*, que contenía *Pioglitazona*. Para constatar lo anterior, la corredora pública solicitó al encargado del establecimiento el medicamento en todas sus presentaciones, dicha persona le aseguró que había dos presentaciones, pero solamente tenían una de ellas. Al serle entregado en el mostrador, procedió a la compra del mismo solicitando al momento su factura. Tanto el medicamento como la factura fueron agregados a la fe de hechos, el medicamento mediante una bolsa plástica sellada a la que se le colocó una etiqueta indicando que formaba parte del acta levantada con motivo de la fe de hechos.

La actora también presentó como prueba, la confesional, que, argumentó, hizo la demandada en el propio empaque del producto comercializado como *Diaberil*, misma que hizo consistir en la leyenda del empaque que establecía que el producto había sido “hecho en México” por la demandada Rimsa⁵¹. Otra prueba importante fue la derivada de la visita de inspección realizada por el IMPI el 27 de marzo de 2006 a un domicilio identificado en la propia diligencia como propiedad de la demandada, allí se fabricaban, almacenaban y acondicionaban productos farmacéuticos, entre ellos *Diaberil*, lo que se hizo constar en el acta respectiva.

La actora también presentó una prueba consistente en otra visita de inspección realizada el 5 de julio de 2006 por un corredor público para hacer constar que en un hotel de la Ciudad de México se llevó a cabo el lanzamiento comercial del producto *Diaberil* por parte de la demandada. Haciendo constar además, partes del discurso hecho por el director general de la empresa demandada, quien de acuerdo al acta dijo entre otras cosas lo siguiente: “la vigencia de la patente ya venció y Takeda solicitó una ampliación de la misma, situación que no está considerada en la ley [...] el producto es seguro porque cumple con el principio activo [...] se cuenta con un registro sanitario [...] Rimsa [...] tiene los argumentos legales para defenderse [...]”⁵². Dicho fedatario también hizo constar la recepción de un folleto con la descripción del medicamento, mismo que anexó al acta, además de dos muestras médicas del producto objeto de la controversia. Cabe mencionar que la actora presentó

⁵¹ *TAKEDA V. RIMSA* (2013) p. 45.

⁵² *TAKEDA V. RIMSA* (2013) p. 53.

otra visita de inspección igual a la anterior, pero esta vez levantada por un notario público en Guadalajara, en otro hotel, en otra presentación del medicamento llevada a cabo el 4 de julio de 2006, y protocolizada un día después.

Además, la parte actora presentó como prueba la visita de inspección realizada el 27 de julio de 2007 por personal del IMPI a un domicilio señalado por la actora como el lugar en el que la demandada Rimsa fabricaba el producto infractor. En dicho lugar, el inspector hizo constar varios puntos fácticos formulados por el propio IMPI mediante oficio girado previamente, entre ellos la fabricación del medicamento objeto de la controversia. Además, se hicieron constar otros puntos respecto a la identidad del establecimiento, fabricación, y almacenamiento de productos infractores, para finalmente asegurar mercancía infractora.

La primera causa de la acción interpuesta fue la establecida por la fracción XI del artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial, mismo que establece como infracción: “fabricar o elaborar productos amparados por una patente o por un registro de modelo de utilidad o diseño industrial, sin consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva”. A fin de configurar esta causa de la acción, en su resolución, el IMPI estableció dos elementos hipotéticos a demostrar: el primero de ellos, la existencia de una patente, propiedad de una persona, en tanto que el segundo elemento consistía en demostrar la fabricación o elaboración de productos amparados por dicha patente, sin contar con el consentimiento o licencia del titular de la misma⁵³.

Y aquí es en donde la cuestión parece no embonar del todo bien, ya que, para demostrar el primer elemento, es decir la existencia de un derecho de patente válido, el IMPI solamente consideró el título de patente, sin razonar o dar mayor análisis sobre la extensión de su término de protección. Es decir, solamente mencionó un título cuyo vencimiento fue el 15 de enero de 2006, cinco meses antes de que la actora presentara su demanda de infracción; omitiendo así, hacer mención del oficio emitido por el propio IMPI el 20 de julio de 2006 en donde acatando lo ordenado por el TFJA extendió la vigencia de la patente al 9 de enero de 2011. Asimismo, el IMPI tampoco mencionó publicación alguna en la Gaceta sobre la extensión del término de protección. Lo anterior es de suma importancia, ya que si bien del expediente se puede inferir la vigencia derivado de la extensión de la misma, en una resolución fundada y motivada⁵⁴, esta cuestión se tuvo que haber establecido claramente.

El segundo elemento de la causa de la acción, referente a la fabricación o elaboración del producto patentado sin autorización o licencia del titular de la patente, fue acreditado por el IMPI únicamente mediante la visita de inspección realizada por personal del propio IMPI el 27 de julio de 2006 al domicilio de la demandada Rimsa.

La doctrina ha establecido que lo más difícil al momento de demostrar una infracción de patente, es si el producto o proceso infractor infringió las reivindicaciones de la patente base de la acción⁵⁵. Es decir, se compara el producto infractor con las reivindicaciones del título de patente original. Cuestión que no ocurrió aquí, ya que la demandada abierta-

⁵³ *TAKEDA V. RIMSA* (2013) p. 107.

⁵⁴ ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO, Marrakech (15 de abril de 1994), art 41(3), establece que las resoluciones que declaran la infracción deben ser “razonadas”.

⁵⁵ *MCJOHN* (2003) p. 173.

mente fabricaba y comercializaba un producto que invadía la patente de la actora, con la expectativa que estaría en el dominio público.

Como segunda causa de la acción, la actora interpuso la infracción administrativa establecida en la fracción XII del artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial, consistente en: “[...] ofrecer en venta o poner en circulación productos amparados por una patente [...] a sabiendas de que fueron fabricados o elaborados sin consentimiento del titular [...]”.

El primer elemento, la titularidad de una patente válida, se tuvo por demostrado con el análisis de la primera causa de la acción. El IMPI tuvo por demostrado el segundo elemento, es decir el ofrecimiento del producto al público, debido a que la propia demandada Rimsa fabricaba el producto denominado *Diaberil*, que contenía el compuesto protegido por la patente base de la acción, “sin que se acredite su autorización o licencia respectiva, para fabricar o elaborar el citado producto”⁵⁶. Sin embargo, en dicho razonamiento no se mencionó prueba alguna que demostrara dicha fabricación. Tampoco se mencionó por qué la fabricación implicaba el ofrecimiento al público, supuesto jurídico en análisis.

Ya en el estudio del tercer elemento, es cuando la resolución da cuenta del segundo, es decir aquí el IMPI analizó el ofrecimiento a la venta del producto infractor sin autorización, además del conocimiento de ello, que es propiamente el tercer elemento para configurar la infracción. A fin de demostrar lo anterior, el IMPI se basó en dos diligencias notariales sobre fe de hechos, en donde se hizo constar la presentación del producto *Diaberil* por parte de Rimsa. Una presentación se llevó a cabo en un hotel de Guadalajara y la otra en un hotel del Distrito Federal. Como había descrito en anteriores líneas, en esta última el fedatario hizo constar que el Director General de Rimsa, en uso de la palabra había manifestado que la patente objeto de la presente controversia ya había vencido y que la actora había solicitado la ampliación de su término de protección. Con ello, el IMPI consideró que Rimsa, “ya tenía conocimiento de la existencia de la patente indicada y que es base de la acción, quedando acreditado en el presente procedimiento el elemento ‘a sabiendas’, actualizándose en la especie la causal de infracción en estudio”⁵⁷.

La última causa de la acción interpuesta por el actor, contenida en la residual fracción XVII del artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial, establece como infracción: “las demás violaciones de las disposiciones de esta Ley que no constituyan delitos [...]”. Esta fracción se relacionó con los derechos exclusivos otorgados a los titulares de las patentes por la fracción I del artículo 25 de la misma normativa, consistentes en el “derecho de impedir a otras personas que fabriquen, usen, vendan, ofrezcan a la venta o importen el producto patentado, sin su consentimiento [...]”. El IMPI declaró esta infracción debido a la fabricación por parte de la demandada del producto denominado *Diaberil*, conteniendo la sustancia protegida por la patente base de la acción, sin contar con la autorización para ello.

Finalmente, en la parte resolutive, el IMPI condenó a la demandada Rimsa a pagar una multa por la cantidad de veinte mil días de salario mínimo⁵⁸. Asimismo, ordenó a la demandada “se abstenga de fabricar o elaborar, así como ofrecer en venta o poner en cir-

⁵⁶ *TAKEDA V. RIMSA* (2013) p. 108.

⁵⁷ *TAKEDA V. RIMSA* (2013) p. 109.

⁵⁸ Alrededor de ochenta mil dólares americanos, al tipo de cambio de 20 pesos mexicanos por dólar.

culación productos que invadan [...] la patente 181354 [...]”⁵⁹. En este sentido, el IMPI determinó hacer definitivas las medidas preliminares impuestas a la demandada, ordenando poner a disposición de la actora la fianza que presentó al solicitar dichas medidas. Además, ordenó poner a disposición de la parte actora, la contrafianza presentada por la demandada a fin de levantar las medidas preliminares, contrafianza que ascendió a la cantidad de veinticuatro millones de pesos⁶⁰.

3. JUICIO DE NULIDAD TFJA

En contra de la resolución de infracción del IMPI, la demandada Rimsa interpuso juicio de nulidad ante el TFJA. Podría resumir dichos motivos de impugnación de la siguiente manera, primeramente se argumentaba que no existía en la legislación precepto legal que autorizara la ampliación del término de protección de una patente; además la demandada argumentaba, que no había sido oída en dicho procedimiento ya que no formó parte del mismo, lo que violaba su garantía de audiencia⁶¹. Finalmente, argumentó que dicha extensión en el término de protección no le era oponible dado que no había sido publicada en la Gaceta de la Propiedad Intelectual. Por lo tanto, no se actualizaron las infracciones a las que fue condenada.

Nuevamente, el TFJA resolvió en contra de la demandada, desestimando sus argumentos ya que los consideró cosa juzgada. Para el estudio de los mismos, el TFJA comenzó enumerando diversos juicios de Amparo interpuestos por Rimsa en contra de la extensión del término de protección de la patente en los que argumentó que no fue escuchada, ya que no fue parte en ninguno de los procedimientos que derivaron en la extensión de la patente, lo que violaba su garantía de audiencia. Sin embargo, esos Amparos fueron desechados debido a que los juzgadores no encontraron vicios propios de los procedimientos impugnados, sino afectaciones para Rimsa por “vía de consecuencia”⁶².

Por otra parte, el TFJA sostuvo que la legalidad del oficio mediante el cual el IMPI cumplimentó lo ordenado extendiendo el término de protección de la patente había sido confirmada anteriormente, en el propio juicio contencioso en el que el TFJA ordenó al IMPI extender dicho término, considerando así que se trataba de cosa juzgada. En este sentido, estableció que: “se había realizado un pronunciamiento sobre un elemento vinculante para las partes [...] considerar lo contrario implicaría una violación a los principios de certeza y seguridad jurídicas”⁶³.

Así, el TFJA sostuvo que, debido a que ya había quedado firme que la extensión de la patente que prolongaba su vigencia hasta el 9 de enero de 2011, resultaba inadmisibles que la demandada Rimsa “pretendiera exceptuarse de las infracciones declaradas bajo el argumento de que la patente [...] había perdido su vigencia [...]”⁶⁴. Además, sostuvo que

⁵⁹ *TAKEDA V. RIMSA* (2013) p. 113.

⁶⁰ Alrededor de un millón doscientos mil dólares americanos, al tipo de cambio de 20 pesos mexicanos por dólar.

⁶¹ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 28.

⁶² Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 33.

⁶³ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 34.

⁶⁴ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 34.

era falso que la extensión no hubiese sido publicada, refiriendo a la publicación del 31 de agosto de 2006, así como la publicación de marzo de 2007, sosteniendo además que “resultaba evidente que la modificación había surtido plenos efectos contra terceros”⁶⁵. Ello, aunque ambas publicaciones fueron posteriores al inicio del procedimiento de infracción. Para ahondar en este argumento, el TFJA sostuvo que las resoluciones de los Amparos que Rimsa promovió en contra de la extensión tornaban inadmisibles los argumentos de Rimsa en el sentido que “pretendiera el desconocimiento de dicha publicación [...]”⁶⁶. Ello aunque el argumento no se centrara en el conocimiento o la falta del mismo, sino en la expectativa de derecho de que aquello pasaría al dominio público en una fecha determinada, la legalidad de la extensión, y el elemento formal de la publicación en la Gaceta a fin de que dicha extensión fuese oponible a terceros, aquellos que no fueron parte en los procedimientos de extensión.

Si bien el TFJA reconoció que Rimsa no pudo intervenir en los procedimientos de extensión de la vigencia de la patente, “al no haber sido admitida su intervención [...] no correspondía a dicha Sala dilucidar la legalidad de aquella determinación”⁶⁷. Además, sostuvo que la falta de interés jurídico habría sido la principal razón para que se sobreyeran los juicios de amparo promovidos para combatir la extensión de la patente.

Lo anterior plantea un punto importante, ya que primero no se permitió a la demandada intervenir en estos procedimientos por falta de interés jurídico y después aquello era cosa juzgada. Ello sin importar la expectativa de derecho que significa el vencimiento de una patente, cuestión que la hace de dominio público, creando así una verdadera expectativa de derecho, sobre todo cuando se es un laboratorio que planea fabricar dicho medicamento, una vez que este pase al dominio público. Incluso con inversión monetaria y tramitación de permisos ante autoridades sanitarias. Si eso no fue considerado interés jurídico se debió a un excesivo y cegador formalismo por parte de aquellos tribunales.

Finalmente, el TFJA estableció, que, si bien la actora contaba con interés jurídico para impugnar la extensión de la vigencia de la patente, dicho agravio sería ineficaz ya que esa modificación de la vigencia había quedado firme mediante un fallo con efectos de cosa juzgada.

Respecto de los agravios relativos a la legalidad de la declaración de infracción, el TFJA sostuvo que los mismos eran infundados ya que el IMPI había fundamentado correctamente su declaración en preceptos legales interpretados correctamente. Asimismo, sostuvo que el IMPI había valorado correctamente las pruebas presentadas para demostrar las infracciones contenidas en las fracciones XI, XII y XXVII del artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Un último agravio se refería a que no podría dictarse la resolución de infracción debido a que Rimsa había iniciado ante el IMPI un procedimiento de nulidad en contra de la patente base de la acción. Sin embargo, el TFJA tuvo por no presentada dicha demanda⁶⁸.

⁶⁵ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 35.

⁶⁶ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 35.

⁶⁷ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 36.

⁶⁸ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 42.

Con esa información, el TFJA desechó el agravio sosteniendo que la resolución del IMPI negando la nulidad de la patente tenía la presunción de legalidad.

4. AMPARO DIRECTO 245/2014.

En el sistema jurídico mexicano, el juicio de Amparo procede entre otras causas, en contra de la violación de alguna garantía individual. La mayoría de las veces en este tipo de procedimientos, la garantía constitucional infringida es la exacta aplicación del derecho contenida en los artículos 14 y 16 constitucionales⁶⁹. Si bien esto fue criticado históricamente ya que convertía un recurso de casación en una acción constitucional que llenaría de casos los tribunales constitucionales⁷⁰, actualmente la amplitud del juicio de Amparo es un sello característico del sistema jurídico mexicano⁷¹. En contra de la resolución del TFJA que antecede, Rimsa interpuso un Amparo Directo, con los siguientes argumentos de inconformidad relacionados con la exacta aplicación del derecho principalmente. Además, algunos argumentos se relacionaban con la garantía de audiencia y la garantía de irretroactividad.

Tanto el primero como el segundo concepto de violación, referían de nueva cuenta a la extensión del término de protección de la patente base de la acción. Los mismos eran parecidos a los motivos de inconformidad que sobre el tema fueron presentados al TFJA, agregando además que la existencia del oficio por medio del cual el IMPI extendió el término de protección de la patente no impedía analizar los argumentos presentados. En este sentido Rimsa señaló que el TFJA se limitó a argumentar que dicha ampliación era cosa juzgada. También señaló que la publicación realizada en la Gaceta sobre la extensión fue hecha posteriormente a la solicitud de infracción, es decir que la conducta base de la acción se había llevado a cabo antes de la publicación en la Gaceta, anteriormente a que la modificación del término surtiera efectos frente a terceros. Además, argumentó que la figura de cosa juzgada utilizada por el TFJA no le era oponible ya que no tuvo intervención en el juicio de nulidad que extendió el término de protección de la patente. Aunado a lo anterior, argumentó que el oficio por medio del cual el IMPI dio cumplimiento a lo ordenado por el TFJA, extendiendo el término de protección de la patente, fue posterior a la presentación de la demanda. Por otra parte, alegó que al habersele negado participación por falta de interés jurídico en los procedimientos de extensión de la patente debido a que las medidas provisionales fueron aplicadas posteriormente a dicha extensión, eso le hacía que estuviese legitimada para combatir la extensión en el procedimiento de infracción⁷².

En estos argumentos podemos ver violaciones a la garantía de audiencia, ya que no se le permitió participar en los procedimientos de extensión del término de protección de la patente base de la acción, además de violaciones a la garantía constitucional que protege al gobernado a que le apliquen una ley o un acto administrativo de manera retroactiva.

⁶⁹ En este caso específico, en la doctrina suele llamársele Amparo Casación, por su similitud al recurso de casación de origen francés. FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2009) p. 924.

⁷⁰ RABASA (1955) pp. 75 y 103.

⁷¹ BURGOA (2009) p. 145.

⁷² Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 47-51.

En su tercer concepto de violación, Rimsa refería que la misma conducta no podría configurar al mismo tiempo tres tipos legales, como las fracciones XI, XII y XXVII del artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial. Además, alegaba que no se actualizaban los supuestos de las fracciones XI y XII de dicho precepto legal, ya que las mismas establecían como presupuesto que el presunto infractor tuviera el conocimiento de la infracción, cuestión que no se perfeccionó. En el caso de la fracción XI debido a que habla de un derecho de patente que en este caso ya había vencido, en tanto que en el caso de la fracción XII la frase “[...] a sabiendas [...]” establecida por dicho precepto legal establecía también dicho conocimiento.

El cuarto argumento se relacionó con el concepto de impugnación alegado ante el TFJA referente a que el procedimiento de infracción no debía resolverse hasta en tanto quedara firme la resolución de nulidad interpuesta en contra de la patente base de la acción. Esto debido a que todavía se podría promover un Amparo. En este sentido, Rimsa argumentó que el TFJA incorrectamente sostuvo la presunción de legalidad de la declaración de nulidad de la patente. A fin de demostrar lo anterior, Rimsa presentó como prueba superviniente una sentencia dictada por el propio TFJA, con motivo de diverso Amparo resuelto con posterioridad en el que se le ordenó pronunciarse sobre la resolución del IMPI que negó la nulidad de la patente. Dicha sentencia fue presentada a fin de demostrar que, a diferencia de lo sostenido por el TFJA, la sentencia de nulidad de la patente no había quedado firme⁷³.

El Tribunal solamente analizó el concepto de violación consistente en que la nulidad de la patente no había quedado firme. Para llegar a esta determinación citó casi literalmente el artículo 189 de la Ley de Amparo, mismo que establece que debe estudiarse primordialmente el fondo de las cosas por encima de la forma o procedimiento, “a menos que [...] invertir el orden redunde en un mayor beneficio para el quejoso”⁷⁴. Sin embargo, sin explicar en qué beneficiaría al quejoso, el Tribunal estableció que se estaba frente a la última hipótesis normativa, y por esa razón sostuvo que estudiaría primero el tercer concepto de violación. Aunque realmente no era el tercero sino el cuarto. Además, por los efectos que tuvo el Amparo, aunque lo haya ganado el quejoso, no le veo gran beneficio puesto que se dejaron fuera los otros conceptos de violación, que de haberlos ganado le habrían beneficiado en definitiva.

Así, el Tribunal Colegiado estableció que dicho concepto de violación se centraba en “la ilegalidad de la determinación de la responsable de no ordenar la suspensión del procedimiento [...] aun cuando se encuentra en trámite un juicio diverso en el que se alega la nulidad de la patente controvertida [...]”⁷⁵. Acto seguido, citó varios preceptos legales tanto de la Ley de la Propiedad Industrial, como del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria de aquella, entre ellos su artículo 366, mismo que establece que se suspenderá el procedimiento “cuando no pueda pronunciarse la decisión, sino hasta

⁷³ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 58.

⁷⁴ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 60, citando el precepto legal.

⁷⁵ Amparo Directo 245/2014 (2014) pp. 60 y 61.

que se pronuncie una resolución en otro negocio [...]”⁷⁶. Después sostuvo que dicha figura jurídica tiene el objetivo de evitar resoluciones contradictorias tratándose de procedimientos sobre temas conexos. Asimismo, sostuvo que si bien el TFJA negó suspender el procedimiento debido a que el IMPI ya había negado la nulidad de la patente en cuestión, y que el propio TFJA había tenido por no interpuesta la demanda de nulidad en contra de la resolución del IMPI, el Tribunal Colegiado determinó que dicha resolución fue ilegal y por lo tanto violatoria de derechos fundamentales, ya que lo anterior era insuficiente para negar la suspensión ya que no había transcurrido el plazo para interponer el Amparo.

Finalmente, el Tribunal Colegiado dejó insubsistente la resolución reclamada, ordenando al TFJA dictar una nueva resolución en la que determinara si la resolución que desechó la demanda de nulidad de la resolución del IMPI, que negó la nulidad de la patente, había quedado firme, cuestión que obviamente iría en el sentido negativo. El propio Colegiado había sostenido que así fue. Además ordenó al TFJA determinar “las consecuencia [sic] que ello tiene en el procedimiento de infracción [...]”⁷⁷. Es decir, básicamente lo que hizo fue reenviar el caso al TFJA para que determinara libremente la consecuencia de la sentencia que declaró la nulidad de la resolución que negó la nulidad de la patente.

En la cumplimentación de lo anterior, el TFJA estableció que no se podría analizar nuevamente la legalidad de la resolución que extendió el término de protección de la patente. Además, sostuvo que el IMPI valoró correctamente las pruebas y configuró de manera fundada y motivada la hipótesis normativa. Consecuentemente, declaró que los argumentos de Rimsa en contra de dicha resolución fueron insuficientes⁷⁸. Finalmente, declaró la nulidad de la resolución impugnada; sin embargo, el único efecto de dicha nulidad fue que se suspendiera el procedimiento de infracción, “hasta en tanto sea resuelto el procedimiento de declaración administrativa de nulidad en que se ventila la patente [...] de manera definitiva”⁷⁹.

El Tribunal Colegiado estuvo de acuerdo con la anterior cumplimentación por parte del TFJA. De conformidad con los artículos 201 fracción I y 202 de la Ley de Amparo, el recurso de inconformidad procede en contra del auto que declara cumplida la sentencia de Amparo. En el caso específico, Rimsa promovió dicho recurso, mismo que fue resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el 12 de agosto de 2015.

El argumento de Rimsa, básicamente consistió en que el TFJA no debió hacer estudio alguno sobre el fondo de la resolución de infracción del IMPI, ya que se trataba de una nulidad lisa y llana. En sus propias palabras, el efecto de la declaración de nulidad del TFJA debió ser que “ni siquiera existiría resolución”⁸⁰ de infracción. Bajo este razonamiento, el IMPI tendría que dictar nuevamente dicha resolución de infracción y no dejarla en suspenso hasta que se resolviera en definitiva la nulidad de la patente.

⁷⁶ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 72.

⁷⁷ Amparo Directo 245/2014 (2014) p. 76.

⁷⁸ Recurso de Inconformidad 608/2015 (2015) p. 11.

⁷⁹ Recurso de Inconformidad 608/2015 (2015) p. 13.

⁸⁰ Recurso de Inconformidad 608/2015 (2015) p. 14.

La Segunda Sala declaró ineficaces los motivos de agravio presentados por Rimsa, sosteniendo que, al cumplimentar la resolución de Amparo, el TFJA anuló la resolución del IMPI de acuerdo a las directrices dictadas por el Colegiado. Las mismas consistían en determinar si quedó firme la resolución de nulidad de la patente y posteriormente establecer cómo lo anterior incidiría en el procedimiento de declaración de infracción. Así, la Suprema Corte sostuvo que:

“[...] lejos de constreñir a la autoridad administrativa responsable [...] se le dejó en libertad de establecer [...] la condición en que quedaría el procedimiento de declaración administrativa de infracción [...]”⁸¹.

CONCLUSIONES

El anterior litigio muestra al menos dos problemas. El primero es una mala técnica legislativa que, al emitir el artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial, ignoró o rechazó los principios básicos que sobre las patentes han establecido tanto el Convenio de París como el ADPIC. Sobre todo, los principios de trato nacional e independencia de las patentes. El segundo problema, es la interpretación tan liberal y activista que los jueces han tenido de dicho precepto legal.

Lo anterior no es un caso aislado, sino que ha sido un problema generalizado. Resuelto, no por acción legislativa o judicial, sino por el paso del tiempo. Para ejemplificar lo anterior, una nota periodística publicada, el 12 de Septiembre de 2010, dio cuenta de lo generalizado del problema⁸². La misma hace referencia al litigio que nos ocupa y sugiere que el problema analizado es algo común: “[...] el problema dicen los nacionales productores de genéricos, es que más de la cuarta parte de las patentes de fármacos publicadas hoy en la gaceta son por mandato judicial, es decir, que un juez ordenó al IMPI protegerlas pese a que el mismo IMPI había rechazado hacerlo...”⁸³.

En relación a lo anterior, el Senado de la República emitió un punto de acuerdo en donde se exhortó al TFJA a circunscribirse a la ley y no extender el término de protección de patentes basándose en el artículo décimo segundo transitorio de la Ley de la Propiedad Industrial. Es decir, en su interpretación de dicho precepto normativo, los Senadores consideraron que no existe fundamento jurídico para extender o ajustar la duración de las patentes⁸⁴.

Además, resulta desafortunado y excesivamente formalista el criterio que dejó a la demandada fuera del litigio que extendió la duración de la patente, por “falta de interés jurídico”. Si la expectativa de derecho de explotar una patente que pasa al dominio público, junto con la inversión realizada para llevar a cabo dicha explotación no es interés jurídico, cabe preguntarse qué sí lo es. Más aún, si en la acción de infracción, el demandado no tuvo posibilidad de defenderse en contra de dicha extensión con el argumento de la “cosa juzgada”. Ese estado de indefensión, no es propio de un procedimiento justo y equitativo, que

⁸¹ Recurso de Inconformidad 608/2015 (2015) pp. 15 y 16.

⁸² EL ECONOMISTA (12/09/2010).

⁸³ EL ECONOMISTA (12/09/2010).

⁸⁴ SENADO DE LA REPÚBLICA, el 26 de abril de 2007.

evite abusos tal como lo ordenan los artículos 42 y 41(1) del ADPIC. Lo anterior sin hablar de problemas de retroactividad, ya que estamos ante un procedimiento que comienza con un escrito de medidas preliminares presentado el 15 de junio de 2006, cuando el IMPI no modificó la duración de la patente sino hasta el 20 de julio de 2006.

A pesar de que tenemos un aparente y claro ganador, aquí no hubo ganadores del todo. Los infortunios legislativos no fueron resueltos en la esfera jurisdiccional. La parte demandada, nos queda claro que perdió el litigio de infracción. Pero la parte ganadora, tampoco le fue del todo bien, ya que se violaron en su perjuicio los principios de independencia de las patentes y de trato nacional. Es decir, obtuvo un término menor de protección que los nacionales mexicanos que presentaron su solicitud el mismo día en que la actora presentó su solicitud.

Este y otros litigios parecidos se pudieron haber evitado desde el comienzo en el plano legislativo. Si se pretendía proteger dichas invenciones, que de otra manera no cumplirían con el requisito de novedad, se les debió haber otorgado los 20 años que establece el artículo 23 de la Ley de la Propiedad Industrial y no sujetar su término de protección a la incertidumbre. Si así hubiese sido, tendríamos en este caso dos ganadores, no dos litigantes, Takeda y Rimsa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABBOTT, Frederick *et al.* (2007): *International Intellectual Property in an Integrated World Economy* (Nueva York, Aspen Publishers).
- ANDREWS, Damon (2011): "Why Patentees Litigate", *Columbia Science and Technology Law Review*, vol. 12: pp. 219-254.
- BURGOA, Ignacio (2009): *El Juicio de Amparo* (México, Porrúa, cuadragésima tercera edición).
- CORREA, Carlos (2007): *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Oxford, Oxford University Press).
- ERSLING, Jay A. y STROVE, Frederik W. (2015): "A Framework for Patent Exhaustion from Foreign Sales", *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 25: pp. 499-535.
- FARRAND, James R. (2006): "Territoriality and Incentives Under the Patent Laws", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 21: pp. 1215-1291.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA, Salvador (2009): *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado* (México, Porrúa, sexta edición).
- GOLDSTEIN, Paul (2008): *International Intellectual Property Law* (New York, Foundation Press, segunda edición).
- ILARDI, Alfredo y BLAKENEY, Michael (2004): *International Encyclopedia of Intellectual Property Treaties* (Oxford, Oxford University Press).
- KHOURY, Amir (2012): "The End of the National Patent Office", *The Intellectual Property Law Review*, vol. 52: pp. 197-240.
- LAPENNE, Juan (2010): "Patent Cooperation Treaty", *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 92: pp. 192-207.

- LEMLEY, Mark A. y MOORE, Kimberly A. (2004): “Ending Abuse of Patent Continuations”, *Boston University Law Review*, vol. 84: pp. 63-123.
- MCJOHN, Stephen M (2003): *Intellectual Property* (Nueva York, Aspen Publishers).
- MAHNE, Kevin (2012): “A Unitary Patent and Unified Patent Court for the European Union: An Analysis of Europe’s Long Standing Attempt to Create a Supranational Patent System”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 94: pp. 162-191.
- MARKHAM, Wesley (2011): “Terminal Illness: Curing the Patent Term Using Empirical Analysis of the Patent Globalization”, *New York University Intellectual Property & Entertainment Law Ledger*, vol. 2, pp. 121-130.
- MIGLIORINI, Robert A. (2007): “Twelve Years Later: Provisional Patent Application Filing Revisited”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 89: pp. 437-455.
- MUELLER, Janice M. (2009): *Patent Law* (Nueva York, Aspen Publishers, tercera edición).
- ODDI, Samuel (1987): “The International Patent System and Third World Development: Reality or Myth?” *Duke Law Journal*, vol. 1987: pp. 831-877.
- PIL, Sung (2014): “Harmonizing Public and Private International Law: Implications of the Apple v. Samsung IP Litigation”, *Journal of East Asia & International Law*, vol. 7: pp. 351-378.
- PIRES, Nuno (2005): *The TRIPs Regime of Patent Rights* (The Hague, Kluwer Law International, segunda edición).
- RABASA, Emilio, (1955): *El Artículo 14. Estudio Constitucional y El Juicio Constitucional. Orígenes, Teoría y Extensión* (México, Porrúa, segunda edición).
- SHINALL, Michael (2012): “Priority and Disclosure: Challenges and Protections to Small Investors in a First to File World”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, vol. 94: pp. 362-400.
- SOLOVY, Eric M. y KRISHNAMURTHY, Pavan S. (2017): “TRIPs Agreement Flexibilities and their Limitations”, *George Washington International Law Review*, vol. 50: pp. 69-124.
- TOBIAS, Peter *et al.* (2009): *WTO Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers).
- WIPO (2018): “PCT The International Patent System”. Disponible en: <http://www.wipo.int/pct/en/>. Fecha de consulta: 18 de agosto de 2018.

TRATADOS INTERNACIONALES CITADOS

- ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO, MARRAKECH (15 DE ABRIL DE 1994).
- CONVENIO DE PARÍS PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, Estocolmo (28 de septiembre de 1979).
- TRATADO DE COOPERACIÓN EN MATERIA DE PATENTES, Washington (19 de junio de 1970).

NORMAS CITADAS

- LEY N° 19.039 (9/03/2006), Ley de la Propiedad Industrial.

NORMAS EXTRANJERAS CITADAS

- LEY DE PATENTES DE INVENCIÓN Y MODELOS DE UTILIDAD, Argentina (20/3/96).
LEY N° 17.164, DERECHOS Y OBLIGACIONES RELATIVOS A LAS PATENTES DE INVENCIÓN, LOS MODELOS DE UTILIDAD Y LOS DISEÑOS INDUSTRIALES, Uruguay (2/9/99).
LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, México (27/06/1991).
LEY DE INVENCIONES Y MARCAS (ABROGADA), México (10/2/1976).
SENADO DE LA REPÚBLICA, Punto de Acuerdo Propuesto por el Senador Ernesto Saro Boardman, publicado en la Gaceta del Senado de la República número: LX/1SPO-103/12370, el 26 de abril de 2007. Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=12370>. Fecha de consulta: 25 de enero de 2018.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA CITADA

- IMPI, Resolución 872/2006, *TAKEDA v. RIMSA*, 27 de febrero de 2013.
Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, Amparo Directo 245/2014, 11 de septiembre de 2014.
Quinta Sala Regional Metropolitana, TFJA, expediente 14113/05-17-05-9, 2 de enero de 2006.
Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, Amparo Directo 245/2014, 11 de septiembre de 2014.
Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Recurso de Inconformidad 608/2015, 12 de agosto de 2015.
Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P. LXXVII/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo X, Noviembre de 1999, p. 46.
Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: IV.2o.A.76 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo IV, p. 2918.

IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LOS DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

OBJECTIVE IMPUTATION OF THE DAMAGES BY BREACH OF CONTRACT

FABIÁN GONZÁLEZ CAZORLA*

RESUMEN: En estas líneas se comenta una reciente sentencia de la Corte Suprema de fecha 24 de enero de 2019, que se pronuncia sobre la imputación objetiva del daño moral ante el incumplimiento contractual. Se concluye que el máximo tribunal efectúa un correcto análisis causal para determinar la extensión de los daños reparables, al recurrir, precisamente, a los criterios normativos de imputación y la magnitud de la lesión sufrida por el acreedor.

Palabras clave: incumplimiento, causalidad, imputación objetiva, daño moral

ABSTRACT: In this work it's comment a recent sentence of the Supreme Court of January 24th, 2019, which refer on the objective imputation of moral damage from breach of contract. It is concluded that the Court does a correct causal analysis to determine the extent of the compensable damage, resorting, to the normative standards of imputation and the severity of the injury suffered by the creditor.

Key words: breach of contract, causality, objective imputation, non-pecuniary loss

INTRODUCCIÓN

El objeto de este comentario de sentencia consiste en demostrar particularmente dos cosas. La primera, se refiere a que el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia no responden de una forma completa y suficiente a la pregunta acerca de los daños indemnizables por incumplimiento contractual, especialmente del daño moral o extrapatrimonial. La segunda, alude a que algunos fallos de la Corte Suprema –pero específicamente el que se analiza en este trabajo– intentan entregar herramientas que subsanen la deuda pendiente sobre la delimitación del daño moral derivado de la infracción de un contrato, esto es, mediante criterios de previsibilidad y causalidad material y normativa que atribuyan el efecto dañoso al incumplimiento del deudor.

Para cumplir estos objetivos conviene mostrar el estado de cosas existente sobre la materia, de manera que nos permita situar la discusión que suscita la resarcibilidad de los daños y los criterios habitualmente utilizados por los tribunales a la hora de fijar los límites de la pretensión indemnizatoria del acreedor. En consecuencia, el trabajo se articulará considerando primeramente el estado de la discusión; luego se hará referencia a la sentencia y al comentario de la misma, para finalizar con algunas conclusiones.

* Abogado. Magíster en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Dirección postal: Avenida Bellavista N° 0121, Providencia, Santiago, Dirección electrónica: fabian.gonzalez.c@unab.cl

I. ESTADO DE COSAS: EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO CONTRACTUAL

La procedencia del daño moral por incumplimiento contractual es algo que hoy no se discute. Si bien durante la segunda mitad del siglo XX hubo posiciones encontradas respecto de la reparación de este perjuicio (algunos negándolo¹ y otros aceptando su procedencia²), con las sentencias de la Corte Suprema del año 1994³ y 2001⁴ se sentaron las bases de un nuevo paradigma que cambió el derecho chileno de contratos, extendiendo el abanico de protección del acreedor⁵.

No obstante, ello, aún existen problemas en torno a este perjuicio, pero estos se relacionan a otros puntos: aquellos referidos a los límites del daño indemnizable, la previsibilidad y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño⁶. Tres cuestiones que, incluso los fallos más relevantes, dejaron pendiente en esta materia.

Por este motivo, el escenario en el que nos encontramos plantea determinar aquello que constituye un daño moral indemnizable a la luz de los presupuestos de la responsabilidad civil, junto con los criterios normativos de imputación mediante los cuales se fijen los límites de la protección contractual, esto es, qué intereses del acreedor están protegidos por el contrato cuya lesión –por medio del incumplimiento del deudor– son hábiles para causar un daño extrapatrimonial.

Esta pregunta atañe a uno de los presupuestos de la responsabilidad contractual que no ha sido estudiado con la debida profundidad: la relación de causalidad⁷. Lógicamente, existen aproximaciones dogmáticas⁸ que entregan herramientas útiles para afrontar el

¹ En la posición que negaba la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual Butrón señala que conforme al artículo 1556 del Código Civil "Habría lugar a la indemnización, por consiguiente, sólo en este caso, es decir, habiendo daño emergente o lucro cesante, lo que no podría establecerse, por ejemplo, en caso de no restitución de retratos de familia sin valor apreciable en dinero; pero sí de un gran valor de afección". Véase BUTRÓN (2009) p. 146. En el mismo sentido ALESSANDRI (1943) p. 547. También BARROS (1932) p. 89. Al respecto el autor señala lo siguiente "El tercer elemento constitutivo de la responsabilidad civil del deudor es la existencia de perjuicios efectivos sufridos por el acreedor en su patrimonio, con motivo del incumplimiento de la obligación. *Perjuicios*, en general, son los daños que el acreedor ha sufrido en su patrimonio y que han disminuido la hacienda que tenía, o la que legítimamente esperaba tener, si hubiera cumplido la obligación, en la forma específica en que fue contraída; y decimos en su *patrimonio*, porque no son indemnizables, ni pueden estimarse en dinero, que es la manera de pagar los perjuicios, los daños puramente morales".

² Se trata de Fueyo, quien alude a la aceptación del daño moral contractual y hace referencia a la evolución de la doctrina francesa que ya lo había acogido para algunos casos (véase FUEYO (1965) p. 72 y FUEYO (1972), p. 26).

³ Véase *RAFART CON BANCO DE CHILE* (1994); DE LA MAZA (2018a) p. 275.

⁴ *RUIZ CON LABORATORIO BIOLÓGICO S.A. Y OTROS* (2001). El considerando 17° señala lo siguiente: "El citado artículo 1556 del Código Civil, como ya quedó establecido precedentemente, no limita la reparación en materia contractual al daño emergente y lucro cesante, desde luego no excluye al daño moral".

⁵ Para una visión panorámica de la evolución de nuestra jurisprudencia en esta materia véase De la Maza (2018a)

⁶ GONZÁLEZ (2019) p. 169

⁷ Por ejemplo, el profesor Carlos Pizarro indica respecto de la previsibilidad en materia contractual que "La regla del artículo 1558 CC. ha tenido muy poca atención de la doctrina nacional, siendo también escasa su aplicación jurisprudencial como límite a la indemnización de los daños contractuales. Incluso no pocos son los que han abogado por su eliminación, entiendo que constituye una regla inútil e innecesaria". Véase PIZARRO (2013) p. 78.

⁸ BARRIENTOS (2007) pp. 7-22; CORRAL (2009) pp. 139-159; CORRAL (2010) pp. 151 y ss. DE LA MAZA (2018a) pp. 275-309; DE LA MAZA (2018b) pp. 635-654.

gran desafío respecto de la determinación del daño indemnizable y su extensión, pero no hay claridad sobre cómo proceder más que la tradicional regla de la previsibilidad del artículo 1558 del Código Civil⁹, cuya aplicación por los tribunales suele articularse sobre una noción subjetiva en la persona del deudor¹⁰, similar a la *contemplation rule* del *Common law*¹¹, aunque, en cierta forma, dicho juicio ha ido cambiando paulatinamente, dando espacio a uno de carácter objetivo¹².

Sin ir más lejos, en su intento por delimitar los daños contractuales, la Corte Suprema parece haber ido moldeando este criterio a través de una sentencia del año 2012 que excluía la indemnización del daño moral por no resultar previsible para el deudor, por cuanto no estaba dentro de los riesgos asumidos por éste. En dicha sentencia se lee:

“Que no se discute ya en doctrina que es posible que el incumplimiento contractual pueda dar lugar a una indemnización por daño moral, si bien la respuesta acerca de la procedencia de la misma no puede formularse en términos absolutos, pues la naturaleza y el tipo específico de contrato serán relevantes a la hora de determinar si el menoscabo moral que se pretende derivado del incumplimiento de una obligación determinada resultaba o no previsible para los contratantes, es decir, si el acreedor de la indemnización que se demanda tomó a su cargo el riesgo de lesionar intereses extrapatrimoniales de su contraparte”¹³.

La Corte de una manera elocuente presenta el problema de la delimitación de los daños a través de una **regla objetiva de previsibilidad**, fundada en los riesgos asumidos por el deudor. Sin embargo, esta postura no ha sido uniforme, porque los tribunales consideran diversos elementos para determinar el daño indemnizable y, generalmente ha sido la naturaleza de la prestación un elemento preponderante a la hora de determinarlo¹⁴.

II. EL CASO Y LAS SENTENCIAS DE PRIMER Y SEGUNDO GRADO

1. HECHOS RELEVANTES

De acuerdo a los antecedentes esgrimidos en el proceso, los hechos se pueden sintetizar de la forma que sigue. Doña Natalia Parra Vásquez concurrió el día 30 de abril de 2012 a un centro gineco obstétrico con el objeto de practicarse una ecografía y mostrarle a

⁹ CORRAL (2009) p. 146.;

¹⁰ Ejemplo, *ZORIN S.A CON COMPAÑIA SIDERÚRGICA HUACHIPATO* (2012), considerando 18º: “La frustración de un negocio de esta naturaleza parecía perfectamente previsible, al tiempo de celebrar el contrato, para los efectos del artículo 1558 del Código Civil, pues, era natural que la empresa compradora quisiera revender el material de chatarra que estaba adquiriendo”.

¹¹ BURROWS (2005) p. 94 “There is a single or kind of loss is not too remote a consequence of a breach of contract if, at the time of contracting (and on the assumption that the parties actually foresaw the breach in question) it was within their reasonable contemplation as a not unlikely result of that breach”

¹² En un tono crítico CÁRDENAS y REVECO (2018) p. 408, señalan que “Por una parte, se ha criticado la inseguridad de la regla de la previsibilidad, en el sentido de que no explicaría satisfactoriamente porqué en determinados casos un daño es indemnizable y en otros no; y, por otro lado, la poca importancia que se presta al contrato como instrumento de distribución de los riesgos contractuales”.

¹³ *BAZAN CON SOCIEDAD COMERCIAL CONCESIONARIA SUBTERRA S.A.* (2012), considerando 2º.

¹⁴ VERGARA (2011) pp. 24-25.

su doctora tratante el resultado de unos exámenes que ésta le había solicitado en la última consulta y que arrojaban rangos anormales de prolactina, razón por la que tenía apuro en que ella los revisara. En el momento de mostrarle los resultados –según relata la demandante– la doctora manifiesta que la prolactina estaba sumamente alterada y que podía deberse a un tumor en la hipófisis.

Frente a tal afirmación la demandante entra en pánico y preocupación, por lo que, para confirmar la información, la profesional llama por teléfono al laboratorio, pero nadie contestó porque ya era tarde (cerca de las 20:00 horas). Como no pudo comunicarse con el personal, acudió a los otros médicos que se encontraban trabajando a esa hora para mostrarle los exámenes, y todos concordaron que la alteración del examen se debía a un tumor en la hipófisis.

Añade que salió llorando de la consulta médica y les contó a sus padres lo ocurrido, quienes quedaron con mucha angustia. Además, no pudo repetir el referido examen al día siguiente, puesto que era 1° de mayo y, por tanto, día feriado.

Afirma, posteriormente, que el 2 de mayo concurrió al centro médico, donde fue informada de un error de digitación en su examen, el que arrojaba 1.353 de prolactina en circunstancias que el nivel era de 13.53, situación que le provocó gran alivio, persistiendo en todo caso en su decisión de repetir el examen cuyos resultados estuvieron listos el 4 de mayo, confirmando que la prolactina estaba normal.

La demandante señala que todo esto le provocó que se ausentara de clases en la carrera de Ingeniería de la Universidad de Valparaíso y perdiera un ramo por no poder rendir el último certamen, debiendo asumir los costos de psicólogo, psiquiatra, universidad y alojamiento.

Finalmente, indica que el Laboratorio Cheul Etcheverry (demandado) incurrió en negligencia al haber entregado un resultado de examen erróneo con niveles prolactina equivocados, lo que constituye un incumplimiento contractual a la luz del artículo 1545 del Código Civil, solicitando se le reparen los daños que ascenderían a la suma total de \$25.000.000 (veinticinco millones de pesos).

2. DEFENSA DEL DEMANDADO Y RESOLUCIÓN DE LOS JUECES DE INSTANCIA

El demandado, Laboratorio Clínico Cheul Etcheverry, solicitó el rechazo de la demanda, indicando que la demandante no alcanzó a estar 48 horas en conocimiento del falso diagnóstico, por lo que existe un expreso ánimo de lucro con la situación producida. Al mismo tiempo, agrega que efectivamente el 30 de abril de 2012 la doctora tratante se percató de algo extraño en los resultados del examen de sangre, explicándole a su paciente la necesidad de repetirlo y al ser consultada sobre las posibles causas, ésta le indicó que podía deberse a un tumor benigno llamado adenoma hipofisario, sin realizar diagnóstico al respecto.

La demandada señala que el examen no constituye diagnóstico médico y que el día 2 de mayo, en no más de 48 horas, se le informó el correcto resultado del examen a la demandante, habiendo una reconfirmación del mismo el día 4 de mayo. Adicionalmente, rechaza la pretensión indemnizatoria respecto de no haber podido rendir la demandante un examen fijado para el día 7 de mayo, de manera que no hubo realmente un impedimento

para que aquella se presentara, no existiendo relación de causalidad entre el error del resultado de examen de sangre y el daño alegado.

Finalmente, el Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar rechazó la demanda en todas sus partes con expresa condenación en costas. Apelado el fallo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó la resolución de primer grado, dando por configurado el incumplimiento contractual del Laboratorio demandado, y accediendo a la reparación del daño moral por la suma de \$4.000.000 (cuatro millones de pesos) más reajustes e incrementos indicados en la sentencia.

En contra de esta última resolución el demandado dedujo recurso de casación en el fondo, alegando la infracción de los artículos 425 del Código de Procedimiento Civil y 1556 del Código Civil.

III. LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL 1027-2018, DEL 24 DE ENERO DE 2019

Interpuesto el recurso de casación en el fondo por la parte demandada, la Corte examina las posibles infracciones de ley en que pudieron haber incurrido los jueces de segundo grado. Se indican como infringidos el 425 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 1556 del Código Civil. Respecto del primero, se señaló por el recurrente que los jueces dieron por establecido el daño moral por medio de un informe pericial que, a su juicio, no habría sido valorado conforme a las reglas de la experiencia y la lógica. No obstante, el máximo tribunal desecha dicha pretensión porque no hay vulneración de las reglas reguladoras de la prueba, sino únicamente una diferencia en la apreciación de la misma, lo que no puede constituir una infracción de ley a la luz del objeto del recurso de casación en el fondo.

En cuanto a la vulneración del artículo 1556 del Código Civil, la Corte razona sobre la base dos cuestiones que nos parecen relevantes. La primera, relativa a la indemnización propiamente tal del daño moral contractual, la segunda, a la relación causal e imputación objetiva de los daños consecutivos al incumplimiento del demandado.

Respecto del daño moral la Corte Suprema indica, en el considerando sexto de su sentencia, lo siguiente:

“Si bien resulta muy probable que el incumplimiento contractual, cualquiera que sea la naturaleza del contrato, genere sentimientos o sensaciones desagradables, se acepta que no cualquier molestia causada por el incumplimiento contractual debe calificarse jurídicamente como un daño moral”¹⁵.

En cuanto a la causalidad determinó lo siguiente en el considerando 7°:

“Este par de consideraciones inducen a tener presente aspectos relacionados con la imputación normativa del daño y preguntarse si el daño alegado no se hubiera producido igualmente bajo un comportamiento lícito alternativo; es decir, si la reprobación de uno de los ramos más relevantes de la carrera y, muy probablemente, también de los más complejos no hubiese tenido lugar aun si el laboratorio hubiera informado correctamente el resultado del examen médico. Lo anterior pues, como se ha visto, la recurrente, de una parte, tuvo

¹⁵ *PARRA CON LABORATORIO CLÍNICO CHEUL ETCHEVERRY* (2019), considerando 6°.

un tiempo suficiente para estudiar y, de otra, había reprobado un enorme número de materias anteriormente.

De esta manera, en opinión de estos sentenciadores, no existen razones suficientes para imputar objetivamente el daño moral que puede haber causado la reprobación de determinadas materias y el consecuente alargamiento de la carrera, al error cometido en el resultado del examen de sangre¹⁶.

Los considerandos 6° y 7° del fallo resultaron decisivos respecto de la alegación hecha por el demandado en su recurso. Ambos sirvieron para que la Corte acogiera la impugnación y determinara que los jueces de segunda instancia incurrieron en infracción de ley.

En términos simples, la sentencia fue invalidada porque las molestias sufridas por la demandante no califican como daño moral indemnizable y, porque dicho daño, además, no es objetivamente imputable al incumplimiento del contrato.

III. COMENTARIO

1. INCUMPLIMIENTO, CAUSALIDAD Y PREVISIBILIDAD

Hablar sobre causalidad en materia contractual implica tener en consideración dos conceptos relevantes, el primero se refiere a la previsibilidad, mientras que el segundo a la causalidad propiamente tal.

Como ya se ha afirmado más arriba, los estudios dogmáticos sobre la previsibilidad son escasos. Los trabajos existentes no han elaborado, a nuestro juicio, un correcto pronunciamiento sobre la estrecha y profunda relación que tiene la previsibilidad con la causalidad.

En un texto del profesor Hernán Corral se expone, con bastante elocuencia, la relación y diferencia que existe en estos dos conceptos normativos. Se señala que la previsibilidad de que da cuenta el artículo 1558 CC, como norma limitadora de los daños, debe ser considerada al momento de la celebración del contrato, mientras que la previsibilidad que puede estar aparejada al juicio de causalidad normativa (como causa adecuada), ha de considerarse a partir del incumplimiento.

El autor lo explica con las siguientes palabras:

“Para la causalidad de la responsabilidad ese momento es el del hecho ilícito que causa el daño, es decir, tratándose de responsabilidad contractual, el momento del incumplimiento. En cambio, la regla legal de la limitación establece claramente que el momento en que debe valorarse la previsibilidad no es el de la violación del contrato, sino aquel en que el contrato se celebra. En ese sentido, debe entenderse la expresión “al tiempo del contrato” que utiliza el art. 1558 CC¹⁷.”

La distinción no es fútil y, desde luego, tiene importantes consideraciones teóricas. Una de ellas es que el juicio de previsibilidad del tiempo del contrato se articula de una forma distinta a la previsibilidad de la causalidad. La primera considera fundamental un aspecto subjetivo del deudor para atribuir los daños que, presunta o realmente, fueron con-

¹⁶ PARRA CON LABORATORIO CLÍNICO CHEUL ETCHEVERRY (2019), considerando 7°.

¹⁷ CORRAL (2010) p. 177.

templados al momento de la celebración del negocio. La segunda, imputa objetivamente dichos daños al deudor por su incumplimiento.

Por su parte, el profesor Morales Moreno señala una idea similar en los siguientes términos:

“Una cosa es determinar el bien jurídico protegido, lo cual es función del art. 1107 I, [norma equivalente a nuestro artículo 1558 inciso 1° CC] y otra determinar si un daño producido a un bien jurídico protegido es o no imputable objetivamente al sujeto que materialmente lo ha causado, lo cual es función de las reglas de la imputación objetiva, entre las que se incluye con mayor o menor extensión, la correspondiente a la teoría de la adecuación”¹⁸.

En otras palabras, ambos autores coinciden –aunque no de forma expresa– en que la previsibilidad del artículo 1558 del Código Civil, en su primer sentido (al tiempo del contrato) es distinta a aquella considerada como parte del juicio de causalidad. En efecto, la primera determina los intereses y derechos lesionables del acreedor cuyo riesgo ha asumido el deudor en caso de incumplimiento¹⁹, es decir, fija el ámbito o fin de protección del contrato²⁰, por lo que el segundo sentido, cumple solamente la función de imputar objetivamente los daños.

A continuación, se revisará la noción del ámbito o fin de protección del contrato y la opinión que tiene la Corte Suprema a su respecto.

2. EL ÁMBITO O FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO NO FUE DETERMINANTE

Como dijimos anteriormente, la previsibilidad de que da cuenta el artículo 1558 del Código Civil, en tanto regla de contemplación de daños, es más bien una regla delimitadora que opera al abrigo del ámbito o fin de protección del contrato, similar a lo que ocurre en materia extracontractual con el fin de protección de la norma²¹.

Esta analogía permite articular un razonamiento similar al que se produce en materia extracontractual, puesto que, en esta sede, el fin de protección de la norma determina los daños de los cuales debe responder el demandado. Y serán aquellos que dicha norma buscaba, precisamente, prevenir o evitar. Por su parte, en la relación contractual, la norma sería equivalente al contrato, y los daños de los que debe responder el deudor son de aquellos que están cubiertos por dicha convención, es decir, se encuentran dentro de su ámbito de resguardo o fin de protección²².

¹⁸ MORALES (2010) p. 158.

¹⁹ SAN MARTÍN (2014) p. 652.

²⁰ DE LA MAZA (2018b) p. 638. El profesor De la Maza indica “La previsibilidad *ex* artículo 1558 CC determina el fin de protección del contrato, la previsibilidad propia de la teoría de la causa adecuada sirve, en cambio, para imputar el daño”.

²¹ “La imputación del daño al hecho culpable según el fin protector de la norma se basa en la idea de que los deberes contractuales o legales tienen fines específicos: intentan proteger a ciertas personas, sirven determinados intereses, o pretenden evitar ciertos riesgos. En consecuencia, sólo los daños que se relacionan con los fines específicos que persigue la norma pueden ser imputados a la persona que los ha infringido”. Véase BARROS (2006) p. 386.

²² En palabras de Cárdenas y Reveco “El fin de protección del contrato corresponde a lo que en materia extracontractual se ha desarrollado como fin de protección de la norma, criterio fundamental en sistemas típicos de

La diferencia está, entonces, en que el fin de protección de la norma es un criterio de imputación objetiva, en cambio el fin de protección del contrato es una regla delimitadora objetiva que determina los riesgos que el deudor ha asumido en caso de incumplimiento²³.

El profesor Morales Moreno ha definido, traduciendo las palabras de Rabel, el concepto de fin de protección del contrato, señalando que: “El fin de protección del contrato determina el interés protegido, lesionable por el incumplimiento del contrato, y fundamentador del derecho a exigir indemnización. Su función no es depurar jurídicamente los cursos de causación del daño contractual, utilizando algunos criterios de causación jurídica, sino definir el interés cuya lesión puede constituir un daño”²⁴.

En ese sentido, el ámbito o fin de protección del contrato si bien se relaciona con el ámbito o fin de protección de la norma de la responsabilidad extracontractual, no son estrictamente lo mismo. Inicialmente se tendería a pensar que operan de una forma equivalente, pero ello –discutiblemente– no es así.

De la misma definición del profesor Morales Moreno se extrae que la función del fin de protección del contrato no es la de ser utilizada como criterio normativo de imputación de daños, sino como mecanismo para determinar los intereses lesionables del acreedor. De manera que toca a otros criterios, distintos del ámbito o fin de protección del contrato, determinar los cursos de causación de daños desde un aspecto jurídico o normativo, pero a partir del incumplimiento.

Así, puede que, de acuerdo al fin de protección del contrato, una determinada convención proteja intereses patrimoniales, extrapatrimoniales o ambos, en caso de incumplimiento del deudor. Para ello, la previsibilidad es una de las herramientas que permiten determinar ese interés cautelado²⁵, aunque, naturalmente, no es la única²⁶, ya que las

responsabilidad civil; o en hipótesis de culpa infraccional o contra la legalidad en sistemas de cláusulas generales de responsabilidad, como la contenida en el artículo 2314 CC Ch”. Véase CÁRDENAS y REVECO (2018) p. 409.

²³ SAN MARTÍN (2014) p. 652.

²⁴ MORALES (2014) p. 115.

²⁵ DE LA MAZA (2018b) p. 637. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha fallado que el ámbito de resguardo o protección del contrato, determina los intereses lesionables del acreedor. Así, en *CONSTRUCTORA MONTEVERDE LIMITADA CON MUNICIPALIDAD DE LA LIGUA* (2013), considerando 1° “Que, si bien se admite la indemnización del daño moral en la esfera de la responsabilidad contractual, tal como lo ha reconocido esta Corte, concediéndola, ello sólo ha sido aceptado en aquellos casos en que las obligaciones a que da lugar el negocio contractual de que se trata, no se limitan exclusivamente al logro de resultados puramente materiales o patrimoniales.

En efecto, esta clase de resarcimiento procede únicamente en eventos en que la convención extiende su ámbito de resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales, o cuando comprende intereses que claramente ya no conciernen al patrimonio sino a la personalidad moral del sujeto, como su afectividad, su estabilidad emocional, su integridad moral, etc”.

²⁶ LÓPEZ (2017) p. 317. La autora señala que la naturaleza de la obligación, las circunstancias que rodean la celebración del contrato, entre otros, sirven para fijar el fin de protección del contrato. Así, indica que “La pregunta que debería haber intentado responder la Corte es si el daño moral alegado por la demandante se encontraba protegido por el contrato, esto es, si fue asumido el riesgo de su ocurrencia por el prestador de servicios. Y para responderla habría sido de utilidad que recurriera a criterios que van más allá del contenido extrapatrimonial de la prestación, formulados en el último tiempo por la dogmática nacional y comparada. Tales son, por un lado, la naturaleza de la obligación o de las circunstancias que rodean a esta última, la profesión u oficio del deudor y la información que se le hubiere proporcionado y, por otro, la función típica del contrato y el propósito práctico perseguido por los contratantes”.

circunstancias y características particulares de la referida convención también sirven para determinar el interés comprometido del acreedor²⁷.

Ahora bien, para la determinación del daño indemnizable por incumplimiento del laboratorio demandado, la misma sentencia excluye el ámbito o fin de protección del contrato como mecanismo de delimitación. Esto lo hace en el considerando 6° cuando indica que “[e]l tipo de contrato que se está examinando aquí, uno relativo a prestaciones de carácter médico, sin duda, protege intereses extrapatrimoniales; las personas, por lo general no se hacen exámenes con el objeto de aumentar su patrimonio, sino de velar por su salud. Por lo mismo, esta primera limitación al daño moral en materia contractual, **correspondiente a la determinación del tipo de intereses que protege el contrato, no ha de aplicarse**”.²⁸ (énfasis añadido).

Resulta a lo menos curioso por qué no ha de aplicarse el ámbito o fin de protección del contrato, especialmente si, en el *caso sub lite*, se trata de un contrato médico. Pero la verdad es que la respuesta, aunque no tan obvia, sí es extraordinariamente persuasiva y, según entiendo, consiste en que las afectaciones reclamadas por la demandante a título de daño moral deben ser acomodadas no solamente con el primer examen de delimitación (fin de protección), sino también por medio de criterios normativos de causalidad, dada las consecuencias remotas a las que se hicieron referencia y cuya fuente se imputa al incumplimiento del deudor.

En otras palabras, tal como ocurre en materia extracontractual con el fin de protección de la norma, el fin de protección del contrato cumpliría únicamente la función de determinar el interés directamente cautelado por la convención. Por ende, cuando se intenta imputar objetivamente daños consecutivos, o que en algún sentido escapan a los que el contrato cautela, deberán utilizarse criterios distintos del ámbito de protección para establecer la extensión del daño indemnizable²⁹, como por ejemplo, el criterio de adecuación, aumento del riesgo, etc. De manera que hace bien la Corte cuando considera los otros dos factores que a continuación se desarrollan.

²⁷ *BAZAN CON SOCIEDAD COMERCIAL CONCESIONARIA SUBTERRA S.A.* (2012), considerando 10°, que señala: “Que estima este tribunal de casación que para analizar la procedencia del daño moral por la infracción de un contrato, no es suficiente, para descartarlo, la mera constatación de que la convención, por su naturaleza, no protege intereses extrapatrimoniales o comprende intereses que claramente pueden afectar a la personalidad del sujeto, sino que es menester detenerse en las particulares circunstancias y características en que se celebró el que vincula a las partes, pues de ellas fluirá la posibilidad de que la mencionada infracción provoque un daño extrapatrimonial”.

²⁸ *PARRA CON LABORATORIO CLÍNICO CHEUL ETCHEVERRY* (2019), considerando 6°.

²⁹ BARROS (2006) p. 390. “La idea del fin protector de la norma usualmente sólo permite limitar la responsabilidad por el primer daño que sufre la víctima. Ello es una consecuencia de la relación que debe haber, según este criterio de atribución, entre la culpa y el daño. Pero ocurre que la culpa se agota en la valoración del primer daño y no se transmite a las preguntas relativas a la imputación de los daños consecuentes”. Luego el autor afirma: “Se comprueba, entonces, que el fin de la norma no es un criterio para determinar la proximidad que deben tener los daños subsecuentes para que queden cubiertos por la responsabilidad de quien provocó ese primer daño. Esa pregunta se refiere a los criterios para calificar esos daños consecuentes como directos o indirectos (...)”. BARROS (2006) p. 391.

3. LOS CONTORNOS DEL DAÑO MORAL Y LA ENTIDAD DE LA AFECTACIÓN COMO FACTOR EXCLUYENTE

El segundo criterio de delimitación empleado por la Corte Suprema para excluir la indemnización del daño moral alegado por la demandante se refiere a la entidad del daño sufrido. Aquí la Corte nos invita a reflexionar sobre un mecanismo delimitador que se funda en el concepto normativo de daño moral con las siguientes palabras: "[a]sí las cosas, la segunda limitación que experimenta la indemnización por daño moral en materia contractual se relaciona con la entidad del sufrimiento, malestar, incomodidad, angustia u otro sentimiento o sensación desagradable que se alega".

La dogmática civil tradicional coincide plenamente en que uno de los requisitos para que el daño sea indemnizable es que debe tener cierta entidad³⁰. En consecuencia, se excluyen las molestias e incomodidades que puede haber provocado el incumplimiento contractual, ya que, en palabras de la profesora Carmen Domínguez, "[l]a infracción del contrato supone siempre molestias o desagradados, pero ello no significa que éstos puedan y deban ser indemnizados como daño moral"³¹.

Esto implica que toda relación contractual lleva envuelta un riesgo de sufrir un pesar o molestia ante su infracción. De manera que, para que dichas afectaciones sean efectivamente indemnizables, deben haber superado un cierto umbral de tolerancia o lo que razonablemente puede soportar cualquier persona en las mismas circunstancias. Se trata, en consecuencia, de establecer que ciertas afectaciones son propias de las relaciones contractuales e, incluso, de la vida en sociedad³².

Por otra parte, aunque la magnitud o gravedad del daño sea un factor relevante para considerarlo o no como indemnizable, la Corte agrega, a nuestro parecer, otro que no tiene que ver con la intensidad, sino más bien con la duración del mismo.

Ambos factores, intensidad y duración, sirvieron para calificar la afectación alegada por la demandante como un daño no indemnizable. Respecto de la duración, el máximo tribunal hizo énfasis en el poco tiempo que la demandante estuvo expuesta a la situación que le causó angustia, no más de 48 horas, indicando lo siguiente al respecto:

³⁰ Por todos, BARROS (2006) p. 226. "La noción de daño excluye aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común".

³¹ DOMÍNGUEZ (2000) p. 355. En el mismo sentido se resolvió en *CIFUENTES CON AUTOMOTRIZ ROSSELOT S.A.* (2015), que en el voto de minoría se manifiesta "Que tampoco existe en autos prueba alguna de que lo que se reclama a título de daño moral sea una afectación distinta a la simple molestia o perturbación propia de todo incumplimiento contractual. En tal sentido, conviene tener presente que la sola infracción de un contrato no da lugar a una reparación por daño moral porque la sola molestia, perturbación o desagradado que le genera al acreedor la infracción no es suficiente para configurarlo como tal. De lo contrario, se llegaría al exceso de que todo incumplimiento contractual generaría un daño moral derivado de contrato dado que esas consecuencias son propias a toda infracción". También *SILVA CON CENTRAL PARKING SYSTEM CHILE S.A.* (2015), considerando 3°.

³² GONZÁLEZ (2017) p. 200. Los tribunales también han reaccionado en la misma dirección, por ejemplo, *NO SE CONSIGNA CON NO SE CONSIGNA* (2006), considerando 4°: "Que, en lo que concierne al daño moral reclamado por el actor, si bien es posible su reparación incluso en la responsabilidad contractual, como ya es doctrina constante, no es posible confundirlo con los desagradados, disgustos o preocupaciones que origina, naturalmente todo incumplimiento de un contrato pues entonces, la existencia del daño moral sería una consecuencia casi necesaria de toda infracción contractual". En el mismo sentido, *JARAMILLO CON HERNÁNDEZ MOTORES S.A.* (2014), considerando 5°.

“De esta manera, si lo que se reclama como daño moral es el sufrimiento que padeció la recurrente durante ese breve lapso (de tiempo), estos sentenciadores estiman que, no obstante resultar plausible que alguien pueda sufrir por la incertidumbre que genera el elenco de posibilidades que puede explicar un indicador inusualmente alto, dicho padecimiento, particularmente **si se mantiene por ese lapso tan breve, no resulta suficiente para configurar un daño moral**”³³ (énfasis añadido).

La duración del daño moral alegado, por sí solo considerado, aunque sea breve, en principio no debería ser motivo para excluir la reparación pretendida por la víctima. Puede ocurrir, por ejemplo, que una persona sufra una grave aflicción por un espacio breve de tiempo, y no por ello se debe desechar la pretensión indemnizatoria. Lo mismo debería pensarse en casos –como los que tienen lugar en derecho del consumo– en que una persona sufre una intoxicación estomacal por la ingesta de alimentos en mal estado, y que no se extiende por más de 24 horas. La falta de seguridad y la vulneración de la salud, aunque sea por poco tiempo, legitimaría sin duda alguna una acción indemnizatoria por daño moral.

Ahora bien, lo que hace la Corte es complementar el criterio o factor temporal del daño alegado, con la importancia o gravedad del mismo. En el caso, dada la forma en cómo se desarrollaron los acontecimientos, las meras molestias y preocupaciones fueron las que, sumada a la temporalidad, llevaron al tribunal a desestimar la reparación solicitada.

En síntesis, aunque se trata de criterios cualitativamente distintos, se observa una clara inclinación de la Corte en estimar la importancia global de la afectación alegada por la demandante. La duración y la gravedad mínimas, no califican, a su juicio, como daño moral indemnizable.

4. EL CRITERIO DE INCREMENTO DEL RIESGO UTILIZADO POR LA CORTE SUPREMA PARA EXCLUIR LOS DAÑOS CONSECUTIVOS

Hemos hecho una larga referencia a la previsibilidad como regla limitadora de los daños contractuales, en cuanto ayuda a determinar el ámbito o fin de protección del contrato, y también como un criterio de imputación objetiva, como causa adecuada.

En principio, las cosas pudieron haberse resuelto aplicando el criterio de adecuación para imputar objetivamente los daños consecutivos al incumplimiento del demandado, en tanto ellos no forman parte de la cadena causal que se esperaría de acuerdo al curso ordinario de los acontecimientos³⁴.

Sin embargo, nos parece que la Corte utilizó un criterio de imputación distinto, para ello deberá tenerse en consideración el daño consecutivo alegado y el texto de la sentencia.

Respecto del daño consecutivo, cabe hacer presente que la demandante alegó que el error en el resultado del examen por el Laboratorio, además de la preocupación, provocó que haya reprobado una asignatura de la carrera de Ingeniería que cursaba en la Universidad de Valparaíso, solicitando que esta situación sea compensada a título de daño patrimonial y moral.

³³ *PARRA CON LABORATORIO CLÍNICO CHEUL ETCHEVERRY* (2019), considerando 6º, párrafo final.

³⁴ *BARROS* (2006) p. 396

Por su parte, la Corte manifiesta un profundo desacuerdo con lo pretendido por la actora, puesto que, en el considerando 7º, indica lo siguiente:

“Este par de consideraciones inducen a tener presente aspectos relacionados con la imputación normativa del daño y preguntarse si el daño alegado no se hubiera producido igualmente bajo un comportamiento lícito alternativo; es decir, si la reprobación de uno de los ramos más relevantes de la carrera y, muy probablemente, también de los más complejos no hubiese tenido lugar aun si el laboratorio hubiera informado correctamente el resultado del examen médico. Lo anterior pues, como se ha visto, la recurrente, de una parte, tuvo un tiempo suficiente para estudiar y, de otra, había reprobado un enorme número de materias anteriormente.

De esta manera, en opinión de estos sentenciadores, no existen razones suficientes para imputar objetivamente el daño moral que puede haber causado la reprobación de determinadas materias y el consecuente alargamiento de la carrera, al error cometido en el resultado del examen de sangre”³⁵.

De estas consideraciones se puede extraer que la Corte Suprema ha aplicado un criterio de imputación diverso al de la causa adecuada para excluir la reparación de los daños consecutivos. Lo que ha utilizado, a nuestro parecer, es el criterio de incremento del riesgo o del riesgo incremental. Esto significa que deben excluirse los daños que, aun si el demandado hubiese adoptado una conducta lícita, tienen una probabilidad semejante de haberse producidos³⁶.

En este sentido, el profesor Enrique Barros nos explica lo siguiente sobre este criterio de imputación: “[e]l aumento del riesgo resulta de comparar los efectos de la conducta culpable con la conducta diligente alternativa; si el daño hubiese tenido una probabilidad semejante de ocurrir en el evento que el demandado se hubiese comportado diligentemente, puede asumirse que no es atribuible al hecho del demandado, porque no incrementó el riesgo de su materialización”³⁷.

En efecto, analizando lo expresado por la Corte en el ya referido considerando séptimo, especialmente cuando señala que: “Este par de consideraciones inducen a tener presente aspectos relacionados con la imputación normativa del daño y preguntarse si el daño alegado no se hubiera producido igualmente bajo un comportamiento lícito alternativo (...)”, está claramente revisando la extensión de los daños consecutivos alegados, consistente en la reprobación de la asignatura, bajo el modelo del criterio del aumento del riesgo.

Esos daños consecutivos, en tanto generaron un detrimento patrimonial y moral en la demandante, resultaron no ser objetivamente imputables a la conducta (incumplimiento) del demandado. Y esto, porque, aun en el evento de haberse informado correctamente

³⁵ *PARRA CON LABORATORIO CLÍNICO CHEUL ETCHEVERRY* (2019), considerando 7º, párrafos 4 a 6.

³⁶ Aquí es donde la Corte evidencia este criterio de imputación objetiva “Este par de consideraciones inducen a tener presente aspectos relacionados con la imputación normativa del daño y preguntarse si el daño alegado no se hubiera producido igualmente bajo un comportamiento lícito alternativo; es decir, si la reprobación de uno de los ramos más relevantes de la carrera y, muy probablemente, también de los más complejos no hubiese tenido lugar aun si el laboratorio hubiera informado correctamente el resultado del examen médico”. *PARRA CON LABORATORIO CLÍNICO CHEUL ETCHEVERRY* (2019), considerando 7º.

³⁷ *BARROS* (2006) p. 402.

el resultado del examen médico por el laboratorio, nada asegura que la actora hubiese aprobado la materia en cuestión. En otras palabras, si suprimimos la conducta que se le reprocha al Laboratorio, no hay certeza de que la demandante hubiese tenido éxito en su examen de asignatura, de forma tal que el daño alegado por ésta (consistente en la reprobación del ramo), no es imputable normativamente a aquel, al no haber aumentado el riesgo de su ocurrencia³⁸.

En consecuencia, hace bien la Corte Suprema al rechazar la pretensión indemnizatoria de la actora, puesto que, si bien la reprobación de una asignatura puede significar un importante menoscabo patrimonial y/o una afectación moral que sobrepasa la simple molestia, no existe finalmente conexión o relación de causalidad entre dicha afectación y el incumplimiento que se le imputa al demandado, de acuerdo al criterio normativo empleado.

IV. CONCLUSIONES

1. La regla de la previsibilidad del artículo 1558 del Código Civil ha sido poco estudiada por la dogmática civil, y poco trabajada por la jurisprudencia, en cuanto herramienta de delimitación de daños contractuales. Esto ha llevado a que se haya estructurado como regla de contemplación de daños con carácter subjetivo, que de a poco ha comenzado a objetivarse bajo el modelo de asunción de riesgos por el deudor.

2. De acuerdo a la doctrina nacional y extranjera la misma regla del artículo 1558 del Código Civil ha servido para considerar el elemento previsibilidad con un doble enfoque. El primero como mecanismo para determinar los intereses protegidos por el contrato y los riesgos asumidos por el deudor, mientras que el segundo está incorporado en el juicio de causalidad como causa adecuada.

3. El problema que se suscitó en la presente sentencia consistió en determinar dos cosas: a) el concepto de daño moral y; b) si los daños consecutivos (patrimonial y moral) pueden ser atribuidos al incumplimiento del demandado.

4. Como la previsibilidad del art. 1558 del Código Civil, en tanto regla de contemplación, sirve para determinar los intereses y riesgos del contrato, esto es, el fin de protección del mismo, la Corte Suprema, no obstante, consideró que este no era el mecanismo idóneo de delimitación para llegar a la solución. El fin de protección del contrato fue descartado.

5. De cara al procedimiento de delimitación, la Corte se basa en dos cuestiones relevantes. La primera en el concepto normativo de daño moral, la segunda, al criterio de imputación objetiva para establecer la relación de causalidad.

6. La noción de daño moral obliga a excluir las molestias por incumplimiento contractual. Esto porque los requisitos generales de la responsabilidad civil exigen siempre una

³⁸ “En esencia, los daños consecuentes no pueden ser objetivamente imputados al hecho inicial cuando se trata de simples *riesgos generales de la vida*, que sólo casual o circunstancialmente están relacionados con el hecho ilícito”. BARROS (2006) p. 402. En un sentido similar, CÁRDENAS y REVECO (2018) p. 399, señalan que “Por otro lado, el incremento de los riesgos generales de la vida permite excluir como causante de los daños sufridos por el acreedor a aquellos incumplimientos contractuales que no incrementan el riesgo general que soportan las partes en el normal tráfico comercial en que se desenvuelven”.

entidad mínima para que un daño sea resarcible, de lo contrario, este siempre debería ser indemnizado, porque todo incumplimiento produce molestia o disgusto.

7. Sobre la causalidad, el criterio de imputación objetiva que fue utilizado para excluir la indemnización de los daños consecutivos (reprobación de asignatura) fue el incremento del riesgo. Esto, porque la materialización del daño era también probable aun con ocasión de un comportamiento lícito del demandado. Es decir, su conducta no aumentó el riesgo de ocurrencia. Por lo tanto, las afectaciones alegadas por la demandante pertenecen más bien al ámbito de riesgos generales de la vida y no a una conducta imputable al Laboratorio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria)
- BARRIENTOS, Marcelo (2007): “Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 1, pp. 7-22.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1932): *Curso de Derecho Civil. Segundo Año* (Santiago, Editorial Nascimento).
- BURROWS, Andrew (2005): *Remedies for Torts and breach of contract* (Oxford, Oxford University Press, 3rd ed.)
- BUTRÓN FIRPO, Roberto (2009): “La indemnización del daño moral en nuestra legislación” en Tavolari, Raúl (Dir.) *Doctrinas Esenciales Derecho Civil. Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Puntotext).
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo (2018): *Remedios Contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito* (Santiago, Thomson Reuters).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2009): “La regla de la previsibilidad de los daños contractuales: un ejemplo de la influencia de la doctrina de Pothier en las tradiciones de Derecho civil continental y de *Common law*”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 16, N° 2, pp. 139-159.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010) *Contratos y daños por incumplimiento* (Santiago, AbeledoPerrot)
- DE LA MAZA, Íñigo (2018a): “El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45 N° 2, pp. 275-309.
- DE LA MAZA, Íñigo (2018b): “Previsibilidad y causalidad”, *Estudios de Derecho Civil XIII*, (Santiago, Thomson Reuters)
- FUEYO LANERI, Fernando (1965): “Sobre el daño extrapatrimonial en el incumplimiento de contrato” *Revista Jurídica de Buenos Aires*.
- FUEYO LANERI, Fernando (1972): “De nuevo sobre el daño extrapatrimonial en el cumplimiento de contrato” *Colección Justitia et Jus, Sección de Investigaciones*, N° 8.
- GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián (2017): “Delimitación del daño moral a través de consideraciones de justicia distributiva”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 242, pp. 191-220.

- GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián (2019): *Daño moral en el Derecho del Consumidor* (Santiago, DER Ediciones).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2017): “Indemnización de daños autónoma por incumplimiento contractual. Vencimiento del término esencial. Infracción de obligaciones de advertencia. Daño moral y esfera de protección del contrato. Corte Suprema, 14 de noviembre de 2016, rol 5746-2016. Cita en línea Legal Publishing CL/JUR/7557/2016”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, sección comentarios de jurisprudencia, N° 28, pp. 307-321.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2010): *Incumplimiento del contrato y lucro cesante* (Navarra, Thomson Reuters)
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, (2014): “Claves de la modernización del derecho de contratos”, en De la Maza *et al.*, Estudios de derecho de contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento (Santiago, Thomson Reuters).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2013): “Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, pp. 69-82.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian (2014): “La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño por incumplimiento contractual”, en Susan Turner y Juan Andrés Varas (coords.) *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, Thomson Reuters).
- VERGARA BENZANILLA, José Pablo (2011): “Comentarios sobre el daño moral en materia contractual”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 26, pp. 11-26.

JURISPRUDENCIA CITADA

- BAZAN CARDEMIL, JORGE CON SOCIEDAD COMERCIAL CONCESIONARIA SUBTERRA S.A. (2012): Corte Suprema, 1 de octubre de 2012, Rol 4415-2010, Thomson Reuters CL/JUR/2153/2012.
- CIFUENTES, ANDRÉS IGNACIO CON AUTOMOTRIZ ROSSELOT S.A., (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de enero de 2015, Rol 1552-2014, Thomson Reuters CL/JUR/375/2015.
- CONSTRUCTORA MONTEVERDE LIMITADA CON MUNICIPALIDAD DE LA LIGUA (2013): Corte Suprema, 26 de septiembre de 2013, Rol 375-2013, Thomson Reuters CL/JUR/2114/2013.
- JARAMILLO INOSTROZA, SANDRA CON HERNÁNDEZ MOTORES S.A., (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de noviembre de 2014, Rol 1110-2014, considerando 5°, Thomson Reuters CL/JUR/8721/2014.
- NO SE CONSIGNA CON NO SE CONSIGNA (2006): Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2006, Rol 8190-2003, Thomson Reuters CL/JUR/2700/2006.
- PARRA VÁSQUEZ, NATALIA Y OTRA CON LABORATORIO CLÍNICO CHEUL ETCHEVERRY (2019): Corte Suprema, 24 de enero de 2019, Rol 1027-2018, Thomson Reuters CL/JUR/447/2019.
- RAFART, MARÍA CON BANCO DE CHILE (1994): Corte Suprema, Rol 18647-1994, de fecha 20 de octubre de 1994 Thomson Reuters CL/JUR/1624/1994.

RUIZ, HUGO CON LABORATORIO BIOLÓGICO S.A. Y OTROS (2001): Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, Rol 1368-2000, Identificador Thomson Reuters CL/JUR/4636/2001.

SILVA, JUAN MATÍAS CON CENTRAL PARKING SYSTEM CHILE S.A., (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de febrero de 2015, Rol 1691-2014, Thomson Reuters CL/JUR/1040/2015.

ZORIN S.A. CON COMPAÑÍA SIDERÚRGICA HUACHIPATO (2012): Corte Suprema, 31 de octubre de 2012, Rol 3325-2012, Thomson Reuters CL/JUR/2412/2012.

