



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

REVISTA CHILENA DE
DERECHO[®]

■ ESTUDIOS

Derecho Constitucional
Derecho Civil
Derecho Procesal
Derecho Administrativo
Derecho Internacional
Filosofía del Derecho
Historia del Derecho

■ RECENSIONES

■ ENSAYOS

■ COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

2019 • Mayo - Agosto • Vol. 46 - N° 2

REVISTA CHILENA DE
DERECHO[®]

Pontificia Universidad Católica de Chile

COMITÉ EDITORIAL

Enrique Alcalde Rodríguez (Pontificia Universidad Católica de Chile) - **Etienne Picard** (Universidad de París I, Panthéon - Sorbonne) - **Félix A. Lamas** (Pontificia Universidad Católica Argentina) - **Pierre Bon** (Universidad de Pau, Francia) - **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) - † **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** (Universidad de París I, Francia) - **Daniel Peñailillo Arévalo** (Universidad de Concepción) - **Johann Christian Pielow** (Universidad de Bochum, Alemania) - **Alejandro Romero Seguel** (Universidad de los Andes) - **Francisco Samper Polo** (Universidad de Santiago de Chile) - **Jürgen Samtleben** (Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht Hamburg) - **Torsten Stein** (Universität des Saarlandes, Alemania) - **Andreas Wacke** (Universität zu Köln, Alemania) - **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

Margarita Silva Alcayaga

Bibliotecaria

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), Redalyc 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) 2354-2964

Correo electrónico de la Redacción: redaccionrhd@uc.cl

Ventas y suscripciones: ventasrhd@uc.cl

http://www.uc.cl/derecho/html/publicaciones/rev_chidere.html

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

Impresión: EG Impresores

ÍNDICE

Volumen 46 N° 2

■ EDITORIAL

PAÚL D., Álvaro: *Asunción en el cargo* [321-322]

■ ESTUDIOS

Derecho Constitucional

FIGUEROA G., Rodolfo: *Desalojos masivos de grupos vulnerables: jurisprudencia constitucional de Chile y Sudáfrica* [323-344]

PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana: *El nudge, su aplicación en el Derecho chileno y sus potenciales problemas de constitucionalidad* [345-371]

Derecho Civil

PINO EMHART, Alberto: *Los supuestos de restitución de ganancias ilícitas en el Derecho Privado Chileno* [373-398]

LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica: *La tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil* [399-425]

Derecho Procesal

COLOMA CORREA, Rodrigo: *La prueba y sus significados* [427-449]

OLIVER CALDERÓN, Guillermo: *Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile* [451-475]

Derecho Administrativo

ROMÁN MÁRQUEZ, Alejandro: *Tutela y promoción de los derechos sociales y laborales por las directivas europeas sobre contratación pública de cuarta generación: su incorporación al ordenamiento jurídico español* [477-500]

Derecho Internacional

MONARES GUAJARDO, Diego: *La reclamación China sobre el mar del sur de China ante el Derecho Internacional* [501-525]

Filosofía del Derecho

CABRERA CARO, Leticia: *El consentimiento libre: la trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada* [527-553]

Historia del Derecho

VIAL-DUMAS, Manuel: *La familia nuclear ante el derecho. Una retrospectiva de su formación y definición en la tradición jurídica occidental* [555-578]

■ RECENSIONES

REYES BARROS, Joaquín: *Gardner, John (2018): From Personal Life to Private Law* (Oxford, Oxford University Press) 242 pp. [579-582]

ULLOA VALENZUELA, Pablo: *Kramer, Adam (2017). The Law of Contract Damages. Second Edition* (Oxford, Hart Publishing), 616 pp. [583-586]

■ ENSAYOS

DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola I.: *Illegally obtained evidence in Estado de Mexico. An analysis of the legal institution and the judicial interpretation* [587-599]

■ COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

ALCALDE SILVA, Jaime: *Sobre la legitimación procesal de la iglesia católica en el derecho chileno* [601-625]



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

2019 • Mayo - Agosto • Vol. 46 - N° 2

EDITORIAL

ASUNCIÓN EN EL CARGO

La Revista Chilena de Derecho es una publicación jurídica consolidada, no solo en nuestro país, sino que también en el mundo hispanohablante. Por eso, es un honor que en octubre de 2018 el entonces Decano Carlos Frontaura me haya elegido como Secretario de Redacción de la Revista, y que el actual Decano Gabriel Bocksang me nombrara director a partir de mayo de este año, en atención a que el director previo estimó que ya había cumplido adecuadamente con el servicio a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile que se le encomendara ocho años atrás. Mi nombramiento como director es especialmente honroso, porque en dicho cargo sucedo no sólo a Juan Luis Goldenberg, un gran académico y mejor persona, sino que también a otros relevantes miembros de la academia nacional. Asimismo, este nombramiento es para mí un tremendo desafío, pues no es fácil lograr avances en una revista que ha alcanzado los estándares ya obtenidos por la Revista Chilena de Derecho. No obstante, ello, durante mi gestión me propongo no sólo seguir administrando adecuadamente esta publicación (para lo cual cuento con un muy buen equipo de personas), sino que también lograr algunas mejoras. Éstas se articulan en torno a tres ejes principales: entrar de lleno en la era digital, aumentar nuestro factor de impacto y tratar de ser también un referente en el mundo anglosajón.

Para llevar adelante nuestro primer eje principal, planteamos que la Revista Chilena de Derecho, que actualmente es publicada en papel y en formato digital, se presente principalmente en este último formato, y que se imprima solo para aquellos que lo encarguen. Así, la Facultad de Derecho y aquellos que lo deseen podrán aún contar con un ejemplar para guardar en sus registros, pero podremos reducir nuestros costos (“las necesidades son múltiples y los recursos escasos”), ser más amigables con el ambiente, y replantearnos los límites de extensión de los artículos individualmente considerados y de la Revista como un todo. También hará posible contar con un sistema de publicación *ahead of print*, lo que tendría como resultado que los artículos serían publicados en una fecha más próxima a la del término de la investigación, siendo así más oportunos y, potencialmente, más citados. Lo anterior nos exigirá modernizar nuestra página web, de modo que sea más amigable y funcional, y también nuestro sistema interno de trabajo.

El segundo eje principal de cambios, esto es, mejorar nuestro factor de impacto, también requiere modificar nuestro trabajo de edición. En efecto, nos obligará a ser más exigentes en el proceso de selección de artículos. Para esto es necesario idear un sistema que filtre los trabajos recibidos en forma previa a la etapa de envío de manuscritos a los árbitros, pues algunos estudios que se les remiten pueden ser de buena calidad, pero poco atractivos para los lectores de nuestra publicación, por ejemplo, por referirse a un tema ya tratado por la Revista, o por ser más apropiados para publicaciones especializadas en un área específica del Derecho. Esta labor editorial nos exigirá poner límites al reenvío de trabajos, además de requerir un estudio acabado de nuestros índices de citación, de modo de poder efectuar el proceso de filtrado de un modo más certero. Por último, tendremos que contratar definiti-

vamente programas como el que hemos estado usando desde hace un par de meses para detectar violaciones a nuestro Manual de Normas Éticas y Buenas Prácticas, pues violaciones como las del autoplagio (bastante más extendidas de lo que uno pudiera pensar) inciden en la novedad que presentan los artículos para el mundo jurídico.

Por último, atendido que gran parte de las revistas listadas en los índices académicos más exigentes son parte del mundo anglosajón, pensamos que conviene tratar que la Revista Chilena de Derecho sea bien considerada también en dicho ámbito. En efecto, adentrarnos en ese mundo nos permitirá tener referentes de comparación más demandantes, lo que nos incentivará a ser aún más autoexigentes con nuestro trabajo en la Revista Chilena de Derecho. Para hacer esto, tendremos que procurar algunos cambios sencillos, como que nuestra página web esté efectivamente en idioma inglés —pues suele ocurrir que los vínculos a dicho idioma no siempre son funcionales—, y adoptar otras medidas que requerirán un mayor esfuerzo, por ejemplo, traducir ciertos documentos de trabajo, como nuestro Manual de Normas Éticas y Buenas Prácticas, o contar con personal que pueda asistirnos en la labor de revisión de artículos escritos en inglés. También será necesario que la Revista ingrese a algunos sistemas de distribución de manuscritos anglosajones, que puedan poner a la Revista Chilena de Derecho dentro del radar de un mayor número de autores angloparlantes.

Algunas de las ideas eje de esta gestión pueden requerirnos tomar decisiones difíciles. Por ejemplo, abandonar la versión impresa de la revista despertará la nostalgia de ciertos lectores, y la desilusión de algunos autores. Asimismo, la idea de enfocarnos en mejorar nuestro factor de impacto puede distanciarnos de portales de difusión que busquen separar aguas con índices internacionales o ajenos a nuestra Región. Sin embargo, tales decisiones, aunque difíciles, son necesarias para mantener el rumbo que nuestra revista tomó en la gestión de directores anteriores, y que han hecho que la Revista Chilena de Derecho logre la reputación que hoy en día tiene.

Dios quiera que nosotros continuemos diligentemente con la labor que otros han venido desempeñando desde hace ya cuarenta y cinco años.

ÁLVARO PAÚL D.
Pontificia Universidad Católica de Chile

DESALOJOS MASIVOS DE GRUPOS VULNERABLES: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE CHILE Y SUDÁFRICA

MASSIVE EVICTIONS OF VULNERABLE GROUPS: CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF CHILE AND SOUTH AFRICA

RODOLFO FIGUEROA G.*

RESUMEN: En Chile ha habido varios casos en que las autoridades regionales han ordenado desalojos masivos de grupos vulnerables que ocupaban terrenos fiscales. Los afectados buscaron amparo pero las cortes respaldaron las evicciones porque las ocupaciones eran ilegales. En un caso, la Corte Suprema ordenó a la autoridad administrativa adoptar precauciones para proteger a los evictos durante el proceso de desalojo, junto a votos de minoría que exigieron mucho más. La Corte Constitucional de Sudáfrica también ha resuelto casos de desalojos masivos, adoptando una interesante metodología para proteger a los evictos. En este trabajo se argumenta que las cortes deben hacer mucho más en casos de desalojos masivos de población vulnerable, y para ello se considera y analiza la experiencia sudafricana.

Palabras clave: Desalojos masivos, grupos vulnerables, jurisprudencia constitucional, Sudáfrica.

ABSTRACT: There have been several cases in Chile where local authorities have ordered massive evictions of vulnerable groups occupying state property. The people affected sought protection before the courts but they upheld the evictions provided that occupations were illegal. In one case the Supreme Court ordered the administrative authority to take precautions aimed to secure protection for the people during the eviction process, along with minority votes demanding much more. The South African Constitutional Court has also addressed cases of massive evictions, using an interesting methodology intended to secure protection for people displaced. This paper argues that courts should do a lot more in cases of massive eviction of vulnerable population, and for that the South African experience is analyzed.

Keywords: Massive evictions, vulnerable groups, constitutional jurisprudence, South Africa.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, ha habido en Chile varios casos de desalojos masivos de grupos vulnerables que ocupaban ilegalmente terrenos fiscales. Los desalojados interpusieron recursos de protección y de amparo, pero todos fueron rechazados porque las evicciones estaban conforme a la ley. Para las cortes, la mera legalidad de las evicciones fue el único factor

* Doctor en Derecho, Universidad de Wisconsin, Estados Unidos de América. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Dirección postal: Av. República 112, Santiago, Chile. Dirección electrónica: rodolfo.figueroa@udp.cl. Este artículo forma parte de un proyecto de investigación FONDECYT N° 1151359, sobre Modelo de control jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales. Agradezco los comentarios a una versión anterior de este artículo formulados por los académicos Matías Guiloff, Judith Schönsteiner, Javier Couso, María Beatriz Arriagada, Jaime Gajardo y Tomás Vial.

a considerar. La consecuencia de esta actitud fue que las personas quedaron abandonadas a su suerte. Este artículo sostiene que no basta con que las evicciones sean legales para que las cortes rechacen los recursos y se desentiendan del caso porque: 1. Pueden ocurrir vulneraciones en los derechos fundamentales durante la ejecución del desalojo. 2. Los afectados pueden perder sus escasas pertenencias con la demolición de las viviendas que hayan erigido, vulnerándose su derecho de propiedad. 3. Las personas desalojadas pueden quedar en situación de desamparo, lo que no se condice con algunos principios fundamentales contenidos en el artículo 1° de la Constitución.

El año 2016, en el caso Alto Hospicio, que involucraba cerca de 1.600 personas, hubo un cambio en la jurisprudencia: la Corte Suprema ordenó a la autoridad administrativa que evitara cualquier menoscabo en su integridad física y psíquica de las personas al desalojarlas. Esta actitud se distancia de la adoptada por las Cortes de Apelaciones en todos los demás casos, pues muestra cierta preocupación por las personas en situación vulnerable. Sin embargo, esa resolución no fue suficiente: el desalojo se ejecutó con la intervención de Fuerzas Especiales de Carabineros y con empleo de carros lanza agua, dejando varios detenidos y heridos, confirmando lo indicado en el punto 1¹; se utilizó maquinaria pesada para demoler las viviendas que habían erigido los habitantes, confirmando lo señalado en el punto 2²; y solo algunas familias desalojadas fueron reubicadas en forma temporal, quedando las demás abandonadas a su suerte, confirmando lo sugerido en el punto 3³. Esto muestra que es necesario pensar en otra forma de enfrentar casos de evicciones masivas de grupos vulnerables.

La Corte Constitucional de Sudáfrica (en adelante, la CCSA) también ha enfrentado casos de evicciones masivas de grupos vulnerables: si bien los desalojos eran legales –al igual que en Chile–, la CCSA exigió a la autoridad administrativa y a los ocupantes involucrarse entre sí de manera significativa (*meaningful engagement*) para regular en conjunto los detalles relativos al desalojo y la redestinación de las personas desplazadas. El objetivo era evitar vulneraciones en los derechos fundamentales y, sobre todo, evitar que las personas desalojadas quedasen en situación de desamparo.

¹ “Carabineros desaloja campamento en Alto Hospicio: Familias acusan violento actuar”. Disponible en: <http://www.24horas.cl/nacional/carabineros-desaloja-campamento-en-alto-hospicio-familias-acusan-violento-actuar-2098629>; y “Desalojo de toma dejó violentos disturbios en Alto Hospicio”. Disponible en: <http://www.2.latercera.com/noticia/desalojo-de-toma-dejo-violentos-disturbios-en-alto-hospicio/>. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2018.

² Ver nota 1.

³ En este caso, el Gobernador de Tarapacá sostuvo: “se ha determinado la reubicación temporal y transitoria solo de aquellos ocupantes de extrema pobreza habilitados para postular a programas habitacionales regulares, a quienes se orientará en los procedimientos establecidos para dicho fin”. “Carabineros desaloja campamento en Alto Hospicio: Familias acusan violento actuar”. Disponible en <http://www.24horas.cl/nacional/carabineros-desaloja-campamento-en-alto-hospicio-familias-acusan-violento-actuar-2098629>; y “Desalojo de toma dejó violentos disturbios en Alto Hospicio”. Disponible en: <http://www.2.latercera.com/noticia/desalojo-de-toma-dejo-violentos-disturbios-en-alto-hospicio/>. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2018.

Este artículo sugiere tener en cuenta la forma como la CCSA⁴ ha enfrentado desalojos masivos y argumenta que las cortes chilenas pueden exigir a las partes un involucramiento significativo destinado a evitar los problemas que han ocurrido en Chile.

La comparación entre la jurisprudencia de la CCSA y de la Corte Suprema chilena hace sentido en la medida en que ambas cortes ejercen jurisdicción constitucional para conocer de casos que involucran derechos constitucionales y ambas revisten la máxima jerarquía en sus respectivos sistemas judiciales. La Constitución sudafricana reconoce el derecho a la vivienda, a diferencia de la chilena. Sin embargo, esa diferencia no impide comparar la jurisprudencia de ambas cortes porque la CCSA no resuelve los casos de evicciones sobre la base del derecho a la vivienda sino que asume una metodología procedimental que conmina a las partes a resolver ellas el problema –lo que ha sido criticado por la doctrina⁵– y tampoco declara que los recurrentes tengan derecho a recibir vivienda.

La estructura de este artículo es la siguiente: se expone y analiza la jurisprudencia constitucional sudafricana; lo mismo se hace con la jurisprudencia chilena; se formulan conclusiones.

II. JURISPRUDENCIA SUDAFRICANA

En esta sección se exponen y analizan los dos casos más relevantes de la jurisprudencia constitucional de la CCSA sobre desalojos masivos de grupos vulnerables⁶. Para comenzar, se debe tener en cuenta las competencias de la CCSA: es la más alta corte en materias constitucionales; emite decisión final sobre si una ley es constitucional y debe confirmar cualquier orden de invalidez emitida por la Corte Suprema de Apelación, la Alta Corte o una corte de estatus similar⁷. En Sudáfrica, todas las cortes tienen competencia en materias constitucionales y por ello existe la necesidad de definir el tribunal máximo, que es la CCSA. Cualquier corte puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, emitir cualquier

⁴ Se ha seleccionado la jurisprudencia sudafricana por la considerable notoriedad que ha adquirido en el derecho comparado en materia de los derechos económicos, sociales y culturales. Ver SUNSTEIN (2001) p. 1; KLUG (2002) p. 806; KENDE (2003) p. 143; CHRISTIANSEN (2007) p. 323; LANGFORD (2014) p. 1. Ver también FIGUEROA (2015a). Además, por su doctrina de “involucramiento significativo”, que puede ser de utilidad para Chile, considerando el tipo de jurisdicción que existe en nuestro país.

Este artículo no considera la jurisprudencia colombiana. La Corte Constitucional de Colombia ha acogido tutelas de derechos fundamentales para proteger a personas desalojadas de terrenos públicos (El artículo 51 de la Constitución reconoce el derecho a vivienda digna). En varios de sus fallos, la corte define la solución sobre el asunto, utilizando, entre otros, el principio de confianza legítima. Por ejemplo, en un caso, la corte ordena entregar subsidios de arriendo a los afectados (Ver SENTENCIA T-075/12). La corte no ordena a las partes un involucramiento significativo que resuelva en forma interactiva los problemas del desalojo. Considerando el diferente marco constitucional y procedimental que existe en Chile, el involucramiento significativo parece una alternativa más plausible para enfrentar estos casos en Chile. Agradezco a Natalia Angel-Cabo por proporcionarme información sobre la jurisprudencia colombiana.

⁵ Ver nota 42.

⁶ *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD* es el *landmark case* sobre involucramiento significativo como procedimiento para resolver el problema del desalojo y *SLOVO I* es el *leading case* sobre involucramiento significativo en la implementación de la solución del caso. Ver CHENWI (2015) p. 185,188. Ver también LIEBENBERG (2010) p. 293, 303; PILLAY (2012) p. 740, 742; VAN DER BERG (2013) p. 383, 385; RAY (2016) p. 109.

⁷ Ver artículo 167 de la Constitución de Sudáfrica.

orden que sea justa y equitativa, incluyendo una orden que limite el efecto retroactivo de la declaración de invalidez y una orden que suspenda la declaración de invalidez por cualquier período de tiempo y en cualquier condición, para permitir a la autoridad competente corregir el defecto⁸.

1. CASOS

*OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD*⁹

La primera mitad de la década del 2000 hubo procesos masivos de desalojo en la ciudad de Johannesburgo, como parte de una política de renovación urbanística a gran escala¹⁰. En este contexto se produce este caso y varios más.

Más de 400 personas ocupan desde hace años dos edificios en el centro de la ciudad de Johannesburgo, que son de propiedad privada pero que se encuentran abandonados y en pésimas condiciones. Los ocupantes son demandados de evicción por la ciudad de Johannesburgo, bajo el argumento de que tales edificios deben ser desalojados por haberse tornado inseguros e insalubres. El tribunal *a quo* rechaza la evicción, declarando que el programa de vivienda implementado por la ciudad era inconstitucional e ilegal y ordena a la ciudad elaborar un plan de vivienda que se preocupe de aquellos que se encuentran en situación de necesidad desesperada¹¹. La ciudad apela ante la Corte Suprema de Apelaciones, que autoriza la evicción pero ordena a la ciudad proporcionar una acomodación temporal a quienes serán evictos, especificando las exigencias que debía satisfacer dicha acomodación¹². Tanto la ciudad como los ocupantes apelan de esta resolución ante la CCSA. Estando pendiente el caso, la CCSA dicta la siguiente orden interina: “1. La ciudad de Johannesburgo y los recurrentes deberán involucrarse entre sí de manera significativa y tan pronto como les sea posible, en un esfuerzo por resolver las diferencias y dificultades ventiladas en este caso a la luz de los valores de la Constitución, los deberes constitucionales y legales que recaen sobre la Municipalidad y los derechos y deberes que tienen los ciudadanos concernidos. 2. La ciudad de Johannesburgo y los recurrentes deben asimismo involucrarse entre sí en un esfuerzo por aliviar la mala situación en que se encuentran los recurrentes que viven en los dos edificios concernidos en este caso, haciendo tales edificios lo más seguros y conducentes a la salud que sea razonablemente practicable. 3. La ciudad de Johannesburgo y los recurrentes deben presentar informes a esta corte (...) Estos informes serán considerados durante la preparación del veredicto en esta materia y la emisión de nuevas instrucciones en caso de ser necesario”¹³. Más tarde, en su fallo, la CCSA elabora la doctrina constitucional que proporciona fundamento a esta orden:

⁸ Ver artículo 172 de la Constitución de Sudáfrica.

⁹ *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008).

¹⁰ Ver RAY (2016) p. 111 y WILSON (2011) p. 135.

¹¹ Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008), Nota 6 del fallo.

¹² Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) Nota 4 del fallo.

¹³ *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 5 (Traducción libre del autor. Se traduce *meaningful engagement* como “involucrarse entre sí de manera significativa”).

i) Este involucramiento está exigido por la Constitución¹⁴. En este caso, la ciudad no hizo esfuerzo alguno para involucrarse con los ocupantes en forma previa a la evicción y debió tener presente la posibilidad de que las personas evictas quedarían sin casa¹⁵.

ii) El involucramiento significativo consiste en un proceso de dos vías, en el cual la ciudad y los ocupantes hablan entre sí con la finalidad de lograr ciertos objetivos, que podrían ser: qué consecuencias tendrá la evicción; si la ciudad puede contribuir a aliviar algunas de las consecuencias más duras del desalojo; si es posible conseguir que los edificios se tornen relativamente seguros e higiénicos por un período intermedio hasta que se produzca el desalojo; si la ciudad tiene alguna obligación con los ocupantes en las circunstancias prevalecientes y, finalmente, cuándo y cómo podría la ciudad cumplir dichas obligaciones¹⁶. Este proceso tiene el potencial de contribuir a la solución de las disputas e incrementar el entendimiento y cuidado empático, si ambas partes están dispuestas a participar en el proceso¹⁷.

iii) En materia de evicción, la ciudad tiene obligaciones respecto de los ocupantes: debe proporcionar servicios a las comunidades de manera sustentable; debe promocionar el desarrollo social y económico, y debe fomentar el involucramiento de las comunidades en materia de gobierno local. Además, la ciudad tiene la obligación de cumplir los objetivos establecidos en el preámbulo de la Constitución: “Mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos y liberar el potencial de cada persona”¹⁸. Más importante aún: debe respetar, proteger, promover y cumplir el Catálogo de Derechos¹⁹. El más importante de esos derechos es el derecho a la dignidad humana y el derecho a la vida. “A la luz de estos estándares constitucionales, una municipalidad que echa personas de sus casas sin antes haberse involucrado de manera significativa con ellas, actúa respecto de ellas de una manera que está en las antípodas con el espíritu y propósito de las obligaciones constitucionales que se han reseñado”²⁰.

iv) El artículo 26 de la Constitución exige que el Estado adopte medidas legislativas y de otro tipo, que sean razonables, dentro de los recursos disponibles, para lograr en forma progresiva la realización del derecho a una vivienda adecuada. Esta obligación impera a

¹⁴ Indicada por la CCSA en los casos *THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA VERSUS GROOTBOOM* (2000) y *PORT ELIZABETH MUNICIPALITY VERSUS VARIOUS OCCUPIERS* (2004). Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 11 y 12. Una explicación del caso *Grootboom* se puede ver en FIGUEROA (2015a).

¹⁵ Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 13.

¹⁶ Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 14.

¹⁷ La corte señala, además, que los ocupantes pueden encontrarse en una situación de tal vulnerabilidad que quizá no estén en condiciones de entender la importancia del proceso de involucramiento significativo y puede que incluso se rehúsen a tomar parte en el proceso. Si esto ocurre la municipalidad no puede desentenderse del asunto. Al contrario, debe realizar esfuerzos razonables para involucrarse y solo en el evento de que tales esfuerzos fallen, la municipalidad podrá proceder sin un involucramiento apropiado. Este proceso de involucramiento debe ser conducido por personas cuidadosas y sensibles precisamente para asegurarse que la ciudad sea capaz de involucrarse con personas pobres, vulnerables o iletradas. Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 15.

¹⁸ *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 16 (Traducción libre del autor). Es interesante advertir que encontramos estándares equivalentes en el artículo 1° de la Constitución.

¹⁹ Igualmente interesante resulta advertir una norma similar en el artículo 5° de la Constitución chilena.

²⁰ *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 16 (Traducción libre del autor).

todo nivel, incluyendo el municipal²¹ y obliga a actuar de manera razonable en el cumplimiento de su deber. En ciertas circunstancias, lo razonable podría consistir en proporcionar habitación, pero en otras no²². Lo relevante es que la municipalidad actúe de forma razonable para cumplir con el artículo 26 de la Constitución. Si la municipalidad va a producir la evicción de personas que quedarán luego de ello sin casa, entonces la Constitución la obliga a tener una interacción significativa con dichas personas para enfrentar el problema²³. Estando pendiente el caso ante la CCSA, las partes cumplieron la orden señalada más atrás y llegaron a acuerdos que fueron presentados a la corte y aprobados. Finalmente, la ciudad desistió de su intención de desalojar a los ocupantes²⁴.

*Slovo I*²⁵

Este caso corresponde a una comunidad integrada por 4.386 familias, que incluye cerca de 20.000 personas. Esta comunidad ocupa desde hace años un terreno fiscal en forma ilegal. En contra de este grupo se interpone una acción de evicción destinada a obtener el desalojo forzoso²⁶ porque en ese terreno se va a desarrollar un plan habitacional que incluye la construcción de viviendas de mejor calidad que las existentes. Las condiciones bajo las cuales vivían las familias en el asentamiento *Slovo* eran deplorables: sobrepoblación, condiciones de vida antihigiénicas, ausencia de alcantarillado, materiales de vivienda precarios, inseguros y susceptibles de incendio²⁷. El tribunal *a quo* acoge la evicción y emite una extensa orden que regula el proceso de salida y relocalización de las familias en los nuevos

²¹ Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 17.

²² Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 18. Esta declaración es muy importante: no existe un derecho incondicionado a obtener una vivienda. Es relevante tener presente que la normativa constitucional y la jurisprudencia constitucional de la CCSA no permiten a una persona demandar bienes y servicios para sí mismo. Ver *SOOBRAONEY VERSUS MINISTER OF HEALTH* (1997); *THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA VERSUS GROOTBOOM* (2000); *MINISTER OF HEALTH VERSUS TREATMENT ACTION CAMPAIGN* (2002); *KHOSA VERSUS THE MINISTER OF SOCIAL DEVELOPMENT* (2004); *MAHLAULE VERSUS THE MINISTER OF SOCIAL DEVELOPMENT* (2004); y *PORT ELIZABETH MUNICIPALITY VERSUS VARIOUS OCCUPIERS* (2004). En ninguno de estos casos, la CCSA ordenó entregar a una persona específica (demandante en el caso) un beneficio socio-económico. Ver también *LIEBENBERG* (2016) p. 318-321 y *WILSON y DUGARD* (2014) p. 44. Para una explicación de la normativa constitucional sudafricana, ver FIGUEROA (2015a) p. 59-62.

²³ Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 18.

²⁴ Antes de que la CCSA dictara sentencia, la ciudad llegó a un acuerdo temporal con los ocupantes, que consiste en que la ciudad deja sin efecto la evicción y toma medidas para hacer los actuales edificios más seguros y habitables, limpiándolos, proporcionando servicios sanitarios, acceso a agua potable y baños operativos. Ver *RAY* (2016) p. 115-116. La corte conoce y aprueba ese acuerdo temporal y decide no aludir en su fallo al asunto del alojamiento permanente porque ese asunto se encontraba en negociaciones entre las partes involucradas y cualquier dificultad debía ser sometida a la consideración del tribunal *a quo*. Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C°s 25 y 34.

²⁵ *RESIDENTS OF JOE SLOVO VERSUS THUBELISHA HOMES* (2009).

²⁶ La evicción no es solicitada por el propietario del terreno, que es Ciudad del Cabo, sino por una empresa privada encargada de la reurbanización del sector (*Thubelisha Homes*); por el Ministro de Vivienda, y por el Ministro de Vivienda Regional de El Cabo Occidental.

²⁷ Ver *RESIDENTS OF JOE SLOVO VERSUS THUBELISHA HOMES* (2009) C° 24.

terrenos²⁸. La comunidad *Slovo* apela ante la CCSA. Este tribunal declara que el asentamiento es ilegal y que la orden de evicción es justa y equitativa²⁹. Por ello, acoge la evicción, pero emite una orden distinta de la producida por la Alta Corte³⁰.

Dicha orden indica lo siguiente: 1. Los ocupantes deben ser desalojados, conforme a un calendario. 2. Esta orden está condicionada al hecho de que los ocupantes sean relocalizados en unidades residenciales temporales, ubicadas en lugares indicados en el fallo. 3. Las partes deben involucrarse e interactuar entre sí de manera significativa para alcanzar acuerdos sobre los siguientes puntos: a) fecha en que va a comenzar la relocalización; b) calendario para regular todo el proceso de relocalización, y c) cualquier otro asunto relevante. 4. El proceso de interacción significativa debe estar terminado el 30 de junio de 2009 y, si hay acuerdos, ellos deben ser remitidos a la corte hasta el 7 de julio de 2009 para considerar si es apropiado emitir una orden que les dé efecto. 6. Los peticionarios tienen la orden de proporcionar a los evictos acomodación alternativa que consista en unidades residenciales temporales. 7. Una unidad de residencia temporal debe estar disponible para cada familia desalojada, y tales unidades deben cumplir con ciertos requerimientos mínimos³¹. 8. Los peticionarios deben interactuar con los ocupantes respecto de cada una de las relocalizaciones que tenga lugar y dicho contacto debe producirse a lo menos con una semana de anticipación al desalojo, o en otra fecha especificada por la corte³². 9. El urbanizador tiene

²⁸ Esta orden incluye un calendario de relocalización; la prohibición de volver al asentamiento Joe Slovo a instalarse de manera informal; el reconocimiento del derecho de los evictos de llevarse sus pertenencias; el reconocimiento del derecho de los urbanizadores de demoler los restos que queden luego de la evicción; el reconocimiento del deber de los peticionarios de asistir a los evictos en el traslado de sus pertenencias; la autorización a la autoridad policial para proceder a la evicción forzada en caso de negarse las familias a la relocalización, trasladando y custodiando en forma temporal las pertenencias de los evictos; y la emisión de órdenes para los peticionarios de informar a la corte acerca del proceso de evicción y relocalización, bajo cierto calendario. Ver *RESIDENTS OF JOE SLOVO VERSUS THUBELISHA HOMES* (2009), voto del juez Jacob, C° 13.

²⁹ Estas son exigencias legales citar la PIE que toda evicción debe satisfacer. Ver *RESIDENTS OF JOE SLOVO VERSUS THUBELISHA HOMES* (2009) C° 3. Además, se debe recordar la norma constitucional (art. 26), que prohíbe evicciones arbitrarias.

³⁰ Las diferencias son explicadas por la propia CSAA en el mismo fallo: *RESIDENTS OF JOE SLOVO VERSUS THUBELISHA HOMES* (2009) C° 5.

³¹ Esos requerimientos son: a) extensión de 24 mts. cuadrados; b) tener acceso mediante calles pavimentadas; c) estar numeradas; d) sus murallas deben estar construidas con una sustancia llamada Nutec (fibras aislantes de alta temperatura); e) tener un techo de fierro galvanizado; f) tener servicio eléctrico con medidor; g) tener instalaciones para lavado relativamente cerca; h) disponer en forma razonable de un sistema de baños con alcantarillado; i) disponer en forma razonable de provisión de agua potable. Ver *RESIDENTS OF JOE SLOVO VERSUS THUBELISHA HOMES* (2009) C° 10.

³² La corte señala que esta interacción debe incluir a lo menos los siguientes aspectos: a) claridad de los nombres, detalles y otras circunstancias personales relevantes de aquellos que serán afectados por cada relocalización; b) la hora exacta, forma y condiciones bajo las cuales la relocalización de cada afectado tendrá lugar; c) la individualización precisa de la residencia temporal que se proporcionará a los evictos; d) las necesidades de transporte de las posesiones de los relocalizados; e) facilitar el transporte de los residentes afectados desde las unidades de residencia temporal a lugares como colegios, establecimientos de salud, lugares de trabajo, entre otros; f) el prospecto en debido curso y actualizado de la entrega de vivienda permanente para aquellos relocalizados en unidades de residencia temporal, incluyendo información acerca de su ubicación actual en la lista de espera para acceder a la vivienda y la disponibilidad de asistencia para los relocalizados para efectos de llenar los formularios de postulación a los subsidios de vivienda. Ver *RESIDENTS OF JOE SLOVO VERSUS THUBELISHA HOMES* (2009) C° 7.

el deber de prestar asistencia a las partes afectadas para mover sus pertenencias en la medida en que sea razonablemente practicable. 10. Los desalojados quedan bajo la prohibición de retornar al asentamiento para efectos de levantar un asentamiento informal, una vez que hayan sido relocalizados. 11. Los desalojados tienen derecho a remover sus estructuras de vivienda informales cuando abandonen el asentamiento. 12. Una vez que el asentamiento quede vacante, habiéndose cumplido las órdenes de esta corte, los demandados están autorizados para demoler los restos de vivienda que queden en las áreas vacantes. 13. Todas las partes deben presentar informes a esta corte³³ sobre el cumplimiento de esta orden y la entrega de oportunidades de alojamiento permanente para los evictos³⁴. Un análisis de la jurisprudencia sudafricana se realizará más adelante.

2. ANÁLISIS

Las cortes sudafricanas han apoyado y rechazado evicciones dependiendo de una serie de factores, pero lo importante ha sido la preocupación por los grupos vulnerables. Para lograr ese objetivo, la CCSA ha ordenado a las partes asumir entre sí una actitud que ella denominó “involucramiento significativo”. La CCSA cree que una forma de alcanzar reconciliaciones sostenibles entre partes en conflicto consiste en fomentar el involucramiento entre ellas en un proceso proactivo y honesto destinado a encontrar soluciones que ambas consideren aceptables³⁵. Este proceso de involucramiento tiene fundamento constitucional en las obligaciones de respetar, proteger, promover y cumplir los derechos; y en la idea de dignidad, entre otros fundamentos³⁶.

Los principios que caracterizan este involucramiento son: igualdad de palabra para todos los involucrados; que el proceso sea estructurado, consistente y cuidadoso; que tome en consideración el contexto y las circunstancias específicas de cada situación; que las partes actúen en forma razonable y de buena fe; que el proceso sea transparente; que intervengan como mediadores personas cuidadosas y sensibles que aseguren la participación de las personas más vulnerables, pobres y analfabetas³⁷.

³³ Fechas omitidas.

³⁴ Ver *RESIDENTS OF JOE SLOVO VERSUS THUBELISHA HOMES* (2009) C° 7. (La orden ha sido simplificada aquí y traducida en forma libre por el autor). La orden de la CCSA contempla también otros asuntos adicionales, que se omiten aquí. Ver C° 7, secciones 17-22. Esta orden fue suscrita por la totalidad de los jueces de la CCSA, aunque cinco de ellos formularon consideraciones por separado.

³⁵ El involucramiento significativo permite facilitar la negociación entre las partes, reducir el área de disputa, hacer decrecer las tensiones, rebajar los costos de litigación y permitir a las partes relacionarse entre sí de una manera pragmática y sensible. Ver CHENWI (2015) p. 181, explicando el caso *PORT ELIZABETH MUNICIPALITY VERSUS VARIOUS OCCUPIERS* (2004).

³⁶ Por otra parte, este proceso permite a las comunidades influir en la forma como las políticas públicas se fijan, en relación con la provisión de bienes y servicios socio-económicos. Ver CHENWI (2015) p. 182. Por eso, Liebenberg lo llama experimentalismo democrático. Ver LIEBENBERG (2010) p. 301. Ver también LIEBENBERG y YOUNG (2015) p. 239.

³⁷ Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008) C° 15, 19 y 21. También ver CHENWI (2015) p. 184.

Cuando la CCSA ordena este involucramiento entre las partes, asume una actitud que alguna doctrina denomina “experimentalista”³⁸. El experimentalismo³⁹ es una de las posibles actitudes que podría asumir una corte al ejercer control constitucional⁴⁰. En el contexto sudafricano, el experimentalismo es una forma de control débil que se aleja del control más sustantivo que la CCSA ejerció con anterioridad en casos de DESC⁴¹. Por esta razón, esta actitud ha sido criticada por un sector de la doctrina sudafricana⁴².

En los casos analizados, la ocupación era ilegal de suerte que el desalojo era procedente. Sin embargo, esa no fue una consideración determinante para la corte, a diferencia de los casos chilenos que veremos. Más influyente para la corte fue la doctrina sentada en el caso *GROOTBOOM*, en el cual se declaró que el gobierno no cumple con la Constitución ni con el derecho a la vivienda cuando carece de políticas y medidas destinadas a amparar

³⁸ Algunos lo llama experimentalismo democrático. Ver LIEBENBERG (2010) p. 301; RAY (2016) p. 219. Otros lo denominan “proceso híbrido de resolución de conflictos”. Ver YOUNG (2012) p. 154. Por otra parte, existe discusión acerca del fundamento y sentido que tiene el *meaningful engagement* tal como fue argumentado por el juez redactor en este caso. Algunos sugieren distinguir entre *procedural fairness* y *meaningful engagement*. Ver MULLER (2011) p. 745.

³⁹ Esta expresión ha sido empleada con anterioridad en el contexto estadounidense, donde el experimentalismo ha sido caracterizado como una tendencia en la litigación destinada a adoptar remedios, que presenta tres rasgos: i) existe negociación entre las partes (que debe ser deliberativa y orientada al consenso); ii) tiene la forma de un proceso que se retroalimenta para reformularse a sí mismo; y iii) es transparente (la información es explícita y pública). Ver SABEL Y SIMON (2004).

⁴⁰ Estas actitudes se diferencian por el grado de intensidad del control. En materia de *judicial review*, existe un amplio espectro en el derecho comparado, que va desde un extremo, la abdicación judicial, hasta el otro, la usurpación judicial. “La abdicación se produce cuando la judicatura declina proteger derechos constitucionales, arriesgando la rebaja del valor o rango de todos los derechos fundamentales (...) La usurpación se verifica cuando la judicatura interpreta y aplica los derechos de una manera que asume control del sistema político, desplazando a los cuerpos democráticamente electos”. YOUNG (2012) p. 134. (Traducción libre del autor). Dentro de ese espectro, es posible identificar cinco modelos de *judicial review*: i) la revisión deferente (Ver YOUNG, 2012, p. 143); ii) la revisión conversacional (Ver YOUNG, 2012, p. 147); iii) la revisión experimentalista (Ver YOUNG, 2012, p. 150); iv) la revisión gerencial (Ver YOUNG, 2012, p. 155) y v) la revisión perentoria (Ver YOUNG, 2012, p. 162).

⁴¹ El experimentalismo en la jurisprudencia constitucional sudafricana corresponde a una etapa en su evolución en materia de justiciabilidad de los DESC. Algunos autores han sugerido que dicha evolución está compuesta por dos etapas: la primera y segunda ola. Ver WILSON Y DUGARD (2014) p. 36. En la segunda ola aparece el giro experimentalista, pero no se limita a casos de derecho a la vivienda, sino que se aprecia también en casos de derecho de acceso a servicio eléctrico, alcantarillado y acceso al agua. Se ha sostenido que el experimentalismo se explicaría como una reacción de la CCSA a las políticas del apartheid en Sudáfrica en materia de tierras, derecho a la vivienda y legislación sobre evicciones forzadas, en relación con grupos vulnerables. Ver CHENWI (2015), p. 180.

⁴² Por ejemplo, WILSON Y DUGARD (2011) pp. 678-9. También LIEBENBERG (2010) y VAN DER BERG (2013). No es este el lugar para hacerse cargo de ellas en profundidad. Básicamente, este giro experimentalista ha sido criticado porque representaría un abandono de la CCSA de su rol de desarrollar de manera sustantiva el significado de los derechos constitucionales, prefiriendo asumir una actitud gerencial y procedimental. Ver WILSON Y DUGARD (2011); PIETERSE (2012) p. 363; RAY (2016) p. 108. Incluso aceptando el experimentalismo, la doctrina ha criticado la forma como lo ha ejercido a la CCSA. Se ha argumentado que dicha actitud debería tener lugar una vez que algunos aspectos legales claves del caso en disputa hayan sido decididos por la corte, fijando el marco normativo básico aplicable a las partes, que les permita saber cuáles son los objetivos legítimos que pueden perseguir en el proceso de resolución del conflicto. Ver CHENWI (2015) p. 186. De lo contrario, se afirma que el proceso podría fallar. Ver CHENWI (2015) p. 187. Con todo, hay autores que siendo críticos, ven en esta actitud una serie de ventajas. Ver RAY (2014) p. 176.

grupos en situación desesperada⁴³. Por ello, se encuentra constitucionalmente prohibido autorizar una evicción que deje a grupos vulnerables abandonados a su suerte.

Los casos *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD* y *SLOVO I* se distinguen en cuanto al momento y objetivo del involucramiento significativo. En el primero, se decreta al comienzo del proceso ante la CCSA, para que las partes resuelvan el problema⁴⁴. En el segundo, se ordena una vez autorizada la evicción, con la finalidad de implementar esa medida⁴⁵. En *SLOVO I* la CCSA establece exigencias detalladas relativas a la forma como se va a desarrollar el desalojo: básicamente, un calendario de desalojo y de reubicación detallado para cada familia y un destino identificado para cada familia antes del desalojo. Junto con ello, la CCSA establece especificaciones técnicas de construcción de los alojamientos temporales para los desalojados y la provisión de servicios básicos; entre otras exigencias.

La CCSA establece tres criterios centrales en materia de desalojos: i) Las personas no pueden ser desalojadas del lugar donde residen si con ello quedarán en la calle (salvo casos excepcionales de invasión deliberada de una vivienda o terreno)⁴⁶; ii) En un proceso de evicción, los afectados deben tener oportunidad de emitir su opinión y participar para efectos de encontrar una solución al conflicto⁴⁷; iii) Las evicciones no pueden ser vistas únicamente como un asunto de derecho privado. Organismos estatales, incluyendo Municipalidades, deben intervenir en estos procesos y sus funciones son: a) “identificar y reportar sobre el impacto potencial que la evicción tendrá en grupos vulnerables como ancianos, niños, personas con capacidades disminuidas o grupos familiares a cargo de mujeres; b) facilitar la mediación o involucramiento significativo entre todas las partes interesadas; c) tomar todas las medidas necesarias para asegurar alojamiento alternativo para quienes enfrentarán una situación de quedar sin casa como resultado de la evicción”⁴⁸.

Los principios constitucionales citados por la CCSA no implican que el Estado tenga el deber absoluto de proveer habitación, pero sí el de hacerse cargo del problema de manera responsable y razonable⁴⁹. Tampoco implican que no se proteja el derecho a la propiedad privada. Al contrario, en la mayoría de los casos de desalojos masivos en Sudáfrica, las cortes han autorizado la evicción. La pregunta —que es pertinente para los casos chilenos— es: ¿cómo ha de ejecutarse esa evicción? Lo que le interesa a la CCSA es balancear el derecho

⁴³ Ver *THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA VERSUS GROOTBOOM* (2000). Ver FIGUEROA (2015a). De hecho, la CCSA citó *Grootboom* en el caso *Occupiers of 51 Olivia Road*.

⁴⁴ De hecho, la orden de involucrarse de manera significativa es expedida por la CCSA a dos días de interpuesta la apelación. El fallo de la corte se dicta dos años después, y rechaza la evicción porque la ciudad desistió de ella.

⁴⁵ Ver CHENWI (2015) p. 188.

⁴⁶ LIEBENBERG (2016) p. 327.

⁴⁷ LIEBENBERG (2016) p. 327.

⁴⁸ LIEBENBERG (2016) p. 328. (traducción libre del autor). Esta autora añade que estos principios “...representan la transformación más fundamental en la cultura legal y en la doctrina, introducidos por los derechos socioeconómicos en la Constitución”. LIEBENBERG (2016) p. 329. (traducción libre del autor).

⁴⁹ Ver *OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG* (2008), C° 18. En *GROOTBOOM*, la CCSA sostuvo: “Neither section 26 nor section 28 entitles the respondents to claim shelter or housing immediately upon demand (...) However, section 26 does oblige the state to devise and implement a coherent, co-ordinated programme designed to meet its section 26 obligations”. *THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA VERSUS GROOTBOOM* (2000) C° 95.

de propiedad (privada o fiscal) con el derecho de acceso a la vivienda adecuada de los evictos, “...mediante el desarrollo de mecanismos innovadores tanto en cuanto a procedimiento como soluciones o remedios, destinados a facilitar el logro de un balance equitativo entre estos dos derechos y sensible al contexto”⁵⁰.

III. JURISPRUDENCIA CHILENA

En esta sección se resume y analiza la jurisprudencia constitucional chilena en materia de desalojos masivos⁵¹. En Chile existe una gran cantidad de acciones judiciales por evicciones. Para este trabajo, solo se han tenido en cuenta aquellos casos de desalojos que pueden calificarse de masivos⁵² y que afectan grupos de personas que se puedan considerar vulnerables⁵³. La razón de limitar el análisis de esta manera es que estos son los casos más graves desde un punto de vista de riesgo social y desamparo, en los cuales parece más urgente el control jurisdiccional sobre la actividad de la administración del Estado. En este sentido, estos casos son similares a los que hemos visto en la jurisprudencia sudafricana. Valga recordar que las cortes de apelaciones y la Corte Suprema son los órganos que tienen competencia para conocer de recursos de protección y de amparo, cuando actos u omisiones arbitrarios o ilegales afectan ciertas garantías constitucionales⁵⁴. Por tanto, las cortes de apelaciones y la Corte Suprema tienen competencias similares a la CCSA en esta materia.

1. CASOS

MARTÍNEZ CON MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (2007). Un grupo de pobladores, en representación de 92 personas, la mitad niños, interponen recurso de protección en contra del Ministerio de Bienes Nacionales porque han sido notificados de que deben desalojar la

⁵⁰ LIEBENBERG (2016) pp. 328, 329 (Traducción libre del autor).

⁵¹ La metodología para la búsqueda de casos fue consultar los portales web de LegalPublishing, Microjuris y del Poder Judicial, utilizando únicamente como palabra clave “desalojo”, sin límite de tiempo. Se buscó también literatura que aludiere a evicciones, desalojos y derecho a la vivienda, en el sitio scielo.cl, para revisar allí jurisprudencia nacional. Agradezco a Rodrigo Bustos Bottai, Jefe Unidad Jurídica Judicial del Instituto Nacional de Derechos Humanos, y Laura Matus, abogada del Instituto, por haberme remitido los antecedentes de los casos en que participa el INDH.

⁵² Se descartan del análisis todos aquellos casos en que la evicción o desalojo fue producto del ejercicio de una acción reivindicatoria del dueño de un predio en contra de una persona singularizada, que constituye la mayoría de los casos en los portales de jurisprudencia. También se descartan casos de desalojo de ferias artesanales, lugares de expendio de comida, etc, porque no constituyen casos donde el problema social está relacionado con acceso a, o permanencia en, un lugar para vivir.

⁵³ No existe una definición estándar de grupo vulnerable sino muchas, dependiendo del factor de vulnerabilidad que se escoja. En este trabajo, un factor relevante de vulnerabilidad es la falta de acceso a vivienda y la precariedad de la misma, así como las condiciones de marginalidad y pobreza en que viven las personas. Por ello, para efectos de este trabajo se seleccionaron casos que involucran grupos de familias que se han instalado en forma irregular en predios, usualmente fiscales, de modo que no tienen títulos de propiedad que invocar en su favor; que suelen habitar ese lugar por un tiempo considerable, de modo que de ser evictos no tendrán un lugar donde regresar y quedarán abandonados a su suerte; que viven en condiciones precarias de acceso a servicios básicos e higiene, y son pobres. Estas características permiten identificar casos en que la evicción de tales grupos, sin que tengan un lugar donde trasladarse, generará un problema social muy relevante.

⁵⁴ Ver artículos 20 y 21 de la Constitución.

propiedad fiscal que ocupan, por ser insalubre y no apto para destino habitacional. La Corte de Apelaciones de Arica rechaza la acción pues estima que los actos recurridos no corresponden a un recurso de protección y no se advierten derechos vulnerados⁵⁵.

GALLEGUILLOS CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2015). Miembros de un campamento, integrado por 29 familias, recurren de protección en contra del Gobernador Provincial de Valparaíso porque ha dictado resolución exenta ordenando el desalojo de las familias que ocupan un terreno del SERVIU. La Corte de Apelaciones de Valparaíso rechaza la acción por no existir arbitrariedad o ilegalidad de parte de la recurrida⁵⁶.

LÓPEZ CON GOBERNADOR PROVINCIAL DE COPIAPÓ (2016). Un grupo de personas recurre de protección en favor de un colectivo integrado por cerca de 90 personas que viven en una toma de un predio fiscal. La acción se interpone en contra del Gobernador Provincial de Copiapó por haber decretado la restitución administrativa del bien fiscal, donde los recurrentes han instalado viviendas precarias sin servicios básicos. La Corte de Apelaciones de Copiapó rechaza la acción por no existir conducta arbitraria o ilegal de la recurrida⁵⁷.

GALLARDO CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2015). Representantes del Campamento San Francisco en Maipo, que incluye 250 familias, recurren de protección en contra del SERVIU y del Gobernador Provincial de Maipo, por haber dictado una resolución exenta ordenando el desalojo de algunas de esas familias que habitan un predio del SERVIU⁵⁸. La viviendas que han erigido son de emergencia sin acceso a servicios básicos. La Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso, dejando sin efecto el desalojo⁵⁹. La Corte Suprema revoca la decisión pues las personas desalojadas no forman parte de los Comités de Allegados⁶⁰, no han exhibido un título de ocupación o mera tenencia⁶¹ y no se divisa arbitrariedad o ilegalidad de parte de la recurrida⁶².

ARAYA CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA (2017)⁶³. El Jefe Regional del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH) de Arica interpone recurso de amparo en contra de la Gobernación Provincial de Arica y del Jefe de la XV Zona de Carabineros de Arica y Parinacota, puesto que se dispondrían a ejecutar un desalojo masivo que afectaría unas 1.600 personas de la toma de Cerro Chuño, Arica. El desalojo se ordena porque esa zona se encuentra contaminada con residuos tóxicos que la tornan inhabitable. La Corte de Apelaciones de Arica tiene por interpuesta la acción en calidad de recurso de

⁵⁵ Ver *MARTÍNEZ CON MINISTERIO DE BIENES NACIONALES* (2007), C° 4.

⁵⁶ Ver *GALLEGUILLOS CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO* (2015), C° 11.

⁵⁷ Ver *LÓPEZ CON GOBERNADOR PROVINCIAL DE COPIAPÓ* (2016), C° 7.

⁵⁸ El recurrido indica que existe un protocolo entre la autoridad administrativa y los dos comités de allegados por el cual estos últimos se comprometen a no permitir la instalación de nuevas familias en el predio. Respecto de los allegados, la autoridad administrativa está buscando una solución habitacional. Sin embargo, se han instalado nuevas familias y respecto de ellas se ha ordenado el desalojo.

⁵⁹ No se cita la Sentencia de la Corte de Apelaciones porque no está disponible. Se toma del fallo de la Corte Suprema. Ver *GALLARDO CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO* (2015) C° 4.

⁶⁰ Ver *GALLARDO CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO* (2015), Corte Suprema, C° 6. Ver nota 39 sobre el protocolo.

⁶¹ Ver *GALLARDO CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO* (2015), Corte Suprema, C° 7.

⁶² Ver *GALLARDO CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO* (2015), Corte Suprema, C° 8.

⁶³ Ver agradecimientos en nota 33.

protección y lo acoge declarando que la decisión del Gobernador Provincial de Arica es ilegal⁶⁴. Además, se declara que el actuar del Gobernador implicaría que él tiene facultades de resolver por sí y ante sí el desalojo de un bien fiscal⁶⁵, lo que importa un juzgamiento de particulares por un órgano distinto del tribunal que señala la ley, vulnerando la garantía del artículo 19 N° 3 inciso 5°⁶⁶. Junto con lo anterior, la corte sostiene que el recurrido estaría atribuyéndose funciones jurisdiccionales, lo que constituye un acto de autotutela proscrito por el ordenamiento jurídico⁶⁷. Se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 39. La corte declara que la autoridad debe ejercer las acciones civiles respectivas a fin de obtener la recuperación de los inmuebles fiscales. La Corte Suprema confirma la sentencia apelada, con votos en contra de dos ministros⁶⁸.

MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE (2016)⁶⁹. Victoria Márquez, colaboradora del INDH, recurre de amparo en contra de la Gobernación Provincial de Iquique y del Jefe de la primera zona de Carabineros de Tarapacá, puesto que se dispondrán a ejecutar varios desalojos masivos de los campamentos ubicados en la comuna de Alto Hospicio. Se alega que ya ha ocurrido un desalojo masivo de unas 3.500 personas, muchas de ellas extranjeras. La Corte de Apelaciones rechaza la acción porque: i) Los terrenos que son objeto de desalojo pertenecen al Ejército⁷⁰ y serán destinados a la construcción de viviendas sociales o soluciones habitacionales⁷¹. ii) El desalojo ha sido ordenado por la Gobernación Provincial mediante resolución exenta, a petición del Ejército⁷². La decisión de la Gobernación se funda en la LOC sobre Gobierno y Administración Regional, que le encomienda ejercer la vigilancia de los bienes del Estado, lo que a su vez comprende impedir su ocupación ilegal y exigir administrativamente su restitución cuando procediere, dictando las instrucciones para ese fin, con auxilio de la fuerza pública⁷³. Por tanto, la conducta del recurrido no

⁶⁴ i) Los bienes inmuebles ocupados tienen la calidad de bienes fiscales y, por ello, su restitución debe ser solicitada conforme lo previsto por el artículo 19 del D.L. N° 1939 de 1976 y no mediante el artículo 4 de la ley N° 19.175 LOC de Gobierno y Administración Regional, que se aplica a bienes con carácter de nacional de uso público, como ocurrió en este caso. Ver *INDH CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA*. Corte de Apelaciones (2017), C°s 11 y 14). ii) La facultad de exigir administrativamente la restitución de un bien raíz del Estado contenida en el artículo 26 f) del D.F.L. N° 22 de 1959 fue derogada por la ley N° 19.175. Ver *ARAYA CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA*. Corte de Apelaciones (2017) C° 8. iii) La restitución de bienes fiscales debe realizarse mediante el ejercicio de acciones posesorias previstas en el T. IV del L. II del Código de Procedimiento Civil. *ARAYA CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA*. Corte de Apelaciones (2017) C° 9.

⁶⁵ Ver *ARAYA CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA*. Corte de Apelaciones (2017) C° 14.

⁶⁶ Ver *ARAYA CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA*. Corte de Apelaciones (2017) C° 9.

⁶⁷ Ver *ARAYA CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA*. Corte de Apelaciones (2017). C° 15.

⁶⁸ Estos ministros estimaron que el artículo 4 h) la ley N° 19.175 LOC sobre Gobierno y Administración Regional faculta al Gobernador Provincial para exigir administrativamente la restitución de los bienes fiscales. *ARAYA CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA*. Corte Suprema (2017) C° 1. Además, la ocupación es ilegal y las viviendas instaladas deben ser demolidas por orden del SERVIU, debido a la contaminación del suelo. Ver *ARAYA CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA*. Corte Suprema (2017) C° 2 y 3.

⁶⁹ Este es el caso que fue mencionado en la introducción de este trabajo. Ver agradecimientos en nota 33.

⁷⁰ *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE* (2016) Corte de Apelaciones. Ver C° 4.

⁷¹ *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE* (2016) Corte de Apelaciones. Ver C° 5.

⁷² *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE* (2016) Corte de Apelaciones. Ver C° 4.

⁷³ *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE* (2016) Corte de Apelaciones. Ver C° 4.

es arbitraria ni ilegal⁷⁴. iii) Los afectados están ocupando ilegalmente⁷⁵ un terreno fiscal y tienen pleno conocimiento de que deben abandonarlo⁷⁶. Por tanto, si no lo hacen, se exponen voluntariamente a las consecuencias de un desalojo forzado⁷⁷. iv) La corte declara que en modo alguno puede resolver la “...asignación de terrenos, establecer condiciones de los mismos ni disponer instrucciones a la policía que obra a petición de una autoridad política en uso de sus atribuciones, pues todo ello escapa a las posibilidades fácticas por una parte y por otra está fuera de la órbita de su competencia”⁷⁸. Las necesidades de vivienda son encauzadas por la organización administrativa del Estado, a través de procedimientos para afrontar dichas necesidades, las que no pueden “...justificar la toma de terrenos fiscales o de privados, de lo contrario se estaría validando violentar el ordenamiento jurídico y las normas legales, lo que para un tribunal de derecho no es ni puede ser aceptable”⁷⁹.

La Corte Suprema confirma la sentencia con algunas correcciones⁸⁰, y declara que: “...el cumplimiento de la resolución administrativa deberá ejecutarse **procurando evitar al máximo cualquier menoscabo en la integridad física y psíquica de las personas afectadas por dicha medida**”⁸¹. La decisión fue acordada luego de haberse desechado una indicación previa de los Ministros Brito y Cisternas, quienes estuvieron por: “...solicitar un informe a la autoridad acerca de las previsiones que se hubieren efectuado para la instalación de las personas que serán desalojadas, particularmente en lo tocante a condiciones de seguridad individual y sanitarias”. En cuanto al fondo del asunto, el ministro Brito fue del parecer de: “...acoger el recurso pues en su concepto la ignorancia de tales circunstancias impide la ejecución de la medida”⁸².

2. ANÁLISIS

Las cortes chilenas, prácticamente en todos los casos, rechazaron las acciones de protección y de amparo interpuestas en contra de resoluciones de la autoridad administrativa que ordenaban el desalojo de terrenos fiscales. Dado que la ocupación de los terrenos era ilegal o irregular⁸³, las cortes estimaron que las órdenes de desalojo no eran ilegales. Como

⁷⁴ *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE* (2016). Corte de Apelaciones. Ver C° 5.

⁷⁵ *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE*, Corte de Apelaciones (2016). Ver C° 6. La Corte de Apelaciones indica que como no se acompañó en el proceso ningún título que ampare la ocupación, ella es ilegal.

⁷⁶ *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE*, Corte de Apelaciones (2016). Ver C° 7.

⁷⁷ *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE*, Corte de Apelaciones (2016). Ver C° 7.

⁷⁸ *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE*, Corte de Apelaciones (2016). Ver C° 7.

⁷⁹ *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE*, Corte de Apelaciones (2016). Ver C° 7.

⁸⁰ Como se vio más atrás, la Corte de Apelaciones declaró que la ausencia de título que justifique la ocupación implica que ella es ilegal. Sin embargo, la Corte Suprema revocó esa expresión y la sustituyó por “irregular”. Asimismo, la Corte Suprema ordenó sustituir, en otras partes, la expresión “ilegal” por “presuntamente irregular”, e “ilícito” por “irregular”. Ver *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE*, Corte Suprema (2016). (No existen considerandos numerados).

⁸¹ *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE*, Corte Suprema (2016) (No existen considerandos numerados). Negritas agregadas.

⁸² *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE*, Corte Suprema (2016) (No existen considerandos numerados). Negritas agregadas.

⁸³ En la mayoría de los casos, las cortes resolvieron que la ocupación era ilegal. Sin embargo, en un caso, la Corte Suprema modifica la resolución de la Corte de Apelaciones, indicando que, debido a la falta de antece-

se puede advertir, la mera legalidad de la evicción constituyó un elemento suficiente para las cortes para rechazar los recursos interpuestos. Las cortes no se preguntaron por las circunstancias en que sería ejecutada la evicción, por sus consecuencias para los desalojados o por la responsabilidad que pudiere haber al Gobierno Regional o al SERVIU respecto de la situación de desamparo en que podrían quedar aquellas familias y grupos vulnerables. Si comparamos esta actitud con los tres principios que se extraen de la jurisprudencia de la CCSA, vemos que las cortes chilenas no buscaron un balance entre proteger la propiedad fiscal y proteger las personas desalojadas; solo se preocuparon de proteger la propiedad fiscal con total despreocupación por la suerte de las personas evictas. Excepción a esa tendencia fue la Corte Suprema en el caso *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE* (2016). El único caso en que una corte rechazó la evicción fue aquel en que el tribunal estimó que el respaldo normativo invocado por la Gobernación Provincial para ordenar la evicción era equivocado. La diferencia entre este caso y los demás reside en la identificación del marco jurídico que regula las evicciones. Por ende, si la autoridad regional hubiese invocado las normas civiles que la corte indicó en este caso, dicha autoridad debería haber rechazado el recurso, tal como ocurrió en los demás casos. Por tanto, la actitud de la corte en este caso no es distinta de la descrita en los casos anteriores.

Esta forma de resolver los casos de evicción de grupos vulnerables tiene consecuencias en dos ámbitos. El más importante concierne a los afectados: estas personas pueden ser desalojadas y abandonadas a su suerte en la intemperie, sin ninguna protección judicial. El segundo atinge a la administración: la autoridad administrativa puede desalojar a grupos de personas en situación de marginalidad y dejarlas abandonadas a su suerte. Esta conducta fue avalada por las cortes, con la excepción del caso *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE* (2016).

En el caso *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE* (2016), la Corte de Apelaciones emitió varios pronunciamientos que merecen discusión. Primero, es cierto que la corte no tiene competencias para asignar terrenos a los desalojados, pero dicha aseveración no es relevante porque los recurrentes no solicitan a la corte que les asigne terrenos.

Segundo, es discutible que la corte no posea atribuciones para establecer condiciones de los terrenos. Si se interpreta esta atribución en relación con el ejercicio de la facultad señalada en el punto anterior –asignar terrenos– es evidente que la afirmación es correcta. Sin embargo, si se desconectan ambas funciones, ya no lo es. En efecto, si la corte autoriza un proceso de desalojo, de todos modos podría emitir un pronunciamiento relativo a las condiciones que debería satisfacer el lugar de destino de los desalojados. La elección y asignación del terreno son atribuciones de la autoridad administrativa, pero la corte podría exigir que la administración, al ejercer esas atribuciones, prevenga vulneraciones de derechos fundamentales. Por ejemplo, alojar personas en un basural, sin acceso a agua potable ni alcantarillado, no solo sería una medida desafortunada de parte de la autoridad administrativa sino que, además, amenazaría varios derechos constitucionales, entre ellos, la salud. La Constitución impediría hacer eso y una corte podría hacerlo cumplir. En consecuencia, es

dentes para determinar la situación, era pertinente calificar la ocupación de irregular. Ver *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE* (2016).

posible sostener que una corte tiene atribuciones para exigir a la autoridad administrativa que vele por ciertos estándares mínimos de aquel lugar al que ella pretende trasladar a los desalojados. Esta posición tiene fundamento constitucional y, de hecho, es lo que dispuso la Corte Suprema en este caso.

Tercero, es discutible que la corte carezca de atribuciones para disponer instrucciones a la policía que va a intervenir en el desalojo pues la intervención policial podría afectar la integridad física y psíquica de los desalojados y vulnerar otros derechos, como el de propiedad si la policía destruye las pertenencias de los desalojados sin haberles dado oportunidad de retirarlas, como de hecho en la práctica ocurrió, tal como se explicó en la introducción de este trabajo. Tales derechos pueden ser protegidos mediante recursos de amparo y protección, que autorizan a las cortes instruir a las fuerzas policiales y autoridades administrativas para velar por los derechos de las personas. Valga recordar nuevamente que eso fue lo que dispuso la Corte Suprema.

Cuarto, es difícil aceptar la justificación de la pasividad de la corte en que “todo ello escapa a las posibilidades fácticas por una parte y por otra está fuera de la órbita de su competencia”. a) Afirmar que el asunto “escapa a las posibilidades fácticas” no tiene sustento: es posible controlar el accionar de la policía y de la autoridad administrativa, tal como se aprecia en la orden de la Corte Suprema. b) Sostener que la corte no posea competencia es una afirmación que ya fue refutada en el punto anterior.

Quinto, es acertada la afirmación de la corte de que las necesidades de vivienda son encauzadas por la organización administrativa del Estado: La administración tiene la facultad de diseñar y elaborar normas para implementar y ejecutar las políticas destinadas a satisfacer las necesidades de vivienda. Sin embargo, eso no significa que la ejecución de las políticas de vivienda no sea controlable por los jueces puesto que es posible que los actos de ejecución de dichas políticas produzcan vulneración de derechos fundamentales. Los jueces no deben elaborar la política, pero sí pueden controlar su ejecución, y hacer esto no implica extralimitarse en su competencia ni vulnerar el principio de separación de poderes⁸⁴. Por tanto, la intervención de los jueces en casos de desalojo está justificada.

Sexto, es correcto afirmar que las necesidades de vivienda no pueden “...justificar la toma de terrenos fiscales o de privados, de lo contrario se estaría validando violentar el ordenamiento jurídico y las normas legales, lo que para un tribunal de derecho no es ni puede ser aceptable”. Sin embargo, como vimos en los casos sudafricanos y en el fallo de la Corte Suprema, que la ocupación del terreno sea ilegal o irregular y que el desalojo de las personas sea procedente no impide ni perturba que una corte pueda emitir órdenes para evitar que el desalojo transgreda la Constitución y derechos básicos de los afectados. Tampoco impide a una corte ordenar a la autoridad que adopte medidas para no dejar a las personas evictas abandonadas a su suerte.

El fallo de la Corte Suprema se aparta de la doctrina seguida por las Cortes de Apelaciones y contiene interesantes declaraciones que cabe analizar. Primero, muestra preocu-

⁸⁴ Una explicación de este asunto y la distinción entre elaborar una política y controlar la ejecución de una política se puede ver en FIGUEROA (2009), y la explicación de cómo lo hace la jurisprudencia sudafricana se puede revisar en FIGUEROA (2015a).

pación por las personas que serán desalojadas, actitud que no estuvo presente en las Cortes de Apelaciones.

Segundo, revela que las cortes sí poseen atribuciones para emitir órdenes a la autoridad regional respecto del proceso de evicción que ella está conduciendo,

Tercero, admite de manera explícita que es posible que los derechos constitucionales de las personas desalojadas se vean conculcados durante la ejecución del procedimiento de desalojo, aunque las evicciones estén autorizadas por la ley. Como vimos, esas transgresiones ocurrieron en este caso.

Cuarto, ordena a la autoridad administrativa obedecer cierto estándar en el procedimiento de desalojo: evitar al máximo cualquier menoscabo en la integridad física y psíquica de las personas afectadas. Este estándar podría ser cumplido por la autoridad administrativa de manera unilateral, adoptando por sí resguardos en favor de la población desalojada. Sin embargo –y esto es lo interesante– podría también ser cumplido en forma bilateral, esto es, generando algún tipo de involucramiento con la comunidad desalojada. Esto es importante. Un desalojo que involucra a miles de personas vulnerables es un proceso complejo que: i) requiere disponer de gran cantidad de información sobre la situación de las personas desalojadas y sus necesidades y ii) debe formular soluciones prácticas efectivas. Pues bien, es más factible que la autoridad obtenga la información relevante si trabaja en forma cercana con la población afectada, y la efectividad de las soluciones puede ser mucho mayor si son resultado de un trabajo conjunto con las personas desalojadas. Por ejemplo, en el caso *SLOVO I* se discutieron asuntos de carácter procedimental y asuntos relativos a las viviendas que se proveerían a los desalojados. Si esto se discutiera en Chile, estaríamos en presencia de una forma de involucramiento significativo entre dicha autoridad y los evictos, tal como ocurrió en los casos sudafricanos, y esto sería una consecuencia indirecta del estándar que emitió la Corte Suprema.

Quinto, la diferencia entre la orden de la Corte Suprema y la de la CCSA es que en el caso chileno, la corte no detalló el estándar que la autoridad administrativa debía cumplir; se limitó a una instrucción genérica; no ordenó a la autoridad seguir pasos individualizados dentro del complejo proceso de evicción, como elaborar calendarios para el desalojo de cada familia y la reubicación de cada una de ellas; prever dificultades de transporte; cerciorarse de la calidad del lugar de destino; cuidar las pertenencias de los desposeídos, y muchos aspectos más que están presentes en los casos sudafricanos.

Ahora bien, incluso sin considerar los casos sudafricanos, ambas cortes en el caso *MÁRQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE* (2016) tuvieron suficientes antecedentes a la vista para emitir instrucciones precisas a la autoridad administrativa y a la policía. En efecto, en el recurso de amparo, los peticionarios denunciaron una serie de problemas ocurridos con el desalojo masivo del campamento Raúl Silva Henríquez, que afectó a unas 3.500 personas. Tales problemas fueron: Falta de aviso y plazo apropiado a las personas afectadas por el desalojo; falta de audiencias públicas sobre los planes del gobierno regional; falta de difusión de información sobre registros de tierra y planes de reasentamiento con medidas destinadas a proteger a grupos vulnerables; falta de oportunidad para que las personas afectadas pudieran inventariar los bienes que pudieran verse dañados y poder salvarlos durante el desalojo; destrucción de bienes durante el desalojo; ausencia de funcio-

narios de gobierno durante el desalojo; falta de necesidad y proporcionalidad de la fuerza policial empleada en el desalojo; reasentamiento indigno e insalubre (el lugar donde fueron trasladados los niños y adultos corresponde a un basural, con falta de alcantarillado, y escasa agua potable para los desalojados); ausencia de alojamiento alternativo o reasentamiento para algunos de los desalojados. La Corte Suprema, que tuvo estos antecedentes a la vista, pudo haber formulado una orden más precisa a las autoridades recurridas.

Sexto, la protección que proporciona el voto de mayoría se refiere solo a la integridad física y psíquica de los desalojados y se circunscribe el proceso de evicción. Por tanto, una vez concluido el procedimiento, las personas desalojadas no tendrán protección de ningún tipo. Esto es un problema relevante, que fue anticipado por el voto de minoría, tal como se explica a continuación.

El voto de minoría solicitó un informe a la autoridad recurrida relativo a las previsiones que se hubieren adoptado para la instalación de los desalojados. Como se puede advertir, los ministros minoritarios no se refieren al proceso de desalojo sino a lo que sucede después. Este es el único caso en que jueces muestran preocupación por la suerte de las personas evictas en su lugar de destino. Si la orden de estos jueces hubiere tenido apoyo mayoritario, se habría traducido en una protección relevante para las personas desplazadas una vez instaladas en su lugar de destino. Por otra parte, si el voto minoritario hubiese sido suscrita por la mayoría, la autoridad recurrida habría tenido que informar a la corte sobre las previsiones relativas a la instalación de los desalojados. En este escenario hipotético surgen preguntas complejas: ¿Qué podría hacer una corte ante dicho informe? ¿Podría rechazarlo y exigir previsiones específicas sobre la relocalización de los desplazados? Si la corte hiciera eso, asumiría una forma de control bastante intensa sobre la administración y sus políticas públicas⁸⁵. Sin embargo, en mi opinión, no existen impedimentos jurídicos para que las cortes ejerzan ese control en casos de desalojos masivos si es que están en peligro derechos constitucionales. En efecto, los artículos 20 o 21 de la Constitución confieren atribuciones a las cortes para adoptar medidas destinadas a proteger a las personas. Por ejemplo, los problemas denunciados en el desalojo del campamento Raúl Silva Henríquez pueden vulnerar derechos protegidos: integridad física y psíquica; no discriminación arbitraria, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; derecho a la protección de la salud⁸⁶; derecho de propiedad; etc.

El Ministro Brito estimó que debía acogerse el recurso por la falta de información sobre las medidas relativas a la instalación de los desalojados en su lugar de destino. Ahora bien, acoger el recurso no significa que el ministro Brito estime que es ilegal o inconstitucional recuperar los terrenos del fiscales; más bien, habría que entender que la legalidad de la evicción sería una condición necesaria para proceder a ella pero no suficiente, de modo que, en tanto no se satisficieren las demás condiciones, el lanzamiento no podría llevarse a efecto, tal como ocurrió en los casos sudafricanos, donde también los desalojos eran legalmente procedentes. Si la ausencia de tales medidas es razón para acoger el recurso, eso

⁸⁵ Esta actitud se podría acercar a la forma de revisión que Young llama “perentoria”. Ver nota 69.

⁸⁶ La jurisprudencia chilena confiere amplia protección al derecho a la salud mediante recursos de protección, en el acceso a tratamientos, remedios, etc. Ver FIGUEROA (2015b).

permite pensar que esas medidas son muy relevantes y eso debería implicar que, en opinión del ministro Brito, la corte debería revisar y aprobar las medidas dispuestas por la autoridad administrativa, como se indica en el punto anterior. En efecto, no tendría sentido exigir medidas a la autoridad recurrida para luego rechazar el recurso con cualquier medida que dicha autoridad hubiese informado, lo que torna el trámite en una formalidad vacía.

IV. CONCLUSIONES

1. Las Cortes de Apelaciones rechazaron recursos interpuestos contra el desalojo de grupos vulnerables. La mera legalidad de la evicción fue razón suficiente para desestimar las impugnaciones. Esta actitud deja en el desamparo a los grupos desplazados.

2. Las Cortes de Apelaciones no parecen advertir las consecuencias sociales que tiene rechazar recursos interpuestos por grupos vulnerables que son desalojados y tampoco parecen advertir la posibilidad de trasgresión de derechos constitucionales, sean durante la ejecución del proceso de desalojo o en la reinstalación en lugares de destino.

3. La Corte Suprema siguió un camino distinto, ordenando proteger a los evictos durante la ejecución del proceso de desalojo. Sin embargo, esta orden es limitada. Los votos minoritarios advirtieron la posibilidad de que se produjeran transgresiones en los derechos de los desplazados en la reinstalación en el nuevo destino. Este es un avance esperanzador. Incluso, el ministro Brito estuvo por acoger el recurso, en ausencia de información sobre medidas de protección en el lugar de destino.

4. El voto del ministro Brito implica que es posible que los jueces ejerzan control sobre la forma de implementar políticas por parte de la autoridad administrativa, cuando están involucrados derechos constitucionales protegidos, sin que las cortes se extralimiten en sus funciones.

5. La CCSA enfrentó procesos de desalojo masivo de grupos vulnerables adoptando una actitud que implicó proteger a los desalojados, con prescindencia de que la evicción fuese legalmente procedente. Para justificar esta postura, la CCSA invocó principios constitucionales como el de mejorar la calidad de vida de las personas, el deber de proteger y promover los derechos fundamentales, la dignidad humana y el derecho a la vida.

6. En casos de desalojo masivo, la CCSA exigió a las partes que se involucran entre sí de manera significativa para hallar soluciones en forma colaborativa a los problemas que implica un desalojo. Este involucramiento significativo es una modalidad que tiene una serie de ventajas frente a un proceso tan complejo como desalojar miles de personas en situación de vulnerabilidad.

7. La Constitución chilena reconoce prácticamente los mismos principios citados por la CCSA, de modo que las cortes chilenas podrían invocarlos en sus fallos, si estuvieren dispuestas a conferir protección a los desalojados. Además, las cortes deberían tener en consideración varios principios y deberes constitucionales contenidos en el artículo 1, como la dignidad y el deber del Estado de “...contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”.

8. Proteger a la población desalojada no implica que las cortes asignen terrenos a los evictos. Como hemos visto en los casos sudafricanos, la CCSA no hace eso.

9. El recurso de protección y el recurso de amparo son mecanismos que conceden a las cortes herramientas suficientes para conferir protección a grupos desalojados, aunque la evicción sea procedente. Permiten igualmente que las cortes exijan a las partes involucrarse de manera significativa para resolver el problema del desalojo en forma colaborativa, lo que evitaría que fuesen los jueces quienes tuvieran que diseñar soluciones de fondo a los problemas que suscita el desalojo de grupos vulnerables.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CHENWI, Lilian (2015): “Democratizing the socio-economic rights-enforcement process”, en ALVIAR, Helena *et al.* (edits.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (Routledge, New York), pp. 178-196.
- CHRISTIANSEN, Eric (2007): “Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 38: pp. 321-385.
- FIGUEROA, Rodolfo (2009): “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 3: pp. 587-620.
- FIGUEROA, Rodolfo (2015a): “Jurisprudencia sobre derecho a la salud y vivienda en Sudáfrica”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, Segunda época, año 3, N° 1: pp. 57-76.
- FIGUEROA, Rodolfo (2015b): “El derecho a la salud en la jurisprudencia de protección”, en SQUELLA, Agustín y ARRIAGADA, Beatriz (edits.), *Sobre los Derechos Sociales*, Revista de Ciencias Sociales, Número especial (Edeval, Valparaíso): pp. 657-693.
- KENDE, Mark (2003): “The South African Constitutional Court’s Embrace of Socio-Economic Rights: A Comparative Perspective”, *Chapman Law Review*, vol. 6: pp. 137-160.
- KLUG, Heinz (2002): “Five Years On: How Relevant is the Constitution to the New South Africa?”, *Vermont Law Review*, vol. 26: pp. 803-819.
- LANGFORD, Malcolm (2015): “Introduction: Civil Society and Socio-Economic Rights”, en LANGFORD, Malcolm *et al.* (edits.), *Socio-Economic Rights in South Africa. Symbols or Substance?* (Cambridge, Cambridge University Press): pp. 1-32.
- LIEBENBERG, Sandra (2010): *Socio-Economic Rights adjudication under a transformative Constitution* (Cape Town, Juta and Company).
- LIEBENBERG, Sandra (2016): “Direct Constitutional Protection of Economic, Social and Cultural Rights in South Africa”, en CHIRWA, Danwood y CHENWI, Lilian (edits.), *The Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Africa* (Cambridge, Cambridge University Press): pp. 305-337.
- LIEBENBERG, Sandra y YOUNG, Katharine (2015): “Adjudicating social and economic rights: can democratic experimentalism help?”, en ALVIAR, Helena *et al.* (edits.) *Social and Economic Rights in Theory and Practice* (New York, Routledge), pp. 237-257.
- MULLER, Gustav (2011): “Conceptualizing Meaningful Engagement as a Deliberative Democratic Partnership”, *Stellenbosch Law Review*, N° 22: pp. 742-758.

- PIETERSE, Marius (2012): “Procedural Relief, Constitutional Citizenship and Socio-Economic Rights as Legitimate Expectations”, *South African Journal on Human Rights*, Vol. 28, Issue 3: pp. 359-379.
- PILLAY, Anashri (2012): “Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10 N° 3: pp. 732-755.
- RAY, Brian (2014): “Evictions, Aspirations and Avoidance”, en WOLMAN, Stu (edit.) *Constitutional Court Review* (Juta and Company, Cape Town), pp. 176-232.
- RAY, Brian (2016): *Engaging with Social Rights. Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave* (Cambridge University Press).
- SABEL, Charles y SIMON, William (2004): “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, N° 4: pp. 1015-1101.
- SUNSTEIN, Cass (2001): “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, *John M. Olin Law and Economics Working Paper*, N° 124 (The Law School, University of Chicago): pp. 123-132.
- VAN DER BERG, Shanelle (2013): “Meaningful Engagement: Proceduralising Socio-Economic Rights Further or Infusing Administrative Law with Substance”, *South African Journal on Human Rights*, N° 29: pp. 376-398.
- WILSON, Stuart y DUGARD, Jackie (2011): “Taking Poverty Seriously: The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights”, *Stellenbosch Law Review*, N° 22: pp. 664-682.
- WILSON, Stuart y DUGARD, Jackie (2014): “Constitutional Jurisprudence: The First and Second Waves”, en LANGFORD, Malcolm *et al.* (edits.), *Socio-Economic Rights in South Africa. Symbols or Substance?* (Cambridge University Press), pp. 35-62.
- YOUNG, Katharine (2012): *Constituting Economic and Social Rights* (Oxford, Oxford University Press).

JURISPRUDENCIA CITADA

SENTENCIAS CHILENAS

- MARTÍNEZ CON MINISTERIO DE BIENES NACIONALES (2007): Corte de Apelaciones de Arica, 26 de marzo 2007 (recurso de protección) en Microjuris, Código de búsqueda MJJ9726, Fecha de consulta 16 de agosto de 2018.
- GALLEGUILLOS CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2015): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 de septiembre de 2015, (recurso de protección) en LegalPublishing, Código de búsqueda: CL/JUR/5799/2015, Fecha de consulta 16 de agosto de 2018.
- GALLARDO CON SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO (2015): Corte Suprema, 8 de julio de 2015 (recurso de protección) en LegalPublishing, Código de búsqueda: CL/JUR/3899/2015, Fecha de consulta 16 de agosto de 2018.
- LÓPEZ CON GOBERNADOR PROVINCIAL DE COPIAPÓ (2016): Corte de Apelaciones de Iquique, 29 de junio de 2016 (recurso de protección) en LegalPublishing, Código de búsqueda: CL/JUR/4944/2016, Fecha de consulta 16 de agosto de 2018.

MARQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE (2016): Corte de Apelaciones de Iquique, 2 de noviembre de 2016 (recurso de amparo). Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1053/Sentencia%20ICA%20amparo%20119-2016.pdf?sequence=3>. Fecha de consulta 19 de junio de 2019.

MARQUEZ CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE IQUIQUE (2016): Corte Suprema, 14 de noviembre de 2016 (recurso de amparo). Sentencia facilitada por Laura Matus, del Instituto Nacional de Derechos Humanos. En poder del autor.

ARAYA CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA (2017): Corte de Apelaciones de Arica, 10 de marzo de 2017 (recurso de protección) en LegalPublishing, Código de búsqueda: CL/JUR/4371/2017, Fecha de consulta 16 de agosto de 2018.

ARAYA CON GOBERNACIÓN PROVINCIAL DE ARICA (2017): Corte Suprema, 26 de octubre de 2017 (recurso de protección) en LegalPublishing, Código de búsqueda: CL/JUR/6979/2017, Fecha de consulta 16 de agosto de 2018.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA

SOOBROMONEY VERSUS MINISTER OF HEALTH, CCT32/97, 27 de noviembre de 1997.

THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA VERSUS GROOTBOOM, CCT 11/00, 4 de octubre de 2000.

MINISTER OF HEALTH VERSUS TREATMENT ACTION CAMPAIGN, CCT9/02, 5 de julio de 2002.

PORT ELIZABETH MUNICIPALITY VERSUS VARIOUS OCCUPIERS, CCT53/03, 1 de octubre de 2004.

KHOSA VERSUS THE MINISTER OF SOCIAL DEVELOPMENT, CCT/12/03, 4 de marzo de 2004.

MAHLAULE VERSUS THE MINISTER OF SOCIAL DEVELOPMENT, CCT/13/03, 4 de marzo de 2004.

OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD VERSUS CITY OF JOHANNESBURG, CCT24/07, 19 de febrero de 2008.

RESIDENTS OF JOE SLOVO VERSUS THUBELISHA HOMES, CCT22/08A, 31 de marzo de 2011.

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Corte Constitucional. Sentencia de 15 de febrero de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia T-075/12.

EL *NUDGE*, SU APLICACIÓN EN EL DERECHO CHILENO Y SUS POTENCIALES PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

NUDGE, ITS APPLICATION IN CHILEAN LAW, AND ITS POTENTIAL CONSTITUTIONAL ISSUES

VIVIANA PONCE DE LEÓN SOLÍS*

RESUMEN: En los últimos años se han incorporado al derecho chileno diversas regulaciones consistentes con la noción doctrinaria de *nudge*. Dado que estas regulaciones pretenden influir en los sistemas que guían los procesos cognitivos de las personas, la literatura comparada sobre el tópico cuestiona recurrentemente su constitucionalidad, desde la perspectiva de la dignidad humana, la libertad individual, la democracia y el principio de publicidad y transparencia. La idea central de este artículo es que aunque tales cuestionamientos no deben ser menospreciados, ellos no tienen un alcance universal y solo se refieren a categorías específicas de esta especie de regulación. A la luz de esta observación se afirma que no hay nada intrínsecamente ilegítimo en el *nudge* y se identifican parámetros para evaluar su constitucionalidad.

Palabras clave: *Nudge*, dignidad, libertad individual, democracia, publicidad y transparencia.

ABSTRACT: In the last few years different regulations consistent with the scholarly notion of *nudge* have been incorporated to Chilean law. Since these regulations aim to influence the systems that guide people's cognitive processes, comparative literature on the subject recurrently questions their constitutionality from the standpoint of human dignity, individual liberty, democracy, and the principle of publicity and transparency. The main idea of this article is that although such questionings should not be overlooked, they do not have a universal scope and only refer to specific categories of this kind of regulation. In light of this observation it is stated that there is nothing intrinsically illegitimate in nudging and it identifies parameters to evaluate their constitutionality.

Keywords: *Nudge*, autonomy, dignity, individual liberty, democracy, publicity and transparency.

I. INTRODUCCIÓN

En los urinales del baño de varones del aeropuerto Amsterdam-Schiphol se encuentra estampada la famosa imagen de una mosca. ¿Su objetivo? Capturar la atención de sus usuarios para que apunten a ella y, de esta manera, se reduzcan las salpicaduras. La medida ha conseguido mantener los sanitarios limpios por más tiempo y disminuir considerablemente los costos de aseo¹. Por otro lado, en la tienda estadounidense Pay & Save un grupo de investigadores ubicó flechas verdes grandes y llamativas en el piso, que se dirigían a los

* Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Austral de Chile, Puerto Montt, Chile. Dirección postal: Los Pinos s/n, Balneario Pelluco, Puerto Montt, Chile. Correo electrónico: viviana.poncedeleon@uach.cl.

¹ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 261.

pasillos de frutas y verduras. Como resultado, los compradores comenzaron a seguir las flechas y las ventas de frutas y verduras aumentaron significativamente². Asimismo, en un experimento conducido en Noruega durante el año 2012, se disminuyó (en distintas proporciones) el tamaño de los platos utilizados en el buffet de distintos hoteles. En todos los casos, el experimento concluyó consistentemente que la reducción del tamaño de los platos conducía a reducir también la pérdida y el desperdicio de alimentos³.

Cada una de estas medidas constituye una ilustración de aquello que en literatura se ha denominado *nudge*, expresión anglosajona que literalmente se traduce al español como “empujoncito”. Con ella se alude a ciertas intervenciones o medidas, públicas o privadas, que se apoyan en las ciencias conductuales, para influir en el comportamiento de las personas –dándoles un empujoncito– en un determinado sentido, pero preservando su libertad de elección. En otras palabras, dichas intervenciones o medidas no reposan en la coacción y, por ende, no mandan ni prohíben. Ellas más bien inciden en el modo en que se organiza y presenta el contexto en el cual las personas toman sus decisiones o, en los términos empleados en la literatura especializada sobre el tópico, en la “arquitectura de decisiones”⁴. En consecuencia, el *nudge* se puede definir como “cualquier aspecto de la arquitectura de decisiones que altera el comportamiento de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar significativamente sus consecuencias económicas”⁵.

Durante la última década, estas ideas han tenido un profundo impacto en el ámbito público, particularmente en el diseño de políticas de salud, previsión y preservación del medio ambiente, entre otras. Así, en el año 2010, el Reino Unido fue el primer país en crear un organismo público encargado de incorporar perspectivas conductuales en distintos ámbitos regulatorios (Behavioural Insights Team)⁶. Pronto le siguieron Alemania (2011, Kompetenzcenter Entwicklung, Governance und Frieden)⁷, los Países Bajos (2013, Kenniskamer Gedragwetenschappen)⁸, Estados Unidos (2015, Social and Behavioural Science Team)⁹ y Australia (2016, Behavioural Economics Team of the Australian Government)¹⁰, entre otros. A ellos se ha sumado un número considerable de entidades privadas, nacionales e internacionales, con y sin fines de lucro, creadas para el mismo propósito¹¹.

Chile no ha quedado del todo marginado de esta tendencia y su derecho ofrece una serie de ejemplos de iniciativas que, aun cuando no reciban oficialmente tal denominación, son consistentes con la configuración teórica del *nudge*. En este contexto, esta investigación tiene por objeto identificar los eventuales ámbitos de contradicción entre dichas iniciativas y la constitución. Para ello, para comenzar, se exponen las ideas claves en que se sustenta la

² PAYNE (2016).

³ KALLBEKKEN y SÆLEN (2013).

⁴ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 3.

⁵ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 6.

⁶ OECD (2017) p. 23.

⁷ OECD (2017) p. 187.

⁸ STROEKER (2016) p. 28.

⁹ OECD (2017) p. 109.

¹⁰ OECD (2017) 24.

¹¹ OECD (2017) 24 s.

propuesta de una regulación conductualmente informada, las ventajas que se le atribuyen por parte de quienes promueven esta clase de medidas y las características centrales de las mismas. Luego, valiéndose de ejemplos concretos de medidas adoptadas en Chile, se precisan algunas de sus categorías. Finalmente, se pasa sucintamente revista a las principales críticas que se le han formulado, en cuanto menosprecia las preferencias individuales ya formadas, manipula o subvierte los procesos de formación de preferencias y conduce a regulaciones tecnocráticas, invisibles y exentas de control. La idea central que aquí se plantea es que dichas críticas no son predicables respecto del *nudge* en abstracto, sino que solo valen para ciertos casos en concreto. Con todo, aquellas pueden proveer orientaciones o parámetros para evaluar la constitucionalidad de los *nudges* existentes o de los que pudieran crearse en el futuro. Finalmente, cabe señalar que esta investigación solo se referirá a los *nudges* deliberados que resultan de la acción estatal. En consecuencia, quedan excluidos los *nudges* accidentales o no intencionales, los *nudges* que operan entre particulares y los *counter-nudges* o *nudges* dirigidos a contrarrestar otros *nudges*.

II. EL *NUDGE* Y LOS SISTEMAS DE OPERACIONES COGNITIVAS

El uso de la expresión *nudge* se ha popularizado en la literatura anglosajona gracias a la obra seminal de Richard Thaler y Cass Sunstein, titulada *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, publicada el año 2008. A pesar del ampliamente difundido uso de dicha expresión en literatura, otras propuestas terminológicas a nivel comparado para referir a estas figuras comprenden la idea de regulación conductualmente informada (*behaviorally informed regulation*)¹² o de regulación basada en diseño (*design based regulation*)¹³. En cualquier caso, todas estas denominaciones aluden a una técnica de regulación cuya eficacia no depende del recurso a la coerción, sino que reposa en la recepción de las contribuciones de la economía conductual y la psicología cognitiva. De singular relevancia resulta en este aspecto la denominada teoría del proceso dual, conforme a la cual es posible distinguir dos sistemas de operaciones cognitivas: el sistema automático o sistema 1 y el sistema reflexivo o sistema 2¹⁴.

El sistema 1 se caracteriza por ser rápido, automático y no consciente¹⁵. Ello es así porque los procesos cognitivos que caen bajo su dominio son guiados por intuiciones, heurísticas y sesgos que permiten responder velozmente a ciertos estímulos¹⁶, como cuando esquivamos un objeto que es arrojado en nuestra dirección de imprevisto. Sin embargo,

¹² ALLEMANO y SPINA (2014) p. 431; BARR (2012); BARR, MULLAINATHAN y SHAFIR (2009); MCCRUDDEN y KING (2016) p. 82; SUNSTEIN (2013a) p. 73.

¹³ YEUNG (2011); YEUNG (2008).

¹⁴ Thaler y Sunstein dedican un apartado completo de su libro a la distinción de estos dos sistemas. Cfr. THALER y SUNSTEIN (2008) pp. 19-31. Dicha distinción figura de manera recurrente y prominente en buena parte de las obras posteriores sobre el *nudge*. Cfr., entre otros, BALDWIN (2014); HANSEN y JESPERSEN, (2013) pp. 13 s.; JOHN y STOKER (2017) pp. 14-16; MCCRUDDEN y KING (2016) p. 77; SUNSTEIN (2016); SUNSTEIN (2015) p. 425; VAN AAKEN (2015).

¹⁵ KAHNEMAN (2011) p. 20.

¹⁶ En este punto resultó particularmente influyente el trabajo de TVERSKY y KAHNEMAN (1974), sobre los sesgos cognitivos que resultan de apoyarse en heurísticas de juicio. En esta investigación, a vía de ilustración, solo se

esas mismas intuiciones, heurísticas y sesgos pueden conducir de manera predecible a las personas a cometer errores y tomar decisiones sub-óptimas¹⁷. Así, aquéllas son proclives a preferir las elecciones que producen una recompensa en el corto plazo por sobre aquellas que producen una recompensa a futuro; por ejemplo, al optar entre gastar o ahorrar (sesgo presente)¹⁸. Igualmente, tienden a creer que tienen menos posibilidades de experimentar un evento negativo –o más de experimentar uno positivo– que el resto; por ejemplo, frente al consumo de productos con potenciales efectos nocivos para la salud (sesgo optimista)¹⁹. O se ven inclinadas a repetir elecciones previas, con independencia de sus resultados o a preferir el estado actual de las cosas por sobre la posibilidad de cambio; por ejemplo, ante la disyuntiva de mantener o cambiar su plan de salud o previsional (sesgo inercial o sesgo *statu quo*)²⁰.

Por contraste, el sistema 2 se caracteriza por ser lento, controlado y consciente. En consecuencia, los procesos cognitivos que se encuentran bajo su dominio “se suelen asociar con la experiencia subjetiva de agencia, elección y concentración”²¹. Él es activado frente a todas aquellas situaciones para las cuales el sistema 1 no tiene respuesta o para evitar cometer un error y recobrar el control. Bajo su dominio quedan comprendidas todas las operaciones que requieren enfocar la atención, como las operaciones matemáticas y estadísticas, el uso de lenguas distintas a la nativa o el desarrollo de un argumento, por mencionar algunos ejemplos. Si bien este sistema no es infalible, es menos propenso a los sesgos, particularmente a los errores cognitivos²². Pese a esta ventaja, el sistema 2 no es eficiente a la hora de tomar decisiones rutinarias, pues estar “constantemente cuestionando nuestro propio pensamiento sería imposiblemente tedioso”²³.

La distinción entre los sistemas 1 y 2 puede revestir gran utilidad para el derecho. La premisa básica del análisis económico del derecho, según la cual las personas poseen atención y habilidad cognitiva ilimitadas para adoptar decisiones racionales, ha tenido un fuerte impacto en el pensamiento jurídico de los últimos cincuenta años²⁴. Sin embargo, bajo el enfoque de las ciencias conductuales esta premisa pasa a ser blanco de serios cuestionamientos, toda vez que pone en evidencia que muchas veces la conducta de las personas es guiada por intuiciones, heurísticas y sesgos inconscientes. En este contexto, dicho enfoque ofrece bases teóricas para el diseño de políticas públicas y regulaciones más eficientes, particularmente en aquellos ámbitos regulatorios que inciden de modo gravitante en las decisiones de las personas sobre cómo vivir su propia vida. Piénsese, por ejemplo, en las políticas de control del tabaquismo, de prevención del sobrepeso y la obesidad, de donación

mencionan tres. Para otras enunciaciones de los mentados sesgos y referencias, véanse ALLEMANO y SPINA (2014) p. 431; SUNSTEIN (2013b) pp. 1842-1852; THALER y SUNSTEIN (2008) pp. 31-39.

¹⁷ KAHNEMAN (2011) p. 24, THALER y SUNSTEIN (2008) p. 34; TVERSKY y KAHNEMAN (1974).

¹⁸ SUNSTEIN (2013b) pp. 1843-1845.

¹⁹ SHAROT (2011).

²⁰ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 34.

²¹ KAHNEMANN (2011) p. 21.

²² KAHNEMANN (2011) p. 28.

²³ KAHNEMANN (2011) p. 28.

²⁴ BARR (2012) p. 442; BARR, MULLAINATHAN y SHAFIR (2009) p. 27; JOLLS, SUNSTEIN y THALER (1998) pp. 1476-1481.

y trasplante de órganos, de ahorro previsional, de consumo energético doméstico, de reciclaje, etc. En estos casos, considerando el interés general involucrado, el Estado no puede abstenerse de intervenir sin dejar de cumplir sus deberes. Mas, al efecto, las técnicas tradicionales de regulación basadas en la coacción podrían conllevar una eventual afectación ilegítima a la libertad individual, en tanto que la asignación de incentivos directos podría resultar excesivamente costosa.

De esta manera, el *nudge* se presenta como una suerte de nuevo paradigma regulatorio, que tendría una serie de ventajas en comparación con los que le han precedido. Así, por un lado, se trataría de una técnica regulatoria de mayor eficiencia, en la medida que conduciría a resultados estadísticamente predecibles en la conducta de los sujetos regulados, con miras a la consecución de fines de interés general y al propio bienestar de estos²⁵. Estos resultados podrían obtenerse de dos modos. Una primera alternativa consiste en aprovechar las intuiciones, heurísticas y sesgos propios del sistema 1, a objeto de mantener a las personas en modo automático y lograr que sigan un curso predecible de acción. Otra alternativa es capturar la atención reflexiva de las personas, activando el sistema 2 y promoviendo la adopción de decisiones informadas y deliberadas. Por otro lado, al no privar coactivamente a las personas de la posibilidad de escoger alternativas sub-óptimas de comportamiento ni elevar los costos de las mismas, se preservaría de mejor manera su libertad individual²⁶. Ambas ventajas determinarían la adscripción del *nudge* a la filosofía del “paternalismo libertario”, oxímoron acuñado por los propios Thaler y Sunstein²⁷. Con él, se busca precisamente enfatizar el atractivo político de esta figura, en cuanto –al menos en la lectura de estos dos autores– aspira a ajustar la conducta individual al efectivo cumplimiento de fines socialmente deseables (paternalismo) y la plena libertad de las personas (libertarismo).

Para estos efectos, los autores que comento sostienen: “[E]l aspecto libertario de nuestras estrategias radica en la convicción de que, en general, las personas deben ser libres para hacer lo que desean, y para desvincularse de los acuerdos desventajosos si lo prefieren”²⁸. Asimismo, entienden que una determinada medida es paternalista “si intenta influir en las decisiones de manera que quienes deciden salgan beneficiados, *a juicio de ellos mismos*”²⁹. En otras palabras, esta clase de medidas busca inducir a sus destinatarios a seguir los cursos de acción que presumiblemente adoptarían si prestaran atención, si dispusieran de toda la información, si tuvieran capacidades cognitivas y si tuvieran un autocontrol absoluto³⁰. Son dos, entonces, las características distintivas de esta forma de paternalismo: (i) que busca beneficiar a las personas, incentivándoles a tomar decisiones que sean buenas para ellas mismas y (ii) que los destinatarios de la medida estarían de acuerdo con esta evaluación de su decisión³¹.

²⁵ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 7.

²⁶ THALER y SUNSTEIN (2008) pp. 5 s.

²⁷ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 6.

²⁸ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 5.

²⁹ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 5.

³⁰ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 5.

³¹ HAUSMAN y WELCH (2009) p. 126.

III. CLASES DE *NUDGES* Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

En la literatura sobre regulaciones conductualmente informadas existe una plétora de propuestas de clasificaciones. El propio Sunstein, sin ir más lejos, identifica hasta diez clases: reglas por defecto, simplificación, uso de normas sociales, incrementos de facilidad y conveniencia, *disclosures*, advertencias, estrategias de precompromiso, recordatorios, provocar intenciones de implementación y provisión de información a las personas sobre la naturaleza de sus propias elecciones previas³². Baldwin, a su turno, distingue entre *nudges* de primer, segundo y tercer grado, según el nivel de intensidad con que la medida afecta la libertad de la persona cuya decisión se trata de influenciar³³. Por su parte, van Aaken formula una clasificación entre *nudges* visibles e invisibles, en atención al grado en el que la medida en cuestión es capaz de satisfacer las exigencias del principio de publicidad y transparencia³⁴. Sin perjuicio de estas y otras propuestas adicionales que existen en doctrina, aquí se hará referencia solo a tres clases de *nudge*: las informaciones, las reglas por defecto y las advertencias gráficas o de otro tipo. La razón por la cual se escogió esta distinción es que con ella se recogen las más prominentes modalidades de *nudge* existentes en Chile, según se ilustrará con ejemplos. Con todo, es importante destacar que el estudio desarrollado en este apartado no aspira a ser exhaustivo y, por ende, no niega la existencia de otros posibles ejemplos o modalidades de regulaciones conductualmente informadas en el ordenamiento jurídico nacional.

1. INFORMACIONES

Una forma muy sencilla de afectar el comportamiento de las personas consiste en simplemente entregarles información acerca de las decisiones a las que se ven enfrentadas. En cuanto a su contenido, la información puede cubrir aspectos muy diversos, como el comportamiento estadístico de otras personas, hitos relevantes en el proceso de toma de decisiones, los costos y beneficios que conlleva cada opción, etc. Por otro lado, en cuanto a su forma, ella puede asumir la forma de recordatorios (como avisos de inicio del plazo para pagar un determinado tributo), de mecanismos de arrepentimiento (como preguntas al estilo de “¿está seguro de querer enviar su formulario/solicitud/declaración?” al tomar decisiones relevantes o definitivas en plataformas electrónicas) o de mera provisión de información fáctica (como la indicación de los ingredientes, su proporción y valor nutricional en un determinado producto alimenticio), entre otros.

La iniciativa “Cuentas Claras, Simples y Transparentes”³⁵ es una muestra de esta clase de *nudge*. Dicha iniciativa, enmarcada en la Agenda de Energía del año 2014³⁶, tenía por objetivo conocer la percepción de la ciudadanía acerca del contenido de las boletas de consumo de gas y electricidad, y así poder introducir mejoras a estas para facilitar su compren-

³² SUNSTEIN (2014) pp. 585-587.

³³ BALDWIN (2014) p. 835.

³⁴ VAN AAKEN (2015).

³⁵ LABORATORIO DE GOBIERNO, SERNAC y SEC (2017).

³⁶ MINISTERIO DE ENERGÍA (2014).

sión. Al efecto, se realizó una consulta pública y más de treinta mil encuestas presenciales cuyos resultados fueron analizados por autoridades de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, representantes de empresas eléctricas y de gas y ciudadanos de distintas regiones del país. La información recabada de este modo se tradujo en una serie de propuestas a incorporar en el diseño de las boletas, entre las cuales se incluyeron –solo por mencionar algunas indicaciones– consejos para ahorrar y el historial de consumo de sus destinatarios. El propósito de agregar estas indicaciones en las boletas fue, en particular, “construirlas desde un lenguaje ciudadano y con un formato coherente con aquello que a las personas les interesa saber con mayor prioridad”³⁷. Con ello, en definitiva, se otorgaría a los consumidores las herramientas necesarias para propiciar un consumo más eficiente de energía³⁸.

El sistema de etiquetado nutricional de los alimentos envasados también queda comprendido dentro de esta categoría de *nudge*. Dicho sistema se implementó gradualmente en Chile desde del año 1995, comenzando con el etiquetado obligatorio para aquellos alimentos que declararan poseer propiedades nutricionales o saludables (como, por ejemplo: “0% grasas”, “sin azúcar”, “con probióticos”). A partir del año 2005, esta exigencia se hizo extensiva al resto de los alimentos envasados. En términos prácticos, lo dicho implica que debe incluirse en el etiquetado información sobre el aporte de energía, proteínas, hidratos de carbono, grasa, vitaminas o minerales que contiene cada producto alimenticio. Con esta medida, al igual que con la inclusión de advertencias gráficas dispuesta por la Ley N° 20.606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad³⁹, también se pretende influir en las elecciones alimenticias de los consumidores. Sin embargo, la diferencia radica en que en este caso la información provista no busca derechamente incentivar o desincentivar el consumo de determinados productos, sino, en general, promover la adopción de decisiones de consumo informadas en base a las propiedades de dichos productos.

2. REGLAS POR DEFECTO

Las reglas por defecto (*default rules*) corresponden a una categoría de *nudge* que determina de manera automática el estatuto que se aplicará en un determinado contexto, a menos que su destinatario formule expresamente una opción diversa (*opt-out rule*). Ellas aprovechan los sesgos preexistentes de las personas, puntualmente el sesgo *statu quo* o inercial, a fin de orientar sus decisiones en un sentido previsible⁴⁰. Aun cuando en línea de principio una regla de opción activa pueda estimarse más acorde a la noción de libertad, el recurso a esta técnica se justifica en ciertos contextos en los que escoger puede resultar en exceso gravoso y desgastante. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de las decisiones que deban efectuarse en el ámbito financiero, previsional o tributario, en especial si se carece de conocimientos especializados sobre el particular. Fuera de esos casos, el uso de reglas por defecto no es en absoluto desconocido para el derecho, como lo revela la multiplicidad de normas supletorias que se contempla en materia contractual, matrimonial y sucesoria, entre otras.

³⁷ LABORATORIO DE GOBIERNO, SERNAC y SEC (2017) p. 4.

³⁸ LABORATORIO DE GOBIERNO, SERNAC y SEC (2017) pp. 20, 25 y 29.

³⁹ LEY N° 20.606 de 2012.

⁴⁰ SUNSTEIN (2008) p. 35.

En Chile, un primer ejemplo de esta clase de *nudges* es el consentimiento presunto para la donación de órganos, previsto en la Ley N° 19.451 que Establece Normas Sobre Trasplante y Donación de Órganos⁴¹. Originalmente, la ley establecía un sistema de consentimiento expreso, en virtud del cual el donante debía manifestar su voluntad mediante una declaración firmada ante notario o al momento de obtener o renovar la cédula nacional de identidad (art. 9°). Con el fin de elevar las tasas de donaciones, la Ley N° 20.413⁴² introdujo modificaciones a la Ley N° 19.451, estableciendo un sistema de consentimiento presunto y conservando la posibilidad de manifestar la renuncia ante el Registro Civil. Dicha manifestación podía hacerse en cualquier momento o al obtener o renovar la cédula de identidad o la licencia de conducir vehículos motorizados (art. único, N° 9°). Como consecuencia de esta reforma, las tasas de donación experimentaron una drástica caída⁴³. Frente a ello, la Ley N° 20.673⁴⁴ volvió a introducir una modificación al sistema, manteniendo el consentimiento presunto y la posibilidad de renunciar a él, pero solo mediante manifestación que constara en documentación fidedigna, otorgada ante notario público (art. único, N°s 1, inc. 1° y 2°, y 2.). Con este nuevo sistema, los donantes de órganos aumentaron en más de un 100% y el trasplante de órganos en más de un 50% desde 2010⁴⁵.

Un segundo ejemplo corresponde al sistema de cotización previsional obligatoria para trabajadores que emiten boletas de honorarios. El año 2008, la Ley N° 20.255 que establece reforma previsional⁴⁶, impuso a los trabajadores independientes la obligación de cotizar. Esta reforma, cuya vigencia inicialmente se extendió entre los años 2012 y 2014, se tradujo en que los trabajadores a honorarios tuvieran que realizar cotizaciones previsionales para pensiones, seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por un porcentaje de la renta imponible progresivamente mayor, excepto que hubiesen manifestado expresamente su voluntad de no cotizar mediante una declaración jurada en las respectivas operaciones renta 2013, 2014 y 2015. Con posterioridad, la Ley N° 20.894⁴⁷ prorrogó esta obligación hasta el año 2018, a partir del cual los trabajadores independientes están obligados a cotizar el 100% de su renta imponible anual, sin posibilidad de renunciar a ello. El sentido de la reforma era permitir a los trabajadores independientes gozar de los mismos derechos y beneficios previsionales que los trabajadores dependientes, cuyas cotizaciones previsionales son retenidas por su empleador.

3. ADVERTENCIAS GRÁFICAS O TEXTUALES

Un último tipo de *nudge* que puede encontrarse en el derecho chileno corresponde a las advertencias gráficas o textuales. Las mismas consisten en signos, imágenes o palabras llamativas que transmiten información acerca de los peligros o riesgos que conlleva una

⁴¹ LEY N° 19.451 de 1996.

⁴² LEY N° 20.413 de 2010.

⁴³ ZÚÑIGA (2015) p. 1332.

⁴⁴ LEY N° 20.673 de 2013.

⁴⁵ ZÚÑIGA (2015) p. 1333.

⁴⁶ LEY N° 20.255 de 2008.

⁴⁷ LEY N° 20.894 de 2016.

determinada opción. Su propósito es justamente atraer la atención de las personas a los referidos peligros y riesgos, considerando que los mismos podrían ser menospreciados en razón del sesgo optimista. Valga como muestra de lo dicho la utilización de emoticones felices o infelices (representaciones gráficas de rostros sonrientes o ceñudos) en las cuentas de consumo doméstico de electricidad, para expresar el nivel de aceptabilidad social de dicho consumo⁴⁸. Como se puede apreciar a partir de este ejemplo, el rasgo distintivo de las advertencias, en contraste con los *nudges* de información, es que el arquitecto de opciones no asume una postura neutra frente a su contenido, sino que le asigna una determinada connotación o valoración.

En Chile, esta hipótesis puede ser graficada con las advertencias sanitarias en envases de cigarrillos, previstas en el art. 6° de la Ley N° 19.419, que regula actividades que indica relacionadas con el tabaco⁴⁹. Según esta disposición, “todo envase de productos de tabaco [...] debe contener una clara y precisa advertencia de los daños, enfermedades o efectos que, para la salud de las personas, implica su consumo o exposición al humo del tabaco”. Las advertencias, cuyo número puede variar entre dos y seis según lo dispuesto en el respectivo reglamento, pueden ser diseñadas con dibujos, fotografías o leyendas y deben estar siempre a la vista, en todos los puntos de ventas de productos de tabaco. El objetivo de estas medidas es reducir el consumo de tabaco en la población y sobre todo, retardar o inhibir el hábito en los jóvenes, así como fomentar la toma de conciencia en la población acerca de los peligros que encierra el consumo de tabaco. A la fecha, entre las advertencias gráficas se han incluido imágenes de pacientes de cáncer que han perdido su laringe, de cirugías abiertas de tórax, de miembros ulcerados y de infantes conectados a dispositivos de soporte vital, entre otros. Del mismo modo, se han incorporado leyendas como “si fumas, intoxicas a tu hijo/a”, “el tabaco te deja impotente”, “estos cigarrillos te están matando” o “yo tengo mal aliento”.

Como segundo ejemplo puede mencionarse el uso de sellos gráficos de advertencia “alto en” en los alimentos envasados. La medida fue adoptada en virtud de la Ley N° 20.606, referida más arriba. De acuerdo con el art. 5° de dicha ley, corresponderá al Ministerio de Salud determinar los alimentos que presenten en su composición nutricional elevados contenidos de calorías, grasas, azúcares o sal. Tales alimentos deben ser rotulados como “alto en calorías”, “alto en sal” o con otra denominación equivalente, según el caso. Esta medida está orientada a ayudar a los consumidores a comprender mejor la información nutricional de los alimentos, proteger a los niños de la sobreexposición a la publicidad y, en último término, disminuir las elevadas tasas de obesidad y sobrepeso en Chile⁵⁰. Más concretamente, mediante el impacto visual de los sellos, se pretende influir en las elecciones alimenticias de las personas, incentivando el consumo de alimentos saludables y desincentivando el consumo de alimentos con exceso de calorías o nutrientes críticos.

⁴⁸ SCHULTZ *et al.* (2007).

⁴⁹ LEY N° 19.419 de 1995.

⁵⁰ Proyecto de ley sobre regulación de alimentos poco saludables, Boletín N° 4.921-11, p. 2.

IV. PERSPECTIVAS CRÍTICAS

No obstante el avivado interés y entusiasmo que suscita el *nudge* en ciertos círculos académicos y políticos, existen severas críticas a esta figura. Para algunos, según se expone en este apartado, detrás de la atractiva promesa de una combinación óptima de eficacia y libertad se esconde la amenaza de menosprecio por las preferencias individuales ya formadas, manipulación en el proceso de formación de preferencias y de invisibilización del actuar estatal. De llegar a materializarse dicha amenaza, podrían comprometerse seriamente una serie de valores constitucionales, a saber: la libertad individual, la dignidad humana, la democracia y la publicidad y transparencia. Así pues, de cara a estas críticas, esta parte de la investigación no asume derechamente una postura unitaria de adhesión o de refutación. Antes bien, su sentido es demostrar que, por más atendibles y reales que aquéllas puedan ser bajo ciertos supuestos, no son predicables de manera universal a todos los *nudges*. Hecha tal demostración, podría afirmarse que la regulación conductualmente informada no es intrínsecamente ilegítima y podrían identificarse parámetros o estándares genéricos que permitan evaluar, para cada regulación en concreto, su constitucionalidad.

1. MENOSPRECIO POR LAS PREFERENCIAS INDIVIDUALES YA FORMADAS

Una de las principales objeciones que se esgrime contra el *nudge* se relaciona directamente con el carácter paternalista –libertario, recuérdese– que Thaler y Sunstein le atribuyen y con su impacto en la libertad individual. Ahora bien, para comprender estas objeciones, es necesaria una breve referencia al concepto de paternalismo. Las definiciones estándar de paternalismo se articulan en torno a tres elementos: (i) la interferencia o limitación a la libertad o decisiones de una persona; (ii) que se realiza contra la voluntad, sin el consentimiento o en forma contraria a las preferencias de esta última; (iii) para su propio bien⁵¹. Por contraste, el paternalismo libertario se caracterizaría por “corregir bien conocidos sesgos conductuales o errores volitivos, minimizando así la posibilidad de que las personas tomen decisiones que sean contrarias a sus propios intereses”⁵². Es así como esta filosofía “ofrece un posible contra ejemplo a la afirmación de que el paternalismo interfiere con la libertad”⁵³.

Sin perjuicio de lo anterior, subsiste un cuestionamiento a la orientación del *nudge* a la satisfacción del interés de sus destinatarios, puesto que para determinar si ese interés ha sido satisfecho emplea el estándar de “a juicio de ellos mismos”. El cuestionamiento surge en atención a que las preferencias de las personas pueden ser tan heterogéneas que dicho estándar, concebido teóricamente en términos subjetivos⁵⁴, puede terminar diluyéndose en una definición estatal objetiva del bienestar personal⁵⁵. Así, estas regulaciones podrían servir como herramientas para orientar decisiones que en principio parecen estrictamente

⁵¹ SCOCCIA (2018) p. 11.

⁵² HUSAK (2015) p. 468.

⁵³ HUSAK (2015) p. 468.

⁵⁴ SUNSTEIN (2015) p. 430.

⁵⁵ ALLEMANO y SPINA (2014) p. 446.

personales, como qué comer⁵⁶, cuáles hábitos cultivar⁵⁷ y cuáles desechar⁵⁸. A tal extremo llega la preocupación de algunos académicos ante el prospecto de una mala utilización de estas herramientas, que incluso lo comparan con el escenario distópico imaginado por Aldous Huxley en su conocida obra de 1932, *Un mundo feliz*⁵⁹.

El punto reviste un incuestionable interés para el derecho constitucional. A él subyace la pregunta acerca de si la libertad individual cubre la adopción de decisiones ajustadas a las preferencias de su autor y a la visión personal que este tiene de su propio bienestar, pero desorientadas, equivocadas o irracionales a juicio de terceros⁶⁰. De responderse de manera negativa a esa pregunta, quedaría en entredicho uno de los principios básicos de la dignidad según el cual cada persona es capaz de definir los fines que considera deseables para su pleno desarrollo y las conductas necesarias para alcanzarlos⁶¹. Lo anterior, a su turno, implicaría asumir que las personas carecen de auto-control, que son incapaces de satisfacer las exigencias de la razón moral y, en definitiva, que no pueden hacerse responsables por sus propias vidas⁶².

Frente a las críticas recién apuntadas es necesario clarificar que no toda regulación conductualmente informada debe ajustarse a la visión de Thaler y Sunstein. Por ende, no requiere adscribir a la filosofía del paternalismo libertario, ni ser paternalista en absoluto⁶³. De hecho, algunas de las críticas hechas al carácter paternalista del *nudge* en este contexto parecen asumir –artificialmente, a mi juicio– una división estricta y excluyente entre el bienestar personal y el interés general. Piénsese, por ejemplo, en el consumo de productos de tabaco o de alimentos altos en azúcar, grasa o sodio. Difícilmente se puede sostener que se trate de decisiones que solo comprometen el interés personal de quien la adopta, si se consideran las elevadas tasas de patologías asociadas a tales decisiones y los significativos

⁵⁶ Valga como muestra el establecimiento de un día de alimentación exclusivamente vegana o vegetariana en las cafeterías de establecimientos educacionales públicos. La medida fue implementada en el distrito escolar de Helsinki, Finlandia, desde el año 2007. Su objetivo fue incrementar el consumo de vegetales y presentar nuevos alimentos y sabores a los alumnos. Cfr. LOMBARDINI y LANKOSKI (2013).

⁵⁷ Por ejemplo, mediante las reglas por defecto que incentivan el ahorro personal.

⁵⁸ Tal como lo demuestra el caso de las advertencias en las cajetillas de cigarrillos.

⁵⁹ CASSESSE (2016) p. 245; VAN AAKEN (2015) p. 123; YEUNG (2011).

⁶⁰ Sobre el particular se ha sostenido que la libertad es neutral de cara a una específica idea de una “buena vida”. Antes bien, su objetivo es proteger la libertad de las personas para formarse su propia concepción de la “buena vida” y les garantiza espacio para hacer sus propias elecciones. Cfr. VAN AAKEN (2015) pp. 105 s. Esta idea constituye una de las premisas básicas en que se sustenta el pensamiento liberal, como lo revelan MILL (2001) p. 13 y BERLIN (2013) pp. 178-181.

⁶¹ Particularmente en la concepción de la dignidad de Dworkin, para quien el segundo principio de la dignidad es la autenticidad, entendida como la contrapartida del primer principio, que es el auto-respeto. Según esta concepción, el juicio acerca de lo que significa vivir bien implica expresarse a sí mismo en la vida, buscando una forma de vivir que les genere la convicción de ser correctas para sí y para sus circunstancias. DWORKIN (2011) p. 209.

⁶² GOODWIN (2016) p. 285. El problema estribaría en la eliminación de las señales normativas que envían las técnicas tradicionales de regulación respecto de la naturaleza moral de las acciones a que ellas se refieren y, como consecuencia de ello, la reducción de las posibilidades de actuar sobre la base de la razón moral. BROWNSWORD (2016) pp. 355-358. De lo anterior se seguiría “un riesgo de que las precondiciones para el debate y discurso moral sean corrompidas y comprometidas”. BROWNSWORD (2008) p. 47.

⁶³ JOHN y STOKER (2017) p. 12; WALDRON (2014).

costos que ello impone al sistema público de salud⁶⁴. Resulta evidente a partir de estos supuestos que muchas de las decisiones que las personas adoptan no solo les afectan a ellas, sino que generan externalidades negativas para la comunidad en que viven⁶⁵.

2. MANIPULACIÓN Y SUBVERSIÓN DEL PROCESO DE FORMACIÓN DE PREFERENCIAS

Pese al supuesto carácter libertario que se atribuye al *nudge*, se ha controvertido la idea de que el mismo no interfiera con la libertad individual de las personas. Sin duda, es posible que aquél sea utilizado para alterar, o derechamente construir, las preferencias de estas, lo cual conllevaría el riesgo de bloquear o comprometer su capacidad para considerar de otras opciones y de actuar de acuerdo con las propias preferencias. En este sentido, la regulación conductualmente informada plantea el peligro de que las personas actúen guiadas por las preferencias de los arquitectos de opciones y no las propias, situación que alguna literatura equipara a una manipulación⁶⁶. En tales casos, aunque formalmente no se limiten las opciones de una persona y se preserve su libertad de elección, la medida sería manipuladora pues “pervierte el modo en que esa persona alcanza sus decisiones, forma sus preferencias o adopta metas”⁶⁷. Ello, a su vez, sería inconsistente con la concepción kantiana de la dignidad, que exige actuar de modo que siempre se trate a la humanidad, ya sea en su propia persona o en la persona de otro, como un fin y jamás como un simple medio⁶⁸.

Ahora bien, lo dicho no implica que todo *nudge* sea intrínsecamente manipulador. Algunos pueden serlo, pero otros son consistentes con los valores de dignidad humana y libertad individual. Para justificar esta afirmación, puede ser útil distinguir según el tipo de *nudge* de que se trate, según se expone a continuación.

(i) La información, en exceso, ciertamente puede resultar abrumadora y entorpecer los procesos de adopción de decisiones⁶⁹. Además, su contenido puede ser presentado de un modo sesgado, con el fin de inclinar sistemáticamente las decisiones en un determinado

⁶⁴ MCCRUDDEN y KING (2016) p. 91; SCHWEIZER (2016) pp. 102-106; YEUNG (2012) p. 124.

⁶⁵ Con esto no quiero sugerir que no existan en absoluto supuestos en que se presente una contradicción entre el interés general y la definición individual de lo que constituye el bienestar personal. Antes bien, busco exponer que los ejemplos de *nudge* que alguna literatura considera como representativos de tal contradicción (como los que versan sobre el consumo de productos de tabaco o alimentos altos en azúcar, grasa o sodio) realmente no lo son. Ahora bien, de darse un supuesto de efectiva contradicción, habrá que determinar si la limitación a la libertad que deriva de la imposición del *nudge* en cuestión se funda en la protección de terceros o de la sociedad. Sobre este posible criterio de legitimación del *nudge*, véase más abajo el apartado V.1 de esta investigación.

⁶⁶ BALDWIN (2014) pp. 836 s.; BOVENS (2009) p. 208; HAUSMAN y WELCH (2010) p. 128; JOHN y STOKER (2017) p. 12; MCCRUDDEN y KING (2016) pp. 104-111; WALDRON (2014); VAN AAKEN (2015) p. 108, aunque en específica referencia a los *nudges* que inciden en el sistema 1; WILKINSON (2013) p. 354; YEUNG (2012) p. 136.

⁶⁷ RAZ (1988) p. 377. Otras definiciones en sentido similar pueden verse en WOOD (2014) p. 35 y SUNSTEIN (2015) pp. 443 s.

⁶⁸ Tal concepción se desprende de la siguiente formulación del imperativo categórico: “[a]ct so that you use humanity, as much in your own person as in the person of every other, always at the same time as end and never merely as means”. KANT (2002) pp. 46 s. En otro pasaje de la misma obra el autor complementa esta idea con la de un valor intrínseco que no tiene precio: “[i]n the realm of ends everything has either a price or a dignity. What has a price is such that something else can also be put in its place as its equivalent; by contrast, that which is elevated above all price, and admits of no equivalent, has a dignity”. KANT (2002) p. 52.

⁶⁹ SUNSTEIN (2016) p. 129, n. 33.

sentido, como lo revela el *framing* o el encuadre estratégico de información⁷⁰. Por lo demás, ese contenido también puede ser presentado veladamente, siendo el uso de publicidad subliminal un ejemplo recurrente –aunque (¿al parecer?) hipotético– de este supuesto⁷¹. Sin embargo, en muchos otros casos, la información puede corregir errores cognitivos, fomentando la capacidad de las personas para adoptar decisiones racionales, deliberadas y conscientes, de acuerdo con sus genuinas preferencias. Así, ella puede alentar los procesos de decisión reflexivos propios del sistema 2, y evitar que estos caigan irremediablemente en el dominio de lo automático o del sistema 1. De ahí que se afirme que este tipo de *nudge* puede tener efectos educativos que promueven la libertad individual⁷².

(ii) Por su parte, las reglas por defecto podrían estimarse manipuladoras en cuanto se apoyan en las respuestas automáticas propias del sistema 1, lo cual posibilita que sus destinatarios las acepten de modo inconsciente e irreflexivo⁷³. Como se recordará, las reglas por defecto suelen aprovecharse del sesgo *statu quo* o inercial, explotando la tendencia de las personas a preferir el actual estado de cosas. La opción que se propone por defecto (considerada como socialmente deseable) es la que requiere menos esfuerzo para su adopción, en términos de tiempo y de información. Por contraste, la opción que supone una innovación (considerada como socialmente menos deseable) exige algo más de esfuerzo para su adopción y, por tanto, estadísticamente tiende a ser evitada⁷⁴. En este contexto, para que un *nudge* fuese considerado no manipulador, tendría que ser diseñado de un modo tal que permita a su destinatario tomar consciencia del mismo, reflexionar sobre su alcance e impacto y, en definitiva, escapar de su aplicación si así lo desea. Asimismo, un *nudge* podría estimarse no manipulador si de algún otro modo logra optimizar la libre adopción de decisiones de las personas⁷⁵.

(iii) Respecto de las advertencias gráficas o textuales, ellas podrían ser usadas para generar en sus destinatarios una fuerte reacción emocional que, a su vez, inhiba la reflexión y les disuada de seguir adelante con su curso de acción preferido. Piénsese, por ejemplo, en las siguientes advertencias: “estos cigarrillos te están matando” o “si fumas, intoxicas a tu hijo/a”. Es discutible si esta clase de *nudge* conduce a la adopción de decisiones deliberadas, conscientes y acordes con las genuinas preferencias de quien las formula o si, por el contrario, conduce a la adopción de decisiones basadas en el solo temor a ser ridiculizado

⁷⁰ El *framing* supone la provisión de información de manera tal que influya, en algún sentido predefinido, en las decisiones de las personas. Así, por ejemplo, decir que un producto tiene “10% de grasa” no tiene el mismo impacto que decir que es “90% libre de grasa”. Del mismo modo, decir que el consumo de determinados productos “incrementa de un 0,01% al 0,03%” las posibilidades de sufrir un determinado trastorno tampoco tiene el mismo impacto que decir que su consumo lo “incrementa en un 300%”.

⁷¹ BALDWIN (2014) p. 837, n. 25; BOVENS (2009) pp. 216 s.; HANSEN y JESPERSEN (2013) pp. 16, 17, 23 y 26; HAUSMAN y WELCH (2010) pp. 131 s.; MCCRUDDEN y KING (2016) p. 108; SCHWEIZER (2016) p. 99; YEUNG (2012) pp. 143 s.

⁷² MCCRUDDEN y KING (2016) p. 111; SUNSTEIN (2016) pp. 124 s.; SUNSTEIN (2015) pp. 427; VAN AAKEN (2015) p. 110.

⁷³ ALLEMANO y SPINA (2014) pp. 439; BALDWIN (2014) pp. 835 s.; YEUNG (2012) p. 130. Adhiere a esta posición, pero solo respecto de las reglas por defecto invisibles, VAN AAKEN (2015) p. 110.

⁷⁴ KAHNEMAN y THALER (2012) pp. 348-349.

⁷⁵ Véase más abajo en esta investigación el apartado V.2.

o marginado y no en las verdaderas preferencias personales⁷⁶. Habida cuenta de que estas medidas podrían no respetar suficientemente las capacidades de adopción de decisiones de las personas e intentan subvertir sus preferencias, ellas podrían estimarse manipuladoras. Sin embargo, lo anterior no significa que cualquier advertencia sea intrínsecamente manipuladora. De hecho, bajo ciertas condiciones, las advertencias podrían contribuir a poner de relieve y visibilizar los reales riesgos que implica una determinada decisión, corrigiendo el sesgo optimista y activando los procesos cognitivos dominados por el sistema 2⁷⁷.

3. TECNOCRACIA, INVISIBILIDAD Y AUSENCIA DE CONTROL

Frente a las críticas apuntadas cabría preguntarse si las mismas son válidas también para las técnicas tradicionales de regulación basadas en la coacción, esto es, para los mandatos y las prohibiciones. Estas últimas también suponen algún grado de afectación de la libertad individual y las preferencias de las personas –incluso más intenso que el que suponen las políticas de *nudge*– para la consecución de fines de interés general. Si en los Estados liberales ellas han sido aceptadas, ¿no sería incoherente rechazar los *nudges*? Quienes han intentado responder a esta interrogante, hacen presente que existiría una gran diferencia entre estos y las prohibiciones, los mandatos y los incentivos directos. En efecto, los últimos siempre son visibles o perceptibles y, por tanto, pueden ser fácilmente identificados por sus destinatarios y, eventualmente, impugnados en cuanto a su constitucionalidad o a su legalidad. Los primeros, en cambio, no siempre son claramente visibles o perceptibles, lo cual hace que sea más difícil tomar consciencia de su existencia e impugnar su aplicación⁷⁸.

Se sigue de lo dicho que más que un cuestionamiento general a esta técnica de regulación en sí misma, hay un cuestionamiento frente a la posibilidad de que ella no satisfaga las exigencias de los principios de publicidad y transparencia. El problema se ve agravado por el hecho de que, en algunos casos, esta clase de medidas, puede ser adoptada mediante intervenciones administrativo-tecnocráticas que no son públicas ni se encuentran abiertas a la deliberación democrática⁷⁹. Piénsese, por vía ejemplar, en el diseño de un recinto público cuya entrada principal conduce directamente a las escaleras tradicionales, en lugar de los ascensores o de las escaleras mecánicas, para incentivar la actividad física de sus usuarios⁸⁰. Refleja asimismo esta hipótesis la disposición de líneas en una carretera de modo tal que estas generen la ilusión óptica de incremento de la velocidad, para inducir a los conductores a manejar más despacio⁸¹. En ambos casos, no solo el *nudge* mismo es invisible o imperceptible para el ciudadano promedio, sino que además lo es el procedimiento para su adopción.

Bajo este respecto, la adopción de *nudges* pone en cuestión uno de los aspectos clave del principio democrático: el control del poder⁸². Efectivamente, la democracia parece ser

⁷⁶ ALLEMANO y SPINA (2014) p. 437; SCHWEIZER (2016) p. 97.

⁷⁷ SUNSTEIN (2015) p. 447.

⁷⁸ ALLEMANO y SPINA (2014) p. 432; VAN AAKEN (2015) p. 108.

⁷⁹ BALDWIN (2014) p. 845.

⁸⁰ ALLEMANO y SPINA (2014) pp. 449 s.; HANSEN y JESPERSEN (2013) p. 23; MCCRUDDEN y KING (2016) p. 118.

⁸¹ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 41.

⁸² BEETHAM (1990) pp. 90-91.

la única forma de gobierno capaz de conciliar adecuadamente la libertad individual con la coerción estatal. En ella, cada individuo interviene con su voluntad, ejerciendo de forma igualitaria su justa cuota de influencia en el proceso político dirigido a la definición del interés general de la comunidad y de las conductas más idóneas para alcanzarlo⁸³. Esa intervención individual no solo permite justificar teóricamente el recurso a la coerción estatal, sino que además hace posible el control de las decisiones de la mayoría y determinan su dirección en orden a la promoción de determinados intereses⁸⁴. La preocupación, entonces, es que por la vía de los *nudges* unos terminen imponiendo su voluntad sobre otros, de manera que los últimos queden sometidos a un poder que no pueden controlar.

En cualquier caso, tampoco puede darse por establecida una incompatibilidad intrínseca entre esta clase de regulaciones, por un lado, y los principios democrático y de publicidad y transparencia, por el otro. El ejemplo chileno demuestra que no hay impedimento alguno para que determinados *nudges* se adopten mediante procedimientos democráticos. Por otro lado, aún cuando se les adopte a través de intervenciones de índole administrativa, tal circunstancia no exime a la autoridad del deber de hacer posible un efectivo control de su acción.

V. PROYECCIONES AL CASO CHILENO

Una vez enunciadas las principales críticas que se formulan al *nudge* en teoría, y en el entendido de que ellas no tienen un carácter absoluto, es posible identificar las condiciones bajo las cuales estas figuras podrían estimarse legítimas en la práctica. En otras palabras, las posturas críticas que en literatura se formulan frente al *nudge* permiten deducir ciertos criterios conforme a los cuales se podría juzgar su constitucionalidad. Así las cosas, en este apartado se definirán los parámetros que permitirían establecer que una regulación conductualmente informada no es paternalista, no es manipuladora y no es puramente tecnocrática y carente de publicidad y transparencia. Tales criterios corresponden a su orientación a fines de interés general, su potencial para promover la libre adopción de decisiones y su observancia de las exigencias del principio democrático y de publicidad y transparencia.

1. ORIENTACIÓN A FINES DE INTERÉS GENERAL Y NO PURAMENTE PATERNALISTAS

En principio, podría pensarse que el *nudge* es siempre menos lesivo que otras formas de regulación tradicionales, en cuanto formalmente preserva la libertad de las personas para elegir las conductas que estimen conducentes a su desarrollo personal, sin prohibir o imponer. Si ello fuera efectivo, aquél siempre debería ser preferido antes que cualquier otra técnica de regulación. Mas, desde otra perspectiva, el *nudge* también puede ser visto como más lesivo, toda vez que altera los contextos en los cuales las personas toman sus decisiones, induciéndoles a tomar cursos de acción que no necesariamente se ajustan a sus genuinas

⁸³ A nivel positivo, este planteamiento encuentra asidero en los artículos 8° inc. 2° y 19 Nos. 16 inc. 3°, 21 inc. 1° y 24 inc. 2° y 3° CPR. Todas estas disposiciones aluden a diversas formas de afectación de derechos que se fundan en el “interés nacional”, los “intereses generales de la nación” u otra fórmula análoga. A su vez, cada una de dichas disposiciones entrega la calificación de tal fundamento al legislador.

⁸⁴ PETIT (2012) pp. 239-292; SCHMIDT (2017) pp. 411-413.

preferencias. Ante estas consideraciones aparentemente discordantes, corresponde dilucidar si existe un deber estatal de respetar las preferencias personales de los individuos y de permitir que estas se formen de manera libre, esto es, sin injerencia de la autoridad. Y, de ser así, corresponde asimismo determinar cuál sería el fundamento de tal deber en el ordenamiento jurídico chileno.

Respecto de este punto, alguna doctrina nacional minoritaria coincide en cuanto a que el referido deber existe, al menos teóricamente. Por ejemplo, Nogueira sostiene que “[l]os ámbitos de la dignidad humana que deben asumirse aplicando la pauta normativa de nuestro artículo 1º, inciso 1º, de la Carta Fundamental son las dimensiones ontológicas dadas por la racionalidad y libertad del ser humano (autodeterminación consciente y responsable de su propia vida), como asimismo la de carácter ético o deontológico constituida por la autonomía y el ser un fin en sí mismo, y no un medio o instrumento de nadie”⁸⁵. Vivanco, a su turno, indica que “la organización política se encontrará impedida de legislar respecto de las consciencias de los individuos, y no podrá perseguirlos por sus opiniones ni forzarlos a suscribir normas morales que no comparten. Se salvaguardarían así la libertad y la dignidad de las personas, ya que bajo este prisma talvez [sic], el componente más relevante de aquellos que conforman el trato digno para con el individuo de la especie humana está constituido por la igualdad en la libertad, [...] que significa ser libre para pensar y actuar de acuerdo al pensamiento propio”⁸⁶. En concordancia con lo anterior, Aldunate señala que pretender asegurar un derecho contra las decisiones de su titular sobre su ejercicio supone que “el individuo deja de ser señor del orden de su prioridades éticas, y pasa a regir sobre ese orden el órgano estatal que decidirá sobre ellos [...]. Ello implica que se priva a la persona de su facultad de autodeterminación ética, misma que es uno de elementos constitutivos de la dignidad de la persona”⁸⁷.

A nivel positivo, el referido deber podría apoyarse en dos disposiciones del texto constitucional. Por un lado, el art. 1º inc. 1º CPR establece que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Por el otro, el art. 19 N° 7 inc. 1º CPR establece que “[l]a Constitución asegura a todas las personas: [...] [e]l derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”. Esta libertad no solo cubriría las concretas proyecciones de su ejercicio que expresamente contempla el art. 19 CPR (ambulatoria, de conciencia, de enseñanza, de emitir opinión e informar, etc.), sino que permitiría hacer todo aquello que no daña a la sociedad o a los derechos de otros. Tal interpretación, que históricamente puede sustentarse en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁸⁸, también

⁸⁵ NOGUEIRA (2010) p. 82.

⁸⁶ VIVANCO (2006) pp. 44 s.

⁸⁷ ALDUNATE (2008) pp. 162 s.

⁸⁸ De acuerdo con la primera de dichas disposiciones, “[l]a libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro: por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley”. La segunda, por su lado, establece que “[l]a ley no tiene el derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena”. A nivel jurisprudencial, esta postura puede verse el siguiente pasaje de un voto particular de una sentencia del Tribunal Constitucional chileno: “el artículo 19 N° 7º se vincula directamente con el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en

ha sido sostenida por algún sector de la doctrina nacional⁸⁹. Así, Nogueira ha señalado que “[l]a libertad personal se refiere a la libertad de la persona física en cuanto ser corporal en sí mismo, constituyendo un derecho matriz y residual, ya que protege las expresiones de libertad no asegurados específicamente por los demás derechos autónomos, lo que posibilita realizar todo aquello que es lícito; es el derecho de toda persona a que los poderes públicos y terceros no interfieran en la esfera de autonomía personal, vale decir, de disponer de su propia persona y de actuar determinado por la propia voluntad sin otras limitaciones que las que imponen el medio natural, los derechos de los demás y el ordenamiento constitucional”⁹⁰.

De aceptarse la concepción de libertad individual aquí propuesta, se seguiría que la misma no es absoluta y admite límites. No obstante, esos límites no pueden sustentarse en motivos puramente paternalistas, como la mera inmoralidad (a juicio de la autoridad) o el posible daño que una persona pudiera infligirse a sí misma. Antes bien, deben sustentarse en el daño a terceros o a la sociedad que resulta de la conducta regulada. La razón para ello radica en que el despliegue de la capacidad humana de autodeterminación posee un valor intrínseco, en cuanto permite a las personas cultivar y ejercitar su su libertad moral⁹¹. Si el Estado interviene en esa libertad, les despoja de su capacidad para tomar sus propias decisiones, socavando su habilidad para aprender de sus errores y desarrollarse como ciudadanos moralmente responsables⁹².

Lo anterior plantea un problema por cuanto prácticamente toda conducta que causa daño a su autor es susceptible de dañar a otros, aunque sea de manera indirecta y remota⁹³. Así, mientras más indirecto y remoto sea el daño a terceros que se trata de precaver mediante la creación de un *nudge*, mayor será el estándar que deba superar la autoridad para justificar la legitimidad del fin perseguido, en el marco del test de razonabilidad. Por el contrario, mientras más directo y próximo sea el daño, menor será el aludido estándar. En este mismo sentido, es lógico suponer que el estándar de justificación será menor tratándose de fines que se puedan vincular inmediatamente con el cumplimiento de deberes estatales, como los previstos en los arts. 1º inc. 5º y 5º inc. 2º CPR. En cambio, es de suponer que el estándar de justificación aumentaría si la medida se fundara en una referencia genérica e indeterminada al bien común o al interés general.

cuya virtud ‘la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás’. A ello, su artículo 5 agrega que ‘la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad’. ¿Por qué se emparentan estas normas? Por dos razones. Porque no es razonable la inexistencia de una norma constitucional que garantice la autodeterminación personal que sostiene todo el andamiaje de las libertades personales y públicas. Y, por otro lado, porque la regla del límite de las libertades en torno al daño a los demás está expresamente presente en el artículo 19 N° 7º, letra a), esto es, quedando a ‘salvo siempre el perjuicio de terceros’”. STC, Rol N° 1881, artículo 102 del Código Civil, voto particular concurrente de la Ministra Marisol Peña Torres, 31º.

⁸⁹ Para un completo estudio del estado de la cuestión a nivel nacional, de acuerdo con el cual la posición aquí sostenida corresponde a la de la doctrina y jurisprudencia minoritaria en Chile, véase PARDO (2013).

⁹⁰ NOGUEIRA (2002) p. 162. La misma idea puede encontrarse también en NOGUEIRA (2003) p. 34; VIVANCO (2006) p. 43.

⁹¹ BALDWIN (2014) p. 851; THOMAS y BUCKMASTER (2010) p. 7; SUNSTEIN (2015) p. 436; VAN AAKEN (2015) p. 109.

⁹² BOVENS (2009) p. 11; BROWNSWORD (2014) pp. 17-20; THOMAS y BUCKMASTER (2010) p. 7.

⁹³ SCHWEIZER (2016) pp. 103-106; THOMAS y BUCKMASTER (2010) p. 9.

2. PROMOCIÓN DE LA LIBRE ADOPCIÓN DE DECISIONES

Lo hasta aquí expuesto sugiere que podría haber una incompatibilidad entre el *nudge*, la dignidad humana y la libertad individual, si es que aquél persigue subvertir las verdaderas preferencias de las personas, en lugar de contribuir a su consecución. Pues bien, dado que la adopción de *nudges* puede conllevar afectación de valores constitucionales y de derechos fundamentales, la misma puede dar lugar a cuestionamientos en cuanto a su constitucionalidad. Al efecto, uno de los estándares preponderantes está representado por el test de proporcionalidad, construcción teórica dirigida a determinar la legitimidad de las afectaciones a los derechos fundamentales⁹⁴. En este punto, puede ser útil la distinción entre *nudges* educativos –que apelan al sistema 2 y fomentan las decisiones conscientes racionales e informadas– y *nudges* no educativos –que explotan errores y sesgos cognitivos propios del sistema 1. A su vez, para determinar si un *nudge* pertenece a una u otra categoría, es necesario hacer una distinción preliminar entre a la modalidad que el mismo asuma, según se explica en las líneas que siguen.

(i) En el caso de la información, esta suele ser vista como una forma relativamente inocua de *nudge*, puesto que involucra el sistema reflexivo de una manera que facilita a la persona la reconstrucción de las intenciones y los medios por los cuales se busca el cambio conductual⁹⁵. Ahora bien, para que ello efectivamente ocurra, una primera exigencia es que la información sea veraz. La provisión de información falsa con vistas a influir en las decisiones de las personas constituye un engaño y debe ser denunciada como un acto de manipulación⁹⁶. Asimismo, la información debe ser tan neutra y completa como sea posible⁹⁷. El *framing* y la difusión selectiva de antecedentes también pueden contar como manipulación, en cuanto tienen por objetivo subvertir el proceso de toma de decisiones, exagerando u ocultando datos relevantes para advertir o entender las opciones en juego⁹⁸. Por último, la

⁹⁴ La literatura sobre el principio de proporcionalidad es prácticamente infinita y su análisis exhaustivo excede con creces los propósitos de la presente investigación. Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente tres cuestiones. Primero, que la doctrina nacional entiende que el Tribunal Constitucional chileno ha acogido y aplica el principio de proporcionalidad. Segundo, que la doctrina nacional mayoritariamente adhiere a la versión alemana del test de proporcionalidad en sus tres conocidas etapas (idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y que, por lo mismo, a esa versión adhiere este texto. Y, tercero, que esa versión admite críticas severas. Sobre las dos primeras cuestiones, véanse ALDUNATE (2008), pp. 264-267; ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012) pp. 65-116; DÍAZ (2011), pp. 167-206. Respecto de la tercera cuestión, consúltense CONTESSE (2017) pp. 310-316 y COVARRUBIAS (2014). Respecto de la aplicación específica de este test al *nudge* a nivel comparado, véanse MCCRUDDEN y KING (2016) pp. 128-130; SCHWEITZER (2016); VAN AAKEN (2015) p. 117-122.

⁹⁵ HANSEN y JESPERSEN (2013) p. 23; SUNSTEIN (2016).

⁹⁶ THALER y SUNSTEIN (2008) p. 245; WILKINSON (2003) p. 5; YEUNG (2012) p. 148.

⁹⁷ Los propios Thaler y Sunstein admiten que una de las principales lecciones de la psicología es que es imposible una neutralidad absoluta o ideal en la provisión de información y que los contextos en que esta se presenta siempre influyen en las decisiones de las personas. THALER y SUNSTEIN (2008) p. 243. Con todo, de lo anterior no se sigue que no existan determinados que criterios que puedan promover más (o menos) la neutralidad. A modo de ejemplo puede señalarse la aleatoriedad de la información (piénsese en el orden de los candidatos en una papeleta de votación), la completitud de la información o el tratamiento igualitario de la información.

⁹⁸ ALLEMANO y SPINA (2014) pp. 450 s.; BALDWIN (2014) p. 836; HANSEN y JESPERSEN (2013) pp. 26 s. En contra, WILKINSON (2003) pp. 9-11.

información debe ser accesible y comprensible. Esto significa que ella debe ser fácil de conseguir y fácil de interpretar, de manera que apoye o contribuya de forma adecuada, significativa y útil como apoyo, y no como obstáculo, a la formación de preferencias⁹⁹.

(ii) Tratándose de las reglas por defecto la situación es más compleja puesto que ellas, tal como se indicó más arriba, inciden en las operaciones cognitivas regidas por el sistema 1 y tienden a ser adoptadas irreflexivamente por sus destinatarios. Por consiguiente, aspirar a que por sí solas produzcan efectos educativos y conduzcan a la adopción de decisiones más conscientes e informadas es poco realista. Sin embargo, un eventual criterio para establecer su compatibilidad con la libertad individual es dado por la posibilidad efectiva de excluirse de la aplicación de la regla por defecto (reglas de *opt-out*) y seleccionar otras alternativas. En este sentido, las demás alternativas disponibles deben ser conocibles y accesibles tanto desde un punto de vista material como económico¹⁰⁰. Otro criterio podría decir relación con el nivel de complejidad técnica de la materia a la se refieren. Así, mientras mayor sea el nivel de complejidad y el grado de experticia requerido para tomar una decisión informada, más aconsejable pudiera ser el recurso a esta técnica. En tales contextos, las reglas por defecto pueden ser entendidas como un resguardo a la libertad individual, en la medida que ayudan a las personas a centrar su atención en los asuntos que más les importan. Si hubiera que escoger activamente en todo momento, requiriendo un considerable grado de conocimiento para tomar decisiones óptimas, la libertad podría hacerse ilusoria¹⁰¹.

(iii) Por lo que respecta a las advertencias gráficas o textuales, ellas también suelen ser vistas con recelo, toda vez que apelan a las emociones de las personas, potencialmente obstruyendo su racionalidad¹⁰². Con todo, las advertencias también transmiten información o dan prominencia a ciertas razones para cambiar el propio comportamiento y, por tanto, en alguna medida también apelan al sistema 2 de pensamiento¹⁰³. Bajo este prisma, un primer criterio para juzgar su conformidad con la dignidad humana podría ser la confiabilidad y veracidad de la información en que se sustentan. En adición, podría considerarse el grado con que la medida reposa en las preferencias declaradas de las personas. Supóngase, por ejemplo, que se constatará que un elevado porcentaje de fumadores desea dejar de fumar y valora positivamente el uso de advertencias gráficas como técnica para ayudarles a cumplir su propósito. En tal evento, la medida difícilmente podría contar como un acto de manipulación, por más que explote los sesgos o apele a las emociones de sus destinatarios, en lugar de incentivar su reflexión consciente, pues no busca subvertir sus verdaderas preferencias¹⁰⁴.

De surgir un cuestionamiento acerca del potencial lesivo de un *nudge* a la dignidad y la libertad, la distinción entre *nudges* educativos y no educativos puede ser relevante para conducir el juicio de necesidad, en el marco de la aplicación del test de proporcionalidad. Como es sabido, dicho juicio busca precisar dos cuestiones en relación con la medida so-

⁹⁹ SUNSTEIN (2014) p. 586.

¹⁰⁰ BALDWIN (2014) p. 847.

¹⁰¹ SUNSTEIN (2015) p. 438; YEUNG (2012) p. 148.

¹⁰² BALDWIN (2014) p. 837; SCHWEITZER (2016) p. 106; SUNSTEIN (2016); VAN AAKEN (2015) p. 111.

¹⁰³ BOVENS (2009) p. 210; HANSEN y JESPERSEN (2013) p. 23.

¹⁰⁴ WILKINSON (2013) pp. 13 s.

metida a control: primero, si existe otra medida alternativa que resulte igualmente eficaz que aquélla y, segundo, si dicha alternativa resulta menos restrictiva. Respecto de la primera cuestión, corresponderá a los expertos en ciencias conductuales pronunciarse acerca de la eficacia de la regulación conductualmente informada¹⁰⁵. En cuanto a la segunda cuestión, en cambio, los criterios propuestos podrían servir como guía para comparar el nivel de restricción a la libertad individual que podría conllevar una regulación tradicional en contraste con un *nudge* o de un *nudge* educativo en contraste con uno no educativo.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante aclarar que un *nudge* que no satisfaga los criterios recién propuestos —es decir, que no sea educativo— no necesariamente adolecerá de un vicio de inconstitucionalidad, aun cuando pudiera apreciarse como manipulador. Al igual que con toda otra medida estatal, el parámetro que permitirá en este caso juzgar la legitimidad del *nudge* será la proporcionalidad *stricto sensu* entre el grado de afectación de la libertad y la importancia de los fines que se logran con ella¹⁰⁶. Es así como una afectación mínima de la libertad, como la que tendría lugar cuando se utilizan ilusiones ópticas para que los conductores manejen con más cautela, es proporcional a la importancia de los fines que se logran con ello: la disminución de accidentes de tránsito. En cambio, una campaña educativa sobre los riesgos de la obesidad que estigmatiza o ridiculiza los hábitos de alimentación de personas con sobrepeso o que las representa de forma degradante podría ser desproporcionada. Lo anterior sería especialmente cierto si, además, dicha campaña no considerara otros factores que pueden ser causas de obesidad tan o más gravitantes que las solas decisiones de consumo de las personas¹⁰⁷.

3. DEMOCRACIA, PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Una primera proyección del principio de publicidad y transparencia al *nudge* apunta al procedimiento mediante el cual este es instituido. Este no debe ser secreto ni quedar reservado únicamente a expertos, sino que debe ofrecer garantías de representatividad y de deliberación pública. En este sentido, el proceso legislativo parece ser el mecanismo más idóneo al efecto, especialmente si la afectación a la libertad individual que representa el empleo de conocimientos propios de las ciencias conductuales es considerable¹⁰⁸. Con ello no solo se asegura la participación popular y la transparencia y publicidad en el debate sobre su adopción; además, permite dar visibilidad a la medida misma y posibilita su impugnación. No obstante, como se precisó previamente, en los hechos es usual que el *nudge* se establezca a través de intervenciones estrictamente administrativas, como campañas educativas, establecimiento o modificación de reglas por defecto en plataformas digitales públicas, alteraciones al entorno físico, etc.¹⁰⁹. De acuerdo con la literatura comparada sobre este

¹⁰⁵ Precisamente en este punto, como lo sugiere alguna doctrina, es que el *nudge* podría no superar el test de proporcionalidad, toda vez que no existe evidencia empírica sólida respecto de su eficacia en comparación con las técnicas tradicionales de regulación. En este sentido, véase ALLEMANO y SPINA (2014) pp. 442 s.; MCCRUDDEN y KING (2016) p. 130.

¹⁰⁶ SCHWEITZER (2016) pp. 110-112; VAN AAKEN (2015) p. 122.

¹⁰⁷ BALDWIN (2014) p. 839.

¹⁰⁸ MCCRUDDEN y KING (2016) pp. 123 s.

¹⁰⁹ BALDWIN (2014) p. 845.

punto, lo anterior puede resultar problemático toda vez que el origen administrativo de la medida se tiende a relacionar con la idea de informalidad y ausencia de control¹¹⁰.

Esa clase de observaciones no es del todo pertinente en su proyección al derecho chileno. De acuerdo con el art. 8° inc. 2° CPR “[s]on públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Es así como el solo origen administrativo de la regulación no la excluye del ámbito de cobertura del principio de publicidad y transparencia, en los términos previstos por la disposición antes citada. De ahí que la satisfacción de ese estándar sea un primer parámetro a considerar: el órgano en cuestión debe dar a conocer el contenido del *nudge*, su fundamento y el procedimiento empleado para su adopción. Ese es el estándar mínimo. Ahora bien, los órganos administrativos pueden ir más allá del estándar mínimo, tal como lo demuestra el caso de “Cuentas Claras, Simples y Transparentes” y adoptar medidas de publicidad adicionales. Justamente, tomando como referencia ese caso, dichas medidas pueden incluir el levantamiento de datos relativos a las preferencias de los destinatarios de la regulación, la realización de campañas de difusión, etc.

Por otro lado, el principio de publicidad y transparencia requiere que la medida misma sea “visible”¹¹¹. Ergo, las señales sensoriales (auditivas, olfativas, visuales, etc.) por medio de las que se exterioriza el *nudge* también deben ser perceptibles, de tal manera que cualquier observador medianamente atento pueda apreciarlas como un intento deliberado de influir en sus decisiones¹¹². Gracias a la perceptibilidad de las mentadas señales sensoriales, las personas deberían reconocer fácilmente la intención detrás de las mismas y, si lo desean, deberían poder resistirse activamente a seguir la conducta esperada¹¹³ o cuestionar su constitucionalidad¹¹⁴. No sería suficiente, entonces, un anuncio estatal genérico acerca del uso de técnicas regulatorias basadas en aportes de las ciencias conductuales para dirigir la conducta individual a fines vistos como socialmente deseables. Además, sería necesario que los destinatarios de estas medidas sean capaces de apreciar la manera en que el uso de dichos conocimientos pretende orientar su conducta, en un sentido u otro, incluso cuando ello pudiera disminuir la eficacia de dichas medidas¹¹⁵.

¹¹⁰ ALLEMANO y SPINA (2014) p. 432; VAN AAKEN (2015) p. 102.

¹¹¹ VAN AAKEN (2015) p. 110.

¹¹² HANSEN y JESPERSEN (2013) p. 21. Desde una perspectiva crítica, se sostiene un *nudge* visible sería menos intenso que un *nudge* invisible, precisamente porque se puede advertir, eludir e impugnar. Eso explica que alguna doctrina sostiene que la exigencia de visibilidad no es adecuada para esta clase de regulaciones, toda vez que disminuiría considerablemente su eficacia. En este sentido se ha sostenido que ciertos *nudges* “típicamente funcionan mejor en la oscuridad”. BOVENS (2009) p. 210.

¹¹³ HANSEN y JESPERSEN (2013) p. 21.

¹¹⁴ VAN AAKEN (2015) p. 110.

¹¹⁵ BALDWIN (2014) p. 836; BOVENS (2009) p. 216; HAUSMAN y WELCH (2010) p. 135.

VI. CONCLUSIONES

1. En los últimos diez años ha surgido un creciente interés en torno a la figura del *nudge* como técnica de orientación de las conductas humanas basada en los aportes de las ciencias conductuales. Según ellas, existirían dos sistemas de procesos cognitivos: uno sustentado en intuiciones, heurísticas y sesgos que simplifican los procesos de toma de decisiones (sistema 1) y otro que reposa en la lógica y la reflexión (sistema 2). Esta observación es relevante para el derecho porque permite a los reguladores comprender el comportamiento de las personas frente a ciertos estímulos o en determinados contextos e influir en el mismo. La presente investigación se ha centrado en el recurso estatal a esta figura, como alternativa a las formas tradicionales de regulación, con miras a identificar sus ámbitos de aplicación en el derecho chileno y sus potenciales problemas de constitucionalidad.

2. El ordenamiento jurídico chileno ofrece diversos ejemplos de regulaciones consistentes con la noción doctrinaria de *nudge*, pese a que esta última no tenga mayor desarrollo dogmático a nivel nacional ni se utilice esa precisa denominación. Así puede observarse en las áreas de la salud, del consumo de energía y del ahorro y la previsión social. Cabe advertir que, al efecto, las autoridades chilenas utilizan distintas técnicas que incluyen, principalmente, la provisión de información o *disclosure*, la fijación de reglas por defecto y la impresión de advertencias gráficas o textuales en los envases de productos cuyo consumo se considera riesgoso.

3. La literatura comparada sobre el tópico cuestiona recurrentemente la legitimidad del *nudge* en razón de su potencial lesivo a la dignidad humana y la libertad individual, por perseguir fines paternalistas y entrañar manipulación. De igual modo, se critica su carácter tecnocrático e informal, así como la falta de transparencia en su proceso de diseño e implementación, en cuanto dificultaría o derechamente imposibilitaría el control del poder estatal. Mas, una mirada detenida a estas posturas críticas revela que las mismas no tienen un carácter absoluto o general, sino que se dirigen en específico a ciertos *nudges*. De ahí que a partir de dichas posturas críticas sea posible deducir determinados criterios que podrían revestir utilidad en el examen de su constitucionalidad.

4. Respecto de este último punto, un primer criterio de evaluación podría ser el que la medida persiga la consecución de fines de interés general y no puramente paternalistas. Otro criterio vendría dado por la medida en que el *nudge* contribuya a promover la libre adopción de decisiones racionales e informadas, en lugar de tan solo explotar las emociones y sesgos de las personas. Finalmente, un último criterio correspondería a la visibilidad del *nudge*, de modo que este sea perceptible y eventualmente sea posible su impugnación. En tales condiciones, el *nudge* podría estimarse compatible con la dignidad humana, la libertad individual, la democracia y el principio de publicidad y transparencia.

5. Todavía quedan muchas interrogantes por responder en torno al uso de *nudges*. Por ejemplo, ¿existen otros posibles ámbitos de afectación de derechos fundamentales o de bienes y valores constitucionales, distintos a los abordados en esta investigación, derivados de la implementación esta clase de regulaciones? ¿Cómo incidiría en las premisas básicas sobre las que reposa el constitucionalismo contemporáneo un uso masivo de aquéllas? ¿Cuál es el tratamiento constitucional que se debe dar a las consecuencias imprevistas de los *nud-*

ges impuestos por el Estado? El marco analítico aquí desarrollado puede servir de base para responder, al menos parcialmente, estas y otras interrogantes. En este contexto, la presente investigación puede ser vista como un primer “empujoncito” en orden al desarrollo dogmático y de criterios de evaluación de las herramientas regulatorias conductualmente informadas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Thomson-Reuters).
- ALEMANNI, Alberto y SPINA, Alessandro (2014): “Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, N° 2: pp. 429-456.
- ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, vol. 10, N° 1: pp. 65-116.
- BALDWIN, Robert (2014): “From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree”, *Modern Law Review*, vol. 77, N° 6: pp. 831-857.
- BARR, Michael S. (2012): “Behaviorally Informed Regulation”, en MULLAINATHAN, Sendhil y SHAFIR, Eldar (eds.), *Behavioral Foundations of Public Policy* (Princeton, Princeton University Press) pp. 440-464.
- BARR, Michael S., MULLAINATHAN, Sendhil y SHAFIR, Eldar (2009): “The Case for Behaviorally Informed Regulation”, en Moss, David y Cisternino, John (eds.), *New Perspectives on Regulation* (Cambridge, The Tobin Project) pp. 25-61.
- BERLIN, Isaiah (2013): “Two Concepts of Liberty”, en HARDY, Henry (ed.), *Liberty* (Oxford, Oxford University Press) pp. 166-217.
- BOVENS, Luc (2009): “The Ethics of *Nudge*”, en Grüne-Yanoff, Till y Hansson, Sven Ove (eds.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology* (Dordrecht, Springer) pp. 207-219.
- BROWNSWORD, Roger (2008): “So What Does the World Need Now? Reflections on Regulating Technologies”, en BROWNSWORD, Roger y YEUNG, Karen (eds.), *Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes* (Oxford, Hart Publishing) pp. 23-48.
- BROWNSWORD, Roger (2014): “Human Dignity, Human Rights, and Simply Trying to Do the Right Thing”, en MCCRUDDEN, Christopher (ed.), *Understanding Human Dignity* (Oxford, Oxford University Press) pp. 345-358.
- CASSESE, Sabino (2016): “Exploring the Legitimacy of Nudging”, en KEMMERER, Alexandra et al. (eds.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging* (Oxford, Hart Publishing) pp. 241-245.
- CONTESSE SINGH, Jorge (2017): “Proporcionalidad y derechos fundamentales”, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (eds.), *Manual sobre derechos fundamentales: Teoría general* (Santiago, LOM Ediciones) pp. 285-322.
- COVARRUBIAS, Ignacio (2014): “¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, N° 1: pp. 163-237.

- DÍAZ GARCÍA, Iván L. (2011): “Aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 36: pp. 167-206.
- DWORKIN, Ronald (2011): *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press).
- GOODWIN, Morag (2016): “Architecture, Choice Architecture and Dignity”, en KEMMERER, Alexandra *et al.* (eds.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging* (Oxford, Hart Publishing) pp. 285-308.
- HANSEN, Pelle Guldborg y JESPERSEN, Andreas Maaløe (2013): “Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 4, N° 1: pp. 3-28.
- HAUSMAN, Daniel M. y WELCH, Brynn (2010): “Debate: To Nudge or Not to Nudge”, en *The Journal of Political Philosophy*, vol. 18, N° 1: pp. 123-136.
- HUSAK, Douglas (2015): “Paternalism”, en MARMOR, Andrei (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (New York, Routledge) pp. 467-480.
- JOHN, Peter y STOKER, Gerry (2017): “From nudge to nudge plus: behavioural public policy for a self-guiding society”. Disponible en: <http://www.governanceinstitute.edu.au/magma/media/upload/ckeditor/files/From%20nudge%20to%20nudge%20plus%20behavioural%20public%20policy%20for%20a%20self-guiding%20society.pdf>. Fecha de consulta: 25 de junio de 2018.
- JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R. (2006): “Debiasing through Law”, *Journal of Legal Studies*, vol. 35, N° 1: pp. 199-242.
- JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard (1998): “A Behavioural Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, vol. 50: pp. 1471-1550.
- KAHNEMAN, David (2011): *Thinking Fast and Slow* (New York, Macmillan).
- KALLBEKKEN, Steffen y SÆLEN, Håkon (2013): “‘Nudging’ hotel guests to reduce food waste as a win-win environmental measure”, *Economics Letters*, vol. 119: pp. 325-327.
- KANT, Immanuel (2002): *Groundwork for the metaphysics of moral* (New Haven and London, Yale University Press).
- LOMBARDINI, Chiara y LANKOSKI, Leena (2013): “Forced Choice Restriction in Promoting Sustainable Food Consumption: Intended and Unintended Effects of the Mandatory Vegetarian Day in Helsinki Schools”, *Journal of Consumer Policy*, vol. 36: pp. 159-178.
- MCCRUDDEN, Christopher y KING, Jeff (2016): “The Dark Side of Nudging: The Ethics, Political Economy, and Law of Libertarian Paternalism”, en KEMMERER, Alexandra *et al.* (eds.), *Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging* (Oxford, Hart Publishing) pp. 67-132.
- MILL, John Stuart (2001): *On Liberty* (Kitchener, Batoche Books).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): “Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina”, *Revista de Derecho*, vol. 5: pp. 79-142.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003): *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* (México D.F., UNAM).

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIII: pp. 161-186.
- PARDO VERGARA, Soledad (2013): “El derecho de libertad general en Chile”, en BASSA MERCADO, Jaime (ed.), *Los desafíos de la interpretación constitucional. Protección de derechos fundamentales, control de constitucionalidad, enseñanza del derecho* (Valparaíso, Edeval) pp. 183-234.
- PAYNE, Colin R. *et al.* (2016): “This way to produce: Strategic use of arrows on grocery floors facilitate produce spending without increasing shopper budgets”, *Journal of Nutrition Education and Behavior*, vol. 48, N° 7: pp. 512-513.
- PETIT, Philip (2012): *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy* (Cambridge, Cambridge University Press).
- RAZ, Joseph (1988): *The Morality of Freedom* (Oxford, Oxford University Press).
- SCHMIDT, Andreas T. (2017): “The Power to Nudge”, *American Political Science Review*, vol. 111, N° 2: pp. 404-417.
- SCHULTZ, P. Wesley *et al.* (2007): “The Constructive, Destructive, and Reconstructive Power of Social Norms”, *Psychological Science*, vol. 18: pp. 429-434.
- SCHWEIZER, Mark (2016): “Nudging and the Principle of Proportionality: Obligated to Nudge?”, en MATHIS, Klaus y TOR, Avishalom (eds.), *Nudging: Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics* (Dordrecht, Springer) pp. 93-119.
- SCOCCIA, Danny (2018): “The Concept of Paternalism”, en GRILL, Kalle y HANNA, Jason (eds.), *The Routledge Handbook of the Philosophy of Paternalism* (New York, Routledge) pp. 11-23.
- SHAROT, Tali (2011): *The Optimism Bias: A Tour of the Irrationally Positive Brain* (New York, Pantheon Books).
- STROEKER, Natasha Els (2016): “An overview of behavioral economics in Dutch policy making. The next step: how to nudge policy makers”, *APSTRACT*, vol. 10, N° 2-3: pp. 27-32.
- SUNSTEIN, Cass R. (2016): “People Prefer System 2 Nudges (Kind of)”, *Duke Law Journal*, vol. 66, N° 1: pp. 121-168.
- SUNSTEIN, Cass R. (2015): “The Ethics of Nudging”, *Yale Journal of Regulation*, vol. 32, N° 2: pp. 414-450.
- SUNSTEIN, Cass R. (2014): “Nudging: A Very Short Guide”, *Journal of Consumer Policy*, vol. 37, N° 4: pp. 583-588.
- SUNSTEIN, Cass R. (2013a): *Simpler: The Future of Government* (New York, Simon & Schuster).
- SUNSTEIN, Cass R. (2013b): “The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism”, *The Yale Law Journal*, vol. 122, N° 7: pp. 1826-1899.
- THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R. (2008) *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (New Haven, Yale University Press).
- THOMAS, Matthew y BUCKMASTER, Luke (2010): *Paternalism in Social Policy: When is it Justifiable?* (Canberra, Parliament of Australia).
- TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, David (1974): “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, vol. 185, N° 4157: pp. 1124-1131.
- VAN AAKEN, Anne (2015): “Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU”, en ALEMANNI, Alberto y SIBONY, Anne-Lise (eds.), *Nudge and the Law, A European Perspective* (Oxford, Bloomsbury) pp. 100-136.

- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): *Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- WALDRON, Jeremy (2014): “It’s all for your own good”, *The New York Review of Books*, 23 de octubre.
- WILKINSON, T.M. (2013): “Nudging and Manipulation”, *Political Studies*, vol. 61: pp. 341-355.
- WOOD, Allen W. (2014): “Coercion, Manipulation, Exploitation”, en COONS, Christian y WEBER, Michael (eds.), *Manipulation: Theory and Practice* (Oxford, Oxford University Press) pp. 17-50.
- YEUNG, Karen (2012): “Nudge as Fudge”, *The Modern Law Review*, vol. 75, N° 1: pp. 122-148.
- YEUNG, Karen (2011): “Can We Employ Design-Based Regulation While Avoiding *Brave New World?*”, *Law, Innovation and Technology*, vol 3, N° 1: pp. 1-29.
- YEUNG, Karen (2008): “Towards an Understanding of Regulation by Design”, en BROWNSWORD, Roger y YEUNG, Karen (eds.), *Regulating technologies: legal futures, regulatory frames and technological fixes* (Oxford, Hart Publishing) pp. 79-108.
- ZÚÑIGA F., Alejandra (2015): “El consentimiento presunto y la reciprocidad como mecanismos para aumentar la donación de órganos”, *Revista Médica Chile*, vol. 143, N° 10: pp. 1331-1336.

DOCUMENTOS OFICIALES

- LABORATORIO DE GOBIERNO, SERNAC y SEC (2017): “La co-creación de las nuevas cuentas de electricidad”. Disponible en: http://lab.gob.cl/uploads/filer_public/2a/df/2adfb64b-2220-4764-b5c2-c6efdd8c630b/proyecto_cuentas_claras.pdf. Fecha de consulta: 11 de junio de 2018.
- MINISTERIO DE ENERGÍA (2014): “Agenda de Energía: un desafío país, progreso para todos”. Disponible en: http://www.energia.gob.cl/sites/default/files/agenda_de_energia_version_completa_esp.pdf. Fecha de consulta: 11 de junio de 2018.
- OECD (2017): *Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World* (Paris, OECD Publishing). Disponible en: https://people.kth.se/~gryne/papers/OECD_2017.pdf. Fecha de consulta: 2 de junio de 2018.

NORMAS CITADAS

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (22/9/2005).
- LEY N° 19.419 (9/10/1995), regula actividades que indica relacionadas con el tabaco.
- LEY N° 19.451 (10/10/1996), establece normas sobre trasplante y donación de órganos.
- LEY N° 20.255 (17/3/2008), establece reforma previsional.
- LEY N° 20.413 (15/1/2010), modifica la Ley N° 19.451, con el fin de determinar quienes pueden ser considerados donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad.
- LEY N° 20.606 (6/7/2012), sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad.

LEY N° 20.673 (7/6/2013), modifica la Ley N° 19.451 respecto a la determinación de quiénes pueden ser considerados donantes de órganos.

LEY N° 20.894 (26/1/2016), prorroga la obligatoriedad de cotizar de los trabajadores independientes y adecúa normativa previsional que indica.

PROYECTO DE LEY SOBRE REGULACIÓN DE ALIMENTOS POCO SALUDABLES (Boletín N° 4.921-11).

JURISPRUDENCIA CITADA

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO RESPECTO DEL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL, EN LOS AUTOS ROL N° 6787-2010, SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN INTERPUESTO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO EN CONTRA DE OFICIAL DE REGISTRO CIVIL (2011): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1881, de tres de noviembre de 2011.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR JORGE WASHINGTON SEPÚLVEDA ÁLVAREZ RESPECTO DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL, EN LA CAUSA RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, SEGUIDA ANTE EL JUZGADO DE GARANTÍA DE CAÑETE (2011): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1683, de cuatro de enero de 2011.

LOS SUPUESTOS DE RESTITUCIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS EN EL DERECHO PRIVADO CHILENO

DISGORGEMENT DAMAGES CASES IN CHILEAN PRIVATE LAW

ALBERTO PINO EMHART*

RESUMEN: Este trabajo identifica los supuestos de restitución de ganancias ilícitas en el contexto del derecho privado chileno. Se trata de acciones restitutorias desarrolladas principalmente por la doctrina alemana y anglosajona, sobre aquellas ganancias que han sido obtenidas ilícitamente, ya sea provenientes de una invasión o utilización de propiedad ajena, del incumplimiento de obligaciones fiduciarias, o de un ilícito civil extracontractual. El objetivo del artículo es señalar, a partir de las características de esta acción delineadas por el derecho comparado, aquellas hipótesis que han sido acogidas expresamente en el derecho privado chileno, de modo tal de poder analizar adecuadamente algunos problemas comunes que se derivan de su caracterización como restitución de ganancias ilícitas.

Palabras clave: Restitución de ganancias, enriquecimiento injustificado, derecho de la restitución, responsabilidad extracontractual.

ABSTRACT: This work identifies the cases of disgorgement damages in the context of Chilean private law. These are restitutionary damages developed mainly by German and English scholars, to recover wrongful gains, obtained as a consequence of an infringement or invasion to property rights, a breach of fiduciary duties, or a tort. The objective of the paper is to identify, from the perspective of the main features clarified in comparative law, the cases established expressly by positive law in Chilean private law, in order to be able to adequately analyze some common problems that arise as a consequence of being qualified as disgorgement damages.

Keywords: Account of profits, unjust enrichment, law of restitution, tort law.

I. INTRODUCCIÓN

La restitución de ganancias ilícitas es un remedio¹ de carácter restitutorio que persigue la restitución de las ganancias obtenidas por quien ha cometido un ilícito civil. En el derecho privado chileno, existen hipótesis legisladas que son asimilables a esta acción. En este sentido, el objetivo de este trabajo es identificar, a partir de las características de esta acción delineadas por el derecho comparado, aquellas hipótesis que han sido acogidas expresamente en el derecho privado chileno. Con ello, se pretende abrir el estudio de estos

* Doctor en Derecho, University of Oxford. Profesor Asistente, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Dirección postal: Av. Diagonal Las Torres 2640, Oficina 218-B, Peñalolén, Santiago. Dirección electrónica: alberto.pino@uai.cl. Este trabajo forma parte del proyecto de Fondos Internos de Apoyo a la Investigación de la Universidad Adolfo Ibáñez 2017, y del proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11170398 “La restitución de ganancias ilícitas en el derecho privado chileno”, del que el autor es investigador responsable.

¹ Entiendo por remedio “toda medida de protección que ofrece el ordenamiento jurídico a un sujeto en una determinada situación, frente a la lesión de un interés”. MORALES (2011) p. 402.

grupos de casos desde la perspectiva del derecho de la restitución, de manera tal de otorgar respuestas a problemas y preguntas que no han sido estudiadas con suficiente detención por la doctrina chilena.

El artículo se estructura sobre la base de una segunda sección, en la cual se explican las principales características de la acción de restitución de ganancias ilícitas desarrolladas por la doctrina alemana y anglosajona, y el lugar que ocupa dentro del derecho de las obligaciones. Junto con ello, se enuncian en general las hipótesis reconocidas en el derecho comparado, y las principales dificultades a las que se enfrentan. La tercera sección constituye la más importante del trabajo, e identifica cuatro grupos de casos en los cuales el derecho privado chileno contempla expresamente acciones de restitución de ganancias ilícitas. Una cuarta sección da cuenta de los principales problemas y discusiones que deben enfrentarse, una vez aceptada la clasificación de estas hipótesis como restitución de ganancias. Finalmente, en la quinta sección se indican las conclusiones.

II. LA RESTITUCIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS EN EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. UNA APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA ALEMANA Y ANGLOSAJONA

La doctrina chilena ha reconocido por largo tiempo la existencia del enriquecimiento injustificado en el ordenamiento jurídico nacional², ya sea como un principio para la justificación de normas jurídicas, como principio orientador para la interpretación de disposiciones del Código Civil, o como mecanismo de integración para la resolución de lagunas legales. Si bien gran parte de la doctrina ha planteado que este principio constituiría una fuente autónoma de obligaciones³, otra parte de ella y en ocasiones, los tribunales chilenos, no le reconocen tal valor⁴.

El Código Civil chileno (en adelante CC) sigue la tendencia generalizada de los Códigos del siglo XIX al no contemplar una norma expresa y general que acoja el enriquecimiento injustificado como principio o fuente autónoma de obligaciones, tendencia que comienza a revertirse en el caso de los códigos que se dictan a partir del siglo XX⁵. Puede citarse también el caso reciente del nuevo Código Civil argentino (art. 1794) y el artículo 1303 del Código Civil francés tras la reforma de 2016. La tendencia de los códigos más recientes parece, entonces, ser la de consagrar expresamente el enriquecimiento injustificado como fuente autónoma de obligaciones⁶.

Precursor de esta tendencia es el Código Civil alemán, el cual en el § 812(1) estableció el principio general del enriquecimiento injustificado: “El que ha recibido algo por medio de la prestación de otro o a expensas de otro de cualquier otra forma sin una base jurí-

² Véase, entre otros, FUEYO (1990), PEÑAILILLO (1996).

³ ABELIUK (2008) pp. 54-55, PEÑAILILLO (2003) pp. 104-118.

⁴ BARRIENTOS (2016) pp. 311-314; *SOCIEDAD CORRAL Y ALCAINO CON CODELCO CHILE* (2015) cons. 12°.

⁵ PEÑAILILLO (1996) pp. 31-32.

⁶ La misma tendencia puede apreciarse en los proyectos de armonización del derecho privado europeo, particularmente en el Libro VII del *Draft Common Frame of Reference* de 2009. Véase ZUMAQUERO (2017) pp. 4-53.

dica, es obligado a restituirlo”. Sin embargo, la formulación de esta regla general no parece resolver todos los problemas. ¿En qué sentido debe entenderse el recibir un beneficio “a expensas de otro”? ¿Qué significa que el enriquecimiento no tenga una justificación o base jurídica? Renunciando a la posibilidad de plantear una fórmula general que cubra todos los casos, la doctrina alemana tradicionalmente siguiendo al jurista Ernst von Caemmerer⁷ ha elaborado una tipología o grupos de supuestos en los cuales al demandante se le otorga una acción de enriquecimiento injustificado:

- (1) Demandante que realiza un servicio al demandado que no tenía una base jurídica, en el sentido que el objetivo perseguido por el demandante no se cumplió.
- (2) Demandado que realiza una intromisión (*Eingriff*) en un derecho de propiedad del demandante.
- (3) Demandante que incurre en gastos que mejoraron la propiedad del demandado.
- (4) Demandante que paga una deuda ajena y demanda restitución en contra del demandado.

Nos concentraremos aquí en la segunda de estas hipótesis: la intromisión en derecho ajeno. En estos supuestos, el enriquecimiento se ha producido como consecuencia de la interferencia o intromisión en los derechos de otro. De inmediato resaltan tres importantes características: En primer lugar, la hipótesis restitutoria surge, al menos en esta formulación, asociada al derecho de propiedad del demandante. Es la invasión o intromisión en el derecho de propiedad lo que faculta al demandante para interponer la acción restitutoria, cuyo objeto será la restitución de los beneficios obtenidos a expensas de esta intromisión en su derecho de dominio. En segundo lugar, la acción no requiere grado alguno de imputación subjetiva del demandado para que sea procedente; es suficiente la interferencia en el derecho de propiedad. Y por último, como advierte Zimmermann, esta categoría de von Caemmerer no puede aplicarse sin responder primero la pregunta de quién era el titular del derecho que fue objeto de la intromisión⁸. La respuesta de von Caemmerer radica en la concepción misma del derecho de propiedad: es una atribución exclusiva del propietario el usar, gozar y disponer de la cosa, por lo cual la utilización por parte de un tercero de la cosa objeto de dominio es injustificada y, por tanto, debe restituir los beneficios que haya obtenido⁹.

Por otra parte, esta hipótesis restitutoria ha sido desarrollada ampliamente en el derecho anglosajón, especialmente durante los últimos 30 años. A partir del trabajo de Peter Birks, la doctrina inglesa ha desarrollado la noción del derecho de la restitución (*Law of Restitution*), categoría general a la cual pertenecería el enriquecimiento injustificado. En este sentido, Birks define la restitución como “la respuesta que consiste en provocar que una persona entregue a otro un enriquecimiento que recibió a sus expensas o su valor en dinero”¹⁰. Sin embargo, con posterioridad otros autores (y el propio Birks) han planteado

⁷ VON CAEMMERER (1968) pp. 370-392.

⁸ ZIMMERMANN (1990) p. 889.

⁹ VON CAEMMERER (1968) p. 378.

¹⁰ BIRKS (1985) p. 13.

que el derecho de la restitución sería un evento multi-causativo que se ocupa de arrebatarle al demandado las ganancias obtenidas y no de indemnizar los perjuicios a las víctimas¹¹. Bajo esta concepción, el enriquecimiento injustificado sería la especie y el derecho de la restitución el género¹². Siguiendo la formulación clásica de Pomponio en el *Digesto*¹³, Birks sostiene que la obligación de restituir puede originarse a partir de dos eventos causativos: el enriquecimiento de un sujeto que causa un detrimento a otro, y el enriquecimiento que causa injuria [*iniuria*] a otro¹⁴.

El enriquecimiento que causa un detrimento o empobrecimiento correlativo corresponde a la hipótesis clásica del enriquecimiento injustificado, que puede verse expresado en el supuesto del pago de lo no debido: el sujeto que paga erróneamente lo que no debe se empobrece a expensas de quien recibe el pago. Hay un desplazamiento patrimonial que da origen a la obligación de restituir. En este caso, no se requiere un acto ilícito de parte de quien recibe el pago. El hecho generador de la obligación de restituir surge exclusivamente a partir del desplazamiento patrimonial. En el segundo evento, en cambio, se trata de un acto ilícito o contrario a derecho que genera ganancias a su autor. A diferencia de la primera hipótesis, aquí el demandante debe probar la comisión de una conducta ilícita, que puede dar lugar a una acción indemnizatoria y/o una acción restitutoria. Ambas acciones se relacionan y surgen a partir del mismo hecho, pero son conceptualmente separables. La acción indemnizatoria de responsabilidad civil requiere la existencia y prueba de daño para la víctima, daño que constituirá la medida de la indemnización, mientras que la acción restitutoria no requiere la existencia de daño, sino de un enriquecimiento o ganancia para el sujeto demandado, ganancia que constituirá la medida del remedio.

Actualmente, esta segunda hipótesis restitutoria se conoce en el *common law* con el nombre genérico de restitución por ilícitos (*restitution for wrongs*). Respecto a la designación del remedio correspondiente a este tipo de restitución, no hay acuerdo en la doctrina. Se han planteado los nombres de *disgorgement damages*, *restitutionary damages*, *account for profits*, *licence fee damages*, o *gain-based damages*. Al igual que en el caso de la doctrina alemana, los supuestos paradigmáticos de esta hipótesis se encuentran asociados a ilícitos vinculados al derecho de propiedad. El caso más conocido es *EDWARDS V. LEE'S ADMINISTRATOR* (1936) de Estados Unidos, en el cual el demandado descubre una caverna de roca de cristal en el subsuelo de su propiedad, que explota como atracción turística. Sin embargo, una sección de la caverna pertenecía al subsuelo de una propiedad colindante, cuyo dueño era el demandante. La Corte de Apelaciones de Kentucky otorga a los demandantes la restitución de un tercio de las ganancias obtenidas por el demandado mediante la explotación turística de las cavernas, proporción que se calculó basándose en la porción de terreno que correspondía al demandante de la caverna completa. El remedio otorgado por la Corte en este caso es claramente restitutorio y no indemnizatorio, puesto que el demandante no sufrió daño por la utilización del subsuelo de su propiedad. El acceso a las cavernas se encon-

¹¹ VIRGO (2015) p. 3.

¹² BIRKS (2005) p. 4.

¹³ Dig. 50,17,206.

¹⁴ BIRKS (1999) pp. 172-173.

traba en el terreno de propiedad del demandado, por lo cual ni siquiera sería posible plantear la posibilidad de una eventual indemnización por lucro cesante. Por otra parte, se trata de un caso de restitución por ilícitos, puesto que aquí no hay un desplazamiento patrimonial, sino más bien una atribución patrimonial impropia por parte del demandado, a partir de la comisión de un ilícito civil como es la invasión de propiedad ajena sin autorización de su dueño (*trespass*), en la cual la medida de la restitución es determinada sobre la base de las ganancias obtenidas por el demandado como consecuencia de la comisión del ilícito civil.

El presente trabajo abordará este problema bajo el nombre general de restitución de ganancias ilícitas, a partir de lo que en *common law* se conoce con el nombre de restitución por ilícitos, constituyendo una categoría conceptual más amplia que permite cubrir lo que se conoce en derecho alemán como acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno. Se trata de la acción restitutoria sobre aquellas ganancias que han sido obtenidas ilícitamente, ya sea provenientes de una invasión o utilización de propiedad ajena, del incumplimiento de obligaciones fiduciarias, o de un ilícito civil extracontractual. De esta manera, mediante el empleo de la figura conceptual de la restitución de ganancias ilícitas, se pretende dar cuenta no solo de los casos de intromisión en derecho ajeno (típicamente intromisiones en derechos absolutos como el derecho de propiedad del demandante), sino también de otros casos en los cuales el demandado comete un acto ilícito y obtiene ganancias como consecuencia de ello. Desde luego, estos casos pueden dar lugar también a una acción indemnizatoria de responsabilidad civil, con lo cual se producirá un concurso de acciones. En este sentido, serán particularmente interesantes aquellos casos en los cuales la víctima no ha sufrido propiamente un daño producto del acto ilícito o el daño es inferior al beneficio obtenido por el infractor. En estos supuestos, la acción restitutoria resultará ser una alternativa más atractiva que la vía indemnizatoria. A partir del amplio desarrollo doctrinario en los sistemas del *common law* y el derecho alemán, resulta entonces de interés plantear una discusión en torno a estas hipótesis en el contexto del derecho privado chileno, contexto en el cual la discusión no ha sido abordada con suficiente detenimiento. El punto de partida para dicha discusión es identificar los supuestos en los cuales el legislador ha contemplado expresamente este remedio.

1. LOS SUPUESTOS DE RESTITUCIÓN DE GANANCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

En general, este tipo de remedios se decretan en casos de infracción a derechos absolutos que conceden a su titular el goce exclusivo del derecho. El reciente *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* estadounidense de 2011 (en adelante *Restatements*)¹⁵ nos puede contribuir a elaborar un catálogo de estas hipótesis:

- i. Incumplimiento contractual (§ 39).
- ii. Interferencias en intereses protegidos sobre la propiedad corporal, mediante los ilícitos de *trespass* o *conversion* (§ 40).
- iii. Apropiaciones indebidas de activos financieros (§ 41).

¹⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE.

- iv. Infracciones de derechos protegidos jurídicamente en una idea, expresión, información, imagen o designación (§ 42).
- v. Incumplimientos de algún deber fiduciario o la violación de un deber equivalente impuesto por alguna relación de confianza (§ 43).

A partir de estos supuestos, pueden identificarse dos grandes problemas que han surgido persistentemente en la doctrina alemana y anglosajona. El primero consiste en determinar cuál es el fundamento y naturaleza de la acción. El segundo consiste en resolver si la acción restitutoria es compatible con la indemnizatoria.

2. LOS FUNDAMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN

Resulta indudable que la generación de cualquier ganancia, incluso de origen ilícito, no puede dar lugar a una acción restitutoria. La existencia de la acción debe ser equilibrada en razón de la seguridad jurídica que sugiere el hecho de que el enriquecimiento permanezca en el patrimonio en el cual se encuentra¹⁶. Debe existir, por lo tanto, una razón que justifique la necesidad de desplazar el enriquecimiento del demandado al patrimonio del demandante. La doctrina alemana, seguida por la doctrina española, ha formulado dos grandes teorías: la teoría de la antijuridicidad y la teoría de la atribución¹⁷. La primera de ellas plantea que el enriquecimiento se califica como injustificado por la antijuridicidad de la intromisión, teoría que ha sido rechazada ampliamente por la doctrina alemana mayoritaria¹⁸. Es la teoría de la atribución planteada por Wilburg y desarrollada por von Caemmerer, en tanto, la que se ha impuesto definitivamente¹⁹. Esta concepción, como ya se mencionó anteriormente, surge a partir de la exclusividad que el derecho de propiedad le otorga al dueño de la cosa. Esta infracción al derecho del propietario es lo que permite justificar la restitución de ganancias incluso en aquellos casos en que el titular del derecho no tenía intención alguna de emplear la cosa que fue indebidamente utilizada por el demandado. Para muchos, en consecuencia, la restitución de ganancias surge como el remedio más idóneo para reparar la infracción al derecho de propiedad; el demandado debe devolver al dueño las ganancias obtenidas ilícitamente “como si nada hubiese ocurrido”, restituyendo a su dueño lo que le pertenecía²⁰.

En este ámbito, pareciera ser claro el fundamento de la exclusividad en el goce para justificar el remedio de la restitución de ganancias, especialmente tratándose de derechos absolutos como el de propiedad sobre cosas corporales, o en la propiedad industrial e intelectual. Sin embargo, las dudas surgen a partir de la determinación en concreto del remedio restitutorio. La doctrina alemana en su mayoría sostiene que la función de la *Eingriffskondiktion* es de reintegración o reconstrucción económica, lo que significa que el remedio restitutorio debe perseguir llegar al mismo resultado al que se habría llegado de haberse

¹⁶ BASOZÁBAL (1998) p. 53.

¹⁷ DANNEMANN (2009) p. 94; DÍEZ PICAZO (2011) pp. 174-177.

¹⁸ BASOZÁBAL (1998) p. 56; DANNEMANN (2009) p. 94.

¹⁹ ZIMMERMANN y DU PLESSIS (1994) p. 27; KREBS (2006) p. 383.

²⁰ RIPSTEIN (2007) pp. 1991-1995.

seguido el cauce jurídico adecuado, esto es, habiéndose solicitado la autorización previa al titular del derecho²¹. Ello excluye la necesidad de demostrar la existencia de un daño para el demandante, y de imputación subjetiva por parte del demandado. Excluye, de tal manera, consideraciones punitivas. Bajo esta concepción, el remedio no exige la restitución de todas las ganancias obtenidas por el demandado como consecuencia de su infracción, sino solo la restitución del monto de dinero que se evitó pagar el demandado para obtener autorización por parte del titular del derecho a modo de regalía. El problema lo constituyen las conductas intencionales. Si al sujeto le es indiferente entre utilizar una cosa ajena sin autorización y pagar después, o pedir autorización pagando antes, entonces el sujeto no tiene incentivo alguno para negociar en forma previa y seguir el cauce jurídico adecuado.

En el *common law*, la doctrina y jurisprudencia distingue entre dos tipos de remedios de restitución de ganancias: los llamados *licence fee damages* y los *disgorgement damages*. Los primeros corresponden al remedio restitutorio planteado por la doctrina alemana: exigen la restitución del precio que el demandado habría pagado para obtener el consentimiento del titular del derecho. El caso más relevante de este tipo de remedios lo constituye el caso inglés *WROTHAM PARK ESTATES LTD. v. PARKSIDE HOMES LTD.* (1974). En este caso, el demandado construyó un conjunto de casas en un terreno colindante con el de los demandantes, violando una cláusula contractual, según la cual se requería la aprobación de planos por parte de los demandantes para edificar en dicho terreno. Se determinó que el mecanismo para calcular el monto a pagar por los demandados debe ser equivalente a la “suma de dinero que los demandantes habrían razonablemente exigido a Parkside como *quid pro quo* para relajar la aplicación de la cláusula”²². Lo interesante es que el juez para determinar el monto del remedio toma en cuenta las utilidades efectivamente obtenidas por el demandado con el desarrollo inmobiliario, y determinó que un 5% de dichas utilidades habrían sido un monto razonable que el demandante podría haber exigido para relajar la cláusula del contrato. Algunos autores incluso denominan a este tipo de remedios como *Wrotham Park damages*, y se ha planteado que serían más convenientes que el simple pago de un monto de regalía (*royalty*), puesto que por una parte protegen el derecho del demandante y, por la otra, impiden que el demandado bloquee o ejerza un monopolio sobre la utilización de los recursos. *Wrotham Park* permite conciliar estos dos intereses. Si bien existe alguna discusión en torno a la naturaleza jurídica de estos remedios, la gran mayoría de la doctrina sostiene que se trata de un remedio restitutorio y no compensatorio²³.

Sin embargo, se ha planteado un segundo tipo de remedios para abordar los casos de infracciones intencionales o dolosas. Se trata de los *disgorgement damages*, generalmente reservados para casos de ilícitos dolosos, tal como se señala en § 40 comentario b de los *Restatements*: “el autor de un ilícito consciente deberá devolver las ganancias de su interferencia no autorizada con la propiedad de otro; mientras que la responsabilidad restitutoria de un demandado sin culpa no excederá el valor de lo obtenido en la transacción por la cual se

²¹ DANNEMANN (2009) p. 95; KREBS (2006) p. 387.

²² *WROTHAM PARK ESTATES LTD. v. PARKSIDE HOMES LTD.* (1974) p. 815.

²³ Por ejemplo, BARKER (2014) se inclina por atribuirle una naturaleza indemnizatoria; BURROWS (2007) pp. 635-638 y EDELMAN (2002) pp. 99-102 sostienen que el remedio es restitutorio.

atribuye responsabilidad”. Aquí el demandado debe entregar todas las ganancias obtenidas como consecuencia de la conducta ilícita, y en general se establece como requisito la imputación subjetiva del demandado a título de dolo.

Por lo tanto, las dudas que surgen en torno a la naturaleza jurídica del remedio persisten en el derecho comparado objeto de este análisis. ¿Se trata de un remedio de carácter exclusivamente restitutorio que prescinde de criterios de imputación subjetiva, o tiene un carácter punitivo que requiere la existencia de dolo como requisito de operatividad? Esta interrogante que se plantea en el derecho comparado se encuentra, como se verá más adelante, latente en los supuestos tipificados por el derecho chileno.

3. LA COMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN RESTITUTORIA CON LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Si la víctima del ilícito no sufre daño como consecuencia del ilícito, solo habrá lugar a una acción restitutoria y por consiguiente ello no dará lugar a concurso de acciones. Pero si la víctima sufre un daño es perfectamente factible, como ya se advirtió, concebir la posibilidad de un concurso de acciones indemnizatoria y restitutoria. La jurisprudencia y doctrina comparadas sostienen en principio que el demandante debiera tener libertad para elegir la acción indemnizatoria o restitutoria, por lo cual no habría razón alguna para sostener que la acción restitutoria tendría un carácter subsidiario. Sin embargo, la interposición conjunta o acumulación de ambas acciones resulta más discutible. Así, por ejemplo, Basozábal sostiene la compatibilidad de las acciones, siempre y cuando no exista una coincidencia material entre las dos pretensiones²⁴. En el derecho inglés, por el contrario, se le permite al demandante elegir libremente entre la acción indemnizatoria o restitutoria (probablemente la que más convenga a sus intereses), pero no se permite la interposición conjunta de ambas²⁵. Así también se contempla en el § 42 comentario de los *Restatements*.

Entre nosotros, Barros defiende una solución similar a la del derecho inglés: “el concurso de acciones indemnizatoria y restitutoria es alternativo, esto es, se puede ejercer una u otra, pero no pueden ser acumuladas, porque actuar sobre los beneficios supone, en cierto sentido, condonar el ilícito”²⁶. Sin embargo, agrega Barros que la excepción la constituyen los casos en los cuales un mismo hecho tiene distintas calificaciones por afectar bienes jurídicos distintos, y posteriormente también señala los casos en los cuales el ilícito extracontractual requiere dolo (refiriéndose a las hipótesis de los artículos 1458 y 2316 del Código Civil), donde sostiene que es posible la concurrencia de la acción indemnizatoria con la de restitución de beneficios²⁷.

²⁴ BASOZÁBAL (1998) pp. 106-111.

²⁵ BURROWS (2007) p. 627.

²⁶ BARROS (2009) p. 66.

²⁷ BARROS (2009) pp. 76-77.

III. LA RECEPCIÓN Y DISCUSIÓN DE LA ACCIÓN EN EL DERECHO PRIVADO CHILENO

Una vez delineadas las principales características de la restitución de ganancias provenientes del derecho comparado, nos haremos cargo en esta sección de su recepción en el derecho privado chileno. El CC carece de una norma general que consagre la restitución de ganancias ilícitas en general. Sin embargo, al igual que en el caso del principio general del enriquecimiento injustificado, es posible identificar hipótesis típicas de restitución de ganancias ilícitas, tanto dentro del CC como en leyes especiales²⁸. Estos supuestos pueden clasificarse en cuatro grandes categorías:

- 1) Interferencias al derecho de propiedad sobre cosas corporales en el CC.
- 2) La acción de provecho por dolo ajeno (artículos 1458 y 2316 del CC).
- 3) Restitución de ganancias asociadas a infracciones al derecho de propiedad sobre cosas incorpóreas (propiedad industrial e intelectual).
- 4) Infracciones a deberes fiduciarios de directores de sociedades anónimas y el decurso por uso de información privilegiada.

1. LAS INTERFERENCIAS AL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE COSAS CORPORALES

En la regulación del derecho de dominio abordado por el CC, podemos identificar diversas hipótesis de restitución de ganancias no tratadas sistemáticamente. Díez Picazo, en relación con el derecho español, plantea una distinción entre dos grupos de casos de intromisiones en el derecho de propiedad ajena: (i) la utilización de bienes ajenos y (ii) el ejercicio indebido del *ius disponendi*²⁹. La utilización de bienes ajenos comprende la utilización de cosas ajenas, el *ius fruendi* u obtención de frutos naturales o civiles que la cosa ajena hubiere producido, y la utilización del bien para la creación o construcción de una cosa distinta³⁰. Por su parte, el segundo grupo de supuestos comprende aquellos casos en los cuales la facultad de disposición sobre un bien es ejercitada por un sujeto que carecía de la facultad para disponer de la cosa, y un tercero adquiere la posesión de ella por encontrarse de buena fe, amparándose en la protección de la apariencia³¹. A continuación, se describen los casos que pueden identificarse dentro del CC.

a. *La acción del dueño del terreno en contra de quien descubre un tesoro (art. 626)*

El artículo 626 establece que el tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá en partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que hizo el descubrimiento, pero solo en caso que el descubrimiento haya sido fortuito o que quien hizo el descubrimiento haya contado con el permiso del dueño. En esta hipótesis, la ganancia determinada por el tesoro

²⁸ Un catálogo de estas acciones en el derecho chileno puede encontrarse en MOMBERG (2015), aunque comprende también hipótesis propias del derecho público en las que se establecen multas calculadas sobre la base de las ganancias obtenidas por el infractor.

²⁹ DÍEZ PICAZO (2011) pp. 178-187.

³⁰ DÍEZ PICAZO (2011) p. 178. Más sobre esto en el reciente trabajo de BECH (2018).

³¹ DÍEZ PICAZO (2011) p. 186.

se restituye en su totalidad al titular del derecho de propiedad, a menos que el descubrimiento haya sido fortuito o que quien realiza el descubrimiento haya solicitado la autorización previa. La acción que el artículo 626 le otorga al dueño del terreno donde se realiza el descubrimiento no puede tener un carácter indemnizatorio, puesto que se trata precisamente de un supuesto de **creación de riqueza**, que no genera perjuicio alguno para el dueño. La norma establece una solución al conflicto entre, por una parte, la pretensión legítima del dueño del terreno de apropiarse del descubrimiento, y por la otra, la pretensión (en principio, también legítima) de quien realiza el descubrimiento de apropiarse de la cosa.

Debe tenerse presente que se trata de objetos que “han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño” (art. 625). Si las cosas están sepultadas o escondidas, ello supone que quien realiza el descubrimiento invirtió su tiempo y trabajo en la búsqueda del tesoro. La norma se inclina claramente a favor del dueño, y en razón de la exclusividad del dominio, puede demandar a quien realiza el descubrimiento la restitución de todo el tesoro. La ilicitud de la conducta se determina por la invasión del derecho de propiedad del demandante, dado que la acción supone que quien realiza el descubrimiento no contaba con la autorización del dueño para la búsqueda del tesoro, o fue fortuita. Se trata entonces de una acción restitutoria de ganancias de utilización de bienes ajenos, en la cual el demandado debe devolver todas las ganancias obtenidas como consecuencia de la vulneración del derecho de propiedad del demandante, sin requerir imputación subjetiva del descubridor. No obstante, se establece que si el descubrimiento es fortuito, la división será en partes iguales. Misma solución adoptada por el legislador en caso de que la búsqueda hubiese contado con la autorización del dueño del terreno.

b. La accesión de cosas muebles a inmuebles (arts. 668 y 669)

Resulta bastante claro que las reglas de accesión de los artículos 668 y 669 del CC aplican criterios asociados al enriquecimiento injustificado³². En el artículo 668, el dueño que edifica en su terreno con materiales ajenos debe pagar al dueño de los materiales su “justo precio, u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud”, debido a que se hará dueño de los materiales ajenos por incorporarse a su terreno. De tal manera que nos encontramos con una hipótesis clara de restitución de ganancias obtenidas mediante la comisión de un acto ilícito. La ilicitud de la conducta por parte del dueño del terreno consiste en la utilización de materiales ajenos sin haber solicitado la autorización previa correspondiente. Tan clara resulta la conducta ilícita del dueño del terreno que el inciso segundo de la norma establece una hipótesis tipificada de responsabilidad extracontractual en caso de haber actuado con culpa (sin una “justa causa de error”), y responsabilidad penal para el caso de que haya actuado con dolo³³. Pero respecto a la acción restitutoria establecida en el inciso

³² Véase, por ejemplo, PEÑAILILLO (2006) p. 208. Así también lo ha entendido la Corte Suprema en *CISTERNAS CON LOREN* (2012) cons. 7°.

³³ Por ello es que, a mi juicio, se equivoca la Corte Suprema en la sentencia recién citada cuando sostiene que para que opere la acción restitutoria “resulta necesario que no exista entre las partes una relación patrimonial, ya sea derivada de un contrato, de un hecho ilícito o de la mera ley” (*CISTERNAS CON LOREN* (2012) cons. 7°). La acción restitutoria es perfectamente compatible con la existencia de un hecho ilícito, tal como el mismo texto del art. 668 inc. 2° lo demuestra.

primero del artículo 668, no se requiere imputación subjetiva. Al demandante le basta probar la titularidad de dominio sobre los materiales utilizados y que el demandado carecía de autorización para la utilización de los materiales, esto es, ausencia de un contrato que legitime la utilización del bien (como una compraventa o permuta).

La técnica entonces del artículo 668 inciso primero corresponde a la solución adoptada por la doctrina alemana de la atribución o pago de regalías (*royalty fees*): el infractor debe pagar a la víctima del ilícito una compensación correspondiente a la suma que debería haber pagado para obtener la autorización del dueño de los materiales. Ello explica la referencia al “precio justo” de la disposición jurídica, en la medida que ello permite poner a la víctima en la misma posición en que se encontraría de haber el dueño del terreno contratado con ella desde un comienzo. Así las cosas, se presentan los aspectos característicos de la acción restitutoria de ganancias ilícitas: no se requiere imputación subjetiva, el demandado ha cometido un acto ilícito, y el remedio consiste en la restitución de las ganancias obtenidas por el infractor. Lo anterior demuestra que resulta inadecuado comprender la acción del artículo 668 como una indemnización por lucro cesante, toda vez que se impone una venta forzada para el dueño de los materiales que no necesariamente habría estado dispuesto a aceptar. En este sentido, el remedio es restitutorio porque solo atiende a las ganancias obtenidas por el infractor, que consisten en haberse ahorrado el gasto de negociar con la víctima.

El artículo 669 regula la situación inversa, esto es, la del sujeto que construye en terreno ajeno sin autorización del dueño. Aquí nuevamente el enriquecimiento injustificado permite corregir el enriquecimiento que se presenta esta vez para el dueño del terreno, el cual mediante el modo de adquirir accesión se beneficiará con la construcción no consentida. Aquí se distinguen dos situaciones distintas. Por una parte, el inciso primero regula el caso de quien construye en terreno ajeno sin conocimiento del dueño, en cuyo caso la norma le otorga una opción al dueño: puede “hacer suyo el edificio” pagando las indemnizaciones correspondientes a las prestaciones mutuas en la acción reivindicatoria, o puede optar por demandar al constructor el pago del justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder. Por otra parte, el inciso segundo regula el caso de quien construye en terreno ajeno “a ciencia y paciencia del dueño”, caso en el cual el dueño debe pagar el valor total del edificio construido.

La redacción del inciso primero de la disposición ha dado lugar a una importante dificultad interpretativa. Dada la expresión utilizada por el legislador de “hacer suyo el edificio”, Ramos Pazos ha planteado que mientras el dueño no ejerza la opción que le otorga la norma, el constructor es el dueño de la cosa bajo la condición resolutoria de que el dueño del terreno ejerza la primera opción pagando las indemnizaciones correspondientes, momento en el cual el dueño del terreno adquiere por accesión el dominio de la cosa³⁴. La interpretación ha sido acogida en general por la jurisprudencia³⁵. En contra, Atria sostiene que esta interpretación es “insostenible”, debido a la inconsistencia con la solución del Código en el artículo 668, en la cual se trataría de manera menos favorable al dueño que cons-

³⁴ RAMOS PAZOS (1985) p. 145.

³⁵ ROJAS CON DÍAZ (2016).

truye con materiales ajenos. Por ello, propone que “hacer suyo el edificio” y “recobrarlo” aquí significa en realidad darle la posibilidad al dueño de recuperar el uso y goce de la cosa, que se encuentra en manos del constructor³⁶.

Sin pretender agotar el debate sobre este punto, podemos aquí partir de la base de que el constructor incurre también en una conducta ilícita, en la medida que construye en un terreno sin autorización previa de su dueño. En tal evento, si el dueño del terreno opta por exigirle al constructor que le pague el “justo precio del terreno” se tratará de una acción restitutoria de ganancias ilícitas, en la medida que el constructor se apropia de un terreno sin obtener autorización de su dueño y el remedio restitutorio opera bajo la lógica del “justo precio”, similar a la solución adoptada por el artículo 668. Por otra parte, si el dueño del terreno opta por la primera opción de “hacer suyo el edificio” (o recuperar el uso y goce del terreno), quien deberá restituir ganancias será el propio dueño del terreno, de acuerdo a las normas sobre prestaciones mutuas para el caso del poseedor vencido.

En esta hipótesis es el propio demandante (el dueño del terreno) quien debe restituir las ganancias al constructor como condición para “hacerse dueño” del edificio. Desde luego que la interpretación de Atria permite entender la razón por la cual tendría sentido para el dueño ejercer la acción: para recuperar el uso y goce del inmueble. Como condición para que ello ocurra, el CC establece que el dueño deberá pagar las indemnizaciones que correspondan según las reglas sobre prestaciones mutuas. Bajo el ejercicio de esta opción, a mi juicio, no hay un supuesto de restitución de ganancias ilícitas en el sentido que hemos aquí adoptado, sino de enriquecimiento injustificado con un desplazamiento patrimonial. La situación se asemeja a la de quien paga lo que no debe: un sujeto (el dueño del terreno) se enriquece a expensas de otro (el constructor) en virtud del principio *superficies solo cedit*, por lo cual la acción restitutoria corrige el desplazamiento patrimonial que se produce entre quien construye y el dueño del terreno.

Lo anterior resulta también aplicable a la hipótesis contemplada en el inciso segundo del artículo 669. Al igual que en el caso anterior, es el dueño quien debe restituir los beneficios que le importan la construcción no consentida. La diferencia radica exclusivamente en que el tratamiento al dueño en el caso del inciso segundo del artículo 669 es menos privilegiado, en la medida que deberá pagarle al constructor el valor total del edificio. Si bien la doctrina tradicional entiende que en este caso opera la tradición como modo de adquirir el dominio, en virtud de que el inciso segundo supondría consentimiento por parte del dueño para la construcción del edificio³⁷, se ha sostenido que la acción debe comprenderse como una hipótesis de enriquecimiento injustificado³⁸. El punto radica en que precisamente el constructor no tiene una acción de restitución de ganancias en contra del dueño del terreno; solo podrá exigir el pago de la compensación en la medida en que el dueño lo demande para recuperar el uso y goce del edificio³⁹.

³⁶ ATRIA (2004) p. 27. En el mismo sentido GONZÁLEZ (2017) p. 245.

³⁷ CLARO SOLAR (1932) pp. 230 y ss.

³⁸ GONZÁLEZ (2017) p. 249.

³⁹ Esto se detecta adecuadamente en GONZÁLEZ (2017) p. 251 nota 111. También la Corte Suprema: *FROHLICH CON DIETZ* (2002), sentencia de reemplazo, cons. 7°.

De manera tal que, al igual que en el caso de la primera opción que le otorga al dueño el artículo 669 inciso 1°, en el caso del inciso 2° no hay propiamente una acción de restitución de ganancias ilícitas, sino más bien una acción de enriquecimiento injustificado. En suma, la acción del artículo 668 del constructor contra el dueño que construye en terreno propio con materiales ajenos, y la acción del dueño del terreno en contra de quien construye en terreno ajeno sin conocimiento del dueño para que pague el justo precio del terreno con los intereses legales, constituyen hipótesis tipificadas de restitución de ganancias ilícitas en el sentido que aquí se ha venido utilizado.

c. Las obligaciones restitutorias del poseedor vencido en acción reivindicatoria (arts. 906 y 907)

El artículo 906 del CC establece en primer término que el poseedor vencido de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa. Luego, el inciso 2° de la norma establece que “[e]l poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, **sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos**; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo” [énfasis añadido]. De manera tal que regla general establecida por la norma es que el poseedor de buena fe no es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa reivindicada. Esta regla se justifica en razón de que el poseedor, al encontrarse de buena fe, goza de la presunción de dominio, por lo cual puede comportarse como dueño y sufrir el deterioro de la cosa⁴⁰.

La excepción la constituye el caso en el cual el poseedor de buena fe **se hubiere aprovechado** del deterioro de la cosa. La norma no se refiere a los frutos que produce la cosa, que quedan regulados en el artículo 907, sino a los beneficios que el poseedor hubiere obtenido como consecuencia del deterioro de la cosa. Tal como lo señala Javier Barrientos, la referencia a **en cuanto se hubiere aprovechado de ellos** debe entenderse de la misma manera que las normas del CC que se refieren a **hacerse más rico** [*si locupletior factus est*], como el caso del invasor de buena fe de herencia ajena (art. 1267) o la acción de nulidad dirigida en contra del incapaz (art. 1688)⁴¹. Así las cosas, el dueño reivindicante tendrá acción en contra del poseedor vencido de buena fe por los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa **en la medida en que haya obtenido un provecho o beneficio** como consecuencia del deterioro de la cosa. De manera tal que se trata de una acción claramente restitutoria, ya que, si bien se trata de un **deterioro** sufrido por la cosa, la medida del remedio se determina por los beneficios obtenidos por el demandado, y dichos beneficios fueron obtenidos como consecuencia de la intromisión en el derecho de propiedad del dueño reivindicante. Nos encontramos aquí entonces con una nueva hipótesis tipificada de restitución de ganancias ilícitas, en la cual es irrelevante que el sujeto se haya encontrado de buena fe; debe, igualmente, restituir las ganancias obtenidas a partir de su interferencia con el derecho de propiedad del verdadero dueño.

⁴⁰ BARRIENTOS (2016) pp. 1052-1053.

⁴¹ BARRIENTOS (2017) pp. 76-87.

Por otra parte, el artículo 907 del CC obliga al poseedor vencido de mala fe a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa reivindicada. La regla permite al dueño de la cosa solicitar la restitución de las ganancias obtenidas por el poseedor vencido sin requerir daño, por el solo hecho de ser el verdadero dueño y el poseedor encontrarse de mala fe. Por ende, se trata también de una hipótesis de restitución de ganancias o *condictio* por intromisión. En este caso, la acción exige como requisito de procedencia que el poseedor se encuentre de mala fe, por lo cual constituye a una excepción por cuanto las acciones restitutorias de ganancias por regla general no requieren imputación subjetiva del demandado.

La regla del artículo 907 resulta interesante además por obligar a restituir al poseedor de mala fe no solo los frutos efectivamente obtenidos como consecuencia del uso y goce de la cosa, “sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder”. Establece entonces un estándar muy exigente con el poseedor de mala fe, en el cual podría ser obligado a restituir más de lo que efectivamente haya percibido en poder de la cosa. Desde el punto de vista restitutorio (y no sancionatorio o preventivo), la norma puede ser criticable, en tanto se obliga al demandado a restituir más que los beneficios o ganancias efectivamente percibidos. El remedio podría ser superior al enriquecimiento del demandado.

d. La acción reivindicatoria en contra de quien enajenó la cosa (art. 898)

Por último, cabe mencionar el caso de la acción reivindicatoria en contra de quien enajenó la cosa, por la restitución del valor que haya recibido por ella, contemplada en el artículo 898. Como explica Birks, las acciones propietarias generalmente no constituyen acciones restitutorias, en la medida que reivindicar el derecho de dominio preexistente del titular del derecho⁴². El derecho de la restitución, en cambio, genera una nueva obligación de restituir. En el caso del artículo 898, la obligación en naturaleza de la acción reivindicatoria ya no es posible por haberse enajenado la cosa. Nace, como consecuencia de ello, una nueva obligación restitutoria de ganancias⁴³. En este caso, la ganancia equivale al monto que quien la enajenó hubiese efectivamente recibido. Señala además la norma que en caso de que se haya enajenado a sabiendas de que la cosa era ajena, el demandado estará obligado a indemnizar todo perjuicio. Ello podría constituir un caso más de acumulación de la acción restitutoria con la indemnizatoria, condicionando esta última a la existencia de dolo, al igual que en el caso del artículo 668 ya mencionado⁴⁴. Con todo, también es posible sostener que se trata de

⁴² BIRKS (1985) pp. 13-16.

⁴³ En el mismo sentido se pronuncia José Pablo Vergara, en VERGARA (1987) p. 7. Véase también BARROS (2009) p. 26 nota 20.

⁴⁴ Aunque es posible argumentar que la norma no admite acumular ambos remedios, por cuanto la historia de la ley parece sugerir que la restitución de ganancias sería aplicable solo en el caso de quien poseía de buena fe, mientras que, si se poseía de mala fe, solo sería procedente la indemnización de perjuicios. Particularmente relevante sería la expresión del artículo 1045 del Proyecto de 1853, el cual indicaba que el reivindicador no tendrá derecho a “ser indemnizado dos veces por un mismo perjuicio”. Véase BARRIENTOS (2018) pp. 273-274. Agradezco a un revisor anónimo esta aguda observación.

dos acciones distintas: una restitutoria respecto del poseedor vencido de buena fe, y otra de responsabilidad extracontractual en contra del poseedor de mala fe⁴⁵.

2. LA ACCIÓN DE PROVECHO POR DOLO AJENO (ARTS. 1458 Y 2316)

Se ha planteado que las acciones de provecho por dolo ajeno contempladas en los artículos 1458 y 2316 del CC tendrían una naturaleza restitutoria, y por ello deberían también considerarse como casos de restitución de ganancias⁴⁶. Este planteamiento fue acogido recientemente por la Corte Suprema a partir de los casos relacionados con el escándalo financiero de Inverlink⁴⁷. La particularidad que tienen estas normas es que la acción se dirige en contra de un tercero inocente por el provecho que obtuvo, y no en contra de quien cometió el ilícito. Sin embargo, otra parte de la doctrina sostiene que estas acciones tendrían una naturaleza indemnizatoria, atendiendo a la historia de la norma y su tenor literal⁴⁸.

La naturaleza jurídica de estas acciones no solo es importante para determinar las distintas reglas aplicables (plazos de prescripción, requisitos de procedencia, etc.), sino también para determinar la posibilidad de la acumulabilidad entre esta acción contra el tercero inocente y una eventual acción indemnizatoria en contra de quien fraguó el dolo. Cabe señalar que esta acción indemnizatoria es eventual puesto que, como toda acción restitutoria, no se requiere la existencia de daño para que sea procedente. Gran parte de la doctrina sostiene que ambas acciones son distintas y que, por lo tanto, no habría obstáculo alguno para que el demandante interponga la acción restitutoria y, adicionalmente, interponga la respectiva acción indemnizatoria⁴⁹. Barros, por su parte, sostiene que dada la exigencia de algún tipo de intencionalidad en el ilícito (dolo), “es natural entonces que concurra la pretensión indemnizatoria con la de restitución de beneficios”⁵⁰, argumento que puede ser reforzado con referencia a la acumulabilidad de acciones de los artículos 668 u 898 analizados más arriba. Sin embargo, la concurrencia de ambas acciones puede resultar problemática, en atención a que debiera evitarse que el demandado se vea obligado a efectuar un doble pago al demandante⁵¹.

3. LA RESTITUCIÓN DE GANANCIAS ASOCIADAS AL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE COSAS INCORPORALES (PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL)

Un tercer grupo de casos lo constituyen las normas relativas a la protección de la propiedad industrial e intelectual. Por una parte, el artículo 108 de la Ley N° 19.039 de

⁴⁵ VERGARA (1987) p. 7.

⁴⁶ BARROS (2006) p. 932; PINO (2016) pp. 256-257; PIZARRO (2009) p. 682.

⁴⁷ Véase especialmente *CORFO CON ENERGAS S.A.* (2013) y *CORFO CON I. MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA* (2013). También el Tribunal Constitucional parece compartir esta tesis de la Corte Suprema, al resolver una reciente acción de inaplicabilidad de los artículos 1458 y 2316. *BAT CON CORFO* (2018), cons. 6°.

⁴⁸ BARRIENTOS (2016) p. 1068; DOMÍNGUEZ (2009) pp. 221-222.

⁴⁹ PIZARRO (2009) p. 682.

⁵⁰ BARROS (2009) pp. 76-77.

⁵¹ PINO (2016) pp. 258-264. Véase en el mismo sentido MOMBERG (2017) p. 431, aplicado a la acción de restitución de ganancias por incumplimiento contractual.

Propiedad Industrial acoge el sistema alemán denominado del “triple cómputo”⁵², estableciendo que la indemnización de perjuicios ocasionados por la infracción al derecho de propiedad industrial puede determinarse conforme a las reglas generales, o de acuerdo a “las utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción” (letra b), o la suma equivalente a “el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia” (letra c). Sin perjuicio de que la norma señale que se trata de un mecanismo para determinar la indemnización de perjuicios, la hipótesis de la letra b) ha sido calificada por la doctrina como restitutoria⁵³, y así también lo ha entendido recientemente el Tribunal Constitucional en dos sentencias⁵⁴. En tanto la norma permite al demandante exigir la restitución de todas las ganancias obtenidas por el demandado como consecuencia de la infracción al derecho de propiedad industrial, se trata claramente de un mecanismo restitutorio. En este caso, la posibilidad de acumular la acción restitutoria con la indemnizatoria se encuentra prohibida expresamente, al requerirse que el demandante deba elegir entre alguno de estos tres mecanismos de cálculo de la “indemnización”⁵⁵. La norma además no requiere grado alguno de imputación subjetiva para que sea procedente la restitución de ganancias. El fundamento de la hipótesis se asocia a un fin preventivo, ya que la indemnización compensatoria o el pago de la licencia en muchos casos puede resultar insuficiente⁵⁶. Sorprendentemente, en las dos sentencias recién mencionadas del Tribunal Constitucional, se consideró inaplicable esta forma de cálculo por inconstitucionalidad, debido a que vulneraría el principio de proporcionalidad⁵⁷. No es este el lugar para efectuar un análisis detallado de estas sentencias⁵⁸. Pero después de ello, no queda claro si la norma considerada en abstracto resulta inaplicable a cualquier infracción de propiedad industrial, o si, dadas las circunstancias del caso particular sometido a la jurisdicción de la Corte, la norma fue declarada inaplicable **para este caso**⁵⁹.

Respecto al método de cálculo contemplado en la letra c) del artículo 108, el asunto es más discutible. Como señala el Tribunal Constitucional al respecto, el deslinde entre el lucro cesante y el enriquecimiento ilícito en la norma “no es claro y nítido”⁶⁰. ¿Se trata de la indemnización compensatoria equivalente al lucro cesante, esto es, lo que el demandante dejó de percibir a título de licencias⁶¹, o se trata de una restitución del beneficio obtenido

⁵² BASOZÁBAL (1997).

⁵³ BARRÍA (2017) p. 206; BARRIENTOS (2008).

⁵⁴ *ASTUDILLO CON COMPAÑÍA MINERA TECK QUEBRADA BLANCA S.A.* (2014) y *ASTUDILLO CON CODELCO* (2014).

⁵⁵ Desde esta perspectiva, la norma ha sido criticada: “se ha defendido la idea de que una acción de restitución compatible con la indemnización de perjuicios (...) constituye un instrumento disuasivo más potente y de mayor entidad cuantitativa en la lucha contra las infracciones a la propiedad intelectual que aquellas sometidas a un régimen de incompatibilidad”. BARRÍA (2017) p. 207.

⁵⁶ BARRÍA (2017) p. 196.

⁵⁷ *ASTUDILLO CON COMPAÑÍA MINERA TECK QUEBRADA BLANCA S.A.* (2014) cons. 37°. La misma conclusión en *ASTUDILLO CON CODELCO* (2014) cons. 39°.

⁵⁸ Un intento de ello en PINO (2015).

⁵⁹ Esta última pareciera ser la postura del Tribunal especialmente en *ASTUDILLO CON CODELCO* (2014).

⁶⁰ *ASTUDILLO CON COMPAÑÍA MINERA TECK QUEBRADA BLANCA S.A.* (2014) cons. 29°; *ASTUDILLO CON CODELCO* (2014) cons. 30°.

⁶¹ En el derecho español, esta interpretación se plantea en CARRASCO (1987) pp. 1143-1144.

por el demandante, como consecuencia de su infracción?⁶² Desde el punto de vista de este trabajo, la calificación de restitutoria de la hipótesis no resulta problemática. En primer lugar, porque el remedio corresponde precisamente al tipo de remedio contemplado por la doctrina alemana para los casos de intromisión en derecho ajeno⁶³. Y en segundo lugar, porque el remedio también corresponde a la técnica empleada por las hipótesis tipificadas en el CC que han sido identificadas aquí como restitución de ganancias, por ejemplo en la referencia al “justo precio” de los artículos 668 y 669⁶⁴.

Por otra parte, el artículo 85 E de la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual establece que para “determinar el perjuicio patrimonial el tribunal considerará, entre otros factores, el valor legítimo de venta al detalle de los bienes sobre los cuales recae la infracción. El tribunal podrá, además, condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido, que sean atribuibles a la infracción y que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios”. Al igual que en el caso del artículo 108 de la Ley de Propiedad Industrial, la redacción de la norma parece no ser la más adecuada, dando a entender que el tribunal puede condenar al infractor a restituir las ganancias que haya obtenido “para determinar el perjuicio patrimonial”. Esta interpretación literalista de la norma es rechazada por la doctrina, que ha entendido que se trata de una hipótesis claramente restitutoria⁶⁵. Nuevamente nos encontramos ante una hipótesis que establece la posibilidad de restituir ganancias ilícitas. Sin embargo, la redacción de la norma es un tanto distinta de la del artículo 108 de la Ley de Propiedad Industrial, en la medida que en este caso se faculta al tribunal para decretar la restitución de ganancias, y no a la víctima para que opte por ello.

Barría sostiene que este artículo 85 E de la Ley de Propiedad Intelectual está mejor diseñado que el artículo 108, “al integrar dos herramientas disuasorias autónomas en contra de las infracciones a los derechos de autor”⁶⁶. Bajo esta interpretación, conforme a esta norma la víctima tendría a su disposición la acción indemnizatoria y adicionalmente la acción restitutoria de ganancias. Sin embargo, la redacción del texto no es del todo clara. Se sostiene que el tribunal “podrá” condenar al infractor a pagarle a la víctima las ganancias obtenidas. Surge entonces la pregunta de si el tribunal en virtud de la norma puede actuar de oficio o requiere necesariamente solicitud de parte. A mi juicio, dada la redacción de la norma, el juez podría ordenar la restitución de ganancias incluso sin que ello haya sido solicitado por la víctima, y no debiera incurrir en la causal de *ultra petita*. Adicionalmente a ello, habría que determinar bajo qué circunstancias los jueces “pueden” decretar esta restitución de ganancias (sea a petición de parte o por iniciativa del propio tribunal). La norma pareciera otorgarle un ámbito de discrecionalidad a los jueces para determinar la procedencia de la restitución. También es importante tener en cuenta la expresión “condenar” utilizada por la norma, que podría sugerir un criterio de intencionalidad o dolo para efectos

⁶² Esta discusión se ha desarrollado en el derecho inglés a partir del ya citado caso *WROTHAM PARK ESTATES LTD. v PARKSIDE HOMES LTD.* (1973). Véase *supra* II.2.

⁶³ Véase *supra* II.2.

⁶⁴ Véase *supra* III.1.b.

⁶⁵ BARRÍA (2017) p. 201; CORRAL (2013) p. 336.

⁶⁶ BARRÍA (2017) p. 207.

de decretar la restitución de ganancias. Ello también podría acarrear un eventual juicio de constitucionalidad, al igual que ocurrió en el caso del artículo 108 letra b).

Por último, en relación con la supuesta acumulabilidad de acciones indemnizatoria y restitutoria que permitiría el artículo 85 E, cabe tener presente la limitación que contempla la norma, al señalar que el juez puede ordenar la restitución de las ganancias “que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios”. ¿Qué significa esto? Sin duda que hay compatibilidad formal entre las dos acciones. La pregunta abierta es determinar entonces en qué medida el monto de las ganancias habría sido o no considerado para calcular los perjuicios. La compatibilidad formal entre ambas acciones no significa que no deba tomarse en cuenta al momento de determinar ambos remedios.

4. LA RESTITUCIÓN DE GANANCIAS POR INFRACCIONES A DEBERES FIDUCIARIOS DE DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS Y EL DECOMISO POR USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

Por último, un cuarto grupo de casos lo constituyen las normas relativas a la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas por infracción al deber de lealtad. A este efecto, el artículo 42 N° 7 de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas establece que en el caso de infracciones a los números 5, 6 y 7 de la misma norma “los beneficios percibidos por los infractores ... pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio”. Asimismo, el artículo 147 N° 7 de la misma ley establece que en el caso de realización de operaciones con partes relacionadas, la sociedad o los accionistas tendrán derecho a demandar “el reembolso en beneficio de la sociedad de una suma equivalente a los beneficios que la operación hubiera reportado a la contraparte relacionada, además de la indemnización de los daños correspondientes”. Por último, el artículo 148 inciso 3° de la misma ley establece una similar regulación para el caso de un director (e incluso accionista) que se apropie de una oportunidad comercial que pertenece a la sociedad. La doctrina chilena ha reconocido estas hipótesis como “una concreción del principio general de derecho referido a la interdicción del enriquecimiento injusto”⁶⁷. Manuel Bernet, en un interesante artículo vincula esta acción de reembolso precisamente con la restitución de ganancias ilícitas (aunque previo a la reforma establecida por la Ley N° 20.382, de 20 de octubre de 2009, lo cual no obsta a sus conclusiones)⁶⁸. En este grupo de casos, la restitución de ganancias adopta el carácter de complementario a la indemnización de perjuicios, por lo que eventualmente podrían demandarse ambos remedios conjuntamente.

Por último, el artículo 172 inciso tercero de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores establece una acción restitutoria a favor del Estado en contra de quien haga uso de información privilegiada. Señala la disposición: “Las personas que hayan actuado en contravención a lo establecido en este Título, deberán entregar a beneficio fiscal, cuando no hubiere otro perjudicado, toda utilidad o beneficio pecuniario que hubieren obtenido a través de transacciones de valores del emisor de que se trate”. La Corte de Apelaciones de Santiago, en dos sentencias confirmadas por la Corte Suprema, recientemente calificó esta

⁶⁷ VIDAL (2011) p. 179; ALCALDE (2013) p. 266.

⁶⁸ BERNET (2007) p. 145.

acción como restitutoria⁶⁹. La particularidad aquí desde la perspectiva del marco teórico aquí planteado, es que el titular de la acción no es un particular, sino el Fisco. Ello ha dado lugar a algunos para sostener que se trata más bien de una norma de carácter penal o sancionatorio⁷⁰. No es este el lugar para un análisis detallado de esta hipótesis⁷¹, pero cabe señalar que la técnica empleada por el legislador corresponde a una técnica propia del derecho civil, como es la restitución de ganancias. El hecho que sea el Fisco el titular de la acción no obsta a dicha calificación de la acción. Sin embargo, persisten algunas preguntas interesantes a propósito de esta acción. Por ejemplo, ¿es aplicable el artículo en el caso de que el infractor obtenga ganancias superiores a los montos en que hubiere perjudicado a los afectados? ¿Podría el Estado perseguir el saldo de ganancias en este evento? ¿Qué significa “cuando no hubiere otro perjudicado”? ¿Debe el Fisco demostrar que no existe otro perjudicado para que sea procedente la acción?

IV. LAS INTERROGANTES QUE SUSCITA LA RESTITUCIÓN DE GANANCIAS ILÍCITAS EN EL DERECHO PRIVADO

Ahora bien, una vez calificados los supuestos de la forma indicada, deben enfrentarse algunos problemas que se presentan en la mayor parte de estas hipótesis de restitución de ganancias, que en gran parte han sido enunciados en la discusión de la sección anterior. Estos problemas pueden sistematizarse del siguiente modo:

1. LA NATURALEZA SUBSIDIARIA DE LAS ACCIONES RESTITUTORIAS

En general, la mayoría de los ordenamientos jurídicos continentales (a excepción de Alemania) conciben las acciones restitutorias o *actio in rem verso* como subsidiarias⁷². Lo cierto es que esta supuesta naturaleza subsidiaria de las acciones de enriquecimiento ha generado diversos problemas. En cierta medida, es necesario algún grado de subsidiariedad de estas acciones, puesto que de lo contrario la acción tendría alcances inabarcables. ¿Debiera tener entonces la acción de restitución de ganancias ilícitas una naturaleza subsidiaria? Esta subsidiariedad en algunas de las hipótesis examinadas no se acoge expresamente, como ocurre en el caso del artículo 668 del CC o el artículo 108 de la Ley de Propiedad Industrial. Sin embargo, en otros casos se plantea la acción con algún grado de subsidiariedad, como en el caso del artículo 898 (solo en la medida que el dueño no disponga de la acción reivindicatoria para recuperar la cosa), el artículo 172 inciso 3° de la Ley de Mercado de Valores (solo si no hubiere otros perjudicados), y discutiblemente en el caso del artículo 85 E de la Ley de Propiedad Intelectual. Al estudiar estas acciones en el contexto de la restitución de ganancias, se puede determinar específicamente si es posible o no justificar algún grado de subsidiariedad de la acción.

⁶⁹ *FISCO DE CHILE CON IRARRÁZABAL URETA* (2016) y *FISCO DE CHILE CON EBEN ARESTI* (2016).

⁷⁰ Véase SALAH (2004) p. 211, donde se sostiene que la acción “persigue simplemente un afán sancionatorio más bien ajeno al derecho de la responsabilidad civil”.

⁷¹ Un intento de ello en PINO (2018) pp. 505-524.

⁷² Véase arts. 1303-3 del nuevo Código Civil francés y 1795 del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina. En derecho español, véase OROZCO (2015) pp. 339-344. En doctrina chilena, véase PEÑAILILLO (1996) pp. 24-27.

2. LA CONCURRENCIA Y COMPATIBILIDAD CON LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Dado que la restitución de ganancias ilícitas surge como consecuencia de la comisión de un ilícito, el sistema jurídico normalmente responderá con una acción indemnizatoria y una acción restitutoria (en ciertos casos, también, con una acción penal). En el supuesto de que exista compatibilidad formal entre ambas acciones, ¿existe alguna relación entre ambas? ¿Puede imputarse lo pagado en razón de una acción indemnizatoria a lo que deba pagarse en razón de una acción de restitución de ganancias? Respecto a este punto, el universo de respuestas es diverso⁷³. Algunos supuestos nada dicen (por ejemplo, la acción de provecho por dolo ajeno), otros permiten la acumulabilidad expresamente (por ejemplo, el artículo 668 del CC, y las normas de la Ley de Sociedades Anónimas) y otros la prohíben expresamente (por ejemplo, el artículo 108 de la Ley de Propiedad Industrial que obliga a elegir entre una de ellas al demandante). Resulta interesante aquí destacar la técnica empleada por el artículo 85 E de la Ley de Propiedad Intelectual, así como el artículo 172 inciso 3° de la Ley de Mercado de Valores, ya que permiten la acumulación de ambas acciones, pero tomando en cuenta lo que deba pagarse en una y otra, lo que evita, a mi juicio, que el demandante obtenga un doble pago.

3. LA RELEVANCIA DE LA CULPA DE LA VÍCTIMA

La relevancia de la culpa de la víctima es un aspecto discutido en general respecto de las acciones restitutorias. La codificación reciente de Francia reconoce en la culpa de la víctima un efecto mitigador de la acción restitutoria (art. 1303-2), cuestión que había sido largamente discutida en Francia hasta antes de la reforma⁷⁴. Por otra parte, si bien difícilmente la culpa del demandante podría ser un obstáculo para dar lugar a la acción, el criterio podría ser relevante para determinar el *quántum* del remedio, desde la perspectiva de la causalidad. ¿Podría entonces asignarse a la culpa de la víctima un efecto mitigador de la acción de restitución de ganancias ilícitas como regla general en Chile? Las hipótesis tipificadas omiten cualquier mención sobre el punto, por lo cual se trata de un problema netamente doctrinario, pero respecto al cual ha habido poca discusión en derecho chileno⁷⁵.

4. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DEL DEMANDADO

La mayoría de las hipótesis restitutorias no requieren de imputación subjetiva del demandado como requisito de procedencia. Ello es particularmente notorio en los casos de intromisión en derechos de propiedad. Sin embargo, en algunos casos de restitución de ganancias el remedio supone algún grado de intencionalidad por parte del demandado. Así, por ejemplo, nos encontramos con el artículo 907 del CC (poseedor de mala fe), o la acción de provecho por dolo ajeno que requiere la concurrencia de dolo por parte de quien fraguó el dolo (si bien no lo requiere para el caso del tercero que está siendo demandado).

⁷³ Entre nosotros, véase BARROS (2009) pp. 30-31.

⁷⁴ DESCHEEMAEKER (2017) pp. 136-137.

⁷⁵ Lo que resulta llamativo en el caso de la litigación asociada al escándalo financiero *Inverlink* y la acción de provecho por dolo ajeno, en el cual habría sido un argumento particularmente convincente para bajar o incluso denegar el remedio restitutorio. Agradezco al profesor Álvaro Vidal este punto.

Este aspecto resulta particularmente relevante para determinar el fundamento de la acción restitutoria. Si se le asigna una función de carácter preventiva o disuasiva al remedio, puede ser importante establecer como requisito de procedencia del remedio algún grado de intencionalidad por parte del demandado.

5. LA EXTENSIÓN DEL REMEDIO

Como se señaló al comienzo de este trabajo, la doctrina alemana de la atribución establecía como remedio la medida del “justo precio”, o lo que el demandado debería haber pagado al demandante de haber seguido el cauce jurídico adecuado. Algunas de las hipótesis tipificadas por la legislación chilena se ajustan a esta medida (por ejemplo, los artículos 668 y 669 del CC, el artículo 108 letra c) de la Ley de Propiedad Industrial). Sin embargo, otras hipótesis establecen que deben restituirse todas las ganancias obtenidas como consecuencia de la comisión de un ilícito civil (v.gr., el artículo 907 del CC, el artículo 108 letra b) de la Ley de Propiedad Industrial, hipótesis contempladas en la Ley de Sociedades Anónimas). A primera vista y como regla general, la extensión que debiera tener el remedio debiera vincularse con el problema identificado en el párrafo anterior de la imputación subjetiva del demandado: si el demandado actuó sin dolo, resulta más aconsejable una restitución del “justo precio”; mientras que, si el sujeto actuó de manera intencional, debiera ser más adecuada la restitución de todas las ganancias. Lo anterior sigue el criterio de James Edelman, quien sostiene que la restitución de ganancias es necesaria cuando la sola restitución del justo precio o la acción indemnizatoria resulta insuficiente⁷⁶.

6. LA CAUSALIDAD

Finalmente, un aspecto que debe ser analizado en aquellas hipótesis en las que el demandado debe restituir todas las ganancias (y no el “justo precio”), es la causalidad. En las acciones de restitución de ganancias ilícitas el juicio de causalidad debe determinarse en relación con el evento ilícito causativo de la restitución, y su vinculación con los beneficios obtenidos por el demandado. Se trata en muchos casos de una labor ardua, en la medida que en muchos casos no existirá una vinculación directa entre los beneficios obtenidos por el demandado (por ejemplo, como consecuencia de una infracción a un derecho de propiedad industrial) y la comisión del ilícito. Si hay factores ajenos a la infracción (por ejemplo, esfuerzo propio, incorporación de ingredientes o modificación de fórmulas), ellos deben ser descontados del remedio restitutorio por carecer de conexión causal. De no descontarse estos gastos y esfuerzos del demandado, se estaría generando un enriquecimiento injustificado para el demandante al beneficiarse del trabajo o los gastos invertidos por el demandado, en una especie de agencia oficiosa⁷⁷.

⁷⁶ EDELMAN (2002) p. 83.

⁷⁷ Véase en el mismo sentido AMERICAN LAW INSTITUTE (2011) § 51 comentario h.

V. CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo ha sido identificar los supuestos en los cuales la legislación chilena ha contemplado expresamente como remedio la restitución de ganancias como consecuencia de la comisión de un ilícito civil. Si bien se trata de una figura proveniente del derecho comparado, desarrollada especialmente en el derecho alemán y anglosajón, se ha demostrado aquí que el derecho positivo chileno reconoce la existencia del remedio tanto dentro del CC como en diversas leyes especiales. Algunos de los supuestos acogidos por el derecho positivo chileno corresponden a hipótesis vinculadas a infracciones al derecho de propiedad, que constituye el ámbito tradicional de estas acciones en el caso de mejoras e intromisiones a derechos de propiedad ajena (en el caso de derechos de propiedad industrial e intelectual). En estos supuestos, el fundamento del remedio parece fundarse en el carácter absoluto del derecho de propiedad y el atributo de exclusividad. El remedio normalmente conduce al pago de un justo precio o regalías, y suele tener un carácter objetivo, al no requerir grado alguno de imputación subjetiva del demandado.

Sin embargo, también se han identificado otros supuestos no necesariamente vinculados al derecho de propiedad, en los cuales en general se obliga al demandado a restituir todas las ganancias obtenidas como consecuencia de su actuar ilícito. Estos supuestos suelen ir acompañados de una exigencia adicional de imputación subjetiva del demandado, generalmente de dolo. Ello permite justificar estos remedios sobre la base de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, y por otra parte con una finalidad preventiva o disuasoria. Estos grupos de casos aparecen relacionados con la existencia de deberes fiduciarios en el ámbito del derecho societario chileno.

Se trata de un remedio que ha sido poco estudiado por la doctrina chilena, no obstante su consagración legal en diversos cuerpos normativos. Si bien el ejercicio realizado por este trabajo podría ser calificado como meramente taxonómico, a mi juicio esta clasificación permite dar cuenta de una serie de problemas comunes a todos estos supuestos restitutorios. La clasificación de estos remedios como restitución de ganancias ilícitas permite abordar de manera más adecuada estos problemas, y en forma sistemática. Por lo demás, la calificación de un supuesto como restitutorio o indemnizatorio no es baladí; ello incide en los requisitos de procedencia, los plazos de prescripción, la relevancia de la culpa de la víctima y la extensión del remedio, entre otros aspectos. Un problema particularmente atinente es el de determinar la compatibilidad (o incompatibilidad) de este remedio con una eventual acción indemnizatoria, aspecto resuelto por el legislador solo en algunos de los supuestos tipificados. Por lo mismo, es importante efectuar la calificación de estos supuestos como restitución de ganancias ilícitas en el derecho privado chileno. Ello, adicionalmente, permite abrir la discusión en torno a la posibilidad de plantear la disponibilidad del remedio de restitución de ganancias ilícitas en supuestos no acogidos expresamente por la legislación chilena, como ocurre por ejemplo en el caso de la restitución de las ganancias obtenidas por el deudor como consecuencia de un incumplimiento contractual, figura reconocida en el derecho anglosajón⁷⁸, y que también ha sido recientemente discutida en Chile⁷⁹.

⁷⁸ Véase AMERICAN LAW INSTITUTE (2011) § 39; BURROWS (2007) pp. 663-677.

⁷⁹ A favor, MOMBERG (2017), en contra PRADO (2018).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2008): *Las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2013): *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law (Third) Restitution and Unjust Enrichment* (2011): (St Paul, American Law Institute).
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2004): “Adquisición de derechos reales”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez*, N° 1: pp. 21-56.
- BARKER, Kit (2014): “‘Damages Without Loss’: Can Hohfeld Help?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 34, N° 4: pp. 1-28.
- BARRÍA, Rodrigo (2017): “La función preventiva o disuasoria de la responsabilidad civil, a propósito de las Leyes de Propiedad Intelectual y de Propiedad Industrial”, en: del mismo *et al.* (edits.), *Presente y Futuro de la Responsabilidad Civil* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 177-213.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2016): *El Código Civil. Su jurisprudencia e historia*, Tomo II (Santiago, Thomson Reuters).
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2017): “Enriquecimiento injustificado y codificación: modelos y decisiones dogmáticas (siglo XIX)”, en DEL OLMO GARCÍA, Pedro y BASOZÁBAL ARRUE, Xabier (edits.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: Historia, derecho comparado y propuestas de modernización* (Navarra, Aranzadi) pp. 49-119.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier (2018): *Las condiciones en el Código Civil. El pago de lo no debido y otros supuestos de su procedencia* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2008): “El sistema indemnizatorio del triple cómputo en la Ley de Propiedad Industrial”, *Revista Ius et Praxis*, Año 14, N° 1: pp. 123-143.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS BOURIE, Enrique (2009): “Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual”, en MORALES, Antonio *et al.* (edits.), *Derecho de daños* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo) pp. 11-78.
- BASOZÁBAL ARRUE, Xabier (1997): “Método triple de cómputo del daño: La indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo L, Fasc. III: pp. 1263-1299.
- BASOZÁBAL ARRUE, Xabier (1998): *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* (Madrid, Civitas).
- BECH SERRAT, Josep Maria (2018): *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora* (Madrid, Aranzadi).
- BERNET PÁEZ, Manuel Antonio (2007): “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8: pp. 107-153.
- BIRKS, Peter (1985): *An Introduction to the Law of Restitution* (Oxford, Clarendon Press).
- BIRKS, Peter (1999): “Restitution for Wrongs”, en SCHRAGE, Eltjo J.H., *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution* (Berlin, Duncker & Humboldt, segunda edición) pp. 171-195.

- BIRKS, Peter (2005): *Unjust Enrichment* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- BURROWS, Andrew (2007): *The Law of Restitution* (Oxford, Oxford University Press, tercera edición).
- CARRASCO PERERA, Angel (1987): “Restitución de provechos (I)”, *Anuario de Derecho Civil* (1987), Fascículo 4: pp. 1055-1148.
- CLARO SOLAR, Luis (1932): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Vol. III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, LegalPublishing, segunda edición).
- DANNEMANN, Gerhard (2009): *The German Law of Unjustified Enrichment. A Comparative Introduction* (Oxford, Oxford University Press).
- DESCHEEMAEKER, Eric (2017): “El nuevo derecho francés del enriquecimiento injustificado”, en DEL OLMO GARCÍA, Pedro y BASOZÁBAL ARRUE, Xabier (eds.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: Historia, derecho comparado y propuestas de modernización* (Navarra, Aranzadi) pp. 121-167.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2011): *La doctrina del enriquecimiento sin causa* (Bogotá, Depalma).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón H. (2009): “Sobre el artículo 2316 inciso segundo del Código Civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 225-226: pp. 217-230.
- EDELMAN, James (2002): *Gain-Based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (Oxford, Hart Publishing).
- FUEYO LANERI, Fernando (1990): *Instituciones de Derecho civil moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Manuel (2017): “Construcción en suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño del terreno: Una aproximación dogmática al inciso segundo del artículo 669 del Código Civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28: pp. 221-269.
- KREBS, Thomas (2006): “The Fallacy of ‘Restitution for Wrongs’”, en BURROWS, Andrew y RODGER OF EARLSFERRY, Lord (eds.), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks* (Oxford, Oxford University Press) pp. 379-399.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2015): “Disgorgement of Profits in Chilean Private Law”, en HONDIUS, Ewoud y JANSSEN, André (eds.), *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World* (Cham, Springer) pp. 459-467.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2017): “Restitución de ganancias por incumplimiento contractual”, en AA.VV, *Estudios de Derecho Civil XII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 419-432.
- MORALES MORENO, Antonio-Manuel (2011): “¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo”, en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen *et al.* (coords.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Barcelona, Atelier) pp. 400-422.
- OROZCO MUÑOZ, Martín (2015): *El enriquecimiento injustificado* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi).

- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1996): “El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones”, *Revista de Derecho U. de Concepción*, N° 200: pp. 7-40.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones, la resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006): *Los Bienes: la propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PINO EMHART, Alberto (2015): “Sobre la (des)proporcionalidad de la acción indemnizatoria”, *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, Vol. 8: pp. 207-220.
- PINO EMHART, Alberto (2016): “La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno”, *Revista Ius et Praxis*, Año 22 N° 1: pp. 227-270.
- PINO EMHART, Alberto (2018): “La acción restitutoria a favor del Fisco por uso de información privilegiada. El artículo 172 inciso 3° de la Ley de Mercado de Valores”, en AA.VV, *Estudios de Derecho Comercial. Octavas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Santiago de Chile, Thomson Reuters) pp. 505-524.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2009): “La acción de restitución por provecho de dolo ajeno”, en AA.VV, *Estudios de Derecho Civil IV* (Santiago, LexisNexis) pp. 679-688.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2018): “La restitución de mayores ganancias en el incumplimiento eficiente: una respuesta desde el derecho chileno de los contratos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 3: pp. 335-378.
- RAMOS PAZOS, René (1985): “Edificación en Sitio Ajeno sin Previo Contrato: En torno al artículo 669 del Código Civil”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 178: pp. 141-147.
- RIPSTEIN, Arthur (2007): “As If It Had Never Happened”, *William and Mary Law Review*, Vol. 48: pp. 1957-1997.
- SALAH ABUSLEME, María Agnes (2004): *Responsabilidad por uso de información privilegiada en el mercado de valores* (Santiago, LexisNexis).
- VERGARA BEZANILLA, José Pablo (1987): “Sujetos pasivos de la acción reivindicatoria (casos contemplados en los arts. 898 y 900 del C. Civil)”, *Gaceta Jurídica*, N° 83: pp. 3-14.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2011): “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. Bases para la construcción de un sistema unitario”, en CORRAL TALCIANI, Hernán et al. (coords.), *Estudios de Derecho Civil. Responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile, Abeledo-Perrot): pp. 161-190.
- VIRGO, Graham (2015): *The Principles of the Law of Restitution* (Oxford, Oxford University Press, tercera edición).
- VON CAEMMERER, Ernest (1968): *Gesamelte Schriften*, Tomo I (Tübingen, J.C.B. Mohr).
- ZIMMERMANN, Reinhard (1990): *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press).
- ZIMMERMANN, Reinhard y DU PLESSIS, Jacques (1994): “Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment”, *Restitution Law Review*, Vol. 2: pp. 14-43.
- ZUMAQUERO GIL, Laura (2017): “El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo”, *InDret*, N° 2: pp. 1-53.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Estados Unidos: *EDWARDS V. LEE'S ADMINISTRATOR*. Court of Appeals of Kentucky, 5 de junio de 1936, 96 S.W. 2d 1028.
- Reino Unido: *WROTHAM PARK ESTATES LTD. V. PARKSIDE HOMES LTD.* Chancery Division, 19 de octubre de 1973, [1974] 1 WLR 798.
- FROHLICH CON DIETZ* (2002): Corte Suprema, 11 de abril de 2002 (casación en la forma y el fondo) en WestLaw, Código de búsqueda CL/JUR/3215/2002.
- CISTERNAS CON LOREN* (2012): Corte Suprema, 14 de noviembre de 2012 (casación en el fondo) en WestLaw, Código de búsqueda CL/JUR/2595/2012.
- CORFO CON ENERGAS S.A.* (2013): Corte Suprema, 30 de septiembre de 2013 (restitución de lo obtenido por provecho del dolo ajeno) en Poder Judicial Rol N° 4871-2012.
- CORFO CON I. MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA* (2013): Corte Suprema, 30 de enero de 2013 (restitución de lo obtenido por provecho del dolo ajeno) en Poder Judicial, Rol N° 6302-2010.
- ASTUDILLO CON COMPAÑÍA MINERA TECK QUEBRADA BLANCA S.A.* (2014): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2437-13-INA, 14 de enero de 2014.
- ASTUDILLO CON CODELCO* (2014): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2365-12-INA, 14 de enero de 2014.
- BAT CON CORFO* (2018): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 2985-16-INA, 12 de abril de 2018.
- SOCIEDAD CORRAL Y ALCAINO CON CODELCO CHILE* (2015): Corte Suprema, 18 de agosto de 2015 (casación en el fondo y forma) en WestLaw, Código de búsqueda CL/JUR/4701/2015.
- FISCO DE CHILE CON EBEN ARESTI* (2016): Corte Suprema, 3 de mayo de 2016 (casación en el fondo) en Poder Judicial, Rol N° 19.676-2015.
- FISCO DE CHILE CON IRARRÁZABAL URETA* (2016): Corte Suprema, 21 de julio de 2016 (casación en el fondo) en WestLaw, Código de búsqueda CL/JUR/5142/2016.
- ROJAS CON DÍAZ* (2016): Corte Suprema, 2 de junio de 2016 (casación en el fondo) en WestLaw, Código de búsqueda CL/JUR/3594/2016.

NORMAS CITADAS

- CÓDIGO CIVIL DE FRANCIA (21/3/1804).
- CÓDIGO CIVIL DE CHILE (22/11/1855).
- CÓDIGO CIVIL DE ALEMANIA (1/1/1900).
- CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA (7/10/2014).
- LEY N° 17.336 (2/10/1970), Ley de Propiedad Intelectual.
- LEY N° 18.045 (22/10/1981), Ley de Mercado de Valores.
- LEY N° 18.046 (22/10/1981), Ley sobre Sociedades Anónimas.
- LEY N° 19.039 (25/1/1991), Ley de Propiedad Industrial.
- LEY N° 20.382 (20/10/2009), Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas.

LA TUTELA PRECONTRACTUAL EN LA LEY 19.496: SU CONFIGURACIÓN, ALCANCE Y EVENTUAL CONVERGENCIA CON AQUELLA PROPIA DE LA CONTRATACIÓN CIVIL

THE PRECONTRACTUAL PROTECTION IN LAW 19.496: IT'S CONFIGURATION, AND SCOPE EVENTUAL CONVERGENCE WITH THAT OF CIVIL CONTRACTS

PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ*

RESUMEN: El presente trabajo aborda la configuración de la tutela precontractual en la Ley 19.496 con el propósito de establecer los supuestos de hecho que la activan e identificar los medios de tutela de que dispone el consumidor, así como las particularidades de estos últimos respecto de los previstos para supuestos similares en la contratación civil, explorando la eventual convergencia de tutelas y delimitando el **ámbito de aplicación de dicha Ley en la fase de formación del contrato.**

Palabras clave: Tutela precontractual, publicidad engañosa, negativa injustificada de venta, cláusulas abusivas, deberes de advertencia, opción del consumidor.

ABSTRACT: The present work aims to tackle the configuration of the pre-contractual protection in law 19.496 with the purpose of establishing the hypotheses that activate it and to identify the remedies of the consumer and its particularities with respect to those foreseen for similar cases in civil contracting, exploring the eventual convergence of both and delimiting its scope of application in the phase of formation of the contract.

Keywords: Precontractual protection, misleading publicity, unjustified negative sale, unfair terms, consumer option's.

INTRODUCCIÓN

Durante las dos últimas décadas nuestra doctrina ha articulado los medios de tutela por incumplimiento en la Ley 19.496 (LDPC)¹, indagando la opción entre los previstos en ella y aquellos regulados en el Código Civil chileno² y abordando parcialmente el ámbito de aplicación de esta³. No se ha tratado, en cambio, la protección precontractual contenida

* Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil, Universidad de Valparaíso. Dirección Postal: Errázuriz 2120, Valparaíso. Dirección electrónica patriciaveronica.lopezdiaz@gmail.com.

Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular 1180608, cuyo Investigador Responsable es el profesor Iñigo de la Maza Gazmuri y del que la autora es coinvestigadora”.

¹ BARRIENTOS (2016).

² CAPRILE (2008) pp. 571-601 y BARRIENTOS (2017) pp. 257-277.

³ MOMBERG (2004) pp. 41-62, JARA (2006) pp. 21-58, RODRÍGUEZ (2015) pp. 15-17 y TAPIA (2017).

en dicha Ley –precisando sus supuestos de hecho, medios de tutela y alcance de estos–, ni se ha explorado su convergencia con aquella propia de la contratación civil, en circunstancias que esta no solo incide en el ámbito de aplicación de la LDPC, sino en la especial tutela que nuestro ordenamiento jurídico otorga al consumidor.

Y es que, como se constatará en las líneas que siguen, se ha explorado parceladamente la publicidad falsa o engañosa, la negativa injustificada de venta, las cláusulas abusivas y la infracción de los deberes de advertencia sin articularse bajo un **común denominador**, lo que ha impedido visualizar que todas ellas se sitúan en la fase precontractual y que pueden cotejarse con la solución que para supuestos semejantes se prevé en la contratación civil y advertir la importancia que reviste la aplicación de dicha ley en tales casos, planteándonos un doble desafío: determinar si, convergiendo esta tutela con la que dispensa la contratación civil, debe reconocérsele al consumidor el **derecho a optar** entre ambas o eventualmente **acumularlas** y precisar las ventajas que se derivarían de una u otra elección.

Podría pensarse que el análisis de la tutela precontractual en la LDPC no tendría sentido, toda vez que la mención de acto jurídico oneroso y de cobro de precio o tarifa contenidas, respectivamente, en la nociones de consumidor (art. 1 N° 1) y de proveedor (art. 1° N° 2) de aquella, inducirían a pensar que esta solo resulta procedente si se ha celebrado un contrato de consumo, excluyéndose la fase anterior a este. Sin embargo, la doctrina nacional actualmente se encuentra conteste en inclinarse por la relación de consumo como criterio de aplicabilidad de dicha Ley⁴ y, en lo que aquí interesa, extenderla a dicha etapa⁵, a partir de la premisa según la cual su supuesto de aplicación no se restringiría a la existencia de un vínculo jurídico previo, de la categoría de consumidor potencial y del principio *pro consumatore*, razonamiento que ha sido recogido por nuestra jurisprudencia reciente⁶ y que, por lo mismo, justifica el esfuerzo dogmático que nos proponemos en esta investigación.

Nuestro propósito, entonces, es contribuir a delimitar el ámbito de aplicación de la LDPC en la fase de formación del contrato, examinando la tutela que el legislador dispensa al consumidor en dicha etapa. Para alcanzarlo dividiremos este artículo en dos secciones. La primera está destinada a articular la tutela precontractual, aglutinando los supuestos que la activan a partir de la infracción de determinados principios informadores de la LDPC e identificando los mecanismos que esta prevé para proteger al consumidor (I). La segunda contrastará tales supuestos con aquellos propios de la contratación civil, indagando si es posible que ambas converjan y si existe equivalencia en el alcance de ellas, determinando si el consumidor puede inclinarse por una u otra y cuál de ellas le resulta más conveniente (II).

1. LA CONFIGURACIÓN Y ALCANCE DE LA TUTELA PRECONTRACTUAL EN LA LEY 19.496

En el último tiempo nuestra dogmática ha destinado sus esfuerzos a examinar la LDPC y a enunciar, interpretando sus preceptos, determinados **principios** sobre los que

⁴ CORRAL (1999) p. 184, MOMBERG (2004) pp. 41-62, JARA (2006) pp. 22-24 y 25-27, ISLER (2010) pp. 97-126, PINOCHET (2011) pp. 343-367 y BARRIENTOS (2015) pp. 333-350.

⁵ MOMBERG (2004) pp. 44-45 y CORTEZ (2004) pp. 46-50 e ISLER (2014) pp. 151-165.

⁶ TAPIA (2017), pp. 42-51 y LÓPEZ (2018) pp. 95-106.

ella se sustentaría, algunos de los cuales explicarían su particular objeto de tutela. En tal sentido se han destacado la **buena fe objetiva**⁷ tratándose de la contratación entre partes desiguales o del desequilibrio importante al que alude el art. 16 letra g) con ocasión de las cláusulas abusivas⁸ y la **libertad contractual** restringida del proveedor a propósito de la intangibilidad de la oferta (art.12) y la negativa injustificada de venta (art. 13)⁹. Por otra parte, se han formulado otros de vertiente constitucional como la **discriminación no arbitraria**¹⁰ a partir de tal negativa injustificada, la publicidad abusiva (art. 3 letra c) y los sistemas de vigilancia (art. 15). Finalmente, se han construido algunos más específicos, propios del derecho laboral y del derecho administrativo, tales como el **principio de protección**¹¹, el **principio de transparencia**¹² y el **principio de confianza**¹³.

Tal pluralidad se explica porque se trata de un derecho **complejo**, compuesto por normas de derecho público y privado, contenidas fundamentalmente en el derecho civil, comercial, procesal, penal, administrativo y constitucional¹⁴. Y es que, como precisa Alvear, este trasciende las relaciones de justicia conmutativa del contrato de consumo, pues el Estado tiene el deber de cubrir exigencias de justicia distributiva y general, lo que se evidencia en tres ámbitos de relaciones entre el consumidor y el proveedor: (i) aquél de intercambio del contrato de consumo en que opera el paradigma del equilibrio de las posiciones jurídicas de las partes, (ii) el propio de las políticas públicas distributivas sobre la implementación de condiciones satisfactorias generales de consumo y (iii) el ámbito de la justicia general en que destacan las normas de derecho público de consumo, el influjo horizontal de los derechos fundamentales y la preservación del orden público económico¹⁵.

Con todo, la trilogía integrada por los principios de **protección**, **transparencia** y **confianza** permite sintetizar la existencia de la totalidad de las directrices informadoras del derecho de consumo, estableciendo su objeto de tutela, dado que como examinaremos a continuación, la buena fe objetiva, la libertad contractual morigerada del proveedor y la discriminación no arbitraria se subsumen en el principio de protección. Probablemente por tal motivo, la dogmática más reciente, representada por el profesor Jorge Baraona¹⁶ solo se refiera a ellos y es en atención a esta consideración que estos fijarán el marco teórico sobre el que erigiremos la tutela precontractual de la LDPC.

En efecto, el **principio de protección del consumidor** subyace en el derecho a retracto (art. 3 bis), en la irrenunciabilidad anticipada de sus derechos (art. 4), en el derecho a no ser discriminado arbitrariamente (art. 3 c.), en la tutela de su libertad de contratación (art. 3 a),

⁷ WERNER y NEHME (2005) pp. 653-662 y FUENZALIDA (2018) p. 123.

⁸ CARVAJAL (2012) pp. 441-448.

⁹ HÜBNER (1999) pp. 129-144 y BARAONA (2014a) pp. 383-384 y 388-389.

¹⁰ ISLER (2016) pp. 99-113.

¹¹ AIMONE (2013) p. 5 y MOMBERG (2015) pp. 739-758, quien aborda los sistemas que han incorporado la protección del consumidor en los Códigos Civiles.

¹² BARRIENTOS (2018) pp. 1001-1018.

¹³ Formulados todos ellos por BARAONA (2014a) pp. 384-388 y 393.

¹⁴ SANDOVAL (2016) pp. 24-27 y ALVEAR (2017) pp. 196-197.

¹⁵ ALVEAR (2017) pp. 197-206 y 232-234.

¹⁶ BARAONA (2014a) pp. 384-388 y 393.

en la restricción de la libertad contractual del proveedor a través de la negativa injustificada de venta (art. 13), en la exclusión de las aceptaciones tácitas (art. 3 letra a) y 12 A), en el repudio de las cláusulas abusivas (art. 16), en la exigencia de requisitos formales para el contrato de adhesión (art. 17) y en las normas especiales de acceso a la justicia (arts. 51 a 54 G).

Se advierte, en consecuencia, un cambio de paradigma respecto del derecho civil clásico en dos direcciones¹⁷. La primera concierne a la **libertad contractual del proveedor** que se restringe, de un lado, a través de la intangibilidad y la presunción de seriedad de la oferta (art. 12) y, de otro, en virtud de la negativa injustificada de venta (art. 13). La segunda se manifiesta a propósito del *pacta sunt servanda*, pues excluye al consumidor, ya que según el referido artículo 3 bis puede retractarse válidamente dentro de 10 días contados desde la recepción del producto o la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo en los casos que la norma señala.

Por otra parte, la ley exige al proveedor proporcionar determinada información al consumidor, introduciendo el **principio de transparencia** en sus dimensiones **información** y **claridad** en diversas disposiciones contenidas en los párrafos I (Información y Publicidad), II (Promociones y ofertas) y III (Del crédito al consumidor) del Título III. En lo que refiere a la primera dimensión disciplina la información básica comercial (art. 1 N°3), el derecho y deber a la información veraz y oportuna (art. 3b), la obligación de respetar los términos, condiciones y modalidades ofrecidas o convenidas (art. 12), la obligación de informar en contratos de adhesión y servicios de crédito y seguros (arts. 17 A a 17L) y de indicar las deficiencias del producto vendido, precisando si es usado o en su elaboración se emplearon partes o piezas usadas (art. 14), además de sancionar el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado (art. 18). En lo que respecta a la segunda exige un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del contrato para que se forme el consentimiento si este se celebró por medios electrónicos o fue aceptada la oferta realizada a través de cualquier forma de comunicación a distancia (art. 12 A) y que el proveedor informe de manera inequívoca y fácilmente accesible los pasos que deben seguirse para celebrar tales contratos (art. 32).

Finalmente, destaca el **principio de confianza**, dado que la LDPC no pretende proteger la libertad contractual, sino garantizar a los consumidores que se respetarán las condiciones y calidad en que se ofrecieron los bienes y servicios. Se tutela, en consecuencia, la **expectativa** de un **consumo libre y seguro** a partir de la confianza razonable suscitada en el consumidor¹⁸, lo que justifica la denominada **garantía legal** disciplinada en los artículos 19 y 20, la publicidad engañosa regulada en los artículos 28, 28A, 33 y 17L y la **integración publicitaria** normada en el artículo 1.4, ya que este último permite integrar al contrato las **condiciones objetivas** indicadas en el artículo 28, protegiendo así las apariencias en las que razonablemente ha confiado el destinatario¹⁹.

¹⁷ BARAONA (2014a) pp. 388-389 y 392-393.

¹⁸ BARAONA (2014a) pp. 386-393.

¹⁹ DE LA MAZA (2013b) pp. 439-453.

Lo cierto es que si bien existe relativo consenso en la existencia de tales principios²⁰, no se ha advertido el estrecho vínculo entre ellos y la configuración de la tutela precontractual en la LDPC, pues no solo constituyen directrices aplicables a los conflictos que puedan suscitarse en sede de consumo, sino que su infracción activa dicha tutela en determinados supuestos que delimitan su ámbito de aplicación en la fase de formación del contrato. Indagarlos nos permitirá asociarlos a los medios de tutela que el legislador contempla frente a su acaecimiento y dibujar la particular protección del consumidor, aproximándonos a la idea de **sistema de tutela precontractual** que nuestra dogmática ha explorado y configurado en el último tiempo en sede civil²¹.

a) *SUPUESTOS QUE ACTIVAN LA PROTECCIÓN PRECONTRACTUAL Y MEDIOS DE TUTELA*

Un detenido examen de la LDPC revela que las hipótesis que determinan la procedencia de la tutela precontractual se reconducen a la negativa injustificada de venta, la publicidad engañosa, las cláusulas abusivas y la vulneración de los deberes de advertencia tratándose de productos peligrosos y servicios riesgosos. Las primeras dos han sido abordadas como ilícitos precontractuales²², la tercera se ha vinculado a los contratos de adhesión y la última ha sido explorada bajo las categorías de obligación y deber²³. Sin embargo, como intentaremos demostrar en las líneas que siguen, todas ellas, al igual que la tutela que prevé el legislador en tales casos, encuentran su fundamento en la **vulneración del principio de protección** –sea respecto de los derechos del consumidor o frente a un desequilibrio prescricional–, del **principio de transparencia** –en su vertiente información y claridad– y del principio de **confianza razonable**, deviniendo tal vulneración en el **elemento articulador** de la tutela precontractual del consumidor.

Se trata, entonces, de un catálogo de supuestos tipificados que comprenden solo aquellas **conductas** del proveedor que desequilibran la relación de consumo (cláusulas abusivas) y que le causan daño (negativa injustificada de venta, publicidad engañosa e infracción del deber de advertencia). Con todo, debemos realizar dos prevenciones. La primera es que estas hipótesis no excluyen la infracción del deber de información –se trate o no del consumidor financiero– ni la del deber de seguridad en el consumo, sino que, por el contrario, constituyen, según el caso, supuestos específicos de su vulneración. En efecto, todas ellas son una consecuencia de la infracción del **principio de transparencia** pues, como ha quedado dicho más arriba, queda integrado por el derecho de información del consumidor y, por consiguiente, lleva implícito el **deber de información** del proveedor respecto de este. La diferencia es que la sola vulneración de este deber acarrea la indemnización de daños que constituye una consecuencia **más simple** que aquella que se deriva de algunas de tales hipótesis, específicamente de las cláusulas abusivas, pues acarrear la nulidad. Otro tanto se advierte a propósito de la vulneración del **deber de la seguridad** en el consumo que está

²⁰ Por todos, BARAONA (2014a) pp. 384-388 y 393.

²¹ LÓPEZ (2017) pp. 14-35.

²² RODRÍGUEZ (2013) pp. 493-501.

²³ FERNÁNDEZ (2003) pp. 64-65, CORRAL (2013) pp. 929-932, AIMONE (2013) pp. 118-121 y RODRÍGUEZ (2015) pp. 85-87.

implícito, por un lado, en el principio de **protección del consumidor** en aquellos casos de daños corporales por caídas o accidentes en el local comercial o en estacionamientos con antelación al acto de consumo y, por el otro, en el principio de transparencia en su dimensión de claridad, tratándose de los deberes de advertencia. La segunda prevención es que el derecho a retracto no constituye un supuesto de hecho precontractual ni activa medio de tutela alguno, lo que nos permite prescindir de él, dado que si bien permite al consumidor desvincularse del contrato, constituye una hipótesis de desistimiento que opera como una forma de extinción del contrato, mas no como medio de tutela²⁴.

Pues bien, como se advertirá en el próximo apartado, los supuestos de hecho precontractuales en la LDPC junto a los mecanismos de protección que esta dispensa al consumidor, conforman un **sistema**, esto es, un conjunto de reglas o principios sobre una determinada materia que relacionadas ordenadamente contribuyen a determinado objeto, cual es la **tutela precontractual del consumidor** y que, como se precisará, le permiten, según el caso, obtener la indemnización de daños o la nulidad que prevé el artículo 16 de la LDPC.

i. La negativa injustificada de venta: una infracción de los principios de protección, transparencia y confianza razonable que activa la indemnización

Este primer supuesto se configura, según el artículo 13 de la LDPC, si el proveedor se niega injustificadamente “a la venta de bienes o prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas”. Y, como es bien sabido, constituye una consecuencia de la **intangibilidad** de la oferta contemplada en el artículo 12 que restringe la libertad contractual del proveedor, presumiendo la seriedad de la oferta y exigiéndole respetar los términos, condiciones y modalidades según las cuales hubiere ofrecido o conve-nido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.

A tal efecto deben concurrir tres requisitos: i) que la negativa a vender sea injustificada, ii) que exista obligación del proveedor de mantener la oferta en las condiciones ofrecidas, pudiendo limitarla en el tiempo y en lo que le parezca razonable, siempre que las condiciones no constituyan publicidad engañosa o abuso de otra especie y iii) que la negativa se refiera a la venta de bienes o prestación de servicios comprendidos dentro de su respectivo giro²⁵.

El requisito que aquí interesa es el carácter **injustificado** de la negativa de venta, pues una interpretación **restringida** nos podría conducir a equipararla al **mero arbitrio** del proveedor o a una **conducta discriminatoria** respecto del consumidor. Sin embargo, el concepto es menos exigente, de modo que debe asignársele un alcance más amplio, entendiendo que ella se verifica cuando no encuentra justificación en circunstancias *objetivas*, tales como el caso fortuito (el producto se destruyó con un sismo de gran intensidad), la mala fe del consumidor (el precio exhibido, etiquetado o publicitado es irrisorio) u otra causa no imputable al proveedor (se agotó el stock disponible)²⁶. Dicho de otra forma, será **injustificada** si obedece al mero capricho del proveedor, a la exclusión del consumidor por motivos

²⁴ Por todos, CAPRILE (2011) pp. 271-296.

²⁵ NASSER (2013) pp. 283-288.

²⁶ NASSER (2013) p. 285.

sociales, raciales, religiosos, sexuales o de género, a la intención de trasladarle el riesgo de un error tipográfico en el precio o simplemente a la finalidad de perjudicarlo.

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia en lo que respecta a la **discriminación y al mero arbitrio del proveedor**, pues no solo le ha otorgado esta calificación si la negativa se fundamenta en encontrarse el consumidor registrado en DICOM, en su nacionalidad o en algún trastorno genético que lo afecte²⁷, sino si el proveedor ha modificado la oferta en los “términos y condiciones generales de venta”, estableciendo que “siempre la opción del comprador quedaría sujeta al mero arbitrio del vendedor, aun cuando ya se hubiere configurado el acuerdo de voluntades”²⁸.

Distinto ha sido el caso tratándose de la **mala fe del consumidor** a propósito del error en el precio, pues nuestros tribunales han admitido que la negativa fundada en esta causa, aunque el precio sea **irrisorio**, es injustificada, estimando que esta solo encuentra explicación en la falta de diligencia del proveedor al publicar o etiquetar un precio distinto del real. Excepcionalmente se ha desestimado esta figura, aduciendo que un consumidor responsable “frente a precios irrisorios, y a todas luces imposibles, está obligado a requerir mayor información a la empresa oferente”²⁹ o indicándose que si la negativa encuentra su causa en un error en el precio que resulta **evidente**, es justificada³⁰. Con todo, no se ha invocado en sede judicial el **abuso del derecho del consumidor** para justificar su improcedencia, salvo en el voto disidente del Ministro Mera en *SAN MARTÍN CON LA DEHESA STORE LIMITADA* en que al tratarse de un error en el precio publicitado, oportunamente corregido, señala que el reclamo dirigido a pagarlo constituye un “abuso del derecho” del consumidor demandante que no puede ser amparado por la judicatura³¹.

De lo dicho hasta acá es posible advertir que el fundamento de la negativa injustificada de venta radica en la **infracción** del principio de **protección**, pues ella puede encontrar su origen en una arbitrariedad, discriminación o intención de dañar al consumidor, y del principio de **confianza razonable**, dado que atendida la oferta del proveedor y las circunstancias que los bienes o la prestación de servicios estaban comprendidos dentro de su respectivo giro, el consumidor se forjó la razonable expectativa de que la venta se realizaría. La vulneración de estos principios, como se verá, permite articular, en parte, los supuestos de tutela precontractual del consumidor, pues el primero también se aprecia tratándose de las cláusulas abusivas y el segundo con ocasión de la publicidad engañosa, pudiendo presentarse estos alternativamente a la negativa injustificada de venta si concurren los requisitos que los configuran.

Pero también dicho fundamento se advierte en la **infracción del principio de transparencia** en su dimensión **información**, presentándose una segunda arista sobre la cual puede articularse la tutela precontractual en sede de consumo. Y es que en ocasiones la negativa injustificada encuentra su causa en no haber informado, en la promoción de un

²⁷ NASSER (2013) pp. 285-286.

²⁸ *NO SE CONSIGNA CON NO SE CONSIGNA* (2012).

²⁹ Voto disidente de la Ministra María Teresa Letelier en *SERNAC CON PETA CL SPA* (2014).

³⁰ *GAMBOA CON FALABELLA* (2009).

³¹ *SAN MARTÍN CON LA DEHESA STORE LIMITADA* (2007).

producto, las bases y tiempo de duración de la misma, por lo que es imposible dar cumplimiento efectivo a lo ofertado, se niega la venta y se aduce, por ejemplo, que la promoción habría terminado porque estaba sujeta a un horario prefijado y a una cantidad determinada de unidades³². Específicamente se le ha vinculado a la infracción del artículo 35 que acarrea una consecuencia más **adversa** al proveedor, pues su inciso final dispone que en toda promoción u oferta se deberá informar al consumidor sobre las bases de la misma y el tiempo o plazo de duración y en caso de rehusarse el proveedor al cumplimiento de lo ofrecido en la promoción u oferta, el consumidor podrá requerir del juez competente que **ordene su cumplimiento forzado**, pudiendo disponer una prestación equivalente en caso de no ser posible el cumplimiento en la especie ofrecida.

Verificada la negativa injustificada de venta, el proveedor será sancionado de acuerdo al inc. 1 del artículo 24 de la LDPC con una multa a beneficio fiscal de hasta 50 U.T.M. y el consumidor podrá demandar, según el inc. segundo del artículo 50, el pago de una indemnización por los daños que dicha negativa le hubiere causado. Se trata de una indemnización **precontractual**, toda vez que el hecho que la genera acaece durante la fase de formación del contrato, de modo que resarcirá el **interés negativo o en la confianza**, situando al consumidor en el estado en que se encontraría de no haber celebrado contrato alguno.

ii. La publicidad falsa o engañosa: una infracción de los principios de protección, transparencia y confianza razonable que activa la indemnización

La segunda hipótesis que determina la procedencia de la tutela precontractual del consumidor es la publicidad engañosa regulada en los artículos 28 y 28 A de la LDPC como un ilícito infraccional que realiza aquel que, “a sabiendas o debiendo saberlo” induce a engaño o a error, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, respecto de alguna de las condiciones objetivas que dichos preceptos señalan³³. Frecuentemente esta conducta va acompañada de la vulneración del inciso primero del artículo 23 de dicha Ley, que sanciona al proveedor que en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio. Y de la contravención del artículo 33 que prescribe que la información que se consigne en la publicidad y difusión de los bienes y servicios deberá ser susceptible de comprobación y no contendrá expresiones que induzcan a error o engaño al consumidor.

Lo cierto es que la LDPC no define la publicidad engañosa, sino que contempla su supuesto de hecho. Un fenómeno similar se advierte en el artículo 4 letra b) de la Ley 20.169 sobre Competencia Desleal que tipifica un supuesto coincidente, pues dispone que se considera constitutivo de competencia desleal “el uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente pro-

³² *SERNAC CON ADMINISTRADORA DE FRANQUICIAS AMÉRICA LIMITADA* (2013).

³³ Un análisis en *DE LA MAZA* (2013a) pp. 663-670.

porcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos”³⁴. Otro tanto acontece tratándose de los artículos 5 y 6 de la Ley 20.606 sobre Composición Nutricional de los Alimentos y su Publicidad, dado que los incisos segundo y tercero de este último precepto prohíben la publicidad dirigida a menores de 14 años en productos que contienen nutrientes críticos y que presentan los sellos ‘ALTOS EN’, la inducción a su consumo y la utilización de medios que se aprovechen de la credulidad de tales menores.

La única definición existente de publicidad engañosa se encuentra en el artículo 8 del Código Chileno de Ética Publicitaria³⁵ que entiende por tal a aquella que: a) “induce o puede inducir a error o confusión, pudiendo afectar a los consumidores o competidores, mediante exageraciones, ambigüedades, falacias, sofismas u omisiones respecto de las características, ventajas, beneficios, idoneidad, precios, garantías, desempeño real del producto o servicio anunciado, su relación con el medio ambiente, o de cualquier otra forma”; b) “atribuye a un producto o servicio, características, cualidades o propiedades que este no posee, y la que promete beneficios, características, condiciones, resultados, o efectos que no se pueden cumplir” y c) “valiéndose de la ignorancia, el miedo, la superstición, la credibilidad, la ingenuidad o la buena fe de los destinatarios, ofrece cualquier producto, substancia, método o servicio como teniendo beneficios o efectos específicos automáticos, “milagrosos” o garantizados en la salud, el bienestar, la fortuna o la felicidad de los consumidores, sin una comprobación objetiva de dichos beneficios o resultados”.

Como se advierte, se trata de un supuesto de responsabilidad **objetiva** que encuentra su fundamento en el **riesgo creado**, pues quien emite un mensaje publicitario debe asumir, en alguna medida, la frustración de la **confianza creada**³⁶ y, por lo mismo, es una manifestación del **principio de confianza razonable**. De allí que resulte irrelevante que, como lo prescribe el artículo 28 de la LDPC, el anunciante actúe “a sabiendas” (realice una maquinación fraudulenta) o “debiendo saber” (negligentemente) que induce a error o a engaño al destinatario, adquiriendo importancia su diligencia exclusivamente para efectos infraccionales³⁷.

Claro está que la publicidad se sitúa en la fase precontractual, pues según el propio artículo 1 N° 4 de la LDPC, es “la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio”. Cuestión distinta es que pueda discutirse si se trata de una mera declaración, tratos preliminares u oferta o que el consumidor decida integrarla al contrato para configurar una falta de conformidad, pues, cualquiera sea la tesis a la que se adhiera, arribaremos a la conclusión de que la publicidad falsa o engañosa constituye un supuesto de que el legislador tipifica porque ella infringe el principio de **confianza razonable** y los principios de **protección** y **transparencia**, como fluye del artículo 3 letra b) de la LDPC. En efecto, el principio de protección se vulnera porque dicha publicidad atenta contra un derecho básico del consumidor, cual es la **información veraz** y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los

³⁴ En igual sentido destacan las letras a) y e) de dicho precepto.

³⁵ CONSEJO DE AUTORREGULACIÓN Y ÉTICA PUBLICITARIA (2018) p. 13.

³⁶ MORALES (2006a) pp. 228, 246 y 251.

³⁷ DE LA MAZA (2013a) p. 661.

mismos. De otro lado, se trasgrede el **principio de transparencia**, toda vez que la veracidad a que alude dicho artículo exige que la información contenida en la publicidad sea clara y comprensible, ya que de lo contrario puede inducir a error o a engaño al consumidor. Así parece haberlo entendido nuestra jurisprudencia al extender el control de inclusión, previsto en el artículo 17 para las cláusulas abusivas, a la publicidad comercial³⁸.

La publicidad falsa o engañosa se sanciona con una multa que va desde las 50 a las 100 UTM, y puede elevarse al doble en caso de reincidencia (art. 24 inc. 2). Además el consumidor puede solicitar: (a) la suspensión de las emisiones publicitarias si la gravedad de los hechos y antecedentes acompañados lo ameritan y exigir al anunciante que, a su propia costa, realice la publicidad correctiva para enmendar errores o falsedades dentro de 10 días hábiles (art. 31) y (b) requerir al juez que exija al medio de comunicación o a la agencia de publicidad, la identificación del anunciante, su representante legal o responsable de la emisión publicitaria dentro de 48 horas contadas desde el requerimiento formal (art. 34). Todo ello sin perjuicio de demandar, de conformidad al inc. segundo del artículo 50, la indemnización de los daños que tal publicidad le hubiese ocasionado, que deviene en **precontractual** si no se ha celebrado contrato alguno o, habiéndose celebrado, el consumidor demanda la nulidad del contrato y una indemnización complementaria. Volveremos sobre este punto.

iii. Las cláusulas abusivas: una infracción de los principios de protección, transparencia y confianza razonable que activa la nulidad

La tercera hipótesis que permite al consumidor recurrir a la tutela precontractual en la LDPC está constituida por las cláusulas abusivas, tipificadas desde un inicio en el artículo 16 a propósito de los contratos de adhesión en seis literales, incorporándose en el año 2004, a partir de la Ley 19.955, la letra g) que contempla una cláusula abierta cuyo propósito fue completar el catálogo inicial y fortalecer la protección del consumidor, facultando al juez para determinar su existencia, según ciertos presupuestos y criterios de ponderación.

Tal artículo introduce una **tipicidad de segundo grado**³⁹ cuyo análisis arroja que entre el literal g) y aquellos que lo preceden existe una relación de **género-especie**, pues el primero contiene una fórmula amplia y, los otros, supuestos de **desequilibrio significativo** en perjuicio del consumidor. Por lo mismo, interpretados armónicamente, permiten definir la cláusula abusiva como “aquella que siendo contraria a los requerimientos de la buena fe, causan un significativo desequilibrio entre los derechos de las partes contratantes en detrimento del consumidor”. El análisis que ha venido haciendo nuestra dogmática respecto de los presupuestos que activan la causal de la letra g) y los parámetros objetivos a los que debe recurrirse para apreciarla, vienen a ratificar esta noción.

Respecto de los primeros, esto es, la contravención de la **buena fe objetiva** y el **desequilibrio significativo**, se ha discutido si constituyen dos requisitos diversos o el segundo subsume al primero, existiendo consenso en que se trataría de un desequilibrio **jurídico**, esto es, una asimetría entre los derechos y obligaciones de las partes, y no de uno

³⁸ Un análisis en BARRIENTOS (2018) pp. 1011-1012 y *SERNAC CON CENCOSUD RETAIL S.A. Y OTRO* (2017).

³⁹ CARVAJAL (2012) p. 441.

económico⁴⁰. En cambio, en lo que concierne a los **criterios de ponderación**, cuales son la **finalidad del contrato** y las **disposiciones especiales o generales que lo rigen**, ha resultado evidente, de un lado, que el primero equivale al objetivo típico que un consumidor promedio persigue satisfacer al momento de contratar y que el predisponente debe considerar y, de otro, que el segundo evoca normas de derecho objetivo y que aquellas dispositivas no pueden ser modificadas por el simple acuerdo de las partes, pues constituyen una medida de equilibrio entre sus derechos y obligaciones⁴¹. Incluso se ha sugerido que la apariencia que puede derivarse del tipo contractual y de algunas cláusulas importantes de este constituyen un criterio para calibrar las **expectativas razonables del consumidor**, de modo que todo aquello que resulte contrario a estas es abusivo de conformidad a la letra g.) del artículo 16⁴², y se advierte así la vulneración del principio de **confianza razonable** como fundamento de las cláusulas abusivas.

De otro lado, como tal desequilibrio nos reconduce a la **fase precontractual**, ya que este se genera en el momento de formación del contrato, encuentra su causa, al igual que la negativa injustificada de venta y la publicidad engañosa, en la **infracción del principio de protección**. Y es que la noción de cláusula abusiva así lo revela, no solo por la referencia a la buena fe, sino porque su incorporación causa un desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor, conectándose incluso con el **principio de transparencia** en sus dos dimensiones. No en vano se ha sostenido que la falta de transparencia constituye un fuerte indicio de que una cláusula es abusiva⁴³. Así acontecerá si la cláusula contempla el uso de un lenguaje extremadamente técnico, la remisión a otras cláusulas que configuran excepciones y contra excepciones o se refiere a textos cuyo acceso no se facilita al consumidor⁴⁴, pues todas estas hipótesis afectarán su **claridad** y comprensión. En lo que concierne a la dimensión **información** se advierte un fenómeno similar, toda vez que a través de estas cláusulas el proveedor **invisibiliza o difumina** información relevante que el consumidor debe conocer al contratar, cual es el **desequilibrio** que ellas establecen en su perjuicio, pues de haberla conocido no hubiese contratado o, al menos, no en esas condiciones.

Es precisamente atendiendo al momento en que el desequilibrio se genera, esto es, durante la formación del contrato, que las cláusulas abusivas constituyen un supuesto de hecho que activa la tutela precontractual y por este motivo el legislador prevé la **nulidad** de estas en los artículos 16 A y 16 B. Cuestión distinta es si tal nulidad tiene un carácter parcial o total, es absoluta, relativa o constituye una categoría distinta de aquellas y si se sujeta a un plazo de prescripción u opera de pleno derecho.

Con todo, resulta indubitado que dicha nulidad tiene por objeto resguardar el **orden público de protección** en favor de los consumidores, pues no se activa ante un vicio del consentimiento, sino ante un **desequilibrio** importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato, ya que falta un elemento esencial en los contratos de

⁴⁰ MOMBERG y PIZARRO (2013) pp. 345 y 346 y DE LA MAZA (2014) p. 343.

⁴¹ DE LA MAZA (2004) p. 65 y CARVAJAL (2012) p. 448.

⁴² DE LA MAZA (2014) pp. 345 y 347.

⁴³ LOOS (2015) p. 189.

⁴⁴ TAPIA Y VALDIVIA (2002) pp. 72-73.

consumo, cual es la **conmutatividad o equilibrio de las prestaciones**. Pues bien, para que ella logre este cometido debe operar de **pleno derecho**. De lo contrario, se le estaría otorgando una validez provisional a una cláusula que el legislador ha calificado como abusiva, **perjudicando al consumidor** al entender que la nulidad se sujeta a un plazo de prescripción, pues, si no se denuncia dentro de este, podría pervivir⁴⁵. De allí que se sostenga que no queda sujeta al régimen previsto en el Código Civil para la nulidad absoluta en lo que refiere al plazo de prescripción, a la legitimación activa del artículo 1683 de dicho cuerpo normativo y a la obligación de declarar de oficio la abusividad por el juez, planteamiento al que adherimos, salvo en este último aspecto en que al menos debería morigerarse si se trata de un consumidor individual.

Y es que existen varias consideraciones que así lo aconsejan. En primer lugar, si esta facultad se ejerce respecto de partes que se encuentran en un escenario de relativa igualdad, con mayor razón resulta procedente si la relación entre ellas es **asimétrica**, como ocurre en el derecho de consumo. Por otra parte, la LDPC resguarda un **orden público de protección** y el ejercicio de esta facultad por el juez en sede de consumo contribuiría a garantizarlo. Más aún si el artículo 50 no exige al consumidor patrocinio de abogado habilitado para comparecer en juicio, lo que constituye un escenario propicio para que este, por ignorancia, no denuncie el carácter abusivo de la cláusula, quedando vinculado a ella. Por lo mismo, tal declaración permitiría alcanzar una **tutela judicial efectiva del consumidor** que no podría obtenerse por otra vía⁴⁶.

Lo cierto es que más allá de estas disquisiciones las cláusulas abusivas revelan otro supuesto de hecho de la tutela **precontractual** del consumidor que se asemeja a la **excesiva desproporción, ventaja desleal o explotación injusta** incorporada por el movimiento de modernización del derecho de obligaciones y contratos que prevé como medio de tutela la nulidad o la adaptación del contrato, a elección del acreedor, a diferencia de lo que acontece en la LDPC que no contemplan tal opción.

iv. Infracción de los deberes de advertencia: una vulneración de los principios de protección, transparencia y confianza que activa la indemnización

La advertencia constituye una especie que pertenece a la categoría genérica del deber de información que pueden presentarse tanto en la fase precontractual como en la contractual y que tiene por propósito en la etapa de formación del contrato encauzar la relación precontractual, permitiendo que las partes pacten un determinado reparto de riesgos.

Se trata de un deber más **exigente** que el de información, pues el deudor debe proporcionar una información objetiva, precisando el riesgo o peligro que se derivará de desestimarla, ilustrando al acreedor respecto de la pertinencia de la decisión de contratar⁴⁷. Sin embargo, salvo destacadas excepciones, no han sido mayormente explorados⁴⁸, en cir-

⁴⁵ BARAONA (2014b) p. 235.

⁴⁶ CAMPOS (2018) pp. 21, 22 y 32.

⁴⁷ ALONSO (2012) pp. 10-13.

⁴⁸ FERNÁNDEZ (2003) pp. 64-65, CORRAL (2013) pp. 929-932 y AIMONE (2013) pp. 118-121.

cunstances que la LDPC los contempla a propósito de los productos peligrosos y servicios riesgosos, disciplinando la responsabilidad derivada de su infracción.

En efecto, los artículos 45 y 46 de la LDPC lo regulan en tales supuestos, pero, a nuestro juicio, el primero de estos tiene cabida en la fase precontractual, pues su observancia se sitúa antes de la entrega del bien o prestación del servicio, según el caso. Distinto es el caso que contempla el artículo 46, pues se ubica en la fase de ejecución del contrato, disciplinando lo que dogmáticamente ha venido a calificarse como responsabilidad por **riesgos en desarrollo**⁴⁹, ya que exige al fabricante, importador o distribuidor de bienes o prestador de servicios percatarse de la existencia de peligros o riesgos no previstos oportunamente, con posterioridad a la introducción de ellos en el mercado.

El inciso primero del artículo 45 dispone que tratándose de productos cuyo uso resulte potencialmente **peligroso** para la salud o integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes (como medicamentos, productos tóxicos, inflamables o venenosos), “el proveedor deberá incorporar en los mismos o en instructivos anexos en idioma español, las **advertencias e indicaciones necesarias** para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible”. En tales casos las advertencias versarán, por ejemplo, sobre los peligros que representa el uso indebido del producto, posibles efectos secundarios o exclusiones de uso, entendiéndose que esta obligación también procede, aunque la norma no lo indique expresamente, si estos afectan a la vida o integridad síquica del consumidor, pues quedan subsumidos en la noción de salud. Tal advertencia tiene lugar antes de la celebración del contrato y le asiste al proveedor, pero normalmente recaerá en el fabricante que conoce los riesgos del producto y en el vendedor que deberá reiterarla para evitar daños durante la prueba de estos.

El inciso segundo de dicho artículo, en cambio, se refiere a la prestación de servicios riesgosos, como la fumigación y servicios de provisión de energía eléctrica, y dispone que el proveedor deberá adoptar “las medidas que resulten necesarias para que aquella se realice en condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectados por tales riesgos de las providencias preventivas que deben observarse”. Los destinatarios de tal información, que por lo que hemos venido expresando, constituye una advertencia, son los usuarios del servicio y los terceros que puedan resultar perjudicados y debe suministrárseles en una forma que efectivamente puedan tomar conocimiento de ella.

La **advertencia** adquiere relevancia en la LDPC, no solo porque su inobservancia se sanciona, de conformidad al inciso final del artículo 45, con una multa de hasta 2.250 Unidades Tributarias Mensuales, sino porque, según los incisos primero y cuarto del artículo 1 N°3, constituyen **información comercial básica**, esto es, “datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica”. Y, tal norma jurídica, es el inciso cuarto de este artículo, toda vez que prescribe que será obligatoria al consumidor, conjuntamente con los bienes y servicios a que acceden, la entrega de los instructivos de uso de los bienes y servicios cuyo uso normal represente un riesgo para la integridad y seguridad de las personas.

⁴⁹ CORRAL (2013) pp. 929-930.

De otro lado, el inciso primero del artículo 49 precisa que el incumplimiento de esta obligación, además de la referida multa, retiro o decomisos de los bienes, según el caso, hace procedente la **indemnización** por los daños ocasionados, de acuerdo a las reglas generales. Y, por su parte, el artículo 47 contempla una presunción de culpa simplemente legal al imponer al productor, importador, primer distribuidor o prestador del servicio, en su caso, la responsabilidad **solidaria** de los daños que los productos o servicios declarados tóxicos o peligrosos han ocasionado a los consumidores, eximiéndoles de responsabilidad si prueban haber cumplido las medidas de prevención legal o reglamentariamente establecidas y los cuidados y diligencias que exijan la naturaleza de aquellos. Con todo, según el artículo 48, se trata de un régimen indemnizatorio que en el caso de los productos peligrosos está subordinado a la imposibilidad del proveedor de reemplazar la mercancía por otra inocua, de utilidad análoga y de valor equivalente y en que la indemnización solo comprende el valor de dicho producto.

No ocurre lo mismo tratándose de los **servicios riesgosos**, pues en ausencia de norma que regule la indemnización, la falta de advertencia activa la indemnización precontractual, situando al consumidor en el estado en que se encontraba antes de celebrar el contrato. Lo cierto es que el referido artículo 48 está previsto para el caso en que se haya celebrado un contrato y no para el evento en que el consumidor se encuentre en las tratativas preliminares o en el período de prueba y sufra un daño derivado de un producto peligroso. Pues bien, en tal evento no podremos aplicar tal precepto y tendremos que acudir, como acontece en la negativa injustificada de venta y en la publicidad engañosa, a la **indemnización precontractual** a partir del reenvío que realiza el inciso segundo del artículo 50 de la LDPC, resultando aplicable el Título 35 del Libro IV del Código Civil.

Claro está que el propósito del legislador al tipificar tales deberes de advertencia es proteger el derecho a la seguridad en el consumo, así como la salud e integridad del consumidor y la preservación del medio ambiente, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 3 letra d) de la LDPC, tutelando así el **interés de conservación** del consumidor. Pero mirado desde la perspectiva del proveedor se trata de una modalidad especial del deber de **información** que constituye un fuerte llamado de atención al destinatario, motivo por el cual debe expresarla en forma negativa e incorporarla al producto en términos claros y legibles, vinculándose con otro derecho del consumidor expresamente previsto en la letra b) del artículo 3: el derecho a una información veraz y oportuna. De allí que la vulneración de la advertencia conlleve la **infracción del principio de protección** del consumidor en sede precontractual e incluso del **principio de transparencia** en su dimensión información y claridad, pues como ya se ha establecido, esta constituye, de conformidad al artículo 1 N° 3, información comercial básica, de modo que le resulta aplicable el artículo 32 que exige no solo expresarla en castellano, sino en términos comprensibles y legibles.

2. CONVERGENCIA DE LA TUTELA PRECONTRACTUAL DE LA LEY 19.496 Y AQUELLA PROPIA DE LA CONTRATACIÓN CIVIL

Identificados los supuestos de hecho que activan la tutela precontractual en la LDPC, cabe preguntarse si existen otros similares en la contratación civil con los que esta pudiera converger. La pregunta es relevante, al menos en atención a dos consideraciones.

Primero, porque si la respuesta es afirmativa no existiría una tutela exclusiva en nuestro ordenamiento jurídico para la negativa injustificada de venta, la publicidad engañosa, las cláusulas abusivas y la infracción de los deberes de advertencia. Y, segundo, porque si así fuera, debería indagarse si la tutela que otorga la contratación civil sería más conveniente para el consumidor y, en tal caso, si podría inclinarse por ella.

De allí que indagar una eventual confluencia entre ambas tutelas plantee las siguientes tres interrogantes que intentaremos resolver en las líneas que siguen: Primero ¿cuáles serían dichas hipótesis o supuestos? Segundo ¿Otorgan al consumidor medios de tutela equivalentes o diversos a los que contiene la LDPC? Y tercero ¿el consumidor podría escoger entre la tutela que le otorga la Ley 19.496 y la contratación civil si esta última fuera más conveniente a sus intereses?

a) *CONVERGENCIA DE LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LA TUTELA PRECONTRACTUAL DE LA LDPC CON AQUELLOS PREVISTOS EN LA CONTRATACIÓN CIVIL*

El análisis efectuado en el apartado precedente revela que la tutela precontractual en sede de consumo se activa frente a la retractación de la oferta (negativa injustificada de venta), al error provocado o inducción a engaño (publicidad engañosa), a la omisión de advertir el riesgo o peligro (deberes de advertencia) y a los desequilibrios contractuales convencionales (cláusulas abusivas).

Lo cierto es que la contratación civil también reacciona frente a tales supuestos tipificando la retractación tempestiva de la oferta, el dolo vicio del consentimiento y la cláusula penal enorme y repudiando –porque no hay consagración expresa, pero sí bases normativas en el Código Civil para construirlas– la omisión de advertir un riesgo o peligro. Por consiguiente, es posible que converjan estos supuestos que activan la tutela precontractual de derecho común con aquellos contenidos en la LDPC en los términos que expondremos a continuación, presentándose otra alternativa de tutela al consumidor.

i. *La retractación del oferente: negativa injustificada de venta/ retractación tempestiva de la oferta*

La primera confluencia que puede advertirse es aquella que aglutina la **negativa injustificada de venta**, disciplinada en el artículo 13 de la LDPC, con la **retractación tempestiva de la oferta** prevista en el artículo 100 del Código de Comercio, toda vez que en ambos supuestos ha existido una declaración de voluntad unilateral seria, sincera y completa, pero el emisario u oferente ha decidido arrepentirse y dejarla sin efecto.

Como es bien sabido, el artículo 99 del Código de Comercio permite al oferente arrepentirse en el tiempo que media entre la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo, precisando que el arrepentimiento no se presume. Pues bien, en el evento de que la retractación tenga lugar en ese período será tempestiva y se regirá por el artículo 100 de dicho Código que impone al oferente la obligación de indemnizar los daños y reembolsar al destinatario los gastos en que hubiere incurrido por el solo hecho del retracto.

La retractación tempestiva se configura independientemente de que esta haya sido justificada o injustificada —a diferencia de lo que acontece con la negativa injustificada de venta— y exime al oferente de la obligación de indemnizar y reembolsar los gastos si cumple el contrato propuesto. De otro lado, como el artículo 99 alude al oferente, esta puede provenir de cualquiera de las partes contratantes, toda vez que si el destinatario de la oferta la acepta condicionalmente, de conformidad al artículo 102, esta se mirará como una nueva oferta, pasando el destinatario a ostentar la calidad jurídica de oferente.

Miradas las cosas desde esta perspectiva es perfectamente posible que la negativa injustificada de venta se reconduzca a la retractación tempestiva de la oferta, dado que el proveedor puede arrepentirse hasta el momento de la aceptación. Distinto sería el caso de que el arrepentimiento proviniera del consumidor, pues estaríamos ante el **derecho absoluto de retracto** que disciplina en su favor el artículo 3 bis en determinados supuestos y que, como hemos referido previamente, constituye una especial forma de extinguir el contrato que encuentra su justificación en la falta del tiempo suficiente que el consumidor ha tenido para reflexionar sobre la compra realizada o en la imposibilidad de apreciar físicamente los bienes o productos comprados.

ii. La inducción a engaño o error: publicidad falsa o engañosa/ error provocado o dolo vicio

Una segunda convergencia que puede advertirse en la fase precontractual entre la tutela de la LDPC y la contratación civil se presenta tratándose de la publicidad falsa o engañosa y el error provocado o dolo vicio. En efecto, en ambos casos el destinatario del mensaje o comunicación ha sido inducido a engaño o error. De allí que la **publicidad falsa o engañosa** que ha precedido o ha determinado la celebración de un contrato, y siempre que esta no se haya integrado al contenido de aquél, pueda reconducirse al **error provocado** —en la medida que se admita esta categoría conceptual entre nosotros— al **dolo vicio** del consentimiento o incluso encausarse como **ilícito precontractual**, a partir del amplio tenor del artículo 2314 del Código Civil, si se acredita que efectivamente ella causó daños a su destinatario.

En efecto, en sede civil si tal publicidad ha inducido a celebrar el contrato se configurará un supuesto error provocado —si no ha existido intención de engañar— o dolo vicio —si ella ha existido—, que le permitirá desvincularse del contrato a través de la nulidad relativa, alternativa que no le otorga la LDPC en sede precontractual, pues la nulidad no se activa frente a un vicio del consentimiento, sino que solo procede respecto de las cláusulas abusivas que tipifica el artículo 16.

Otra posibilidad es concebir dicha publicidad como un ilícito civil y reclamar la indemnización extracontractual en la medida que pueda acreditar el daño, independientemente de que se hubiere celebrado un contrato, toda vez que en el último tiempo nuestra Corte Suprema ha reconocido progresivamente la teoría de la opción de responsabilidades. En cambio, si tal contrato no se ha celebrado estaremos ante un ilícito **precontractual** y no extracontractual —ya que no ha existido un contacto negocial ni interés negativo que resarcir—, pero el estatuto aplicable a la indemnización será el mismo, pues la tesis preponderante en nuestra doctrina es que la responsabilidad precontractual se rige por el estatuto de la extracontractual.

iii. Omisión de advertir un riesgo o peligro: infracción de los deberes de advertencia de la LDPC/deberes de advertencia del Código Civil

Una tercera zona de convergencia está representada por la infracción de los deberes de advertencia precontractuales tratándose de productos peligrosos y servicios riesgosos, tipificada en el artículo 45 de la LDPC y aquellos que si bien no regula nuestro Código Civil, igualmente tendrían cabida a partir del principio de buena fe contractual y una relectura de determinadas disposiciones contenidas en él.

En efecto, no advertir la probabilidad de ocurrencia de un riesgo o peligro contraviene la buena fe que debe imperar en todo el *iter* contractual e infringe el artículo 1546 del Código Civil. En tal caso el deudor ha vulnerado el **deber de colaboración** que esta última le impone y ha impedido encauzar la relación precontractual para delinear de mejor forma el objeto del contrato, al menos en los de servicios en que frecuentemente no se fija con precisión el precio y/o el servicio a prestar, lo que eventualmente puede acarrear la indeterminación de dicho objeto.

De otro lado, una interpretación armónica de ciertos preceptos del Código revela que este la admite como una categoría distinta a la información. En efecto, el artículo 2000 N° 3 relativo al contrato de confección de obra material exige al artífice que conociera el vicio de la materia suministrada por quien encargó la obra “dar aviso oportuno” de su existencia. El artículo 2376 establece la responsabilidad del deudor que pagó “sin avisar” al fiador, reconociendo a la advertencia en su sentido técnico puro, esto es, como una alerta sobre la probabilidad de ocurrencia de un riesgo o peligro. Por otra parte, el artículo 2188 exige al comodante “advertir” al comodatario que la cosa era ajena, empleando expresamente esta expresión y asociándolo al riesgo de la evicción. Finalmente, el artículo 1982 exige al colono “avisar” al arrendador de la usurpación del terreno arrendado y lo hace responsable de su omisión.

Pues bien, admitida la procedencia de la advertencia en sede civil resulta indubitado, por una parte, que su ocurrencia constituye un ilícito que da lugar a una indemnización extracontractual disciplinada por el Título 35 del Libro IV del Código Civil y, por otra, que en caso de infracción confluirán este y la LDPC, cuestión que no resultará irrelevante para el consumidor. Volveremos sobre este punto.

iv. Desequilibrios convencionales: cláusulas abusivas/cláusula penal enorme

Una última hipótesis de convergencia de tutelas se presenta a propósito de las cláusulas abusivas tipificadas en el artículo 16 de la LDPC y la cláusula penal enorme regulada en el artículo 1544 del Código Civil, dado que este, al igual que aquella, persigue reprimir los desequilibrios convencionales significativos que afecten a una de las partes del contrato, empleando al efecto diferentes fórmulas.

En efecto, como ya lo hemos establecido, una interpretación armónica del artículo 16 de la LDPC arroja que es la letra g) la que contiene la noción de cláusula abusiva, y se entiende por tal aquella que siendo contraria a los requerimientos de la buena fe, causa un desequilibrio importante entre los derechos de las partes contratantes en detrimento del consumidor, por lo que debe ponderarse por el juez la finalidad del contrato y las disposiciones especiales o generales que lo rigen para determinar la procedencia de la nulidad.

Pero ese **desequilibrio significativo**, al menos en lo que refiere a los literales b) y g) del artículo 16 –esto es, cláusulas que establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamientos o recargos y aquellas que sean impuestas en contra de las exigencias de la buena fe, causando en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante–, también podría advertirse tratándose de una cláusula penal enorme cuando se verifique el supuesto de hecho del artículo 1544 del Código Civil, cual es que la pena exceda el duplo de la obligación principal contenida esta en aquella, caso en el cual el mecanismo correctivo será la adaptación del contrato a través de la rebaja de la prestación excesiva.

De hecho, en ocasiones no solo se han calificado como abusivas sino que además se ha aplicado la nulidad prevista en el artículo 16 de la LDPC a cláusulas penales enormes, se trate o no de una relación de consumo, desestimando la reducción de la prestación prevista en el artículo 1544 y **ampliando** el ámbito de aplicación de dicha Ley. Así aconteció, entre otros casos⁵⁰, en *CONTRERAS CON INMOBILIARIA BUIN ORIENTE LTDA.* en que se estimó **abusiva** una cláusula penal, declarándose la nulidad total del contrato de compraventa de promesa celebrado, dado que esta establecía una desproporción en perjuicio del promitente comprador, pues debía pagar la pena pactada frente a cualquier circunstancia, le fuera o no imputable, a diferencia del promitente vendedor que en caso de incumplimiento no estaba obligado al pago de intereses penales⁵¹.

b) **ALCANCE DE LOS MEDIOS DE TUTELA DE LA LDPC RESPECTO DE AQUELLOS PROPIOS DE LA CONTRATACIÓN CIVIL PARA ESTOS SUPUESTOS**

Examinadas las hipótesis en que pueden converger ambas tutelas resta determinar su alcance y establecer cuál sería más conveniente para el consumidor. De lo que ha quedado dicho hasta acá existen hipótesis en que estas son equivalentes, casos en que puede ser más favorable para el consumidor la tutela de la LDPC y al menos un supuesto en que sería más conveniente aquella que prevé el Código Civil.

El supuesto en que existiría una **simetría** de tutelas se presenta a propósito de la negativa injustificada de venta, toda vez que la figura que se le asemeja es la retractación tempestiva regulada en el artículo 100 del Código de Comercio que, al igual que aquella, según lo prescrito en el inc. segundo del artículo 50 de la LDPC, activa la indemnización, comprendiendo, en ambos casos, los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiera hecho y los daños que esta le hubiere acarreado.

En cambio, tratándose de la infracción de los deberes de advertencia prevista en el artículo 45 de la LDPC y de las cláusulas abusivas tipificadas en el artículo 16, la tutela otorgada al consumidor es más beneficiosa. En efecto, el artículo 47 de dicha ley establece la responsabilidad **solidaria** del productor, importador y primer distribuidor o del prestador del servicio, en su caso, lo que no ocurre necesariamente si se ha infringido un deber de advertencia en sede civil, a menos que, como lo prescribe el artículo 2317 del Código Civil, se verifique una hipótesis de coautoría. Un fenómeno similar se advierte tratándose de las cláusulas abusivas, cuya figura más próxima en el Código es la **cláusula penal enorme**.

⁵⁰ Un análisis en BARRIENTOS (2014) pp. 306-310.

⁵¹ *CONTRERAS CON INMOBILIARIA BUIN ORIENTE LTDA.* (2010).

me, atendido que en ambas existe un desequilibrio en perjuicio del consumidor. En el caso de las primeras procede, como ha quedado dicho, la nulidad de pleno derecho; en cambio en las segundas, de conformidad al artículo 1544 del Código Civil, el consumidor podría solicitar la adaptación del contrato a través de la rebaja de la prestación excesiva. Aparece claro, entonces, que es más conveniente para el consumidor aniquilar la cláusula abusiva a través de la nulidad prevista en el artículo 16, más aún si esta opera de pleno derecho, y privarla de efecto, que recurrir al referido artículo 1544 para reducir la prestación excesiva que ella consigna.

Un examen de algunas sentencias pronunciadas por nuestros tribunales revela que el diferente alcance de ambas tutelas en los supuestos que venimos comentando no ha sido considerado por el consumidor, pero sí por los primeros. Sirva de ejemplo al tratarse de las cláusulas abusivas *CONTRERAS CON INMOBILIARIA BUIN ORIENTE LTDA.* ya referido y a propósito de la infracción de los deberes de advertencia *DIEGUEZ CON FALABELLA*. En este último caso la demandante sufrió un accidente en uno de los locales de la demandada al probar una silla reposera que se encontraba en exhibición, pues al sentarse su dedo anular quedó atrapado, sufriendo una lesión de fractura expuesta con rasgos de amputación traumática. La reclamación se encauzó por la vía de la responsabilidad extracontractual, pero bien se podría haber alegado la infracción de un **deber precontractual de advertencia**, pues se trataba de un producto al parecer peligroso, y activar la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 47 respecto del productor, importador y primer distribuidor⁵². De hecho, atendido que la demandada no alegó ni probó que la silla tuviera alguna **advertencia** o que hubiera estado en un lugar no accesible al público, se condenó a dicha empresa a pagar la indemnización a la actora.

Finalmente, el único caso de los que hemos venido revisando en que la tutela que otorga el Código Civil es más beneficiosa para el consumidor que aquella disciplinada en la LDPC se advierte a propósito de la publicidad engañosa. Y es que el consumidor podría prescindir de solicitar la multa infraccional prevista en el artículo 24 de la LDPC y la indemnización de daños según las reglas generales e impetrar la nulidad relativa por **error provocado** o **dolo**. Las ventajas de la nulidad son evidentes si se piensa que existirán hipótesis en que activar la **integración publicitaria** resultará inoficioso, pues configurar la **falta de conformidad** a la que ella da lugar permitirá optar por medios de tutela que pueden no satisfacer el interés del acreedor (como ocurrirá si el producto o servicio ofertado no existe, pues será imposible recurrir a la sustitución o reparación⁵³), que otorgarán una tutela equivalente en sede civil a la LDPC (la indemnización de daños) o cuyo efecto aniquilatorio no reviste la intensidad de aquel propio de la nulidad, al menos en la moderna concepción del derecho de contratos (la resolución).

3. LA OPCIÓN DEL CONSUMIDOR ENTRE AMBAS TUTELAS: JUSTIFICACIÓN DOGMÁTICA

Establecido que al menos existiría un supuesto en que la tutela que otorga el Código Civil sería más conveniente que la prevista en la LDPC, cabe preguntarse si el consumidor puede escoger entre una u otra. Esta cuestión es relevante porque una lectura preliminar

⁵² *DIEGUEZ CON FALABELLA* (2008).

⁵³ BARRIENTOS (2016) pp. 171-194.

del artículo 4 de la LDPC que eleva los derechos de los consumidores a la categoría de **irrenunciables** podría conducirnos a la conclusión contraria.

Como es bien sabido, el legislador, después de tipificar en los artículos 3 y 3 bis los derechos de los consumidores, estableció en el artículo 4 la **irrenunciabilidad anticipada** de sus derechos. Pues bien, uno de sus derechos, aunque dicha ley no lo consagre en tales términos, es hacer efectiva la garantía legal y escoger alguno de los medios de tutela previstos en los artículos 19 y 20, una vez que se ha verificado una falta de conformidad cualitativa o cuantitativa que la hace procedente. El consumidor no puede renunciar a ejercer este derecho antes que se materialice dicha falta de conformidad, pero si con posterioridad a que ello acontezca. Del mismo modo podría, y esa es la idea que proponemos, renunciar a aquella tutela precontractual prevista en la LDPC e inclinarse por la que le dispensa el Código Civil en los supuestos en que la primera no le sea más favorable.

Resulta claro que la opción sería irrelevante en aquellos casos en que el alcance de la tutela que se dispensa en sede de consumo y en sede civil es simétrica, como acontece con la negativa injustificada de venta y la retractación tempestiva de la oferta o en que la tutela de consumo es más beneficiosa, cual es el caso de la infracción de los deberes de advertencia y las cláusulas abusivas. El problema de la opción surge cuando ello no acontece, como lo hemos consignado a propósito de la publicidad engañosa en que la integración publicitaria podría no satisfacer el interés del consumidor. Así acontecerá si, como ya lo hemos referido, el producto o servicio ofertado no existe, pues será imposible recurrir a la sustitución o reparación, o en el evento de que el consumidor pretenda desvincularse totalmente del contrato, pues la resolución, no tiene un efecto aniquilatorio absoluto.

En tales casos ¿podría el consumidor inclinarse por la tutela prevista en el Código Civil, específicamente por la nulidad? Esta interrogante también se ha planteado en sede contractual a propósito de la responsabilidad por productos defectuosos⁵⁴, de los medios de tutela que contempla la garantía legal⁵⁵, del concurso de la LDPC con otras leyes que resuelven sus propias controversias⁵⁶ y tratándose de la prescripción de las acciones que la LDPC confiere al consumidor⁵⁷. Y, contrariamente a lo que pudiera pensarse, y a pesar de la especialidad del derecho de consumo respecto del civil, la doctrina que se ha abocado al estudio de tales problemas se ha inclinado por la opción, invocando la satisfacción del interés del consumidor y la protección de este. Un fenómeno similar se advierte en nuestra judicatura que en más de una ocasión se ha pronunciado en similar sentido⁵⁸, de modo que conviene reflexionar sobre su procedencia.

A nuestro juicio, esta es la tesis que debe prevalecer en aquellos casos en que la LDPC no constituya el estatuto más favorable para el consumidor, en atención, al menos, a los siguientes argumentos: i) el derecho de opción es sucedáneo al derecho de crédito, ii) el

⁵⁴ ZELAYA (1999) pp. 241-243 y 246-250 y BARRIENTOS (2010) pp. 38-39.

⁵⁵ BARRIENTOS (2016) pp. 224-233.

⁵⁶ BARRIENTOS (2018) pp. 283 y 287.

⁵⁷ CAPRILE (2008) pp. 571-572 y 591.

⁵⁸ MOLINA CON CIDEF COMERCIAL S.A. (2008) y PEÑA CON ÓPTICA GMO (2009). Un análisis en BARRIENTOS (2017) pp. 268, 269 y 273.

principio *pro consumatore* y iii) la inaplicabilidad del principio de especialidad por no configurarse su supuesto de hecho.

a) *El derecho de opción es sucedáneo al derecho de crédito*

Como es bien sabido, el derecho de opción es **sucedáneo** al derecho de crédito, toda vez que es la prolongación de este, verificado el incumplimiento en sede contractual, de modo que, siguiendo la misma lógica, también viene a reemplazarlo en aquellos supuestos que activan la tutela precontractual, pues no solo ha existido interés en otorgar un contrato sino en celebrarlo en los términos pactados. Por consiguiente, este debe admitirse en los casos que la LDPC no constituya el estatuto más beneficioso, dado que desestimarlos equivaldría a conculcarle al consumidor la protección que esta misma pretendió otorgarle, pues su carácter de estatuto especial encuentra justificación precisamente en dicha tutela.

Los únicos casos en que no puede ejercerse la opción se presentan cuando se infringen sus límites sustantivos, cuales son la buena fe y el interés del deudor⁵⁹, o procedimentales, representado por la carga del acreedor de seleccionar la acción por la cual demanda, procurando la compatibilidad de sus pretensiones. Sin embargo, en ninguno de estos supuestos concurre el caso que venimos comentando, de modo que no cabe negarle la opción al acreedor de inclinarse por la tutela que le dispensa el derecho civil.

b) *El principio pro consumatore*

En consonancia con el argumento anterior surge el principio *pro consumatore* que constituye aquella directriz interpretativa en virtud de la cual en los actos o convenciones celebradas por consumidores, las normas jurídicas deben aplicarse de la forma más favorable a estos. Pues bien, a partir de esta misma premisa debe admitirse que el interés del consumidor pueda quedar satisfecho recurriendo a un estatuto distinto a la LDPC en casos muy particulares, como acontecerá si ha prescrito el plazo de las acciones contenidas en ella o, como lo enunciamos más arriba, en el evento de que la tutela que otorga la integración publicitaria no satisfaga su interés, habida consideración que ella debería constituir, en todos los supuestos posibles, el régimen jurídico más beneficioso para este.

No en vano, siguiendo a algunos ordenamientos jurídicos, como el español, argentino suizo y brasilero, se ha propuesto, a través del Boletín 9463-03 de 21 de julio de 2014, incorporar en el numeral 21 N° 19 de la Constitución Política de la República el deber del Estado de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos del consumidor y, en lo que aquí interesa, la consagración de este principio en los siguientes términos: “En los actos o convenciones que se suscriban por consumidores, ya sea en el análisis de normas que merezcan dudas en su interpretación, siempre primará la que establezca la condición más benigna para el consumidor”⁶⁰.

⁵⁹ LÓPEZ (2017) pp. 71-72.

⁶⁰ Véase <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>.

c) *La inaplicabilidad del principio de especialidad por no configurarse su supuesto de hecho*

Como hemos apuntado precedentemente, podría pensarse que el argumento de la especialidad de la LDPC respecto del Código Civil excluiría la opción del consumidor. Sin embargo, como se ha sugerido a propósito del concurso de acciones que puede presentarse entre la LDPC y el Código Civil tratándose de entregas defectuosas⁶¹, tal principio requiere que las materias reguladas por ambas normativas sean idénticas, lo que no acontece en tal supuesto ni en el que venimos analizando. En efecto, solo se trata de materias similares, toda vez que no regulan exactamente lo mismo: la LDPC, la publicidad errónea o engañosa; y el Código Civil, el dolo.

Y, aunque se consideraran idénticas, podría ocurrir que la especialidad conduzca a injusticias no consideradas por el derecho común, como privar al consumidor de recurrir a aquella tutela que considera que satisface su interés de mejor forma⁶². A ello se agrega que como ha quedado dicho solo existiría un ámbito en que se superpondrían, de modo que existiría una **inconsistencia normativa parcial-parcial**⁶³ y, por consiguiente, la LDPC no podría prevalecer, pues en cuanto ley posterior solo se aplica si el legislador ha tenido la intención de reemplazar la ley anterior, esto es, el Código Civil, propósito que en ningún caso persiguió dicha ley.

Admitido el derecho de opción del consumidor entre los medios de tutela precontractual en sede civil y de consumo surge una última interrogante que refiere a su eventual acumulación. La respuesta es afirmativa tratándose del binomio **indemnización/nulidad** que se genera a propósito de la **publicidad engañosa**, pues claramente la indemnización podría acompañar a la nulidad derivada del contrato si esta ha causado daños al destinatario del mensaje publicitario, dado que, aunque la LDPC no la contemple y el Código solo la prevea para los supuestos de error en la persona (art. 1455 inc. segundo) y falta de objeto (art. 1814 inc. final) se ha sostenido su amplia procedencia⁶⁴.

No ocurre lo mismo con la indemnización derivada de los binomios **negativa injustificada de venta/retractación tempestiva e infracción de los deberes de advertencia en sede civil/consumo**, pues no podría reclamarse, por una parte, la indemnización por infracción de los artículos 13 o 47 de la LDPC y, por otra, aquella derivada de la vulneración del artículo 100 del Código de Comercio y 2314 del Código Civil, pues el hecho generador es el mismo. Un fenómeno similar se aprecia con ocasión del binomio **nulidad/rebaja de la prestación excesiva** a propósito de las cláusulas abusivas, ya que la procedencia de un medio de tutela excluye al otro. Pero sí se advertiría el efecto acumulativo en aquellos casos en que los proveedores cobren intereses por sobre el máximo convencional al que se refiere el artículo 6 de la Ley 18.010, supuesto en el que según el artículo 39 de dicha ley, igualmente es procedente la sanción civil prevista en su artículo 8, esto es, la reducción al interés corriente vigente al momento de la convención.

⁶¹ BARRIENTOS (2017) pp. 265-266.

⁶² BOBBIO (1980) p. 359 y BARRIENTOS (2017b) p. 265.

⁶³ ROSS (2006) pp. 164-165 y BARRIENTOS (2017) p. 266.

⁶⁴ BARONA (2012) pp. 88-97.

Pues bien, las disquisiciones dogmáticas hasta acá apuntadas nos revelan que examinar la **especial configuración** de la tutela precontractual en la LDPC no solo tiene relevancia porque permite articularla, precisar su alcance y contraponerla a aquella propia de la contratación civil, sino porque, a la vez, incide y determina el ámbito de aplicación objetivo de esta ley en la fase de formación del contrato, lo que contribuye a fijar su marco normativo e ilustrando al consumidor sobre la conveniencia de organizar su **estrategia de protección** frente a los diversos supuestos de hecho que activan la tutela precontractual disciplinada en ella.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIMONE GIBSON, Enrique (2013): *Protección de derechos del consumidor* (Santiago, LegalPublishing Thomson Reuters).
- ALONSO PÉREZ, María Teresa (2012): “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)”. Disponible en http://www.indret.com/pdf/914_es.pdf. Fecha de consulta: 8 de enero de 2019.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2017): *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014a): “La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 2: pp. 381-408.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2014b): “La nulidad de las cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496: Naturaleza y Régimen” en BARRIENTOS, Francisca (coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado VIII* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales Facultad de Derecho): pp. 233-241.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2010): “La responsabilidad civil del fabricante bajo el artículo 23 de la Ley de protección de los derechos de los consumidores y su relación con la responsabilidad civil del vendedor”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14, pp. 109-158.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca María (2014): “El fracaso del control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión”, en BARRIENTOS, Francisca (coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Cuadernos de análisis jurídico. Colección Derecho Privado VIII* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales Facultad de Derecho): pp. 297-312.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2015): “La evolución judicial del concepto de consumidor. La importancia de la destinación final y la clasificación de los consumidores materiales y jurídicos”, en VIDAL, Álvaro; SEVERIN, Gonzalo; MEJÍAS, Claudia (eds.), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Editorial Thomson Reuters): pp. 333-350.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2016): *La garantía legal* (Santiago, LegalPublishing).
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2017): “Intento de configuración de un concurso de normas por entregas defectuosas en la Ley de consumo y el código civil chilenos”, *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, N° 32: pp. 257-277.

- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2018): “Repensando el control de forma en los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia”, en BAHAMONDES, Claudia; ETCHEBERRY, Leonor; PIZARRO, Carlos (edits.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Editorial Thomson Reuters): 1001-1018.
- BOBBIO, Norberto (1980): *Contribución a la teoría del derecho* (trad. A. Ruíz Miguel, Valencia, Artes Gráficas Soler).
- CAMPOS MICIN, Sebastián (2018): “Sobre el poder-deber de declarar de oficio la nulidad de cláusulas manifiestamente abusivas y su aplicación en Chile”, *Revista de Derecho y Consumo*, N° 1: pp. 1-36.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2008): “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (Ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el Derecho Comparado”, en MANTILLA, Fabricio–PIZARRO, Carlos (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet* (Santiago, Editorial Fundación Fernando Fueyo): 571-601.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2011): “El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos” en FIGUEROA, Gonzalo; BARROS, Enrique; TAPIA, Mauricio (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago, Editorial Abeledo-Perrot LegalPublishing): pp. 271-296.
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio Ignacio (2012): “Tipicidad contractual y derecho de los consumidores. Artículo 16, letra g), de la ley N° 19.496”, en ELORRIAGA, Fabián (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago, Abeledo-Perrot LegalPublishing): pp. 441-448.
- CONSEJO DE AUTORREGULACIÓN Y ÉTICA PUBLICITARIA (2018): “Código Chileno de ética publicitaria. 6° edición”. Disponible en: <http://www.conar.cl/codigo/>. Consultado el 19 de junio de 2019.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1999): “La responsabilidad por productos defectuosos en el derecho comparado, en Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras”, en CORRAL, Hernán (coord.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 3 (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes) pp: 163-211.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. (2013): “Artículo 46”, en DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO, Carlos (edits.), BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 929-932.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo (2004): *El nuevo procedimiento regulado en la Ley 19.496* (Santiago, LexisNexis).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2004): “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°3: pp. 35-67.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013a): “Artículo 28. Inducción a error o engaño del mensaje publicitario”, en DE LA MAZA, Iñigo; Pizarro, Carlos (edits.), BARRIENTOS, Francisca, (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 653-671.

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2013b): “La integración de la publicidad en el contrato” en DOMÍNGUEZ, Carmen; GONZÁLEZ, Joel; BARRIENTOS, Marcelo; GOLDENBERG, Juan (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, LegalPublishing): pp. 439-453.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2014): “¿Pero qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables”, en TURNER, Susan; VARAS, Juan (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 333-350.
- FERNÁNDEZ FREDES, Francisco (2003): *Manual de Derecho Chileno de Protección del Consumidor* (Santiago, LexisNexis).
- FUENZALIDA ROBLEDO, Eduardo Antonio (2018): “El acto de consumo como hecho y la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* año 25, N° 1: pp. 121-152.
- HÜBNER GUZMÁN, Ana María (1999): “Derecho de la contratación en la Ley de Protección al Consumidor”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.), *Derecho del Consumo y Protección al consumidor. Cuadernos de Extensión Facultad de Derecho Universidad de los Andes N° 3* (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes): pp. 125-144.
- ISLER SOTO, Erika (2010): “La relación de consumo como criterio de aplicabilidad del derecho de protección del consumidor”, *Revista de Derecho de la Empresa Universidad Adolfo Ibáñez* N° 23: pp. 97-126.
- ISLER SOTO, Erika (2014): “Comentario de sentencia sobre el concepto de consumidor”, *Revista chilena de derecho y ciencia política* Vol.5, N° 1: pp. 151-165.
- ISLER SOTO, Erika (2016): “Aproximación al derecho a la no discriminación arbitraria en el régimen de la Ley 19.496”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 84: pp. 99-113.
- JARA AMIGO, Rony (2006): “Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: aplicación de la Ley 19.496 y las modificaciones de la ley 19.955”, en BARAONA, Jorge y LAGOS, Osvaldo (edits.), *La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Cuadernos de Extensión Jurídica*, N°12 (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes): pp. 21-58.
- LOOS, M.B.M (2015): “*Transparency of Standard Terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a common European Sales Law*”, *European Review of Private Law*, Vol. 23, N° 2: pp. 179-193.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2017): “La tutela precontractual y contractual del acreedor en el Código Civil chileno: dos sistemas estructuralmente diversos, pero ¿plenamente coherentes y convergentes”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 29: pp. 9-98.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2018): “Por una modulación reequilibradora del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 19.496: su expansión a las tratativas preliminares y al período de prueba del bien o producto y su improcedencia frente al abuso del consumidor”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 244: pp. 91-127.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2004): “Ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 17: pp. 41-62.
- MOMBERG U., Rodrigo (2016): “Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de la protec-

- ción de la parte débil en el derecho privado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2: pp. 739-758.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y PIZARRO WILSON, Carlos (2013): “Artículo 16 g”, en DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO, Carlos (edits.), BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 341-351.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006): “Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el Art. 8° de la LGCU)”, en MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del derecho de obligaciones* (Navarra, Thomson Civitas): pp. 223-256.
- NASSER OLEA, Marcelo (2013): “Artículo 13”, en DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO, Carlos (edits.), BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentario a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Thomson Reuters): pp. 283-288.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto (2011): “Delimitación material del Derecho de Consumo: Evolución de la noción de consumidor en la doctrina nacional”, en VÁSQUEZ, María (dir.), *Estudios de Derecho Comercial* (Santiago, Editorial LegalPublishing): pp. 343-367.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2015): *Derecho del consumidor. Estudio crítico* (Santiago, Legalpublishing).
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2013): “Responsabilidad precontractual en la Ley N° 19.496 de 1997 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, en DOMÍNGUEZ, Carmen; GONZÁLEZ, Joel; BARRIENTOS, Marcelo; GOLDEBERG, Juan (coords.), *Estudios de Derecho Civil VIII* (Santiago, LegalPublishing): pp. 493-501.
- ROSS, Alf (2006): *Sobre el derecho y la justicia* (trad. Genaro Carrió, 3° ed., Madrid, Eudeba).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2016). *Derecho del consumidor. Protección del consumidor en el derecho nacional y en la legislación comparada. Derecho Comercial. Tomo V* (Santiago, Editorial Jurídica).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2002): *Contratos por adhesión. La ley 19.496*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2017): *Protección de consumidores. Revisión crítica de su ámbito de aplicación* (Santiago, Rubicón).
- WERNER POZO, Carolina y NEHME ZALAQUETT, Nicole (2005). “El rol de los conceptos de orden público, buenas costumbres y buena fe en la contratación entre partes iguales” en MARTINIC, María; TAPIA, Mauricio (dirs.), RÍOS, Sebastián (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Tomo I (Santiago, Editorial LexisNexis): pp. 647-662.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro (1999): “El cúmulo u opción de responsabilidades en la nueva ley de protección al consumidor”, en CORRAL, Hernán (coord.), *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras, Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes N° 3*, (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes): pp. 213-250.

JURISPRUDENCIA CITADA

- SAN MARTÍN CON LA DEHESA STORE LIMITADA* (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de agosto de 2007 (recurso de apelación) en Microjuris, Código de búsqueda MJCH-MJJ15385, Fecha de consulta 5 de enero de 2019.
- MOLINA CON CIDEF COMERCIAL S.A.* (2008): Corte Suprema, 6 de octubre de 2008 (recurso de casación en el fondo) en VLEX Código de búsqueda 332865210, Fecha de consulta 8 de enero de 2019.
- DIEGUEZ CON FALABELLA* (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de octubre de 2008 (recurso de apelación y recurso de casación en la forma), en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=90&CRR_IdTramite=1035935&CRR_IdDocumento=947887, Fecha de consulta 3 marzo de 2019.
- PEÑA CON ÓPTICA GMO* (2009): Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de marzo de 2009 (recurso de apelación), en LegalPublishing, Código de búsqueda CL/JUR/9284/2009, Fecha de consulta 27 de enero de 2019.
- GAMBOA CON FALABELLA* (2009): Corte de Apelaciones de La Serena, 20 de noviembre de 2009 (recurso de apelación), en VLEX, Código de búsqueda 71318659, Fecha de consulta 10 de enero de 2019.
- CONTRERAS CON INMOBILIARIA BUIN LTDA.* (2010): Corte de Apelaciones de Copiapó, 16 de agosto de 2010 (recurso de apelación) en VLEX, Código de búsqueda 226581847, Fecha de consulta 5 de marzo de 2019.
- NO SE CONSIGNA CON NO SE CONSIGNA* (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de marzo de 2012 (recurso de apelación) en LegalPublishing, Código de búsqueda CL/JUR/567/2012, Fecha de consulta 5 de marzo de 2019.
- SERNAC CON ADMINISTRADORA DE FRANQUICIAS AMÉRICA LIMITADA* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de octubre de 2013 (recurso de apelación), en LegalPublishing, Código de búsqueda CL/JUR/2404/2013, Fecha de consulta 10 de enero de 2019.
- SERNAC CON PETA CL SPA* (2014): Corte de Apelaciones de San Miguel, 5 de mayo de 2014 (recurso de apelación) en VLEX, Código de búsqueda 509544250, Fecha de consulta 10 de enero de 2019.

LA PRUEBA Y SUS SIGNIFICADOS

PROOF AND ITS MEANINGS

RODRIGO COLOMA CORREA*

RESUMEN: En este texto se analizan diferentes significados de la palabra “prueba”. Con ello se pretende contribuir al conocimiento del lenguaje probatorio, tal como se usa en los procesos judiciales. Se distinguen cuatro sentidos primarios de la palabra “prueba” y nueve secundarios. Los sentidos primarios son conceptos que enfatizan las funciones de la prueba como soporte, actividad, resultado y experiencia. Los secundarios, en cambio, dan cuenta de una nueva ambigüedad de la prueba en su dimensión de soporte, y de diferentes concepciones acerca de los tres restantes sentidos primarios.

Palabras clave: Significados de prueba, soporte probatorio, actividad probatoria, hechos probados, rendición de prueba.

ABSTRACT: In this paper different meanings of “proof” are analyzed, in order to contribute to evidence’s language understanding, just as it is used in judicial contexts. Four primary meanings of the word “proof” and nine secondary ones are differentiated. The primary meanings are concepts that emphasized proof as support, activity, result and experience. The secondary meanings, by contrast, describe a new proof ambiguity in its support dimension, and different ideas about the remaining three primary concepts of proof.

Keywords: Meanings of proof, evidence support, evidence activity, proved facts, giving evidence.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es contribuir a la depuración del lenguaje básico del que se dispone para abordar cuestiones probatorias; ello por la vía de hacer suficientemente transparentes algunas ambigüedades y desacuerdos en el significado de ciertas palabras claves. Hacerse cargo de ello contribuye a mejorar los intercambios comunicativos que se producen entre jueces, abogados litigantes y académicos cuando realizan tareas tales como: fortalecer o debilitar conjeturas debatidas en los procesos judiciales (puntos de prueba), decidir si se ha superado o no un estándar de prueba al dictar una sentencia definitiva (dar por probado o no un hecho), o bien validar teorías o modelos probatorios cuyas pretensiones son las de ir más allá de lo que ofrece el sentido común. La estrategia que será adoptada

* Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Esta investigación es parte del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1170872 “Prueba de los hechos. Coordinación entre el lenguaje de la teoría y el lenguaje de la práctica”. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago de Chile. Dirección electrónica: rcoloma@uahurtado.cl. Agradezco las pacientes lecturas y valiosas observaciones de Leandro de Brasi, José Manuel Fernández, Renato Lira y Victoria Martínez.

no apunta a sustituir algunas palabras por otras que no se encuentren aquejadas desde un comienzo por tales equívocos¹, sino simplemente hacer explícitos problemas en el vocabulario de la prueba y así evitar, tanto malos entendidos como trabas argumentativas derivadas de las restricciones impuestas por la tosquedad del lenguaje disponible².

Las virtudes que es dable predicar del lenguaje desarrollado en el seno de una determinada disciplina —en este caso el Derecho Probatorio— inciden en lo que sus distintos participantes podrán llegar a hacer³. El foco en este ejercicio de depuración conceptual se sitúa en los significados de la palabra “prueba”⁴. La elección no pareciera requerir mayor explicación⁵, pues además de su reconocida ambigüedad, sus distintos significados impactan, entre otras cosas, en la viabilidad de los compromisos epistémicos asumidos por teorías que buscan optimizar la actividad probatoria (desde determinadas concepciones de la verdad)⁶; y en la relevancia que cabe reconocer a los géneros narrativos a los cuales recurrimos para comunicar que ciertos hechos se encuentran probados (o no probados)⁷.

La trayectoria argumentativa que se traza a continuación identifica cuatro sentidos primarios y nueve sentidos secundarios de la palabra “prueba”. Los sentidos primarios dan cuenta de la ambigüedad (o posibilidades de uso) de la palabra prueba. Los secundarios, en cambio, expresan ya sea nuevas opciones de significación de los sentidos primarios (nuevas

¹ Esto, por cierto, es posible pero se le asocian costos de hacer el lenguaje menos asequible a quienes no dominan la terminología técnica. Los avances tecnológicos y una mayor especialización entre sus cultores, probablemente, forzarán dentro de un tiempo no lejano a dar tales pasos. Por el momento, pareciera que podemos sortear las dificultades con algunos ajustes (o redefiniciones) de aquellos conceptos con los que actualmente contamos.

² En otras palabras, la disponibilidad de un lenguaje más claro (o menos equívoco) debiese contribuir a una mayor eficiencia de la gestión de pruebas de parte de los litigantes, a una mayor legitimidad de la decisión de los hechos en el caso de los jueces y a un mayor poder explicativo y utilidad de las teorías y doctrinas de los académicos.

³ La falta de consensos lingüísticos en la (proto) disciplina del Derecho Probatorio afecta en contra de un mayor desarrollo de sus saberes y métodos. Sobre la situación de los académicos en Chile, ver COLOMA (2016) pp. 50 y ss. Un ejercicio muy ilustrativo respecto a las anunciadas disonancias entre distintos participantes y que atañe al concepto de pertinencia puede verse en DURÁN (2016).

⁴ Tendré en consideración no solo la palabra “prueba” sino otros exponentes de la misma familia, como son “probado” o “probar”.

⁵ La palabra “prueba” y sus derivaciones no agotan la categoría de los términos probatorios. A ella habría que añadir un conjunto de conceptos claves para la construcción de los hechos en un proceso. Entre ellos se cuentan pertinencia, admisibilidad, relevancia, carga de la prueba, estándar de prueba, por nombrar a algunos de los más importantes.

⁶ La comunidad más vistosa en esa dirección es la que Twining ha llamado la “Tradición Racionalista de la Prueba” (TWINING (1994) pp. 32-91) cuya integración no se reduce al mundo anglosajón. En las últimas décadas, aquella ha tenido una progresiva presencia en autores de lengua española (ver BAYÓN (2008) pp. 15 y ss.) y ha influido en muchos trabajos académicos que han sido producidos en nuestro país. Un panorama que se hace cargo de la teorización más reciente en el ámbito del derecho continental fue presentado por Daniela Accatino en las I Jornadas Chilenas de Derecho Probatorio bajo el título “¿De qué hablamos cuando hablamos de concepción racionalista de la prueba jurídica?” (no publicado).

⁷ Entre otros PENNINGTON y REID (1998) pp. 192 y ss.

ambigüedades), o bien concepciones⁸ rivales que pugnan por apropiarse de las posibilidades de uso de los sentidos primarios.

1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN CONTEXTUAL QUE RECONOCE LA PLAUSIBILIDAD DE LAS TEORÍAS GENERALES DE LA PRUEBA

Las diferencias entre procedimientos judiciales no obstan a las posibilidades de una terminología probatoria común. En tal sentido, lo que sigue supone la viabilidad de una teoría general de la prueba⁹ que sea lo suficientemente abstracta como para desentenderse de las diferencias locales que, en concreto, se produzcan. Así, será labor de la doctrina especializada hacer las especificaciones que vengan al caso. El punto no debiera suscitar mayores problemas, pues el razonamiento jurídico general (en que, por cierto, se incluyen los problemas de prueba) admite presentarse bajo un esquema unitario que hace posible un análisis común, tal como ocurre con los problemas de interpretación (más allá de las particularidades que vayan construyendo las distintas disciplinas)¹⁰. El presente acápite supone y da cuenta de esta circunstancia¹¹.

En muchos de los escenarios en que cotidianamente nos desenvolvemos es razonable dudar de la fuerza de mensajes formulados bajo el compromiso implícito¹² de representar la realidad¹³. La razón primordial de tales sospechas obedece a que no es trivial conferir el poderoso estatus de “lo verdadero” a piezas de lenguaje de las cuales no visualizamos o no compartimos las razones¹⁴ que les servirían de soporte. En esas circunstancias, los términos probatorios adquieren plena importancia y sentido. Para que tenga sentido hablar de “probar”, de “pruebas” o de “lo probado” debe aceptarse, entonces, la posibilidad de incrementar o reducir las credenciales¹⁵ otorgadas *prima facie* a un mensaje que aspira a validarse. La manera de ha-

⁸ La distinción entre problemas a nivel de conceptos y de concepciones no es totalmente nítida. Los distintos significados de la palabra prueba traen consigo igual número de conceptos. Dicho de otro modo, cada acepción de la palabra prueba se identifica con un concepto, ver MOSTERÍN y TORRETTI (2010). Las concepciones, en cambio, constituyen propuestas de materialización de lo que se encuentra implicado en un concepto, es decir, un solo significado puede estar asociado a diferentes concepciones. Ver, a modo de ejemplo, Rawls respecto a concepciones de justicia. RAWLS (2006) pp. 17 y ss.

⁹ Ver una aplicación de ello en ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015). La idea fue planteada mucho antes por BENTHAM (1843) ch. 1.

¹⁰ Véase, por todos, WRÓBLEWSKI (1974) pp. 41 y ss.

¹¹ Aquello incide en que los ejemplos que se plantearán, en lo que sigue, atañen a diferentes procedimientos.

¹² GRICE (1989) p. 27.

¹³ No profundizaré en las relaciones entre que una afirmación sea considerada como “representativa de la realidad”, “probada” o “verdadera”. Me basta aclarar que no definiendo una concepción fuerte (u objetivista) de las cualidades que debiera contar un enunciado para que se le reconozca como verdadero o representativo de la realidad. De lo que se trata, entonces, es de hacer inteligibles tales discursos a la luz de las posibilidades ofrecidas por la actividad probatoria en un contexto dado. WINCH (2011) pp. 27-29.

¹⁴ En una persona razonable se advierte una coordinación entre sus actitudes de creer o no creer, por una parte, y las razones que sostienen la creencia, por la otra. En una persona dogmática o ingenua, en cambio, se producen desajustes entre dichos criterios. Ver PEPPER (1942) pp. 11-12.

¹⁵ En principio tales credenciales serían de naturaleza epistémica, pero no siempre es así. A veces los desacuerdos se resuelven, por ejemplo, mediante un ejercicio de poder.

cerlo implica el uso de uno o más procedimientos de contrastación legitimados en contextos relevantes. Una vez sorteados distintos desafíos procedimentales se llegará a un punto en que las dudas quedarán fuera de lugar (el asunto se reconocerá como probado o no probado), al menos para quienes aceptan participar en las respectivas instancias de validación¹⁶.

Un aspecto clave en los procedimientos probatorios se relaciona con la fijación de puntos de apoyo o soportes de lo que interesa dar por probado. Profundizando un poco más, cabe afirmar que las acciones tendientes, ya sea a la confirmación o refutación de lo que se encuentra en entredicho, se explican, en gran medida, por la oportunidad de anclar lo hasta ahora dudoso en soportes que no sean puramente discursivos¹⁷. En ese sentido, con las pruebas se pretenden forjar conexiones más o menos directas entre lo que se sostiene y aquello que se asume indubitado en otros contextos relevantes. Se trata, entonces, de un diálogo con lo que se reconoce como real en entornos extra-jurídicos. Por tanto, el desafío principal consiste en la incorporación de esa realidad en la experiencia procedimental, lo que está influenciado, eminentemente, por aspectos culturales.

Desde hace mucho¹⁸, abrirse a la realidad implica prestar atención a lo que captan nuestros órganos sensoriales¹⁹, como también hacerse cargo de la información que proveen terceros. Así las cosas, la configuración de los hechos es presentada como un tránsito argumentativo entre lo que se percibe sensorialmente y aquello que se comunica discursivamente²⁰. En otras palabras –y en lo que aquí directamente concierne– pretendemos que desde los estímulos sensoriales se pase hacia un discurso sobre conductas jurídicamente relevantes atribuibles a un sujeto. Por supuesto no bastan estímulos sensoriales brutos, sino que se requiere de la mediación de un trasfondo interpretativo asimilado por el sujeto que experimenta. De otra manera, carecerá de significado lo que a él le ocurra a nivel sensorial. Un discurso en extremo minimalista de lo que constituye una experiencia sensorial carece, por regla general, de interés. Se precisa atribuir sentido (arriesgar significados), lo que hará posible transitar por diferentes explicaciones que, por cierto, podrán ser exitosas o fracasar ante el auditorio al que se dirigen. En el caso de lo que aquí importa la atribución de sentido está fuertemente condicionada por lo que se dice en las normas jurídicas y las prácticas procesales asentadas.

La prueba –en sus distintas posibilidades de significación– asume el desafío de integrar lo expresado a través de los discursos y aquello que es captado mediante los sentidos. De lo que se trata es de evitar explicaciones paralelas (la de lo sensible y la de lo discursivo). En conformidad a ello, el éxito rotundo de la actividad probatoria estará dado, en principio, por la eliminación completa de las dudas en cuanto a si una conducta discursivamente

¹⁶ Sobre las diferencias entre aceptar y creer, ver COHEN (1989) pp. 367-389.

¹⁷ Los “coherentistas” también pueden asignar valor a las actividades probatorias, pero no entenderán que con ello escapan de lo discursivo (no importará tanto la experiencia sensorial, como la interpretación que sobre ella se realiza).

¹⁸ Ver LATOUR (2017) p. 15.

¹⁹ Piénsese en los grandes esfuerzos que implicó el destierro de los argumentos de autoridad, tan en boga en el medioevo y su reemplazo por la observación en el mundo de los científicos. Ver, entre otros, HACKING (1975) pp. 31-48.

²⁰ El asunto lo ilustra bien Wittgenstein al sostener: “Un error se convierte de este modo en algo ilícito”. WITTGENSTEIN (2000) p. 47c.

comunicada ha ocurrido en el mundo de lo sensible²¹. Un efecto similar también es posible en el caso de que se confirmen las sospechas que dieron origen al desafío, es decir, por el descarte absoluto de aquello que fue sostenido y, en su momento, dudado²². En ambos casos se produce un estado de concordancia entre lo discursivo y lo que, en alguna medida, es calificado como sensorial u observacional. El fracaso, en cambio, lo representa la pervivencia de la sospecha sobre una afirmación, es decir, no se está en condiciones de afirmar que la conjetura era errónea, ni tampoco que era correcta. Por cierto, el éxito o fracaso podrán ser parciales en caso de que las sospechas se reduzcan o incrementen, pero no en una magnitud suficiente como para zanjar el asunto de manera definitiva²³.

Sin perjuicio de lo señalado, lo anterior es altamente problemático a nivel teórico en cuanto a qué es lo que realmente se logra cuando se reconocen concordancias entre lo discursivo y lo sensible. Así las cosas –y a modo de ejemplo– en un campo tan sofisticado como el de las ciencias naturales se habla de la “cuestión abierta” para aludir a las explicaciones concordadas dentro de la respectiva comunidad disciplinaria. Es decir, se reconoce un estatus de interinidad al conocimiento producido, o lo que vendría siendo lo mismo, aquél perdurará como tal mientras no aparezca algo mejor. Los participantes en los procesos judiciales la tienen algo más fácil, pues disponen de herramientas como la cosa juzgada que hace posible clausurar normativamente las incertidumbres que en el futuro podrán aparecer respecto a lo que fue decidido en el pasado. Esto último, por cierto, no equivale a un salvoconducto que lleve a tomarse a la ligera toda la dimensión constitutiva que se encuentra implicada en la derivación de los hechos a partir de la prueba disponible.

2. SENTIDOS PRIMARIOS DE LA PALABRA PRUEBA

Para introducirnos en el estudio de los distintos significados de la palabra “prueba”²⁴ considérese el siguiente fragmento de una carta ficticia enviada por un abogado a su cliente:

“Próximamente se realizará la audiencia de “prueba”. Es importante, entonces, que tengamos una última conversación acerca de la “prueba” que presentaremos. Cumpló con recordarle que el éxito o fracaso en el juicio depende fundamentalmente de si se “prueba” o no el vínculo laboral entre el demandado y Ud. Por cierto, hay otros problemas de “prueba” de los cuales hay que hacerse cargo, como ocurre con el monto de la remuneración o la fe-

²¹ En rigor, esto no se asocia a la certeza sino a la superación de un estándar de prueba. Como se sabe, la incorporación de estos últimos en los sistemas de adjudicación obedece a la necesidad práctica de que los asuntos no pueden permanecer en un estado de indefinición más allá de cierto tiempo.

²² En términos más técnicos, se podría afirmar que se ha resuelto el problema ilocucionario que recaía sobre la fuerza de la afirmación dudosa, pero aún queda pendiente el problema locucionario (¿qué puede válidamente decirse?).

²³ La opción por no dejar abiertos los asuntos más allá de un determinado plazo, ha llevado a los sistemas jurídicos a establecer mecanismos para zanjar los asuntos recurriendo a una cierta manera de distribuir los riesgos de errar (estándares de prueba). El asunto no difiere en todo caso demasiado de lo que ocurre en otros espacios de la vida en que no podemos dilatar en demasía nuestras decisiones.

²⁴ Distinciones con algunos puntos de encuentro respecto de lo que aquí se plantea pueden verse en WRÓBLEWSKI (2008) pp. 233-234; y también en TARUFFO (2002) pp. 439-451. Entre nosotros, ver MENESES (2008) pp. 45-46.

cha de inicio del contrato de trabajo. Respecto a estos últimos estamos en ventaja, pues hay una presunción en nuestro favor por no escrituración del contrato”.

En el texto que precede, la palabra “prueba” se usa en sentidos diversos. Del sustantivo “prueba” y de los adjetivos “de prueba” o “probado” emergen los siguientes significados:

2.1. PRUEBA COMO FUENTE DE IMÁGENES SENSORIALES (O EXPERIENCIAS) QUE SE SITUAN EN LA BASE DE ARGUMENTOS CUYAS PRETENSIONES SON LAS DE FIJAR CONDUCTAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES²⁵

El uso de la palabra prueba en este primer sentido²⁶ se vincula –a lo menos– con las dos exigencias siguientes²⁷. En primer lugar, debe tratarse de “algo” que cumpla la función de fuente o soporte de la facticidad comunicada en un argumento. En segundo lugar, deben vislumbrarse conexiones entre las imágenes sensoriales (o experiencias) comunicadas por la fuente²⁸ y la conjetura sobre conductas jurídicamente relevantes que interesa en el caso. Analicemos brevemente lo que se quiere decir con cada una de esas condiciones.

El posicionamiento de “algo” en la base de un argumento es un asunto con hondas repercusiones para validar el punto de vista que se defiende. Así, el consenso en cuanto a que “algo” se sitúa en la base de un argumento, supone un compromiso de no seguir profundizando respecto a sus credenciales para ocupar dicha posición discursiva. En consecuencia, es desde allí donde se edifica el respectivo argumento. Esto repercute en su fuerza y eventual traslado hacia nuevos contextos. El reconocimiento de que “algo” cuenta con las credenciales propias de una prueba, comunica que –al menos parte de ella– no se encuentra abierta a la problematización. En otras palabras, es algo que podemos reducir a imágenes sensoriales o experiencias que cumplen la función de anclar el discurso de los hechos²⁹ en

²⁵ El Diccionario de la Lengua Española de la RAE propone catorce significados de la palabra prueba. De las opciones allí indicadas, se encuentran vinculadas a este primer sentido las siguientes: “2. f. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo” y “3. f. Indicio, señal o muestra que se da de algo”. Por su parte, el Diccionario de uso del español de María Moliner ofrece entre los significados de la palabra “prueba”: “Cosa con que se prueba o se intenta probar algo: ‘Aquí están las pruebas de lo que digo.’”; “Pruebas presentadas o indagaciones hechas oficialmente para probar algo”. MOLINER (2016).

²⁶ Para aludir a este sentido de prueba se utiliza, a veces, la palabra “evidencia”. Probablemente la razón de la popularización de este uso en épocas recientes se vincula a una conexión más estrecha de sistemas como el nuestro con el *Common Law*, donde la palabra *evidence* da cuenta de este sentido.

²⁷ En el fragmento ficticio que precede, este primer posible significado se encuentra asociado a la oración: “Es importante, entonces, que tengamos una última conversación acerca de la ‘prueba’ que presentaremos”. Con ello se da a entender que en un determinado momento se realizarán acciones tales como, exhibir documentos o interrogar testigos; ello con miras a generar una narrativa acerca de datos sensoriales suficientes para clausurar otras indagaciones orientadas a consolidar o desechar conjeturas sobre conductas jurídicamente relevantes. La noción de medio de prueba no agota este primer sentido de la palabra prueba, pero sí captura el significado de lo que se dice en el fragmento indicado de la carta ficticia.

²⁸ Acorde a lo indicado más adelante las fuentes pueden ser personas u objetos, registros o proposiciones.

²⁹ Es ilustrativo en este sentido el inciso 2° del artículo 297 del Código Procesal Penal donde se indica “El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”. El razonamiento probatorio quedaría desestabilizado si no se hace cargo de por qué ciertas pruebas, en este sentido 1, no son utilizadas para la decisión de los hechos (probados). Así, en el texto de la sentencia deben proveerse razones

el mundo en que cotidianamente participamos³⁰. El punto es importante, pues el lenguaje de la prueba aspira a diferenciarse del lenguaje ficcional³¹. Así, hay afirmaciones admisibles en el espacio de lo ficcional que no lo son cuando se opera en instancias de la prueba. Al contar con pruebas que dependen de lo que se capta por los sentidos las pretensiones de nuestros discursos asumen una cierta forma de compromiso con el lenguaje descriptivo³².

La segunda de las condiciones anunciadas para que la palabra “prueba” sea usada en el sentido de soporte argumental, apunta a que ocupará la posición P en estructuras narrativas de la forma “P demuestra/refuta el hecho H”³³. Algunos ejemplos serían:

- “El testigo T₁ demuestra/refuta que el trabajo fue correctamente realizado”;
- “Este cuchillo con rastros de sangre demuestra/refuta que Colombina fue asesinada”;
- “La afirmación que el testigo T₂ hizo en la audiencia –“Guido me entregaba habitualmente la mercadería que yo solicitaba al almacén Astoria”– demuestra/refuta que Guido trabajaba para dicho almacén”;
- “La enfermedad de Mimí demuestra/refuta que no estaba presente durante la función teatral en la que el embajador fue atacado”.

Los ejemplos precedentes asumen que no basta que en abstracto “algo” se encuentre en condiciones de ocupar una posición de soporte de un argumento. Se requiere, además, que sea posible, en concreto, establecer una forma de conexión respecto de una conjetura³⁴ específica que se busca fortalecer o debilitar. El nuevo sentido que se indica a continuación permite una mejor comprensión de este requisito.

según las cuales la decisión tomada es correcta, pese a existir una forma alternativa de articular datos sensoriales. La manera en que tal exigencia puede ser satisfecha sería desvirtuando las conexiones de la prueba dejada de lado con la conjetura a probar (hay puntos de llegada alternativos que quedan en pie, incluso tomando en serio dicha prueba); o bien, los datos sensoriales comunicados o la narrativa a la que se recurre no se encuentran suficientemente validados (hubo errores observacionales, problemas de memoria, etcétera).

³⁰ Ver HUME (2012) pp. 41-42.

³¹ Ver TARUFFO (2007).

³² Se pregunta Vargas Llosa: “¿Qué diferencia hay, entonces, entre una ficción y un reportaje periodístico o un libro de historia? [...] La respuesta es: se trata de sistemas opuestos de aproximación a lo real. En tanto que la novela se rebela y transgrede la vida, aquellos géneros no pueden dejar de ser sus siervos”. VARGAS LLOSA (2003) p. 21.

³³ Una formulación más completa debiera ser “P demuestra/refuta el hecho H, en conformidad al argumento A”. No se usa tal estructura ya que los abogados y jueces, rara vez construyen sus argumentos como una de las posibilidades, sino como el argumento correcto (o, el mejor).

³⁴ En lo que sigue, la palabra conjetura será utilizada con frecuencia para aludir a lo que se trata de probar en un proceso judicial. Como se sabe, hay procedimientos en los cuales se requiere definir tempranamente dicha conjetura, lo cual sirve de guía a las partes en orden a focalizar aquello que deberán esforzarse por confirmar o refutar. Así, por ejemplo, en el procedimiento civil se habla de una resolución que fija los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos.

2.2. PRUEBA COMO ACTIVIDAD (MENTAL O DISCURSIVA) QUE EXPLORA, CONSTRUYE Y/O CONTROLA RELACIONES POSIBLES ENTRE “PRUEBAS” EN EL SENTIDO 1. Y CONJETURAS SOBRE CONDUCTAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES, CON MIRAS A QUE ESTAS ÚLTIMAS SUSPENDAN SU ESTATUS DE PROVISIONALIDAD TENDIENDO, YA SEA A SU CONFIRMACIÓN O REFUTACIÓN³⁵

Este sentido de la palabra prueba queda claro al analizar locuciones, tales como “estoy probando H”, “así se prueba H” o “has fracasado en tus intentos de probar H”³⁶. Las posibilidades de relación son múltiples. Ellas resultan sostenibles en la medida que sea reconocible un hábito según el cual si se está en un estado de cosas A es legítimo entender que se da (o no se da) también un estado B³⁷. La estructura discursiva estándar, en este caso, sitúa a la palabra prueba como un puente entre³⁸ el soporte (sentido 1) y el resultado (sentido 3), es decir, se habla de que “P prueba³⁹ el hecho H”. Algunos ejemplos serían:

- El hecho delictivo no se prueba (no es susceptible de probar) con un solo testigo.
- Las huellas encontradas en el cuchillo y la declaración de la madre de Tonio prueba(n) que Canio mató a Colombina.

El fracaso de la prueba entendida en este sentido, se encuentra dado por su incapacidad para contribuir al fortalecimiento o a la refutación de la conjetura problematizada⁴⁰. Dicho en otras palabras, la conjetura sobre la cual se lleva a cabo un proceso de demostración/refutación permanece a nivel de posibilidad, sin que se esté legitimado para tomar una decisión al respecto. Como se sabe, la responsabilidad por el inmovilismo de ambas partes o por la irrelevancia de actuaciones con apariencia probatoria se hace recaer, en último término, sobre quienes soportan la carga de la prueba.

³⁵ WIGMORE (1931) p. 8; GONZÁLEZ LAGIER (2018) pp. 16 y ss. En lo que concierne al Diccionario de la Lengua Española de la RAE deben tenerse en cuenta que respecto de la voz prueba se indica como significado posible: “1. f. Acción y efecto de probar” Un cierto parecido de familia se detecta con el siguiente significado: “4. f. Ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultará en su forma definitiva”. Si se explora la voz “probar” aparece como posibilidad adicional: “3. tr. Justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos”.

³⁶ En el fragmento de la carta ficticia este posible significado se encuentra asociado a la oración: “... hay otros problemas de prueba de los cuales hay que hacerse cargo, como ocurre con el monto de la remuneración o la fecha de inicio del contrato de trabajo. Respecto a estos últimos estamos en ventaja, pues hay una presunción en nuestro favor por no escrituración del contrato”.

³⁷ Ver HUME (2012) pp. 48-72.

³⁸ Entre los abogados es habitual usar la locución “máximas de la experiencia” para aludir a (algunos de) estos conectores. Quien populariza dicha expresión (Friedrich Stein) no estaba seguro de que fuere especialmente apropiada para comunicar aquello de lo que se pretendía dar cuenta. Es más, él sostiene que para los efectos de abreviación habría preferido, en principio, la locución “premisas mayores”, no obstante se inclinó finalmente por “máximas de la experiencia” en razón de la manera en que se originan (desde la experiencia). STEIN (1973) pp. 21-22.

³⁹ Al confrontarla con la estructura narrativa precedente queda claro que “prueba” en el sentido aquí utilizado es sustituible –al menos en algunas de sus posibilidades– por las palabras “demuestra” o “refuta”.

⁴⁰ Por cierto, esto implica también su fracaso como prueba en el sentido 1, aun cuando podría en dicho caso quedar en pie para servir como prueba respecto de otra conjetura.

Dependiendo de la posición del hablante, la función de la prueba como actividad será diversa. En el caso de los abogados, lo que preferentemente se busca es persuadir a un auditorio (el tribunal) en orden a que la conjetura sobre la que se discute sea acogida o rechazada. Así, el éxito o fracaso se mide principalmente por la influencia ejercida sobre el órgano decisor. En el caso de los tribunales esta actividad es eminentemente constitutiva, pues de lo que se trata es de pasar desde un estado conjetural hacia un estado de hecho probado o no probado⁴¹ que es, precisamente, a lo que refiere el tercero de los sentidos primario de la palabra “prueba”. El auditorio –en este último caso– es amplio, pues refiere a distintos lectores de las sentencias⁴².

2.3. HECHO “PROBADO” COMO ESTATUS ATRIBUIDO A UNA CONJETURA SOBRE CONDUCTAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES, EN LA MEDIDA QUE SE RECONOCE QUE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA FUE SUPERADO⁴³

Este es el sentido que asume la palabra “prueba” o sus derivaciones cuando se habla de que “H está probado”, o se dice que “H no logró demostrarse”⁴⁴. Las condiciones de éxito de este sentido de prueba suponen el cumplimiento de requisitos institucionales en orden a que aquello que en su momento era solo una conjetura sea ahora considerada como un hecho probado⁴⁵ o refutado. El fracaso estaría dado por la persistencia de un estado de incertidumbre o indefinición respecto de la conjetura que se trata de probar o refutar⁴⁶. En el mundo de los abogados⁴⁷ esto no es un problema dado que los tribunales están obligados

⁴¹ La circunstancia de que las pretensiones son constitutivas no debe entenderse en términos de que las reacciones de distintos auditorios no importen. El éxito o fracaso de las pretensiones constitutivas depende, en último término, de una cierta forma de reaccionar por parte de los destinatarios de la decisión (operan como si el hecho se encuentra probado o no probado). VARGA (1995) p. 137.

⁴² El lenguaje utilizado en las sentencias provee de algunas señales en orden a que los lectores que principalmente son tenidos en cuenta por el decisor para los efectos de redacción del respectivo texto son los tribunales superiores y los abogados de las partes. En casos de alta repercusión pública el universo de lectores preferentemente considerados se expande, por ejemplo, a los académicos y a los periodistas. En el caso de las partes, los jueces –probablemente– cuentan con que los respectivos abogados oficiarán como “traductores”. Ver COLOMA (2010) pp. 939-946.

⁴³ Podría añadirse también el caso de las conjeturas refutadas. He preferido no hacerlo, para no provocar confusiones. En el Diccionario de la Lengua Española de la RAE puede tenerse en cuenta la siguiente opción que ofrece la palabra “prueba”: “12. f. Der. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”. Aun cuando la definición resulta circular, se ajusta, mejor aún, la voz “hecho probado”: “1. m. Der. hecho que como tal se declara en las sentencias”.

⁴⁴ En el fragmento imaginario de la carta que se incorpora al inicio, este sentido estaría representado en la oración: “Cumplo con recordarle que el éxito o fracaso en el juicio depende fundamentalmente de si se prueba o no el vínculo laboral entre el demandado y Ud.”.

⁴⁵ Hay ocasiones en las que, sencillamente, se pasa a hablar de los “hechos”, en lugar de la locución “hechos probados”. He definido hechos como “un artefacto lingüístico que adscribe (1) acciones u omisiones jurídicamente relevantes sobre uno o más sujetos, (2) y que habiendo sido sometido a un proceso de comprobación/refutación (3) ha superado el estándar de prueba institucionalmente establecido”. COLOMA (2017a) p. 89.

⁴⁶ El fracaso del que se habla sería un fracaso ilocucionario, en el sentido de que pese al proceso realizado no se está en condiciones de abandonar un lenguaje de incertidumbres (“puede que sí”, “es probable que no”) que –al menos en el contexto de la adjudicación– se entiende como inútil para imponer cargas u otorgar beneficios.

⁴⁷ Con la palabra abogado se alude –en casos como este– no solo a quienes defienden los intereses de las partes, sino también a jueces y académicos.

—por aplicación del principio de inexcusabilidad— a decidir sobre aquello que en un primer momento presentaba la fisonomía propia de una conjetura.

Un elemento clave para entender correctamente lo que se quiere decir con la locución “prueba como resultado”, es el estándar de prueba. Una conjetura deja de ser tal cuando al momento de clausurarse institucionalmente la discusión a la que se ha dado lugar, quien se encuentra en posición de zanjar acerca del nuevo estatus de la conjetura toma posición, ya sea en orden a que fue demostrada o a que no lo fue. En el primer caso, no hay razones para seguir sospechando acerca de lo que en ella se sostiene; en el segundo caso, las sospechas siguen abiertas, pero se ha acabado el tiempo para seguir argumentando.

Los estándares de prueba sirven para operar bajo la estructura binaria representada por las categorías: “probado”, “no-probado”. Como se sabe, dependiendo del procedimiento judicial del que se trate, las exigencias para dar por probado serán mayores o menores. Aquello, no debiera llevar a la perplejidad, dado que de lo que se trata cuando se sostiene por un órgano dotado de autoridad —como lo es un tribunal— que H⁴⁸ se encuentra probado, es que H puede usarse para atribuir una conducta jurídicamente relevante a un determinado sujeto S. Así, sobre S se podrán imponer cargas u otorgar beneficios, según se encuentre establecido en el ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva del análisis del lenguaje, aludir a la prueba en este sentido otorga otras posibilidades vinculadas, por ejemplo, a la obtención de ventajas desde una perspectiva eminentemente retórica. Así las cosas, las partes, a menudo, usan este sentido de prueba en sus discursos con fines de persuasión. Más aún, cualquier lector de sentencias podrá recurrir a este sentido de prueba con miras a fijar su punto de vista acerca de si la conjetura fue demostrada o refutada. Por cierto, en estos dos últimos supuestos no se producen repercusiones institucionales. Algunos ejemplos de las posibilidades recién indicadas serían:

- “Está probado que Guido trabajaba para el almacén Astoria” (sentencia del tribunal).
- “Si se considera lo que dijeron los cuatro testigos presentados por esta parte y, a la vez, que la coartada de la defensa carece de apoyo más allá de las escasamente convincentes palabras de la acusada, cabe afirmar que ha sido probado que Mimí participó en el atentado al embajador” (alegato de abogado/comentario de lector de sentencia).

⁴⁸ H es el punto de llegada al que se pretende arribar en un discurso probatorio. En los procesos judiciales H se elige en virtud de las conexiones que resultan posibles con la norma o subsistema normativo a aplicar. Las formas de llegar a H son múltiples. Así, el caso de la inasistencia a la función de teatro se puede probar porque Mimí estaba en otra ciudad, porque ella no aparece en ninguna de las pantallas que registraban los distintos lugares del teatro, etcétera.

2.4. PRUEBA COMO EXPERIENCIA CONTROLADA DE PRESENTACIÓN/PRODUCCIÓN DE OBJETOS, IMÁGENES O NARRACIONES QUE SIRVEN DE SOPORTE A ARGUMENTOS QUE FORTALECEN O DEBILITAN CONJETURAS SOBRE CONDUCTAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES⁴⁹

La palabra “prueba” puede, por último, ser entendida como una experiencia, como una puesta en escena, como un laboratorio social o –dicho en términos menos metafóricos– como un espacio institucionalmente legitimado para la producción de información útil para demostrar o refutar conjeturas sobre conductas jurídicamente relevantes. Las locuciones “término de prueba”, “audiencia de prueba”, “recepción de la causa a prueba” o similares dan cuenta del sentido aquí aludido⁵⁰. Las condiciones de éxito de las pruebas en este cuarto sentido suponen que la experiencia institucionalmente regulada resulta útil para la construcción de los soportes (sentido 1) de un resultado (sentido 3) que se ha hecho derivar de una actividad de demostración o a refutación de una conjetura (sentido 2). El fracaso, por su parte, estaría dado por la negativa a considerar que la experiencia resultó apta para la producción de insumos probatorios⁵¹.

Este sentido de prueba se encuentra estrechamente vinculado al sentido 1, de manera tal que, desde cierta perspectiva, podría sostenerse que solo se encuentra legitimada como soporte argumentativo aquella prueba producida en las audiencias que para tales efectos son realizadas⁵². La construcción de un espacio institucional de rendición de prueba es una característica identitaria de los procesos judiciales y que –según se sabe– determina, en una importante medida, lo que se reconoce como constitutivo de un soporte de los discursos probatorios⁵³. Esto resulta clave para no dejar abierto los problemas sobre los cuales discute a la espera de nueva información o del perfeccionamiento de lo que ya se dispone⁵⁴.

Los sistemas jurídicos disponen, entonces, de una serie de reglas que apuntan a que el proceso de generación de soportes probatorios y (parte de) la actividad probatoria misma

⁴⁹ En el Diccionario de la Lengua Española hay que tener en consideración la voz “recibir a prueba” “1. loc. verb. Der. Abrir el período del juicio en que los interesados han de proponer y practicar sus justificaciones o probanzas”. Mucho más directo aparece el segundo sentido de la palabra “prueba” en el Diccionario de uso del español de María Moliner es: “Acto en que las partes presentan las pruebas relativas a los hechos que se debaten en un juicio” MOLINER (2016).

⁵⁰ En el fragmento imaginario de una carta que se incorpora al inicio, este sentido estaría (obviamente) representado en la oración: “Próximamente se realizará la audiencia de prueba”.

⁵¹ Aquello ocurre si la audiencia de prueba es declarada nula o bien, una prueba en concreto es declarada nula.

⁵² Hay excepciones como es el caso de los hechos públicos y notorios, como también en la prueba anticipada. En rigor, esta última podría no entenderse como una excepción, pues se genera en un escenario previo que requiere encontrarse legitimado jurídicamente.

⁵³ La estipulación de un espacio válido para producir pruebas implica modificar las formas de actuación que son propias de la vida cotidiana (más/menos sinceridad de los participantes, más/menos actitudes de sospecha del auditorio, etc.). BERGER y LUCKMAN (2006) p. 41.

⁵⁴ Tversky y Kahnemann usan la sigla WYSIATI (*what you see is all there is*) para dar cuenta de la importancia que asignamos a la información que *tenemos a la mano* cuando razonamos. Es importante, eso sí, tener presente que al depender la producción de las pruebas del impulso de las propias partes, esta clase de sesgos resulta bastante controlada (las partes se preocupan que los datos más útiles sean presentados). KAHNEMANN (2012) pp. 117-121.

sea desarrollado dentro de límites preestablecidos⁵⁵. La palabra prueba también es usada para dar cuenta de ese contexto. Algunos ejemplos serían:

- En la fase de prueba, la demandada ofreció presentar cuatro testigos y tres documentos.
- Se ruega mantener silencio en la sala. En este momento se realiza una audiencia de prueba (cartel colgado en la puerta de un tribunal)

Para simplificar las cosas, en lo que sigue, me referiré a los distintos sentidos indicados usando las locuciones: (2.1) prueba-soporte, (2.2) prueba-actividad, (2.3) prueba-resultado, y (2.4) prueba-experiencia.

3. SENTIDOS SECUNDARIOS DE LA PALABRA PRUEBA

Los cuatro sentidos ya indicados no agotan los usos de la palabra “prueba” en contextos jurídicos. Para disponer de un panorama más completo se requiere pasar a un segundo nivel de significados. Estos nacen tanto de nuevas ambigüedades que tiene la palabra prueba en su sentido primario de soporte; como de las distintas concepciones que se encuentran en competencia cuando se habla de prueba como actividad, como resultado o como experiencia.

3.1. TRES NUEVOS SENTIDOS PARA LA PRUEBA-SOPORTE

Los soportes articuladores de datos sensoriales desde los cuales jueces y abogados confirman o refutan conjeturas acerca de conductas jurídicamente relevantes, son variados. En un estado inicial de producción del razonamiento probatorio con la palabra prueba se alude, simplemente, a objetos o a personas. En estados más avanzados del razonamiento probatorio, la referencia es a piezas discursivas (registros) producidas en instancias institucionalmente reconocidas a tales efectos; como también a proposiciones no problematizadas y que articulan datos sensoriales.

Para entender mejor la ambigüedad de la palabra prueba como soporte, es útil hacer algunas precisiones sobre distintos momentos probatorios. Dependiendo del momento probatorio del que se trate se dispondrá de distintos niveles de validación de las conjeturas o hechos controvertidos (llamémoslos H). Así, en las fases iniciales de un proceso judicial se asume de lleno el estatus conjetural de H; en cambio, en la sentencia se asume que H se encuentra validada o bien, refutada. Acorde a lo expresado, en el momento que precede a la audiencia de prueba, uno de los abogados podría válidamente sostener: “El trabajo se realizó correctamente: en su momento, escucharán al testigo T₁, quien dará cuenta de ello”. Sin el ofrecimiento de la declaración de T₁ (que sería prueba como soporte a la que llamaremos P), el hecho (trabajo correctamente realizado), constituiría un argumento escasamente sostenible. En la sentencia, en cambio, no sería una forma correcta de hablar de prueba como

⁵⁵ Un ejemplo interesante de legitimación (en este caso de la TV como medio de comunicación) puede verse en ZELIZER (1997) pp. 260-261.

soporte, si se alude a aquello que sabe el testigo T_1 (deja de ser P). Se requerirá, por tanto, el análisis de lo que efectivamente dijo T_1 (y otras pruebas) en un contexto institucionalmente validado. Acorde a lo señalado, para entender más plenamente el sentido de prueba como soporte es útil distinguir entre las siguientes etapas procedimentales:

Etapas de preparación. Esta fase va desde el inicio del proceso judicial hasta el momento inmediatamente anterior a la rendición de las pruebas en las audiencias previstas para tales fines. Se trata de una fase en que se adopta una serie de decisiones que impactan en el posterior desarrollo del juicio. Más concretamente, aquí se fijan las reglas del juego –en concreto– a las que se deberán someter los participantes. En esta fase se discute ¿qué debe probarse?, ¿quién debe probar? y ¿con qué se probará?

Etapas de producción de pruebas y argumentos. En esta fase se rinden las pruebas y se elaboran las propuestas argumentales de los abogados orientadas a optimizar la posición de sus representados. Lo que en la etapa preparatoria solo constituían datos posibles (las opciones eran muy variadas), en esta etapa pasan a ser datos en concreto: hay una experiencia que los fija. Las tareas claves de esta etapa apuntan, en un primer momento, a la promoción de una cierta forma de intercambio o interacción con los medios de prueba (personas, objetos, etc.) en el escenario probatorio y en un segundo momento, a la atribución de significado a lo que fue constitutivo de la experiencia probatoria (valoración de la prueba). Las preguntas a considerar en esta fase adoptan formas tales como ¿la declaración del testigo requiere de precisiones? o ¿la prueba rendida corrobora o refuta lo que se intenta probar?

Etapas de decisión y justificación. En esta fase el tribunal adopta una decisión en orden a que si lo que se presentó como una conjetura, ahora debe considerarse o no como un hecho probado. A su vez, el tribunal provee razones mediante un texto que sirve para legitimar su elección. Las preguntas a tener en cuenta en esta fase son: ¿la conjetura ha sido probada o refutada con la prueba rendida?, ¿cómo se derivan los hechos probados de la prueba rendida?, etcétera⁵⁶.

Los significados de segundo nivel de la palabra prueba como soporte serían, entonces:

3.1.1. Personas u objetos que proveen –o respecto de los cuales se asume un compromiso de que proveerán– narraciones o impresiones (experiencias sensoriales) que fortalecen o debilitan una conjetura acerca de una conducta jurídicamente relevante (sentido secundario 1)

Para aludir a la palabra prueba usada en este sentido se usa habitualmente la locución “medios de prueba”. Así, por ejemplo, se habla de que: “La parte demandante presentó como prueba tres testigos y un lote de documentos”; o bien “el cuchillo con el que se provocó la herida es una prueba que deberá ser considerada”. Por cierto, hay diferencias en la manera en que los testigos y peritos, por una parte, y los documentos u objetos, por la otra, proveen información, pero nada impide su inclusión en una sola categoría.

Los testigos proveen de relatos de los cuales se espera satisfagan expectativas de comunicación de determinadas experiencias de vida. Los relatos son construidos y, por lo tanto, se ven afectados por una serie de problemas que inciden en su valor probatorio. En

⁵⁶ COLOMA (2017b) y COLOMA (2017a) pp. 86-89.

el caso de los objetos, la sola observación de parte del tribunal debiera resultar apta para la producción de cierta información, habida cuenta del marco interpretativo de quienes lo conforman. Esto último, sin embargo, es discutible. La exhibición de un cuchillo ensangrentado, por ejemplo, resulta inútil para demostrar algo relevante si no se le asocia a un relato que, por ejemplo, lo sitúe en un lugar, informe acerca de su propiedad y/o se haga cargo de las huellas que sobre él persisten. Las diferencias en las formas que abogados y jueces deben extraer información explican los esfuerzos por distinguir entre la prueba testimonial y la prueba real; u otras categorías⁵⁷.

En la etapa preparatoria solo contamos con fuentes potenciales de información, es decir, expectativas en cuanto a que los testigos o peritos harán determinadas afirmaciones conducentes a fortalecer o a debilitar conjeturas. Como no se sabe exactamente lo que efectivamente declararán en la audiencia de prueba, cabría sostener que el testigo o el perito constituyen, a estas alturas, un soporte provisional del razonamiento probatorio. Aquello explica, por ejemplo, que un abogado sostenga en su alegato de apertura que “el acusado entró en la joyería J_1 en el momento M_1 , hecho que será probado por el testigo T_1 ”. El aludido testigo asume, entonces, el papel de soporte del razonamiento que se ofrece.

Para entender mejor la categoría de prueba aquí aludida, es útil referir a la distinción entre prueba relevante e irrelevante⁵⁸. Desde cierta perspectiva hablar de prueba relevante es una redundancia y hablar de prueba irrelevante, una contradicción. La relevancia es entendida como una propiedad de las pruebas (en cuanto soportes de argumentos): alude a que fortalecen o debilitan una conjetura. Si algo no fortalece o debilita una conjetura es irrelevante o, lo que vendría siendo lo mismo, no es una prueba. Hablar de prueba irrelevante supone que *prima facie* se estuvo dispuesto a otorgar el estatus de prueba a algo, pero una vez que se le conoció en más detalle no se le considera útil para fortalecer o debilitar la conjetura que interesa. Así las cosas, no es una forma de hablar extravagante sostener que el testigo T_1 , el documento o el arma exhibida constituyen pruebas irrelevantes y, en consecuencia, no se les toma en cuenta para adoptar una decisión.

3.1.2. Registros que articulan datos sensoriales producidos en un espacio institucionalmente validado y que se usan para fortalecer o refutar conjeturas (sentido secundario 2)

Se trata de una prueba en la cual se integra la información suministrada y el contexto en el cual esta se rinde (sentido 4). Tras haber ya realizado su declaración, los sujetos (testigos o peritos) pierden interés en cuanto prueba. El foco se redirige hacia lo que se ha registrado como declaración del testigo o perito, sin que quepa desentenderse del contexto en que tal experiencia comunicativa ocurrió. Así las cosas, son de esperar afirmaciones como la siguiente: “El ingreso del acusado a la joyería J_1 en el momento M_1 se prueba por la declaración del testigo T_1 , quien al ser preguntado acerca de ¿cómo lo reconoció?, señaló

⁵⁷ La ambigüedad del término hizo que Wigmore prefiriese hablar de preferencia autóptica. Ver ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015) pp. 131, 449. Un análisis detallado de las distintas posibilidades de pruebas en este sentido v) puede verse en el capítulo III de TARUFFO (2008) pp. 59-108.

⁵⁸ Sobre el concepto de relevancia ver especialmente WILSON; SPERBER (2002), pp. 583 y ss. Sobre las superposiciones y diferenciaciones entre pertinencia y relevancia en la doctrina y jurisprudencia chilenas ver DURÁN (2016).

que estaba a una distancia de 5 metros de la puerta y que le llamó la atención...”. El soporte probatorio es, entonces, una experiencia controlada de producción de información en que importa tanto el discurso que se comunica, como las circunstancias en que se produce.

Tanto el mensaje como el contexto comunicativo se consideran para configurar este sentido vi) de prueba. Al no desentenderse de las condiciones de producción –y, por cierto, de la responsabilidad de su emisor– la prueba admite anclarse con la cotidianeidad, es decir, con las experiencias⁵⁹ que cada uno de nosotros entiende como reales⁶⁰. El mensaje –al menos por el momento– no alcanza plena autonomía y necesita fuertemente del contexto de producción. De lo que se dispone es de un discurso que vale en la medida que han participado distintos sujetos (jueces, abogados, testigos, peritos y otras personas presentes en la sala de audiencia).

3.1.3. *Proposiciones⁶¹ situadas en la base de un argumento que pretende fortalecer o debilitar una conjetura sobre una conducta jurídicamente relevante en un proceso judicial y que se caracterizan por no ser problematizables y por la articulación de uno o más datos sensoriales (sentido secundario 3)*

El significado de prueba aquí referido supone una tarea de descontextualización respecto de las condiciones en que la información fue suministrada⁶². De lo que se trata es que el mensaje cumpla el rol de soporte, independientemente de cuál haya sido la forma concreta de producción.

Para entender mejor este sentido de prueba es útil considerar el concepto de hecho público y notorio. Como se sabe, los sistemas jurídicos suelen liberar a las partes de tener que demostrar algunos eventos que la población está de acuerdo en que se produjeron. Así, por ejemplo, si se persigue la responsabilidad de una empresa constructora por el derrumbe de un edificio, no es necesario rendir prueba respecto a que en determinada fecha hubo un terremoto. La sentencia, entonces, no requiere de declaraciones de testigos o peritos, documentos u otras pruebas para reconocer como un hecho el terremoto del 27 de febrero de 2010 en el centro-sur de Chile. Por su parte, el hecho-terremoto puede constituir uno de los soportes que configuran el nuevo hecho “el edificio se derrumbó con un sismo grado 8 en la escala Richter, pese a que según las exigencias municipales debía resistir uno de grado 10”.

Una situación equiparable a la precedente ocurre cuando un hecho –en principio, problematizable por las partes– no genera desacuerdos entre ellas y, por tanto, puede usar-

⁵⁹ SKOLIMOWSKY (2016) p. 411.

⁶⁰ BERGER y LUCKMANN (2006) p. 45.

⁶¹ Para hablar de una proposición no problematizable se requiere de alguna forma de aceptación de que aquello que se comunica representa la realidad. Otra opción habría sido la de hablar de hecho intermedio. Así, en la voz “prueba” incorporada en glosario incluido al final del libro *Análisis de la prueba de Anderson, Schum y Twining* se habla de “cualquier hecho que el tribunal considera como información que puede persuadirlo para alcanzar una creencia razonada sobre un *probandum*. El término se usa, algunas veces, para referirse a los datos probatorios o preferencias autópticas y, otras veces, para referirse a otros hechos que se asumen como comprobados en un argumento”. ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015) p. 449.

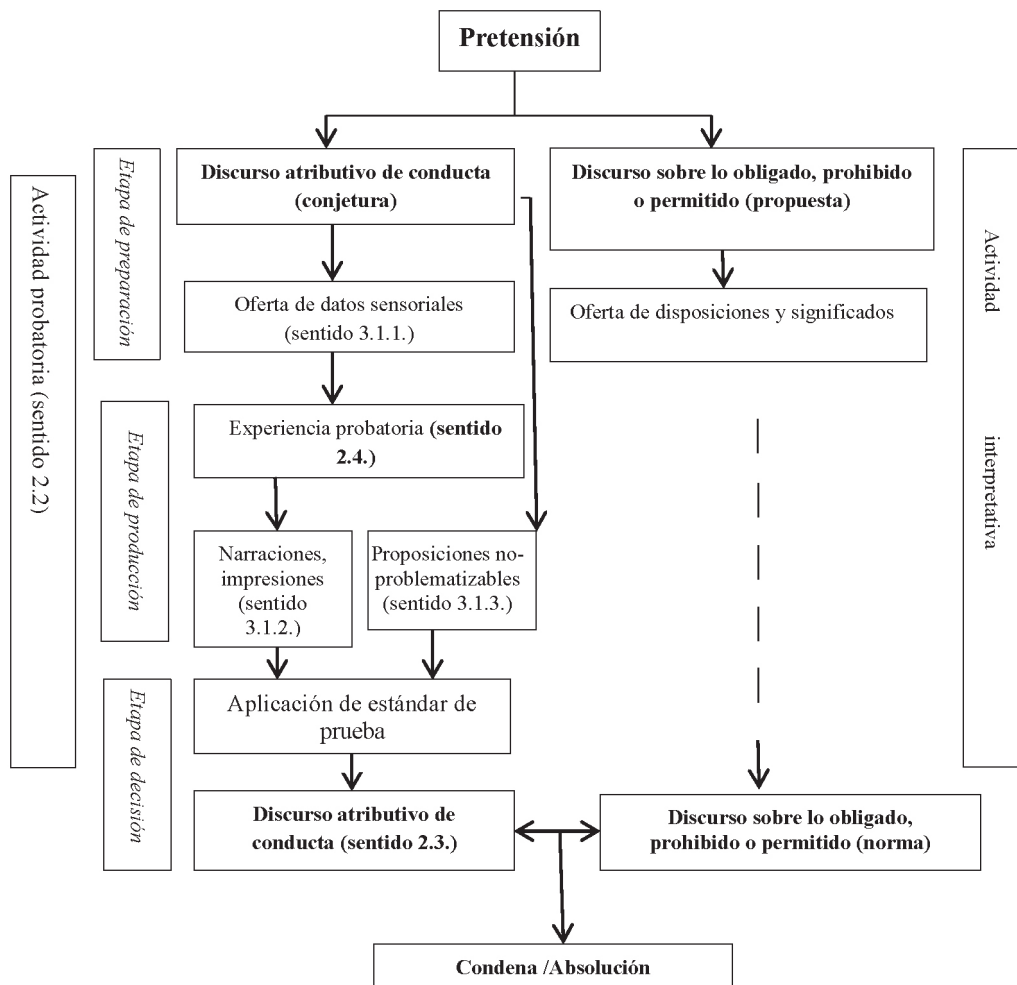
⁶² Latour y Woolgar, a propósito de la formación de los hechos científicos dan cuenta de este fenómeno. En sus palabras: “[...] un rasgo importante de la construcción de un hecho es el proceso mediante el que desaparecen los factores “sociales”, una vez se establece el hecho”. LATOUR y WOOLGAR (1995) p. 31.

se como base para la realización de inferencias, sin hacerse cargo de validar su estatus de hecho. Así, si las partes están de acuerdo en la existencia de un contrato de trabajo, el foco podrá dirigirse de inmediato a la legitimidad del despido u otro asunto sobre el que se discuta. En ese caso, la existencia del contrato puede funcionar como soporte del hecho de que “Bob fue despedido sin causa justificada por Ebenezer”.

Una tercera posibilidad es que en una sentencia o alegato se construya un argumento por etapas. En la primera etapa, por ejemplo, se usan exámenes médicos y la declaración de un testigo que indica que Mimí estuvo tosiendo persistentemente durante tres semanas, que bajó de peso, que tenía fiebre que no bajaba de los 38°, que estaba muy débil y tenía escalofríos y que sudaba copiosamente en las noches. Esta etapa concluye con el hecho de que Mimí padecía de tuberculosis. La segunda etapa puede partir del hecho de la tuberculosis y llegar hasta el hecho de que a Mimí le habría resultado muy difícil asistir a una función de teatro sin que se escuchase su tos, como asimismo, habría sido casi imposible que hubiera logrado escapar de un conjunto de guardaespaldas bien entrenados. La última etapa a partir del hecho de que para Mimí era muy difícil asistir a una función teatral y escapar de unos guardaespaldas se podría pasar al hecho de que ella no atacó al embajador.

A pesar de que la experiencia de la que se da cuenta según el sentido vi), no pierde toda su relevancia —se puede volver a ella en caso de que el razonamiento sea desafiado— hay un progresivo alejamiento del contexto en que se rindió. Aquello es comprensible, pues se pretende que asuma la fuerza en el discurso probatorio que es propia de “lo dado”. Así, por ejemplo, se habla de que “el elevado nivel de deformación de la carrocería es prueba de que la velocidad de circulación del automóvil era superior al máximo permitido”, o que “el ingreso del acusado a la joyería J_1 en el momento M_1 se encuentra probado dado que allí fue reconocido por quienes circulaban en ese lugar y, además, porque las huellas digitales recogidas son coincidentes con las suyas...”. Claramente el papel que juegan los datos: “el elevado nivel de deformación de la carrocería”, “el acusado fue reconocido por personas que circulaban en el lugar” o “las huellas digitales recogidas son coincidentes con las del acusado” pretende validez sin necesidad de recurrir a la experiencia vivida en el juicio.

Un cuadro que representa lo hasta aquí tratado sería el siguiente (en la columna izquierda se abordan cuestiones probatorias y en la derecha se anuncian algunos asuntos interpretativos):



3.2. DOS CONCEPCIONES RIVALES DE LA PRUEBA-ACTIVIDAD

La prueba como actividad puede ser explicada ya sea como una actividad tendiente a demostrar una conjetura desde las pruebas-soporte (sentido secundario 4); o bien como un desafío entre partes rivales acerca del mejor uso de las pruebas-soporte con miras a confirmar o a refutar una conjetura (sentido secundario 5). Las diferencias entre ambas opciones no son nítidas⁶³. En el primero de los casos la actividad que se lleva a cabo se compromete –en sus versiones más puras– con el desentrañamiento de lo ocurrido. Así, lo que importa es penetrar –de alguna manera– en aquello que podríamos entender como la realidad. Se asume, entonces, un compromiso fuerte con el pasado. En el segundo de los casos, lo que interesa es promover un enfrentamiento entre relatos rivales y seleccionar al que mejor satisfaga las expectativas de conexión entre la conjetura y las pruebas-soporte⁶⁴. Esta concep-

⁶³ FOUCAULT (2010) pp. 35 y ss.

⁶⁴ Las dos posibilidades se ilustran en el siguiente fragmento: “Aunque los procesos judiciales son presuntamente diseñados para la determinación imparcial de los asuntos de hecho, nuestra perspectiva sugiere que los adjudicadores, como la mayoría de la audiencia, juzga la plausibilidad de la historia de acuerdo a ciertas rela-

ción asume que el desafío no debe (o no puede) resolverse mediante una comparación entre lo que se dice y un episodio de la vida, sino a través del análisis de los relatos⁶⁵ o argumentos según criterios de corrección aceptados en una comunidad interpretativa.

Al hablar de la prueba como desentrañamiento de lo ocurrido se privilegian mecanismos que no parecen depender en demasía de las habilidades (retóricas) de los abogados representantes de los intereses de partes, sino de las posibilidades ofrecidas por el mundo en que habitamos en orden a generar conocimiento genuino. Se requiere, entonces, algún grado de optimismo (no tiene por qué ser desbordante) acerca de lo que el razonamiento pone a nuestro alcance. A contrario, en el caso de la concepción de la prueba como desafío se puede mantener perfectamente una postura escéptica, sin perjuicio de lo cual se requiere disponer de alguna forma de ordenación de los argumentos en conflicto, en términos de que uno de ellos sea considerado como superior a los restantes en competencia.

En cuanto a esto último, el fragmento que se reproduce a continuación da algunas luces de lo que se encuentra implicado en la concepción de la prueba-actividad como una forma de desafío: “La lógica en la antigüedad india se desarrolló a partir de la práctica de la discusión, organizada en torno a debates que dirimían cuestiones y que estaban presididos por una asamblea de jueces que dictaminaba el vencedor. Los patrones formales de la inferencia, la reducción al absurdo, los compendios de falacias o pseudo razones, la clasificación de los argumentos circulares y otras estrategias lógicas fueron desarrollándose como consecuencia de la necesidad de decidir un ganador⁶⁶”.

3.3. DOS CONCEPCIONES RIVALES DE LA PRUEBA-RESULTADO

Con la locución prueba-resultado se alude, ya sea al estatus de definitividad atribuible a los discursos sobre los hechos una vez que se encuentra agotado el espacio de discusión en el contexto de los procesos judiciales (sentido secundario 6), o bien a una garantía epistémica de la cual serían portadores algunos enunciados que atribuyen conductas a ciertos sujetos (sentido secundario 7)⁶⁷.

Veamos brevemente lo que se encuentra implicado en cada punto de vista. Para quienes se encuentran principalmente comprometidos con el significado de los hechos probados desde la propiedad de la definitividad, habrá que prestar especial atención a las condiciones que deben ser satisfechas por la decisión del tribunal; esto para efectos de que lo que antes solo era una conjetura cuente con las credenciales suficientes para asumir la

ciones estructurales entre los símbolos elegidos, no de acuerdo a la percepción directa de los eventos reales en cuestión”. BENNETT y FELDMANN (1984) p. 65.

⁶⁵ Respecto del rol de los relatos dicen Bennett y Feldmann: “En el proceso de tomar incidentes de un contexto social y colocarlo en otro, el actor selecciona datos, especifica la armazón histórica, redefine factores situacionales, y sugiere observaciones desaparecidas. Es decir, él o ella pueden representar un episodio en una versión que confirma su perspectiva tanto durante como después del incidente”. BENNETT y FELDMANN (1984) p. 65. Ver también COLOMA (2011) pp. 75-97.

⁶⁶ ARNAU (2008) p. 25.

⁶⁷ Ver ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991) pp. 310-313.

función de “lo dado”. Así las cosas, las reglas aplicadas a los efectos de dar por probada una conjetura son eminentemente constitutivas⁶⁸.

Para quienes sostienen que lo probado depende de “la realidad”, las cuestiones procedimentales no son determinantes del éxito o fracaso de la decisión de dar un enunciado por probado. Lo que importa, a fin de cuentas, es que los jueces apliquen consecuencias jurídicas sobre quienes efectivamente han cometido las conductas que le son atribuidas⁶⁹. Esta concepción –qué duda cabe– parece muy sensata, en la medida que se cuente con garantías de que es posible determinar la conducta que efectivamente fue realizada. En caso contrario, no pasará de constituir una declaración de intenciones dotada, por cierto, de indudables efectos simbólicos sobre los destinatarios de las normas jurídicas.

La distinción entre ambas concepciones no supone una relación entre ellas que sea necesariamente disyuntiva, sino que admite algún nivel de complementariedad. Así, por ejemplo, al hablar de hechos probados o no probados podemos estar llamando la atención acerca de la clausura del debate y del carácter constitutivo de la decisión que así lo estipula. El aporte de la concepción rival pasaría por establecer exigencias sobre el órgano judicial en orden a maximizar las posibilidades de la prueba-soporte y de la prueba-actividad⁷⁰.

3.4. DOS CONCEPCIONES RIVALES DE LA PRUEBA-EXPERIENCIA

Entre los abogados la prueba-experiencia corresponde a algo ocurrido en un contexto artificial de producción de datos que podrán/deberán ser usados en la decisión de los hechos probados. Se trata de una situación especialmente protegida en que las partes rivales juegan un papel protagónico con miras a que aquello que cada una defiende como soporte de un argumento (o como razonamiento) llegue a validarse. Así las cosas, las excepciones serán más bien escasas, en cuanto a que lo que no se produce en ese escenario sea considerado como prueba-soporte. Son excepciones, por ejemplo, la prueba anticipada; la prueba negociada (convenciones probatorias); y los hechos públicos y notorios. La prueba anticipada redundaría en la posibilidad de rendir pruebas en situaciones en que la espera del momento institucionalmente reconocido ponga en riesgo disponer de ella. La prueba negociada hace posible que las partes pacten lo que será considerado como probado. Por último, los hechos públicos y notorios hacen posible que los consensos sociales acerca del pasado sean usados sin necesidad de llevar a cabo un ejercicio reconstructivo.

En términos generales, podría afirmarse que lo que se busca con la prueba como experiencia es poner a disposición de los jueces –y de la comunidad, en general– una situación controlada que valide los insumos probatorios presentados por las partes. Así, cuando se les pregunta a los jueces: –“¿Por qué han considerado las palabras del testigo T como prueba en el sentido i)?”; ellos podrían contestar: –“Porque nosotros las escuchamos de su boca”. La percepción libera, entonces, de demostrar que aquello que se presenta como

⁶⁸ La fórmula (‘X cuenta como Y’, o ‘X cuenta como Y en el contexto C’) da adecuada cuenta de lo que aquí se señala. SEARLE (2001) p. 44.

⁶⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991) p. 313.

⁷⁰ Ver CELANO (1995) pp. 141-153.

prueba-soporte requiere, a su vez, ser probado⁷¹. Más aún, se le podría preguntar a los jueces –“¿Y qué garantía tienen de que el testigo T no les haya estado mintiendo?”; ellos se podrían defender señalando –“El testigo fue juramentado y luego fue contrainterrogado por la contraria. No encontramos nada que nos hiciera dudar de su veracidad”⁷².

Cuando se habla de prueba como experiencia podríamos, entonces, estar refiriendo ya sea a: resultados de una experiencia de producción de insumos probatorios (sentido secundario 8); o bien a condiciones requeridas para la producción de insumos probatorios (sentido secundario 9).

CONCLUSIONES

He ofrecido un panorama medianamente exhaustivo de los significados de la palabra “prueba” en el contexto de los procesos judiciales. He distinguido dos niveles de problemas. El primer nivel da cuenta de las ambigüedades de la palabra “prueba”, en cuanto término con significados diferentes. Los participantes aventajados en un diálogo debiesen ser capaces de distinguirlos y llegar a consensos acerca de lo que en cada caso se está tratando de comunicar (independiente de sus preferencias ideológicas, prejuicios, etcétera). Este problema podría diluirse reemplazando la palabra “prueba” por palabras diferentes (en inglés, por ejemplo, la ambigüedad es menor al disponerse de las palabras “*evidence*” y “*proof*”). El segundo nivel de problemas se da principalmente a nivel de concepciones de “prueba”. Los desacuerdos aquí perduran dependiendo de las finalidades que se atribuyen a la prueba. Los argumentos esgrimidos en este nivel no tienen que ver tanto con lo que se está diciendo cuando se usa la palabra “prueba”, sino con las credenciales de un argumento, un objeto o una situación para ser reconocido como prueba.

En el primero nivel es posible identificar cuatro conceptos diferentes a que da lugar la palabra “prueba”. El problema semántico no da lugar a grandes equívocos entre los abogados al momento de identificar cuál de ellos es el que debe ser tenido en cuenta en cada caso. Dicho en otras palabras, no habría problemas a nivel de denotación. La falta de distinciones precisas, sin embargo, podría estar haciéndonos pagar un precio relativamente elevado en lo que concierne a la profundización en nuestros saberes. Al no preocuparnos de trazar de manera suficientemente limpia las fronteras entre las distintas posibilidades que ofrece la palabra “prueba”, nos hemos descuidado de precisar qué podemos esperar de las distintas piezas que conforman el razonamiento probatorio. Hay, entonces, problemas de designación.

El segundo nivel es un poco más difícil de reducir a un esquema unitario. Este nivel da cuenta de que cada uno de los significados de prueba detectados en el primer nivel,

⁷¹ La experiencia sensorial compartida nos traslada a un escenario distinto al que es propio de la prueba. No tiene mucho sentido para nuestras formas de hablar sostener, por ejemplo, “el hecho de que el testigo T haya dicho que Mimí estaba enferma se prueba a partir de que nosotros hemos escuchado al testigo T decir que Mimí estaba enferma”. A pesar de ello, las fronteras con lo que aquí se ha entendido como prueba en sentido i) son, de todas formas, algo borrosas. WITTGENSTEIN (2000) p. 9c.

⁷² Una visión esclarecedora de lo que implica la artificialidad en la producción de los hechos en contextos no-jurídicos puede verse en LATOUR (2008).

pueden ser, a su vez, entendidos de maneras diferentes. En uno de los casos, el concepto de prueba-soporte, puede a su vez ser desglosado en tres sub-conceptos. En los otros tres casos, los problemas obedecen a que entran en pugna diferentes concepciones. Cada una de estas concepciones suele dar espacio a un esfuerzo de teorización importante de parte de los juristas y a tomar posición en cuestiones difíciles de carácter epistémico. Tener claridad acerca del panorama general de los significados de la palabra “prueba” debiese contribuir a una adecuada focalización de lo que se dice cuando se trata de desentrañar lo que está en juego y lo que vale la pena hacer al asumir diferentes desafíos probatorios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991): “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (eds.), *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William (2015): *Análisis de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- ARNAU, Juan (2008): *Arte de probar. Ironía y lógica en la India antigua* (México D. F., Fondo de Cultura Económica).
- BAYÓN, Juan Carlos (2008): “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Analisi e Diritto*, 2008: pp. 15-34.
- BENNETT, W. Lance; FELDMANN, Martha S. (1984): *Reconstructing reality in the courtroom. Justice and Judgment in American Culture* (New Brunswick, Rutgers University Press).
- BENTHAM, Jeremy (1843): *An introductory view of the rationale of evidence; For the use of non-lawyers as well as lawyers* (VI Works). Disponible en <https://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-6>.
- BERGER, Peter L. y LUCKMAN, Thomas (2006): *La construcción social de la realidad* (Buenos Aires, Madrid, Amorrortu, 26ª reimpresión).
- CELANO, Bruno (1995): “Judicial decision and truth. Some remarks”, en GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley (eds.), *Cognition and interpretation of law* (Torino, G. Giappichelli).
- COHEN, L. J. (1989): “Belief and acceptance”, *Mind*, vol. XCVIII.
- COLOMA, Rodrigo (2010): “¿A quiénes deben hablar los jueces cuando en sus sentencias dan por probados los hechos controversiales?”, en TAVOLARI, Raúl (coord.), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Tomo II (Santiago, Editorial Puntotext, Editorial Jurídica de Chile).
- COLOMA, Rodrigo (2011): “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”, en BRUNET, Pierre; ARENA, Federico (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- COLOMA, Rodrigo. (2016): “El Derecho Probatorio y su Torre de Babel. Sobre citas en revistas indexadas”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 29, N° 2: pp. 35-58.
- COLOMA, Rodrigo (2017a): “Bases de un modelo conceptual para decidir hechos”, *Doxa*, N° 40.
- COLOMA, Rodrigo (2017b): “Conceptos y razonamientos probatorios”, *Revista Derecho (Valdivia)*, vol. 30, N°2: pp. 35-53.

- DURÁN, Pablo (2016): “El concepto de pertinencia en el Derecho Probatorio en Chile”. Disponible en <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/egd948c/doc/egd948c.pdf>
- FOUCAULT, Michel (2010): *La verdad y sus formas jurídicas* (Barcelona, Gedisa).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2018): “Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba”, en BENFELD, Johann y LARROUCAU, Jorge (eds.), *La sana crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 15-32.
- GRICE, Paul (1989): “Logic and conversation”, en GRICE, Paul, *Studies in the way of words* (Cambridge-London, Harvard University Press).
- HACKING, Ian (1975): *The emergence of probability* (Cambridge, Cambridge University Press).
- HUME, David (2012): *Investigación sobre el conocimiento humano* (Madrid, Alianza, séptima reimpresión).
- KAHNEMAN, Daniel (2012): *Pensar rápido, pensar despacio* (Buenos Aires, Debate, primera edición).
- LATOUR, Bruno (2008): *Reensamblar lo social* (Buenos Aires, Manantial).
- LATOUR, Bruno (2017): “Los amantes de las ciencias”, en LATOUR, Bruno (edit.), *Lecciones de sociología de las ciencias* (Barcelona, Arpa).
- LATOUR, Bruno y WOOLGAR, Steve (1995): *La vida en el laboratorio. La construcción de los hechos científicos* (Madrid, Alianza, 2ª edición).
- MENESES, Claudio (2008): “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *Ius et Praxis*, año 14, N° 2: pp. 43-86.
- MOLINER, María (2016): *Diccionario del uso del español* (Barcelona, Gredos, 4ª ed.).
- MOSTERÍN, Jesús; TORRETTI, Roberto (2010): *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia* (Madrid, Alianza, segunda edición).
- PENNINGTON, Nancy y REID, Hastie (1998): “The story model for juror decision making”, en REID, Hastie (edit.), *Inside the juror. The psychology of juror decision making* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 192-221.
- PEPPER, Stephen (1942): *World Hypotheses* (Berkeley, University of California Press).
- RAWLS, John (2006): *Teoría de la Justicia* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, sexta reimpresión).
- SEARLE, John (2001): *Actos de habla* (Madrid: Cátedra, quinta edición).
- SKOLIMOWSKY, Henryk (2016): *La mente participativa* (Girona, Atalanta).
- STEIN, Friedrich (1973): *El conocimiento privado del juez* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos* (Madrid, Trotta).
- TARUFFO, Michele (2007): “Narrativas judiciales”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 20, N° 1: pp. 231-270.
- TARUFFO, Michele (2008): *La prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- TWINING, William (1994) “The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship” en TWINING, William (edit.), *Rethinking Evidence* (Evanston, Northwestern University Press) pp. 32-91.
- VARGA, Csaba (1995): *Theory of the judicial process. The establishment of facts* (Budapest, Akadémiai Kiadó).

- VARGAS LLOSA, Mario (2003): *La verdad de las mentiras* (Barcelona, Santillana).
- WIGMORE, John (1931): *The principles of judicial proof or The process of proof as given by logic, psychology, and general experience and illustrated in judicial trials* (Boston, Little, Brown, and Company, 2ª edición).
- WILSON, Deirdre y SPERBER, Dan (2002): “Truthfulness and relevance”, *Mind*, Vol. 111, julio: pp. 583-632.
- WINCH, Peter (2011): *Ciencia social y filosofía* (Buenos Aires, Amorrortu, segunda edición en castellano).
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2000): *Sobre la certeza* (Barcelona, Gedisa, 2ª reimpresión).
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1974): “Legal syllogism and rationality of judicial decision”, *Rechtstheorie*, N° 4: p. 33-46.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (2008): “La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación”, en WRÓBLEWSKI, Jerzy (edit.), *Sentido y hecho en el derecho* (México D.F., Fontamara, 2ª reimpresión).
- ZELIZER, Barbie (1997): “Los periodistas norteamericanos y la muerte de Harvey Lee Oswald: narrativas de auto-legitimación”, en MUMBY, Dennis (comp.), *Narrativas y control social* (Buenos Aires, Amorrortu).

REFLEXIONES SOBRE LOS MECANISMOS DE JUSTICIA PENAL NEGOCIADA EN CHILE

REFLECTIONS ON THE NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE MECHANISMS IN CHILE

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN*

RESUMEN: En este artículo, se revisan las más importantes ventajas y desventajas que se han atribuido a los mecanismos de justicia criminal negociada en sentido restringido y se analiza su aplicabilidad o inaplicabilidad al sistema chileno de justicia penal negociada.

Palabras clave: Justicia penal negociada, procedimiento abreviado, procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, procedimiento monitorio, renuncia al juicio oral.

ABSTRACT: In this paper, we review the most important advantages and disadvantages that have been attributed to the negotiated criminal justice mechanisms in a restricted sense and analyze its applicability or inapplicability to the Chilean system of negotiated criminal justice.

Keywords: Negotiated criminal justice, abbreviated procedure, simplified procedure with admission of liability, order for payment procedure, waiver of oral proceedings.

INTRODUCCIÓN

En un sentido amplio, con la expresión “justicia penal negociada” cabe aludir a todo acuerdo que el imputado, en un proceso penal, puede celebrar con el fiscal o con la víctima, sin que necesariamente tal acuerdo conduzca a una sentencia que condene o absuelva. En un sentido restringido, se la usa para hacer referencia solo a mecanismos de negociación penal que llevan a una sentencia definitiva de absolución o condena¹. En este trabajo, dicha expresión es utilizada en un sentido restringido, sea que el acuerdo se proyecte solo sobre el rito procedimental para simplificar su tramitación, sea que recaiga también sobre el mérito fáctico o jurídico de la pretensión punitiva².

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección electrónica: guillermo.oliver@pucv.cl. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación Fondecyt N° 1170949, “Formulación de una teoría general de los mecanismos de renuncia al juicio oral con base en el Derecho Procesal Penal chileno: estudio dogmático y crítico”, en el que el autor se desempeña como investigador responsable.

El autor agradece a los profesores de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Raúl Núñez Ojeda y Jaime Vera Vega, por sus valiosas observaciones y sugerencias a una versión preliminar de este texto. Agradece también al ex Fiscal Regional de Valparaíso, Pablo Gómez Niada, por su ayuda en la búsqueda de información estadística relevante para la elaboración de este trabajo.

¹ Sobre los dos sentidos en que puede ser utilizada dicha expresión, véase HERRERA (2014) pp. 57-69.

² Efectúa esta distinción entre el consenso sobre el rito procedimental y el consenso sobre el mérito del proceso, DEL RÍO (2009) pp. 21-25.

En general, los sistemas de justicia penal negociada, cuyo origen acostumbra situarse en el modelo norteamericano³ y que han ido permeando los procesos penales de Europa continental⁴ y de Latinoamérica, especialmente tras varias reformas de la segunda mitad del siglo pasado⁵, se caracterizan por la celebración de acuerdos entre el imputado y el persecutor, en cuya virtud aquél renuncia a la posibilidad de intervenir en un juicio oral, a cambio de lo cual obtiene beneficios procesales o penales, todo sujeto a control judicial⁶.

Es común encontrar en el Derecho comparado manifestaciones de justicia penal negociada. Destaca, por ejemplo, en Estados Unidos, el conocido *plea bargaining*, tanto cuando la negociación recae sobre los cargos (*charge bargaining*), como cuando lo hace sobre la sentencia (*sentence bargaining*) (*Federal Rules of Criminal Procedure*, rule N° 11). En el ámbito del procedimiento continental europeo sobresalen, en Alemania, la *Absprache* (§ 257 C *Strafprozeßordnung*) (en adelante, StPO); en Italia, el *giudizio abbreviato* (pacto sobre el procedimiento, arts. 438 a 443 *Codice di Procedura Penale*)⁷ y la *applicazione della pena su richiesta delle parti* o *patteggiamento* (pacto sobre la pena, arts. 444 a 448 *Codice di Procedura Penale*); en España, la “conformidad del acusado” (arts. 784.3, 787.1 y 801 Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁸ (en adelante, LECrim); en Portugal, el “proceso sumarísimo” (arts. 392 a 398 Código de Proceso Penal); en Francia, el “procedimiento de comparecencia con reconocimiento previo de culpabilidad” (art. 495-7 *Code de Procédure Pénale*). En el panorama centro y sudamericano, en Colombia, los “preacuerdos y negociaciones” (arts. 348 a 354 Código de Procedimiento Penal); en Nicaragua, el “acuerdo” (art. 61 Código Procesal Penal); en Perú, la “terminación anticipada” (arts. 468 a 471 Código Procesal Penal); en Guatemala (arts. 464 a 466 Código Procesal Penal), en Costa Rica (arts. 373 a 375 Código Procesal Penal), en Bolivia (arts. 373 y 374 Código de Procedimiento Penal) y en Argentina, el “procedimiento abreviado” (regulado, tanto en el antiguo, pero aún vigente Código Procesal Penal de la Nación, art. 431 bis, como en el aprobado y publicado, pero todavía en vacancia nuevo Código Procesal Penal de la Nación, arts. 288 y ss., además de algunos códigos provinciales, como el de Córdoba, art. 415, y el de Buenos Aires, art. 395), etc.

³ En este sentido, DEL CORRAL (2010) p. 41. Véase, sin embargo, NIEVA (2012) p. 220, quien niega que el origen de estos sistemas sea anglosajón, afirmando que en realidad provienen de la confesión del procedimiento inquisitivo.

⁴ En lo cual tuvo gran relevancia una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1987, en el sentido de utilizar el procedimiento de reconocimiento de culpabilidad del modelo angloamericano. Cfr. DEL CORRAL (2010) p. 50.

⁵ BARONA (2004) pp. 189-195.

⁶ Por todos, CORREA y REYES (2012) pp. 17-18.

⁷ En todo caso, a partir de una reforma de 1999, se ha cuestionado el carácter de negociación del *giudizio abbreviato* italiano, porque para que este procedimiento se verifique basta con la voluntad del imputado, sin que se requiera que el Ministerio Público esté de acuerdo. Así, DEL RÍO (2009) pp. 22-23, n. 4.

⁸ Véase GIMENO (2012) pp. 703-711, quien afirma que, en estricto rigor, la conformidad del acusado no es una forma de negociación, sino un acto unilateral exclusivo de la defensa (p. 705). En el mismo sentido, GARCÍA (2004) p. 53. No obstante, parece evidente que presenta características negociales, como lo demuestra la previsión legal de que, en ciertos casos, la conformidad deba constar en un escrito que firmen conjuntamente el acusador y el acusado (art. 784.3 LECrim). Lo reconoce ARMENTA (2014) pp. 281-282.

En el Código Procesal Penal chileno (en adelante, CPP), han sido considerados como expresiones de justicia criminal negociada, tanto el procedimiento abreviado⁹, como el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad¹⁰, y también la no reclamación del imputado contra la resolución que acoge el requerimiento de procedimiento monitorio y la proposición allí contenida de imposición de una multa¹¹.

Según mi opinión, la decisión de implementar mecanismos de justicia penal negociada en los sistemas procesales penales latinoamericanos en general, y en el chileno en particular, no fue objeto de demasiada reflexión¹², muy probablemente porque fue un tanto opacada por una modificación simultánea de mucho mayor calado, que buscaba sustituir íntegramente un muy antiguo y arraigado procedimiento penal de corte inquisitivo por un nuevo sistema de carácter acusatorio y adversarial. En este sentido, la incorporación de dichos mecanismos cumplió el papel de un verdadero “caballo de Troya” del sistema adversarial¹³. En el caso chileno, solo se tomó en cuenta el efecto descongestionante que se esperaba que tales mecanismos tuvieran en el sistema¹⁴.

La relativamente reciente ampliación en Chile del ámbito de aplicación de uno de dichos mecanismos, al aumentarse el límite máximo de la pena que el fiscal debe solicitar para que tenga lugar el procedimiento abreviado, cuando se trata de ciertos delitos contra la propiedad –modificación hecha por la Ley N° 20.931, de julio de 2016–, constituye una buena oportunidad para (volver a) reflexionar sobre los sistemas de justicia penal negociada.

En este trabajo, se revisarán sintéticamente los más importantes defectos y virtudes que suelen atribuirse a estos mecanismos, para enseguida dedicarse a su principal objetivo: el examen de la aplicabilidad o inaplicabilidad de tales ventajas y desventajas en el sistema chileno.

⁹ Cfr. MATURANA y MONTERO (2017) Tomo II, pp. 1341-1343. Como **paradigma** de la negociación entre el Ministerio Público y el imputado lo considera MATUS (2011) p. 59.

¹⁰ Matizadamente, SALAS (2015) pp. 219-228.

¹¹ LÓPEZ (2002) Tomo I, p. 95. Sugieren lo contrario RODRÍGUEZ y PINO (2015) p. 1004, n. 4.

¹² Para el caso argentino, lo reconoce MAIER (2001) pp. II-III, aludiendo al procedimiento abreviado, al declarar lo siguiente: “Sin duda, el orgullo que sin modestia siento al observar cómo ‘prendieron’ ciertas instituciones de aquel Proyecto de 1986, con el tiempo, y cómo variaron los problemas y la terminología científica nacional a partir de aquel Proyecto, no se reproduce en este caso. Aquí he dado pie, **sin una reflexión política y de fondo**, a una institución, en principio extraña a nuestra cultura jurídica, que se expande y amenaza con derribar pilares de nuestra comprensión de la pena estatal y del procedimiento necesario para imponerla” (el destacado ha sido añadido).

¹³ LANGER (2010) pp. 46-50.

¹⁴ En el mensaje presidencial con que se inició la tramitación parlamentaria de la LEY N° 19.696, que estableció el Código Procesal Penal, se lee lo siguiente: “El examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituye el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos [...]. [S]e propone la creación de algunos procedimientos simplificados en que por la vía de acuerdos entre todos los intervinientes o de algunos de ellos, se supriman etapas del curso ordinario del procedimiento de modo que se permita alcanzar una solución rápida del caso por medio de una sentencia definitiva, siempre que ello resulte posible sin vulnerar los valores que el sistema busca proteger”.

II. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL NEGOCIADA

VENTAJAS

Entre las ventajas destacadas por los partidarios de los modelos de justicia criminal negociada cabe mencionar consideraciones utilitaristas. Si se asume como premisa que es imposible para cualquier sistema procesal penal someter a juicio oral todos los casos que conoce, se arguye que sería necesario establecer mecanismos de solución negociada de los conflictos penales¹⁵. Se trata de un argumento de eficiencia en la utilización de los escasos recursos humanos y materiales con que cuenta todo sistema de enjuiciamiento criminal¹⁶.

Por lo ilustrador que resulta para dimensionar la fuerza de esta clase de consideraciones, es útil citar el caso de Alemania, país en el que el principio de legalidad (u obligatoriedad) en la persecución penal dominó sin contrapeso por mucho tiempo. Si bien hasta hace pocos años la Ordenanza Procesal Penal alemana no regulaba explícitamente mecanismos de justicia penal negociada, en la práctica forense de dicho país se impuso, aproximadamente a partir de los años ochenta y aparentemente debido a una sobrecarga del sistema judicial al que ingresaban cada vez más asuntos penales, especialmente en el ámbito económico¹⁷ —a pesar de que ya se habían introducido formas de procedimiento simplificado para hacer más eficiente el sistema¹⁸—, la denominada *Absprache*, un informal convenio que, sin expreso respaldo legal, permitía a las partes en el proceso penal consensuar, entre otros aspectos, el procedimiento aplicable, la extensión de la pena a imponer y su forma de cumplimiento. Mientras un sector de la doctrina de dicho país se mostraba conforme con esta práctica e incluso la consideraba legal¹⁹ (también el *Bundesgerichtshof* en sus sentencias de 28 de agosto de 1997 y de 10 de junio de 1998)²⁰, otro sector la calificaba como *extra legem*²¹, y un tercero estimaba que era derechamente contraria a la ley y la rechazaba con mucha fuerza²². Una modificación de 2009 en la StPO puso fin a esta situación, reconociendo explícitamente la posibilidad de celebrar estos acuerdos y recogiendo varias de las reglas que hasta entonces había elaborado la jurisprudencia para su celebración (principalmente, § 257 C)²³. Sin embargo, recientes investigaciones empíricas sugieren que, en la práctica, las *Absprachen* han seguido teniendo lugar de manera libre e informal, sin ajustarse en muchos casos (más del sesenta por ciento) a las restricciones de la regulación recogida el 2009 en la StPO²⁴.

¹⁵ HORVITZ (2004) Tomo II, p. 504.

¹⁶ RIEGO (2000) p. 208, quien destaca el ahorro de recursos no solo por parte del sistema judicial, sino también por parte de la víctima y del imputado. Véase, asimismo, MARTÍNEZ (2004) pp. 55-56.

¹⁷ RÖNNAU (1990) p. 45.

¹⁸ TURNER (2016) p. 1571.

¹⁹ TSCHERWINKA (1995) pp. 51-64.

²⁰ Un comentario crítico de dichas sentencias, junto con una síntesis de la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo Federal alemán anterior a tales fallos, puede verse en CÓRDOBA (2001) pp. 737-755.

²¹ Así, GÖSSEL (2007) p. 282.

²² SCHÜNEMANN (2002) pp. 291-301.

²³ VOLK (2016) p. 395.

²⁴ ALTENHAIN *et al.* (2013) pp. 36-37.

Esto último llevó al Tribunal Constitucional de este país, en sentencia de 19 de marzo de 2013 en la que incluyó los resultados de esas investigaciones empíricas, a estimar contraria a la Ley Fundamental dicha práctica, aunque sin declarar inconstitucional tal regulación, y a exigir, entre otras cosas, que la confesión del imputado fuera corroborada con prueba que se rindiera en la audiencia de instrucción y juzgamiento (N° marg. 65-70), que no se renunciara a los recursos (N° marg. 77-78) y que se protocolizaran los acuerdos, dejando constancia de los aspectos nucleares de la negociación (N° marg. 79-88). Según un sector de la doctrina alemana, el cumplimiento de las exigencias hechas por el Tribunal Constitucional podría en la práctica eventualmente entorpecer la celebración de dichos acuerdos²⁵.

Adicionalmente, se ha puesto de relieve, como otra virtud de los mecanismos de justicia penal negociada, el hecho de que, gracias a ellos, se velaría por el respeto al derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En un sistema que careciera de tales mecanismos y que buscara someter a juicio oral todos los casos, el cumplimiento de ese derecho se convertiría en una quimera²⁶.

DESVENTAJAS

Sin embargo, los sistemas de justicia criminal negociada también han recibido varias críticas²⁷. Tal vez la que más se ha destacado²⁸ es su **potencial carácter coercitivo**. El reproche que se suele formular se basa en la afirmación de que muchas veces el imputado acepta los hechos que se le atribuyen y el mecanismo alternativo al juicio oral que muy probablemente terminará con una sanción de baja intensidad, únicamente por la amenaza de que en el juicio se le podría imponer una pena mucho más grave, en lo que inciden, tanto la práctica del *overcharging*, esto es, el incremento artificial de los cargos en contra del imputado para forzar su aceptación²⁹, sea que se trate de un aumento sin razón del número de imputaciones contra un mismo acusado (*horizontal overcharging*), o de una ampliación, también sin razón, del único cargo contra el imputado (*vertical overcharging*)³⁰, como la tendencia del abogado defensor a intentar convencer al imputado de que renuncie al juicio oral para así poder recibir sus honorarios o su remuneración en el menor tiempo y con el menor esfuerzo posible³¹, todo lo cual puede llevar incluso a personas inocentes a admitir culpabilidad en los hechos que se les atribuyen³². De este modo, la efectiva aplicación de una pena más

²⁵ LOCKER (2015) p. 40.

²⁶ HORVITZ (2004) Tomo II, p. 504; DURÁN (2009) pp. 55-57.

²⁷ En la exposición de estas críticas se distingue entre aquellas que provienen de la doctrina procesal penal y aquellas que han sido formuladas por la doctrina penal. Esta decisión busca sistematizar mejor los distintos planteamientos, pero no pretende negar que los problemas procesales penales se proyectan necesariamente en los aspectos penales sustantivos, y viceversa.

²⁸ Lo reconoce NIEVA (2012) p. 217.

²⁹ LIPPKE (2011) pp. 31-34.

³⁰ RODRÍGUEZ y PINO (2015) p. 1008.

³¹ DE DIEGO (1999) pp. 59-60. Véase también ALSCHULER (1975) p. 1182, quien alude, citando a George L. Vaughn, a los denominados “*professional writ-runners and pleaders*”, es decir, abogados que siempre negocian y nunca llevan un caso a juicio oral.

³² RODRÍGUEZ (1997) pp. 104-106.

severa³³ acaba siendo percibida como un verdadero castigo para quienes deciden defenderse y ejercer su derecho a un juicio oral³⁴. Esta crítica es especialmente intensa para el *plea bargaining* de los Estados Unidos³⁵, pero también es formulada con firmeza para instituciones semejantes reguladas en legislaciones de otros países³⁶.

Otra crítica que se ha planteado contra los sistemas de justicia criminal negociada, aunque con menor intensidad que la anterior, apunta a la **deficitaria verdad procesal** en que se funda la solución del conflicto penal que se adopta. La doctrina acostumbra a destacar, como ventaja del juicio oral (y de las que se dice que son sus inseparables acompañantes, la intermediación y la contradictoriedad), que permite alcanzar una verdad procesal de calidad muy superior³⁷. Incluso, hay quienes señalan que, por ello, el juicio oral posee la virtud de que contribuye mejor a "redefinir" el conflicto penal en términos pacíficos y "reinstalarlo" en la sociedad³⁸. Pues bien, un sector doctrinal señala que cuando se aplican mecanismos de justicia penal negociada, se produce un inaceptable abandono del fin del proceso penal consistente en la averiguación de la verdad³⁹, lo que a su vez se traduce en un déficit de legitimidad de la sanción penal consensuada. En palabras de Schünemann, "el juicio oral corporiza, por su estructura contradictoria, recursos para hallar la verdad, que desaparecen en un procedimiento regido por acuerdos. Como es sabido, en la instrucción se refleja una imagen selectiva del hecho, constituida esencialmente por la actividad instructoria de la policía y según determinadas hipótesis de sospecha. Estas no pueden conducir a la determinación de la verdad material sin una verificación crítica a la luz de los hechos que presenta el acusado, visión que suele aparecer precisamente en el juicio oral"⁴⁰.

En otro orden de ideas, los mecanismos de solución negociada del conflicto penal han recibido críticas, también menos vigorosas que aquellas que reprochan su carácter coactivo, pero desde la doctrina penal, que ponen de relieve la incidencia que dichos mecanismos tendrían en una **merma de la eficacia preventiva de la pena** y de la función protectora de bienes jurídicos del derecho penal. Si para desplegar su efecto preventivo general y especial es necesaria una determinada intensidad de la reacción punitiva, inevitablemente dicho efecto preventivo se deteriora al aplicar una pena de menor entidad como consecuencia de la utilización de tales mecanismos⁴¹.

³³ Severidad que, en el sistema norteamericano, ha sido calculada, por algunos, en un alza de treinta a cuarenta por ciento de las penas que suelen imponerse en los mecanismos de justicia negociada (cfr. WILKINS (1988) p. 191), y por otros, en un aumento de cuarenta a cincuenta por ciento (GARCÍA (2004) pp. 84-85).

³⁴ PIZZI (1999) pp. 189-192.

³⁵ Paradigmáticamente, LANGBEIN (1978) pp. 3-22.

³⁶ Para el caso italiano, véase FERRAJOLI (2000) pp. 746-752.

³⁷ Así, entre otros, PALOMO (2010) p. 148; DUCE *et al.* (2008) pp. 46-65; ANDRÉS (2003) p. 57; con especial elocuencia, BAYTELMAN (2000) p. 243. Véase también BAYTELMAN y DUCE (2004) pp. 151-152. En todo caso, un sector doctrinal, junto con reconocer las virtudes de la oralidad, manifiesta la necesidad de no "sacralizarla" ni de "demonizar" la escrituración. En este sentido, NIEVA (2010) pp. 237-257.

³⁸ En este sentido, BINDER (2004) pp. 103-105.

³⁹ Así lo sugiere COCIÑA (2012) pp. 69-72.

⁴⁰ SCHÜNEMANN (2002) p. 299.

⁴¹ Véase HERRERA (2014) pp. 229-281; HERRERA (2016) pp. 229-263. Asimismo, NÚÑEZ (2014) p. 393.

Asimismo, se han criticado los sistemas de justicia penal negociada por la vulneración que en su aplicación se puede producir para el **principio de igualdad**. La base de esta crítica se encuentra en la discrecionalidad del fiscal para decidir negociar con un imputado y no con otro, a pesar de que ambos puedan hallarse en la misma situación, sin que existan motivos para un tratamiento diferenciado⁴².

III. APLICABILIDAD O INAPLICABILIDAD DE LOS DEFECTOS Y VIRTUDES DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL NEGOCIADA EN LA REGULACIÓN CHILENA

Un sector reducido de la doctrina nacional, especialmente en los albores de la Reforma Procesal Penal del año 2000, manifestó sus temores de que las críticas formuladas por la doctrina extranjera contra los sistemas de justicia penal negociada, en general, y contra el *plea bargaining* norteamericano, en particular, resultaran también aplicables a los mecanismos de negociación penal que se incorporarían en el nuevo modelo procesal penal chileno⁴³.

Transcurridos ya casi veinte años desde la modificación del proceso penal en el país, no parece que sea posible efectuar una única valoración crítica de los mecanismos de justicia penal negociada. En cuanto a las ventajas que se les atribuyen, algunas de ellas han podido ser apreciadas en la práctica; otras no, al menos, no respecto de todos los mecanismos. Del mismo modo, en relación con las críticas que se les imputan, algunas de ellas podrían ser reconocidas en la operatividad del sistema; otras no.

CONSIDERACIONES DE EFICIENCIA

Por lo que respecta a las consideraciones de eficiencia en la utilización de los recursos con que cuenta el sistema procesal penal, para valorar su incidencia en los mecanismos chilenos de justicia penal negociada es necesario efectuar una distinción. Tratándose del procedimiento abreviado, un examen hecho solo tres años después de la entrada en vigencia del sistema demostró que su aplicación tuvo lugar en un número de casos mucho menor que el esperado, por lo que su contribución a la eficiencia del proceso no fue especialmente significativa. Probablemente influyó en ello el hecho de que el límite máximo de pena privativa de libertad que debe pedirse para que tenga lugar este procedimiento, estaba (y sigue, en general) fijado en cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo (art. 406 CPP), en circunstancias de que para varios delitos de comisión frecuente el Código Penal (en adelante, CP) prevé penas más altas⁴⁴.

Pocos años después, tal vez debido a que a partir de la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005, dejó de ser necesario esperar hasta la audiencia de preparación del juicio oral para que tuviera lugar el procedimiento abreviado, pudiendo promoverse desde la for-

⁴² Cfr. RODRÍGUEZ (1997) pp. 96-97.

⁴³ Así, LIBEDINSKY (2001) p. 149.

⁴⁴ Véase RITTER (2003) p. 67: “La aplicación del procedimiento abreviado está limitada a una pena posible de hasta cinco años, lo que en atención a las penas draconianas previstas en el anticuado CP chileno para algunos delitos, no ocurre con tanta frecuencia como se podría esperar. Por ejemplo, este tipo de procedimiento puede no resultar aplicable en casos de delitos masivos, como es el robo con fuerza cometido en una casa habitación”.

malización de la investigación⁴⁵, se observó un aumento en su aplicación, alcanzando un porcentaje de entre 16 y 17 % del total de las causas terminadas por sentencia condenatoria o absolutoria⁴⁶.

Desde entonces, al parecer, el procedimiento abreviado ha mantenido una tasa relativamente estable de aplicación. No resulta posible saberlo con certeza, porque lamentablemente, con posterioridad al año 2008, los boletines estadísticos anuales del Ministerio Público no desagregan la información de las sentencias definitivas, se distinguen según el tipo de procedimiento en que se dictan. Pero es altamente probable que así haya ocurrido en los años inmediatamente siguientes al 2008, ya que en la actualidad el procedimiento abreviado se ocupa en alrededor del 16 % de los casos que finalizan con sentencia definitiva, como se desprende de la siguiente tabla, correspondiente a los tipos de procedimiento que terminaron con sentencias definitivas el año 2017.

TABLA 1

Número y porcentajes de casos terminados en el país por sentencia definitiva, según tipo de procedimiento, en el año 2017⁴⁷

Procedimiento	Total
Abreviado	35.817 (16,34%)
Simplificado	96.706 (44,13%)
Monitorio	75.527 (34,47%)
Juicio Oral	11.049 (5,04%)
Total	219.099 (100%)

La tasa de aplicación del procedimiento abreviado (16,34 %) se encuentra bastante lejos de las elevadas tasas de utilización de otros mecanismos de justicia penal negociada similares en el derecho comparado, como el *plea bargaining* norteamericano, el que se aplica en alrededor del 95 % de las condenas⁴⁸, o el procedimiento abreviado de la provincia argentina de Córdoba, cuya aplicación parece observarse en torno al 70 % de las condenas⁴⁹. No obstante, nunca podría nuestro procedimiento abreviado aplicarse en un número tan

⁴⁵ Medida que había propuesto un sector de la doctrina para aumentar la tasa de aplicación del procedimiento abreviado. Cfr. PECCHI y ORTIZ (2003) p. 58.

⁴⁶ Lo constata para los años 2006 a 2008, a partir de boletines estadísticos anuales del Ministerio Público, DUCE (2011) p. 57.

⁴⁷ Esta tabla es de elaboración propia. La información sobre cantidad de juicios orales ha sido extraída del Boletín Anual Estadístico 2017 del Ministerio Público, disponible en el sitio web de dicha institución, y la información sobre procedimientos abreviado, simplificado y monitorio ha sido obtenida gracias a gestiones de la Fiscalía Regional del Ministerio Público de Valparaíso.

⁴⁸ Cfr. MALLORD (2014) p. 688. Entre un 90 y un 95 % lo sitúa DEVERS (2011) pp. 1 y 3. En un 90 % lo hace ALSCHULER (1979) p. 1.

⁴⁹ Lo sugiere MAIER (2001) p. II, aunque no sobre la base de estadísticas. En cambio, BOVINO (2001) pp. 74-75, alude a una estadística para el año 1995, en la ciudad de Córdoba, "según la cual el 46,2 % de los casos se resolvieron sin juicio, es decir, a través del 'juicio abreviado'". Por su parte, en la ciudad de Buenos Aires, el procedimiento abreviado, en el año 2007, se aplicó en el 46 % de las causas que ingresaron al sistema. Cfr. DEL CORRAL (2010) p. IX.

elevado de casos, por la menor incidencia del principio de oportunidad en el sistema chileno que en el estadounidense⁵⁰ y que en el cordobés, y por sus consecuentemente mayores requisitos legales de procedencia.

El procedimiento monitorio, en cambio, ha tenido una aplicación mucho mayor que el abreviado, por lo que ha sido evidente su contribución a la eficiencia del sistema. Entre los años 2006 y 2008 la tasa de su aplicación fluctuó entre el 37 y el 41 % del total de casos finalizados con sentencia definitiva. Así puede colegirse de los boletines estadísticos anuales del Ministerio Público correspondientes a esos años⁵¹. Lamentablemente, por las razones señaladas, no puede medirse en los boletines estadísticos del Ministerio Público de los años inmediatamente siguientes al 2008, la incidencia que el procedimiento monitorio ha seguido teniendo en la eficiencia del sistema, aun cuando no se advierten motivos para suponer que haya variado. Sin embargo, como se desprende de la Tabla 1, en el año 2017 se detecta una leve baja en su tasa de aplicación (34,47 % de las causas terminadas por sentencia definitiva), descenso que, no obstante, en un análisis global de los mecanismos de justicia penal negociada, no parece especialmente significativo, como se explica más abajo.

Por su parte, el procedimiento simplificado también ha introducido eficiencia en el sistema, pues se ha aplicado en un número de casos similar o superior al del procedimiento monitorio. Entre los años 2006 y 2008, la tasa de su utilización fluctuó entre el 38 y el 41 % de las causas que terminaron con sentencia definitiva⁵². Y de la Tabla 1 se desprende un sensible aumento en su tasa de aplicación (44,13 % de las causas finalizadas con sentencia definitiva). Sin embargo, no es posible extraer de los mencionados boletines estadísticos información que permita mensurar su incidencia en cuanto mecanismo de justicia penal negociada, ya que en los correspondientes a esos años no se distingue entre sentencias dictadas en procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad y sentencias pronunciadas sin dicha admisión; y en los boletines de los años siguientes, como se ha dicho, ni siquiera se distingue el tipo de procedimiento en que se dictan las sentencias definitivas. Pero de antiguos boletines estadísticos de la Defensoría Penal Pública puede colegirse que el porcentaje de sentencias inmediatas dictadas tras la admisión de responsabilidad es muy superior al de sentencias pronunciadas en el juicio oral del procedimiento simplificado, sin que se adviertan motivos para pensar que en la actualidad la situación sea distinta⁵³.

En síntesis, en un análisis diferenciado para cada mecanismo de justicia penal negociada, cabría efectuar valoraciones críticas distintas, según corresponda. Tratándose del procedimiento abreviado, su incidencia en la eficiencia del sistema no ha sido especialmente

⁵⁰ Así, CORREA (2017) p. 27.

⁵¹ DUCÉ (2011) p. 57.

⁵² DUCÉ (2011) p. 57.

⁵³ Del informe estadístico del año 2006 de la Defensoría Penal Pública, que se puede consultar en su página web, se desprende que sobre un total de 40.151 causas terminadas por sentencia definitiva ese año, que se sometieron al procedimiento simplificado y que fueron asumidas por dicho servicio público, en 38.443 casos, que corresponden al 95,74 %, el imputado admitió responsabilidad; en los 1.708 casos restantes, correspondientes al 4,26 %, no lo hizo y tuvo lugar un juicio oral simplificado. Una cifra cercana de admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado (93,7 %) muestran las estadísticas recogidas en la Cuenta del Defensor Nacional de 2004, según lo indica DURÁN (2009) p. 159, n. 281. Esta clase de información dejó de ser incluida en las estadísticas de este servicio público correspondientes a los años posteriores.

significativa, a diferencia del procedimiento monitorio. El procedimiento simplificado, por su parte, ha tenido un efecto importante en el acortamiento de trámites procesales, dada su elevada tasa de utilización, aunque no ha sido posible dimensionar con certeza su actual importancia como mecanismo de justicia negociada. Sin embargo, un análisis global de estos mecanismos sí permite realizar una valoración positiva desde el punto de vista de su contribución a la eficiencia del sistema, ya que incluso sin considerar el procedimiento simplificado, los otros dos mecanismos (procedimientos abreviado y monitorio) cubren más de la mitad de las causas finalizadas con sentencia definitiva. Si a esa suma pudiera añadirse la cifra correspondiente a los casos de admisión de responsabilidad en procedimiento simplificado, casos que aparentemente superan con largueza a los de juicio oral simplificado, se obtendría un resultado todavía más abultado y se reforzaría el carácter positivo de esta valoración.

INCIDENCIA EN EL JUZGAMIENTO EN UN PLAZO RAZONABLE

En cuanto a la incidencia de los mecanismos de justicia penal negociada en el respeto al derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, una forma de intentar medirla es examinar el tiempo promedio de duración de las causas penales. La siguiente tabla da cuenta de esta información, correspondiente al año 2017.

TABLA 2
Tiempo promedio de duración de tramitación de causas, expresado en días,
en el año 2017⁵⁴

Salidas judiciales	Salidas no judiciales	Promedio salidas
310	122	216

Lamentablemente no ha sido posible determinar, dentro de las salidas judiciales, el tiempo promedio de duración de las causas que se someten a cada uno de los mecanismos de justicia penal negociada, ya que la fuente utilizada para elaborar esta tabla no proporciona esta información. Sin embargo, sí menciona tal fuente el tiempo promedio de duración de las causas que terminan con sentencia definitiva en el juicio oral del procedimiento ordinario: 503 días. La diferencia entre esta última cifra y la que corresponde en general a las salidas judiciales (310 días), en la que un papel importante cumplen las causas que finalizan con sentencia definitiva en el procedimiento monitorio, en el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad y en el procedimiento abreviado, permite intuir una incidencia real de estos mecanismos en el respeto del derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En general, si una causa no se sometiera a alguno de estos mecanismos y se sujetara al juicio oral del procedimiento ordinario, muy probablemente su tiempo de duración se incrementaría en forma considerable.

⁵⁴ Esta tabla es de elaboración propia. Ha sido confeccionada sobre la base de información extraída del Boletín Anual Estadístico 2017 del Ministerio Público. Las **salidas judiciales** comprenden las sentencias definitivas condenatorias y absolutorias, los sobreseimientos definitivos y temporales, las suspensiones condicionales del procedimiento, los acuerdos reparatorios y las facultades de no inicio. Las **salidas no judiciales** incluyen los archivos provisionales, las decisiones de no perseverar y los principios de oportunidad.

CARÁCTER POTENCIALMENTE COACTIVO

En relación con el carácter potencialmente coactivo de estos mecanismos, en el caso del procedimiento abreviado, la sola exigencia de que para que tenga lugar sea necesario que el imputado acepte expresamente los hechos de la acusación (art. 406 inc. 2° CPP), ya demuestra un evidente riesgo para el derecho de este a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable⁵⁵, derecho reconocido tanto en el artículo 14.3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En todo caso, para mantener a raya este peligro, junto con establecer el deber del juez de asegurarse de que el consentimiento del imputado se prestara voluntariamente (art. 409 CPP), a diferencia de algunos modelos que se observan en derecho comparado⁵⁶, se decidió no fijar rebajas automáticas de pena. De ese modo, al asegurarse que no existiera una diferencia muy grande entre la pena imponible tras la negociación y la eventualmente aplicable en un juicio oral, se cautelaba la libertad en la decisión del justiciable⁵⁷. Sin embargo, a poco andar la Reforma, el año en que comenzó a ser aplicada en la región más poblada del país (Región Metropolitana), se consagró en el artículo 407 CPP la posibilidad del fiscal de considerar la aceptación de los hechos de la acusación por parte del imputado, como suficiente para estimar concurrente la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 CP (Ley N° 20.074). Con independencia de que en la práctica se ha discutido si basta esta aceptación para la configuración de la atenuante o si se trata de una facultad enteramente discrecional del fiscal⁵⁸, lo relevante para los efectos de ponderar la libertad en la decisión del acusado de someterse a este procedimiento, es que pasó a ser posible una diferencia mayor entre la pena imponible en este y la aplicable en juicio oral⁵⁹.

⁵⁵ En este sentido, en alusión al procedimiento abreviado de algunos Códigos de provincias argentinas, véase DEL CORRAL (2010) p. 128: “puede sostenerse que la mera existencia de la norma legal en los códigos procesales, exigiendo la admisión de culpabilidad para quien quiera acogerse al procedimiento abreviado, impregna de aquella prohibida coactividad a todo el sistema de enjuiciamiento”. Asimismo, VILLAR (1997) pp. 205-206.

⁵⁶ Por ejemplo, en Italia, la regulación del *giudizio abbreviato* prevé la reducción de la mitad de la pena en los casos de contravenciones, y de un tercio de ella cuando se trata de delitos. Además, contempla la sustitución de la pena de cadena perpetua por la de reclusión por treinta años (art. 442.2 *Codice di Procedura Penale*). Y en el caso de la *applicazione della pena su richiesta delle parti o patteggiamento*, se prevé la reducción de la pena en un tercio (art. 444.1 *Codice di Procedura Penale*). Otro tanto acaece en España, para cuya “conformidad del acusado”, cuando tiene lugar ante el Juzgado de guardia en el “procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, se prevé la reducción de la pena privativa de libertad solicitada en un tercio y se exige ciertos requisitos adicionales (art. 801 LECrim). Lo mismo se observa en Costa Rica, en cuyo “procedimiento abreviado” se contempla la posibilidad de disminuir hasta en un tercio la pena mínima prevista para el correspondiente tipo penal (art. 374 inc. 2° Código Procesal Penal).

⁵⁷ Entre nosotros, destaca esta incidencia de la cuantía de la rebaja de la pena en la voluntariedad y libertad de la renuncia al juicio oral, DEL RÍO (2009) pp. 196-197. En Alemania, acepta una rebaja pequeña de la pena en la *Absprache*, pero se opone a una disminución muy grande, entre otras razones, porque, “en caso de una realización del juicio oral, el enorme aumento de pena que amenazaría como espada de Damocles, destruiría toda voluntariedad en la decisión del inculpaado”, SCHÜNEMANN (2005) pp. 107-108.

⁵⁸ Véanse ambas posiciones jurisprudenciales en SALAS (2015) pp. 264-267. Aprecian en esto una facultad que depende solo de la decisión del fiscal, GUZMÁN (2008) p. 14; CHAHUÁN (2012) p. 324.

⁵⁹ Diferencia que, sin embargo, RODRÍGUEZ (2011) p. 502, califica como “mezquina recompensa para el acusado que renuncia al juicio oral”.

El camino iniciado el año 2005 se profundizó para el juzgamiento de ciertos delitos el 2016 con la Ley N° 20.931, de 5 de julio. Esta ley, cuando se trata, en general, de delitos de hurto, robo, abigeato y receptación, delitos que, como es sabido, ocupan un lugar muy importante en las tasas nacionales de criminalidad⁶⁰, estableció la facultad del fiscal o el querellante, según el caso, de solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley (art. 407 inc. cuarto CPP). Varios de esos delitos tienen penas de crimen, en las que, como también es conocido, la rebaja de un grado se traduce en cinco años menos de cárcel⁶¹. Como puede advertirse, al menos tratándose de estos delitos, se ha incrementado considerablemente la diferencia entre la pena susceptible de imponerse en el procedimiento abreviado y la eventualmente aplicable en el juicio oral, con la consiguiente crítica de merma en la libertad de decisión del imputado, quien bien podría estar en prisión preventiva, sujeto a condiciones de hacinamiento y sobrepoblación⁶², y estimar la renuncia a su derecho al juicio oral como la única forma de recuperar rápidamente su libertad ambulatoria⁶³. En estas circunstancias, incluso no es descartable que quien se someta a un procedimiento abreviado y a la muy probable pena, en verdad, sea inocente⁶⁴.

Es de esperar que no se profundice este camino⁶⁵ y que no se siga el ejemplo de otras legislaciones, como, por ejemplo, la colombiana (arts. 351 inc. 1°, 352 in. 2° y 367 inc. 2° Código de Procedimiento Penal), en las que se establecen incentivos penológicos más intensos para el imputado, ofreciéndole rebajas de pena mayores si renuncia al juicio casi inmediatamente después de conocido el hecho delictivo, que si lo hace en un momento posterior del proceso. La razón de la objeción está en la velada coacción que se emplea en su contra para que no produzca prueba de descargo, porque hacerlo le privaría del beneficio penológico más intenso⁶⁶.

⁶⁰ Conforme al Boletín Anual Estadístico 2017 del Ministerio Público, de un total de 1.323.324 causas ingresadas al sistema penal en el año 2017, 549.999 causas, es decir, el 41,56 %, correspondieron a las categorías de "hurtos" (hurto simple, hurto agravado, hurto de bienes pertenecientes a redes de suministro público y hurto de hallazgo), "otros delitos contra la propiedad" (básicamente, extorsión, abigeato, receptación, usurpación, incendio, estragos y daños), "robos" (robo simple, robo calificado y robo por sorpresa) y "robos no violentos" (robos con fuerza en las cosas).

⁶¹ La posibilidad de que el procedimiento abreviado tenga lugar cuando se trata de (ciertos) crímenes, que también fue incorporada por la citada LEY N° 20.931, es examinada críticamente más abajo.

⁶² Véase el informe del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 27 de junio de 2016, relativo a la visita efectuada a Chile entre el 4 y el 13 de abril de 2016, en el que se da cuenta de condiciones de hacinamiento y sobrepoblación en algunos penales visitados, además de ciertas presiones denunciadas por internos, todo lo cual configura, a juicio del Subcomité, "incentivos" injustificados para someterse a procedimientos penales auto-incriminatorios (párrafos 29 a 31).

⁶³ Destaca la incidencia de la prisión preventiva en la falta de libertad del imputado que decide renunciar a su derecho a un juicio oral y público, RIEGO (2001) pp. 474-475.

⁶⁴ Lo reconoce DUCE (2013) p. 111.

⁶⁵ Véase RIEGO (2017) p. 1103, quien destaca lo peligroso de la senda iniciada con la LEY N° 20.931, por el riesgo de alejamiento del debido proceso a favor de una adjudicación unilateral del fiscal de penas coercitivamente impuestas en acuerdos que en realidad no son tales, y por la segmentación del sistema de justicia penal en dos subsistemas: uno para la delincuencia callejera, con menos garantías, y otro para la delincuencia de los sectores sociales más acomodados, con mayores garantías.

⁶⁶ Así, DEL CORRAL (2010) p. 8.

En principio, un planteamiento similar cabría efectuar respecto del procedimiento simplificado, en el que se debe preguntar al imputado si admite responsabilidad en los hechos del requerimiento, por lo que el riesgo para que se vea afectado su derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable es evidente. En la práctica, en muchas ocasiones, se ha estimado concurrente, por la sola admisión de responsabilidad, la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 9 CP, aplicando analógicamente, *in bonam partem*, lo dispuesto en el artículo 407 inciso 3° para el procedimiento abreviado⁶⁷. Además, la citada Ley N° 20.931 reconoció la facultad del fiscal, en general, tratándose de delitos de hurto, robo, abigeato o receptación, de solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados en la ley, como una forma de incentivar la admisión de responsabilidad del imputado (art. 395 inc. 2° CPP). También aquí existe, entonces, una diferencia entre la pena aplicable si se admite responsabilidad y la eventualmente imponible en el juicio oral simplificado, con el consecuente riesgo para la libertad y voluntariedad de la decisión de renunciar al juicio.

Sin embargo, dado que el procedimiento simplificado se aplica a faltas y a simples delitos para los cuales el Ministerio Público requiere una pena no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo (art. 388 CPP), la diferencia entre la pena imponible si se admite responsabilidad tras la rebaja en un grado y la eventualmente aplicable en el juicio, no es muy grande: en el ámbito de las faltas, tal rebaja se traduce solo en veinte días menos de cárcel, y en el de los simples delitos, en cuatrocientos ochenta días menos. Esto permite moderar mucho la crítica y sostener que la rebaja de pena se mantiene dentro de lo razonable para hacer atractiva para el imputado la renuncia al juicio, sin un exagerado riesgo de merma en la libertad de decisión del imputado⁶⁸, incluso si se extendiera a otros delitos aquella facultad de disminución de la pena⁶⁹.

En el procedimiento monitorio, el hecho de que la pena que se arriesga sea de multa y que su cuantía, por tratarse de una falta, sea baja –no más de cuatro unidades tributarias mensuales (art. 25 inc. sexto CP)–, hace que la rebaja de un 25 % de su monto, que tiene lugar si se paga la multa dentro de los quince días siguientes a la notificación al imputado, también pueda ser considerada razonable y no atentatoria contra su libertad de decisión de renunciar al juicio.

DEFICITARIA VERDAD PROCESAL

En relación con la crítica relativa a la deficitaria verdad procesal en que se funda la decisión judicial cuando se aplican los mecanismos de justicia penal negociada, la circunstancia de que en estos casos no se rinde prueba en una audiencia de juicio conduce inevita-

⁶⁷ En este sentido, entre muchas otras sentencias, puede verse *CONTRA O.G.S.M.* (2015).

⁶⁸ Esto es así no solo cuando, como ocurre por regla general, los mencionados delitos están sancionados con penas privativas de libertad, sino también y con mayor razón cuando excepcionalmente lo están con penas restrictivas de libertad o privativas de otros derechos.

⁶⁹ Como lo propone, de modo general, HIDALGO (2004) p. 20.

blemente a reconocer su validez⁷⁰. Ni en el procedimiento abreviado⁷¹, ni en el monitorio, ni tampoco cuando el imputado admite responsabilidad en el procedimiento simplificado, la sentencia se apoya en prueba alguna, sino solo en antecedentes de la investigación, lo que resalta su carácter contra epistemológico⁷².

Esta crítica apunta al núcleo de aquellos mecanismos, ya que atendida la renuncia al juicio oral que suponen, no resulta posible fundar la sentencia en una verdad procesal de calidad superior⁷³. En otras palabras, quien quiera implementarlos en un sistema procesal penal, debe estar dispuesto a aceptar dicho déficit como un costo; a la inversa, quien solo desee sentencias definitivas fundadas en la mejor verdad procesal posible de alcanzar, no puede tolerar la incorporación de estos mecanismos.

Como se ha explicado más arriba, un análisis global de tales mecanismos merece una valoración positiva desde el punto de vista del funcionamiento eficiente del sistema procesal penal chileno, sin que parezca razonable proponer su supresión. Por ello, las consideraciones críticas sobre la verdad procesal en que se basan las sentencias en el procedimiento abreviado, en el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad y en el procedimiento monitorio, deberían matizarse a partir de la mayor o menor gravedad del delito perseguido y de la mayor o menor entidad de las penas posibles de imponer en cada caso. Así, al tratarse del procedimiento monitorio, la deficiente verdad procesal en que se funda la sentencia que acoge el requerimiento e impone la sanción solicitada por el fiscal, podría ser estimada como tolerable en atención a la mínima gravedad del delito por el que se sanciona (falta), a la naturaleza de la pena que se impone (multa) y a su exiguo monto (no más de cuatro unidades tributarias mensuales), monto que es rebajado si la multa es pagada dentro de quince días. Por estas razones, no parece que la deficiente verdad procesal

⁷⁰ Por algo se ha dicho, con razón, que “la negociación ha florecido especialmente en aquellos sistemas en que el proceso penal se concibe como un ámbito de solución de conflictos, y no de búsqueda de la verdad material”. HORVITZ (1994) pp. 27-28.

⁷¹ Muy claramente destaca la falta de idoneidad del procedimiento abreviado para descubrir la verdad, HORVITZ (2016): “El procedimiento abreviado carece por completo de las características de un procedimiento cognoscitivo, pues asigna validez a actos realizados fuera del contradictorio en base a un acuerdo o negociación entre fiscal e imputado (y eventualmente la víctima), limitándose el tribunal a efectuar un control formal de los antecedentes de la investigación quien emite su decisión en base al debate habido en la audiencia respectiva y las solicitudes de las partes, sin rendición de prueba alguna y, por lo mismo, sin motivar su fallo en los términos del artículo 297 del Código Procesal Penal” (p. 64). “El procedimiento abreviado no busca establecer la verdad de los hechos o, al menos, no es su propósito principal. Su razón de ser es, más bien, instrumental: obtención de sentencias (condenas) rápidas, descongestión y ahorro de recursos” (p. 67). Similar, CERDA (2010) Tomo II, p. 706.

⁷² Destaca la naturaleza contra epistemológica de los mecanismos de justicia penal negociada GASCÓN (1999) p. 127. También DEL RÍO (2010) p. 361.

⁷³ Reconoce la menor calidad de la verdad en que se funda la decisión cuando se adoptan estos acuerdos en el proceso penal, SILVA (2015) pp. 284-285, quien, con la finalidad de sustraerlos de la dinámica de la coacción y el temor, propone concebirllos como “escenarios de debate sobre el Derecho aplicable en marcos de incertidumbre fáctica. En escenarios así, en lugar de la verdad material –con matices– resultante de la valoración judicial de la prueba, que dibuja un relato fáctico único, aparecen varias narraciones alternativas más o menos probables. Al debate sobre el Derecho aplicable habría que anteponerle, pues, otro sobre la mayor o menor probabilidad de las narraciones enfrentadas”. También lo reconoce, en referencia al procedimiento abreviado del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina (art. 431 bis), MARINO (2001) p. 25. Asimismo, GUZMÁN (2001) pp. 277-298.

alcanzada se traduzca en un déficit de legitimidad de la sanción penal. Algo similar ocurre en el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad. La baja gravedad de los delitos a los que se aplica este procedimiento (faltas o simples delitos por los cuales el fiscal pide una pena no superior a quinientos cuarenta días de presidio o reclusión menores en su grado mínimo), también permite tolerar la deficiente verdad procesal en que se funda la sentencia, sin que parezca ilegítima la sanción penal que eventualmente se imponga.

Sin embargo, en el caso del procedimiento abreviado el análisis conduce a una valoración distinta. Si bien este procedimiento, en general, es aplicable solo a simples delitos, el hecho de que la pena solicitada por el fiscal en su acusación pueda llegar hasta los cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, permite poner en duda la tolerabilidad de la deficiente verdad procesal en que se funda la sentencia y, consecuentemente, cuestionar la legitimidad de la sanción que se imponga. Eventualmente, puede contribuir a superar la crítica, la consideración de que cinco años es justamente el límite máximo de pena privativa (o restrictiva) de libertad a que debe ser condenada una persona para poder reemplazar la sanción por una de las penas sustitutivas contempladas en la Ley N° 18.216, por lo que, si se cumplen los demás requisitos legales, el condenado en procedimiento abreviado no es enviado a la cárcel. Desde este punto de vista, podría apreciarse cierta coherencia intra sistemática que compense el mencionado déficit, pero debe reconocerse que en la práctica se observan varios casos de condenas en procedimiento abreviado que, por no concurrir todos los requisitos para sustituir la pena, se traducen en un cumplimiento efectivo de la sanción original⁷⁴.

Por lo que se acaba de decir, resulta francamente inaceptable el hecho de que la citada Ley N° 20.931 haya aumentado a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo el límite máximo de pena que el fiscal debe solicitar en su acusación para que tenga lugar este procedimiento, cuando se trata, en general, de delitos de hurto, robo, abigeato o receptación. Con un umbral de pena tan elevado, que supera largamente los límites máximos que para procedimientos similares se observan en el derecho comparado europeo continental⁷⁵, y no rindiéndose prueba alguna en una audiencia de juicio oral, la sentencia que se dicta adolece de falta de legitimidad, tanto si impone la sanción, por cuya cuantía la efectiva privación de libertad es inevitable, como si absuelve al acusado⁷⁶, atendida la gravedad del hecho imputado. Como puede advertirse, en estos casos, la deficiente verdad procesal en que se funda la decisión se muestra intolerable. Esta intolerabilidad se incrementa al constatar que, tras la modificación hecha por la ya citada Ley N° 20.074, no es necesario esperar hasta la audiencia de preparación del juicio oral para que tenga lugar

⁷⁴ Véase ARELLANO (2017) p. 312, con estadísticas que indican que entre los años 2006 y 2015, un poco más de la mitad de las condenas dictadas en procedimientos abreviados se tradujo en penas de cárcel de cumplimiento efectivo. La tasa fluctúa entre el 54,00 % y el 60,92 %.

⁷⁵ Por ejemplo, en Italia, el *patteggiamento* procede respecto de delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta dos años. Por su parte, en España, la “conformidad” cabe respecto de delitos castigados con no más de seis años de privación de libertad.

⁷⁶ No puedo examinar aquí la discusión sobre si es posible en el procedimiento abreviado absolver al imputado por no alcanzarse el estándar necesario para condenar. A favor de dicha posibilidad, véase HORVITZ (2004) Tomo II, pp. 527-528; CORREA Y REYES (2012) pp. 130-132; MERA (2002) p. 255. En contra, FALCONE (2005) pp. 363-378; MIRANDA *et al.* (2012) pp. 369-381; SALAS (2015) pp. 267-271.

este procedimiento, pudiendo promoverse desde la formalización de la investigación. Si ni siquiera es imprescindible que la investigación esté agotada para que se adopte la decisión final, la deficiente calidad de la verdad procesal en que se funda es todavía más evidente⁷⁷.

MERMA DE LA EFICACIA PREVENTIVA DE LA PENA

En cuanto a la crítica que apunta a la merma de la eficacia preventiva de la pena y de la función protectora de bienes jurídicos del derecho penal cuando se utilizan mecanismos de justicia penal negociada, por la imposición de una pena de entidad menor que la necesaria para desplegar su efecto preventivo general y especial, cabría efectuar un distingo. Si para la disminución de la pena no se redujeran artificiosamente los hechos atribuidos al imputado ni se alterara su calificación jurídica, en principio, no resultaría posible sostener la crítica, ya que en tal evento, a pesar de la menor cuantía de la pena, su efecto preventivo se mantendría igualmente dentro de los parámetros de lo que la ley considera adecuado. Pero si la rebaja de pena obedeciera a un apartamiento de la legalidad penal en la modulación de los hechos o en la invocación de su calificación jurídica, la crítica sí se mantendría, ya que el efecto preventivo de la sanción no alcanzaría el mínimo de lo que la ley estima necesario para los hechos realmente ejecutados.

Como puede advertirse, en este último caso nos encontraríamos frente a una situación exactamente inversa a la que más arriba identificamos como *overcharging* y que bien cabría designar como *undercharging*, esto es, la reducción artificial de los cargos contra el imputado para incentivarlo a renunciar al juicio, con la promesa de una pena inferior a la legalmente correspondiente al hecho que realizó.

En el caso del procedimiento abreviado y en el de la admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado, un sector de la doctrina ha denunciado la existencia de ciertas prácticas inadecuadas que pueden ser consideradas como manifestaciones de *undercharging*. Se han detectado manipulaciones del hecho punible para permitir una calificación jurídica menos grave⁷⁸, modificaciones de la calificación jurídica del hecho para permitir una condena por un hecho distinto⁷⁹, degradaciones de la calificación jurídica invocada sin ajustar el hecho imputado⁸⁰, alegaciones de hechos atenuantes inexistentes y omisiones de hechos agravantes existentes⁸¹. En todos estos casos, no solo se ha desatendido el efecto preventivo de la pena que correspondería imponer a los hechos realmente ejecutados, sino que, además, se ha infringido el principio de objetividad del Ministerio Público, la legalidad penal sustantiva y algunas garantías procesales, como la estricta jurisdiccionalidad,

⁷⁷ Véase NÚÑEZ (2014) p. 393, quien destaca esta idea en relación con cualquier mecanismo de justicia penal negociada, al señalar que es necesario "poner atención en el hecho de que al producirse la negociación en el momento inicial del caso, el conocimiento sobre este y las pruebas son fragmentarias".

⁷⁸ Entre otras sentencias, puede verse *CONTRA R.O.V.R.* (2006).

⁷⁹ Véase *CONTRA M.D.M.C.* (2003).

⁸⁰ Entre otros fallos, puede verse *CONTRA J.G.P.N.* (2006).

⁸¹ Véase *CONTRA B.A.S.S.* (2007).

infracciones ante las cuales, según ese mismo sector doctrinal, la actitud de los tribunales (juzgados de garantía), en general, ha sido un tanto complaciente⁸².

Estas prácticas han preocupado al Fiscal Nacional del Ministerio Público, quien ha instruido a los fiscales del país en el sentido de ceñirse estrictamente al principio de legalidad y atenerse al mérito de la investigación para determinar la procedencia de estos mecanismos de renuncia al juicio oral (Oficio de la Fiscalía Nacional N° 286/2010, de 31 de mayo de 2010)⁸³⁻⁸⁴.

Nótese la incidencia que en este tema tiene el efecto penológico que la ley atribuye a la decisión del imputado de renunciar al juicio oral y someterse al mecanismo de justicia penal negociada. Aparentemente, cuando dicho efecto consiste en una rebaja de poca entidad en la sanción imponible, aumenta el riesgo de que tengan lugar situaciones de *undercharging*, con la finalidad de ofrecer al imputado un estímulo penológico más intenso que le lleve a aceptar aquella renuncia⁸⁵.

En el caso del procedimiento monitorio, en cambio, no se ha tenido noticia de la ocurrencia de esta clase de situaciones. Dada la escasa gravedad de los delitos que se someten a él y la naturaleza de la pena pedida por el fiscal, aparentemente no hay grandes motivos para que se produzcan hipótesis de *undercharging*. Piénsese que, atendida la sanción prevista en la ley para estos delitos, bien podría aplicarse a su respecto el principio de oportunidad (art. 170 CPP).

IGUALDAD ANTE LA LEY

Por último, en cuanto a la vulneración que la aplicación de los mecanismos chilenos de justicia penal negociada puede significar para el principio de igualdad, por la discrecionalidad del Ministerio Público para decidir negociar con un imputado y no con otro, a pesar de que ambos puedan hallarse en la misma situación, cabe reconocer que, al menos en el caso del procedimiento abreviado, dicho riesgo es real. El hecho de que para que este procedimiento tenga lugar sea necesario que el fiscal esté de acuerdo, que su procedencia no dependa de un parámetro objetivo, como la pena asignada por la ley al delito, sino del criterio subjetivo del fiscal al momento de solicitar la pena en su acusación⁸⁶, y que la ley no obligue a este a expresar las razones por las cuales ofrece esta vía procedimental a un im-

⁸² DEL RÍO (2009) pp. 77-138; DEL RÍO (2008) pp. 167-169; RODRÍGUEZ y PINO (2015) pp. 1012-1018. Véase, con todo, CONTRA C.J.T.B. (2016), sentencia en la que se afirma que el Ministerio Público, para convencer al imputado de que admita responsabilidad en el procedimiento simplificado, no puede solicitar una pena inferior a la legal.

⁸³ Cfr. NAVARRO (2017) p. 263.

⁸⁴ Sin embargo, no se advierte en las instrucciones generales de la autoridad máxima del Ministerio Público la misma preocupación por evitar la situación inversa: el *overcharging*.

⁸⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ y PINO (2015) p. 1011: “Son estas cortapisas para retribuir adecuadamente la renuncia al juicio oral que efectúa el requerido o acusado, las que han llevado a que el MP sistemáticamente modifique sus requerimientos y acusaciones, así como las penas pretendidas, mucho más allá de la mera incorporación de la atenuante del artículo 11 N° 9 del CP al juego operativo de las normas de determinación de pena, incurriendo en diversas prácticas de cuestionable legalidad”.

⁸⁶ Esto último llevó al Instituto Chileno de Derecho Procesal a criticar la propuesta de regulación del procedimiento abreviado en el proyecto de Código Procesal Penal. Cfr. FACULTAD DE DERECHO (2003) p. 219.

putado y no a otro, ni someta a control judicial su decisión de no ofrecerla en un caso concreto, hacen que el mencionado peligro no sea despreciable⁸⁷. No obstante, a juicio del Tribunal Constitucional, dicho riesgo no justifica formular reproches de inconstitucionalidad, en la medida que se asuma que esta facultad discrecional del Ministerio Público no debe ser ejercida en forma arbitraria o caprichosa⁸⁸. Eventualmente, para eliminar este riesgo, se podría estudiar la posibilidad de modificar la regulación de este procedimiento, haciendo depender la supresión del juicio oral, exclusivamente, de la voluntad del imputado, de un modo similar a lo que hoy sucede con el *giudizio abbreviato* italiano⁸⁹.

La situación es distinta en el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad. Ello es así, porque en este procedimiento es la ley la que establece, como trámite obligatorio, la formulación de una pregunta del tribunal al imputado, en el sentido de si admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento (art. 395 inc. 1° CPP). No queda entregada a la discrecionalidad del fiscal la posibilidad del imputado de renunciar al juicio, admitiendo responsabilidad. Pero como este procedimiento no tiene lugar cuando el Ministerio Público pide una pena que excede de presidio o reclusión menor en su grado mínimo (art. 388 CPP)⁹⁰, si el fiscal requiriere una pena superior, la única posibilidad del imputado de renunciar al juicio conforme a algún mecanismo de justicia penal negociada será el procedimiento abreviado, para promover el cual, como se ha dicho, se necesita la voluntad del fiscal, por lo que el denunciado peligro para la igualdad ante la ley no desaparece⁹¹.

También es diferente la situación en el procedimiento monitorio, ya que, en este, la decisión del imputado de renunciar al juicio, no reclamando contra la resolución que acoge el requerimiento y la proposición de imposición de una multa dentro de los quince días siguientes a la notificación de dicha resolución, no depende de la discrecionalidad del fiscal.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo, después de revisar los principales defectos y virtudes atribuidos a los sistemas de justicia penal negociada, se ha examinado su aplicabilidad o inaplicabilidad a los mecanismos chilenos de justicia criminal negociada. El examen no permite efectuar una única valoración crítica.

En lo que respecta a las consideraciones de eficiencia en el funcionamiento del sistema, el procedimiento monitorio ha tenido una incidencia muy significativa, a diferencia

⁸⁷ Advierte este riesgo para la igualdad ante la ley, PECCHI (2005) p. 133.

⁸⁸ Artículo 406, inciso final, Código Procesal Penal, STC rol N° 1481-09.

⁸⁹ Similar, DEL RÍO (2009) p. 76, n. 84; pp. 193-195.

⁹⁰ Destaca que el mínimo de pena privativa de libertad que debe pedir el fiscal para que tenga lugar el procedimiento abreviado es quinientos cuarenta y un días de presidio o reclusión menores en su grado medio, FARREN (2008) p. 695.

⁹¹ Véase DEL RÍO (2009) p. 147, reconociendo esta discrecionalidad del fiscal: "En este supuesto, la Ley está autorizando a que el MP, ante un hecho que reviste caracteres de delito y que posea unos márgenes legales de pena desde presidio o reclusión menor en su grado mínimo y que se extiende a grados de penas superiores, pueda decidir someterlo a las reglas del 'procedimiento ordinario', pidiendo los tramos superiores de pena, o someterlo al 'procedimiento simplificado' -el procedimiento alternativo al ordinario-, al pedir la pena menor".

del procedimiento abreviado. También ha tenido gran incidencia el procedimiento simplificado, a pesar de no haber sido posible dimensionar con certeza su actual importancia como mecanismo de justicia negociada. Con todo, un análisis global de estos tres mecanismos sí permite efectuar una valoración positiva.

En cuanto a la incidencia de los mecanismos chilenos de justicia penal negociada en el respeto del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el examen de las estadísticas disponibles sobre duración de la tramitación de las causas penales permite (solo) intuir una incidencia real.

En relación con el carácter potencialmente coactivo de estos mecanismos, en el caso del procedimiento abreviado, la exigencia legal de que el imputado acepte los hechos de la acusación constituye un riesgo de coacción. Dicho riesgo aumentó con la Ley N° 20.074, al prever la posibilidad de considerar tal aceptación como base para la atenuante del artículo 11 N° 9 CP, y se incrementó considerablemente con la Ley N° 20.931, al establecer la posibilidad de rebajar la pena en un grado, tratándose de ciertos delitos contra la propiedad de frecuente comisión, modificaciones que ampliaron la diferencia entre la pena susceptible de imponerse en el procedimiento abreviado y la eventualmente aplicable en el juicio oral, mermando la libertad del imputado en su decisión de renunciar al juicio.

También en el procedimiento simplificado hay un riesgo de coacción, atendidas la exigencia legal de que el imputado admita responsabilidad para poder renunciar al juicio, y la posibilidad de rebajar la pena en un grado cuando se trata de esos mismos delitos contra la propiedad, así como, mediante analogía, la posibilidad de aplicar la atenuante del artículo 11 N° 9 CP. Pero en este procedimiento, la diferencia entre la pena imponible si se admite responsabilidad y la aplicable en juicio no es muy grande, lo que permite moderar mucho la crítica.

Con mayor claridad todavía, en el procedimiento monitorio, el hecho de que el imputado arriesga una multa de baja cuantía, no permite afirmar que la posible rebaja del 25 % de su monto sirva de base para atribuirle un carácter coactivo.

En lo que respecta a la crítica relativa a la deficitaria verdad procesal que se alcanzaría con los mecanismos chilenos de justicia penal negociada, no puede sino reconocerse su validez. El hecho de que en estos casos la sentencia no se funde en prueba rendida en juicio oral, resalta su carácter contra epistemológico. Se trata de un costo que debe ser aceptado por cualquier sistema de justicia criminal negociada. Al menos, en el caso chileno, la condena no puede fundarse solamente en el acuerdo (arts. 340 inc. 3° y 412 inc. 2° CPP). Si pudiera basarse exclusivamente en este, la verdad procesal en que se funda la sentencia sería todavía más deficiente.

En todo caso, tratándose del procedimiento monitorio y del procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, la baja gravedad de los delitos de que se trata permite considerar tolerable la deficiente calidad de la verdad procesal que se alcanza. En cambio, en el procedimiento abreviado, dicho déficit se torna inaceptable, especialmente cuando se trata de ciertos delitos contra la propiedad, para los cuales puede imponerse una pena privativa de libertad de hasta diez años, aun cuando la investigación no esté agotada.

En cuanto a la crítica relativa a la merma de la eficacia preventiva de la pena que los mecanismos chilenos de justicia penal negociada podrían producir, en la práctica, en proce-

dimientos abreviados y en admisiones de responsabilidad en procedimientos simplificados, se han detectado lamentables casos de *undercharging*, en los que la crítica ha resultado plenamente justificada. No se ha tenido noticia de estas prácticas en el procedimiento monitorio.

Finalmente, en relación con la posible afectación del principio de igualdad, en el caso del procedimiento abreviado, el riesgo de que ello ocurra es real, ya que la promoción de este mecanismo de justicia penal negociada queda entregada exclusivamente a la discrecionalidad del fiscal. Distinta es la situación en la admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado, y en el procedimiento monitorio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALSCHULER, Albert W. (1979): “Plea bargaining and its history”, *Columbia Law Review*, vol. 79, N° 1: pp. 1-43.
- ALSCHULER, Albert W. (1975): “The defense attorney’s role in plea bargaining”, *The Yale Law Journal*, vol. 84, N° 6: pp. 1179-1314.
- ALTENHAIN, Karsten; DIETMEIER, Frank; MAY, Markus (2013): *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren* (Baden-Baden, Nomos).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2003) “Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)”, *Jueces para la democracia*, N° 46: pp. 57-66.
- ARELLANO QUINTANA, Jaime (dir.) (2017): *Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: Análisis retrospectivo a más de una década* (Santiago, CEJA-JSCA).
- ARMENTA DEU, Teresa (2014): “Proceso abreviado, juicio rápido y prisión provisional”, *La Misma, Estudios de Justicia Penal* (Madrid, Marcial Pons) pp. 271-292.
- BARONA VILAR, Silvia (2004): *Seguridad, celeridad y justicia penal* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- BAYTELMAN ARONOWSKY, Andrés (2000), “El juicio oral”, en AA.VV., *Nuevo proceso penal* (Santiago, Conosur) pp. 227-281.
- BAYTELMAN ARONOWSKY, Andrés; DUCE JULIO, Mauricio (2004): *Litigación penal. Juicio oral y prueba* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- BINDER, Alberto M. (2004): *Introducción al Derecho procesal penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc, segunda edición).
- BOVINO, Alberto (2001): “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado* (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2010): *Manual del sistema de justicia penal*, Tomo II (Santiago, Librotecnia, segunda edición).
- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas (2012): *Manual del nuevo procedimiento penal* (Santiago, Abeledo Perrot, LegalPublishing, Thomson Reuters, séptima edición).
- COCIÑA CHOLAKY, Martina (2012): *La verdad como finalidad del proceso penal* (Santiago, Abeledo Perrot, LegalPublishing, Thomson Reuters).
- CÓRDOBA, Gabriela E. (2001): “Acuerdos informales en el procedimiento penal alemán”, en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin* (Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, La Lectura Libros Jurídicos).

- CORREA ROBLES, Carlos; REYES LÓPEZ, Mauricio (2012): *El procedimiento abreviado y la justicia criminal negociada. Derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORREA URMENETA, Tomás (2017): *Algunos problemas del procedimiento abreviado*, Trabajo de memoria, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo (1999): *Justicia criminal consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DEL CORRAL, Diego (2010): *Juicio abreviado* (Buenos Aires, Astrea).
- DEL RÍO FERRETTI, 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*, vol. XXXIV: pp. 349-383.
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2009): *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional* (Santiago, Librotecnia).
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2008): “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 1: pp. 157-182.
- DEVERS, Lindsey (2011): *Plea and Charge Bargaining. Research Summary* (Arlington, Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice).
- DUCE JULIO, Mauricio (2013): “¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate”, *Revista Ius et Praxis*, año 19, N° 1: pp. 77-138.
- DUCE JULIO, Mauricio (2011): “Diez años de reforma procesal penal en Chile: apuntes sobre su desarrollo, logros y objetivos”, en FUENTES MAUREIRA, Claudio (coord.), *Diez años de la reforma procesal penal en Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 191-234.
- DUCE JULIO, Mauricio; MARÍN VERDUGO, Felipe; RIEGO RAMÍREZ, Cristián (2008): “Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información”, en CABEZÓN, A. (coord.), *Justicia civil: Perspectivas para una reforma en América Latina* (Santiago, CEJA) pp. 13-94.
- DURÁN SANHUEZA, Rafael (2009): *Procedimiento simplificado y monitorio en el Código Procesal Penal chileno* (Santiago, Librotecnia).
- FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE CHILE (2003): *Reforma Procesal Penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias*, Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FALCONE SALAS, Diego (2005): “La absolución en el procedimiento abreviado”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI: pp. 363-378.
- FARREN CORNEJO, Fernando (2008): “Procedimientos simplificado y abreviado en la actualidad”, en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (coord.), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 679-697.
- FERRAJOLI, Luigi (2000): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, cuarta edición).

- GARCÍA TORRES, María José (2004): *El proceso penal abreviado y el acuerdo del imputado. Legislación comparada y análisis constitucional* (Buenos Aires, Fabián. J. Di Plácido Editor).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1999): *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- GIMENO SENDRA, Vicente (2012): *Derecho Procesal Penal* (Navarra, Civitas, Thomson Reuters, Aranzadi).
- GÖSSEL, Karl Heinz (2007): “Acerca del acuerdo en el proceso penal”, en El Mismo, *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho. Obras completas*, Tomo I (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores) pp. 277-293
- GUZMÁN, Nicolás (2001): “La verdad y el procedimiento abreviado”, en MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado* (Buenos Aires, Editores del Puerto) pp. 277-298.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2008): “Involución de la reforma procesal penal chilena”, *Revista Procesal Penal*, N° 68: pp. 9-19.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes (2016): “La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano”, *Política Criminal*, vol. 11, N° 21: pp. 229-263.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes (2014): *La negociación en el nuevo proceso penal. Un análisis comparado* (Lima, Palestra Editores).
- HIDALGO ARANCIBIA, Mauricio (2004): “Propuestas para perfeccionar las normas y aplicación del procedimiento simplificado en el proceso penal”, *Revista Procesal Penal*, N° 24: pp. 11-22.
- HORVITZ LENNON, María Inés (2016): “Efectos reflejos de la sentencia penal condenatoria y su incidencia en los juicios civiles”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 35: pp. 41-70.
- HORVITZ LENNON, María Inés (2004): en HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HORVITZ LENNON, María Inés (1994): “Algunas formas de acuerdo o negociación en el proceso penal: tendencias del derecho comparado”, *Revista de Ciencias Penales*, tomo XL, N° 2: pp. 27-40.
- LANGBEIN, John H. (1978): “Torture and Plea Bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, N° 1: pp. 3-22.
- LANGER, Máximo (2010): “From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure”, en THAMAN, Stephen C. (ed.), *World Plea Bargaining. Consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial* (Durham, North Carolina, Carolina Academic Press) pp. 3-80.
- LIBEDINSKY VENTURA, Sofía (2001): “Negociación y salidas alternativas”, en AA.VV., *Seminario Reforma Procesal Penal. Universidad Católica de Temuco* (Santiago, Conosur Lexis-Nexis) pp. 145-156.
- LIPPKE, Richard L. (2011): *The ethics of plea bargaining* (New York, Oxford University Press).
- LOCKER, Tobias (2015): *Absprachen im Strafverfahren. Ein Überblick und alternative Verfahrensweisen* (Hamburg, Diplomica Verlag).

- LÓPEZ MASLE, Julián (2002): en HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MAIER, Julio B. J. (2001): “Prólogo”, en MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado* (Buenos Aires, Editores del Puerto) pp. I-III.
- MALLORD, Joel (2014): “Putting plea bargaining on the record”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162: pp. 683-718.
- MARINO AGUIRRE, Santiago (2001): *El juicio penal abreviado* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- MARTÍNEZ, Santiago (2004): *La víctima y el juicio abreviado* (Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor).
- MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2017): *Derecho Procesal Penal*, Tomo II (Santiago, Librotecnia, tercera edición).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2011): “La justicia penal consensuada en el nuevo Código de Derecho Procesal Penal”, en El mismo, *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 53-80.
- MERA FIGUEROA, Jorge (2002): “Discrecionalidad del Ministerio Público, calificación jurídica y control judicial”, *Informes de investigación*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, N° 12, año 4: pp. 235-258.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo; HERMOSILLA IRIARTE, Francisco (2012): *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”* (Santiago, Librotecnia).
- NAVARRO DOLMESTCH, Roberto (2017): *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público. Análisis dogmático y compendio* (Santiago, Librotecnia).
- NIEVA FENOLL, Jordi (2012): *Fundamentos de Derecho procesal penal* (Montevideo, B de F).
- NIEVA FENOLL, Jordi (2010): “Los problemas de la oralidad”, *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, N° 67: pp. 237-257.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2014): *Código Procesal Penal* (Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuters, tercera edición).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2010): *Reforma procesal civil. Oralidad y poderes del juez* (Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing).
- PECCHI CROCE, Carlos (2005): “El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 11: pp. 119-137.
- PECCHI CROCE, Carlos / ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro (2003): “Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 7: pp. 47-59.
- PIZZI, William T. (1999): *Trials without truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it* (New York, New York University Press).
- RIEGO RAMÍREZ, Cristián (2017): “El procedimiento abreviado en la ley 20.931”, *Política Criminal*, vol. 12, N° 24: pp. 1085-1105.
- RIEGO RAMÍREZ, Cristian (2001): “El procedimiento abreviado en Chile”, en MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado* (Buenos Aires, Editores del Puerto) pp. 453-475.

- RIEGO RAMÍREZ, Cristián (2000): “El procedimiento abreviado”, en AA.VV., *Nuevo proceso penal* (Santiago, Conosur) pp. 205-226.
- RITTER, Andrés (2003): “Informe de una visita”, en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (ed.), *Evaluación de la Reforma Procesal Penal chilena desde la perspectiva del sistema alemán* (Santiago, Sociedad Alemana de Cooperación Técnica, GTZ) pp. 20-76.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (1997): *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca).
- RODRÍGUEZ VEGA, Manuel (2011): “Discrecionalidad del Ministerio Público y objeto del juicio abreviado”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVI: pp. 495-529.
- RODRÍGUEZ VEGA, Manuel; PINO REYES, Octavio (2015): “El principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en los procedimientos jurisdiccionales basados en la auto-incriminación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3: pp. 1003-1033.
- RÖNNAU, Thomas (1990): *Die Absprache im Strafprozeß* (Baden-Baden, Nomos Verlag).
- SALAS ASTRAIN, Jaime (2015): *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales* (Santiago, Librotecnia, segunda edición).
- SCHÜNEMANN, Bernd (2005): *La reforma del proceso penal* (trad. Mariana Sacher, Madrid, Dykinson).
- SCHÜNEMANN, Bernd (2002): “¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en El Mismo, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio* (trad. Silvina Bacigalupo, Madrid, Tecnos) pp. 288-302.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2015): “Acuerdos: ¿Proceso sin Derecho?”, en EL MISMO, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena* (Montevideo, Buenos Aires, B de F): pp. 283-285.
- TSCHERWINKA, Ralf (1995): *Absprachen im Strafprozeß* (Frankfurt am Main, Peter Lang).
- TURNER, Jenia I. (2016): “Plea bargaining and disclosure in Germany and the United States: comparative lessons”, *William and Mary Law Review*, vol. 57: pp. 1549-1596.
- VILLAR, Ariel H. (1997): *El juicio abreviado* (Buenos Aires, Némesis).
- VOLK, Klaus (2016): *Curso fundamental de Derecho procesal penal* (trad. Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor y Eugenio Sarrabayrouse, Buenos Aires, Hammurabi).
- WILKINS, William W. Jr. (1988): “Plea negotiations, acceptance of responsibility, role of the offender, and departures: Policy decisions in the promulgation of Federal Sentencing Guidelines”, *Wake Forest Law Review*, vol. 23, N° 2: pp. 181-202.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CONTRA C.J.T.B. (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 24 de octubre de 2016 (recurso de nulidad en procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad).
- CONTRA O.G.S.M. (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, 31 de julio de 2015 (recurso de nulidad en procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad).
- CONTRA B.A.S.S. (2007): Juzgado de Garantía de Santiago (14°), 20 de marzo de 2007 (procedimiento abreviado).

CONTRA R.O.V.R. (2006): Juzgado de Garantía de Santiago (14°), 29 de noviembre de 2006 (procedimiento abreviado).

CONTRA J.G.P.N. (2006): Juzgado de Garantía de Santiago (8°), 8 de septiembre de 2006 (procedimiento abreviado).

CONTRA M.D.M.C. (2003): Juzgado de Garantía de Linares, 23 de febrero de 2003 (procedimiento abreviado).

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR JESÚS MANZUR SACA RESPECTO DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 406 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN CAUSA RUC N° 0800123624-6, DEL TERCER JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO: Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1481-09, 10 de mayo de 2011.

TUTELA Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LABORALES POR LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE CUARTA GENERACIÓN: SU INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

PROTECTION AND PROMOTION OF SOCIAL AND LABOR RIGHTS BY THE FOURTH GENERATION OF EUROPEAN DIRECTIVES ON PUBLIC PROCUREMENT: ITS INCORPORATION INTO THE SPANISH LEGAL SYSTEM

ALEJANDRO ROMÁN MÁRQUEZ*

RESUMEN: La consagración definitiva de la contratación pública socialmente responsable por las directivas europeas de cuarta generación, así como su desarrollo y potenciación por el legislador español, plantean el reto de armonizar dos de los principios fundamentales de la Unión Europea: el libre mercado y el progreso social de los ciudadanos europeos, además de demandar una reinterpretación respecto de los parámetros clásicos del principio de eficiencia en el gasto público.

Palabras clave: Contratación pública social, contratación pública sostenible, economía social de mercado, eficiencia en el gasto público.

ABSTRACT: The definitive consecration of socially-responsible public procurement by the fourth generation of European Directives, as well as their development and empowerment by the Spanish legislator, poses the challenge of harmonizing two of the fundamental principles of the European Union: free market and progress of European citizens, in addition to demanding a reinterpretation of the classic parameters of the principle of efficiency in public spending.

Keywords: Socially-responsible public procurement, sustainable public procurement, social market economy, efficiency in public spending.

I. INTRODUCCIÓN. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

a) ORÍGENES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA Y RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Si bien las preocupaciones inherentes al Estado social –*Sozialstaat*– han impregnado la política europea, incluso desde antes de la aprobación del primer Programa de Acción

* Doctor en Derecho, Universidad de Granada. Profesor del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla y miembro del Instituto Universitario de Investigación García Oviedo. Dirección postal: Calle José Saramago N° 25, 6° A, CP 41013 Sevilla, España. Dirección electrónica: aroman2@us.es.

Social (1974), la inclusión de principios del Estado social en el Derecho originario de la Unión Europea ha supuesto la consagración definitiva de este sistema político, social y económico a nivel comunitario. Así, el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea exhorta a sus instituciones a alcanzar un desarrollo sostenible de Europa a través de un crecimiento económico equilibrado, en el marco de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, en la que se combata la exclusión social y la discriminación y se fomente la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad inter generacional y la protección de los derechos del niño, con el objetivo último de lograr la cohesión económica, social y territorial, y la solidaridad entre los Estados miembros. Por su parte, el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige a esta que tenga en cuenta, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la promoción de un nivel de empleo elevado, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, así como un alto nivel de educación, formación y protección de la salud humana.

Durante las últimas décadas la Unión Europea ha venido reconociendo expresamente que la contratación pública puede constituir un poderoso instrumento para el logro de varios objetivos comunitarios, alcanzan y consolidan un efecto de sinergia con algunas políticas comunitarias¹, como aquellas ligadas a la sostenibilidad, habida cuenta de la enorme relevancia que la contratación pública posee para la economía de la Unión –en torno a un 19% de su PIB–. Dicha sostenibilidad ha sido afrontada desde una doble perspectiva: ambiental y social. Con relación a la segunda de ellas, la Comisión Europea fue plasmando sus puntos de vista en una serie de documentos que se remontan a finales de los años ochenta del siglo pasado y que han funcionado a modo de *soft law* en la materia². También el Tribunal de Justicia de la Unión ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones, conformando un acervo jurisprudencial que ha ido encontrando acomodo en las sucesivas directivas sobre contratación pública, fundamentalmente a partir de su tercera generación³. Como no podía ser de otro modo, también el Derecho interno de los Estados Miembros ha ido reproduciendo las tendencias positivizadas en el Derecho derivado, cerrando el círculo de integración entre los diferentes ordenamientos jurídicos que conviven en el espacio europeo.

La “compra pública social”, definida como aquella que integra las inquietudes sociales en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con el objetivo de contrarrestar las desventajas sociales y laborales de determinados colectivos en situación o riesgo

¹ Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 1998 “La contratación pública en la Unión Europea” COMISIÓN EUROPEA (1998) pp. 25, 28 y 29.

² Además del documento citado en la nota al pie anterior, COMISIÓN EUROPEA (1989); el Libro Verde “La Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro” (1996); la Comunicación interpretativa de 15 de octubre de 2001 “sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos” (COM (2001) 566 final), el Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas” (2001, COM (2001) 366 final), o el Libro Verde “sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente” (2011, COM (2011) 15 final). En relación a la estrategia social y ambiental europea en materia de contratación pública véase ESTORNINHO (2014) pp. 2749-2758.

³ Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

de exclusión social⁴ y de mejorar las condiciones laborales y sociales de los ciudadanos en general, se configura como un instrumento clave para el cumplimiento de las políticas sociales de la Unión Europea, y así se manifiesta reiteradamente en los documentos, pronunciamientos jurisprudenciales y normas jurídicas que se ocupan de esta materia. Un ejemplo de la importancia que han adquirido las cuestiones sociales en el ámbito de la contratación pública es el notable hecho de que la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, haya incluido por primera vez entre los principios de la contratación el cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales contenidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos y el Derecho internacional⁵.

El ordenamiento jurídico español admite expresamente en su recientemente aprobada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (en adelante LCSP), la inclusión de consideraciones sociales en todas las fases de la contratación pública: diseño del objeto contractual, admisión de candidatos, adjudicación y ejecución del contrato⁶. En cualquier caso, resulta necesario diferenciar, dentro del conjunto de previsiones normativas –tanto europeas como nacionales– relativas a la dimensión social de los contratos públicos, entre las denominadas “cláusulas sociales conservadoras”, que se limitan a exigir a los órganos de contratación que comprueben y garanticen el cumplimiento de la legislación social y laboral vigente con ocasión de la adjudicación y ejecución de un contrato, y las denominadas “cláusulas sociales innovadoras”, que superan el mero cumplimiento de las obligaciones jurídicas, aumentando los estándares sociales y laborales de la contratación pública⁷.

b) LA DICOTOMÍA ENTRE OBLIGATORIEDAD Y VOLUNTARIEDAD DE LA COMPRA PÚBLICA SOCIAL EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEO Y ESPAÑOL

Quizás la pregunta más importante que deben plantearse los operadores jurídicos en esta materia sea la referente a la voluntariedad u obligatoriedad del uso de la contratación pública socialmente responsable. A nivel comunitario, las directivas de cuarta generación⁸ renuncian a imponer a la contratación pública unos requisitos sociales de carácter general y obligatorio, justificando esta decisión en las “grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados”⁹, por lo que los supuestos en los que el Derecho comunitario impone obligaciones sociales en la contratación pública son excepcionales¹⁰.

Para contestar a la cuestión planteada desde la perspectiva del Derecho interno resulta ineludible partir del artículo 1.3 LCSP, el cual dispone que en toda contratación pública deberán incorporarse criterios sociales de forma “transversal” y “preceptiva”. El legislador español apuesta por un sistema obligatorio y generalizado –en todas sus fases– de contrata-

⁴ Incluyendo la adquisición de productos de comercio justo que contribuyan a alcanzar un verdadero desarrollo sostenible. MEDINA (2012) p. 218.

⁵ Artículo 18.2. Desde la perspectiva específicamente laboral véase MIRANDA (2016) pp. 69-91.

⁶ Por todos, véanse los arts. 125.1 y 122.2.

⁷ ANDRÉS (2016).

⁸ Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE.

⁹ Considerando N° 95 de la Directiva 2014/24/UE.

¹⁰ Por ejemplo, la obligación impuesta en el artículo 42.1 párrafos cuarto y quinto de la Directiva 2014/24/UE.

ción pública socialmente responsable. Sin embargo, otros preceptos, como el artículo 28.2 LCSP, parecen rebajar esta exigencia a una mera recomendación, al señalar que las entidades contratantes “valorarán la incorporación de consideraciones sociales [...] como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública”.

Más allá de la aparente contradicción entre estos dos preceptos, los cuales regulan aspectos generales de la contratación pública, resulta necesario examinar uno por uno los preceptos que reglamentan la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública para determinar, en cada caso concreto, si los legisladores europeo y español los han configurado como una obligación ineludible o, por el contrario, como una mera posibilidad a disposición de los órganos de contratación. En las páginas siguientes se dará somera cuenta de la evolución y situación actual de los variados mecanismos que conforman la compra pública socialmente responsable tanto a nivel europeo como del ordenamiento jurídico español, centrandó el análisis en las fases más relevantes de la contratación pública, para finalizar con una reflexión acerca de la utilidad de estas figuras, su influencia decisiva en la reconfiguración de alguno de los principios del Derecho comunitario, como es el principio de eficiencia en el gasto público, y su encaje en el sistema de economía social de mercado¹¹, el cual inspira todo el edificio jurídico e institucional de la Unión Europea.

II. EL USO DE CLÁUSULAS SOCIALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MEJOR OFERTA

a) LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES PIONEROS EN LA MATERIA

Como recuerda GOSÁLBEZ¹², la inclusión de cláusulas sociales entre los criterios establecidos por el órgano de contratación para determinar cuál de las ofertas presentadas por los licitadores debe considerarse como económicamente más ventajosa ha sido la vía más utilizada por las administraciones públicas para la consecución de los objetivos sociales a través de la contratación pública. Al mismo tiempo, es la práctica administrativa que más controversias ha suscitado tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal¹³, y que mayor evolución ha experimentado a lo largo del tiempo. AYMERICH Y FERREIRA¹⁴ hacen notar la diferente posición que ha tenido la jurisprudencia europea en relación a las cláusulas sociales como criterios de adjudicación del contrato en contraste, por ejemplo, con su admisión como condiciones especiales de ejecución. Mientras que la jurisprudencia europea se mostró inicialmente reticente –cuando no frontalmente opuesta– a la admisión de criterios sociales en la fase de selección de las ofertas, no ocurrió así en relación a la fase de ejecución de los contratos, en los que se admitió desde un principio sin mayores problemas. Recuérdese cómo la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

¹¹ Sobre este concepto véase, entre otros, MÜLLER-ARMACK (1962) pp. 173-221; o SOLS *et al.* (2009) pp. 79-102. Recientemente, COMISIÓN EUROPEA (2017).

¹² GOSÁLBEZ (2003) p. 46.

¹³ En contra del uso de cláusulas sociales en la fase de adjudicación de los contratos públicos puede citarse, entre otros, a SANTÍAS (2001) p. 78. Igualmente en contra, en cualquiera de las fases del contrato, ARROWSMITH (2002) pp. 11 y ss. A favor, entre otros, AYMERICH y FERREIRA (2014) p. 41.

¹⁴ AYMERICH y FERREIRA (2014) p. 41.

de 20 de septiembre de 1988 (*Gebroeders Beentjes vs Reino de los Países Bajos*, asunto 31/87) rechazó en un principio que las consideraciones sociales pudiesen ser usadas como criterios de selección de la oferta económicamente más ventajosa precisamente por carecer de contenido económico y, por lo tanto, de virtualidad para determinar cuál era la mejor oferta desde una perspectiva exclusivamente económica (la única a la que debía atenderse en aquel momento para la adjudicación del contrato), pero no puso ningún reparo a su utilización como condición especial de ejecución de los contratos.

En el mismo sentido, la Comisión Europea, en su Comunicación interpretativa de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos¹⁵, negó a las cláusulas sociales capacidad para dilucidar la oferta económicamente más ventajosa, al considerar que todos los criterios de adjudicación elegidos debían comportar una ventaja económica “directa” al órgano de contratación –lo cual no hacían, a su entender, los criterios sociales–, y sin que bastase con que cada uno de ellos pudiesen medirse en términos económicos.

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de diciembre de 2000 (*Comisión vs Francia Nord-Pas-de-Calais*, asunto C-225/98) sería el primer pronunciamiento jurisprudencial comunitario que puso en cuestión la citada opinión de la Comisión Europea, pues admite que los órganos de contratación utilicen como criterio de adjudicación una cuestión relacionada con la lucha contra el desempleo, si bien respetando en todo caso los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en concreto, los principios de no discriminación¹⁶ y de libre prestación de servicios, así como las normas relativas al procedimiento de contratación y publicidad de las licitaciones. Sin embargo, el Gobierno francés calificó el referido criterio como uno de adjudicación “adicional” y no “[...] principal, como los recogidos en el artículo 29 de la Directiva 71/305, cuyo objeto es hacer posible la determinación de la oferta más ventajosa, sino un criterio accesorio no determinante”, por lo que únicamente podría ser utilizado como criterio de desempate entre ofertas. Esta restrictiva posibilidad sería la única admitida por la Comisión Europea en la referida Comunicación interpretativa de 2001¹⁷.

b) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA “CONCORDIA BUS FINLAND” Y LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE TERCERA GENERACIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 (*Concordia Bus Finland Oy Ab vs Helsingin Kaupunki et al.*, asunto C-513/99) va a constituir un hito en la materia, al separarse de la mencionada opinión de la Comisión Europea relativa a la necesidad de que todos los criterios de adjudicación elegidos por los órganos de contratación comportasen necesariamente una ventaja económica “directa” al órgano de contratación, y también por terminar con la limitación del uso de

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA (2001), pp. 14 y 15.

¹⁶ Así lo recuerda, en relación con los criterios de adjudicación, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 2005 (*Contse SA, Vivisol Srl y Oxigen Salud SA vs Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, asunto C-234/03).

¹⁷ Pp. 14 y 15.

criterios de adjudicación a los supuestos de desempate entre ofertas. El Tribunal de Justicia entiende que del ordenamiento jurídico comunitario –entonces vigente– no se desprende que todos los criterios de adjudicación deban tener necesariamente naturaleza económica, pues las propias directivas sobre contratación pública de segunda generación¹⁸ admitían un criterio de naturaleza no económica: las características estéticas de la oferta¹⁹. En este sentido, señala el Tribunal de Justicia que, “[e]n efecto, no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora”²⁰, lo que da así entrada a la posibilidad de que criterios no económicos –esto es, no “cuantitativos” sino “cualitativos”, como las cláusulas sociales– formen parte de los criterios de selección de la oferta económicamente más ventajosa. GOSÁLBEZ sintetiza este cambio de paradigma señalando que, para el Tribunal de Justicia, “[u]na cosa es que la oferta seleccionada deba generar beneficios económicos para la entidad pública contratante, y otra muy distinta es que todos y cada uno de los criterios que han de valorarse para determinar cuál es esa mejor oferta, deban además constituir ventajas económicas para dicho ente público [...]. Precisamente porque ese criterio de adjudicación no reside únicamente en el precio, esto es, en el valor estrictamente económico de las prestaciones contractuales requeridas por la Administración, es porque no es necesario cuantificar económicamente todos los elementos o criterios que lo integran, y tampoco es preciso que todos ellos impliquen ventajas para la entidad contratante; las ventajas exigidas por el ordenamiento comunitario se refieren a la oferta global, en su conjunto, no a todos los elementos que la componen”²¹. A partir de este momento las consideraciones de naturaleza social y laboral podrán constituir, por consiguiente, auténticos criterios de adjudicación del contrato, en un plano de igualdad con el resto de criterios de selección de la oferta, y no como meros criterios “adicionales” de desempate²².

Las directivas sobre contratación pública de tercera generación, y en particular la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, positivizan esta jurisprudencia europea. La Directiva 2004/18/CE admite expresamente, en su Considerando N° 1, el uso de cláusulas sociales como criterios de adjudicación de los contratos, si bien lo condicionan a que “[...] dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales [...]” de la contratación pública en el marco del ordenamiento comunitario. Esta posibilidad se reitera en su Considerando N° 46 § 4, admitiéndose que, siempre que se respete el principio de igualdad de trato –en el sentido de posibilitar una comparación y evaluación objetiva de las ofertas–, será posible que los órganos de contratación utilicen criterios de adjudicación no solamente económi-

¹⁸ Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE.

¹⁹ Artículo 36.1 letra a) de la Directiva 92/50/CEE.

²⁰ Apartado N° 55.

²¹ GOSÁLBEZ (2003) p. 64 y 65.

²² Este nuevo parecer sobre las cláusulas sociales como criterios de adjudicación fue recogido rápidamente por las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa españolas, como hizo, por ejemplo, la valenciana en su Dictamen N° 1/2003, de 21 de marzo.

cos, sino también cualitativos, como son los criterios sociales. En tal sentido, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a la satisfacción de exigencias sociales que, en particular, respondan a las necesidades de aquellos sectores de la población “especialmente desfavorecidos”. A pesar de esta previsión expresa, la Directiva 2004/18/CE no hizo mención alguna a los criterios sociales en el precepto dedicado a los criterios de adjudicación²³, cosa que sí hace con otros criterios cualitativos relativos a la sostenibilidad de las ofertas, como las características medioambientales de la prestación²⁴. El carácter meramente ejemplificativo del listado de criterios de adjudicación aceptados por la Directiva, junto con las previsiones expresas de la jurisprudencia comunitaria y de los citados considerandos, despejarían las dudas sobre la admisibilidad de las consideraciones sociales como criterios de adjudicación de los contratos públicos.

c) LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE CUARTA GENERACIÓN Y LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Las actuales directivas de contratos de cuarta generación continúan la línea de integración progresiva de los criterios sociales de adjudicación en la normalidad de la actuación administrativa. Así, la Directiva 2014/24/UE señala en sus Considerandos N° 97 y N° 99 que “[...] a fin de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales [...], los poderes adjudicadores deben estar autorizados a adoptar criterios de adjudicación [...] en lo que se refiere a obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato público en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida [...]. Las medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, a favorecer la integración social de las personas desfavorecidas o de los miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de ejecutar el contrato o a ofrecer formación para adquirir las competencias necesarias para el contrato de que se trate podrán estar también sujetas a criterios de adjudicación [...] siempre que se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato en cuestión”. En el listado ejemplificativo de criterios de adjudicación facilitados por la propia Directiva figuran el empleo de desempleados de larga duración o las medidas en materia de formación para desempleados o jóvenes durante la ejecución del contrato²⁵.

En las directivas vigentes el contrato sigue debiendo adjudicarse a la “oferta económicamente más ventajosa”²⁶. Sin embargo, ahora esta oferta económicamente más ventajosa puede determinarse con arreglo a uno de los siguientes elementos, en los que pueden incluirse consideraciones de naturaleza social²⁷: a) la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida, y b) la relación calidad-precio, que se efectuará en función de

²³ Véase su artículo 53.

²⁴ Lo mismo que ocurre en el artículo 55 de la Directiva 2004/17/CE.

²⁵ Lo aquí señalado se hace igualmente extensivo, de forma expresa, a las condiciones de ejecución del contrato, unificándose a este respecto el tratamiento que hace la Directiva 2014/24/UE de las cláusulas sociales en las fases de adjudicación y ejecución de los contratos públicos.

²⁶ Véase el art. 67.1 de la Directiva 2014/24/UE.

²⁷ Artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió la posibilidad de adjudicar un contrato a la oferta más ventajosa, aunque su coste final pudiese ser más

criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato en cuestión.

Por el contrario, el legislador español va a prescindir en la nueva Ley de Contratos del Sector Público del concepto tradicional de la oferta económicamente más ventajosa, si bien establece, al igual que hace la Directiva 2014/24/UE, la obligación de adjudicar el contrato a la oferta que presente una mejor relación calidad-precio²⁸. Excepcionalmente, y previa justificación en el expediente, el órgano de contratación podrá también adjudicar el contrato a aquélla oferta que presente una mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o del coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida²⁹. En el primer supuesto, la mejor relación calidad-precio se evalúa con arreglo a criterios económicos y cualitativos, dentro de los cuales el artículo 145.2 LCSP incluye expresamente los aspectos sociales –como criterios cualitativos–, y aporta un listado abierto de características sociales del contrato que pueden ser utilizadas por el órgano de contratación como criterios de adjudicación³⁰. En tal sentido, el legislador español reconoce expresamente que “por primera vez” se establece la obligación de que los órganos de contratación velen porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad “[...] concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato”³¹. Si bien los criterios cualitativos deben ir siempre acompañados de un criterio relacionado con los costes³², este puede ser el precio pero también un planteamiento basado en la rentabilidad, como el cálculo del coste del ciclo de vida, el cual, como se verá a continuación, también puede tener en cuenta circunstancias de naturaleza social.

De otra parte, en aquellos supuestos en los que el órgano de contratación opte por adjudicar el contrato con base en la mejor relación coste-eficacia, cobrará una enorme relevancia el cálculo del coste del ciclo de vida³³. El concepto de “ciclo de vida” hace referencia a todos los procesos y operaciones relativos a una obra, suministro y servicio, incluyendo las etapas previas a su nacimiento, necesarias para su concepción, y las posteriores a su finalización, destinadas a su completa eliminación o reutilización³⁴. La noción de coste del

elevado (sentencia de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction Ltd vs County Council of the County of Mayo*, asunto C-19/00). RAZQUIN y VÁZQUEZ (2017) p. 186.

²⁸ Artículo 145.1 LCSP.

²⁹ Artículo 145.1 párrafo segundo LCSP.

³⁰ El artículo 145.2.1º párrafo tercero LCSP admite expresamente, entre otros criterios de adjudicación del contrato, el fomento de la integración social de las personas con discapacidad, desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables, los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato, el fomento de la contratación femenina, la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales, la estabilidad en el empleo, la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato, la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual, o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

³¹ Exposición de Motivos, apartado II § segundo LCSP.

³² Artículo 145.2 LCSP.

³³ Artículo 148 LCSP.

³⁴ Artículos 2.1.20 de la Directiva 2014/24/UE y 148.1 LCSP.

ciclo de vida incluye todos los costes a lo largo del ciclo de vida de las obras, suministros y servicios³⁵, entre los que figuran los denominados costes “internos”, como los vinculados con la investigación, desarrollo, producción, transporte, uso, mantenimiento y eliminación; y “externos”, en este caso vinculados con factores medioambientales, como la contaminación generada por la extracción de las materias primas utilizadas en el producto o causadas por el propio producto o por su fabricación, con el requisito de que puedan ser cuantificados en términos monetarios y ser objeto de seguimiento. Tanto la Directiva 2014/24 como la LCSP incluyen expresamente³⁶, dentro de los costes internos del ciclo de vida, los referidos a suministros o utilización de productos basados en un comercio equitativo, y pueden referirse, por ejemplo, al hecho de que el producto en cuestión provenga del comercio justo, incluyéndose en este caso el requisito de pagar un precio mínimo y una prima a los productores. El método para el cálculo del coste del ciclo de vida podrá ser elaborado por cada órgano de contratación cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 148.3 LCSP, a menos que una norma de la Unión Europea haga obligatorio un método común a escala comunitaria³⁷. El legislador español dispone, finalmente, que los órganos de contratación calculen los costes a los que se refieren los apartados primero y segundo del artículo 145 –en los que se ubican los criterios cualitativos de naturaleza social– y atiendan, preferentemente, al coste del ciclo de vida³⁸, por lo que aquéllos deberán justificar suficientemente la elección de otro método para su cálculo.

El legislador español termina con la preponderancia concedida tradicionalmente al precio más bajo en aquellos casos en los que el órgano de contratación decidiese utilizar únicamente un criterio de adjudicación, tal y como sucedía en la regulación precedente³⁹. Ahora, cuando solamente se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado necesariamente con los costes, de la misma forma que se acaba de señalar: bien eligiendo el precio más bajo, bien refiriéndose a un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida⁴⁰, lo que habilita, en última instancia, a que el órgano de contratación pueda optar por un único criterio de adjudicación y que este sea de naturaleza social –y no, como sucedía hasta la entrada en vigor de la LCSP, necesariamente el precio más bajo–. Además, para evitar que el órgano de contratación elija como criterio único de adjudicación al precio más bajo, el legislador español exige ahora que en determinados supuestos resulte necesario la aplicación de más de un criterio de adjudicación, como sucede en los contratos de prestación de servicios sociales, siempre que fomenten la integración social de las personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas que participen en la ejecución del contrato, promuevan el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, se trate de contratos de servicios sociales, sanitarios o asis-

³⁵ Considerando N° 96 y artículos 68 de la Directiva 2014/24/UE y 148.2 LCSP.

³⁶ Considerando N° 97 de la Directiva 2014/24/UE y Exposición de Motivos, apartado V § tercero y quinto LCSP.

³⁷ Artículo 148.2 LCSP.

³⁸ Artículo 148.4 LCSP.

³⁹ Artículo 150.1 párrafo segundo del Real Decreto Legislativo 3/2011. El Tribunal de Justicia ya mostró su oposición a la utilización generalizada y abstracta del criterio del precio como criterio único en su sentencia de 7 de octubre de 2004 (*Sintesi SpA vs Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, asunto C-247/02).

⁴⁰ Artículo 146.1 LCSP.

tenciales previstos en su Disposición adicional cuadragésimo octava de esta ley (contratos reservados), de servicios intensivos en mano de obra o de seguridad privada. En todos estos casos “el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación”⁴¹. El legislador español sigue aquí la idea de que “[l]a relación calidad-precio es muy importante cuando se gasta dinero público, pero el precio más bajo no siempre garantiza el mejor valor”⁴².

III. LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE NATURALEZA SOCIAL

Como se ha señalado anteriormente, la admisión de condiciones especiales de ejecución de naturaleza social fue admitida por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 –*Beentjes*–, la cual consideró compatible con el Derecho comunitario la condición impuesta al adjudicatario del contrato de emplear a trabajadores en paro prolongado. La Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, recogió tal posibilidad, si bien restringida a las condiciones de trabajo de los encargados de ejecutar las prestaciones contratadas, en este caso relativas a un contrato de obras⁴³. Posteriormente, las directivas sobre contratación pública de tercera generación generalizaron la posibilidad de incluir condiciones especiales de ejecución “de tipo social” en todos los contratos regulados en ese momento por el Derecho comunitario (obras, servicios y suministros), con el objetivo manifiesto de favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tuviesen especiales dificultades de inserción o combatir el paro. Además, aportaron un listado ejemplificativo de condiciones de ejecución admisibles tales como la contratación de desempleados de larga duración, la organización de acciones de formación para desempleados o jóvenes, el respeto “en lo sustancial” de las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) –en el supuesto de que estos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional– o la contratación de un número de personas discapacitadas superior al exigido por el Derecho interno⁴⁴.

A pesar de su reconocimiento positivo, la jurisprudencia comunitaria posterior a *Beentjes* ha mostrado, sin embargo, algunas vacilaciones y retrocesos a la hora de aceptar las condiciones sociales de ejecución de los contratos públicos en un proceso, por tanto, no puede calificarse de lineal y pacífico. El ejemplo paradigmático de la marcha atrás del Tribunal de Justicia sería la sentencia de 3 de abril de 2008 (*Dirk Ruffert vs Land Niedersachsen*, asunto C-346/06). En esta se enjuicia, en el marco de una cuestión prejudicial, la compatibilidad con el Derecho comunitario de una norma aprobada por el Land de Baja

⁴¹ Artículo 145.3 letra g) párrafo segundo LCSP. El peso atribuido a cada uno de estos criterios de adjudicación será determinado libremente por el órgano de contratación, si bien respetando en todo caso el principio de proporcionalidad. RAZQUIN y VÁZQUEZ (2017) p. 185.

⁴² VÁZQUEZ (2017).

⁴³ Véase su artículo 23.1.

⁴⁴ Considerandos N° 33, 34 y 44, y artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE; y Considerandos N° 34 y 44, y artículo 38 de la Directiva 2004/17/CE.

Sajonia⁴⁵ que exigía que ciertos contratos solo podían adjudicarse a empresas que, en la licitación, se comprometiesen por escrito a pagar a sus trabajadores, en concepto de contraprestación por la ejecución de la prestación contractual, como mínimo, la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en el lugar de dicha ejecución. En el procedimiento de licitación que dio origen a la citada cuestión prejudicial, la empresa adjudicataria –alemana– subcontrató la ejecución del contrato con una empresa polaca. El contrato consistía en la construcción del centro penitenciario de Göttingen-Rosdorf, en territorio alemán, y hasta allí desplazó la empresa polaca a sus trabajadores, a los que se les pagó por debajo de lo establecido en el convenio colectivo alemán. El Tribunal de Justicia pondera, por un lado, el principio de libre prestación de servicios consagrado en el Derecho originario de la Unión y, por otro, la protección social de los trabajadores, inclinándose en este caso por el primero, en el entendimiento de que aplicar las condiciones laborales del lugar de ejecución del contrato a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro –en el que los salarios mínimos pueden ser inferiores– constituye “[...] una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida [...]”, lo que, en definitiva, constituye una restricción injustificada del principio de libre prestación de servicios⁴⁶.

Frente a esta sentencia, desconocedora del Derecho positivo vigente en esos momentos⁴⁷, reaccionaría el Parlamento Europeo en su Resolución Legislativa de 22 de octubre de 2008, sobre los retos a los convenios colectivos en la Unión Europea. Este consideró que un pronunciamiento de tal naturaleza⁴⁸ hacía necesario “[...] aclarar que las libertades económicas establecidas en los Tratados deberían interpretarse de manera que no menoscaben el ejercicio de los derechos sociales fundamentales reconocidos en los Estados miembros y por el Derecho comunitario, incluido el derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones colectivas, y que no menoscaben la autonomía de los interlocutores sociales en el ejercicio de estos derechos fundamentales en defensa de intereses sociales y de la protección de los trabajadores”⁴⁹. Partiendo de esta premisa, el Parlamento Europeo mantendrá que la libre prestación de servicios no está por encima de los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Euro-

⁴⁵ Concretamente, el artículo 3.1 (“Obligación de cumplir los convenios colectivos”) de la Ley del Land de Baja Sajonia sobre contratación pública (*Landesvergabegesetz*).

⁴⁶ Apartado 37.

⁴⁷ Pues la propia Directiva 2004/18/CE señalaba (Considerando N° 34) que, para las situaciones transfronterizas, en las que los trabajadores de un Estado miembro prestan sus servicios en otros Estados miembros con motivo de la ejecución de un contrato público, la Directiva 96/71/CE enunciaba las condiciones mínimas que habían de respetarse en el país de acogida en relación con dichos trabajadores desplazados, pero no las máximas, por lo que tales condiciones podían elevarse por voluntad de los poderes adjudicadores. Esta interpretación fue acogida por la Directiva 2014/24/UE en sus Considerandos N° 37 y 98. Sobre esta cuestión véase GALLEGO (2011) pp. 64-69.

⁴⁸ Junto con otros en idéntica dirección, como las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de diciembre de 2007 (*International Transport Workers’ Federation et al. vs Viking Line ABP et al.*, asunto C-438/05) o de 18 de diciembre de 2007 (*Laval un Partneri Ltd. vs Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.*, asunto C-341/05).

⁴⁹ 2008/2085 [INI], DOUE de 21 de enero de 2010, 210/C 15E/10, p. 50 (p. 6, apartado N° 5).

pea y, en particular, del derecho de los sindicatos a la negociación y acción colectivas. Este derecho fundamental sería ratificado posteriormente, como advierte MEDINA⁵⁰, por el Tratado de Lisboa, el cual entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, por lo que a partir de este momento habrían de tenerse en cuenta las disposiciones de Derecho social originario que afectan al marco de libertades económicas en virtud de la cláusula transversal de protección social del artículo 9 TFUE y de la previsión del artículo 3.3 TUE.

La Directiva 2014/24/UE acoge expresamente la posibilidad de incluir determinadas condiciones especiales de ejecución de los contratos “[...] a fin de lograr una mayor integración de las condiciones sociales [...] en los procedimientos de contratación”, y amplía, además, el listado ejemplificativo de condiciones de ejecución de carácter social previsto en la Directiva 2004/18/CE a aquellas medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, así como la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar⁵¹. Para poder incluir tales condiciones de ejecución la Directiva 2014/24/UE reitera los requisitos exigidos hasta el momento por la jurisprudencia y el Derecho comunitario precedente: vinculación con la prestación objeto del contrato, inclusión en la convocatoria de licitación o en los pliegos contractuales, y aplicación no discriminatoria respecto de los operadores económicos de otros Estados miembros⁵². Tal vinculación con el objeto del contrato justifica la prohibición relativa a que las condiciones de ejecución puedan estar referidas a circunstancias de la política general de una empresa, pues “[e]l propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución”⁵³ y no con otras circunstancias sociales o laborales de la organización empresarial no relacionadas directamente con la ejecución de la prestación contratada (por ejemplo, circunstancias que afectan a trabajadores que no participan en la ejecución⁵⁴ o a productos no incluidos en el contrato). En este sentido, debe tenerse presente que la vinculación entre las condiciones de ejecución del contrato y su objeto tiene una naturaleza y finalidad propia, diferente a la de otras cláusulas sociales que puedan afectar al contrato. Así lo señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid al analizar la finalidad de estas cláusulas por contraposición con la propia de los criterios de adjudicación, y advierte a este respecto que “[...] en el caso de que nos hallemos ante un criterio de adjudicación el parámetro de su vinculación al objeto del contrato debe necesariamente examinarse a la luz de la función específica de los criterios de valoración distintos del precio, cual es añadir calidad al producto o servicio por encima del mínimo exigido [...]. Esto no obstante, cuando hablamos de condiciones de ejecución del contrato no se trata de añadir calidad, por lo que no se trata de acreditar que la prestación será mejor cualitativamente hablando, sino que tiene por objeto garantizar

⁵⁰ MEDINA (2012) p. 223.

⁵¹ Considerando N° 98.

⁵² Considerando N° 97 y artículo 70.

⁵³ Considerando N° 104.

⁵⁴ Así, por ejemplo, no se podría exigir como condición especial de ejecución que la empresa contratista garantice un salario mínimo a todo su personal, sino únicamente a aquellos trabajadores que desempeñen las labores objeto del contrato. Resolución N° 196/2017, de 5 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, p. 15.

que las prestaciones objeto del contrato se ejecutarán en la forma requerida por el órgano de contratación. Se trata por tanto de acreditar las posibles afecciones a la ejecución contractual, que por su naturaleza futura necesariamente son inciertas aunque sean posibles”⁵⁵.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado finalmente la admisibilidad general, con los requisitos reproducidos, de las condiciones sociales de ejecución de los contratos públicos contenida en la Directiva 2014/24/UE. La sentencia de 17 de noviembre de 2015 (*RegioPost GmbH & Co. KG vs Stadt Landau in der Pfalz*, asunto C-115/14) se aparta definitivamente de la doctrina fijada en la sentencia *Rüffert* al declarar que resulta compatible con el Derecho comunitario la normativa de un Estado miembro que obliga a los licitadores a comprometerse, en su oferta, a pagar al personal que ejecuta las prestaciones contractuales un salario mínimo fijado por dicha normativa⁵⁶.

La LCSP habilita igualmente y con carácter general a los órganos de contratación para imponer a los contratistas –y subcontratistas⁵⁷– condiciones especiales de ejecución de naturaleza social, aportando un listado abierto de consideraciones de tipo social o relativas al empleo que pueden ser utilizadas por aquéllos⁵⁸. Pero la LCSP va, incluso, un paso más allá de lo establecido por la Directiva 2014/24/UE, pues obliga a los órganos de contratación a establecer en la documentación contractual al menos una de las condiciones especiales de ejecución previstas en su artículo 202.2, esto es, condiciones de ejecución innovadoras, medioambientales o sociales⁵⁹. Sigue pues, a tenor de esta previsión, sin ser obligatoria la inclusión en los contratos públicos de condiciones de ejecución de carácter social, pues el órgano de contratación puede decantarse por condiciones de ejecución innovadoras o medioambientales para cumplir con la citada obligación en detrimento de aquéllas. El legislador español impone, pues, unas condiciones mínimas de ejecución sostenible o innovadora de los contratos públicos, pero sin establecer una preferencia a favor de ninguna de ellas.

La LCSP sí que prevé, no obstante, ciertas condiciones especiales de ejecución obligatorias para el contratista, el cual debe cumplir en todo caso con independencia de que hayan sido acordadas o no expresamente por el órgano de contratación. La primera de ellas se encuentra recogida en el artículo 122.2 LCSP, relativo al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que incluye, como parte irrenunciable de este, “[...] la obligación de adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”. En el mismo sentido, el artículo 35.1 letra n LCSP exige que en el contenido mínimo de todos los contratos públicos figure necesariamente “[l]a obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el perio-

⁵⁵ Resolución N° 196/2017, de 5 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, p. 11.

⁵⁶ Apartado 53. En sentido contrario, no atenta contra el Derecho comunitario la exclusión de aquellos licitadores que se nieguen a comprometerse por escrito al pago de tales salarios (apartado 88). Sobre esta sentencia véase, entre otros, ROMEO (2017) pp. 415-416.

⁵⁷ Artículo 202.4 LCSP.

⁵⁸ Artículo 202.2 LCSP. Entre otras, contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional, garantizar el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables, fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción reconocidos en las normas fundamentales de la OIT.

⁵⁹ Artículo 202.1 párrafo segundo LCSP.

do de ejecución del contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación”. GALLEGO⁶⁰ llama la atención sobre el relevante hecho de que, en el primero de los supuestos señalados⁶¹, la referencia a los convenios colectivos sectoriales de aplicación impide aplicar las condiciones salariales recogidas en los convenios de empresa, excluyendo de esta forma la posibilidad de aprovechar los denominados “descuelgues de convenio” previstos en el artículo 82.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁶².

IV. LA EXIGENCIA DE VINCULACIÓN ENTRE LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y OBJETO CONTRACTUAL

La exigencia de vinculación entre las cláusulas sociales y objeto contractual es un requisito que, como se verá en este apartado, trasciende a una concreta fase de la contratación pública, y es exigible a todas las cláusulas sociales introducidas por el órgano de contratación en cualquiera de las fases de la contratación pública, ya sea en el momento de diseñar la prestación, admitir a los candidatos, demandar una etiqueta, fijar los criterios de adjudicación o establecer condiciones especiales de ejecución del contrato.

a) LA SITUACIÓN ANTERIOR A LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE CUARTA GENERACIÓN

La necesidad de que las cláusulas sociales se encuentren vinculadas con el objeto contractual es reclamada por la Comisión Europea desde su Comunicación interpretativa de 2001 sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos⁶³. Si bien la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 –*Beentjes*– no hace mención a esta necesaria vinculación, sí lo hizo el Abogado General Darmon en sus conclusiones presentadas en este asunto, y a estas se remite la citada Comunicación⁶⁴. Los primeros pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios que reclaman la vinculación entre cláusulas cualitativas y el objeto contractual no hacían referencia a consideraciones sociales, sino medioambientales. Se trata de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 –*Concordia Bus Finland*– y de 4 de diciembre de 2003 –*EVN AG y Wienstrom GMBH vs Republik Österreich*–. Si bien estas sentencias se refieren expresamente a consideraciones medioambientales, se pueden aplicar los mismos

⁶⁰ GALLEGO (2017) p. 108.

⁶¹ Igualmente, en el supuesto de que el órgano de contratación decidiese incluir en los pliegos contractuales la condición especial de ejecución prevista en el listado del artículo 202.2 párrafo tercero LCSP relativa al “cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables”.

⁶² El cual permite que, bajo determinadas circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción, los trabajadores de una empresa puedan cobrar un salario inferior al fijado por el convenio colectivo sectorial.

⁶³ Pp. 11, 13 y 14.

⁶⁴ Conclusiones presentadas el 4 de mayo de 1998, apartado N° 35. En el mismo sentido, las conclusiones del Abogado General Colomer, presentadas el 5 de junio de 2001, en los asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99 (*Impresa Lombardini SpA et al. vs Impresa Ing. Mantovani SpA et al.*), nota N° 23 al apartado N° 27.

principios, por analogía, a los aspectos sociales del contrato⁶⁵. En ambos pronunciamientos se exige una relación directa entre las cláusulas ambientales utilizadas y el objeto del contrato, sin que aquéllos puedan hacer referencia a circunstancias ajenas a la prestación elegida⁶⁶. Esta vinculación terminará predicándose de todas las fases o circunstancias en las que se pueden incorporar aspectos sociales a la contratación pública: selección del contratista, diseño de la prestación, criterios de adjudicación del contrato y condiciones de ejecución.

Las directivas sobre contratación pública de tercera generación solamente previeron expresamente tal vinculación en relación a los aspectos sociales en sus considerandos, guardando silencio a lo largo de su articulado, que, por otra parte, únicamente tomaba en cuenta los aspectos medioambientales⁶⁷. En el ordenamiento jurídico español, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que incorporó estas directivas al ordenamiento interno, exigió la vinculación "directa" entre las cláusulas sociales y el objeto contractual en las fases de admisión de licitadores⁶⁸ y de valoración de las ofertas⁶⁹. Precisamente el respeto del requisito de la vinculación entre las cláusulas sociales y el objeto de los contratos fue una de las cuestiones que mayores discrepancias ha generado en España entre el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y sus homólogos autonómicos en supuestos como la exigencia al adjudicatario de un compromiso de aplicación de determinados convenios colectivos sectoriales a los trabajadores empleados en la ejecución del contrato; o la pretensión de que la empresa contratista contase con un plan de conciliación de la vida laboral y profesional de sus empleados⁷⁰.

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA (2011) p. 38, nota al pie N° 70.

⁶⁶ La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid N° 5/2001, de 27 de diciembre, sobre las cláusulas que deben incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares relativas a las medidas de seguridad y salud en el trabajo, exigió que los criterios de adjudicación estuviesen vinculados "estrictamente" al objeto del contrato.

⁶⁷ Véase el Considerando N° 1 y los arts. 23.6, 44.2 párrafo segundo y 53.1 letra a) de la Directiva 2004/18/CE.

⁶⁸ Artículo 51.2.

⁶⁹ Artículo 134.1.

⁷⁰ Así, mientras que la utilización de un criterio de adjudicación consistente en el compromiso de aplicación de determinado convenio colectivo estatal sectorial durante la vigencia del contrato fue rechazado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, por las Resoluciones N° 1059/2016, de 16 de noviembre; 335/2017, de 21 de abril; o 553/2017, de 21 de julio), sí fue aceptado por, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (Resolución N° 16/2016, de 3 de febrero, si bien esta sería anulada posteriormente por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid N° 6070/2017, de 7 de junio). Respecto de los referidos planes de conciliación, fueron aceptados como criterios de adjudicación por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (Resolución N° 16/2016, de 3 de febrero) y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo N° 80/2016, de 30 de agosto), pero rechazados por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución N° 679/2017, de 27 de julio). Actualmente, la posibilidad de exigir al contratista la aplicación de medidas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar como criterio de adjudicación del contrato está expresamente admitido por el artículo 145.2.1° LCSP. Por otro lado, la LCSP configura el respeto a las normas y condiciones fijadas en los convenios colectivos como una condición de ejecución de todos los contratos (arts. 35.1.n, 122.2, 149.4, 201 y 202.2 LCSP).

b) LA NECESARIA VINCULACIÓN ENTRE CLÁUSULAS SOCIALES Y OBJETO DEL CONTRATO EN LAS DIRECTIVAS EUROPEAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS DE CUARTA GENERACIÓN Y EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

A diferencia de sus predecesoras, las directivas de cuarta generación sí que contienen alusiones directas a la vinculación entre cláusulas sociales y objeto contractual a lo largo de su articulado. Así sucede, por ejemplo, en los artículos 43 número 1 letra a) y número 2 (etiquetas relativas a las especificaciones técnicas de la prestación), 67.3 (criterios de adjudicación del contrato) o 70 (condiciones de ejecución del contrato) de la Directiva 2014/24/UE. Esta norma supone una auténtica “revolución” en relación con sus predecesoras, al flexibilizar el vínculo entre las cláusulas sociales y el objeto contractual. La Directiva 2014/24/UE no hace sino positivizar la evolución acaecida en esta materia, pues si bien tanto la citada Comunicación interpretativa de 2001⁷¹ como la jurisprudencia inicial exigían una vinculación “directa” con el objeto del contrato⁷², la jurisprudencia europea posterior flexibiliza expresamente dicha vinculación a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2012 (*Comisión Europea vs Reino de los Países Bajos*, asunto C-368/10)⁷³. El Tribunal de Justicia advierte en este pronunciamiento⁷⁴ que no es necesario que los criterios de adjudicación se refieran a características “intrínsecas” del producto, es decir, a elementos “incorporados materialmente” en este. Y ello porque las autoridades comunitarias parecen ser conscientes de que, mientras que las cláusulas ambientales inciden materialmente en las prestaciones contratadas, transformándolas y diferenciándolas del resto (así, un vehículo eléctrico es diferente de uno diésel, y un alimento ecológico es diferente de uno que no lo es)⁷⁵, no ocurre así con las cláusulas sociales, excepción hecha de los supuestos de diseño universal o para todas las personas de las prestaciones contractuales⁷⁶. Las cláusulas sociales no inciden directa y materialmente en el objeto contractual, puesto que la prestación en que consiste este es siempre la misma, con independencia de que se rodee o no de consideraciones de naturaleza social. Es decir,

⁷¹ Apartado 1.3.2, p. 5.

⁷² Así lo hace, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 (*Concordia Bus Finland*, asunto C-513/99), al exigir que los criterios de adjudicación de los contratos públicos estuviesen “estrictamente” relacionados con el objeto del contrato (apartado N° 52).

⁷³ Si bien la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 2003 (*EVN AG y Wienstrom GMBH vs Republik Österreich*, asunto C-448/01) ya había introducido implícitamente cierta flexibilización en esta vinculación en relación a la electricidad proveniente de fuentes de energía renovables. Véase la nota al pie siguiente.

⁷⁴ Apartado N° 91.

⁷⁵ Aunque también existen supuestos en los que las cláusulas ambientales no afectan a la sustancia material de la prestación contratada, como ocurre con la electricidad proveniente de fuentes de energía renovables, materialmente idéntica a aquella que proviene de fuentes no renovables. Así se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 2003 (*EVN AG y Wienstrom GMBH vs Republik Österreich*, asunto C-448/01). Recientemente, la Resolución N° 110/2018, de 18 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

⁷⁶ Se entiende por tales aquellos entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas concebidos o proyectados desde su origen de forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, incluyendo las personas con discapacidad. Véase el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013.

la obra, suministro o servicio es el mismo con independencia de que en la selección del contratista, en su proceso de producción o eliminación, en la adjudicación del contrato o en su ejecución se tengan en cuenta circunstancias sociales, pues la carretera construida, el bien suministrado o el servicio prestado son idénticos, con independencia de las condiciones sociales y laborales en el momento de su producción y comercialización, o de las circunstancias sociales y laborales de los trabajadores encargados de su ejecución (como su remuneración, condiciones de igualdad, seguridad, conciliación, comercio justo, trabajo infantil, etc.). Es decir, las cláusulas sociales no inciden sobre la naturaleza de la prestación, pues esta es la misma existan o no aquéllas.

En consonancia con lo expuesto, la Directiva 2014/24/UE considera vinculados con el objeto del contrato aquellos criterios sociales, siempre que estén referidos a cualquiera de los aspectos de las prestaciones contratadas y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos aquellos factores que intervengan en el proceso específico de producción, preparación o comercialización, o en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando tales factores no formen parte de su “sustancia material”⁷⁷, esto es, aunque no incidan materialmente en la prestación contratada.

Como no podía ser de otro modo, la LCSP recoge esta previsión en su articulado en relación a todas las fases de la contratación⁷⁸. Sin embargo, la flexibilización del vínculo entre los criterios sociales y el objeto contractual no implica de ningún modo la eliminación de dicho vínculo, de forma que aquéllos puedan afectar a cualquier circunstancia relacionada, siquiera tangencialmente, con la prestación. La vinculación con el objeto del contrato no exige que la prestación varíe su naturaleza material por incluir consideraciones sociales, pero sí que aquellos elementos sobre los que recaigan las cláusulas sociales realmente afecten a la ejecución de las prestaciones contratadas en cualquiera de las fases de su ciclo de vida (extracción de materias primas, investigación y desarrollo, fabricación o producción, comercialización, transporte, utilización, mantenimiento, eliminación, etc.)⁷⁹. Así, resultan admisibles las cláusulas sociales que recaen sobre los trabajadores que ejecutan materialmente la prestación, pero no aquellas que afecten, por ejemplo, al consejo de administración de la empresa contratista (al no participar en su ejecución material)⁸⁰. Precisamente esta necesidad de que las cláusulas sociales afecten a los trabajadores vinculados –en una u otra fase– con la ejecución de la prestación contractual es la razón por la cual la Directiva 2014/24/UE no admite la existencia de dicho vínculo en relación a los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa de las empresas contratistas, pues “[...] no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos”, y, en consecuencia, “[...] los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a

⁷⁷ Artículos 42.1 párrafo segundo, 67.3 y 70 de la Directiva 2014/24/UE.

⁷⁸ Admisión de licitadores (art. 74.2), establecimiento de prescripciones técnicas (art. 126.2), uso de etiquetas (art. 127.2.a), criterios de adjudicación (art. 145.5), criterios de desempate (art. 147) y condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 202).

⁷⁹ O, dicho en otras palabras, que “contribuyan” a la realización de las prestaciones pactadas. GIMENO (2010) p. 237.

⁸⁰ Tampoco sería admisible, por ejemplo, por carecer de vinculación con el objeto del contrato, una cláusula social que exigiese la paridad entre hombres y mujeres en el consejo de administración de una empresa.

los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa”⁸¹.

V. REFLEXIÓN FINAL. EQUILIBRIO ENTRE MERCADO Y TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LABORALES: UNA NECESARIA RECONSIDERACIÓN DEL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE EFICIENCIA EN EL GASTO PÚBLICO

La posición que la Unión Europea ha mantenido durante los últimos años en lo relativo al uso de la contratación pública como un instrumento de la política social comunitaria puede explicarse si se analiza desde la perspectiva de los dos elementos que componen la denominada Economía Social de Mercado: libre iniciativa económica en combinación con un elevado progreso social, en el sentido consagrado por el artículo 3.3 TUE. Las instituciones que componen la Unión Europea han tratado de mantener un equilibrio entre ambos factores, si bien, como ha habido ocasión de comprobar, su posición ha pivotado durante los últimos años desde una inicial desconfianza hacia el uso de cláusulas sociales en la contratación pública –muy especialmente, en lo relativo a la admisibilidad de criterios sociales de adjudicación de los contratos–, a su admisión generalizada, si bien supeditada a ciertos requisitos de creación jurisprudencial positivizados por el Derecho derivado. La razón de tal reticencia a la admisión de cláusulas sociales en la contratación pública debe encontrarse en el entendimiento, por parte de las instituciones comunitarias, de que la libre concurrencia de empresas en el Mercado Único Europeo se garantiza cuando la contratación pública se desarrolla a partir de criterios de naturaleza económica, esto es, relativos a realidades mensurables cuantitativamente. Como ha señalado GONZÁLEZ⁸², la aceptación de cláusulas de sostenibilidad en los contratos públicos ha estado condicionada por su impacto en el Derecho comunitario, posiblemente por los riesgos que, por parte de algunos, se intuían sobre el mercado interior. En este sentido, se consideró que la competencia entre empresas, motor indubitado del progreso económico de una sociedad, podía quedar debilitada si las decisiones de compra de los poderes públicos marginaban los aspectos económicos del contrato en favor de circunstancias no evaluables monetariamente, como la sostenibilidad ambiental o social.

Dos han sido los mecanismos que han utilizado las instituciones comunitarias para tratar de garantizar la competencia entre empresas en el marco del Mercado Único Europeo. En primer lugar, la obligación de que las cláusulas sociales se encuentren vinculadas con el objeto del contrato en todas las fases de la contratación pública. En segundo lugar, que la aplicación de consideraciones sociales respete en todo caso el principio de no discriminación entre licitadores de los diferentes Estados miembros⁸³. Como se ha expuesto, en virtud del primero de estos mecanismos, únicamente serán admisibles aquellas cláusulas sociales vinculadas con la prestación objeto del contrato, por afectar a los trabajadores en-

⁸¹ Considerando N° 97 párrafo segundo.

⁸² GONZÁLEZ GARCÍA (2015) p. 22.

⁸³ Recogido, por ejemplo, en los artículos 132, 145.5.b), 148.3.a) o 202.1 LCSP.

cargados de ejecutar la prestación en cualquiera de las fases de su ciclo de vida. Las instituciones comunitarias entendieron que tales cláusulas sociales solamente estaban justificadas en aras de la política social europea si se referían al objeto del contrato en cuestión, pero en ningún caso si afectaban a circunstancias generales de los operadores económicos ajenas a la prestación contractual, como, por ejemplo, las condiciones laborales de trabajadores no relacionados con la ejecución del contrato (trabajadores que realicen otras funciones o cuadros directivos) o la política general de una empresa (responsabilidad social corporativa).

Ambos mecanismos constituyen limitaciones al uso de consideraciones sociales en la contratación pública justificadas por la necesidad de salvaguardar la integridad del Mercado Único. Pero, mientras que el respeto al principio de no discriminación entre licitadores no ha sufrido cambios sustanciales a lo largo del tiempo respecto de su tratamiento jurisprudencial o normativo, la exigencia de vinculación entre las cláusulas sociales y el objeto del contrato ha experimentado, como se ha podido comprobar, un proceso de flexibilización con el objetivo de admitir un mayor número de cláusulas de sostenibilidad contractual, fundamentalmente en materia social. En cualquier caso, y como se ha expuesto también, de ninguna forma se habría producido una ruptura o eliminación del nexo entre cláusulas sociales y objeto contractual, pues este debe existir, en los términos expuestos, para que aquéllas resulten admisibles en virtud del Derecho comunitario. La pervivencia de este vínculo encuentra su justificación, en última instancia, en la búsqueda, por parte del legislador europeo, de un equilibrio entre las políticas sociales comunitarias y la libre competencia en el marco del Mercado Único Europeo.

Resulta igualmente necesario reflexionar sobre los principios que han inspirado tradicionalmente la contratación pública para identificar las razones que han llevado al legislador europeo a apostar decididamente por la contratación pública social. Al adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa los poderes públicos han perseguido, en última instancia, alcanzar la eficiencia en la compra pública. Pero la entrada de otros factores de naturaleza no económica, como las características estéticas o funcionales, o las mismas consideraciones sociales, han matizado este principio en favor de otros principios y políticas comunitarias, como las relacionadas con la sostenibilidad. A pesar de ello, y durante un tiempo, los criterios económicos, como el precio del contrato, mantuvieron un status privilegiado como elemento determinante de su valor económico, en el sentido de admitirse la adjudicación de un contrato teniendo en cuenta, como único criterio de selección de las ofertas, su precio. La norma española iba incluso un paso más allá, al exigir tradicionalmente que en el supuesto de que el órgano de contratación eligiese un único criterio de adjudicación, este debía ser, necesariamente, el precio más bajo.

Las directivas de cuarta generación han abierto las puertas al destierro definitivo del precio como factor determinante para la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Y ello porque, tanto si se opta por un planteamiento basado en la mejor relación calidad-precio, como si se hace en favor de la mejor relación coste-eficacia, resulta posible adjudicar el contrato sin tener en cuenta el precio de las ofertas, sino atendiendo únicamente a su sostenibilidad ambiental o social. En primer lugar, y como se ha expuesto al analizar esta cuestión en la nueva regulación contenida en la LCSP, la mejor relación calidad-precio puede evaluarse con arreglo a criterios cualitativos como las características sociales del con-

trato, y aunque estos criterios deben ir siempre acompañados de un criterio relacionado con los costes, este no tiene por qué ser necesariamente el precio, siendo suficiente con que se trate de un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida, en el que tienen cabida cuestiones sociales y laborales. En segundo lugar, la mejor relación coste-eficacia permite igualmente desatender el precio de las ofertas y optar por su coste, entrando de nuevo en juego el coste del ciclo de vida de la prestación. Pero esto no es todo, pues el legislador español ha eliminado la señalada regla que exigía que en caso de que el órgano de contratación estableciese un único criterio de adjudicación este fuese el precio más bajo. Ahora el criterio único de contratación deberá estar relacionado necesariamente con los costes del contrato, pudiendo ser el precio o, una vez más, un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida. Además, el legislador español prohíbe que el precio sea el único factor determinante de la adjudicación en varios supuestos, entre los que se encuentran los contratos de servicios sociales cuando estos fomenten la integración de personas desfavorecidas o de miembros de grupos vulnerables. En este último supuesto, si bien no se excluye el criterio del precio más bajo, sí que se compensa obligatoriamente con otros criterios de adjudicación.

A pesar de este evidente cambio de paradigma en la contratación pública, no puede entenderse de ninguna forma que el legislador comunitario haya renunciado al principio del uso eficiente de los fondos destinados a la contratación pública, el cual sigue estando muy presente en todo el texto de las directivas de cuarta generación y de la nueva LCSP. Simplemente se ha reconfigurado el principio de eficiencia del gasto público en este ámbito, modificando su contenido, el cual evoluciona desde la tradicional eficiencia económica a la nueva eficiencia “social”, en el convencimiento, por parte de las autoridades comunitarias, de que el uso de criterios de sostenibilidad social en la contratación pública contribuye a una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, pues los mayores costes asociados a la contratación socialmente responsable serán compensados por los ahorros generados en políticas sociales. En otras palabras, que los ahorros sociales generados por estas políticas serán, como mínimo, iguales a los eventuales incrementos en el coste de contratar prestaciones socialmente sostenibles. Así lo reconoce el propio legislador español en el artículo 1.3 LCSP al exigir la incorporación transversal y preceptiva de criterios sociales en la contratación pública “[...] en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de fondos públicos”. Esta sería la razón por la cual las actuales directivas de contratos incluyen entre los principios de la contratación pública el cumplimiento de las normas aplicables en materia medioambiental, social y laboral junto con los tradicionales principios igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad. Sin entrar a valorar si existe o no constatación empírica de los pretendidos ahorros económicos generados por la contratación pública socialmente sostenible⁸⁴, lo cierto es que la incorporación de este nuevo dogma a los ordenamientos jurídicos europeo y español es un hecho tras la entrada en vigor de las directivas sobre contratos públicos de cuarta generación y de la LCSP, tal y como se ha pretendido poner de manifiesto a lo largo de este trabajo.

⁸⁴ Véase, por todos, SAUSSIER y TIROLE (2015) pp. 1-12.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDRÉS PÉREZ, María del Rocío (2016): “El coste económico de no incluir cláusulas sociales en la contratación”. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.246/relcategoria.208/relmenu.3/chk.58b948e3dd6f6ab8a6cde982331f44e1>. Fecha de consulta: 12 de octubre de 2017.
- ARROWSMITH, Susan (2002): “The EC Procurement Directives, National Procurement Policies and Better Governance: The Case for A New Approach”, *European Law Review*, N° 1: pp. 3-24.
- AYMERICH CANO, Carlos y FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier (2014): “El tratamiento de las cláusulas sociales en la normativa reguladora de la contratación pública. En particular las cláusulas sociales como criterio de adjudicación de los contratos”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y JINESTA LOBO, Ernesto (dirs.), *El Derecho administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil*, Tomo II, (Madrid, Ediciones RAP) pp. 33-51.
- COMISIÓN EUROPEA (1989): *Comunicación de 22 de septiembre de 1989 “Aspectos regionales y sociales de la contratación pública”*, COM (89) 400 final, Bruselas, DOCE N° C 311, de 12 de diciembre de 1989.
- COMISIÓN EUROPEA (1998): *Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 1998 “La contratación pública en la Unión Europea”*, COM (98) 143, Bruselas, 11 de marzo de 1998.
- COMISIÓN EUROPEA (2001): *Comunicación interpretativa de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, (2001/C 333/08), Bruselas, DOUE N° 333, de 28 de noviembre de 2001, COM (2001) 566 final, pp. 0027 a 0041. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0566>. Fecha de consulta: 20 de junio de 2019.
- COMISIÓN EUROPEA (2011): *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*.
- COMISIÓN EUROPEA (2017): *Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa*, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM (2017) 206.
- ESTORNINHO, Maria João (2014): “La Estrategia Europa 2020 y las consideraciones sociales y ambientales en la adjudicación de contratos públicos”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. y ARANA GARCÍA, Estanislao (coords.), *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, (Madrid, Thomson Reuters-Civitas) pp. 2749-2758.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2011): “Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE”, *Contratación administrativa práctica*, N° 113: pp. 64-69.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2017): “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentación Administrativa*, nueva época, N° 4, enero-diciembre: pp. 92-113.
- GIMENO FELIÚ, José María (2010): *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de contratos públicos* (Madrid, Civitas).

- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (2003): “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, N° 20, julio: pp. 27-67.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2012): “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 153: pp. 213-214.
- MIRANDA BOTO, José María (2016): “Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea”, *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 6, N° 2, julio-diciembre: pp. 69-91.
- MÜLLER-ARMACK, Alfred. (1962): “Estudios sobre la economía social de mercado”, *Revista de economía y estadística*, Vol. 6, N° 4, 4º trimestre: pp. 173-221.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, Martín María, y VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier (2017): *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público* (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi).
- ROMEO RUIZ, Aritz (2017): “Contratación pública social y derecho de la Unión Europea”, en RAZQUIN LIZÁRRAGA, Martín María y ALENZA GARCÍA, José Francisco (coords.) et al., *La nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi) pp. 405-422.
- SANTÍAS VIADA, José Antonio (2001): “Modificaciones introducidas en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en materia de procedimientos, formas y criterios de adjudicación de los contratos”, *Noticias de la Unión Europea*, N° 198: pp. 71-82.
- SAUSSIER, Stéphane y TIROLE, Jean (2015): “Renforcer l’efficacité de la commande publique”, *Notes du conseil d’analyse économique* 2015/3, N° 22: pp. 1-12.
- SOLS LUCÍA, José, FLORENSA GIMÉNEZ, Albert y CAMPRODÓN ROSANAS, Marta (2009): “Medio siglo de economía social de mercado”, *Revista de fomento social*, N° 253: pp. 79-102.
- VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier (2017): “Novedad! Comisión Europea: nuevas estrategias para la contratación estratégica”. Disponible en <http://www.javiervazquezmatilla.com/2017/10/contratacionestrategica/>. Fecha de consulta: 12 de mayo de 2018.

VII. NORMAS CITADAS

UNIÓN EUROPEA:

- DIRECTIVA 71/305/CEE, de 26 de julio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.
- DIRECTIVA 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.
- DIRECTIVA 93/36/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.
- DIRECTIVA 93/37/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.
- DIRECTIVA 96/71/CE, de 16 de diciembre, sobre desplazamiento de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios.

DIRECTIVA 2004/17/CE, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

DIRECTIVA 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

DIRECTIVA 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

DIRECTIVA 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE.

DIRECTIVA 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

ESPAÑA:

LEY 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

LEY 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público.

VIII. JURISPRUDENCIA CITADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS de 20 de septiembre de 1988 (*Gebroeders Beentjes vs Reino de los Países Bajos*, asunto 31/87).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS de 26 de diciembre de 2000 (*Comisión vs Francia Nord-Pas-de-Calais*, asunto C-225/98).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS de 18 de octubre de 2001 (*SIAC Construction Ltd vs County Council of the County of Mayo*, asunto C-19/00).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS de 17 de septiembre de 2002 (*Concordia Bus Finland Oy Ab vs Helsingin Kaupunki et al.*, asunto C-513/99).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS de 4 de diciembre de 2003 (*EVN AG y Wienstrom GMBH vs Republik Österreich*, asunto C-448/01).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS de 7 de octubre de 2004 (*Sintesi SpA vs Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, asunto C-247/02).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS de 27 de octubre de 2005 (*Contse SA, Vivisol Srl y Oxigen Salud SA vs Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, asunto C-234/03).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS de 11 de diciembre de 2007 (*International Transport Workers' Federation et al. vs Viking Line ABP et al.*, asunto C-438/05).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS de 18 de diciembre de 2007 (*Laval un Partneri Ltd. vs Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.*, asunto C-341/05).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS de 3 de abril de 2008 (*Dirk Rüffert vs Land Niedersachsen*, asunto C-346/06).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA de 17 de noviembre de 2015 (*RegioPost GmbH & Co. KG vs Stadt Landau in der Pfalz*, asunto C-115/14).

España: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID N° 6070/2017, de 7 de junio.

LA RECLAMACIÓN CHINA SOBRE EL MAR DEL SUR DE CHINA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

CHINA'S CLAIM OVER THE SOUTH CHINA SEA BEFORE INTERNATIONAL LAW

DIEGO MONARES GUAJARDO*

RESUMEN: El presente artículo pretende aclarar el contenido de la reclamación china sobre el Mar del Sur de China, a pesar de una falta de declaración completa y detallada de este, para determinar si se ajusta al moderno derecho del mar. Para esto, examinamos los actos de la República Popular China, la opinión de la doctrina respecto al tema y finalmente los puntos discutidos en el arbitraje sobre el Mar del Sur de China, un caso contencioso iniciado por la República de Filipinas.

Palabras clave: Mar del Sur de China, Derecho del mar, derechos históricos, solución de controversias internacionales, arbitraje.

ABSTRACT: The present article intends to clarify the content of the Chinese claim over the South China Sea, despite the lack of a complete and detailed declaration of it, in order to determine if it adjusts to the modern law of the sea. In doing so, we review the acts of the People's Republic of China, the opinion of experts on the subject and the issues discussed in the matter of the South China Sea arbitration, a contentious case initiated by the Republic of the Philippines.

Keywords: South China Sea, Law of the Sea, historic rights, international dispute settlement, arbitration.

INTRODUCCIÓN

El Mar del Sur de China es una zona en que las reclamaciones de cinco Estados controvierten respecto de soberanía territorial y derechos marítimos. Todas las naciones ribereñas de este mar semi cerrado buscan mejorar su posición en una zona rica en recursos naturales y de alta importancia geoestratégica. La controversia se ve cruzada por elementos históricos, políticos y jurídicos que se han ido complejizando a medida que avanza su curso, sin solución.

Ciertos autores¹ señalan que la relación de China con el Mar del Sur de China se puede retrotraer a la **Dinastía Han**, en el segundo siglo antes de Cristo. Vietnam, por su parte, en un comunicado emitido por su cancillería, afirma haber mantenido ocupación efectiva de los **archipiélagos Paracelso y Spratly**, al menos desde el siglo XVII². En 1956, Filipinas legitima el descubrimiento de las **islas Kalayaan** y pasa a ocuparlas posteriormen-

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Dirección postal: Avenida Irrazaval N° 4554, depto 1408, Ñuñoa, Santiago. Dirección electrónica: monares.ius@gmail.com.

¹ CORDNER (1994); DZUREK (1996); SHEN (2002); GAO y JIA (2013).

² REPÚBLICA SOCIALISTA DE VIETNAM (1988).

te³. Malasia, en 1966, promulga una ley sobre plataforma continental⁴ emulando las instituciones de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental y, en 1979, publica un mapa oficial delimitando su reclamación sobre zona económica exclusiva y plataforma continental⁵. Brunéi reclama dos configuraciones marítimas particulares, bajo la tesis de la extensión de su plataforma continental.

Es relevante señalar, en este punto, que el Mar del Sur de China se convirtió en una zona altamente disputada, a partir de la realización de un informe de la Comisión Económica para Asia y Lejano Oriente⁶, dependiente del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 1969, que sugería la existencia de recursos petrolíferos en el subsuelo marino de la región. El 20 de febrero del mismo año, la Corte Internacional de Justicia enunciaba el principio de la **prolongación natural** en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte⁷.

Es a partir de estos hechos, que los países ribereños empezaron a elevar sus reclamaciones y a tomar el control, la mayoría de las veces militar, de las configuraciones insulares presentes en el área.

Lo anterior queda para un análisis político de la controversia, pero claramente tiene como consecuencias la configuración del contenido de las reclamaciones.

El actor más importante en esta disputa es, sin lugar a duda, la República Popular China, el cual, a pesar de reivindicar casi la totalidad del Mar del Sur de China, no ha detallado de forma precisa el contenido de su reclamación. El único elemento del cual no hay discusión es su alcance geográfico, ya que viene señalando, desde más o menos 1946, que tiene soberanía respecto de una línea interrumpida, denominada **línea de nueve guiones**⁸, que encierra en forma de U, casi la totalidad de las aguas y configuraciones marítimas del Mar del Sur de China. El mapa fue presentado por primera vez, de manera oficial, adjunto a una nota diplomática en mayo de 2009⁹.

En el caso de China, ha habido una ambigüedad estratégica al no declarar completa y detalladamente su reclamación, a la vez que se ha hecho con el control de varias configuraciones, desarrollado infraestructura sobre aquéllas, construido islas artificiales, además de repeler y protestar las acciones de otros actores en los mares pretendidos.

Es por esto que se hace necesario aclarar la extensión y límites de la reclamación de la República Popular China, en orden a reflexionar sobre una solución pacífica y justa de la controversia, teniendo en cuenta el marco del ordenamiento jurídico internacional y el respeto de los intereses de los demás Estados reclamantes.

El presente trabajo tiene por objeto: primero, determinar el contenido y alcance de la reclamación china sobre el Mar del Sur de China; y segundo, establecer si aquél conte-

³ MARLAY (1997).

⁴ CORDNER (1994), p. 67.

⁵ DZUREK (1996), p. 20.

⁶ Véase KOO (2010), p. 109; HONG-PYO (1990), p. 197-200.

⁷ NORTH SEA CONTINENTAL SHELF, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

⁸ 1 En inglés “nine-dash line” o “U-shaped line”.

⁹ El mapa se puede consultar en NOTE VERBALE NO. CML/17/2009. En línea: <http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2009re_mys_vnm_e.pdf>

nido se ajusta o excede los derechos de soberanía y jurisdicción otorgados por el moderno derecho internacional del mar.

Para la consecución del objetivo planteado, se analiza lo siguiente: legislación y actuaciones oficiales del Estado chino, además del concepto de derechos históricos respecto de reclamaciones marítimas y el principio de intertemporalidad del derecho; las posiciones doctrinarias más relevantes respecto de la tesis china; las consideraciones del Tribunal Arbitral (“el Tribunal”), que resolvió el asunto sobre el Mar del Sur de China entre Filipinas y China.

1. LA RECLAMACIÓN DE CHINA SOBRE EL MAR DEL SUR DE CHINA

Las bases de la posición china combinan disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (“CONVEMAR” o “la Convención”) y argumentos históricos. Si bien, ha declarado en numerosas ocasiones que es plenamente soberano, las explicaciones no son suficientes. En casi todas las notas diplomáticas y declaraciones públicas señala que “China tiene incuestionable soberanía sobre las islas del Mar del Sur de China (las Islas Dongsha, las Islas Xisha, las Islas Zhongsha, y las Islas Spratly), y sus aguas adyacentes”¹⁰ y que las islas Nansha/Spratly están completamente dotadas de mar territorial, zona económica exclusiva, y plataforma continental, en virtud de las disposiciones pertinentes de la CONVEMAR, como también de la **Ley de la República Popular China sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (1992)** y la **Ley sobre Zona Económica Exclusiva y la Plataforma Continental de la República Popular China (1998)**¹¹. Y que todo esto se justificaría en el derecho internacional, su derecho interno y abundante evidencia histórica¹². La reclamación china se ha hecho manifiesta a nivel internacional desde 1958, mediante los instrumentos mencionados más arriba, y en 1998 parece haber hecho la primera referencia oficial a derechos históricos¹³, aunque declara que la existencia pública del mapa que ilustra su reclamación data del año 1946.

En una nota verbal que emitió la misión china ante la ONU, como respuesta a la presentación conjunta de Malasia y Vietnam ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, ella señaló que “tiene incuestionable soberanía sobre las islas en el Mar del Sur de China y las aguas adyacentes, y goza de derechos de soberanía y jurisdicción sobre las aguas pertinentes, como también al lecho y subsuelo marino de las mismas. La posición antedicha, es consistentemente sostenida por el gobierno chino, y es ampliamente conocida por la comunidad internacional”¹⁴. Se utilizan tres conceptos que no esclarecen la comprensión del tema. Primero, ‘aguas adyacentes’, que en concordancia con el artículo 2 de la CONVEMAR, se referirían al mar territorial. Segundo, los ‘derechos de soberanía y jurisdicción’, en términos de la Convención, se refieren a los derechos y competencias que tiene

¹⁰ Position Paper of the Government of the People’s Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines (2016), párr. 4.

¹¹ Véase NOTE VERBALE NO. CML/8/2011

¹² Véase, en este sentido, NOTE VERBALE NO. CML/17/2009.

¹³ En REPÚBLICA POPULAR CHINA (26/6/1998), se lee: “The provisions of this Act shall not affect the historical rights of the People’s Republic of China”.

¹⁴ REPÚBLICA POPULAR CHINA (26/6/1998).

un Estado ribereño sobre la zona económica exclusiva y plataforma continental. Tercero, ‘aguas pertinentes’ que no es un término jurídico-técnico. La nota adjuntaba el mapa que ilustra el recorrido de la línea de nueve guiones, siendo la primera vez que se incluía en una declaración oficial del gobierno, pero sin especificar su significado.

Por otro lado, la ley sobre el mar territorial de 1992, en su artículo 6, dispone que los buques militares deben obtener permiso previo para entrar al mar territorial¹⁵. El artículo 8 de la misma ley dispone que “el gobierno de la República Popular China tiene el derecho a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y detener el paso de una embarcación, a través de su mar territorial, que no sea inocente”¹⁶, y el artículo 13 incluye materias de seguridad bajo la jurisdicción en la zona contigua, además de los derechos según la CONVEMAR. En 1996, China emitió una declaración donde fijaba las líneas de base de su costa continental y de las islas Paracelso, usando el método de líneas de bases rectas¹⁷.

La posición de China se refleja en esta legislación, aunque no existe un pronunciamiento oficial claro y detallado que explique el contenido de la reclamación marítima china respecto del Mar del Sur de China.

DERECHOS HISTÓRICOS

Un componente primordial en la reclamación china es la tesis de los derechos históricos. El concepto de derecho histórico, bajo el derecho internacional general, es polémico en la doctrina y no existe una definición consensuada a su respecto; tampoco existe una definición en un instrumento internacional. Es un término particularmente ambiguo, por cuanto unos autores lo usan para referirse a la posesión de un título de antigua data, especie de instrumento jurídico, mientras que otros lo utilizan para referirse al proceso histórico de creación o consolidación de un título, o una serie de actos enmarcados en una conducta.

Respecto al derecho del mar, el término derechos históricos dice relación con el concepto de aguas históricas, el cual se vincularía al “hecho histórico de que en todas las épocas los Estados han reivindicado y mantenido su soberanía sobre espacios marítimos que consideraban vitales para sí, sin prestar mayor atención a las opiniones divergentes y cambiantes acerca de lo que el derecho internacional general pudiera prescribir con respecto a la delimitación del mar territorial”¹⁸. Al igual que en el derecho internacional general, no existe una definición generalmente aceptada de aguas históricas, y los regímenes jurídicos de las bahías históricas y las aguas históricas nunca han sido especificados en instrumentos internacionales. Tampoco lo hace la CONVEMAR, que emplea el término en sus artículos 7 (líneas de bases rectas) y 10 (bahías).

De acuerdo con un estudio de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “parece reconocerse de modo bastante general que deben tomarse en cuenta por lo menos tres factores para determinar si un Estado posee un título histórico sobre un espacio marítimo: 1) el ejercicio de autoridad sobre el espacio marítimo de que se trate por

¹⁵ REPÚBLICA POPULAR CHINA (25/2/1992).

¹⁶ REPÚBLICA POPULAR CHINA (25/2/1992).

¹⁷ REPÚBLICA POPULAR CHINA (15/5/1996).

¹⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, A/CN.4/143, p. 8, párr. 38.

el Estado que reivindica el derecho histórico; 2) la continuidad de este ejercicio de autoridad; 3) la actitud de otros Estados”¹⁹. Así, un Estado que ha ejercido jurisdicción sobre aguas ribereñas, que considera vital para su seguridad o su economía, podría, luego de cierto período de tiempo, tener un título histórico sobre aquellas aguas, en cuanto los demás Estados interesados han tolerado dichas circunstancias de forma continua y prolongada.

En lo que concierne al elemento derechos históricos de la reclamación china, existirían tres interpretaciones. La primera es que, el área marítima dentro de la línea de nueve guiones es parte de las aguas históricas de China. Dado que China es parte de la CONVEMAR, al igual que los demás Estados reclamantes en el área, las aguas históricas no pueden ser, sino aguas interiores o territoriales y el área reclamada por China excede los límites de la zona económica exclusiva de la costa continental; tampoco existe claridad respecto al método de medición, líneas de base o cálculos, ya que los límites de la línea de nueve guiones están más allá de doce millas de distancia de las configuraciones. La segunda interpretación es que los derechos históricos son la consolidación del título de soberanía sobre las islas. Una tercera interpretación tiene un carácter extrajurídico, en cuanto China sería el soberano natural de la lengua de dragón que cubre el Mar del Sur de China. El término no se usaría en un estricto sentido jurídico, sino que ilustraría una relación de identidad de antigua data, entre los mares reclamados y China²⁰.

PRINCIPIO DE INTERTEMPORALIDAD DEL DERECHO

Tanto China como Vietnam aducen derechos históricos, para efectos de defender sus reclamaciones. En este punto es necesario mencionar el principio de intertemporalidad del derecho, el cual distingue en la temporalidad del derecho, respecto del acto de creación del derecho y de la existencia actual del derecho creado.

“En consideración a la cuestión sobre cuál de los distintos sistemas jurídicos en vigor en épocas sucesivas debe aplicarse en un determinado caso (el denominado derecho intertemporal), hay que distinguir entre la creación del derecho en cuestión y el mantenimiento de tal derecho. El mismo principio que somete un acto creador de derecho al derecho en vigor en el momento en que tuvo origen el derecho, exige que la existencia de ese derecho, en otros términos, su manifestación continua, reúna las condiciones requeridas para la evolución del derecho”²¹. Como consecuencia, “el título originario pierde su valor si ocurren hechos nuevos que deben considerarse según un derecho nuevo”²².

Con base en el principio antes mencionado y las declaraciones de China, acerca de derechos históricos, se puede concluir que es necesario un análisis respecto a si estos derechos, bien nacieron a la vida jurídica y perviven, o fueron derogados por la evolución

¹⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, A/CN.4/143, p. 15, párr. 80.

²⁰ En inglés se diferencia “historic” e “historical” y, en ciertas ocasiones, los académicos han ocupado el segundo término para calificar los derechos chinos. Por ejemplo, HAO, Su (2006): “*To understand China’s responses toward the South China Sea issue, we need to have clear knowledge of China’s stance on it. Generally speaking, China’s claim for rights and interests in the South China Sea is based on its historical rights and international law. China’s rights over South China Sea have a long history*”

²¹ ISLAND OF PALMAS, Award of 4 April 1928, p. 845.

²² WESTERN SAHARA, Advisory Opinion, Separate Opinion of Judge De Castro, p. 168.

del derecho internacional. Para lo anterior, se debe tener en cuenta que, la codificación orgánica del derecho del mar es reciente²³, China ratificó con declaración la CONVEMAR en 1996²⁴, y dicha Convención contiene normas con la calidad de derecho internacional consuetudinario²⁵. Por otro lado, es necesario recordar que la CONVEMAR afirma en su preámbulo “que las normas y principios de derecho internacional general seguirán rigiendo las materias no reguladas por esta Convención”.

2. LA DOCTRINA ANTE LA TESIS DE CHINA

Las declaraciones oficiales de China no han explicitado las bases jurídicas sobre las cuales se sostienen sus reclamaciones de soberanía, salvo referencias a los documentos oficiales, o las normas legales internas. Con escasos antecedentes, distintos autores han intentado establecer el contenido de la reclamación china, con base en su práctica y actuaciones.

Una posición entre los autores chinos opina que la línea encierra las islas que estarían bajo soberanía china. Zhiguo Gao considera que la línea de nueve guiones encierra las islas sobre las cuales China sería soberana, y que no se puede afirmar que se trate de una frontera marítima. Concluye que un “cuidadoso estudio de los documentos chinos revela que China nunca ha reclamado las columnas de agua del Mar del Sur de China en su totalidad, sino solamente las islas que se encuentran dentro de la línea, con sus aguas adyacentes”²⁶. Zhao Lihai, usando los conceptos de manera un tanto imprecisa, concluye que la línea de nueve guiones indica claramente el territorio chino y la soberanía china sobre los cuatro grupos de islas del Mar del Sur de China, y confirma la frontera marítima china que muestra que las islas han sido incluidas dentro del dominio chino desde el siglo XV. El autor sostiene que “todas las islas y sus aguas adyacentes incluidas dentro de la línea fronteriza deben estar bajo la jurisdicción y control de China”²⁷. Comentando la doctrina china, Daniel Dzurek afirma que la mayoría de los autores apoyan la opinión de que la línea de nueve guiones solamente indica las islas que se encontrarían bajo soberanía china²⁸. Basados en el profesor Yehuda Zvi Blum, Li Jinming y Li Dexia consideran que por medio siglo el gobierno chino ha reafirmado en forma continua, por medio de legislación nacional, que las islas dentro de la línea son parte del territorio chino, y que, sobre la base de la idea de Blum, China puede afirmar que tiene derechos históricos respecto a las islas en la región, en virtud del largo período de tiempo transcurrido desde hace más de medio siglo²⁹. Fuera

²³ Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

²⁴ “La RPC reafirma su soberanía sobre todos sus archipiélagos e islas señaladas en el artículo 2 de la Ley sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, promulgada el 25 de febrero de 1992” en REPÚBLICA POPULAR CHINA (7/6/1996) <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm> [consulta: 10 de agosto 2016]

²⁵ CHURCHILL (2016).

²⁶ GAO (1994) p. 349.

²⁷ Zhao Lihai, citado en LI Y LI (2003) p. 291.

²⁸ Véase DZUREK (1996) p. 12.

²⁹ Yehuda Blum opina: “The term ‘historic rights’ denotes the possession by a State, over certain land or maritime areas, of rights that would not have been acquired by that State through a process of historical consolidation. Historic rights are a product of a lengthy process comprising a long series of acts, omissions and patterns

de China, Hasjim Djalal fue el primero en exponer la tesis de que la línea de nueve guiones era una mera indicación de las islas que China reclamaba como suyas³⁰. En consecuencia, si China solamente reclamase soberanía sobre las islas, la reclamación marítima tendría que seguir las disposiciones de la CONVEMAR.

Una posición alternativa sostiene la tesis de que la línea de nueve guiones encierra las islas que serían de soberanía china y que, además, es una especie de frontera marítima dentro de la cual China gozaría de derechos históricos en toda la columna de agua que se encuentra al interior. El lenguaje utilizado da a entender que, respecto a este tema, las aguas históricas hacen referencia a la soberanía respecto de toda la columna de agua, además de los recursos vivos y no vivos, y que el concepto derechos históricos se refiere a ciertas facultades específicas como pesca, navegación, o explotación del lecho y subsuelo. Zhiguo Ghao y Bing Bing Jia afirman que, luego de sesenta años de evolución, la línea de nueve guiones se ha convertido en sinónimo de una reclamación de soberanía sobre los grupos de islas que siempre pertenecieron a China, con una reclamación adicional a derechos históricos de pesca, navegación, entre otras actividades marinas –como exploración y explotación de recursos minerales– y que también tendría la función residual de delimitar las fronteras marítimas³¹. Dicho de otra forma, la línea tiene tres significados: primero, el título de soberanía que tendría China sobre las islas, y que en consecuencia gozaría de los derechos de soberanía y jurisdicción conferidos por la CONVEMAR; segundo, preserva los derechos históricos de pesca, navegación, y otras actividades como explotación de gas y petróleo, tanto en las aguas, como en la plataforma continental encerradas en la línea; tercero, una función residual como frontera marítima con otros Estados ribereños³².

Una tercera posición señala que la línea demarca aguas históricas, lo cual configura una reclamación distinta de derechos históricos, en cuanto a que las primeras se consideran aguas interiores o bien parte del mar territorial, y los segundos son derechos específicos adquiridos por una práctica prolongada y con aquiescencia de otros Estados, como pesca o navegación. Peter Kien-hong Yu concluye que la línea de nueve guiones define un área y aguas chinas dentro de una zona denominada aguas históricas³³. Jiao Yongke afirma que las aguas al interior de la línea fronteriza china en el Mar del Sur de China constituyen áreas marítimas sobre las cuales China tiene un título de propiedad histórico, que constituyen la zona económica exclusiva específica de ese país, o zona económica exclusiva histórica, por lo tanto, debería tener el mismo estatus que la zona económica exclusiva bajo la CONVEMAR³⁴. Esta tesis, que se afirma sobre la tesis de aguas históricas, es de dudoso fundamento jurídico³⁵.

of behavior which, in their entirety, and through their cumulative effect, bring such rights into being and consolidate them into rights valid in international law”. Citado en: LI Y LI (2003) p. 293.

³⁰ Hasjim Djalal, citado en KEYUAN (2012) p. 27.

³¹ Véase GAO y JIA (2013) p. 108.

³² Conclusiones de GAO y JIA (2013) p. 123-124.

³³ Véase YU (2003) p. 418.

³⁴ Jiao Yongke, citado en STRUPP (2004) p. 16.

³⁵ Un detallado acercamiento al régimen de aguas históricas, se puede encontrar en: COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, A/CN.4/143.

Con respecto a la nota verbal de 2009, Robert Beckman señala que de esta se pueden inferir dos conclusiones contradictorias. Por un lado, la nota sugeriría que la reclamación de soberanía china consiste solamente en una reclamación sobre las islas y sus aguas adyacentes, lo que podría tener efecto sobre el mar territorial. Dichas configuraciones serían aptas para generar zona económica exclusiva y plataforma continental. Lo antedicho sería concordante con las disposiciones de la CONVEMAR. Pero, al justificar su reclamación de soberanía y derechos en el Mar del Sur de China con base en abundante evidencia histórica y legal, China estaría sugiriendo que también basa sus reclamaciones marítimas en evidencia histórica. En conjunto, estas dos potenciales interpretaciones sugieren que China sostiene una política de ambigüedad estratégica, respecto a sus reclamaciones marítimas en el Mar del Sur de China³⁶.

En una entrevista concedida por Wu Shicun, presidente del Instituto Nacional para Estudios del Mar del Sur China, afiliado al Ministerio de Asuntos Exteriores de China, afirma que no es el punto de vista oficial de Beijing que toda el área marítima de la línea de nueve guiones pertenezca a China. Ahonda en que la tesis de que es una línea demarcatoria de las islas que pertenecen a China, es ampliamente aceptada en ese país, y que tiene derechos históricos en las aguas. Cuando se le pregunta a qué se refiere con derechos históricos, precisa que lo más importante es preservar los derechos de pesca, ya que los pescadores chinos fueron los primeros en descubrir y usar las configuraciones marítimas presentes en el área, y hacer uso de dichos derechos. También sugiere derechos de navegación y derechos preferenciales respecto de los demás recursos, pero acota que no son necesariamente derechos exclusivos³⁷.

SOBRE EL MAPA DE LA RECLAMACIÓN

Con respecto al mapa que ilustra la línea discontinua en forma de u, China señala que fue publicado oficialmente por primera vez en 1946. Este mapa fue adjuntado a una nota verbal en 2009, presentada en Naciones Unidas.

Las interrogantes acerca de su propósito apuntan en dos sentidos: ¿Busca delimitar las aguas de China?; ¿Encierra las configuraciones insulares que estarían bajo soberanía china? La pregunta respecto al mapa en sí es si tiene validez jurídica para establecer delimitación marítima.

Florian y Pierre-Marie Dupuy señalan que la forma en que las notas verbales de 2009 y 2011 hacen referencia al mapa, indicaría que se trata de una mera ilustración cartográfica de la reclamación expresada por escrito, ya que los mapas en general tienen valor informativo, más que probatorio³⁸.

Sin embargo, los académicos chinos le atribuyen no solo un valor probatorio, sino también un valor histórico, y un rol esencial en la reclamación relativa a territorio y zonas

³⁶ BECKMAN, Robert (2013) p. 155-156.

³⁷ Se trata de una entrevista: NOZOMU HAYASHI, Official says Beijing has ‘Historical Rights’ over South China Sea. ASAHI SHIMBUN (Daily), 26 de enero 2012, disponible en <<http://ajw.asahi.com/article/asia/AJ201201260061>>, pero el enlace actualmente no está disponible. Las referencias que citan la entrevista a SHICUN: DUPUY y DUPUY (2013) p. 130; NGUYEN (2012) p. 204; ZOU y LIU (2015) p. 63.

³⁸ DUPUY y DUPUY (2013) p. 132.

marítimas. Afirman que, en cuanto no ha habido protestas desde que se lo conoció, se ha reconocido la existencia de la línea de nueve guiones, mediante la aquiescencia de los demás Estados costeros al Mar del Sur de China durante más de cinco décadas³⁹.

En apoyo de la tesis china, la doctrina señala que los mapas tienen cierto valor probatorio, a pesar de que, en algunas controversias ante tribunales internacionales, ellos han sido considerados de escaso valor. La excepción son los mapas que tienen un valor jurídico intrínseco, como aquéllos que son parte integral de un tratado⁴⁰.

La opinión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) es inequívoca en este sentido y señala que, en las delimitaciones fronterizas y controversias territoriales internacionales, los mapas proporcionan información, y no son títulos territoriales por sí solos. Son simplemente pruebas extrínsecas que pueden usarse junto con otras, para determinar los hechos reales. Es claro que, en casos excepcionales, los mapas pueden adquirir fuerza jurídica para determinar soberanía, cuando son la expresión física de la voluntad del Estado o de las Partes. Por ejemplo, un mapa adjunto a un tratado y que forma parte integral de este⁴¹.

3. LA LÍNEA DE NUEVE GUIONES ANTE EL ARBITRAJE FILIPINAS CON CHINA

Filipinas inició un procedimiento de arbitraje, bajo las normas del Anexo VII de la CONVEMAR, con el objeto de someter sus pretensiones sobre aplicación o interpretación de la Convención, mediante notificación escrita del 22 de enero de 2013, ante la embajada de la República Popular China en Manila. Las peticiones concretas de Filipinas, relativas a la reclamación china en el Mar del Sur de China, solicitan que el Tribunal juzgue y declare que: Los derechos marítimos de China en el Mar del Sur de China, como así también los de Filipinas, no pueden extenderse más allá de lo expresamente permitido por la Convención; y que las reclamaciones de derechos de soberanía jurisdiccional y de derechos históricos, respecto a las áreas marítimas en el Mar del Sur de China comprendidas en la así llamada línea de nueve guiones, son contrarias a la Convención y sin ningún efecto jurídico en todo aquello que excedan de los límites geográficos y sustantivos de los derechos marítimos chinos expresamente permitidos por la Convención.

Si bien China no compareció, el Tribunal se dio la tarea de interpretar el contenido de sus reclamaciones, en virtud del mandato del artículo 9 del Anexo VII de la Convención. El laudo concluyó que, si bien China reclamaba derechos sobre los recursos vivos y no vivos en las aguas comprendidas dentro de la línea de nueve guiones, no consideraba la totalidad de las aguas encerradas en esta línea discontinua como mar territorial o aguas interiores, sino solamente las generadas por las configuraciones marítimas presentes⁴².

³⁹ LI Y LI (2003) p. 290.

⁴⁰ MIYOSHI (2012) p. 4.

⁴¹ Véase, en este sentido, FRONTIER DISPUTE, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 582, párr. 54.

⁴² THE SOUTH CHINA SEA ARBITRATION (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China), Award, 12 July 2016, pp. 91-92, párr. 214. De ahora en adelante LAUDO.

Con respecto al sentido y alcance del concepto **derechos históricos**, el Tribunal estableció que este puede describir cualquier derecho que un Estado pueda poseer y que normalmente no nacería en virtud de las normas generales de derecho internacional, salvo en circunstancias históricas particulares. Continúa, señalando que, los derechos históricos pueden incluir soberanía, o bien referirse a derechos no exclusivos, como derechos de pesca o derechos de acceso. Sin embargo, los conceptos **título histórico**, **bahía histórica** y **aguas históricas** hacen referencia a soberanía histórica sobre territorio o zonas marítimas⁴³.

El Tribunal identificó tres elementos relacionados, pero de distinta naturaleza. Primero, ¿Permite la CONVEMAR, y en particular sus disposiciones sobre zona económica exclusiva y plataforma continental, preservar derechos sobre recursos vivos y no vivos que discrepan con las disposiciones de la Convención, establecidos convencionalmente o por un acto unilateral con anterioridad a su entrada en vigencia?; segundo, ¿Gozaba China de derechos históricos y jurisdicción sobre recursos vivos y no vivos en las aguas del Mar del Sur de China, más allá de los límites de su mar territorial, en un tiempo anterior a la entrada en vigencia de la CONVEMAR?; tercero, independientemente de las dos consideraciones anteriores, ¿Ha constituido China, desde la entrada en vigencia de la Convención, derechos y jurisdicción sobre recursos vivos y no vivos en las aguas del Mar del Sur de China, que discrepan con las disposiciones de la Convención? ¿Si así fuera, es compatible la constitución de tales derechos y jurisdicción con la CONVEMAR?⁴⁴.

RECLAMACIÓN DE DERECHOS HISTÓRICOS Y JURISDICCIÓN ANTERIORES A LA CONVEMAR

Para abordar la reclamación de derechos históricos y jurisdicción anteriores a la CONVEMAR, el Tribunal señaló que debía examinar la relación entre la Convención y otras posibles fuentes de derechos bajo el ordenamiento internacional. Para esto, consideró que las disposiciones de la CONVEMAR, a la luz del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena) que reglamenta la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, reflejaban los principios aplicables. El artículo 293 de la CONVEMAR establece el derecho aplicable en la solución de controversias, mientras que el artículo 311 reglamenta la relación de la CONVEMAR con otros instrumentos internacionales. El Tribunal consideró que este último se aplica igualmente a la interacción de la Convención con otras normas que no toman la forma de acuerdos, como los derechos históricos⁴⁵. De la interpretación de estas reglas se infiere que un tratado posterior prevalece en todo aquello que sea incompatible con el anterior, y que puede haber una especie de abrogación tácita. A menos que los tratados especifiquen estén subordinados uno al otro, prevalece la intención de las partes.

Considerando lo anterior, el Tribunal concluyó que, donde la CONVEMAR expresamente permite o preserva otros acuerdos internacionales, el párrafo 5 del artículo 311 dispone que tal acuerdo debe permanecer y no es afectado. El Tribunal consideró que esta disposición se aplica igualmente en caso de derechos históricos, los cuales pueden no tener

⁴³ LAUDO, p. 96, párr. 225.

⁴⁴ LAUDO, p. 98, párr. 234.

⁴⁵ LAUDO, pp. 98-99, párr. 235.

la forma de un acuerdo. Están expresamente permitidos o preservados, como en los artículos 10 y 15 que se refieren expresamente a bahías históricas y derechos históricos.

Segundo, que, donde la CONVEMAR no permite, o preserva expresamente un acuerdo anterior, una norma consuetudinaria, o derecho histórico, las normas anteriores no serán incompatibles con la Convención, en tanto su aplicación no colisione con una disposición de la Convención, o en cuanto su interpretación indique que tales acuerdos, normas o derechos anteriores, continúan en aplicación.

Y tercero, que, respecto de derechos y obligaciones independientes de la CONVEMAR, que no le son incompatibles, el artículo 311 párrafo 2 dispone que su aplicación permanecerá sin modificación.

Cuando hayan nacido derechos y obligaciones independientes, antes de la entrada en vigencia de la CONVEMAR y sean incompatibles con sus disposiciones, los principios establecidos en los artículos 30(3) de la Convención de Viena y el artículo 293 de la CONVEMAR establecen que, la Convención prevalecerá sobre los derechos y obligaciones anteriores e incompatibles⁴⁶. Del análisis del texto de la Convención, el Tribunal concluye que ella no prevé expresamente la supervivencia de otros derechos sobre recursos vivos y no vivos en la zona económica exclusiva y que tampoco lo dispone o permite expresamente en la plataforma continental, la alta mar, o en la Zona.

Este ejercicio interpretativo es uno de los puntos más atacados por autores críticos al Laudo.

Sobre la base de que el artículo 311 se refiere explícitamente a la relación de la CONVEMAR con otras convenciones y acuerdos internacionales, se critica la falta de manifestación de un razonamiento que explique el porqué de una aplicación analógica de dicho artículo a la relación de la CONVEMAR con derechos históricos como normas de derecho internacional consuetudinario⁴⁷. Se dice que el Tribunal extendió erróneamente el alcance de esta disposición, cuya literalidad tiene el fin de reglar los conflictos con otras fuentes de carácter convencional⁴⁸.

Asimismo, se critica la aplicación del artículo 30 de la Convención de Viena, dado que trata expresamente sobre la relación de tratados sucesivos⁴⁹.

También, se hace notar que el artículo 293 de la CONVEMAR es relativo al derecho aplicable en la solución de una controversia y no a la relación de la Convención con otras normas de derecho internacional⁵⁰.

⁴⁶ LAUDO, p. 100, párr. 238.

⁴⁷ KOPELA (2017) p. 184; WHOMERSLEY (2017) p. 390-391.

⁴⁸ Un detallado argumento basado en el análisis textual y la historia de la norma en: CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 432

⁴⁹ KOPELA (2017) p. 184; CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 433 se apoya en la historia de la negociación para sostener la misma conclusión.

⁵⁰ KOPELA (2017) p. 184; CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 433

Los críticos ponen atención en que el Tribunal pasa por alto la única norma⁵¹ que aclara la relación entre la Convención y la costumbre internacional⁵². Ahondando en este punto, ciertos autores afirman que, ni del texto, ni de la historia de la Convención se podría interpretar una cierta jerarquía normativa en relación al derecho internacional general, por lo que, al no haber una norma explícita prohibitiva o derogatoria, no habría obstáculo a la preservación de derechos históricos nacidos bajo aquel régimen⁵³.

También se critica el Laudo haciendo referencia al caso sobre Plataforma Continental entre Túnez y Libia⁵⁴, para respaldar el argumento de que la Convención no necesariamente derogó derechos históricos ya establecidos al amparo del derecho internacional consuetudinario⁵⁵. Otro autor se apoya, también, en la antedicha sentencia, para señalar que el Tribunal no entendió los términos derechos históricos, título histórico, aguas históricas o bahías históricas en el mismo sentido que lo hizo la CIJ⁵⁶.

Chris Whomersley indica que, a pesar de ocupar una terminología inconsistente, la CIJ parece aceptar que la cuestión sobre la existencia de derechos históricos se encuentra normada por las reglas generales del derecho internacional⁵⁷.

Clive Symmons, por su parte, rescata y valora la consideración del Tribunal, respecto del artículo 311, calificándola como innovadora, ya que, a su juicio, es un razonamiento analógico interesante, para efectos de aplicar una norma de carácter convencional al derecho internacional consuetudinario⁵⁸.

ANÁLISIS DEL TEXTO Y CONTEXTO DE LA CONVEMAR

Al analizar el texto y contexto de la CONVEMAR, el Tribunal se remitió a las normas particulares que conceden facultades, derechos y regulan deberes, en las zonas a las cuales los Estados ribereños tienen título.

Los derechos de soberanía y jurisdicción que goza el Estado ribereño sobre la zona económica exclusiva se encuentran consagrados en el artículo 56(1) de la CONVEMAR y comprenden los “derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos”, y jurisdicción con respecto al “establecimiento y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; investigación científica marina; la protección y preservación del medio marino” y otros derechos y deberes previstos en la Convención.

⁵¹ Párrafo 8 del Preámbulo de la CONVEMAR: “las normas y principios de derecho internacional general seguirán rigiendo las materias no reguladas por esta Convención”

⁵² KOPELA (2017) p. 184

⁵³ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 434; KOPELA (2017) p. 184

⁵⁴ CONTINENTAL SHELF (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 59-60, para. 100; CONTINENTAL SHELF (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya), Separate Opinion of Judge Jiménez de Aréchaga, I.C.J. Reports 1982, p. 109, párr. 82.

⁵⁵ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 440.

⁵⁶ WHOMERSLEY (2017) p. 389.

⁵⁷ WHOMERSLEY (2017) p. 390.

⁵⁸ SYMMONS (2018) p. 119.

El artículo 58 de la Convención, por su parte, consagra los derechos y deberes de otros Estados sobre la zona económica exclusiva, que comprende las “libertades de navegación y sobrevuelo y de tendido de cables y tuberías submarinos [...] y de otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con dichas libertades”.

En el artículo 62 (3) de la CONVEMAR encontramos una norma que se refiere a otros Estados “cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona o hayan hecho esfuerzos sustanciales de investigación e identificación de las poblaciones”. Pero esto solamente obliga al Estado ribereño a permitir la pesca en su zona económica exclusiva bajo tal criterio, cuando “no tenga capacidad para explotar toda la captura permisible”. El requerimiento copulativo de estos criterios es obvio, en el entendido de que el Estado ribereño es soberano para explotar esos recursos y si otorga permiso a otros Estados para explotar el excedente, siempre será con arreglo a su legislación como Estado ribereño.

En vista de lo anterior, el Tribunal consideró el concepto de derechos de soberanía sobre recursos vivos y no vivos, como incompatible con los derechos históricos de otro Estado sobre los mismos recursos, contra la opinión de China. El Tribunal señaló que la inclusión expresa de una norma alusiva a los derechos de otros Estados, y la atención a los derechos de otros Estados en caso de existir excedentes de captura permisible, excluye una posible intención de parte de la Convención de otorgar derechos a otros Estados en la zona económica exclusiva, más allá de lo que allí se especifica⁵⁹.

En el caso de los derechos de soberanía del Estado ribereño sobre la plataforma continental, se aplica un razonamiento similar. El artículo 79 regula el derecho de otros Estados a tender cables y tuberías submarinas. En tanto que el artículo 77 (2) es más restrictivo en cuanto a la explotación de los recursos, ya que los derechos del Estado ribereño son exclusivos en el sentido de que, si el Estado ribereño no explora la plataforma continental o no explota los recursos naturales de esta, nadie podrá emprender estas actividades sin expreso consentimiento de dicho Estado.

Respecto al contexto, el Tribunal consideró que el sistema de zonas marítimas de la CONVEMAR constituye una institución orgánica completa, que cubre tanto las aguas como el lecho marino. Además, que la Convención es una base completa para todos los derechos y obligaciones de los Estados parte, con respecto al orden jurídico de los mares. Y la imposibilidad de formular reservas o excepciones, salvo las expresamente autorizadas por la misma Convención⁶⁰. Por último, no incluye norma expresa alguna, que haga sobrevivir derechos históricos anteriores incompatibles con ella⁶¹.

Por tanto, el Tribunal declaró que, acorde al texto y contexto de la Convención, se confirma la intención de derogar cualquier derecho histórico que los Estados hayan tenido alguna vez sobre la zona económica exclusiva y plataforma continental de otro Estado⁶².

⁵⁹ LAUDO, p. 102, párr. 243.

⁶⁰ LAUDO, p. 103, párr. 245.

⁶¹ LAUDO, p. 100, párr. 239; p. 103, párr. 246 y 247.

⁶² LAUDO, p. 103, párr. 247.

Whomersley invierte el argumento del Tribunal, de que la Convención no contiene disposición expresa que haga pervivir derechos históricos, razonando que, si los redactores hubiesen querido incluir una norma en este sentido, fácilmente podrían haberlo hecho⁶³.

Otro punto atacado por los autores, en esta sección del Laudo, es el juicio del Tribunal sobre el sistema de zonas de la CONVEMAR como integral y omnicomprensivo. A este respecto, se indica que la idea expresada en el preámbulo de “solucionar con espíritu de comprensión y cooperación mutuas todas las cuestiones relativas al derecho del mar” no es más que un deseo político y que el párrafo 8 del mismo preámbulo es manifiesto al declarar que la Convención carece de tal carácter. En conclusión, la CONVEMAR no es todo, ni es igual a el derecho internacional del mar⁶⁴.

Symmons, por su parte, señala que de la simple lectura del artículo 62 se infiere que, los derechos históricos que un Estado haya tenido en la zona económica exclusiva y plataforma continental de otro Estado se entienden derogados. Así, coincide con la resolución del Tribunal, destacando la consideración manifestada en el Laudo, acerca del importante efecto excluyente de la disposición⁶⁵. Concluye, en concordancia con el Laudo, que el sistema omnicomprensivo de la Convención invalida los derechos históricos que carecen de una naturaleza soberana o excepcional y que se encuentran actualmente en la zona económica exclusiva o plataforma continental de otro Estado⁶⁶.

Una crítica unánime de los autores consiste en lo que califican como una contradicción o, por lo menos, una anomalía en el Laudo, cuando el Tribunal concluye que los derechos de pesca tradicional de terceros se encontrarían extinguidos en la zona económica exclusiva, sin perjuicio del caso del artículo 62(3), pero que subsistirían en el mar territorial, dado que la Convención mantendría vigente el régimen jurídico anterior, en virtud su artículo 2(3)⁶⁷. El Tribunal consideró que los derechos de pesca tradicional eran derechos adquiridos de privados y que no coincidían con la naturaleza jurídica de los derechos históricos⁶⁸.

Para apoyar su punto de vista, los jueces hicieron referencia al arbitraje sobre **Chagos Marine Protected Area**⁶⁹, “en el cual se razona que la referencia a ‘otras normas de derecho internacional’ en artículo 2(3) incluye los compromisos unilaterales asumidos por un Estado, sobre el acceso a las oportunidades de pesca en su mar territorial, para pescadores nacionales de otro Estado”⁷⁰.

Sophia Kopela anota que “pareciera que el Tribunal se basa en la ausencia de una disposición relativa a pesca histórica/tradicional en el mar territorial”⁷¹. Y acusa la omisión de una “explicación del porqué un Estado aceptaría (o habría aceptado) una restricción así

⁶³ WHOMERSLEY (2017) p. 391

⁶⁴ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 427.

⁶⁵ SYMMONS (2018) p. 122.

⁶⁶ SYMMONS (2018) p. 126.

⁶⁷ LAUDO, p. 314-315, párr. 804.

⁶⁸ LAUDO, p. 312, párr. 798.

⁶⁹ LAUDO, p. 316, párr. 808.

⁷⁰ WHOMERSLEY (2017) p. 410.

⁷¹ KOPELA (2017) p. 195

en su mar territorial, donde ejerce soberanía (y que es muy importante por razones económicas y de seguridad), pero no en una zona marítima tan alejada de sus costas, donde solo ejerce derechos de soberanía”⁷². Además, el argumento del Tribunal contradeciría a otros expresados por el mismo: la derogación de derechos históricos debido a una falta de disposición expresa que los haga pervivir y todo el razonamiento acerca de la incompatibilidad de derechos históricos con la CONVEMAR⁷³.

Whomersley también expone lo ilógico del razonamiento, ya que desde el punto de vista del Tribunal “un pescador extranjero tendría mayores derechos en el mar territorial de un Estado ribereño (donde el Estado ribereño tiene soberanía) que los que tendría en su zona económica exclusiva (donde solo tiene derechos de soberanía)”⁷⁴. Concluye que las posturas del Tribunal, respecto a este tema, son altamente cuestionables⁷⁵.

Un estudio crítico del Laudo analizó la historia de la Convención y la jurisprudencia internacional, llegando a la conclusión de que el ejercicio de la soberanía de un Estado ribereño en su mar territorial estaba limitado por la Convención y otras normas de derecho internacional, pero que el Tribunal no había demostrado que las actividades de pesca tradicional, analizadas en el procedimiento, estuvieran amparadas por tales limitaciones⁷⁶. Y concluye, al igual que los autores citados más arriba, que la conclusión de los árbitros es increíble y anormal⁷⁷.

Symmons, quien coincide casi totalmente con el Laudo en el ámbito de los derechos históricos, señala que esta sería la única conclusión controversial en tal materia. Coincide con las críticas mencionadas más arriba, en el sentido que parece lógicamente extraño que los derechos históricos de terceros Estados, en el área de mayor soberanía de otro Estado, deban conducir a mayores derechos para ese tercer Estado, mientras que, en un área de menor soberanía, tales derechos de terceros no tengan la misma consideración como derechos adquiridos. También hace notar que el Tribunal estaba consciente de esta aparente anomalía, pero la hizo a un lado de forma muy brusca⁷⁸.

PROCESO DE NEGOCIACIÓN Y CREACIÓN DE LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

Con respecto al proceso de deliberación y sanción de la CONVEMAR, el Tribunal tuvo como antecedente inmediato que, la metodología escogida para arribar al texto final fue el consenso. El articulado fue aprobado como un *package deal*, lo que reflejó una negociación por grupos de intereses comunes. Los países latinoamericanos postularon un área marítima con soberanía sobre todos los recursos, bajo el concepto de un **mar patrimonial**⁷⁹. Otros Estados fueron partidarios de una **zona exclusiva de pesca**, con jurisdicción en mate-

⁷² KOPELA (2017) p. 195-196.

⁷³ KOPELA (2017) p. 196.

⁷⁴ WHOMERSLEY (2017) p. 413

⁷⁵ WHOMERSLEY (2017) p. 414.

⁷⁶ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 573.

⁷⁷ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 574.

⁷⁸ SYMMONS (2018) p. 124.

⁷⁹ DECLARACIÓN DE SANTO DOMINGO (9 de junio de 1972).

ria de pesquerías⁸⁰. En el otro extremo se encontraban las potencias pesqueras como Japón y la Unión Soviética que defendían la tesis de **derechos preferenciales**⁸¹, posiciones que no fueron adoptadas en el texto final.

Durante las negociaciones, China adoptó una activa posición de defensa de los derechos de los países en desarrollo y se opuso rotundamente a la tesis en la cual se obligaba a los Estados ribereños a compartir recursos de su zona económica exclusiva con otras potencias que históricamente habían explotado esas aguas⁸². Esta posición prevaleció en el texto final de la CONVEMAR.

El Tribunal tuvo en cuenta la historia de la Convención y la imposibilidad de realizar reservas no autorizadas por dicho instrumento, en virtud de su artículo 309. Concluyó finalmente que, las reclamaciones tan amplias sobre derechos históricos, como las elevadas por China, eran incompatibles con el espíritu y propósito de la CONVEMAR⁸³.

Haciendo referencia a la historia del artículo 309, ciertos autores han señalado que la verdadera intención de esta disposición es mantener la integridad de la CONVEMAR, contrario a la conclusión del Tribunal de que sería evidencia de su carácter omnicompreensiva sobre el derecho del mar⁸⁴.

Otro punto criticado son las conclusiones extraídas de la oposición china, durante la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar (Tercera Conferencia), a otorgar derechos preferenciales a terceros Estados sobre los recursos de la zona económica exclusiva de un Estado ribereño⁸⁵. Según un estudio crítico del Laudo, lo vertido en dicha conferencia tenía como “intención expresar la decidida oposición de China, como país en desarrollo, al intento de las superpotencias de saquear recursos en la zona económica exclusiva de Estados ribereños, invocando la disposición propuesta”⁸⁶, lo que no obsta reclamar derechos históricos por parte de un Estado ribereño como lo es China respecto del Mar del Sur de China⁸⁷.

Whomersley critica al Tribunal por hacer referencia al fallido intento de Japón y la Unión Soviética de imponer la tesis de los derechos preferenciales, para efectos de reforzar la conclusión de que la Convención derogó derechos históricos. Además, indica que los derechos históricos son más sustantivos y de distinta especie a los meros derechos preferenciales. Para este autor el punto hecho por el Tribunal no parece ser fuerte⁸⁸.

Kopela introduce, en esta parte, la historia del artículo 62(3) de la Convención. Según esta autora, la disposición sería el resultado de negociaciones con respecto al régimen regulatorio y de administración de la zona económica exclusiva, en lo referente a cómo

⁸⁰ FISHERIES JURISDICTION cases (1974).

⁸¹ JAPANESE PROPOSAL FOR A REGIME OF FISHERIES ON THE HIGH SEAS (1973); U.S.S.R. DRAFT ARTICLE ON FISHING (1973).

⁸² “THIRD UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE LAW OF THE SEA, A/CONF.62/C.2/SR.24 consulta: 1 de agosto de 1974. [osto de 1974. [ing FISHING73. International Legal Materials, 12()

⁸³ LAUDO, p. 107-108, párr. 254.

⁸⁴ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 429-430.

⁸⁵ LAUDO, p. 106, párr. 252.

⁸⁶ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 442.

⁸⁷ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 442.

⁸⁸ WHOMERSLEY (2017) p. 391.

un Estado ribereño habría de ejercer sus derechos de soberanía para asegurar la utilización óptima de los recursos vivos. Ahonda en que, el concepto de pesca habitual no puede ser considerado como derecho histórico, dado que este último requiere más que el simple ejercicio habitual de una actividad. Sobre la base de todo lo anterior, afirma que no se puede concluir con certeza que los Estados tuvieran la intención de eliminar todo derecho histórico de la zona económica exclusiva⁸⁹.

DERECHOS SOBRE LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y OTRAS CONTROVERSIAS RELATIVAS AL DERECHO DEL MAR

En el caso de **Delimitación del Golfo de Maine**, se pudo apreciar un debate sobre actividades históricas de pesca como un factor relevante para delimitar la frontera marítima entre Estados Unidos y Canadá. El primero argumentó que para dibujar la frontera era necesario tomar en consideración las actividades de pesca histórica de sus nacionales. La sala *ad hoc* de la CIJ rechazó este argumento, señalando que, tales áreas, en el antiguo derecho del mar, eran consideradas alta mar y abiertas a pescadores de cualquier Estado, pero una vez introducida la **zona exclusiva de pesca**, por la práctica internacional, esto cambió y cualquier situación de privilegio precluyó. Se reconoció también, la soberanía del Estado ribereño para excluir a otros Estados de su zona⁹⁰.

Al interpretar las disposiciones de la CONVEMAR, el Tribunal hizo suyo el razonamiento sobre los efectos de la zona exclusiva de pesca, basada en el derecho consuetudinario. Si China tuvo derechos históricos, con base en una posición privilegiada sobre los recursos del Mar del Sur de China, la aceptación de la zona económica exclusiva, a partir de la práctica internacional y la adopción de la Convención, alteraron esa situación⁹¹.

Una opinión diferente había sido expresada en los casos relativos a la **Jurisdicción en Materia de Pesquerías de 1974**. Las controversias se suscitaron dado que Islandia había declarado una zona exclusiva de pesca de 50 millas marinas, excluyendo a Reino Unido y Alemania Federal del área. La CIJ falló que los derechos preferenciales, sostenidos por Islandia, no le otorgaban derecho a excluir unilateralmente a los buques pesqueros de dichos países y tampoco a extinguir los derechos de otros Estados que habían pescado habitualmente en la zona⁹². El Tribunal consideró este fallo advirtiendo que, en ese momento, el ordenamiento jurídico de los mares no obedecía a las disposiciones de la CONVEMAR y tampoco se enmarcaba en el contexto del naciente derecho consuetudinario que se apreciaría en el caso del **Golfo de Maine**, y descartó que el razonamiento se pudiera extrapolar al asunto *sub lite*⁹³. A mayor abundamiento, la extensión de la jurisdicción de los Estados ribereños, más allá del mar territorial, era un debate candente en aquel momento y pocos años después se llegó a

⁸⁹ KOPELA (2017) p. 195.

⁹⁰ DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY IN THE GULF OF MAINE AREA, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246.

⁹¹ LAUDO, p. 109, párr. 257.

⁹² FISHERIES JURISDICTION (United Kingdom v. Iceland)⁹², p. 27-28, párr. 62; FISHERIES JURISDICTION (Federal Republic of Germany v. Iceland), p. 196-197, párr. 54.

⁹³ LAUDO, p. 109-110, párr. 258.

consenso sobre una zona económica exclusiva, como la propia CIJ lo reconoció en el caso relativo a la **Plataforma Continental entre Libia y Malta**.

El razonamiento en el arbitraje **Eritrea con Yemen**, también resulta diferente del caso del **Golfo de Maine**. En dicho arbitraje, el tribunal puso de relieve la importancia de preservar las actividades tradicionales de pesca que se han llevado a cabo por siglos en el Mar Rojo y que dichas actividades no respetaban frontera alguna, además de serles indiferente la zona marítima en que se realizaban⁹⁴. Respecto a este fallo, en el Laudo sobre el Mar del Sur de China, se consideró que aquel tribunal no se constituyó bajo el Anexo VII de la CONVEMAR, por lo que no se encontraba constreñido por el artículo 293 de la Convención, sumado a que las partes le otorgaron el poder de fallar tomando en consideración la opinión que hubiera de formarse sobre cuestiones de soberanía territorial, la CONVEMAR y cualquier otro factor pertinente⁹⁵. En vista de lo anterior, el Tribunal decidió no considerar el fondo del argumento para arribar a sus conclusiones.

Respecto a la jurisprudencia considerada, se ha criticado la referencia al caso del **Golfo de Maine**, en el sentido de que los derechos alegados en dicho procedimiento serían de distinta naturaleza a los reclamados por China. Se indica que Estados Unidos no invocó derechos históricos de pesca, sino más bien su predominio sobre el área marítima en cuestión, lo que se asemejaría, más bien, a una situación relativa a actividades de pesca habitual. Así, en dicha sentencia no se habría decidido sobre derechos históricos, ni tampoco su relación con algo comparable al régimen de zona económica exclusiva bajo la CONVEMAR⁹⁶.

Kopela critica al Tribunal haber desechado el fondo de los argumentos del arbitraje **Eritrea con Yemen**. Indica que sería ilógico que tales árbitros, a quienes se les solicitó aplicar la CONVEMAR, terminaran aplicando normas incompatibles a la Convención y que la facultad de considerar otros factores pertinentes no les daba carta blanca para aplicar cualquier regla, incluso cuando estas fueran contrarias a la CONVEMAR⁹⁷.

DERECHOS HISTÓRICOS Y EL MAR DEL SUR DE CHINA

En el estudio de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre Régimen Jurídico de las Aguas Históricas Incluidas las Bahías Históricas (1962), se desarrollan los elementos de las aguas históricas/derechos históricos, a saber: 1) ejercicio de autoridad sobre el espacio marítimo de que se trate por el Estado que reivindica el derecho histórico; 2) la continuidad de este ejercicio de autoridad; 3) la actitud de otros Estados⁹⁸. Es menester señalar que este régimen es excepcional, ya que es una adquisición que requiere condiciones especiales, porque no se funda sobre las “normas generales del derecho general o incluso puede decirse que abroga esas normas en un caso particular”⁹⁹.

⁹⁴ ERITREA V. YEMEN, Award, p. 361, párr. 109.

⁹⁵ ERITREA V. YEMEN, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings, p. 216, párr. 7.

⁹⁶ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 439

⁹⁷ KOPELA (2017) p. 194.

⁹⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, A/CN.4/143, p. 15, párr. 80.

⁹⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, A/CN.4/143, p. 9, párr. 40.

Teniendo en cuenta lo anterior y recordando que el primitivo derecho del mar reconocía solamente una estrecha franja de mar territorial junto a vastas áreas de alta mar, parece razonable que el ejercicio de libertades bajo el derecho internacional no pueda dar nacimiento a derechos históricos. Todos los Estados que reclaman soberanía y derechos marítimos en el área del Mar del Sur de China, ejercieron históricamente la navegación y la pesca fuera de los límites de su mar territorial. También vimos que, en el caso del **Golfo de Maine**, se consideraron las actividades de pesca de los nacionales de Estados Unidos, como el ejercicio de libertades ya permitidas por el derecho internacional. China tampoco prohibió ni restringió a otros Estados la explotación de recursos. Las aguas del Mar del Sur de China eran consideradas *dangerous grounds* y el guano existente en las islas Spratly y Parcelso era explotado por japoneses, chinos y británicos. No fue hasta la década de los setenta que se inició un período de reclamaciones más agresivas.

Lo anterior coincide con la visión del Tribunal sobre el tema, y señala que no se cumplían los requisitos para constituir derechos históricos¹⁰⁰. Además, la adopción de la CONVEMAR no significó una extinción, sino más bien una renuncia a las libertades en las antiguas zonas de alta mar que hoy son zonas económicas exclusivas de otros Estados. Al mismo tiempo que se otorga un mayor grado de control sobre las zonas marítimas¹⁰¹. Finalmente, su libertad de navegación no se ve afectada¹⁰².

Los críticos al Laudo reprochan al Tribunal haberse arrogado la facultad de decidir sobre si China poseía derechos históricos, y expandir indebidamente su jurisdicción sobre interpretación o aplicación de la CONVEMAR. También que, si China gozaba o no de derechos históricos, es un asunto sometido al derecho internacional general, fuera del ámbito de la Convención¹⁰³.

Una crítica a los basamentos del Laudo apunta a que el Tribunal no ponderó adecuadamente los elementos constitutivos de los derechos históricos reclamados por China. Esto habría sido causado deliberadamente mediante una selección arbitraria de antecedentes fácticos¹⁰⁴. En definitiva, se acusa que el Tribunal consideró una reclamación restringida a derechos no exclusivos sobre recursos naturales, lo que sería incompleto, ya que la reclamación incluiría soberanía¹⁰⁵. Se señala que China habría, efectivamente, ejercido derechos exclusivos y que se ha opuesto persistentemente a la explotación de recursos en las áreas relevantes¹⁰⁶. Los antecedentes históricos generales, relativos a las controversias sobre el Mar del Sur de China, son motivo de controversia¹⁰⁷.

¹⁰⁰ LAUDO, p. 114-115, párr. 270.

¹⁰¹ LAUDO, p. 115., párr. 271.

¹⁰² El derecho de paso inocente y de navegación se consagran expresamente en los artículos 17, 45, 52, 58, 90 de la CONVEMAR.

¹⁰³ WHOMERSLEY (2017) p. 390.

¹⁰⁴ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 454

¹⁰⁵ CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 455

¹⁰⁶ YONGMING (2017) p. 99.

¹⁰⁷ Los primeros textos acerca del estatus jurídico de las islas Paracel y Spratly, y el vínculo histórico de las configuraciones con la nación china, fueron escritos por académicos chinos a partir de 1975: CHIU, H. y PARK, C. (1975); CHENG, T. (1975). Luego, otros dos investigadores, que no eran precisamente de aquella nacionalidad,

Kopela indica que la mayoría de los autores acepta que los derechos históricos son excepcionales y que divergen de las normas generalmente aplicables¹⁰⁸. Y que tales derechos no deben ser percibidos como incompatibles con la Convención, sino como excepciones reconocidas por el derecho internacional¹⁰⁹. Asumiendo lo anterior, entonces, China podría haber probado que goza de derechos históricos, a pesar de las libertades en la zona de alta mar, como bien señaló el Tribunal¹¹⁰.

Symmons, teniendo en cuenta la caracterización que hizo el Tribunal sobre el contenido de los derechos reclamados por China, concluye que, si estos se encuentran en alta mar, entonces ya no necesitan una base histórica para ser reclamados y que pueden ser vistos simplemente como el reflejo de un antiguo derecho jurídico ejercido en la alta mar bajo la doctrina de libertad de alta mar¹¹¹.

CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE SOBERANÍA Y JURISDICCIÓN EXCEPCIONALES CON POSTERIORIDAD A LA CONVEMAR

Los párrafos 3 y 4 del artículo 311 de la CONVEMAR, señalan que dos o más Estados pueden modificar la aplicación de la Convención entre ellos, cuando dicho acuerdo haya sido notificado a los demás Estados Partes; no afecte al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones de los demás Estados Partes; y no sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y fin de la Convención. Norma que se encuentra en armonía con el artículo 31(3) de la Convención de Viena, en cuanto a que la práctica ulterior de los Estados Parte constituye un elemento de interpretación de tratados. También existe la posibilidad de que una norma consuetudinaria de derecho internacional nazca, y que, eventualmente, modifique las disposiciones de un tratado.

El Tribunal consideró que las reclamaciones chinas fueron ampliamente rechazadas por los Estados presentes en el Mar del Sur de China en sendas notas verbales entre los años 2009 y 2011. Esas declaraciones diplomáticas fueron consecuencia de la descripción oficial, por primera vez, de la línea de nueve guiones en 2009. Por tanto, en consideración de lo anteriormente señalado, para el Tribunal no existen elementos mínimos que permitan afirmar la constitución de derechos de soberanía y jurisdicción distintos de los establecidos por la CONVEMAR, con posterioridad a su entrada en vigencia¹¹².

hicieron aportes en el mismo sentido: Heinzig (1976); MARWYN (1982). Estos cuatro autores fueron profusamente citados por otros investigadores, a su vez fueron citados por autores más contemporáneos, hasta hacerse muy difícil seguir la genealogía de la fuente primaria, lo que hemos notado al consultar la bibliografía pertinente. Un análisis del impacto de los artículos académicos que abordan el asunto relativo a la controversia de las islas Spratly, se puede encontrar en: Hayton, Bill (2017).

¹⁰⁸ KOPELA (2017) p. 185

¹⁰⁹ KOPELA (2017) p. 186

¹¹⁰ LAUDO, p. 114, párr. 270.

¹¹¹ SYMMONS (2018) p. 126-127.

¹¹² LAUDO, p. 116, párr. 275.

Un estudio analiza críticamente este acápite del Laudo¹¹³ y ocupa fuertes palabras para referirse al ejercicio del Tribunal. Señala que este levantó, de forma deshonestamente, un hombre de paja, para hacerlo caer¹¹⁴.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El Tribunal concluyó que la reclamación de China a los recursos vivos y no vivos comprendidos en la línea de nueve guiones era incompatible en todo lo que excede los límites de las zonas marítimas a las que China tiene título bajo la CONVEMAR. El texto de la Convención sería claro y no dejaría lugar a duda. Esta conclusión quedaría confirmada en las negociaciones de un *package deal* y la idea de garantizar derechos sobre la zona económica exclusiva para los países en desarrollo¹¹⁵.

La entrada en vigencia de la Convención y su adopción, por parte de China, reemplazó cualquier derecho histórico al que hubiera tenido título, ya que reflejaba el compromiso de alinear reclamaciones incompatibles a las disposiciones de la Convención¹¹⁶. No existe evidencia, tampoco, de que China haya gozado de derechos históricos antes, o que los haya constituido con posterioridad a la entrada en vigencia de la CONVEMAR¹¹⁷.

Por lo tanto, el Tribunal señaló que la Convención define el alcance de los derechos marítimos entre China y Filipinas en el Mar del Sur de China, los cuales no pueden extenderse más allá de lo permitido por esta¹¹⁸. También falló que, la Convención reemplaza aquellos derechos históricos u otros derechos de soberanía o de jurisdicción, cuyo contenido exceda a las disposiciones de dicha Convención¹¹⁹.

CONCLUSIONES

Con base en las actuaciones del Estado chino, la doctrina y jurisprudencia analizadas, se pueden concluir varias tesis sobre la reclamación china. Partiendo desde la más extensa, se podría señalar que China reclama soberanía sobre las configuraciones marítimas y que las aguas que encierra la línea de nueve guiones tendrían la calidad de **aguas interiores** o por lo menos de **mar territorial**, en consecuencia, también gozaría de derechos a explotar los recursos vivos y no vivos del lecho y subsuelo marinos, además de controlar el espacio aéreo del área.

Otra tesis, señala que la línea de nueve guiones encierra las configuraciones marítimas sobre las que China sería soberana y que, además, tendría derechos preferenciales de pesca, navegación y explotación de recursos, pero que estos no son exclusivos.

¹¹³ Véase CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) páginas 469 a 470.

¹¹⁴ “the Tribunal disingenuously put up a straw man –whether China’s relevant practice after the Convention’s entry into force had established historic rights– and shot it down” en CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018) p. 449.

¹¹⁵ LAUDO, p. 111, párr. 261.

¹¹⁶ LAUDO, p. 111-112, párr. 262.

¹¹⁷ LAUDO, p. 116, párr. 275.

¹¹⁸ LAUDO, p. 116, párr. 277.

¹¹⁹ LAUDO, p. 117, párr. 278.

Los derechos de las dos tesis anteriores tienen, como elemento común, haber sido, eventualmente, adquiridos en virtud de derecho históricos.

El Tribunal que resolvió el asunto sobre el Mar del Sur de China concluye que el sistema de zonas marítimas de la CONVEMAR constituye una institución orgánica completa, cuyas normas actualmente son costumbre internacional, por lo que cualquier derecho histórico que los Estados hayan tenido alguna vez sobre la zona económica exclusiva y plataforma continental de otro Estado, hoy estarían derogados.

De lo anterior se sigue que, en visión del Tribunal, cualquier derecho marítimo que la República Popular China pueda reclamar, sobre el Mar del Sur de China, debe adecuarse a lo establecido en la Convención.

Respecto a la relación de la Convención con los derechos históricos que hayan nacido antes de su entrada en vigencia, se puede concluir que existen tres posiciones. La primera, señala que solamente perviven los derechos históricos expresamente consagrados por la CONVEMAR. En el otro extremo, están los de la postura de que, a menos que la Convención expresamente derogue los derechos históricos, estos perviven. Una tercera postura, intermedia, sería de considerar que los derechos históricos compatibles con la CONVEMAR perviven, a pesar de no estar expresamente permitidos en aquella.

Lo anterior refleja el impacto del Laudo arbitral que resolvió las alegaciones elevadas por Filipinas, y es el primero que se refiere a los derechos históricos dentro del contexto de la interpretación y aplicación de la Convención sobre el Derecho del Mar.

Se ha despertado una discusión que esperamos contribuya a desarrollar el moderno derecho del mar y aporte a resolver, en definitiva, una controversia no resuelta en la práctica por los Estados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BECKMAN, Robert (2013): “The UN Convention on the Law of the Sea and the Maritime Disputes in the South China Sea”, *American Journal of International Law*, vol. 107, N° 1: pp. 142-163.
- CHENG, T. (1975): “The Dispute over the South China Sea Islands”, *Texas International Law Journal*, vol. 10, N° 2: pp. 265-278.
- CHINESE SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (2018): “The South China Sea Arbitration: A Critical Study”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 17, N° 2: pp. 207-748.
- CHIU, H. y PARK, C. (1975): “Legal Status of the Paracel and Spratly Islands”, *Ocean Development and International Law*, vol. 3, N° 1: pp. 1-28.
- CHURCHILL, Robin (2016): “The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea”, en ROTHWELL, Donald *et al.* (edit.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea* (Oxford, Oxford University Press) pp. 24-45.
- CORDNER, L. G. (1994): “The Spratly Islands Dispute and the Law of the Sea”, *Ocean Development and International Law*, vol. 25, N° 1: pp. 61-74.
- DUPUY, Florian y Dupuy, Pierre-Mary (2013): “Legal Analysis of China’s Historic Rights Claim in the South China Sea”, *American Journal of International Law*, vol. 107, N° 1: pp. 124-141.

- DZUREK, Daniel (1996): “The Spratly Islands Dispute”, *Maritime Briefing*, vol. 2, N° 1: pp. 1-66.
- GAO, Zhiguo (1994): “The South China Sea: From Conflict to Cooperation”, *Ocean Development and International Law*, vol. 25, N° 3: pp. 345-360.
- GAO, Zhiguo y JIA, Bing Bing (2013): “The Nine-Dash Line in the South China Sea: History, Status, and Implications”, *American Journal of International Law*, vol. 107, N° 1: pp. 98-124.
- HAO, Su (2006): “China’s Positions and Interests in the South China Sea: A Rational Choices in its Cooperative Policies”. Disponible en: https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3f-public/legacy_files/files/publication/110912_Hao_South_China_Sea.pdf. Fecha consulta: 15 mayo 2018.
- HAYTON, Bill (2017): “When Good Lawyers Write Bad History: Unreliable Evidence and the South China Sea Territorial Dispute”, *Ocean Development & International Law*, vol. 48, N° 1: pp. 17-34.
- HEINZIG, Dieter (1976): *Disputed islands in the South China Sea: Paracels, Spratlys, Pratas, Macclesfield Bank* (Wiesbaden, Harrassowitz).
- HONG-PYO, Lee (1990): “China’s Petroleum Trade”, *The Journal of East Asian Affairs*, vol. 4, N° 1: 184-221.
- KEYUAN, Zou (2012): “China’s U-Shaped Line in the South China Sea Revisited”, *Ocean Development and International Law*, vol. 43, N° 1: pp. 18-34.
- KOO, Min Gyo (2010): *Island Dispute and Maritime Regime Building in East Asia* (New York, Springer-Verlag).
- KOPELA, Sophia (2017): “Historic Titles and Historic Rights in the Law of the Sea in the Light of the South China Sea Arbitration”, *Ocean Development & International Law*, vol. 48, N° 2: pp. 181-207.
- LI, Jinming y LI, Dexia (2003): “The Dotted Line on the Chinese Map of the South China Sea: A Note”, *Ocean Development and International Law*, vol. 34, N° 3-4: pp. 287-296.
- MARLAY, ROSS (1997): “China, the Philippines, and the Spratly Islands”, *Asian Affairs*, vol. 23, N° 4: pp. 195-210.
- MARWYN, Samuels (1982): *Contest for the South China Sea* (Nueva York, Methuen).
- MIYOSHI, Masahiro (2012): “China’s “U-Shaped Line” Claim in the South China Sea: Any Validity Under International Law?”, *Ocean Development & International Law*, vol. 43, N° 1: pp. 1-17.
- NGUYEN, Hong Thao (2012): “Vietnam’s Position on the Sovereignty over the Paracels and the Spratlys: Its Maritime Claims”, *Journal of East Asia and International Law*, vol. 5, N° 1: pp. 165-212.
- SHEN, JIANMING (2002): “China’s Sovereignty over the South China Sea Islands: A Historical Perspective”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 1, N° 1: pp. 94-157.
- STRUPP, Michael (2004): “Maritime and Insular Claims of the PRC in the South China Sea Under International Law”, *Zeitschrift für Chinesisches Recht*, vol. 16, N° 1: pp. 1-18.
- SYMMONS, Clive (2018): “Historic Rights in the Light of the Award in the South China Sea Arbitration: What Remains of the Doctrine Now?”, en JAYAKUMAR, S. *et al.* (edit.), *The South China Arbitration, The Legal Dimension* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing) pp. 101-127.

- WHOMERSLEY, Chris (2017): “The Award on the Merits in the Case Brought by the Philippines against China Relating to the South China Sea: A Critique”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 16, N° 3: pp. 387-423.
- YONGMING, Jin (2017): “The Impact and Influence of the South China Sea Arbitration on the Law of the Sea”, *China Legal Science*, vol. 5, N° 4: pp. 82-108.
- YU, Peter Kien-Hong (2003): “The Chinese (Broken) U-shaped Line in the South China Sea: Points, Lines and Zones”, *Contemporary Southeast Asia*, vol. 25, N° 3: pp. 405-430.
- ZOU, Keyuan y LIU, Xinchang (2015): “The Legal Status of the U-shaped Line in the South China Sea and Its Legal Implications for Sovereignty, Sovereign Rights and Maritime Jurisdiction”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 14, N° 1: pp. 57-77.

NORMAS Y DECLARACIONES CITADAS

- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR (10 de diciembre de 1982).
- JAPANESE PROPOSAL FOR A REGIME OF FISHERIES ON THE HIGH SEAS (1973), *International Legal Materials*, vol. 12, N° 1: pp. 25-32.
- NOTE VERBALE NO. CML/17/2009, Misión Permanente de la República Popular China ante la ONU (7 mayo 2009). Disponible en: http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2009re_mys_vnm_e.pdf. Fecha consulta: 15 mayo 2018.
- NOTE VERBALE NO. CML/8/2011, Misión Permanente de la República Popular China ante la ONU (14 abril 2011). Disponible en: http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mysvnm33_09/chn_2011_re_phl_e.pdf. Fecha consulta: 15 mayo 2018.
- POSITION PAPER OF THE GOVERNMENT OF THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA ON THE MATTER OF JURISDICTION IN THE SOUTH CHINA SEA ARBITRATION INITIATED BY THE REPUBLIC OF THE PHILIPPINES (2016), *Chinese Journal of International Law*, vol. 15 N° 2: pp. 431-455.
- REPÚBLICA POPULAR CHINA: “Declaration Upon Ratification of UNCLOS” (7 junio 1996). Disponible en: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China%20Upon%20ratification. Fecha consulta: 17 enero 2019.
- REPÚBLICA POPULAR CHINA: “Declaration of the Government of the People’s Republic of China on the baselines of the territorial sea” (15 mayo 1996). Disponible en: http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CHN_1996_Declaration.pdf. Fecha consulta: 19 junio 2019.
- REPÚBLICA POPULAR CHINA: “Law of The People’s Republic of China on the Territorial Sea and The Contiguous Zone” (25 febrero 1992). Disponible en: http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CHN_1992_Law.pdf. Fecha consulta: 19 junio 2019.
- REPÚBLICA POPULAR CHINA: “Exclusive Economic Zone and Continental Shelf Act” (26 junio 1998). Disponible en: http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/chn_1998_eez_act.pdf. Fecha consulta: 19 junio 2019.
- REPÚBLICA SOCIALISTA DE VIETNAM: “The Hoang Sa (Paracel) and Truong Sa (Spratly) Archipelagoes and International Law” (abril 1988). Disponible en: http://nghiencu-ubiendong.vn/trung-tam-du-lieu-bien-dong/doc_download/158-the-hoang-sa-para-

cel-and-truong-sa-sprately-archipelagoes-and-international-law. Fecha consulta: 19 junio 2019.

U.S.S.R. DRAFT ARTICLE ON FISHING (1973), *International Legal Materials*, vol. 12 N° 1: pp. 36-39.

JURISPRUDENCIA CITADA

CONTINENTAL SHELF (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18.
DELIMITATION OF THE MARITIME BOUNDARY IN THE GULF OF MAINE AREA, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246.

ERITREA V. YEMEN, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage of the Proceedings, 3 October 1996, RIAA Vol. XXII, p. 209.

ERITREA V. YEMEN, Award, 17 December 1999, RIAA Vol. XXII, p. 335.

FISHERIES JURISDICTION (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 175.

FISHERIES JURISDICTION (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3.

FRONTIER DISPUTE, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 554.

ISLAND OF PALMAS (The Netherlands v. United States), Award of 4 April 1928, RIAA Vol. II, p. 845.

NORTH SEA CONTINENTAL SHELF, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

THE SOUTH CHINA SEA ARBITRATION (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China), Award, 12 July 2016.

WESTERN SAHARA, Advisory Opinion, Separate Opinion of Judge De Castro, I.C.J. Reports 1975, p. 127.

RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS DE TRABAJO DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

DECLARACIÓN DE SANTO DOMINGO, Reunión de Ministros de la Conferencia Especializada de los Países del Caribe sobre los Problemas del Mar (9 de junio de 1972). Disponible en: <http://www.dipublico.org/10589/declaracion-de-santo-domingo-aprobada-por-la-reunion-de-ministros-de-la-conferencia-especializada-de-los-paises-del-caribe-sobre-los-problemas-del-mar-1972/>. Fecha consulta: 15 mayo 2018.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL: “Régimen Jurídico de las Aguas Históricas Incluidas las Bahías Históricas”, A/CN.4/143 (9 de marzo de 1962). Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_143.pdf. Fecha consulta: 15 mayo 2018.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, THIRD UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE LAW OF THE SEA: “Summary records of meetings of the Second Committee 24th meeting”, A/CONF.62/C.2/SR.24 (1 de agosto de 1974). Disponible en: http://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_2/a_conf62_c2_sr24.pdf&lang=E. Fecha consulta: 19 junio 2019.

EL CONSENTIMIENTO LIBRE: LA TRAMPA DE LA EXPLOTACIÓN FEMENINA EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

FREE CONSENT: THE TRAP OF FEMALE EXPLOITATION IN SURROGATE MOTHERHOOD

LETICIA CABRERA CARO*

ABSTRACT: On September 2017, *Ciudadanos* parliamentary group, presented a law proposal regarding the surrogate gestation right to the Spanish Congress.

This proposal consecrates acknowledgement or altruism as its main principle, that along with the previously informed agreement of the pregnant woman, attempts to transmute the surrogate gestation issue as an act of solidarity and thankfulness completely harmless and sterile. Nevertheless, the mere impossibility that the pregnant mother could revoke her consent, stated at the beginning of the relationship, shows the disguise in which it is attempted to hide her exploitation in this assisted reproduction technique.

Keywords: Surrogate motherhood; pregnancy by substitution; regulation; consent; human dignity.

RESUMEN: La Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos al Congreso, en septiembre de 2017, consagra la gratuidad o el altruismo como principio básico que, junto al consentimiento informado y libre de la mujer gestante, intenta convertir a la maternidad subrogada en un acto de solidaridad y generosidad, inocuo y aséptico. Sin embargo, la imposibilidad de que la madre gestante pueda revocar su consentimiento, emitido al principio de la relación, muestra la trampa con la que se intenta ocultar su explotación en esta técnica de reproducción humana asistida.

Palabras clave: Maternidad subrogada; gestación por sustitución; regulación; consentimiento; dignidad humana.

1. INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada¹ es una técnica de reproducción humana asistida por medio de la cual, como es sabido, una mujer se presta a gestar el hijo de otros, renunciando,

* Profesora Contratada Doctora, Departamento de Derecho Público, Filosofía del Derecho, Universidad de Cádiz. Dirección postal: Facultad de Derecho. Campus universitario de Jerez. Avda. de la Universidad, s/n, 11405 Jerez de la Frontera, Cádiz. Dirección electrónica: leticia.cabrera@uca.es. Un resumen de este estudio fue presentado como ponencia al Congreso Internacional Derechos Humanos y Género, celebrado en Valencia, los días 3 y 4 de mayo de 2017, con el título "La maternidad subrogada en el contexto del postfeminismo de género".

¹ Son muchas las expresiones que se emplean para referirse a esta técnica: maternidad subrogada; gestación por sustitución; explotación reproductiva de mujeres; madres, úteros o vientres de alquiler; madres sustitutas o subrogación uterina, etc. El empleo de una u otra terminología no es neutro, sino que puede esconder una clara intencionalidad ideológica, como se ha constatado por distintos sectores. Ver, por ejemplo, VELA, (2017) pp.

tras el parto, a cualquier tipo de relación jurídica o filiación sobre él. Esta posibilidad, que actualmente ha provocado un gran debate intelectual acerca de sus implicaciones tanto éticas como jurídicas, no es, ni mucho menos, novedosa o propia de nuestra era. En el Antiguo Testamento, en la época precristiana, ya encontramos referencias a ciertas prácticas que podrían asimilarse a la maternidad subrogada, en los relatos sobre la infertilidad de Sara y Raquel.

Sara era la mujer de Abraham. Después de diez años de convivencia, no había quedado embarazada aún y, apesadumbrada por ello, le ofreció a su marido la posibilidad de dormir con su esclava Agar para que tuvieran descendencia a través de ella. Fruto de esa unión nació Ismael, cuando Abraham contaba ya con ochenta y seis años². El caso de Raquel es muy parecido. Ella estaba casada con Jacob pero aún no habían tenido hijos. Al quedar la hermana de Raquel embarazada, siente envidia y le propone a Jacob concebir un hijo a través de su esclava Bilá. De esa unión nació un niño al que llamaron Dan³. Eleonora Lamm, en un extenso estudio sobre la gestación por sustitución publicado en 2012, se refiere al hecho de que estas prácticas se encuentren recogidas en el Antiguo Testamento como una especie de visto bueno ético: “Si bien la gestación por sustitución se nos presenta como una figura de la modernidad, lo cierto es que sus primeros antecedentes se encuentran en el antiguo testamento, lo que me provoca el primer cuestionamiento: Si el Dios del Antiguo Testamento no veía nada malo en la subrogación [...] si los propios profetas bíblicos recurrían a madres de alquiler [...] ¿Por qué nos cuesta tanto a nosotros aceptarla?”⁴. En realidad, en estos pasajes no hay un juicio de moralidad por parte de Dios, respecto a lo que han propiciado Sara y Raquel. En ellos, solo se reflejan unos hechos, sin entrar a valorarlos moralmente. Teniendo en cuenta que en aquella época era lícita la esclavitud, no podemos sorprendernos de que se acepten sin reproche moral las consecuencias de la misma. No hay ninguna razón para considerar peor la cesión sexual de Agar y Bilá a sus correspondientes amos, que su propia condición de esclavas.

Por otra parte, la etnóloga M^a Eugenia Olavarría, citando a la antropóloga francesa Françoise Héritier, asimila la maternidad subrogada con una práctica antigua, ya existente en Roma: “[...] los úteros subrogados existieron en la Roma antigua mediante la institución del *ventrum locare* [...]”⁵. Por esta institución, el *paterfamilias* cedía su esposa temporalmente a otro para que pudiera engendrar un hijo. Considerando que en Derecho romano regía el principio de *partus sequitur ventrem*, en virtud del cual, “el parto de la madre esclava sigue la condición de esta, sin considerar la condición o estado del padre”⁶, creo que

3-4; ALBERT (2017) p. 178 o LÓPEZ GUZMÁN (2017) p. 199. Por nuestra parte, emplearemos preferentemente la expresión gestación por sustitución porque es la expresión legal, utilizada por el art. 10 de la LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y maternidad subrogada o gestación por subrogación, como sinónimos.

² Gén., 16.

³ Gén., 30.

⁴ LAMM (2012a) p. 4.

⁵ OLAVARRÍA (2002) p. 109.

⁶ ROMERO (1895) p. 297. En este lugar, el autor se basa en el comentario que Ulpiano realiza a Sabino en relación al usufructo del parto. Para Ulpiano, el parto de una esclava no es un fruto porque “un hombre no puede

sería más acertado equiparar el *ventrum locare* con una fecundación con donante de semen que con una maternidad subrogada.

En todo caso, con independencia del origen histórico de esta práctica, parece patente que la preocupación por la reproducción y la conservación del linaje ha sido una constante en la Historia de la Humanidad. Actualmente, esta preocupación se ve aliviada, respecto a otras épocas históricas, por el avance de las técnicas de reproducción asistida, que permiten separar la sexualidad de la gestación⁷. Lejos de la crudeza descrita por la escritora canadiense Margaret Atwood en el “Cuento de la criada”⁸, de la evidente situación de explotación en la que se encuentran las esclavas de Sara y Raquel, o de la incapacidad de elección de una patricia romana, la disociación entre gestación y sexualidad propiciada por las actuales técnicas de reproducción humana asistida, permite contemplar la maternidad subrogada como un acto de generosidad y solidaridad, como un remedio para ayudar al que, por distintas razones, no puede ver colmado su deseo de ser padre o madre.

Este es el sentido de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación (a partir de aquí PLDGS), presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos al Congreso español, en septiembre de 2017. En esta Proposición se consagra la gratuidad o el altruismo como principio básico que, junto al consentimiento informado y libre de la mujer gestante, intenta convertir a la maternidad subrogada en algo inocuo y aséptico. No obstante, en este artículo se pretende argumentar que el hecho de que haya consentimiento y gratuidad por parte de la mujer gestante, no oculta la explotación que sufre la misma con esta técnica.

2. REGULACIÓN DE HECHO Y REGULACIÓN DE DERECHO

Como hemos afirmado al principio, actualmente, asistimos a un encendido debate acerca de las implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. En España, este debate se intensificó, sobre todo, a partir de la famosa Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, que resolvía un recurso de casación, y del Auto del mismo Tribunal, de 2 de febrero de 2015 (Pleno Sala Civil), que resolvía un recurso de nulidad de las actuaciones interpuesto por la defensa como consecuencia de la aparición, con posterioridad al recurso de casación, de dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de maternidad subrogada: *Mennenson c. Francia* (Ap. N° 65192/11) y *Labasse c. Francia* (Ap. N° 65941/11). En marzo de 2016, el Tribunal Constitucional no admitió a trámite el recurso de amparo presentado frente a la desestimación del recurso de casación y,

tener el usufructo de otro hombre”. DIG. 7,1,68.

⁷ La auténtica dimensión de esta disociación producida por las nuevas tecnologías reproductivas, no puede comprenderse sin tener en cuenta el avance de las técnicas de contracepción de los años 80. “Los anticonceptivos orales establecieron una de las condiciones de existencia para lo que puede denominarse la liberación entre sexualidad y procreación. Las técnicas de reproducción asistida hacen de esta liberación metafórica una disociación literal”. OLAVARRÍA (2002) p. 110.

⁸ ATWOOD (1985). La edición española es de Salamandra, 2017. Esta novela se ha adaptado recientemente a la televisión en formato serie y ha obtenido un notable éxito entre la crítica y la audiencia.

con esto, se ponía fin a un litigio iniciado ocho años antes, el conocido como “Caso cero” de la maternidad subrogada en España⁹.

Sin embargo, el fin de este procedimiento no ha significado, ni mucho menos, el fin del debate ni la solución a los conflictos planteados. De hecho, desde 2009, se han venido produciendo desencuentros entre la doctrina del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado en cuanto a la inscripción de la filiación de los niños habidos en el extranjero como consecuencia de un contrato de subrogación¹⁰. La Fiscalía, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en las resoluciones anteriormente citadas, se opone a la inscripción del nacimiento y filiación de estos niños por considerarlas contrarias al orden internacional español, según la declaración de nulidad de este tipo de contratos contenida en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA). La Dirección General de los Registros y del Notariado, por su parte, permite la inscripción siempre y cuando, según su Instrucción de 5 de octubre de 2010, dicha filiación a favor de los padres comitentes haya sido reconocida por una autoridad judicial, en lugar de por una mera certificación de la autoridad registral, como indicaba en su Instrucción anterior, de 18 de febrero de 2009, anulada por el Tribunal Supremo¹¹.

Estos desencuentros, esta forma distinta de abordar el problema, no han hecho más que aumentar e intensificar, de un lado, la inseguridad jurídica de quienes recurren a esta técnica para ser padres en el extranjero y, de otra, el debate acerca de la necesidad de una adecuada regulación de esta cuestión.

Ciertamente, la situación actual es insostenible o, en palabras de Vicente Bellver, “irregular y caótica”¹² y está motivada, a mi juicio, sobre todo, por la incompleta, deficiente, irregular o, en todo caso, mejorable, técnica legislativa empleada por la LTRHA que produce, en la práctica, lo que muchos han calificado como una legalización “de facto” de la gestación por sustitución. Esta legalización de hecho se observa claramente en dos supuestos: en los casos de inscripción de la filiación de hijos nacidos por un contrato de gestación en el extranjero y en los casos de reconocimiento de prestaciones por maternidad, causada igualmente por una gestación por sustitución¹³.

⁹ Para conocer los detalles de este caso y su secuencia procesal durante los ocho años que duró el litigio, puede consultarse ALBERT (2016) pp. 1-19.

¹⁰ GONZÁLEZ (2017) p. 2; BELLVER (2017) p. 3.

¹¹ Ver, por ejemplo, NÚÑEZ *et al.* (2015) p. 245. Durante el año judicial 2015, se han tramitado en España doce expedientes de inscripción de nacimiento de menores nacidos por contratos de este tipo en Rusia y en Estados Unidos. En el año judicial 2016, los expedientes tramitados (por nacimientos acaecidos en Rusia, Ucrania, Méjico y Estados Unidos) han sido nueve. En ambos casos, los recursos interpuestos contra los Autos denegatorios de la Fiscalía han sido dos, pendientes de resolución, según las respectivas Memorias de la Fiscalía General del Estado 2016 y 2017, pp. 499 y 550, respectivamente. En la memoria de 2018, se reitera la posición de la fiscalía respecto a años anteriores.

¹² BELLVER (2017) p. 230.

¹³ Ver GONZÁLEZ (2017) pp. 117-131. También en ARAGÓN (2017) pp. 6-12.

2.1. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DE HIJOS NACIDOS POR GESTACIÓN SUBROGADA EN EL EXTRANJERO

En este supuesto, la legalización de facto de la maternidad subrogada se produce porque el artículo 10.1 de la LTRHA no prohíbe taxativamente la gestación por subrogación, ni la sanciona administrativamente, tan solo se limita a declarar la nulidad de pleno derecho de los contratos, con o sin precio, celebrados a tal fin. Pero la simple declaración de nulidad, por sí sola, no es suficiente para impedir que esos contratos celebrados y nulos produzcan unos efectos que, por su propia naturaleza, no pueden retrotraerse a la situación inicial. Me refiero, concretamente, a que la primera consecuencia irreversible de ese contrato nulo es el nacimiento de un niño que, lógicamente, debe ser protegido por el Ordenamiento jurídico¹⁴. El legislador, consciente de ello y a pesar de la inicial declaración de nulidad, reconoce el vínculo paternofilial que en todo caso existe y no puede obviarse, en los apartados 2° y 3° del mismo art. 10.

Así, en el art. 10.2 de la LTRHA, el legislador consolida el principio de la determinación de la filiación materna a través del parto en los supuestos de gestación por subrogación (se trata del principio “*mater semper certa est*”¹⁵). Esta determinación legal de la maternidad por el parto, debe interpretarse como un efecto de la declaración de nulidad, tal y como establece el artículo 6.3 del Código Civil, que señala: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, *salvo* que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”¹⁶. En los supuestos de gestación por subrogación, con o sin precio, el primer efecto de la declaración de nulidad previsto por el legislador, es la necesaria atribución de la filiación materna a quien lo ha dado a luz, con independencia de que sea o no su madre biológica. Es, por tanto, una consecuencia, prevista por el legislador, de la nulidad del contrato de gestación.

Por su parte, el apartado tercero del mismo art. 10 de la LTRHA, determina el régimen de filiación paterna: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”¹⁷. Podría interpretarse este apartado como una excepción a la nulidad del contrato, sin embargo, se trata más bien de la necesidad de proveer de tutela parental al niño nacido como consecuencia de un contrato nulo. Así, se atribuye la filiación paterna al varón que haya aportado su material genético pero, a la pareja de este, solo le quedará la posibilidad de iniciar un trámite de adopción del mismo.

Esta regulación hubiera sido suficiente, por sí sola, de no existir la posibilidad de realizar legalmente este tipo de reproducción humana asistida en países extranjeros. En

¹⁴ “(...) la inseguridad jurídica que supone la prohibición o la indefinición legal en los países de origen de los padres/madres intencionales, está planteando reiterados conflictos a la hora de inscribir al recién nacido/ a en sus respectivos registros civiles nacionales. Un contexto en el que puede no operar ni el *ius soli* ni el *ius sanguini* (ni el derecho del suelo o del lugar, ni el de la sangre) y en el que la criatura concebida corre el riesgo de no tener tutela parental y ser apátrida”. NUÑO (2016) p. 6.

¹⁵ Este es un principio ancestral de Derecho Romano, que aparece recogido en DIG. 2,4,5. Nuestro Ordenamiento, desde siempre, se ha hecho eco de él y, de hecho, a pesar de que la LTRHA ha sido reformada en varias ocasiones, la prohibición de la gestación por sustitución y la determinación de la filiación en favor de la mujer que alumbró, se ha mantenido intacta desde el primer momento de su vigencia.

¹⁶ Artículo 10.2 de la LTRHA.

¹⁷ Artículo 10.3 de la LTRHA.

otras palabras, el problema surge cuando los padres comitentes, para soslayar la legislación española, acuden al extranjero y esgrimen el contrato de gestación por subrogación para que se determine, en el Registro Civil Consular, la filiación a su favor. Porque, como ya hemos explicado, en los casos que la realización de esos contratos requiera la intervención de una autoridad judicial en los países de origen, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010, ordena la inscripción del nacimiento y de la filiación a favor de los padres comitentes. En concreto, en el art. 1 de la citada Instrucción, se establece: “La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, solo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”¹⁸.

El problema reside en que, para la DGRN, el encargado del Registro Civil español solo debe realizar determinados controles incidentales, formales, para comprobar si dicha resolución judicial extranjera puede ser reconocida en España a efectos registrales¹⁹. No le correspondería al encargado del Registro Civil valorar si dicha resolución judicial provoca o no efectos contrarios al Ordenamiento jurídico español como, por el contrario, sostiene el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014.

Por tanto, la DGRN, al permitir la inscripción de la filiación que determine la resolución judicial extranjera, está permitiendo una legalización de hecho de la gestación por sustitución, al reconocer efectos jurídicos a esos contratos celebrados en el extranjero pero que son nulos en España. Es un claro supuesto de fraude de ley, por la vía administrativa²⁰, porque es la propia Dirección General la que legaliza sin legalizar²¹, reconociendo, de hecho, unos los efectos civiles en la determinación de la filiación materna que son contrarios al tenor literal del art. 10.2: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Pero esta situación de insuficiencia o de irregularidad en la técnica legislativa de la LTRHA se evidencia aún más si contemplamos otro supuesto. En el caso de que los que hayan acudido al extranjero para realizar este tipo de contrato fueran una pareja heterosexual, que hayan aportado cada uno de los dos su propio material genético, el art. 10.2 de

¹⁸ Artículo 1 de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

¹⁹ Expresamente, establece que: “En dicho control incidental deberá constatar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”. Directriz primera, 3 de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, cit.

²⁰ ALBERT (2017) p. 190.

²¹ SERRANO (2017) p. 222. También en ARAGÓN (2017) p. 28.

la LTRHA sencillamente impide la determinación de la filiación biológica materna. La madre biológica, en este caso, solo puede iniciar un expediente de adopción del que es, genéticamente, su hijo, salvo que aporte una resolución judicial en el momento de la inscripción consular, como hemos explicado anteriormente.

Si tenemos en cuenta que el art. 7.3 de la misma ley establece la denominada “doble maternidad legal”, es decir, la posibilidad de que la mujer casada con otra mujer manifieste su voluntad de determinar la filiación a su favor del hijo nacido de su cónyuge, es difícil entender la racionalidad de esta medida y su consonancia con el mantenimiento del principio romano “*mater semper certa est*”. No existe ninguna razón jurídica para que, en un caso (el de parejas homosexuales femeninas), la simple voluntad de considerar al hijo como propio, baste para determinar la filiación natural de las dos madres respecto al hijo y, en otros casos (parejas heterosexuales con aportación de material genético), a la madre biológica solo le quede la posibilidad de iniciar una adopción. Solo podríamos explicarlo teniendo presente la voluntad del legislador de considerar estos contratos nulos de pleno derecho, por lo que la prohibición en estos supuestos de reconocer la filiación de la madre genética, no sería más que la sanción o la consecuencia jurídica de la realización de un acto no admitido por la ley.

No obstante, algunos entienden que es una articulación discriminatoria²² y abogan por añadir, en el tradicional sistema de filiación español, junto a la filiación natural o biológica (matrimonial o extramatrimonial) y adoptiva, una tercera clase: la filiación volitiva, basada en la simple manifestación de la voluntad de querer ser padre o madre: “Ser padre o madre es mucho más que un vínculo genético o biológico: es querer ser padre o querer ser madre; y eso es precisamente lo que permite la filiación derivada de TRA [técnicas de reproducción asistida] al prever un sistema basado en la voluntad”²³. A efectos registrales, las consecuencias de admitir este tipo de filiación, son claras: en los supuestos de inscripción de la filiación natural o biológica (matrimonial o extramatrimonial) y de inscripción de filiación adoptiva, solo cabrían dos asientos registrales: el progenitor A y el progenitor B; mientras que, en el caso de una hipotética filiación volitiva, serían posibles tantos asientos como personas deseosas de ser considerados padres o madres existan. Tendríamos, pues, filiaciones de tres, cuatro o hasta cinco progenitores de un mismo niño²⁴.

²² Por ejemplo, LAMM (2012b) pp. 84-85 y NÚÑEZ *et alii*. (2015) p. 240.

²³ LAMM (2012b) p. 90. Un poco antes, en el mismo lugar, ha explicado que: “Las TRA [técnicas de reproducción asistida] afectan el concepto de familia y seguramente continuarán afectándolo de maneras que aún no se pueden imaginar. Bajo estas circunstancias, considero que lo mejor es utilizar la noción de voluntad como la base o punto de partida para cualquier concepto de familia que pueda surgir.

Las TRA no solo permiten que quien quiere (sic.) ser padre o madre pueda serlo, habiendo brindado una solución a muchos supuestos de infertilidad; sino que además permiten que madre o padre sea entonces quien ha querido serlo”.

²⁴ En 2015, en Argentina, se autorizó la inscripción registral de la triple filiación de un niño que había nacido con donante de semen en el seno de una pareja homosexual femenina. El padre biológico, amigo de la pareja, quiso estar también presente en la crianza del hijo y, a través de la triple inscripción de la filiación, consiguió el reconocimiento legal de su pretensión. Ver https://elpais.com/internacional/2015/4/24/actualidad/1429827035_368004.html. Fecha de consulta: 11 de febrero de 2019.

2.2. RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES POR MATERNIDAD DE HIJOS NACIDOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL EXTRANJERO

En este segundo supuesto, la legalización de facto se produce cuando se reconocen judicialmente prestaciones por maternidad a los padres subrogantes. Como es sabido, nuestro sistema de Seguridad Social reconoce unas prestaciones económicas destinadas a proteger determinadas situaciones como la maternidad biológica, la adopción y el acogimiento²⁵. En ningún momento, nuestro legislador se ha referido expresamente a la maternidad subrogada en este contexto, no obstante, en virtud del art. 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento, “aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras”, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento²⁶. La interpretación acerca de la asimilación de la gestación por subrogación a esta figura ha dado lugar a conflictos que, inicialmente, eran fallados en contra por el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS). Los recursos contra estas decisiones del INSS se han resuelto de una forma no uniforme, si bien en su mayoría favorables al reconocimiento de la prestación por maternidad cuando esta traía causa de un contrato de gestación celebrado en el extranjero²⁷. Ante esta situación, el INSS interpuso un recurso de casación para la unificación de la doctrina ante el Tribunal Supremo, resuelto en la Sentencia de 25 de octubre de 2016, cuyos argumentos han sido reiterados posteriormente por la Jurisprudencia de lo Social. La existencia de tres votos particulares a los que se adhieren otros tres magistrados, pone de manifiesto la profunda complejidad del debate en este asunto. La Sentencia se posiciona a favor del reconocimiento de la prestación por maternidad al padre biológico de dos niñas nacidas en la India gracias a un “vientre de alquiler”, y lo hace amparándose en el argumento de la existencia de una situación de necesidad real de protección, con independencia de que esta situación haya devenido de un contrato nulo en España. Concretamente, afirma: “[...] que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos. Y aquí nos encontramos con un contrato de maternidad por su-

²⁵ Artículo 177 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: “A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

²⁶ El art. 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, establece: “Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”.

²⁷ ARAGÓN (2017) p. 11.

brogación que es nulo pero que ha desplegado sus efectos, en particular los que interesan: inserción de las menores nacidas en el núcleo familiar de quien solicita las prestaciones por tal motivo²⁸. Esta situación, junto al principio de la consideración primordial del interés superior del menor, determina el fallo.

No obstante, los votos particulares que acompañan a esta Sentencia rechazan abiertamente esta argumentación, que se considera una extralimitación del poder judicial. Y ello, sobre todo por dos motivos:

En primer lugar, porque el principio invocado de la consideración primordial del interés del menor, según la STS de 6 de febrero de 2014, sirve para “[...] interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”. Se añade que: “No hacerlo así, podría llevar a la desvinculación del juez del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 CE”²⁹.

En segundo lugar, porque de un acto ilegal no pueden derivarse derechos que perjudiquen a un tercero, en este caso, el INSS, obligado a pagar la prestación, y porque todo ello se produce con un claro fraude de ley, ya que el actor pudo simplemente reconocer su paternidad, según lo previsto por el artículo 10.3 de la L. 14/2006 pero prefirió reconocer su actuación previa, y la consecuencia de ello es la nulidad³⁰.

A pesar de la contundencia de los argumentos esgrimidos en los votos particulares, lo cierto es que, hasta la fecha, la Sala 4ª del Tribunal Supremo se ha mostrado favorable al reconocimiento de la prestación, con lo que consagra, como hemos dicho, la legalización de hecho de la maternidad subrogada, al asimilarla a situaciones que no son análogas (adopción, acogimiento y guarda) y reconocer efectos jurídicos laborales a una situación contraria a Derecho.

La situación de legalización de hecho de la maternidad subrogada en ambos supuestos, podría haberse evitado si la LTRHA hubiera incluido a la gestación por subrogación en el catálogo final de infracciones leves, graves o muy graves que aparece al final del texto legal³¹. En definitiva, si hubiera sido mucho más específico el legislador a la hora de prever las consecuencias negativas que todo acto contrario a la ley debe llevar aparejado. El legislador solo ha regulado las consecuencias positivas (el nacimiento de un niño y su relación paternofilial con los causantes) y, salvo la imposibilidad de que la madre genética vea reconocida su filiación natural, no hay ninguna previsión de sanción contenida en la propia Ley en relación a la maternidad subrogada.

Nuestro Código Penal regula la suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor en los artículos 220 y 221. Se trata de supuestos en los que se entrega un niño a otra persona obviando las instituciones de guarda, acogimiento o adopción. El art. 221, en concreto, agrava las penas cuando la entrega de un niño tiene

²⁸ STS (25-10-2016) p. 18.

²⁹ Voto particular contra la STS (25-10-2016) que formula el Magistrado D. LUIS FERNANDO DE CASTRO y al que se adhiere D. JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ, motivo cuarto, 4, pág. 25.

³⁰ Voto particular contra la STS (25-10-2016) que formula el Magistrado D. JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE SERRANA al que se adhieren Dña. MARÍA MILAGROS CALVO IBARLUCE y D. JESÚS SOUTO PRIETO, motivo tercero, 2, pág. 30.

³¹ GONZÁLEZ (2017) p. 130.

lugar a cambio de precio, y hace extensivas estas penas tanto a los intermediarios como a los que reciben el niño, aunque la entrega se haya producido en el extranjero³². Esta figura se asemeja mucho a un contrato de gestación por subrogación. Por tanto, solo faltaría su determinación y especificación como infracción administrativa para que esa voluntad legislativa de impedir la gestación por sustitución quedara claramente expuesta, sin resquicio de dudas y sin posibilidad de fraude de ley o legalización de facto³³.

3. LA PROPOSICIÓN DE LEY COMO MAL MENOR

Una de las recomendaciones que los magistrados discordes con el fallo realizan en la Sentencia de 25 de octubre de 2016, es una reforma legislativa pero, advierten, citando la STS de 6 de febrero de 2014, que esta debe ser realizada por el Parlamento “como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”³⁴. Haciéndose eco de esta recomendación y ante el encendido debate social suscitado en relación a este asunto, el 8 de septiembre de 2017, como ya dijimos, se presentó al Congreso de los Diputados español la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación (PLDGS), por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. En su Exposición de Motivos, se alude expresamente a la legalización de facto que ha supuesto la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar su necesidad. Expresamente, reconoce que: “La Instrucción de 5 de octubre ha dejado, en la práctica, sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la LTRHA, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del fruto del contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España”. Y añade: “El pragmatismo de la citada Instrucción supone la legalización de facto de la gestación por subrogación en España”³⁵. Por eso, continúa la Exposición de Motivos de la PLDGS, “la mejor solución, la más garantista, es regular, no cerrar los ojos ni prohibir”³⁶.

En otras palabras, se contempla la regulación de la maternidad subrogada como el mal menor, como la posición intermedia entre los dos extremos representados por quienes

³² Art. 221 del Código Penal español: “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

² Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”.

³³ En el mismo sentido se pronuncia ARAGÓN (2017) p. 3.

³⁴ Voto particular contra la STS (25-10-2016) que formula el Magistrado D. LUIS FERNANDO DE CASTRO y al que se adhiere D. JOSÉ LUIS GILOLMO LÓPEZ, motivo cuarto, 4, pág. 25.

³⁵ Exposición de Motivos, III, pp. 2 y 3 de la PLDGS.

³⁶ Son muchos los autores se posicionan en el mismo sentido que esta proposición de Ley, a favor de la regulación de la maternidad subrogada gratuita o altruista. Ver, por ejemplo, VELA (2017) p. 17; MARTÍN, p. 16. Disponible en <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>. Fecha de consulta: 31 de agosto de 2017 o VILAR (2014) p. 927.

están a favor de la maternidad subrogada, sea del tipo que sea, y los que, en todo caso, se oponen a ella³⁷.

La PLDGS aprobada reconoce tan solo la maternidad subrogada gratuita, altruista o solidaria, pero admite la posibilidad de cierta compensación económica por los inconvenientes causados. A pesar de ello, garantiza que en ningún caso pueda haber un lucro en la madre gestante como consecuencia de este servicio ya que incluye, entre las infracciones muy graves, “el pago de cualquier cantidad dineraria o en especie”³⁸. Las infracciones graves, según el art. 25.1, pueden llevar aparejadas sanciones que oscilan entre los diez mil y el millón de euros de multa, siendo responsables de ellas los que cometieran la infracción. Si se trata de varias personas, todas ellas responderán de manera solidaria, según el art. 26.

Además, establece una serie de requisitos que deben cumplir las madres gestantes: deben ser mayores de 25 años y menores de lo que se establezca reglamentariamente según las condiciones físico-psíquicas idóneas para un embarazo con éxito; deben haber dado a luz con anterioridad al menos un hijo sano; no pueden aportar material genético propio ni pueden haber gestado para otro anteriormente; deben tener un buen estado de salud general y disponer de una situación socio económica y familiar adecuadas para afrontar esta situación, por citar algunos³⁹. Es difícil pensar que haya un gran número de mujeres que, además de desear gestar para otros, puedan llegar a cumplir tantos requisitos y, por otra parte, sorprende su contraste o comparación con los requeridos a los padres comitentes.

En este sentido, el artículo 8 de la PLDGS solo exige que hayan agotado o que sean incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida, además de tener plena capacidad jurídica, entre 25 y 45 años y nacionalidad o residencia legal en España. Como puede observarse, no se trata de requisitos especialmente difíciles de cumplir ni que garanticen en ningún caso la idoneidad de los padres comitentes para ejercer como tales. Tan solo la última de las exigencias del art. 8.2 de la PLDGS se refiere a este hecho, pero se expresa en unos términos tan vagos que no se entiende de qué manera podrá acreditarse tal requisito. Expresamente determina: “Acreditar que cuenta con la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que pretende constituir”⁴⁰. Además, estas endeble exigencias se empequeñecen aún más cuando la PLDGS permite que dichos requisitos sean cumplidos por uno solo de los padres comi-

³⁷ La gestación por sustitución permite muchas variantes que han sido clasificadas por el profesor BELLVET (2015) pp. 24-27. Estas variantes han dado lugar a distintas posturas frente a ellas: “Como siempre sucede ante la aparición de novedades biotecnológicas fuertemente controvertidas, se identifican de inmediato tres tipos de posiciones: la ‘tecnó-entusiasta’, que destaca las nuevas posibilidades de satisfacer la maternidad/paternidad que ofrece esta biotecnología y aboga por la liberalización y la autorregulación; la ‘prudente’, que alerta acerca de los problemas y riesgos que entraña pero confía en la posibilidad de establecer una adecuada regulación para garantizar su buen uso, y la ‘tecnó-desconfiada’, que entiende que estas intervenciones suponen atentados directos contra bienes fundamentales de las personas o de la sociedad y que, en consecuencia, deberían ser prohibidas con carácter general”. BELLVET (2015) p. 22.

³⁸ Artículo 24, 2, c) 8ª de la PLDGS.

³⁹ Artículo 7 de la PLDGS.

⁴⁰ Artículo 8. 2 de la PLDGS: “El progenitor subrogante deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Plena capacidad jurídica y de obrar. b) Ser mayor de 25 años y menor de 45 años. c) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España. d) Acreditar que cuenta con la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que pretende constituir”.

tentes ya que, si ambos están casados o “unidos por una relación equivalente reconocida por la Ley”⁴¹, basta que uno solo reúna estas condiciones para que sea lícito el convenio de gestación por subrogación.

Otros aspectos a destacar son la limitación del número máximo de embriones a transferir en cada ciclo reproductivo, y la prohibición de que exista vínculo de consanguinidad (artículo 4.3) o cualquier relación de subordinación económica entre las partes intervinientes (artículo 9.6). Al respecto, llama poderosamente la atención la contradicción que refleja esta prohibición de parentesco por consanguinidad entre la madre gestante y la madre comitente, con el espíritu altruista que refleja la Proposición de Ley en su Exposición de Motivos y que dice ser inspirador de la regulación que nos ofrece ¿Qué puede haber más altruista que una madre consienta en gestar para su hija o hijo?

Por último, se prevé la constitución de un Registro Nacional de Gestación por Subrogación en el que deberán inscribirse las madres gestantes (artículos 15 y 16). Esta inscripción deberá ser renovada anualmente, aportando un certificado expedido por centros autorizados en el que conste la idoneidad de la madre gestante, es decir, que cumple con los requisitos ya expuestos.

A pesar de los intentos de esta PLDGS por salvaguardar la dignidad y la libertad de las partes intervinientes (la gratuidad y la ausencia de vínculo entre las partes son significativos en este sentido), es llamativo que este intento de regular la gestación por sustitución se haya convertido en un punto de encuentro entre posiciones ideológicas tradicionalmente enfrentadas.

En efecto, tanto para el llamado postfeminismo de género, como para el feminismo de la complementariedad (también conocido como feminismo de la diferencia o de la corresponsabilidad)⁴², la regulación de la gestación por subrogación supone una mercantilización de la mujer y, por tanto, un grave atentado contra su dignidad. No obstante, cuando observamos más de cerca los planteamientos de unos y otros, este inicial encuentro se desvanece. En otras palabras, vuelve a hacerse realidad aquella famosa anécdota referida por Jacques Maritain: “estamos todos de acuerdo en esto con tal de que no se nos pregunte por qué”⁴³. El desencuentro dentro del encuentro se evidencia tanto por los presupuestos filosóficos de los que parten uno y otro como, sobre todo, en la consideración del hijo, del resultado de la gestación por sustitución, que prácticamente desaparece, o no es tenido en cuenta hasta que nace, en los discursos del feminismo radical (como ha señalado en alguna ocasión la Prof. Garibo⁴⁴), mientras que es un argumento muy importante y sólido en con-

⁴¹ Artículo 8.3 de la PLDGS.

⁴² Para profundizar en esta tipología, ver, por ejemplo, además de APARISI (2012) pp. 357 a 384 y APARISI (2009) pp. 1696-193, NOVOA (2012) pp. 337-356.

⁴³ Literalmente, cuenta MARITAIN: “Durante una de las reuniones de la Comisión nacional francesa de la UNESCO en que se discutía sobre los Derechos del Hombre, alguien manifestó su extrañeza al ver que ciertos defensores de ideologías violentamente opuestas se habían puesto de acuerdo para redactar una lista de derechos. “Claro –replicaron ellos– estamos de acuerdo en esos derechos a condición de que no se nos pregunte por qué”. Es con el “por qué” con lo que la discusión comienza”. MARITAIN (1983) p. 94.

⁴⁴ Ver, por ejemplo, GARIBO (2017) pp. 245-259.

tra de esta técnica de reproducción asistida en los otros discursos. Por razones de espacio, voy a centrarme solo en el punto de encuentro.

4. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE POSICIONES IDEOLÓGICAS DISTINTAS

El feminismo no es un movimiento unívoco, sino que, dentro de él, pueden encontrarse distintas variantes. En este sentido, el postfeminismo de género supone una radicalización del llamado feminismo de la igualdad o primer feminismo⁴⁵. Este primer feminismo supuso un notable avance respecto a la defensa de la igualdad entre hombres y mujeres pero, al mismo tiempo, diluyó la diferencia entre ambos, porque, precisamente para luchar contra la subordinación patriarcal, en su afán por igualar la mujer al varón, terminó convirtiéndola en una especie de hombre encerrada en un cuerpo molesto, esclava de procesos biológicos cuyo control se le escapan y que tiene que asistir pasiva, inerte, a la subordinación de su individualidad por la pervivencia de la especie.

El conflicto entre especie e individuo que afecta a la mujer se observa claramente en este fragmento de *El Segundo sexo*, de Simone de Beauvoir, una de las máximas exponentes de este feminismo: “[...] la individualidad de la hembra, por el contrario, es combatida por el interés de la especie; aparece como poseída por potencias extrañas: enajenada. Por ello, cuando la individualidad de los organismos se afirma más, la oposición de los sexos no se atenúa: todo lo contrario. El macho encuentra caminos cada vez más diversos para utilizar las fuerzas de que se ha adueñado; la hembra siente cada vez más su esclavización; el conflicto entre sus intereses propios y el de las fuerzas generadoras que la habitan se exaspera”⁴⁶.

El postfeminismo de género lleva la igualdad entre sexos hasta el extremo, como hemos dicho, cuando incorpora en estos presupuestos filosóficos la diferenciación entre sexo y género. El primero se considera un hecho biológico y, por lo tanto, dado por la naturaleza, mientras que el segundo se considera como algo construido y dependiente, en última instancia, de la voluntad individual. En este sentido, parte de una visión dualista del ser humano, que le lleva a entender que cualquier referencia a un “orden natural” debe ser rechazada, mientras que reafirman la autodeterminación individual que debe incluir la identidad sexual, sin que esta pueda quedar limitada o determinada por la genética o la biología: “el postfeminismo de género [...] entiende que las desigualdades que padecen las mujeres, traducidas en términos de subordinación, solo desaparecerán en la medida en que ya no se hable de mujeres y de varones, sino de seres indiferenciados que, sin tener en cuenta los aspectos biológicos, adopten en su vida el rol que libremente deseen desempeñar”⁴⁷.

Pero esta autodeterminación individual no alcanza a la gestación por subrogación porque, en el contexto del postfeminismo de género, la maternidad subrogada, entronca directamente con la tradición contractualista de la Modernidad y consagra el modelo de relación género-sexo patriarcal o de subordinación de la mujer al hombre.

⁴⁵ Ver, por ejemplo, APARISI (2016) p. 7.

⁴⁶ BEAUVOIR (1969) p. 11.

⁴⁷ Ver APARISI (2016) p. 8 y CABRERA (2016) pp. 6-7.

Efectivamente, el contrato social original consagrado por las teorías políticas modernas de los siglos XVII y XVIII, propició la superación del Antiguo Régimen y la formación de los nuevos sistemas políticos que culminarían en el Estado liberal, gracias a la ficción del pacto unánime entre individuos libres en un estado de naturaleza. Pero la caracterización de este individuo, que libremente pacta con sus congéneres para preservar su libertad e igualdad originarias, es falsamente neutral en lo que al sexo se refiere. Cuando el individuo se constituye en ciudadano a través del pacto social, se excluye a las mujeres de ese contrato. No son, por ello, ciudadanas ni sujetos de derecho, no pueden participar en la vida pública ni en la toma de decisiones políticas⁴⁸.

Una de las pioneras en la relectura de la Modernidad desde una perspectiva de género, ha sido la británica Carole Pateman. Para esta pensadora, el contrato social original es un contrato sexual a través del cual el hombre asegura su derecho sobre la mujer gracias al derecho civil patriarcal⁴⁹. De este modo, para esta pensadora y para las que han seguido su estela, la prostitución y la gestación por subrogación son los dos ejemplos más claros de cómo el patriarcado clásico sigue perviviendo en la actualidad. En palabras de Alicia H. Puleo: “[...] la prostitución y la maternidad subrogada serían dos casos en los que la función de ocultamiento de la subordinación estructural de las mujeres sería más clara. Al entenderlos como contratos legítimos de trabajo, se niega la relevancia de la identidad encarnada de las personas que contratan cuando, en realidad, esta es determinante”⁵⁰. Es decir, tanto en la maternidad subrogada como en la prostitución se utiliza a la mujer precisamente en cuanto que mujer, no en cuanto individuo.

Conviene recordar que todas las técnicas de reproducción humana, desde las más simples (como la inseminación artificial) hasta las más complejas (como una clonación, por ejemplo), dependen de un cuerpo femenino para su éxito. Por ello, la futura regulación de la gestación por subrogación en España y su posible conversión en “derecho”, supondría para este feminismo “[...] otro medio a través del cual se asegura la subordinación patriarcal”⁵¹. Es decir, provocaría, desde esta perspectiva, un retroceso respecto a la posición jurídica que las mujeres ya han conseguido en sociedad después de una larga lucha. Para estas autoras, la regulación de la maternidad subrogada supone una simple transformación del patriarcado clásico, no su eliminación, en lo que Alicia H. Puleo ha denominado “patriarcado del consentimiento”⁵², Ana de Miguel, “neoliberalismo sexual”⁵³ o Laura Nuño,

⁴⁸ Esta exclusión de la vida política llega a su expresión más depurada en KANT: “El muchacho empleado en casa de un comerciante o fabricante, el sirviente que no está al servicio del Estado, el *pupilo* (*naturaliter, vel civiliter*); todas las mujeres, y en general cualquiera que se encuentra compelido a proveer a su existencia, no por medio de una dirección personal sino según las órdenes de otro (excepto del Estado), carece de personalidad civil y su existencia no es en manera alguna más que un accesorio de la de otro”. KANT (1978) p. 24.

⁴⁹ PATEMAN (1995) p. 295.

⁵⁰ PULEO (2017) p. 177.

⁵¹ PATEMAN (1995) p. 295

⁵² PULEO (1995) pp. 21-54 y PULEO (2017) p. 176.

⁵³ DE MIGUEL (2015). En esta obra, la autora no aborda directamente la cuestión de la gestación por sustitución, pero sus argumentos en defensa de la mujer y en contra de su utilización sexual a través, por ejemplo, de la prostitución, son en mi opinión, perfectamente extrapolables a la maternidad subrogada. La idea principal

“neoliberalismo reproductivo”⁵⁴. Son distintas versiones de una misma idea de la que, precisamente, se hace eco esta Proposición de Ley: la aceptación libre de esta situación supone la garantía de juridicidad y la salvaguarda de la dignidad de las partes. Sigue siendo, pues, válida la ficción del contrato social original, al consagrar “que las relaciones contractuales son el paradigma de las relaciones libres”⁵⁵.

El feminismo de la complementariedad, por su parte, comparte con los anteriores feminismos la lucha contra la subordinación patriarcal de la mujer. Sin embargo, lo hace desde otros presupuestos, en concreto, desde el presupuesto de la igualdad ontológica del hombre y de la mujer. Es decir, entiende que el hombre y la mujer en cuanto que personas, comparten la misma naturaleza y, por tanto, la misma dignidad y los mismos derechos. Pero, al mismo tiempo, esta igualdad no es incompatible con la diferencia que existe entre hombres y mujeres; diferencias que se afirman a nivel genético, biológico, hormonal e, incluso, psicológico. El gran reto de este feminismo de la complementariedad consiste, pues, en afirmar las diferencias existentes entre ambos sexos sin que estas se constituyan en causa alguna de discriminación⁵⁶. Desde estos presupuestos, la regulación de la gestación por sustitución en España, supone un grave atentado contra la dignidad de la mujer gestante y del hijo nacido como consecuencia de esta técnica de reproducción asistida, ya que los sitúa en un contexto mercantilista, en una situación de vulnerabilidad en la que, como veremos a continuación, sus elementales derechos no quedan garantizados⁵⁷.

Precisamente aquí radica el punto de encuentro entre los feminismos ideológicamente distintos que hemos señalado antes. Tanto en el postfeminismo de género como en el feminismo de la complementariedad, se señala el consentimiento de la madre gestante como un consentimiento que no justifica, es decir, que no hace necesariamente justa o legítima, la decisión que sostiene. Por el contrario, los partidarios de la regulación de gestación por sustitución defienden que se trata de un contrato legítimo, al estar realizado por adultos responsables y libres; se defiende la inocuidad de esta técnica de reproducción asistida siempre que se garantice precisamente el libre consentimiento de las partes afectadas. Parece, por tanto, que de nuevo, la autonomía moral se erige en el fundamento último de lo jurídico⁵⁸. El postfeminismo de género y el feminismo de la complementariedad entienden que los contratos de gestación por sustitución violentan gravemente la dignidad de la mujer, al convertir lo más específico de su ser, la posibilidad de alumbrar a otro, en un objeto de transacción contractual. Por el contrario, sus defensores entienden que la dignidad queda salvaguardada en el momento en que queda afectada por una decisión libre.

que defiende durante todo el libro es que el consentimiento libre no existe en las mujeres y no es más que un recurso para legitimar y perpetuar las situaciones de subordinación al patriarcado.

⁵⁴ NUÑO (2016) p. 686.

⁵⁵ AGRA (1995) pp. XII-XIII. En el mismo sentido, aunque desde una posición filosófica distinta, ALBERT (2017) pp. 178 y ss. y GONZÁLEZ (2017) pp. 121 y ss.

⁵⁶ “Para sostener sus aseveraciones, este modelo busca apoyo en la realidad y, primariamente, en los datos que nos aportan las ciencias experimentales y culturales. Ello requiere, inevitablemente, de un enfoque interdisciplinar”. APARISI (2016) p. 3.

⁵⁷ LÓPEZ Y APARISI (2012) p. 266

⁵⁸ CABRERA (2016) pp. 9-10

En mi opinión, la ideología que subyace en la PLDGS es claramente liberal. La Proposición de Ley se rinde a los intereses del liberalismo y del individualismo radical, olvidando así que la Historia ha demostrado, en más de una ocasión, lo desacertado de este planteamiento y los graves perjuicios de este individualismo exacerbado⁵⁹. Parte del llamado “mito de la libre elección” porque entiende que, como las mujeres ya somos libres, estamos en condiciones de igualdad para elegir⁶⁰. Y podemos elegir libremente qué hacer con nuestros cuerpos, sin que eso lesione o afecte de alguna manera a nuestra dignidad⁶¹. Por tanto, siguen siendo válidos aquí los argumentos de la Modernidad y del contrato social: en la medida en que las mujeres deciden libremente, todas las consecuencias de esas decisiones quedan justificadas. Pero ¿realmente esta Proposición de Ley está garantizando la libertad de decisión de las madres gestantes? Creo que la respuesta debe ser negativa, por dos razones:

En primer lugar, como certeramente ha señalado Marta Albert, por el hecho de que no haya sido impulsada por movimientos colectivos de madres que deseen prestarse para gestar los hijos de otros, sino todo lo contrario: ha sido impulsada por asociaciones de padres que desean contratar a una mujer que gesticione para ellos⁶². En concreto, han sido dos las asociaciones de ciudadanos que, en España, han impulsado esta Proposición de Ley: la Asociación por la Gestación Subrogada en España (AGSE), en colaboración con la Asociación Son Nuestros Hijos, y el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF)⁶³. Cada colectivo publicó unas propuestas de regulación de las que la PLDGS presentada por Ciudadanos se hace eco en casi su totalidad y, en la mayoría de las ocasiones, con las mismas palabras⁶⁴. Por tanto, lo que pretende proteger esta Proposición

⁵⁹ MEGÍAS (2007) pp. 154-155.

⁶⁰ “[...] desde posiciones supuestamente progresistas se mantiene que las mujeres ya pueden elegir también ser putas, puesto que ya hay igualdad. Esta defensa de la libertad de elección de las mujeres se ha convertido en un elemento muy importante de la desvirtuación del discurso feminista. Se apela a la libre elección como si esta fuera el fundamento del feminismo, y se resta valor al análisis de una estructura social generalizada y patriarcal que actúa determinando de forma coactiva las elecciones de las personas”. DE MIGUEL (2015) p. 339.

⁶¹ En puridad, la referencia a la dignidad en este contexto podría ser más un punto de desencuentro que de encuentro porque el concepto de dignidad del que parte, el feminismo de la igualdad o el postfeminismo de género, y el feminismo de la complementariedad o de la diferencia, difieren. Para el feminismo de la complementariedad, la dignidad, como hemos dicho antes, hace referencia a un dato ontológico, como es el propio término persona, del que se predica. Así, no admiten distinción alguna entre personas y seres humanos. Todos los seres humanos, son personas y poseen dignidad, con todos los derechos que a ella le son inherentes. La dignidad no admite grados, como no los admite el propio término persona, por lo que se mantiene constante desde el primer momento de la existencia humana hasta el último. Por eso, por ejemplo, el aborto, que el feminismo de la igualdad defiende como una manifestación de la autonomía reproductiva de las mujeres es, desde esta posición, injustificable. Para mayor abundamiento sobre el concepto de dignidad ontológica, puede consultarse: CABRERA (2017) pp. 115 y ss., APARISI (2014), MEGÍAS (2005) p. 250, HERVADA (1991) p. 357 o SPAEMANN (1989) pp. 50 y ss.

⁶² ALBERT (2017) p. 179.

⁶³ BELLVER (2017) p. 231.

⁶⁴ El texto de la Proposición de ley de gestación subrogada de la Asociación por la Gestación Subrogada en España está disponible en http://xn--gestacionsubrogadaenpaa-woc.es/images/PDF/Proposicion_de%20ley.pdf. Fecha de consulta: 26 de marzo de 2018. La Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución del grupo Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, puede consultarse en <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>. Fecha de consulta: 26 de

de Ley no es un pretendido *derecho* de las madres de gestar para otros, sino el legítimo (pero dudosamente jurídico) deseo de los padres comitentes de tener un hijo a toda costa.

En segundo lugar, especialmente revelador de la ideología que impregna esta Proposición de Ley es el tratamiento que otorga al consentimiento informado de la madre gestante.

El art. 9.2 de la PLDGS, en su apartado b), establece que el contenido mínimo del contrato de gestación por subrogación, tiene que recoger el “consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes”. A mi modo de ver, al constituirlo como irrevocable, está restringiendo gravemente la autonomía personal de la madre gestante⁶⁵.

Precisamente, el pasado 24 de abril de 2018, el Tribunal Constitucional portugués fallaba contra varios artículos de la *Lei* N° 32/2006, de técnicas de reproducción médicamente asistida. Aunque el Tribunal considera que la gestación por sustitución no viola la dignidad de la gestante ni la del niño así concebido⁶⁶, sí hay puntos que son contrarios a la Constitución portuguesa. Uno de ellos es, en concreto, el tratamiento que el artículo 8.8 (en remisión al artículo 14.5 de la misma Ley) hace del consentimiento, porque: “no admite la revocación del consentimiento de la gestante de sustitución hasta la entrega del niño a los beneficiarios”. Por tanto, se declara su inconstitucionalidad “por violación de su derecho al desarrollo de la personalidad, interpretado de acuerdo con el principio de dignidad de la persona humana, y con el derecho a constituir una familia”⁶⁷.

Esto que ve tan claro el TC portugués no es tenido en cuenta, sin embargo, por el legislador español que declara la irrevocabilidad del consentimiento de la madre gestante desde el primer momento en que decide aceptar el convenio de gestación. Por tanto, en el caso de que consiga ser aprobada por las Cortes Generales, estos argumentos podrían extrapolarse perfectamente a la PLDGS. Máxime si se tiene en cuenta que, en España, toda la normativa que informa la asistencia sanitaria, la investigación biomédica en personas o la donación de órganos, establece la posibilidad de revocar el consentimiento, libremente y sin incurrir en indemnización o sanción alguna. El paciente tiene, en el caso de las donaciones, un plazo de veinticuatro horas desde que se autoriza la donación hasta que se produce la intervención quirúrgica, para ejercer este derecho, sin que deba someterse a ningún tipo de formalidad en la comunicación de su revocación⁶⁸. Incluso en la adopción, aunque

marzo de 2018. Las escasas diferencias entre la Proposición de Ley del grupo Ciudadanos y estos textos afectan, sobre todo, a la edad mínima de la mujer para ofrecerse como gestante, al vínculo entre esta y los padres comitentes, al número de embriones transferidos a la madre gestante en cada ciclo reproductivo y a la posibilidad de emplear esta técnica por persona soltera.

⁶⁵ “(...) a nuestro juicio, sería una contradicción querer sustentar la gestación por sustitución en la autonomía, en la libertad y, al mismo tiempo, defender la irrevocabilidad del consentimiento, la cual conlleva una renuncia a la autonomía, a la libertad”. GONZÁLEZ MORENO (2017) p. 215.

⁶⁶ Esta opinión es rechazada en las “declaraciones de voto” posteriores firmadas por DÑA. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, DÑA. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, D. JOSÉ ANTÓNIO TELES PEREIRA, D. JOÃO PEDRO CAUPERS.

⁶⁷ *Decisão* b), pág. 1954: “*Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família*”.

⁶⁸ Artículo 8.6 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se esta-

se trata de un supuesto que, a mi juicio, no admite comparación con la maternidad subrogada⁶⁹, el Código Civil exige que el necesario asentimiento de la madre no se produzca hasta que hayan transcurrido seis semanas después del parto⁷⁰.

Al establecer el carácter irrevocable del consentimiento, la PLDGS revela que ya no son los principios de la ética los que la informan, sino los principios del mercado, porque se trata de dar satisfacción y de proteger los deseos de los padres comitentes de tener un hijo a toda costa. Solo desde esta perspectiva puede entenderse ese cambio de criterio sobre el carácter irrevocable del consentimiento en una técnica que no solo va a afectar puntualmente a la salud de la madre gestante, sino que la va a condicionar durante los nueve meses que dure el embarazo e, incluso, toda su vida⁷¹. Lógicamente, la posibilidad de revocar el consentimiento estaría poniendo en peligro las expectativas de los padres intencionales ya que, si se admitiera la posibilidad de que la madre gestante revocara su consentimiento, el niño que se está gestando, o bien no llegaría a nacer, o no sería entregado a sus padres biológicos y, en ambos casos, el resultado es el mismo desde el punto de vista de los padres comitentes: no verían satisfecho su deseo de ser padres.

Sin embargo, la PLDGS sí deja a salvo el consentimiento de la madre gestante, no ya para entregar o no el niño una vez nacido, sino para ejercer su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, es decir, para impedir que ese niño nazca, al amparo de la L.O. 2/2010⁷². Resulta bastante desconcertante, como poco, esta peculiar manera de regular la revocación del consentimiento informado que solo es tenido en cuenta cuando, al ejercerla, se evita la aparición del objeto de la relación entre los padres comitentes y la madre gestante. Solo se entiende esta posibilidad desde una posición mercantilista extrema en la que el niño se cosifica: Si la madre aborta, es cierto que tampoco se pueden cumplir las expectativas de los padres comitentes pero, al no haber “producto”, tampoco habrá disputas entre las partes sobre la paternidad, maternidad, filiación y todas las consecuencias jurídicas que derivan de estas instituciones. El problema se zanja simplemente haciendo a la madre gestante responsable económicamente por los daños y perjuicios ocasionados. Son los principios propios del derecho contractual⁷³.

Pero hay algo aún más perverso en la regulación de la maternidad subrogada que propone Ciudadanos, porque al establecer la irrevocabilidad del consentimiento de la madre gestante, invierte los términos clásicos y racionales que impregnan el Derecho de con-

blecen requisitos de calidad y seguridad.

⁶⁹ La adopción es una institución dirigida a procurar padres a quien no los tiene, mientras que la maternidad subrogada es justo lo contrario. De ahí que, en el primer caso, prime el interés del menor y, en el segundo, el de los padres comitentes.

⁷⁰ Artículo 177.1 2º del Código Civil.

⁷¹ Existen evidencias científicas sobre los cambios que el embarazo provoca en el cuerpo de la madre, sobre todo en su cerebro. Ver, por ejemplo, el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 16 de mayo de 2017, p. 13; LÓPEZ MORATALLA (2018) pp. 49-83; LÓPEZ MORATALLA (2009) pp. 303-315; JOUVE (2018) p. 36 y JOUVE (2017) p. 155.

⁷² Artículo 6.2 de la PLDGS

⁷³ Realmente, la Proposición de Ley no especifica las consecuencias que deberán asumir las madres que decidan abortar en contra de los deseos de los padres comitentes, tan solo se limita a reconocerles tal posibilidad. En todo caso, entendemos que se trata de una consecuencia lógica y coherente con la irrevocabilidad del consentimiento.

tratos. Cuando el Derecho interviene para regular y poner límites a la autonomía de la voluntad, lo hace para proteger siempre los intereses de la parte más débil. Toda la regulación laboral, por ejemplo, se asienta sobre este principio y, por ello, el legislador establece un mínimo de condiciones laborales (en horarios, salarios, etc.) por debajo de las cuales el contrato laboral no se ajusta a la legalidad vigente. Así se garantiza que, por muy precarias que sean las condiciones de vida de un trabajador, este no vaya a aceptar condiciones laborales que puedan ir en detrimento de su dignidad humana. En el caso de la pretendida regulación española de la gestación por sustitución, el legislador defiende y protege los intereses de la parte más fuerte de la relación: los intereses de los padres comitentes, que son los que pagan⁷⁴. Y, de este modo (un modo taimado y sutil) la madre gestante pasa de ser sujeto del **derecho a gestar para otros**, a ser sujeto de un sinnúmero de obligaciones recogidas todas ellas en el convenio (contrato) gestacional⁷⁵. Una vez que lo acepta, la imposibilidad de arrepentirse sin tener que asumir coste alguno por ello, la sitúa en una posición de explotación que es contraria a los principios básicos del Derecho.

Si la finalidad de maternidad subrogada es un acto de generosidad y solidaridad, como dice la Exposición de Motivos de esta PLDGS, por la que una mujer ayuda a otros a satisfacer su deseo de ser padres, lo razonable hubiera sido admitir la posibilidad de una revocación del consentimiento sin penalización alguna. No puede existir un consentimiento libre sin que se admita la posibilidad de revocación sin compensación económica. Si esto sucede, los sentimientos altruistas y solidarios se sustituyen por los intereses de parte clásicos de las transacciones mercantiles, donde se imponen precisamente los de la parte con más fuerza para negociar. La regulación de esta técnica de reproducción, por tanto, no es más una nueva forma de explotación de la mujer, disfrazada de falsa generosidad y altruismo⁷⁶. Es otra forma de mercantilización de la mujer, al igual que la prostitución, que intenta legitimarse desde el ejercicio de una mal entendida libertad individual. Y en esta consideración están de acuerdo las dos posiciones feministas antagónicas a las que nos hemos referido antes.

Por otra parte, los exigentes requisitos que la madre gestante debe cumplir según el art. 7 de la PLDGS⁷⁷, harán, en la práctica, disminuir las posibilidades reales de encontrar un vientre idóneo. Es decir, es poco probable que con esta regulación se pueda evitar el

⁷⁴ Para ALBERT, esto supone un “antijurídico”, contrario “al más elemental sentido de la justicia”. ALBERT (2018a) p. 129.

⁷⁵ ALBERT (2018a) pp. 128-129.

⁷⁶ “El altruismo es una trampa, un señuelo que pretende ocultar otras consecuencias de la subrogación uterina. Detrás del altruismo hay, en primer lugar, la satisfacción del interés de aquellos que sí se lucran con este negocio: los agentes intermediarios, y la tranquilidad de las conciencias de sus clientes. Nadie como ellos precisa del altruismo y de la solidaridad, porque son los argumentos que legitiman moralmente su negocio”. ALBERT (2018a) p. 138.

⁷⁷ Lo reproduzco: “Artículo 7. Requisitos de la mujer gestante.

1. La mujer gestante por subrogación deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ser mayor de 25 y menor de la edad que reglamentariamente se fije en función de las condiciones psicofísicas que se consideren adecuadas para la gestación con éxito.
- b) Plena capacidad jurídica y de obrar.
- c) Tener buen estado de salud psicofísica, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, respecto de las exigencias fijadas a los donantes.

llamado turismo reproductivo. Los padres comitentes con nivel económico que no encuentren una madre gestante idónea en España seguirán acudiendo al extranjero, donde los controles son menores y los procesos más ágiles y menos garantistas para la parte más débil (la madre gestante). Dicho de otro modo, el que se regule en España la maternidad subrogada gratuita no impedirá que se pueda seguir acudiendo al extranjero para obtener, a cambio de precio y por fraude de ley, lo que la legislación nacional les impide⁷⁸.

Ya hemos asistido a este proceso en muchas ocasiones. Primero se regulará la maternidad subrogada gratuita como ejemplo de altruismo y generosidad. Luego, ante el desequilibrio entre la oferta de madres gestantes y la demanda de padres comitentes⁷⁹, se exigirá la regulación de la maternidad subrogada comercial y se producirá la consiguiente profesionalización de las madres gestantes⁸⁰. Por último, las posibilidades de las Técnicas de Fecundación In vitro (FIV o TFIV) harán nacer la necesidad de admitir y regular las relaciones pluriparentales basadas en una filiación volitiva y, en lógica consecuencia, se exigirá la inscripción de dicha multiparentalidad en el Registro Civil⁸¹: si en la producción de un

- d) Tener buen estado de salud mental y, en particular, no haber sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos.
- e) Haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad.
- f) Disponer de una situación socio-económica, así como familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad.
- g) Poseer la nacionalidad española o residencia legal en España.
- h) No tener antecedentes penales.
- i) No tener antecedentes de abuso de drogas o alcohol.
- j) No haber sido mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad.

2. La mujer gestante se obliga a mantener, a lo largo de la gestación, el cumplimiento de los requisitos de las letras c), d), f), h) y j).

En caso de cambio o modificación en el cumplimiento de los requisitos, deberá comunicarlo inmediatamente al Registro Nacional de Gestación por Subrogación y a los progenitores subrogantes.

3. La mujer gestante está obligada a someterse, en todo momento, a las evaluaciones psicológicas y médicas, que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de los requisitos exigidos. A tal fin, también deberá estar dispuesta a proporcionar todo su historial médico, así como la información económica y personal necesaria para la acreditación de los requisitos enumerados.

4. El examen de la concurrencia de las condiciones y requisitos enumerados en esta Ley se producirá, por los centros públicos habilitados por las Comunidades Autónomas, con ocasión de la inscripción de la mujer en el registro contemplado en esta Ley. Si el resultado del examen es negativo, no podrá inscribirse en el registro, ni acceder, en consecuencia, a la posibilidad de la gestación subrogada.

5. El cumplimiento de los requisitos deberá producirse con la antelación máxima de un mes a la celebración del contrato, según la certificación del Registro Nacional de Gestación por Subrogación emitida al efecto”.

⁷⁸ PULEO (2017) pp. 178 y ss. Desde una posición filosófica distinta, ver también ALBERT (2018a) p. 143.

⁷⁹ ALBERT (2017) pp. 178 y ss., ALBERT (2018b) y GONZÁLEZ CARRASCO (2017) pp. 121 y ss.

⁸⁰ Abogan por ello, por ejemplo, las profesoras de la Universidad de Waikato (Nueva Zelanda), LIEZL VAN ZYL Y RUTH WALKER. Ellas proponen, para aquellos países donde esté ya regulada y admitida la gestación por subrogación, la creación de una especie de Agencia o Departamento gubernamental, a través de la cual se garanticen los derechos laborales de las madres gestantes, haciéndolos compatibles con los intereses de los padres intencionales y de los hijos nacidos por esta técnica. Ver VAN ZYL Y WALKER (2017), VAN ZYL Y WALKER (2015) pp. 529-535, y VAN ZYL Y WALKER (2013) pp. 373-381.

⁸¹ Es la propuesta, por ejemplo, LAMM (2012b) pp. 87 y ss. También se apunta en la conclusión final de la “declaración de voto” de D. FERNANDO VENTURA, D. LINO RIBEIRO, DÑA. JOANA FERNANDES COSTA Y CLÁUDIO MONTEIRO a la sentencia del Tribunal Constitucional portugués de 24 de abril de 2018: “Todo este conjunto de interrogaciones (...) impone una sustitución del modelo de reconocimiento legal de la parentalidad en favor de

hijo intervienen más de dos personas ¿por qué impedir que todas ellas, si así lo quieren y lo hacen constar ante el Encargado del Registro Civil, puedan ser consideradas progenitores? Cuantas más personas participen en la educación y crianza del niño, mayor garantía de protección para él. De nuevo, estaremos ante una utilización tendenciosa del argumento del interés primordial del menor.

Es cierto que este argumento, conocido en bioética como la “pendiente resbaladiza” (*slippery slope*, en inglés), resulta muy difícil de probar. No obstante, algunos autores han demostrado que no se trata de una teoría ilusoria, sino de un fenómeno real, al menos, en el caso de la regulación de la eutanasia en Australia, en el estado de Oregón (EE.UU) y en Holanda⁸². Las consecuencias negativas que se pueden derivar de una regulación de la maternidad subrogada parecen aconsejar, al menos, una actitud prudente respecto a la admisibilidad del mismo. De hecho, en el caso de la India, las consecuencias negativas puestas de relieve por el Informe *Surrogacy Motherhood: Ethical or Commercial?*, del *Centre for Social Research*⁸³, han motivado la limitación de esta técnica a contratos gratuitos entre nacionales indios, casados entre sí, con algún vínculo de parentesco con la madre gestante. Sin embargo, esto no ha hecho disminuir la demanda de madres gestantes ni el turismo reproductivo. Sencillamente, este se ha trasladado a otros países con una regulación más permisiva, como Ucrania, por ejemplo.

En definitiva, aunque la opción de regular la maternidad subrogada se presente como un mal menor, en el que el consentimiento informado de la madre gestante y la gratuidad del negocio aparezcan como garantes de la juridicidad del mismo, sigue siendo un mal y plantear propuestas malas, sabiendo que son malas pero esperando con ello evitar el triunfo de propuestas aún peores es, como poco, censurable pero, ante todo es completamente ineficaz, porque no evita el mal.

5. PARA CONCLUIR: UNA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Es cierto que la situación actual de la regulación de la maternidad subrogada necesita una reforma. Pero ¿en qué sentido?

En Europa existen dos modelos de regulación de la gestación por sustitución: el modelo griego y el modelo británico⁸⁴. En el primero, el consentimiento es irrevocable, desde

los ‘padres intencionales y genéticos’, por un modelo judicial de establecimiento de la filiación basado en una valoración casuística –y, por lo tanto, contingente y discutible– de las circunstancias del caso (...). “*Todo este conjunto de interrogações (...) imponha a substituição do modelo de reconhecimento legal da parentalidade a favor dos ‘pais intencionais e genéticos’ por um modelo judicial de estabelecimento da filiação baseado numa valoração casuística –e, por isso, contingente e disputável– das circunstâncias do caso, ainda que norteada, neste como em todos os outros conflitos a dirimir no âmbito da jurisdição de menores, pelo superior interesse da criança.*”

⁸² Ver, por ejemplo, VEGA y ORTEGA (2007) y ORTEGA (2003).

⁸³ Disponible en <http://www.csrindia.org/about-us/publications/research-studies/109-surrogacy-motherhood-ethical-or-commercial>. Fecha de consulta: 17 de enero de 2019.

⁸⁴ En Derecho comparado, existen cuatro modelos de regulación de la gestación por sustitución: Reino Unido, Grecia, Brasil e India. Ver ALBERT (2018a) pp. 120-125. Un análisis desde la perspectiva laboral a partir de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede verse en GUERRERO y RIBES (2015) pp. 361-388.

el momento en que se inician los procedimientos de FIV. En el segundo, el niño pertenece a la madre gestante, desde el primer momento del embarazo, hasta el último, y esta dispone de un tiempo para que, una vez haya dado a luz, consienta la cesión del mismo. Los dos modelos son insatisfactorios. El primero, porque, como hemos visto, limita la autonomía de la mujer e incide en su derecho fundamental al desarrollo de su personalidad. El segundo porque genera una grave situación de inseguridad jurídica para los padres comitentes y para el hijo por nacer⁸⁵.

Junto a estos dos modelos de regulación, existe una tercera posibilidad por la que han optado países de nuestro entorno. Me refiero a la posibilidad de reformar la actual regulación para que se persiga, de manera contundente, la realización de estas prácticas en el extranjero. Primeramente, a través de la inclusión de la maternidad subrogada en el listado final de infracciones de la LTRHA, de modo que las sanciones administrativas refuercen la sanción penal contenida en el tipo delictivo de simulación de parto de los artículos 220 y 221 del Código Penal. En segundo lugar, impidiendo la posibilidad de una inscripción de filiación por naturaleza a los padres que, a pesar de la prohibición, acudan al extranjero a comprar ese servicio⁸⁶. Es cierto que, de este modo, no impediremos el turismo gestacional como, por otra parte, tampoco lo hará la PLDGS actual, aunque sí podremos impedir sus efectos. Para ello, es necesario que, al mismo tiempo, se promueva un acuerdo internacional para iniciar una prohibición universal de la maternidad subrogada, al menos en su modalidad onerosa, a fin de evitar la explotación de mujeres en países menos garantistas⁸⁷. En este sentido, la propuesta que aquí se apunta debería seguir los mismos principios de los actuales instrumentos jurídicos internacionales que regulan la donación y trasplantes de órganos. Estos instrumentos (en su mayoría, de carácter voluntario) están inspirados en la necesidad de luchar contra los delitos internacionales de tráfico de órganos que se han visto incrementados como consecuencia de la insuficiente disponibilidad de órganos y el consecuente aumento de las listas de espera⁸⁸.

Los principios que inspiran esta regulación internacional son el “concepto esencial de la dignidad del ser humano y del respeto de sus derechos humanos, lo que implica también la no comercialización del cuerpo humano o de partes del mismo”⁸⁹.

No resulta muy disparatado o forzado entender que, si ya existe un amplio consenso internacional para prohibir la venta o comercialización de algunas partes del cuerpo humano, no pueda lograrse un consenso semejante para impedir la contratación de un vientre

⁸⁵ GARCÍA y HERRERO (2018) p. 84.

⁸⁶ Precisamente, este es el modelo actual de Suecia y Alemania.

⁸⁷ Esta fue una de las recomendaciones del Informe del Comité de Bioética de España, de 19 de mayo de 2017 y también es la propuesta que defienden, entre otros, ALBERT (2017) p. 192, GARCÍA y HERRERO (2018) p. 87 y GONZÁLEZ CARRASCO (2017) p. 130.

⁸⁸ Junto al tráfico de órganos, otra consecuencia de la desproporción entre oferta y demanda de órganos es el aumento del turismo de trasplantes que, al igual que el turismo gestacional, se ampara en legislaciones menos garantistas.

⁸⁹ PONS (2016), p. 34

para gestar para otros⁹⁰. Si se lograra, las agencias intermediarias que ahora actúan con total impunidad, se verían obligadas a facilitar una información exacta de la prohibición (que actualmente existe) de la gestación por subrogación en España y de la imposibilidad de que esta surta efectos, tanto en la filiación como en las prestaciones por maternidad, por ser contrarias a Derecho.

Y, en cuanto a la modalidad gratuita, solo podríamos llegar a admitir su regulación en tanto que se admitiera la revocabilidad del consentimiento de la madre gestante, tanto durante el embarazo, como en un plazo razonable de tiempo después del parto.

En definitiva, la falacia del consentimiento libre e informado no puede enmascarar la explotación que subyace en la maternidad subrogada, donde la actual propuesta de regulación de la misma únicamente serviría a los intereses de los padres comitentes o intencionales y, sobre todo, a los intereses económicos de las agencias intermediarias, que son las realmente beneficiadas en este asunto. Es posible que, tras la defensa de una mal entendida libertad o autonomía de la voluntad, se esté cediendo a la presión de las agencias intermediarias en su lucha por legitimar su negocio, ya que la prohibición de obtener un lucro con la gestación de un bebé es solo hacia la madre de alquiler, no hacia las agencias que facilitan la selección de las mismas.

Con la propuesta actual de regulación de la maternidad subrogada en España, desde la perspectiva de la mujer gestante, nos situamos ante una terrible paradoja en la que, libremente, la mujer gestante renuncia a su libertad. En definitiva: la libertad se pierde por la libertad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGRA, María Xosé (1995): “Introducción”, en PATEMAN, Carole (ed.), *El Contrato sexual* (trad. M^a Luisa Femenías, Barcelona, Anthropos) pp. VII-XVI.
- ALBERT, Marta (2016): “Madre no hay más que una, pero de alquiler. Matrimonios homosexuales de varones y gestación por sustitución”, en VV.AA., *XX Congreso Internacional Ciencia y Vida “La vida humana y la preservación de la casa común”*, pp. 1-19. Disponible en <http://ulia.org/ficv/wp-content/uploads/2016/08/Marta-Albert.pdf>. Fecha de consulta: 10 de abril de 2017.
- ALBERT, Marta (2017): “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXVIII, N° 93: pp. 177-198.

⁹⁰ Junto a numerosas recomendaciones e instrumentos jurídicos de carácter voluntario, existen tres documentos internacionales vinculantes, que abordan el tráfico de órganos, ratificados por España: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE núm. 27, de 31 de diciembre de 2002); el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003) y el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio N° 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 y ratificado por España en 2009 (BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009).

- ALBERT, Marta (2018a): “La maternidad altruista y la maternidad subrogada...”, en JOUVE, Nicolás (Coord.) *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias* (Madrid, Editorial Sekotia) pp. 114-145.
- ALBERT, Marta (2018b): “Maternidad subrogada. Cinco falacias sobre el ‘altruismo’ que mercantiliza a madre e hijo”, *El debate de hoy* [Publicación en línea]. Disponible en <https://eldebatedehoy.es/familia/maternidad-subrogada/#>. Fecha de consulta: 6 de junio 2018.
- APARISI, Ángela (2009): “Ideología de género, de la naturaleza a la cultura”, *Persona y Derecho*, N° 61: pp. 169-194.
- APARISI, Ángela (2013): “Modelos de relación sexo-género: De la ‘ideología de género’ al modelo de la complementariedad varón-mujer”, *Dikaion*, Vol. 1, N° 2: pp. 357-384.
- APARISI, Ángela (2014): “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”. Disponible en <https://www.almudi.org/articulos/8802-el-principio-de-la-dignidad-humana-como-fundamento-de-un-bioderecho-global>. Fecha de consulta: 14 septiembre 2017.
- APARISI, Ángela (2016): “Modelos de relación sexo-género y Derecho”, en APARISI, Ángela (coord.) *Estudios sobre Género y Derecho. Hacia un modelo de género de la igualdad en la diferencia* (Cizur menor, Thomson Reuters Aranzadi) 28 páginas.
- ARAGÓN, Cristina (2017): “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de información laboral*, N° 4: pp. 1-30.
- ATWOOD, Margaret (1985) *The Handmaid's Tale* (Canadá, McClelland & Stewart).
- BEAUVOIR, S. de (1969): *El segundo sexo*, Tomo I. *Los hechos y los mitos* (Buenos Aires, Editorial Siglo Veinte).
- BELLVER, Vicente (2017): “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXVIII, N° 93: pp. 229-244.
- BELLVET, Vicente (2015): “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO, Revista de Filosofía*, N° 11: pp. 19-52.
- CABRERA, Leticia (2016): “El modelo de la complementariedad desde una perspectiva histórico-jurídica”, en APARISI, Ángela (coord.) *Estudios sobre Género y Derecho. Hacia un modelo de género de la igualdad en la diferencia* (Cizur menor, Thomson Reuters Aranzadi) 21 páginas.
- CABRERA, Leticia (2017): “Personas y seres humanos ¿Distinción o identidad?”, *Ius et Scientia*, N° 3: pp. 114-124.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017): “Informe del sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 16 de mayo”. Disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2018.
- DE MIGUEL, Ana (2015): *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección* (Madrid, editorial Cátedra).
- GARCÍA, María Paz y HERRERO, Margarita (2018): “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 52: pp. 67-89.

- GARIBO, Ana Paz (2017): “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXVIII, N° 93: pp. 245-260.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen (2017): “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 22: pp. 117-131.
- GONZÁLEZ MORENO, Juana María (2017): *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico-jurídico* (Oviedo, Ediciones Trabe).
- GUERRERO, Thais y RIBES, Isabel (2015): “La no discriminación por género en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en CRUZ VILLALÓN, Jesús, GARRIDO PÉREZ, Eva, FERRADANS, Carmen (Coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río* (Sevilla, Consejo Andaluz de relaciones Laborales) pp. 361-388.
- HERVADA, Javier (1991): “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, *Humana Iura*, N° 1: pp. 345-362.
- JOUBE, Nicolás (2017): “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXVIII, N° 93: pp. 153-162.
- JOUBE, Nicolás (2018): “El significado de la maternidad y de la familia”, en JOUBE, Nicolás (Coord.) *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias* (Madrid, Editorial Sekotia) pp. 10-47.
- KANT, Immanuel (1978): *Principios metafísicos de la doctrina del derecho* (ed. Arnaldo Córdova, México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- LAMM, Eleonora (2012a): “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 3: pp. 1-49.
- LAMM, Eleonora (2012b): “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, N° 24: pp. 76-91.
- LÓPEZ GUZMÁN, José y APARISI, Ángela (2012): “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIII, N° 78: pp. 253-268.
- LÓPEZ GUZMÁN, José (2017): “Dimensión económica de la maternidad subrogada (‘habitaciones en alquiler’)”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXVIII, N° 93: pp. 199-218.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia (2009): “Comunicación materno-fetal en el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XX, N° 70: pp. 303-316.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia (2018): “*Mater semper certa est*. El vínculo madre-hijo durante la Gestación”, en JOUBE, Nicolás (Coord.) *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias* (Madrid, Editorial Sekotia) pp. 49-83.
- MARITAIN, Jacques (1983): *El hombre y el Estado* (trad. Juan Miguel Palacios, Madrid, Ediciones Encuentro).
- MARTÍN, Javier (2009): “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”. Disponible: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>. Fecha de consulta: 31 de agosto de 2017.
- MEGÍAS, José Justo (2005): “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 22: pp. 247-263.
- MEGÍAS, José Justo (2007): “Cuando las apetencias se convierten en derecho”, *Persona y Derecho*, N° 56: pp. 139-156.

- NOVOA, Marta Miranda (2012): “Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género”, *Dikaion*, Vol. 21, N° 2: pp. 337-356.
- NÚÑEZ, María (*et al.*) (2015): “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, N° 29: pp. 227-261.
- NUÑO, Laura (2016): “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Isegoría*, N° 55, 2016: pp. 683-700.
- OLAVARRÍA, María Eugenia (2002): “De la casa al laboratorio. La teoría del parentesco hoy día”, *Alteridades*, N° 12 (24): pp. 99-116.
- ORTEGA, Íñigo (2003): “La ‘pendiente resbaladiza’ en la eutanasia: ¿ilusión o realidad?”, *Annales Theologici*, 17: pp. 77-124.
- PATEMAN, Carole (1995): *El Contrato sexual* (trad. M^a Luisa Femenías, Barcelona, Anthropos).
- PONS, Xavier (2016): “Nuevos desarrollos en la lucha internacional contra el tráfico de órganos humanos: El Convenio de Santiago de Compostela”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 31: pp. 1-36.
- PULEO, Alicia H. (1995): “Patriarcado”, en AMORÓS, Celia (dir.), *Diez palabras clave sobre Mujer* (Estella, Editorial Verbo Divino) pp. 21-54.
- PULEO, Alicia H. (2017): “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 29: pp. 165-184.
- ROMERO, Hilarión (1895): *Axiomas o principios de legislación universal sacados de Las pandectas, Código e Institutas de Justiniano* (Guadalajara, México).
- SERRANO, José Miguel (2017): “Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXVIII, N° 93: pp. 219-228.
- SPAEMANN, Robert (1989): *Lo natural y lo racional* (Madrid, Rialp).
- VAN ZYL, Liezl L. y WALKER, Ruth (2013): “Beyond altruistic and commercial contract pregnancy: The professional model”, *Bioethics*, N° 27: pp. 373-381.
- VAN ZYL, Liezl L. y WALKER, Ruth (2015): “Surrogate Motherhood and Abortion for Fetal Anormality”, *Bioethics*, N° 29: pp. 529-535.
- VAN ZYL, Liezl L. y WALKER, Ruth (2017): *Towards a Professional Model of Surrogate Motherhood* (United Kingdom, Palgrave Macmillan).
- VEGA, Javier y ORTEGA, Íñigo (2007): “La ‘pendiente resbaladiza’ en la eutanasia en Holanda”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XVIII, N° 62: pp. 89-104.
- VELA, Antonio José (2017): “¿En serio? Yo alucino con el comité. A propósito del ‘Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada’ de 19 de mayo de 2017”, *Diario La Ley*, N° 9035, de 6 de septiembre de 2017: pp. 1-20.
- VILAR, Silvia (2014): “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, N° 14: pp. 897-937.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso MENNENSON CONTRA FRANCIA (Ap. N° 65192/11) y LABASSE CONTRA FRANCIA (Ap. N° 65941/11).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil. Pleno). Sentencia núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014. Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil. Primera). Auto núm. 245/2012 de 2 de febrero de 2015. Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social. Pleno). Sentencia núm. 881/2016, de 25 de octubre de 2016. Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO.
- Portugal. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 225/2018. Ponente: *Conselheiro* PEDRO MACHETE. *Diário da República* 1ª serie, N° 87 de 7 de mayo de 2018. Disponible en <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/115226940/details/maximized?serie=I&day=2018-05-07&date=2018-05-01>. Fecha de consulta: 17 de mayo de 2018.

NORMAS CITADAS

- LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Instrucción 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 145-1, de 8 de septiembre de 2017.

LA FAMILIA NUCLEAR ANTE EL DERECHO. UNA RETROSPECTIVA DE SU FORMACIÓN Y DEFINICIÓN EN LA TRADICIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL

NUCLEAR FAMILY AND LAW, A RETROSPECTIVE OF ITS FORMATION AND DEFINITION IN THE WESTERN LEGAL TRADITION

MANUEL VIAL-DUMAS*

RESUMEN: La estructura nuclear de la familia es recogida por el derecho a través de mecanismos que la definen desde el punto de vista patrimonial. Estas son las que denominamos normas válvula porque permiten reconocer a este grupo al interior de aquel más extenso de los parientes. En este trabajo se identifican dichas normas y se traza su recorrido desde su origen en la Antigüedad tardía hasta hoy.

Palabras clave: Familia nuclear, herencia, emancipación, viudedad, historia de la familia, historia del matrimonio.

ABSTRACT: The nuclear structure of the family is collected by law through mechanisms that define it from the patrimonial point of view. These are what we call valve norms because they allow to recognize this group inside of the set of the relatives. In this work, these norms are identified and traced from its origin in Late Antiquity until today.

Keywords: Nuclear family, Inheritance, Emancipation, Widowhood, Family History, Marriage History

I. INTRODUCCIÓN

Familia no hay una sola. Decimos ante terceros extraños que un tío, una prima o un cuñado son parte de nuestra familia; no obstante, utilizamos la misma palabra para designar a los miembros de nuestra familia nuclear, excluyendo de este concepto a esos mismos parientes que antes hemos designado como familia. De ahí la histórica ambigüedad del término, pues familia designa no solo una, sino múltiples realidades plurales¹.

Hay una cosa que sí es cierta: cuando decimos familia siempre lo hacemos para designar un conjunto de elementos y que dichos elementos, hoy, son personas². Estos conjuntos

* Doctor en derecho, profesor en la Universitat Oberta de Catalunya. Dirección postal, Av. Carl Friedrich Gauss, 5. 08860 Castelldefels (Barcelona), dirección electrónica: mviald@uoc.edu

¹ La etimología de *familia* es incierta. Algunos filólogos derivan la palabra del osco *famel*; también se alude a *famulus* que podría provenir del indoeuropeo *dhe-mo-s* que designa al esclavo que habita en el mismo hogar o a aquellos que pertenecen a la casa. En cualquier caso, como se aprecia en la nota siguiente, la palabra sirve para designar tanto realidades que hoy llamaríamos patrimoniales como también personales. Para un panorama general de esta discusión filológica GUTIÉRREZ (2006) pp. 15-18.

² En la Antigüedad romana más arcaica, por ejemplo, la palabra familia incluía el patrimonio y en general todo aquello bajo el poder del padre de familia, poder que luego se diferencia respecto de cosas y respecto de personas. El concepto que delimita la unidad de la familia es el poder del padre, se manifieste este en forma de potes-

pueden contenerse unos a otros, pueden unirse o intersectarse, pueden ser concéntricos o incluso provenir de otro grupo de conjuntos, como en el caso del parentesco por afinidad.

Evidentemente, las personas que conforman estos conjuntos están relacionadas entre sí y también estos, en tanto unidades, pueden estarlo con personas individualmente consideradas u otros grupos³. Por eso familia no hay una, y lo normal es que una familia nuclear esté rodeada o inmersa en grupos más amplios. No buscamos aquí la existencia o inexistencia de esos grupos. Lo que nos interesa es la traducción jurídica de su forma y contenido, cómo el derecho lee y a la vez configura los distintos conjuntos y las relaciones entre estos que, todos, son familia.

El problema radica en poder reconocer e identificar subconjuntos dentro de ese círculo de parientes y en poder diferenciar esos subconjuntos entre sí. En nuestro caso particular el problema consiste sobre todo en identificar en el ámbito jurídico aquel que nos aboca: la familia nuclear. El objetivo de este trabajo es revisar esa configuración, cómo y cuándo aparece y de qué forma se desenvuelve en el transcurso de la tradición jurídica occidental. Para eso pesquizamos en los orígenes de ciertas instituciones y normas que van moldeando, en el derecho, los contornos de la familia nuclear. La mayoría de ellas aparecen entre los siglos III y VII d.C., en plena reconversión espiritual y económica del mundo antiguo. A partir de esos orígenes remotos, trazamos la historia de dichas normas e instituciones durante el mundo medieval y moderno, la época de la codificación y las consecuencias de las transformaciones que se produjeron en los dos últimos siglos.

II. LA FAMILIA COMO REALIDAD JURÍDICO-PATRIMONIAL

La familia es ante todo una realidad moral, podríamos decir metajurídica⁴. Esa realidad moral, no obstante, como muchas realidades morales, tiene una expresión jurídico-patrimonial y es esa expresión la que nos facilita diferenciar entre sí los grupos que son designados con la palabra familia. En otras palabras, estas relaciones basadas en el parentesco o el matrimonio que hemos denominado “morales” (sin hacer caso de que en la mayoría de los casos son también biológicas), suelen tener un correlato jurídico-patrimonial. En buena

tad sobre personas o propiedad sobre cosas. Véase FRANCIOSI (2003) pp. 94-97. Ulpiano, más tarde, cuando el concepto se encuentra más ligado a su componente personal, señala cuatro acepciones: primero, familia como todas las personas sometidas a la potestad del *paterfamilias* sea por naturaleza o por derecho; segundo, familia como el conjunto de parientes agnados; tercero, familia como conjunto de esclavos; cuarto, familia como todas las personas descendientes de una misma fuente. Véase: D. 50.16.195.1-4; para un estudio comparativo entre los conceptos de familia y *domus* véase SALLER (1984) pp. 336-355.

³ En sociedades como la occidental contemporánea, con un marcado signo individualista, es más probable que las relaciones que predominen sean de persona a persona y que los conjuntos pierdan definición. En otras sociedades (o en sociedades de otras épocas) los conjuntos se definen mejor y pueden tener una entidad propia que les permite ser sujeto de relaciones jurídicas. Véase SEGALÉN (1981).

⁴ Uso aquí la expresión “moral” en un sentido muy amplio, como aquellas relaciones que socialmente se espera sean dotadas de contenido por lazos de intimidad, afecto o respeto, más allá de si de hecho ello se produce. La metajuridicidad de la familia está dada, en un sentido, por el carácter relativamente inaprehensible de dichas relaciones, y, en otro sentido, por la casuística inabarcable de las expectativas del comportamiento ajeno en el ámbito familiar. El derecho, al menos en su versión codificada, no es capaz de recoger dicho contenido. Por eso, la regulación de la faz patrimonial de la familia ofrece un refugio al intérprete.

medida, la realidad jurídico-patrimonial es un espejo de la realidad moral. De este modo, normalmente (aunque no necesariamente) donde exista una esfera que denominamos con la palabra familia, existirá también una esfera jurídico-patrimonial, pues esa es, al decir de Bártolo, la cara de la familia que el derecho es capaz de asir⁵.

No quiero decir con esto que el derecho no intente entrar a regir relaciones familiares que no tienen una expresión jurídico patrimonial, ni tampoco que la familia se pueda reducir al plano puramente patrimonial. Sin embargo, debemos convenir que es la faz patrimonial de la familia la que el derecho ha regido por excelencia, más allá de que existan relaciones morales sin contenido patrimonial que sean reconocidas y que el derecho intente disciplinar. Pero para el efecto de definir las esferas que pueden ser denominadas como familia, el derecho patrimonial de la familia es, sin duda, la base más segura. El amor del padre, por ejemplo, y su deber de procurar un bienestar a su hijo ofrece su correspondencia en la obligación que, en algunas tradiciones y épocas, tiene el primero de transmitir una cuota de su patrimonio a través de la herencia al segundo⁶. Asimismo, por la herencia, la familia de origen de cada cónyuge está patrimonialmente ligada con la que estos han originado. Ambas familias, la de origen y la nueva, suelen ser hoy unidades patrimoniales independientes, pero jamás ajenas. Tampoco son ajenos otros conjuntos jurídico-patrimoniales menos próximos: diremos frente a un extraño que un primo es parte de nuestra familia, aunque el vínculo moral que nos une a él sea generalmente menos intenso que respecto a los padres o hermanos. Asimismo, ese vínculo moral tendrá un correlato jurídico-patrimonial también menos intenso a través de la herencia, pues, si es que le cabe participación en ella, será solo ante la ausencia de otros parientes con los que el derecho presume que se tienen lazos morales (con su correlato jurídico-patrimonial) más intensos.

De esta manera, veremos que cuando usamos la voz familia designamos conjuntos de personas relacionados entre sí y que dichas relaciones no solo son morales, sino también, por regla general, jurídico-patrimoniales. Estas últimas serán normalmente más intensas en la medida que la relación moral que une a uno con otro sea más próxima. En las relaciones jurídico-patrimoniales, están plasmadas las ideas de la familia, de sus funciones, sus prioridades e intereses que han gobernado cada época. En pocas palabras, ellas son normalmente expresión del amor debido.

Cuando utilizo la expresión amor debido, me refiero a una expectativa social de sentimientos y respeto. Estas expectativas responden a innumerables valoraciones, principios, deseos, creencias, prioridades, afectos, etc., que, a la postre, tienen un papel a la hora de distribuir bienes. Por ello, el que exista una relación jurídico-patrimonial nos debe llamar la atención y llevarnos a la pregunta sobre el amor que la ha motivado. Cuando cambia esa relación moral, dicho cambio normalmente imprimirá su huella en el derecho patrimonial de la familia; de forma que esas normas son una pista para interpretar, desde lo patrimonial,

⁵ Bártolo de Sassoferrato lo sentenciaba con claridad en el siglo XIV: “*Familia accipitur in iure pro substantia*” BARTOLUS DE SAXOFERRATO (1555) f. 112 rb. D. 28. 2. 11.

⁶ En sociedades donde el padre puede testar con libertad evidentemente existe una relación moral con el hijo, pero existen otros intereses que confluyen a la hora de la repartición de los bienes, de manera tal que la relación moral con el hijo encontrará otras vías de expresión, tanto en el ámbito jurídico-patrimonial como fuera de él. Para una revisión de esta cuestión VIAL-DUMAS (2017) pp. 23-44.

el cambio de las relaciones morales. Los padres son siempre padres de sus hijos, pero no es lo mismo serlo en una época que en otra, de esas diferencias es que nos deja constancia el mapa de las relaciones jurídico-patrimoniales. Por eso es útil el acercamiento a la familia y al análisis de sus estructuras desde esta perspectiva; y esto es válido no solo para la familia de hoy, sino para la de cualquier época.

Desde este enfoque, la primera pregunta que hay que hacer es cuáles son los conjuntos que el derecho refleja dentro del conjunto amplio de familiares y las relaciones individuales o colectivas que se tejen entre ellos. El derecho no trata igual a todos los parientes. Dentro de ese grupo amplio existen subconjuntos, a todos ellos en el lenguaje cotidiano los denominamos familia; pero cuando decimos familia respecto de cada uno de ellos designamos realidades diferentes. La respuesta está en algunas instituciones que definen dichos subconjuntos dentro del conjunto amplio de la familia. A esas instituciones podríamos denominarlas normas válvula. Las llamo así porque concentran los flujos patrimoniales en una dirección determinada e impiden la salida de bienes fuera del subconjunto al que sirven de frontera.

En efecto, los cursos sucesorios, por ejemplo, se generan y se extinguen en función de determinados estados civiles; de su generación o su extinción depende que ciertos bienes entren o salgan de un determinado círculo, es decir, de un determinado subconjunto dentro del conjunto de parientes. En nuestro derecho hay ciertas normas que actúan de ese modo. Son reglas que nos permiten observar la existencia de esferas bien definidas, de ciclos de la vida de la familia que el legislador ha establecido como normales. Hoy por hoy estas instituciones parecen naturales y, a un jurista que no entienda que el derecho es un producto cultural y por lo tanto un producto histórico, puede parecer que no merecen mayor análisis. Sin embargo, si bien las reglas jurídicas hay que analizarlas en su contexto de vigencia, es aún más importante hacerlo en el momento que nacieron a la vida jurídica. Solo entonces se puede apreciar su real significación. Estas, que ahora me propongo exponer de manera muy panorámica, en el momento de su implantación significaron una gran revolución que configuró la estructura de la familia nuclear en la tradición occidental hasta hoy.

III. LA FAMILIA NUCLEAR EN EL DERECHO TRADICIONAL, LA EXPERIENCIA OCCIDENTAL ANTES DE LA CODIFICACIÓN

La supuesta modernidad de la familia nuclear ha sido hace tiempo puesta en tela de juicio. No solo entre los historiadores, que la encuentran en épocas en las que se suponía que casi había desaparecido, también entre los antropólogos que hace algunas décadas abordaron la discusión sobre su carácter natural⁷. Por eso, cuando se señala que el modelo de familia en una determinada sociedad y época corresponde al extenso o al nuclear, lo que se hace en realidad es decir cuál de esos conjuntos tiene mayor preponderancia en ese lugar y en esa época. Por ejemplo, en lo que respecta a la sociedad occidental, hoy se admite

⁷ El debate clásico al respecto está recogido en el trabajo de LÉVI-STRAUSS (1982) pp. 7-49. también HARRIS (1984) pp. 262-64 y MURDOCK (1949). Este último reconoce la universalidad de la familia nuclear, pero matiza señalando que las formas alternativas (extensas) de familia son más relevantes en la organización social. Una visión general en SEGALEN (1981).

que la mayoría de las familias europeas durante la alta Edad Media tenían también una estructura nuclear; eso no quiere decir que las estructuras propias de una familia extensa no existieran, sino simplemente que las formas nucleares eran las preponderantes⁸. En esa valoración, el derecho tiene una función primordial, pues, en muchas ocasiones, lo que inclina la balanza del intérprete de la historia de la familia es precisamente la reconstrucción que el derecho hace de la sociedad en la que rige. La cuestión por tanto es saber, primero, si esa familia nuclear tiene una entidad moral lo suficientemente relevante como para que el derecho la reconozca y la refleje y, segundo, cómo identifica el derecho a ese conjunto dentro del conjunto amplio y un tanto indefinido de los parientes.

Si lo que define el conjunto de parientes son relaciones jurídico-patrimoniales, la cuestión es saber qué instituciones nos permiten identificar un conjunto definido de tipo nuclear. Es aquí donde las ya mencionadas normas válvula juegan un papel esencial. Estas normas, en efecto, actúan como válvulas antirretorno, es decir, unas que definen un conjunto relativamente cerrado en cuanto permiten el ingreso de bienes e impiden su salida a otros conjuntos más amplios. Dicho de otra forma, podemos identificar un ámbito de lo familiar con facilidad cuando existen relaciones de parentesco o de matrimonio; pero, para identificar un subconjunto como la familia nuclear, hacen falta criterios adicionales. Dichos criterios pueden ser normas que marcan una dirección en la circulación de los bienes, sobre todo a través de la herencia. Esas normas son válvulas porque determinan que, una vez producido un hecho como la muerte, el matrimonio, la emancipación o el nacimiento de los hijos, el curso natural de determinados bienes cambia y se establece para favorecer a dicho subconjunto de estructura nuclear.

Históricamente el proceso es complejo. Especialmente si al embarcarnos en la historia de Occidente comprobamos que, en el mundo Antiguo, predecesor del nuestro, la familia nuclear como esfera jurídico-patrimonial relativamente independiente –es decir, como un conjunto identificable dentro de las redes de parentesco– apenas tenía entidad jurídica. En efecto, para el derecho romano arcaico y clásico la familia es también una esfera jurídico-patrimonial, pero no una esfera de estructura nuclear, sino más extensa⁹. Con esto no quiero decir que la familia nuclear no existiera en la sociedad romana, de hecho, sabemos que la organización familiar más frecuente en la Roma clásica era la nuclear¹⁰. Sin embargo, la presencia de esta estructura en el ámbito jurídico, e incluso en el lingüístico, era casi nula¹¹.

También para el derecho romano la familia era un conjunto de parientes. Aunque, según la definición del jurista Ulpiano, se llamaba asimismo familia al conjunto de cosas y esclavos pertenecientes a una persona. Esto es así porque, para los juristas, la familia era

⁸ Sobre la familia nuclear en la alta Edad Media entre otros: TOUBERT (1979) pp. 693 y ss.; TOUBERT (2006) p. 247, BONNASSIE (1979) pp. 225 y ss.; KING (1981) pp. 249-277; RUIZ DOMENEC (1975) pp. 69-123; GUICHARD (1979) pp. 7-25; GUICHARD (1998) pp. 287-344; HERLIHY, (1985); FISCHER DREW (1988); WICKHAM (2009) pp. 781 y ss, en el caso de Bizancio véase: LAIOU (2009) pp. 51-75 ; KAPLAN (1992) pp. 483 y ss.; VIAL-DUMAS (2010) pp. 287-317; VIAL-DUMAS (2014a) pp. 293-311; VIAL-DUMAS (2014b).

⁹ Sobre la familia romana FAYER (1994), THOMAS (1988) pp. 203-240, FRANCIOSI (2003) para un recorrido en las concepciones de la historiografía sobre la familia romana CAPOGROSSI (2010) pp. 147-174.

¹⁰ SALLER (1997) pp. 71-153; GARDNER (1998) pp. 6-104

¹¹ SALLER (1984) pp. 336-355.

todo aquello que estaba bajo el poder del *pater familias*. De modo que el factor que define el conjunto de la familia es dicho poder. Lo que está dentro de la esfera de poder del padre es parte de la familia y lo que está fuera del alcance del poder paterno no lo es¹².

En ese mismo contexto romano, cuando muere el padre, los hijos dejan de estar sometidos a su poder, pero no por eso dejan de ser parientes. En Roma eran parientes los que estaban sometidos al poder de un antepasado común, los que habían estado sometidos a ese poder y quienes lo hubieran estado si el antepasado común viviese¹³. El parentesco, por tanto, no se define por la generación natural, sino por la pertenencia a una esfera de poder¹⁴. Esto hace que la definición de conjuntos sea clarísima; el conjunto más amplio es el de los parientes y el más pequeño es el subconjunto de aquellos que están sometidos a un padre de familia, sean estos sus hijos, sus nietos, su mujer o las mujeres de sus descendientes.

Dentro de la esfera de la familia gobernada por el padre, ninguno de los miembros tiene capacidad de goce. Solo el padre es señor de todo lo que en la familia habita y esta propiedad es absoluta, el padre podía disponer de todos los bienes e incluso de las personas, al punto de tener sobre ellas el derecho de dar vida o muerte¹⁵.

En ese escenario, la familia nuclear, como se ha señalado, no aparece definida como entidad jurídica. En el mundo del derecho la trilogía padre-madre-hijos no constituye por sí sola una esfera propia, distinta a la del padre de familia. El matrimonio no tiene casi efectos en las estructuras familiares. Cuando un padre decide casar a uno de sus hijos, busca una mujer que sale de la esfera de poder de su padre para integrarse en la suya. Lo que ha ocurrido es que un miembro de una familia ha pasado a otra llevando consigo una compensación por las cargas del matrimonio y a la vez un adelanto de la herencia de la mujer: la dote¹⁶. Pero ninguna esfera ha nacido, ningún conjunto se ha creado a partir del matrimonio¹⁷.

¹² Véase nota 2.

¹³ La familia romana comprende a todos los que viven bajo la potestad del *pater* (*familia proprio iure*), sin embargo, esta extensión puede ser también ficta e incorporar a todos aquellos que han vivido bajo la potestad de un antepasado ya muerto e incluso a aquellos que, sin haber coexistido con el antepasado, estarían bajo su potestad si este estuviera vivo. Esto es lo que conocemos como *familia communi iure* o familia agnaticia D. 50.16.195.1-4

¹⁴ Se trata de un parentesco agnaticio, gobernado por la voluntad del padre en la medida que él puede decidir quién entra o sale de su esfera de poder y, por lo tanto, quién entra y sale de la familia según los términos descritos en la nota anterior.

¹⁵ A menudo la *patria potestas* del derecho romano tradicional es caracterizada como un poder disciplinario sobre la persona del hijo y se cita como su expresión máxima el derecho *vitae nequisque*. Lo cierto es que estos poderes son meras expresiones de la esencia de la institución. La *patria potestas* era el fundamento del parentesco y otorgaba al padre un poder inmenso sobre su descendencia, el poder de determinar quién estaba dentro y quién estaba fuera de la familia. Sobre los orígenes de la *patria potestas* AMUNÁTEGUI (2009). Véase también VIAL-DUMAS (2014b); VEYNE (1978) pp. 35-63; THOMAS (1988) THOMAS (1990); VOCI (1985).

¹⁶ Para las funciones de la dote véase TREGGIARI (1993) pp. 323 y ss.; GARCÍA GARRIDO (1958)

¹⁷ El ejemplo propuesto es de un matrimonio *cum manu*, usado preferentemente en la época arcaica. En el matrimonio posterior, llamado *sine manu*, la mujer no pasa a estar bajo la potestad del padre de su marido ni bajo la de su marido si el padre de este ha muerto. Sin embargo, para estos efectos, la estructura es idéntica: la mujer permanece en la esfera de poder de su padre y, por ello, no tiene lugar la creación de ninguna nueva esfera patrimonial. Los conjuntos jurídico-patrimoniales que existían antes del matrimonio son los mismos que existen

Si no es a través del matrimonio que nacen estos conjuntos que denominamos familia ¿cómo se originan? La respuesta, en el contexto Romano más tradicional, es en el momento de la muerte del padre. Solo la muerte del padre libera al hijo de la *potestas* y lo convierte en un hombre independiente, en ese momento adquiere capacidad de goce y de ejercicio ilimitadas. Entonces será llamado *pater familias*, incluso aunque no esté casado ni tenga hijos, pues la familia es la esfera de cosas y personas que está bajo su poder, y para que esa esfera exista no es necesario ni el matrimonio ni los hijos¹⁸.

IV. HACIA LA FAMILIA OCCIDENTAL, UNA REVOLUCIÓN EN LA HISTORIA DE LA FAMILIA

No puedo describir con detalle las numerosas fibras que se vieron alteradas durante el largo proceso de cambios que se verificó desde comienzos de nuestra era hasta entrado el siglo VII. Por tanto, debo remitirme a las piezas clave de la nueva estructura que llevará a la familia romana (a la del derecho) de una estructura jurídica patriarcal a una nuclear. Dicha estructura, en sus rasgos esenciales, como veremos, persiste hasta hoy y en ello, las que llamo normas válvula, tienen un papel fundamental. Por qué los romanos en su derecho tradicional no reconocieron la familia nuclear como un conjunto definido es una cuestión compleja a la que no entraré aquí. Baste con decir que, a pesar de su existencia, en la representación jurídica de la realidad social primaron unos intereses, un amor debido, que dejó a la familia nuclear en un lugar secundario, absorbida en su expresión jurídica por la familia extensa, por la estirpe¹⁹.

En efecto, ya desde comienzos de nuestra era, resulta evidente que las estructuras elementales de la familia romana se veían poco a poco alteradas. La apertura al mundo y las nuevas religiones y filosofías que reinaban en el Mediterráneo provocaron modificaciones en el tejido social que terminaron por reconstruir el aparato estructural de la familia. Y no solo el de la familia, pues en general el marco del antiguo derecho civil se hizo insuficiente para gobernar la nueva realidad compleja del Imperio. Un buen ejemplo es el cambio en las relaciones paterno-filiales. En efecto, al hijo militar le fue concedida una cierta clase de propiedad sobre las ganancias que había obtenido en su servicio militar (*peculio castrense*). Ese mismo hijo que antes no tenía posibilidad de realizar acto jurídico alguno en su propio nombre y que no tenía capacidad de goce, de pronto puede disponer en vida e incluso testar sobre ciertos bienes²⁰. Evidentemente estas novedades supusieron que el hijo fuera acrecentando su independencia respecto del padre. Los juristas romanos identificaban la emancipa-

después del mismo. Una visión de conjunto sobre el patrimonio de la mujer en Roma GARCÍA GARRIDO (1958) y GARRIDO (1959), véase también VIAL-DUMAS (2010).

¹⁸ D. 50.16.195.2.

¹⁹ Esta preponderancia del amor debido a la estirpe y su continuidad puede apreciarse, por ejemplo, en la representación alegórica que hace la Eneida al mostrar a un Eneas que pierde a su mujer en su huida de Troya pero que es acompañado por su padre y por su hijo. Más tarde también la historia lo pone en la disyuntiva de elegir desposar a Dido o continuar con su misión divina. Esta tendencia a superponer el valor del colectivo al del individuo fue puesto de manifiesto ya en el siglo XIX por obras como la de COULANGES (1864)

²⁰ D.49.17.1-5; CL.12.37.1-6

ción con la independencia económica, por lo tanto, si el hijo ahora adquiría un cierto grado de dicha independencia, aunque no mediara acto alguno del padre, había que entenderlo también en cierta manera emancipado. En este sentido, la declaración y el efecto de la misma operan en ambos sentidos: se entiende emancipado al hijo que lo es por un acto del padre y con ello adquiere capacidad económica plena, al revés, si un hijo adquiere capacidad económica, se le considera, al menos en el ámbito de esa capacidad, como emancipado²¹.

La decadencia del poder paterno no se produjo solo al interior de la familia, sino también fuera de ella producto de la nueva estructura imperial que transformaba al padre independiente en un súbdito del príncipe. Esta nueva configuración hizo estragos en la figura de la *patria potestas*²². La esfera impermeable que constituía el *pater* a través de su poder (es decir, la familia) se debilita y su elemento constituyente, que era precisamente ese poder, pierde poco a poco su naturaleza. Como ya señalamos, la generación del parentesco dependía del poder. Estar o hipotéticamente haber estado bajo el poder de un hombre generaba una relación de parentesco con él y los demás sometidos. Sin embargo, el poder ya no será más el único factor que genera el parentesco, poco a poco comienza a ser reconocido el parentesco por sangre en forma paralela. Es una evolución larga hasta que Justiniano eliminó la dualidad de regímenes y estableció el parentesco por generación natural como el único relevante para el derecho sucesorio²³. Esto nos acerca más a nuestros modelos de familia.

Consecuentemente, el derecho sucesorio también sufrió cambios importantes. Al no ser más el poder, sino la sangre, el factor de definición del parentesco, los cursos hereditarios fueron definiéndose poco a poco a favor de los descendientes. No quiero decir con esto que en el derecho anterior no hayan sido los descendientes el primer orden de sucesión. El problema es otro. En la familia nadie más que el *pater* ostentaba propiedad, de modo que los bienes con los que se hiciera el hijo, en realidad no le pertenecían y, en el evento de morir, dichos bienes no pasaban a su hijo (es decir, al nieto), sino que volvían al *pater*, su verdadero dueño. Por otra parte, al morir el padre de familia, los hijos heredaban su fortuna y su posición, pero no la heredaban porque fueran sus hijos, sino porque estaban directamente sometidos a su potestad, la prueba es que el hijo emancipado nada heredaba según el derecho civil. De modo que cuando los juristas reconocen al hijo una especie de propiedad sobre los bienes obtenidos del servicio militar y le permiten testar sobre los mismos, ha comenzado una gran revolución, pues se ha abierto una brecha en la esfera hermética de la familia patriarcal a través de la creación de un subconjunto dentro de ella²⁴.

Esta nueva situación de independencia hizo poco a poco normal que el hijo casado configurara junto a su mujer una nueva esfera jurídico-patrimonial. De modo que cuando

²¹ “*Cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur*”, es decir, el hijo actúa como *pater familias* en lo referente a su peculio castrense: D. 14.6.2 (Ulpiano 64 Ed.). refiriéndose al hijo militar, señala Papiniano “*filius duplex ius sustinet, patris et filifamilias*”, El hijo mantiene dos derechos: el del padre y el del hijo de familia: D.49.17.15.3 (Papiniano 35 *quaest.*). Véase VIAL-DUMAS (2014b) pp. 310-2

²² HERRERA (1977) pp. 128-136. VEYNE (1978) pp. 35-63

²³ Justiniano da por zanjada la cuestión en su Nov. 118. Para antecedentes respecto de los cuales esta novela es el punto de culminante Inst. 3.5.1; 3.3.5; CI. 6.58.15.1; 6.58.14.6; 6.56.7.pr.; 8.58.2; 6.56.6; 6.61.4; 6.59.11; 6.61.6.1c C.th. 5.1.2; 5.1.4; 5.3.1; 8.18.1; 8.18.6; 8.18.10.

²⁴ Véase VIAL-DUMAS (2014a)

Justiniano (y también los otros legisladores de su tiempo en los reinos romano-germánicos) instituyó la preferencia en la sucesión a favor de los descendientes²⁵, lo que hizo fue consolidar dicha esfera impidiendo que los bienes que han entrado en ella, porque son propiedad de los cónyuges (los bienes propios de los cónyuges, la donación nupcial del varón y la dote de la mujer²⁶), salgan, si no es para favorecer a los hijos. El otro blindaje que consolidó Justiniano, cuyo establecimiento también es fruto de una larga tendencia en este sentido, fue la obligación de dejar una parte de los bienes a los hijos, lo que ya por entonces se denominó porción legítima²⁷.

De modo que, en la época del Imperio Cristiano, ya nos encontramos con una familia nuclear como unidad esencial del derecho de familia. Pronto se irán dando otros elementos que terminarán de configurarla, algunos de ellos ya entrados en el medioevo. El más importante de estos elementos es el sistema de transferencias patrimoniales entre cónyuges (o entre sus familias); este es el colofón que sella este proceso de cambio.

Las familias romanas acostumbraban dar una dote a la mujer. Dicha dote ingresaba en el ámbito patrimonial del marido o de su padre. No obstante, ante el paulatino debilitamiento de la *patria potestas* que hemos ya descrito, la dote fue entendiéndose como algo propio de la mujer, aunque siempre en el terreno de los principios y no en la legislación²⁸. Por su parte, el varón romano no hacía aportaciones importantes al matrimonio. Sin embargo, incluso antes de Constantino, comenzó a introducirse la costumbre de que el marido hiciera también una donación nupcial significativa²⁹. La transformación es impresionante, pues en vez de pasar la mujer del ámbito patrimonial de su padre al de su suegro, ahora marido y mujer generan, mediante estas donaciones nupciales, una esfera independiente y de carácter nuclear.

Esas donaciones fueron naturalmente vinculadas a la herencia, lo que no es de extrañar. Si los hijos tienen una expectativa reforzada respecto de la herencia de sus progenitores (la legítima), es fácil dar el paso de entender que las donaciones nupciales son un adelanto de esa herencia. De modo que al final de la Antigüedad, la familia entendida como una esfera jurídico patrimonial no nace ya con la muerte del padre como en la antigua Roma, sino con el matrimonio de los cónyuges. Y no solo eso, además las familias de origen distri-

²⁵ En la ya citada Nov. 118. Se trata de una tendencia generalizada, no de una innovación justiniana. Entre los visigodos: CE. 336, también LV. 4.2.2 la herencia pasa a los hijos, luego a los ascendientes y por último los colaterales Véase CALABRÚS (1991) pp. 167 y ss.; LALINDE, (1962) pp. 113 -130; BRAGA DA CRUZ (1953) pp. 769-830; ZEUMER (1944) p. 287. Sucede también en Italia: BESTA (1963) pp. 45 y ss.

²⁶ CI. 6.61.1 (426 DC.)

²⁷ Justiniano, en su Nov. 18, modifica el régimen hasta ahora esbozado salvando la validez del testamento que no respeta la parte legítima mediante el establecimiento de la *actio ad implendam legitima*. Su fin es que el perjudicado injustamente por un testamento pudiera reclamar dicha porción. A su vez incrementó la porción legítima de los hijos de un cuarto a un tercio de lo que les hubiera correspondido en la sucesión *ab intestato*, y si fueran cinco o más hijos, en la mitad del total del as hereditario. Entre los visigodos, con la ley *Dum inlicita* de Chindasvinto, se estableció una reserva en favor de los descendientes (LV.4.5.1)

²⁸ Véase GARCÍA GARRIDO (1958) pp. 19-26; GARCÍA GARRIDO (1982) pp. 23-24 y 43-45; también TREGGIARI (1993) pp. 323-364

²⁹ Sobre la *donatio propter nuptias* véase GARCÍA GARRIDO (1982) pp. 150-162; ANNE (1941); VISMARA (2000) pp. 1-106; en Castilla durante el medioevo LÓPEZ NEVOT (1998).

buyen el patrimonio familiar en ese momento, adelantando así la herencia. El testamento casi desapareció del mundo altomedieval, en su lugar reinaron las donaciones en vida, normalmente destinadas a constituir una nueva familia³⁰. Al recibir esa donación, el hijo y la hija debían considerarse propietarios y, por lo tanto, independientes; de ahí que durante la Edad Media se asocie intensamente emancipación y matrimonio³¹.

El matrimonio, pues, ya desde la Antigüedad tardía, concentraba a su alrededor la emancipación de los hijos, la creación de una esfera familiar de estructura nuclear y la distribución del patrimonio familiar. Sin duda se trataba del centro del mundo privado. Y esa esfera sobrevivía incluso a la muerte de uno de los cónyuges. En el mundo antiguo los hijos pertenecían al padre, pues él tenía el poder sobre ellos. Al morir el padre se emancipaban. En el mundo medieval la mujer viuda es continuadora de la familia nuclear, los hijos permanecen bajo su cuidado y ella debe administrar el patrimonio familiar hasta su emancipación que, como hemos dicho, normalmente se produce con el matrimonio o la mayoría de edad que les permite a los hijos reclamar el patrimonio del padre muerto³². Este es el ciclo de vida de la familia nuclear que se inaugura en esta época y que persiste, con las modificaciones que veremos más adelante, hasta hoy.

Todas estas normas que cambian en los albores de Occidente actúan, tal como decíamos al principio, a modo de válvulas antirretorno, pues poco a poco configuran un conjunto que se corresponde a la familia nuclear dentro del amplio conjunto de parientes. Un conjunto al que entran bienes, pero no marchan, salvo que la familia nuclear desaparezca por completo.

En suma, puede afirmarse que las normas válvula que permiten identificar a la familia nuclear como un subconjunto dentro del conjunto de parientes aparecieron a finales de la Antigüedad y principios de la Edad Media. Algunas de las principales son: 1) la emancipación por matrimonio que significa la salida del hijo o la hija del ámbito de la familia de origen y permite formar una nueva esfera, junto a su cónyuge y sus hijos, regida de manera relativamente independiente por ambos consortes; 2) la preferencia de los descendientes en la sucesión respaldada por la legítima, pues una vez han nacido los hijos, la devolución hereditaria a favor de los ascendientes queda cancelada. De este modo, por herencia, los bienes pueden entrar en la esfera de la familia nuclear formada por los hijos que han contraído matrimonio (y se han emancipado en virtud de la primera norma); pero si estos a su vez tienen hijos, ni esos bienes ni ningún otro puede salir de dicha esfera por derecho hereditario. Dichas salidas solo se producirán en favor de los hijos que hasta su emancipación forman parte de la familia nuclear. La única hipótesis de retorno de los bienes a las familias de origen es la disolución de la familia nuclear por la muerte de sus integrantes. 3) El cuidado personal de los hijos corresponde a ambos cónyuges y, a falta de uno, al cónyuge sobreviviente. De esta forma, la familia nuclear se perpetúa en el cónyuge viudo y sus hijos menores, por lo menos hasta que estos reciban la administración de los bienes que han heredado del cónyuge difunto. Este hecho normalmente coincidía con el matrimonio o la mayoría de

³⁰ VISMARA (1998) pp. 120 y ss.

³¹ VIAL-DUMAS (2014b) pp. 312-320

³² DALLA (1983); VIAL-DUMAS (2014b) pp. 316-318.

edad. De este modo el cónyuge viudo se transformaba en propietario de una parte de los bienes de la familia nuclear, usufructuario de otra parte de dichos bienes y administrador de otros que pertenecían a los hijos³³.

Estas tres normas básicas cierran el círculo o conjunto que denominamos familia nuclear. A través de estas normas podemos identificar que ha nacido, para el derecho, una esfera relativamente independiente e identificable dentro del conjunto de los parientes. Antes de que esto ocurriera, al menos desde una perspectiva jurídico patrimonial, era difícil identificarla pues estaba absorbida por la familia extensa basada en el poder del padre.

V. LA FAMILIA NUCLEAR EN LA ÉPOCA DE LOS LINAJES

La realidad antes descrita, en sus rasgos esenciales, no varió mucho durante los siglos posteriores, antes bien fue definiéndose³⁴. Sin embargo, durante la baja Edad Media (s. X-XV) comienzan a formarse nuevas estructuras familiares y suprafamiliares que significaron una alteración de las reglas que definían la existencia y ciclos de la familia nuclear desde el punto de vista del derecho. Esta variación en el juego de las normas válvula, fue impulsado por el conocido fenómeno de los linajes que se presentó ya desde principios del segundo milenio. El proceso eclosionará, no obstante, entre el siglo XIV y XV y determinará la forma de las familias europeas hasta, al menos, el siglo XIX.

El fenómeno de reconcentración del poder político y económico que experimentara Europa desde el siglo X y su aceleración desde el siglo XIII, llevó a las grandes familias a evitar la división del patrimonio familiar entre los hijos, lo que hasta entonces era la regla. Durante el alto Medioevo, en la mayoría de las regiones de Europa, el patrimonio familiar se dividía entre todos los hijos, o al menos entre los hijos varones, en igualdad de condiciones³⁵. Dicha división tenía lugar, como hemos ya mencionado, en el momento del matrimonio y en el momento de la muerte de los padres. Asimismo, el matrimonio o la mayoría de edad solía liberar al hijo de la potestad paterna.

No obstante, las reglas hasta entonces vigentes fueron modificadas en varios frentes y muchas de estas modificaciones vinieron de la mano de la recepción del derecho común y la recuperación de algunas de sus reglas referidas a la antigua familia romana. No porque el derecho común contuviera un modelo de familia distinto (contenía en realidad varios), sino porque las instituciones del derecho común daban forma a algunas de las pretensiones sociales de la época. De modo que dicho derecho no fue el impulsor de estos cambios, sino la herramienta que en algunos casos se utiliza para consolidarlos. De hecho, las normas de derecho común que no convienen a estos intereses son simplemente ignoradas. Así, por ejemplo, se modifican las normas de la emancipación recuperando el carácter perpetuo de la *patria potestas*, aunque solo en su contenido patrimonial; aquí se echa mano del derecho

³³ Véase GUERRA MEDICI (1986) pp. 250-261; GACTO (1975).

³⁴ En la península Ibérica: BERMEJO (1996) p. 688

³⁵ En algunas regiones de Europa fue frecuente la exclusión de las mujeres de la herencia por medio de la dote. En Italia, por ejemplo, CORTESI (1997) pp. 154-155; SKINER (2005) p. 163; LEVEROTTI (2007). En territorios de la península Ibérica la exclusión de las mujeres no es tan acusada, aunque para el siglo XIV también su práctica será habitual: LALINDE (1963) p. 236 y GÁMEZ (1998) p. 96. En otros territorios véase BROUGARD (2002)

común³⁶. Al contrario, poco a poco la igualdad hereditaria de los hijos se ve mermada en favor de la institución de un heredero único, aunque el derecho común favorecía la igualdad. Esta institución, la del heredero único, a pesar de comenzar a ser justificada jurídica y moralmente desde el siglo XII, no se extendió masivamente sino hasta el siglo XV³⁷. Por último, la viuda dejó de ser la continuadora de la familia nuclear, para convertirse en un actor más de las estrategias familiares que favorecieran la perpetuación del linaje³⁸. Este es un tema que no podemos abordar aquí. Pero podemos decir que, entre otras novedades, esta nueva corriente social determinó no solo la aparición del heredero único, sino su evolución en formas sucesorias monolíticas como el mayorazgo o bien en estrategias para vincular los bienes al linaje, como los censos o los fideicomisos y sustituciones. Todas estas instituciones tendían a evitar la disgregación patrimonial del linaje³⁹. Por ese motivo se trata de instituciones primordialmente usadas y justificadas para la nobleza y no tanto en otros estratos⁴⁰.

Los linajes fueron verdaderos actores políticos y su existencia quedó materializada no solo en la acumulación de un gran patrimonio y poder político; también en símbolos y apellidos, en monasterios y fundaciones religiosas vinculadas a la familia, e incluso en elementos arquitectónicos urbanos (torres, barrios, lápidas, etc.) que sobreviven hasta hoy en muchas ciudades europeas. En medio de la acción política y económica de estos linajes, el matrimonio y la familia nuclear quedan ahogados en los intereses de subsistencia y ascenso social del grupo familiar extenso. A menudo es solo el hijo mayor el que puede casarse, en otras ocasiones, el resto de los hijos reciben un pequeño patrimonio en forma de dote o *praemium emancipationis* y son emancipados y desligados de la familia. Estos hijos forman familias nucleares, es decir esferas económicas relativamente autónomas formadas en el momento del matrimonio por el patrimonio de los cónyuges y los hijos. Estas familias, no obstante, a menudo son como satélites del patrimonio familiar principal en manos del padre y luego del hermano que lo herede indiviso. Por eso, el núcleo del linaje es más cercano a la estructura de la familia patriarcal romana, e incluso va más allá. La familia romana se dividía con la muerte del padre. Podíamos decir que allí terminaba su ciclo y se renovaba mediante la división del patrimonio. En otras palabras, se trata de una familia que acababa y nacía con la muerte. La familia nuclear, por su parte, se inaugura con el matrimonio, es entonces cuando la esfera patrimonial de los cónyuges comienza su vida autónoma. Los linajes, en cambio, generaron una familia que trasciende a la muerte, que se institucionaliza y cobra una personalidad económica y política que está por sobre los individuos que los componen. Por eso, todo es por el linaje y su subsistencia somete a las personas a un férreo control por parte de su administrador, el *pater familias*.

³⁶ Véase BELLOMO (1992) p. 65; BELLOMO (1966) p. 31 y ss. y TORELLI (1947) p. 54.

³⁷ CLAVERO (1989) y CLAVERO (1993)

³⁸ Sobre el fenómeno de nacimiento y consolidación de los linajes véase entre muchos otros: CAMMAROSANO (1979); DEL TREPPO (1977); VIOLANTE (1984) pp. 19-82; PASTOR (1993); DI RENZO VILLATA (1995) pp. 497-498. BELLOMO (1966) y BELLOMO (1992); LEVEROTTI (2005) pp. 101 y ss; DUBY y LE GOFF (1984); DUBY (1988); HEERS (1978); KLAPISCH-ZUBER (1995); TO FIGUERAS (1997); ROMANO (1994) y CLAVERO (1989).

³⁹ CLAVERO (1989), CLAVERO (1993), DI RENZO VILLATA (1995) pp. 497-498; BERMEJO (2009) pp. 549 y ss; ROMANO (1994) en especial pp. 49 y ss; TO FIGUERAS (1993) y TO FIGUERAS (1997);

⁴⁰ CLAVERO (1989), una visión general en las pp. 435-473

Pero no solo eso. Los linajes también generaron o coadyuvaron a configurar la estructura política de la sociedad del Antiguo Régimen. La tendencia a la concentración del poder llevó al estancamiento político y económico contra el que se pronunciaron tantos filósofos ilustrados y contra el cual se levantó la revolución burguesa. La animadversión por los monopolios, la fascinación por la circulación de la propiedad, las legítimas, la abolición de instituciones como los mayorazgos fueron como torpedos lanzados contra la línea de flotación del Antiguo Régimen; pues, en definitiva, aquella sociedad en buena medida se sostenía en las normas de derecho de familia y sucesiones que serán modificadas. La nueva familia, que rompe con las estructuras de linaje, quedará plasmada en los códigos de derecho privado del siglo XIX.

VI. LA FAMILIA CODIFICADA

Un testimonio muy conocido de la nueva visión de la familia que enarboló la Ilustración es el de Beccaría: “si la sociedad está constituida por familias, habrá veinte mil hombres y ochenta mil esclavos; si lo está por hombres, no habrá esclavo alguno y sí cien mil ciudadanos. (...). Cuando la república es de hombres, la familia no es una subordinación de mando, sino de contrato, y los hijos, al tiempo que la edad los saca de la dependencia de naturaleza, por su flaqueza y necesidad de educación y defensa, vienen a ser miembros libres de la ciudad, y se sujetan al cabeza de familia por participar sus ventajas, como los hombres libres en las grandes sociedades. (...) no subsiste otro vínculo de mando que el sacro e inviolable de suministrarse recíprocamente los socorros necesarios, y el de la gratitud por los beneficios recibidos”⁴¹. Igual que él, muchos otros pensadores ilustrados estimaron necesario acabar con ciertas estructuras sociales y del derecho de familia y sucesiones que impedian lo que debía ser, según el pensamiento liberal, el natural desarrollo de las sociedades y los individuos. No solo había que medrar los poderes colectivos como gremios, ciudades o señoríos; también había que destruir la herencia y las estructuras familiares que superaran aquello que, tal como ellos entendieron, constituía la familia natural⁴². Esa familia natural estaría desprovista de un papel político y no estaría dotada de artificios jurídicos que tendieran a atrapar los bienes y ligarlos al linaje. La familia natural era aquella formada por padre madre e hijos (y algún que otro allegado) cuya esfera de propiedad se formaba con el matrimonio y se dividía al momento de la muerte por partes iguales entre los hijos (aunque cupiese la posibilidad de mejorar a alguno). Así, el matrimonio, en muchos de los

⁴¹ BECCARIA. En el mismo pasaje afirma “El espíritu de familia es un espíritu de detalle y limitado a los hechos pequeños. El espíritu regulador de las repúblicas, dueño de los principios generales de los hechos y los distribuye en las clases principales e importantes al bien de la mayor parte”.

⁴² Rousseau comentaba sobre el particular: “La sociedad más antigua de todas, y la única natural, es la de una familia; y aún en esta sociedad los hijos solo perseveran unidos a su padre todo el tiempo que le necesitan para su conservación. Desde el momento en que cesa esta necesidad, el vínculo natural se disuelve. [...] Es pues la familia, si así se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre y el pueblo es la imagen de los hijos; y habiendo nacido todos iguales y libres, solo enajenan su libertad por su utilidad”. *El contrato social, Libro I Cap. II*. En general la doctrina de los *Philosophes* fue todavía más allá de lo que iría la codificación, no obstante, en lo que a aquí nos compete, sentó las bases del tratamiento que los códigos harán del derecho de las personas y de familia. Rousseau (1836) pp. 5.

códigos decimonónicos, inauguraba algún tipo de sociedad o comunidad entre los cónyuges, sea de gananciales, universal o de otro tipo, y generaba una expectativa respecto de dicho patrimonio en favor los hijos; no obstante, ahí acababa la extensión patrimonial de la familia. Asimismo, el matrimonio natural pretendía sustraer del control eclesiástico la institución y en cambio convertirla en un contrato civil⁴³. La familia natural, en fin, sería una institución perteneciente totalmente al mundo privado que nacía en ese momento. Aún así, el matrimonio no dejó de ser la clave de las alianzas entre familias, sin embargo, poco a poco su importancia irá disminuyendo en el ámbito patrimonial y sus funciones podrán ser, como veremos, reemplazadas.

Ya desde el siglo XVIII la afinidad emocional cobra una renovada relevancia entre las variables que se tenían en cuenta para concertar un matrimonio. Evidentemente, como aclara Coontz, este no es un cambio repentino, la unión matrimonial definida primordialmente por cuestiones emocionales y no tanto por intereses sociales o económicos no aparece con claridad hasta mucho tiempo después. No obstante, es cierto que en esta época se pone en valor el amor conyugal frente a la disciplina familiar impuesta por las necesidades patrimoniales de la familia⁴⁴. Solo entonces, en el marco del liberalismo decimonónico, el matrimonio pudo comenzar a abandonarse al amor romántico. Sin duda un cambio de esa naturaleza era viable únicamente en una sociedad en que el matrimonio se restringía poco a poco a lo privado, a la esfera individual, y dejaba de ser un asunto político.

En efecto, el liberalismo que inspiró los códigos modernos se enfrentó, como una de sus principales preocupaciones, al fenómeno nobiliario que impedía la circulación de los bienes y del poder político y lo concentraba en pocas manos. Estas instituciones afectaban a la burguesía que, también poderosa en el ámbito económico, quedaba relativamente excluida de las relaciones de poder. De ahí que la burguesía librara la misma batalla que desarrolló en el ámbito público con la bandera del constitucionalismo, en el ámbito privado con la herramienta de la codificación⁴⁵. Esta es una historia conocida. Las relaciones jurídicas en ese nuevo mundo liberal se conciben primordialmente como relaciones individuales y la realidad colectiva de la familia nuclear o extensa o patriarcal queda opacada por dicho principio. De esa forma, la libre circulación de los bienes consagrada como valor en todos los códigos decimonónicos tenía en el derecho de familia una de sus manifestaciones más claras. Los censos, sustituciones fideicomisarias, pactos sucesorios y toda fórmula para evitar la división de la herencia fueron vistas con desconfianza por el legislador liberal y, si no abolidas, al menos fueron restringidas en su aplicación. Al contrario, la codificación puso el acento en la familia nuclear retomando y reforzando las normas válvula que permiten su

⁴³ Véase GAUDEMET (1993) pp. 449 y ss. Aún así, muchos códigos beben del derecho canónico en lo referente a la regulación del derecho de familia, sea de forma manifiesta o no. En el caso particular del Código de Bello es interesante SALINAS (2006).

⁴⁴ COONTZ (2006) pp. 185-204 una revisión de la bibliografía y el desarrollo de la misma en Europa e Iberoamérica en CHACÓN (2003).

⁴⁵ Para el modelo de relaciones privadas que proponen la mayoría de los códigos decimonónicos y la filosofía que le sirve de antecedente la bibliografía es inabarcable, para este fenómeno referido en particular al derecho de personas y familia véase una exposición general en DI RENZO VILLATA (1995) pp. 470-484 y 505-527.

existencia y que ya estaban presentes en siglos anteriores y también, en ese mismo tiempo, entre muchas de las familias que no formaban parte de los estamentos privilegiados⁴⁶.

La familia de la codificación no alcanzó las fronteras propuestas por muchos de los filósofos ilustrados o por el legislador revolucionario en el caso francés; al contrario, en muchos sentidos el código de Napoleón es restaurador de valores tradicionales⁴⁷. Eso no hace menos cierto, no obstante, que en lo que a la familia nuclear respecta, el código francés y la mayoría de los códigos (que por lo demás no sufrieron la violenta fluctuación que significó, en el caso del primero, estar precedido por un periodo revolucionario) recuperaron la vigencia o reposicionaron aquellas normas que hemos caracterizado como válvulas anti-retorno. Son estas normas las que permiten la existencia de la familia nuclear en cuanto esfera patrimonial. Una de esas recuperaciones o reposicionamientos se produce en el caso de las legítimas. En buena parte del ámbito hispánico, los códigos optaron por limitar la libertad de disposición del padre mediante dicha institución⁴⁸. Como ya hemos señalado, las legítimas tienen larga data. Fueron recogidas en la obra de Justiniano y convivieron con las reservas hereditarias en territorios de influencia germánica⁴⁹. Sin embargo, sobre todo a partir del siglo XIII, como señalamos arriba, la efectividad de estas limitaciones se relativiza en favor de prácticas tendentes a la indivisión de la herencia. Este objetivo se conseguía sea a través de instituciones hereditarias o de estrategias relacionadas con el matrimonio; por ejemplo, el celibato forzoso de algunos hijos para evitar la división del patrimonio familiar mediante las donaciones matrimoniales de rigor⁵⁰. En esta época, en cambio, la legítima recupera su vigencia y se impone sin mayores excepciones dejando al padre solo una cuota de libre disposición. No es que antes los padres pudieran disponer con toda libertad de la herencia, muchas veces, producto de instituciones hereditarias como el mayorazgo o los fideicomisos, la realidad era la contraria. En otras palabras, el padre no podía disponer ni dividir la herencia familiar, sino simplemente traspasar el patrimonio del linaje de generación en generación intentando acrecentarlo.

El derecho de la codificación, al revés, obliga a dividir y al hacerlo, aporta también unas reglas de mínimos que encuentra en la tradición medieval; en el caso del mundo hispánico, esas reglas provienen sobre todo del derecho castellano⁵¹. La obligación de dividir la herencia entre los hijos despoja a las familias de una de las estrategias clave para mantener

⁴⁶ Una visión general en VISMARA (1978) pp. 23 y ss. También BELLOMO (1970) pp. 69 y ss.; DI RENZO VILLATA (1995) pp. 470 y ss.

⁴⁷ HALPERIN (1992) pp. 276-277

⁴⁸ En el caso hispánico la limitación es importante. El proyecto de Código Civil Español de 1851 limitaba a un tercio la facultad de disposición del padre en el caso de haber un hijo y a un quinto si eran dos o más (art.642), El código de Bello otorgaba al causante la cuota de libre disposición de un cuarto de la herencia y otra cuarta parte para mejorar a ciertos parientes (art. 1184). Véase la discusión sobre esta cuestión en el marco de la codificación española en PÉREZ (2005); también PACHECO (2012)

⁴⁹ La evolución en Francia hasta la codificación en PEGUERA (2009) pp. 259 y ss.

⁵⁰ Desde el alto Medioevo hasta la codificación, las transferencias patrimoniales que se hacen con ocasión del matrimonio están conceptualmente muy ligadas a la herencia, VIAL-DUMAS (2017).

⁵¹ Bello, en principio partidario de una mayor libertad testamentaria, se aparta en alguna medida de la tradición castellana medieval e intenta acercarse, al menos en sus proyectos, a la tradición romana. García Goyena recoge en cambio un sistema de legítimas muy similar al contenido en la tradición foral, SALINAS (1977)

el estatus económico y político, además pone en circulación bienes que antes eran heredados en masa y no podían ser divididos ni enajenados.

Otra recuperación de las normas válvula es la emancipación, aunque en este caso hay importantes modificaciones. La emancipación ya no está asociada con la misma fuerza al matrimonio, sino a una edad determinada. El criterio de la edad no era desconocido en el derecho anterior, de hecho, muchas veces actuaba como un criterio alternativo al del matrimonio⁵². Esto sucedía, por ejemplo, cuando los hijos, llegada una determinada edad, podían reclamar al progenitor sobreviviente la herencia del padre o la madre premuerta⁵³. Sin embargo, dicho criterio rara vez había actuado de forma autónoma y, sobre todo, se entendía que actuaba cuando no había operado la emancipación por matrimonio o economía separada. En el derecho de la codificación en cambio, la edad es criterio suficiente y único para la emancipación, aunque, en la práctica, incluso hasta épocas muy recientes, matrimonio y edad siguieron actuando como dos criterios complementarios. De esta forma, tal como se desarticula la facultad de disposición que el padre de familia podía ejercitar mediante el testamento, se restringe también su poder en vida a través de la limitación legal y clara de la *patria potestas*. Se trataba en definitiva de acometer modificaciones similares a las que acontecían en el ámbito público: el poder absoluto del rey mutarlo en un poder limitado por una constitución; en el caso de la familia, de monarquía convertirla también en una sociedad basada en un pacto, uno que se suscriba además voluntariamente pues el consenso de los padres poco a poco deja de ser un elemento jurídicamente relevante al momento de la elección del cónyuge⁵⁴. Evidentemente, ni en el ámbito público ni en el privado la filosofía que inspiró la revolución logró todos sus cometidos, sin embargo, se sentaron importantes bases para el desarrollo posterior.

Otro rescate es también el del papel del cónyuge viudo como administrador de la familia nuclear hasta el momento de la emancipación de los hijos. Esto es así en la medida que administra el patrimonio de los hijos menores de edad y también el patrimonio que le corresponde como resultado de la liquidación de la sociedad conyugal (si es que existía) o alguna cuota como usufructuario o bien como heredero. En el derecho tradicional, desde la Antigüedad tardía, la figura del cónyuge viudo tiene una importancia extraordinaria. Cuando la estructura de la familia patriarcal romana entró en decadencia, los bienes del matrimonio quedaron en manos del cónyuge viudo; antes, la viuda normalmente o se mantenía en la familia del padre del marido o volvía a su hogar paterno o se incorporaba en el de alguno de sus hijos. Los hijos pertenecían al padre y a su stirpe. Como se ha dicho, en el derecho tradoantiguo y altomedieval, en cambio, los hijos pertenecen a ambos cónyuges y la patria potestad suele ejercerse incluso de manera conjunta⁵⁵. Pero en la baja Edad Media y en la sociedad de la primera modernidad, al menos en el ámbito aristocrático, la mujer viuda tiene otra vez un difícil encaje. A menudo es muy complicado devolver una dote y

⁵² VIAL-DUMAS (2014b) pp. 316-321

⁵³ Ver N° 32

⁵⁴ En Francia, en plena revolución, en virtud de la ley del 22/25 de septiembre de 1792, se hace innecesario el consentimiento de los familiares para el matrimonio válido. Aunque luego Napoleón restaurará parcialmente dicha autoridad, a la larga esta será la concepción que acabará imponiéndose en los códigos.

⁵⁵ VIAL-DUMAS (2014b) pp. 314-316

la propiedad de la familia se encuentra en una buena parte indivisa; de modo que muchas veces la viuda permanece en la familia del marido, pero sus facultades como administradora disminuyen a favor de las estrategias del linaje⁵⁶.

No obstante, para la mayoría de las familias, las no comprometidas en el juego de los linajes, el cónyuge viudo es continuador de la familia nuclear en cuanto rector de su patrimonio como conjunto. Eso no obsta a que siempre se reconocieran distintas calidades respecto de los múltiples bienes que lo componían, como dueño, usufructuario o mero administrador. Para la familia de los códigos el cónyuge tiene un papel similar. El cuidado de los hijos a cargo del cónyuge sobreviviente sigue alargando el ciclo vital de la familia nuclear hasta la emancipación de los mismos, aun cuando falte uno de los codirectores de la unidad conyugal⁵⁷. Por su parte, el derecho sigue prefiriendo a los descendientes al momento de la distribución de los bienes que están dentro de la esfera de la familia nuclear, lo que evita su salida en el evento de la muerte de alguno de los cónyuges.

Las normas válvula que sí sufren alteraciones mayores son algunas de las relacionadas con las nupcias. En el derecho tradicional, la familia tenía como centro el momento del matrimonio en varios sentidos. Como hemos señalado, el matrimonio creaba normalmente una esfera patrimonial diferenciada que se veía consolidada con el nacimiento de los hijos. El matrimonio también desencadenaba normalmente la emancipación de los hijos. Por último, el matrimonio marcaba el momento crucial de la distribución del patrimonio familiar (mucho más que la herencia, esto es sobre todo cierto durante la Edad Media)⁵⁸. En el derecho de la codificación y en sus antecedentes en el derecho anterior, el matrimonio mantiene su lugar central en el mundo privado. Esto es así sobre todo en lo que respecta al primero de los efectos que mencionaba, es decir, a que el matrimonio constituye una esfera jurídico-patrimonial diferenciada que se consolida con el nacimiento de los hijos, pues desde ese nacimiento opera la norma válvula que invierte todos los cursos hereditarios en su favor. Sin embargo, el matrimonio ya no marca ni el momento de la emancipación, ni el momento de la distribución del patrimonio familiar. El ciclo de vida de la familia nuclear del derecho tradicional podía describirse en función del matrimonio; este crea la esfera de la familia nuclear y esa esfera se consolida con el nacimiento de los hijos. Con el matrimonio los hijos salen de dicha esfera que, en muchas ocasiones, se divide al menos parcialmente para dar nacimiento a la nueva familia nuclear. La familia de la codificación nace a la vida con el matrimonio y se consolida con el nacimiento de los hijos, sin embargo, los hijos salen de dicha familia sin que se divida el conjunto, pues dicha división no acaece sino hasta el momento de la muerte de los padres. A cambio, la sociedad contemporánea creó mecanismos, como la emancipación por edad y el deber de educar y establecer a los hijos (que se consideraron deberes impuestos por naturaleza), que actúan como sustitutos de las

⁵⁶ DI RENZO VILLATA (1995) p. 466; BELLOMO (1970) pp. 37 y ss.

⁵⁷ Los códigos modernos al reconocer al cónyuge sobreviviente la administración o el usufructo de los bienes de los hijos, preserva la unidad de la familia nuclear hasta que estos sean mayores de edad.

⁵⁸ Aunque en época moderna y contemporánea se sigue utilizando sistemas de distribución patrimonial mediante pactos matrimoniales o donaciones matrimoniales. El caso paradigmático es la institución del heredamiento catalán. Véase: TO FIGUERAS (1997); LALINDE (1963); PÉREZ (2005) pp. 331-367; MONTAGUT y MIKES (2016) pp. 21-49.

donaciones que, en el derecho tradicional, las familias de origen hacían a los hijos para procurar la constitución de su familia.

En efecto, el cambio de funciones del matrimonio tenía que ir de la mano del reemplazo del mecanismo de las donaciones nupciales. La creación de una esfera jurídico-patrimonial autónoma se sigue produciendo, pero el contenido de dicha esfera será ahora el fruto de las rentas o el trabajo asalariado de uno o de ambos cónyuges. De esa manera se puede dotar de sustancia patrimonial a la familia nuclear sin proceder a la división del patrimonio de las familias de origen. El matrimonio deja de marcar ese momento de división que queda otra vez pospuesto hasta la muerte de los padres. Evidentemente este cambio no se da de un día para otro. Las donaciones nupciales, en particular la dote, más que abolida es una institución que cayó paulatinamente en desuso. Normalmente cuando se habla de familia moderna y su modelo primordialmente nuclear, se piensa en este fenómeno, sin embargo, esto no es más que una alteración en las normas válvula que, como hemos señalado, tienen origen y aplicación desde la Antigüedad tardía. Es cierto que la paulatina desaparición de las donaciones nupciales y la pérdida del carácter estratégico del matrimonio sí son una novedad en la historia occidental. Sin embargo, no se trata de un cambio radical, sino simplemente de la refacción de un compuesto de normas que configuran jurídicamente la familia nuclear y que ya venía funcionando desde siglos. Es indudable, no obstante, que estos cambios abren la puerta a la crisis actual del matrimonio. No me refiero a una crisis moral, sino a la crisis de la institución jurídica y su funcionalidad económica como centro de creación y división del patrimonio familiar. Despojado el matrimonio de esta función, también su importancia social decae y puede ser reemplazado, modificado y desplazado hasta convertirse en una institución de importancia marginal, como parece ser hoy.

VII. CONCLUSIONES

La familia ante el derecho puede ser retratada como una esfera jurídico-patrimonial. Dicha esfera es reflejo de la realidad moral de la familia, una realidad determinada principalmente por los vínculos que produce el parentesco y el matrimonio (y también, en cierta medida, sus substitutos). Una ventaja del análisis jurídico patrimonial es que permite analizar las estructuras familiares a partir de las relaciones jurídicas que unen a determinadas personas y los cambios que en estas se producen en la medida que cambian los estados civiles de las mismas. Otra ventaja es que permite caracterizar las estructuras familiares como un juego de conjuntos y subconjuntos determinados por esas relaciones jurídicas. El grupo más amplio que puede identificarse como familia es el conjunto relativamente indeterminado de los parientes. El más pequeño es la familia nuclear. Este último conjunto puede ser identificado a través de criterios adicionales que van más allá de las simples relaciones de parentesco o afinidad. Se trata de normas que permiten dibujar con cierta claridad las fronteras de la familia nuclear. Dichas normas actúan como válvulas antirretorno, en la medida que los bienes que entran a un determinado subconjunto de parientes no pueden luego salir del mismo; al contrario, el derecho los destina en beneficio de los miembros de ese subconjunto, aún en contra de la voluntad de sus rectores.

La evolución histórica de Occidente nos muestra cuáles son esas normas en el contexto de su nacimiento. La Antigüedad tardía vio formarse todas las normas válvula que configuraron la familia nuclear occidental en el derecho. Se trata básicamente de a) la emancipación por matrimonio o mayoría de edad que permite la fundación de una esfera patrimonial autónoma, b) la preferencia de los descendientes en el ámbito hereditario, c) la división forzada de la herencia a través de la institución de la legítima, y d) que el cuidado de los hijos y la dirección de la familia recaiga en ambos cónyuges, de manera que el viudo o viuda mantiene la estructura de la familia nuclear hasta, al menos, la emancipación de los hijos. Desde entonces han estado, al menos en lo sustancial, vigentes ininterrumpidamente, aunque no en todos los medios sociales. En efecto, al final de la Edad Media y en la primera Modernidad, al interior los círculos nobiliarios se articularon estrategias que tendían a concentrar el patrimonio de una entidad suprafamiliar como fueron los linajes. Sin embargo, el ideario ilustrado reorientó y recuperó algunas de estas normas válvula, aunque desde una perspectiva individualista. Aun así, en lo esencial, la estructura inaugurada en el nacimiento de Occidente sobrevivió en los códigos decimonónicos.

La familia contemporánea, igual que la familia del derecho medieval y moderno, es primordialmente una familia nuclear, aunque su delimitación como conjunto sea más compleja. En efecto, el ciclo de vida de la familia nuclear se ha modificado ligeramente en la medida que las normas válvula también han sufrido modificaciones. Las principales tienen que ver con la función económica del matrimonio. En efecto, la emancipación ha dejado de estar asociada a las nupcias, tanto en el plano jurídico como en el social, y el matrimonio ha dejado de ser identificado con un momento importante de distribución del patrimonio familiar, como era en el derecho tradicional. Es evidente que el debilitamiento social de la institución del matrimonio lo ha desplazado del centro del mundo jurídico privado. A cambio, el deber de educar a los hijos y el trabajo asalariado han proporcionado medios para la emancipación efectiva de estos. De esta manera, el patrimonio familiar se distribuye solo con la muerte de los progenitores y el matrimonio deja de ser fundamental en la configuración de la familia nuclear. Ese hecho, constatable fácilmente en el ámbito jurídico patrimonial a través de las modificaciones de las normas válvula desde que dichos códigos comenzaron a ser dictados, abrió la puerta al matrimonio por amor y, al mismo tiempo, lo condenó a la intrascendencia patrimonial. Como resultado de esta evolución, el matrimonio se ha desdibujado y ha podido ser, por una parte, asimilado a otras uniones civiles o de hecho y, por la otra, puede dejar de ser controlado por el estado. En efecto, la legislación estatal entró a regular el matrimonio por su capital importancia para la reestructuración social que en el siglo XVIII y XIX se proponía; la actual intrascendencia, en cambio, abre la puerta a que el matrimonio sea abandonado por el estado y se reconvierta en una institución gobernada libremente por los grupos religiosos o ideológicos que conforman la sociedad civil. Está por ver si es ese u otro el camino que tiene por delante la institución matrimonial.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMUNÁTEGUI, Carlos (2009): *Origen de los poderes del paterfamilias. El pater familias y la Patria Potestas* (Madrid, Dykinson).
- ANNE, Lucien (1941): *Les rites des fiançailles et LA DONATION POUR CAUSE DE MARIAGE SOUS le Bas-Empire* (Louvain, Desclée de Brouwer).
- Bartolus de Saxoferrato (1555): *Commentaria in primam infortiati partem* (Lugduni)
- BECCARIA, Cesare (2015): *Tratado de los delitos y de las penas* (Madrid, U. Carlos III).
- BELLOMO, Manlio (1966): *Profili della famiglia italiana nell'età dei Comuni* (Catania, Giannotta).
- BELLOMO, Manlio (1992): “La struttura patrimoniale della famiglia italiana nel Tardo Medioevo” en BONFIELD, Lloyd (ed.), *Marriage, Property, and Succession* (Berlín, Duncker & Humblot) pp. 53-69.
- BELLOMO, Manlio (1970): *La condizione giuridica della donna in Italia* (Torino, Eri).
- BERMEJO, Manuel (1996): *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval* (Madrid, U. Carlos III).
- BERMEJO, Manuel (2009): *Entre ordenamientos y códigos. Legislación y doctrina sobre la familia a partir de las Leyes de Toro* (Madrid, Dykinson).
- BESTA, Enrico (1963): *Le Successioni nella storia del diritto italiano* (Milano, Giuffrè).
- BONNASSIE, Pierre (1979): *La Catalogne du milieu du Xe a la fin du XIe siècle* (Toulouse Pub. de l'Univ. de Toulouse-Le Mirail).
- BOUGARD, François, FELLER, Laurent y LE JAN, Régine (2002): *Dots et dounaires dans le haut Moyen Âge* (Roma, École française de Rome).
- BRAGA DA CRUZ, Guilherme (1953): “A sucessão legítima no Código Euriciano”, *AHDE*, 23: pp. 769-830.
- CALABRÚS, Juan (1991): *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda* (Granada, Ins. de his. del derecho, U. de Granada)
- CAMMAROSANO, Paolo (1979): “La nobiltà del Senese dal secolo VIII agli inizi del secolo XII”, *Bullettino senese di storia patria*, 86: pp. 7-48.
- CAPOGROSSI, Luigi (2010): “La famiglia romana, la sua storia e la sua storiografia”, *Mélanges de l'École française de Rome - Antiquité* 122-1: pp. 147-174.
- CHACÓN, Francisco; IRIGOYEN, Antonio; DE MESQUITA, Eni y LOZANO, Teresa (2003): *Sin distancias. Familia y tendencias historiográficas en el siglo XX* (Murcia, U. de Murcia).
- CLAVERO, Bartolomé (1989): *Mayorazgo* (Madrid, Siglo XXI).
- CLAVERO, Bartolomé (1993): “Beati Dictum, Derecho de Linaje, Economía de Familia y Cultura de Orden”, *AHDE*, 63: pp. 7-148.
- COONTZ, Stephanie (2006): *Historia del matrimonio* (Trad. Alcira Bixio, Barcelona, Gedisa).
- COULANGES, Fustel de (1864): *La cité Antique* (París, Hachette)
- CORTESE, Ennio (1997): *Il diritto nella storia medievale, Vol. I* (Roma, Il Cigno Galileo Galilei, primera ed., seg. reimpression).
- DALLA, Danilo (1983): *Praemium emancipationis* (Milan, Giuffrè).

- DEL TREPPO, Mario (1977): “La nobiltà dalla memoria lunga: evoluzione del ceto dirigente di Amalfi dal IX al XIV secolo”, en ROSSETTI, Gabriella (edit.), *Forme di potere e struttura sociale in Italia nel medioevo* (Bologna, Il Mulino) pp. 305-319.
- DI RENZO VILLATA, Gigliola (1995): “Personas e familia nel diritto medievale e moderno”, en *Digesto IV, Discipline privatistiche* (Turin, Utet) pp. 457-527.
- DUBY, Georges (1988): “El matrimonio nella società dell’Alto Medioevo” en DUBY, Georges, *Medioevo maschio: amore e matrimonio* (Trad. Maria Garin, Roma, Laterza, primera edición) pp. 5-25.
- DUBY, Georges, y LE GOFF, Jacques (1984): *Famiglia e parentela nell’Italia medievale*, (Bologna, Il Mulino).
- FAYER, Carla (1994): *La familia romana. Aspecti giuridici e antiquari* (Roma, L’Erma di Bretschneider)
- FISCHER DREW, Katherine (1988): *Law and Society in Early Medieval Europe* (London, Variorum Reprints).
- FRANCIOSI, Gennaro (2003): *La familia romana: società e diritto* (Torino, Giappichelli).
- GACTO, Enrique (1975): *La condición jurídica del cónyuge viudo en el derecho visigodo y los fueros de León y Castilla* (Sevilla, Public. de la U. de Sevilla)
- GÁMEZ MONTALVO, M^a Francisca (1998): *Régimen jurídico de la mujer en la familia castellana medieval* (Granada, Comares).
- GARCÍA GARRIDO, Manuel (1982): *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil. I- La tradición romanística* (Barcelona, Ceac).
- GARCÍA GARRIDO, Manuel (1958): *Ius Uxorium* (Roma, Madrid, CESIC).
- GARCÍA GARRIDO, Manuel (1959): “El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el derecho romano-visigótico”, *AHDE*, 29: pp. 389-446.
- GARDNER, Jane (1988): *Family and Familia in Roman Law and Life* (New York, Oxford University Press).
- GAUDEMET Jean (1993): *El matrimonio en Occidente* (Trad. María Barberán y Florentino Trapero, Madrid, Taurus).
- GUERRA MEDICI, M^a Teresa (1986): *I Diritti delle donne nella società altomedievale* (Napoli, Ed. scientifiche italiane).
- GUICHARD, Pierre (1988): “La Europa bárbara” en BURGUIÈRE, André; ZONABEND Françoise; KLAPISCH-ZUBER, Christine; SEGALEN Martine *et al.* (edit.), *Historia de la familia*, Vol. I (Madrid, Alianza) pp. 287-342.
- GUICHARD, Pierre (1979): “De l’Antiquité au Moyen Age: Famille large et famille étroite”, *Cahiers d’Histoire*, 24: pp. 45-60.
- GUTIÉRREZ, Cándida (2006): “La institución de la familia en Roma”, en CATALÁ, Santiago (cord.) *Evolución del derecho de familia en Occidente* (Cuenca, U. Castilla-La Mancha) pp. 11-26.
- HARRIS, Marvin. (1984). *Introducción a la Antropología General* (Trad. Juan Sánchez Fernández, Madrid. Alianza Editorial, 5^a ed.).
- HEERS, Jacques (1978): *El clan familiar en la Edad Media* (trad. C. Escardó y R. Ortuño, Barcelona, Labor).
- HERLIHY, David (1985): *Medieval Households* (Cambridge, Harvard Univ. Press).

- HERRERA, Héctor (1977): “Res Privata-Res Publica-Imperium”, en VV.AA., *Semanas de Estudios Romanos I* (Valparaíso, Ed. Univ. de Valparaíso) pp. 128-136.
- HALPÉRIN, Jean-Louis (1992): *L’Impossible Code Civil* (París, Presses Univ. de France).
- KAPLAN, Michel (1992): *Les Hommes et la terre à Byzance du VIe au XIe siècle* (París, Publications de la Sorbonne).
- KING, Paul (1981): *Derecho y sociedad en el reino visigodo* (trad. M. Rodríguez Alonso, Madrid, Alianza Editorial).
- KLAPISCH-ZUBER, Christine (1995): “Relazioni di parentela e vita politica a Firenze nel XIV secolo”, en KERTZER, David y SALLER, Richard (eds.), *La famiglia in Italia dall’antichità al XX secolo* (Firenze, Le Lettere) pp. 233-254.
- LAIYOU, Angeliki (2009): “Family Structure and the Transmission of Property” en HALDON, John (ed.), *The Social History of Byzantium* (Wiley-Blackwell, Chichester) pp. 51-75.
- LALINDE, Jesús (1962): “La sucesión filial en el derecho visigodo”, *AHDE*, 32: pp. 113-130.
- LALINDE, Jesús (1963): “Los pactos matrimoniales catalanes”, *AHDE*, 33: pp. 221-246.
- LEVEROTTI, Franca (2005): *Famiglia e Istituzioni nel Medioevo italiano* (Roma, Carocci).
- LEVEROTTI, Franca (2007): “Uomini e donne di fronte all’eredità. Il caso italiano” en VVAA. *Familia y Sociedad en la Edad Media (siglos XII-XV)* (Zaragoza, U. de Zaragoza) pp. 39-52.
- LÉVI-STRAUSS, Claude (1982): “La familia”. En LÉVI-STRAUSS, Claude; SPIRO, Melford y GOUGH, Kathleen (eds.), *Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia* (Barcelona, Anagrama, 3ª ed.) pp. 7-49.
- LÓPEZ NEVOT, José Antonio (1998): *La aportación marital en la Historia del Derecho medieval* (Almería, U. de Almería).
- MONTAGUT, Tomàs de y MIKES, Tünde (2016): “The Catalan Sagrada Família: Law and Family in Medieval and Modern Catalonia” en DI RENZO VILATA, Gigliola (ed): *Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era* (Switzerland, Springer) pp. 21-49.
- MURDOCK, George (1949): *Social Structure* (New York, Macmillan).
- PACHECO, Francisco (2012) “Derecho histórico y Codificación. El derecho sucesorio”, *AHDE* 82: pp. 113-147.
- PASTOR, Reyna (1993): *Resistencias y luchas campesinas, en la época de crecimiento y consolidación de la formación feudal, siglos X-XIII* (Madrid, Siglo XXI).
- VEYNE, Paul (1978): “La famille et l’amour sous le Haut-Empire romain”, *Annales Économies, Sociétés, Civilisations*, 33: pp. 35-63.
- PEGUERA, Marta (2009): *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil: la légitime en pays de coutumes* (Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille).
- PÉREZ COLLADOS, José María (2005): “El derecho catalán de sucesiones en vísperas de la codificación”, *AHDE*, 75: pp. 331-367.
- ROMANO, Andrea (1994): *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell’Italia medievale e moderna* (Torino, Giappichelli).
- RUIZ DOMENEC, José (1975): “Las estructuras familiares catalanas en la Alta Edad Media” *Cuadernos de arqueología e historia de la ciudad*, 16: pp. 69-123.
- SALINAS, Carlos (1977): “Notas sobre los orígenes de la cuarta de mejoras en nuestra legislación civil”, *REHJ*,: pp. 143-157.

- SALINAS, Carlos (2006): *El influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile*, (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- SALLER, Richard (1997): *Patriarchy, Property and Death in Roman Family* (Cambridge, Cambridge University Press).
- SALLER, Richard (1984): “Familia, Domus and the Roman Conception of the family”, *Phoenix*, 38, N° 4: pp. 336-355.
- SEGALEN, Martin (1981) *Sociologie de la famille* (París, Armand Colin).
- SKINNER, Patricia (2005): *Le donne nell’Italia medievale, Secoli VI-XIII* (trad. G. Federici, Roma, Viella).
- THOMAS, Yan (1990): “La divisione dei sessi nel diritto romano”, en SCHMITT-PANTEL, Pauline (ed.), *Storia delle donne, I. L’Antichità* (Rome-Bari: Laterza) pp. 103-178.
- THOMAS, Yan (1988): “Roma: padres ciudadanos y ciudad de los padres (siglo II a.C.-siglo II d.C.)” en BURGUIERE, André [et al.] (eds.), *Historia de la familia*, Tomo I, (Madrid, Alianza) pp. 203-240.
- TO FIGUERAS, Lluís (1993): “Señorío y familia: los orígenes del hereu catalán”, *Studia Histórica - Historia Medieval*, 11: pp. 57-79.
- TO FIGUERAS, Lluís (1997): *Familia i hereu a la Catalunya nord-oriental* (Barcelona, Publ. de l’Abadía de Montserrat).
- TORELLI, Pietro (1947): *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto privato, la famiglia* (Milano, Giuffrè).
- TOUBERT, Pierre (2006): “La institución del matrimonio cristiano desde la Antigüedad tardía al año mil” en TOUBERT, Pierre (ed.), *Europa en su primer crecimiento* (Trad. Antoni Domènech, Valencia, U. de Valencia) pp. 225-253.
- TOUBERT, Pierre (1973): *Les structures du Latium médiéval* (Roma, École Française).
- TREGGIARI, Susan (1993): *Roman Marriage, iusti Coniuges From the Time of Cicero to the Time of Ulpian* (Oxford, Clarendon).
- VIAL-DUMAS, Manuel (2010): “Familia, muerte y matrimonio, de la familia extensa de la Roma arcaica a la familia nuclear de la Antigüedad tardía”, *Revista chilena de historia del derecho*, 22: pp. 287-317.
- VIAL-DUMAS, Manuel (2014a): “La revolución de la herencia en la Antigüedad tardía”, *Ius Fugit*, 17: pp. 293-311.
- VIAL-DUMAS, Manuel (2014b): “Parents, Children and Law, Patria Potestas and Emancipation in the Christian Mediterranean at Late Antiquity and Early Middle Ages”, *Journal of Family History*, 39, Vol. 4: pp. 307-329.
- VIAL-DUMAS, Manuel (2017): “La herencia en la tradición jurídica occidental, algunos momentos estelares”, en MARTÍNEZ-ZORRILLA, David y VIAL-DUMAS, Manuel (ed.) *Las múltiples caras de la herencia* (Barcelona, Huygens) pp. 23-44.
- VIOLANTE, Cinzio (1984): “Alcune caratteristiche delle strutture familiari in Lombardia, Emilia e Toscana durante i secoli IX-XII”, en DUBY, George y LE GOFF, Jacques (ed), *Famiglia e parentela nell’Italia medievale* (Bologna, Il Mulino) pp. 19-82.
- VISMARA, Giulio (1978): *Il diritto di famiglia in Italia dalle Riforme ai codici* (Milano, Giuffrè).

VISMARA, Giulio (1988): “La successione volontaria nelle leggi barbariche” en VV.AA., *Scritti di storia giuridica*, 6 (Milano, Giuffrè) pp. 109-143.

VISMARA, Giulio (1935): “La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico” en ROBERTI, Melchiorre (ed.) *Cristianesimo e diritto romano* (Milano, Vita e pensiero) pp. 295-406.

VOCI, Pasquale (1985): “Storia della ‘patria potestas’ da Costantino a Giustiniano”, *SDHI*, 50: pp. 1-72.

WICKHAM, Christopher (2009): *Una historia nueva de la Alta Edad Media* (Trad. Tomas Fernández y Beatriz Eguibar, Barcelona: Crítica).

ZEUMER, Karl (1944): *Historia de la legislación visigoda* (trad. Carlos Clavería, Barcelona, Impr. A. Ortega).

GARDNER, John (2018): *From Personal Life to Private Law* (Oxford, Oxford University Press) 242 pp.

Tratar de simplificar un argumento complejo y lleno de matices conlleva el riesgo de ser acusado, precisamente, de simplificar un argumento complejo y lleno de matices. En el caso del nuevo libro de John Gardner, este es un riesgo que vale la pena asumir, aunque solo sea para motivar la lectura del libro mismo.

Basado en una serie de conferencias inéditas del mismo nombre (las ‘*Quain Lectures*’ del año 2014), en este libro el profesor de Oxford intenta demostrar que, más allá de los tecnicismos jurídicos, muchos de los problemas que ocupan a jueces, abogados y teóricos del derecho privado son, en realidad, problemas inherentes a la condición humana. Mediante un cuidadoso análisis y una gran selección de ejemplos tomados de la vida cotidiana, la literatura y el cine, el profesor escocés demuestra la relación de continuidad que existe, tanto en nuestra vida personal como en el derecho privado, entre esos tres elementos que constituyen “la ecuación de la litigación, la trinidad de los daños, la alquimia del *assumpsit*” (p. 1). Me refiero al agravio (*wrong*), el daño o pérdida (*loss*), y el remedio o reparación (*remedy*).

El libro consta de una introducción y seis capítulos. Siguiendo el orden del libro, explicaré, en primer lugar, qué entiende Gardner por vida personal y derecho privado (introducción), para luego abordar la tesis central del libro: que existe cierta continuidad entre ambos (capítulos 1 al 6).

¿Qué quiere decir “vida personal”? Gardner entiende esta idea como “lo que la gente hace (así como lo que piensa, cree, quiere, etc.) fuera del [ámbito del] derecho [*quite apart from the law*]” (p. 8). Aunque Gardner no sigue a Alasdair MacIntyre en “su diagnóstico histórico de nuestra condición contemporánea (‘la liquidación del yo’) ni en sus prescripciones nostálgicas” (p. 7), concuerda con su compatriota en que debemos concebir la vida humana de modo unitario y no como si fuera un conjunto de fragmentos relativamente inconexos y normativamente independientes entre sí. Por esto Gardner prefiere hablar de vida personal y no de “vida privada” (p. 6).

Que el derecho privado se relacione con una concepción unitaria de la vida personal tiene importantes consecuencias para el debate acerca de la justificación normativa del derecho privado. En efecto, Gardner toma posición desde un inicio a favor de las teorías “monistas” de la justificación. Ser “monista” en este sentido no supone, por cierto, creer que el derecho privado sirve un solo bien o valor. Si así fuera, declararse monista tendría poco sentido: la pluralidad de bienes y valores que sirve el derecho privado parece difícil de negar. La pregunta interesante –que Gardner y los monistas responden afirmativamente y los pluralistas negativamente– es si los principios normativos que justifican las instituciones del derecho privado deben ser los mismos que justifican (moralmente, se entiende) nuestra propia conducta. La respuesta afirmativa pone a Gardner, por decirlo así, más cerca de Aristóteles que de Rawls.

¿Qué es el derecho privado? Gardner no está especialmente interesado en la pregunta. Para efectos del libro, derecho privado es “el derecho de daños [*the law of torts*] y el derecho de contratos” (p. 14), pero, por la mayor parte, el libro simplemente asume que el

lector sabe lo que es y cuáles son sus temas centrales. Esta no es una decisión baladí. Por de pronto, tal aproximación separa el proyecto teórico de Gardner de otros proyectos, como el de Ernest J. Weinrib, que se embarcan en una búsqueda por aclarar la idea misma de derecho privado.

Volvamos ahora a la tesis central: ¿en qué sentido se dice que existe cierta continuidad entre vida personal y derecho privado? Según Gardner, la continuidad es una continuidad de razones. Es decir, las razones que tiene el derecho privado para exigir ciertas conductas se entienden mejor si reflexionamos acerca de las razones que tenemos para hacer lo que debíamos hacer fuera del derecho, es decir, en nuestra vida personal. La continuidad, por tanto, está dada por el tipo de razones que se aplican a nuestra conducta cuando está presente la ya mencionada trilogía de agravio-daño-reparación. El resto del libro se dedica a desarrollar esta idea.

El capítulo 1 (“*Something Came Between Us*”) se enfoca en el tipo de agravio propio del derecho privado: el incumplimiento de un deber debido a otro. ¿Qué significa, y por qué es importante para el derecho, deberle algo *a otro*, y qué papel juega en la determinación de ese deber que ese otro se encuentre o no en una relación especial con el deudor (esto es, que sea *mi* cónyuge, amigo, vecino, etc.)? La respuesta de Gardner es que “un deber cuenta como debido a otro en virtud de las razones para su existencia” (p. 56). Si uno tiene un deber en virtud de una determinada relación personal, entonces ese deber es un deber relacional (esto es, un deber debido a otro). Gardner distingue entre deberes estrictamente relacionales –deberes que uno tiene porque uno está en una relación especial con alguien (*v. gr.*, la razón por la que tengo un deber especial de cuidado para con mi hijo, y no para con el hijo de un desconocido, es, precisamente, que es *mi hijo*)– y deberes “latamente relacionales” –deberes que se deben a otro no en virtud de la relación misma, sino en virtud de la amenaza que las acciones de uno representan para la vida de otro (por ejemplo, el deber general de cuidado que tengo para con toda persona).

Que Gardner considere que los deberes del derecho privado son relacionales lo aleja, por cierto, del “hipo-relacionismo” común en ciertas corrientes del derecho privado que buscan su justificación normativa en la satisfacción de preferencias individuales (*v. gr.*, *Law & Economics*). Pero sus argumentos están dirigidos principalmente contra lo que él llama el “hiper-relacionismo de muchos escritos en derecho privado” (p. 16). Gardner sostiene que

- (i) los deberes estrictamente relacionales no necesitan estar justificados por valores relacionales, sino que pueden justificarse por “el valor no relacional de que existan relaciones a las que se asocian dichos deberes” (p. 16), y que
- (ii) los deberes del derecho privado “no necesitan ser, y frecuentemente no son, estrictamente relacionales. Son solo ‘latamente relacionales’” (p. 16). Esto último vale especialmente para el derecho de daños (pp. 46-57).

La proposición (i) aleja a Gardner de aquellos que creen que, dado que el derecho privado es relacional, la estructura normativa del derecho privado también debe serlo (*cf.* Weinrib y su idea de justicia correctiva). La proposición (ii), por su parte, rechaza la idea de que el derecho privado genera deberes estrictamente relacionales por el solo hecho

de suponer relaciones entre personas. Eso solo ocurre, dice Gardner, si la relación es, en algún sentido relevante, *especial*.

Luego del agravio, viene el daño. El segundo capítulo (*That's the Story of My Life*) se refiere al difícil problema de atribuir responsabilidad por el daño causado a la persona que cometió un hecho ilícito. Gardner sostiene, coherentemente con su tesis principal, que este es un problema que va “al corazón mismo de la teoría de la acción humana” (p. 16). Explicar la atribución de responsabilidad civil depende, por tanto, de una explicación satisfactoria de la relación de causalidad entre nuestros actos y un determinado resultado en el mundo. A diferencia de la teoría de la acción humana, sin embargo, el derecho enfrenta el problema adicional de tener que establecer, de manera más o menos arbitraria (en el sentido de libre, no de irracional) los *límites* de nuestra responsabilidad. Así, el derecho privado no solo cumple un papel instrumental para identificar lo debido a otro, sino que propiamente *constituye* o define aquello que debe contar como debido. Dicho de otro modo: a veces, es la justicia la que necesita al derecho positivo para existir, y no al revés.

Después del agravio, y después del daño, viene la reparación. El capítulo 3 (*It's Not About the Money*) analiza la justificación del deber de reparar el daño causado, mientras que el capítulo 4 (*Say It With Flowers*) analiza la justificación para reparar (pedir perdón por) el agravio. El capítulo 5 (*The Way Things Used to Be*) une los dos capítulos anteriores argumentando que lo que nos mueve tanto a reparar el daño como a pedir perdón es la idea de “restaurar ‘la normalidad’” (p. 87), es decir, de que las cosas sean como solían ser antes del agravio o del daño.

Cambiar el pasado es, por supuesto, imposible: ni el dinero, ni las flores, ni mil cartas pidiendo perdón modificarán el hecho de que, en virtud del agravio, la vida de alguien jamás volverá a ser lo que era. ¿Cuál es el sentido, entonces, de nuestros actos reparatorios? Gardner propone lo que llama “*continuity thesis*” (p. 102), que es la tesis según la cual “cuando ha habido un incumplimiento contractual o se ha hecho cualquier otro tipo de agravio a otra persona, varias razones quedaron insatisfechas, y esas razones todavía exigen conformidad con ellas” (p. 102). La pregunta, entonces, es cuál es la mejor manera de actuar en conformidad con esas razones ahora que la conformidad es imposible. En otras palabras: “lo que debiera hacer a modo de reparación es lo que sea que me lleve más cerca, dado cómo son las cosas ahora, a hacer lo que debiera haber hecho desde un comienzo” (p. 125). Aunque las razones para reparar en la vida personal jamás se ven del todo extinguidas la situación en el derecho es, afortunadamente, distinta. El derecho privado permite un cierto “cierre” en nuestras relaciones, al regular y definir cómo es posible cumplir con los deberes secundarios de reparar –en oposición a los deberes primarios contractuales o extra-contractuales– que emanan del agravio.

Finalmente, el capítulo 6 (*That Was Then and This is Now*) explora las razones que tiene el derecho para dar amplia discreción a la persona agraviada al momento de perseguir la reparación del daño. Uno podría pensar que esas razones tienen que ver con el respeto liberal a la autonomía. Según Gardner, es exactamente al revés: la discreción que el demandante civil tiene para cometer errores “es en el ejercicio de autoridad sobre otros –sobre la corte, y a través de la corte, sobre el demandado–. Amplia latitud para errar en el ejercicio

de la autoridad, especialmente autoridad ejercida sobre y a través de oficiales, es un arreglo típicamente *iliberal*” (p. 202, énfasis original).

Llegados a este punto, Gardner critica explícitamente el anacronismo que implica leer la historia del derecho privado bajo el prisma liberal de respeto a la autonomía (p. 196). Esto no es sino la otra cara de su tesis principal. En efecto, si los temas perennes del derecho privado se explican en virtud de la continuidad con la vida personal, entonces la autonomía es mucho menos relevante de lo que muchos teóricos contemporáneos (Ripstein, Voyiakis, Dagan, etc.) parecen creer (p. 197). Nuestra vida personal tiene una estructura racional que no se explica simplemente apelando a nuestra autonomía. Como dice el mismo Gardner, “la propia autonomía no es ninguna razón, por sí misma, para hacer lo que uno autónomamente hace” (p. 105).

Este rechazo al valor explicativo de la idea de autonomía no significa que Gardner escriba desde una posición “antiliberal”, o que crea que la autonomía no cumple ningún papel en el derecho privado ni en la vida personal. No hay nada de eso en la postura del escocés, quien se confiesa como un convencido “1960s-style liberal” (p. 198). El punto que Gardner defiende –convincientemente, a mi juicio– es que no todos nuestros arreglos institucionales responden ni deben responder a la lógica del respeto por la libertad personal.

Recomendado especialmente para académicos con interés en la fundamentación del derecho y el derecho civil.

JOAQUÍN REYES BARROS
Universidad de Edimburgo

KRAMER, Adan (2017). *The Law of Contract Damages* (Oxford, Hart Publishing), segunda edición, 616 pp.

La indemnización de perjuicios –una de las principales respuestas ante un incumplimiento contractual– parece haber despertado escaso interés en nuestra doctrina. De lo anterior serían muestra tanto la cantidad de obras monográficas que la abordan, como los temas que en ellas se estudian. Recordemos que la clásica obra de Sergio Gatica Pacheco (*Aspectos de la indemnización de perjuicios...*) es del año 1959; y que hasta hace un tiempo, descontando, entre otros, los valiosos trabajos de Patricia López Díaz (*La autonomía de la indemnización de daños [...]*, 2015) y Juan Ignacio Contardo González (*Indemnización y resolución por incumplimiento [...]*, 2015), los manuales y obras que abordaban la materia indemnizatoria, lo hacían con ocasión de derecho de las obligaciones.

Considerando lo anterior, parecen existir buenos motivos para que el título en comentario ocupe importante tiempo de nuestro estudio y atención. En este sentido, a modo meramente ilustrativo, quisiera destacar dos cuestiones. De una parte, si bien alguno podría pensar que el estudio de una obra como esta resulta poco atingente a nuestra tradición por tratarse de una obra nacida en el *common law*, hay que señalar que si existe un ámbito sobre el cual se ha logrado consenso acerca de las influencias comunes en cuanto a su origen –tanto para el *common law* como para nuestra tradición continental– es en relación a la regla de la previsibilidad (Morales, Incumplimiento del contrato y lucro cesante, 2010, p. 93 y ss., y Corral, Contratos y daños por incumplimiento, 2010, p. 141 y ss.). De otra, que aquel escaso interés que advertimos en parte de nuestra doctrina, con las excepciones mencionadas, parece estarse revirtiendo en al menos uno de los principales temas que se suscitan con ocasión de este remedio, el de la determinación y limitación del daño indemnizable.

Lo anterior nos permite adelantar desde ya que, a nuestro parecer, el principal interés en un libro como este para los actores de nuestra comunidad jurídica, estriba en que por lo asimilables que son tanto en el derecho continental como en el *common law* ciertas nociones e instituciones clave al momento de estudiar la determinación y limitación de la indemnización de perjuicios –y que son analizadas en *The Law of Contract Damages*– pueden servir como punto de comparación entre ambas tradiciones, o como guía y referencia para nuevos desarrollos sobre la materia en nuestro medio nacional.

A fin de evidenciar lo anterior, destacaré a continuación ciertos aspectos relativos al contenido del libro y otros sobre su estructura. Así, sobre su contenido, lo primero que podemos mencionar es que la obra de Kramer ha sido descrita como uno de los primeros trabajos en concentrarse única y detalladamente en los daños por incumplimiento de contrato, a diferencia, por ejemplo, de *McGregor on Damages* y *Chitty on Contracts*, clásicas obras que también se refieren a la materia de manera reconocidamente incisiva, pero más general que lo hecho por Kramer. Esto le ha permitido a *The Law of Contract Damages* proporcionar uno de los más completos y detallados tratamientos del tema hasta la fecha. Lo anterior es aquello que parece haber cautivado a *Lord Hoffman* y al *Lord Justice of Appeal George Leggatt*, quienes se detienen a comentar aspectos capitales en la obra de Kramer, a

saber, respectivamente: la forma en que se debe aplicar el *test* de la previsibilidad, y la relación entre el principio general del daño y la aplicación del *test* de causalidad.

En este sentido, sobre el primer aspecto mencionado, Lord Hoffman, al presentar el libro en su primera edición (KRAMER (2017), p. vi.), señala que fue con inspiración en un artículo del propio Kramer que lo resuelto en *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc (The Achilles)* permitió liberar a los jueces de las dificultades de tener que decidir si las pérdidas resultantes de una violación de los contratos eran o no “demasiado remotas” (*too remote*) por el solo criterio de si eran previsibles en el momento del contrato, entendiéndose en *The Achilles* que la cuestión no se trataba de un simple *test* de revisión acerca de si las partes se habían representado ciertos daños como indemnizables, sino sobre si estas pudieron razonablemente asumirlo en ese contrato particular (para un detenido análisis del caso, GREGORACI, Beatriz (2011): “*The Achilles*: la ‘remoteness rule’ sometida a debate en la ‘House of Lords’). Por su parte, sobre el segundo aspecto, George Leggatt, en el prefacio para la segunda edición destaca un fenómeno que también resulta aplicable al derecho chileno de contratos (KRAMER (2017), p. ix), señalando que: “El principio general por el cual se otorgan daños por incumplimiento de contrato en la legislación inglesa es simple: el reclamante tiene derecho a que se le pague una suma de dinero equivalente a la pérdida causada por el incumplimiento del demandado”: (KRAMER (2017), p. 9. Traducción libre), declaración que –como dijimos– hace sentido para nuestra realidad, así como también lo hace la prevención que posteriormente efectúa: “Donde las cosas pueden ponerse difíciles es identificar y aplicar la *test* de la causalidad”: (KRAMER (2017), p. 9. Traducción libre). Vemos que tanto en el *common law* como en el derecho continental, el asunto se torna difícil no al momento de describir en abstracto qué daños son indemnizables, sino al momento de determinar en concreto, *ex test* de causalidad, qué daños se indemnizan. Las voces de Lord Hoffman y Lord Justice of Appeal George Leggatt, nos evidencian las importantes coordenadas entre las que se desarrolla *The Law of Contract Damages*.

De esta manera, según podemos advertir, al igual que para nuestra realidad continental, la previsibilidad, la mitigación del daño, el ámbito de protección (*scope of duty*), se entrelazan en torno a la idea de causalidad. La gran virtud de este libro es que realiza un análisis sistemático de cada una y las organiza aportando luces sobre el rol que cada una juega en relación a la determinación de la indemnización de perjuicios. En este sentido, Kramer distingue en su estudio la causalidad entendida en clave de *conditio sine qua non*, de los factores objetivos de imputación objetiva de responsabilidad, o, en sus propios términos, la causalidad de hecho (*factual causation*) y la causalidad legal (*legal causation*), respectivamente. Asimismo, se caracteriza con detalle el principio de la lejanía (*principle of remoteness*), y, en base a este análisis, se avanza en determinar el rol que estos factores mencionados cumplen a la hora de determinar qué se debe indemnizar.

En un segundo plano, ahora como comentario sobre la estructura de la obra, lo primero que podemos destacar es que su organización no resulta extraña si atendemos a la principal ocupación del autor: el ejercicio de la profesión. Con seis partes, la obra comienza y termina con aspectos prácticos, relativos a los tipos de pretensiones indemnizatorias (II. *Types of complaint*), y ciertos tipos de daños que requirieron de su parte un examen por separado (V. *Particular types of loss requiring separate examination* y VI. *Other matters*). Cabe

destacar que el autor no solo dedica espacio de su obra a estos temas con enfoque práctico, sino que en las centrales partes III. y IV., aborda aspectos generales de la determinación del daño indemnizable y que son precisamente los que captaron nuestra atención a efectos de este comentario.

En detalle, la parte III del libro está dividida en tres capítulos. En el capítulo 11 el autor realiza una introducción al concepto de causalidad de hecho, describiéndola como una ecuación de dos partes. La primera, abordada en el capítulo 12, sobre la necesidad de probar lo que efectivamente le acontece al acreedor (*the breach position*); y la segunda, en el capítulo 13, sobre la necesidad de probar lo que hubiese sucedido de no mediar el incumplimiento (*the non-breach position*). Posteriormente, en la parte IV, el autor desarrolla la distinción y caracterización del principio legal de la lejanía de los daños, la mitigación y la causalidad legal. En esta parte, comienza el capítulo 14 vinculando la idea de asunción del riesgo contenida en el ámbito de protección del contrato (*scope of duty*) con el principio de la lejanía de los daños causados, señalando que la lejanía y el *scope of duty*, lo que hacen es enfocarse en si las pérdidas eran previsibles en el momento de la contratación y si estaban dentro de la asunción implícita de la responsabilidad o el *scope of duty* del demandado.

En el capítulo 15, se aborda la causalidad legal, y, dentro de esta, la idea de mitigación. En virtud de esta noción de causalidad, actos no conectados (*unconnected acts*), actos no razonables (*unreasonable acts*), omisiones del demandante o eventos sobrevenidos, quiebran la cadena causal, de modo tal que las consecuencias de estos no son consideradas al momento de calcular los daños. Consiguientemente, en el capítulo 16, se encarga de analizar una serie de casos que podrían ser calificados como intervinientes en la cadena causal o son demasiado remotos (*too remote*). Finalmente, en el capítulo 17, se abordan dos cuestiones, la primera, que para efectos del cálculo de la indemnización que debiese otorgarse, el autor analiza la fecha en la cual deben evaluarse tanto el valor de mercado (*market value*) como los costos de subsanación, en tanto métricas objetivas con las cuales se debe contrastar el comportamiento del demandado respecto a su carga de mitigar el daño; y, por último, analiza qué pasa en los casos en que no hay un mercado al cual recurrir para una posible operación de reemplazo.

Dicho lo anterior, vemos que la particularidad de esta segunda edición de *The Law of Contract Damages*, es que resulta ser una consolidación de las ideas expuestas en la edición anterior. El libro ha tenido una gran recepción en el mundo jurídico del *common law*, tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia. Una de las principales características de esta edición, es la adición de más de 150 fallos recientes sobre las materias en él estudiadas, y que recogen las ideas en este libro propuestas. Junto a lo anterior, es posible detectar mayor abundamiento en temas como la inflación, en el contexto de los tipos de pretensiones (*types of complaint*), y, en particular en relación las pérdidas por uso del dinero (7.8), como asimismo, se incluye un tratamiento a la regla del “mejoramiento” (15.4 *Betterment*), descrita como la contracara de la mitigación, la cual viene a hacerse cargo tanto de los supuestos en que son o no recuperables los costos en que se incurre por la conducta mitigatoria (también conocidos como daños incidentales), como de los casos en que se generan beneficios por las operaciones realizadas con cargo a la misma. Por último, se advierten mayores

desarrollos respecto a la carga de la prueba (15.5), tanto en materia de la aplicación del principio de lejanía como de la mitigación.

A modo de conclusión, el título que aquí se presenta resulta especialmente recomendable para todo quien desee realizar un estudio en materia de indemnización de perjuicios contractuales, en asuntos tales como la causalidad, la previsibilidad, la mitigación del daño y otros elementos que permiten delimitar el monto indemnizable. Para el medio nacional, aun quien no vea puntos de contacto entre la tradición continental y del *common law*, se podrá servir de las reflexiones que son logradas en esta obra como un punto de comparación sobre la materia en la experiencia del sistema del *common law*. Quien, por su parte, sí advierta aquellos puntos de contacto y lo homologable de las discusiones que se han suscitado en una u otra tradición, se podrá valer con mayor provecho de este título, encontrando guía y claridad sobre asuntos que aún nos resultan poco explorados.

PABLO ULLOA VALENZUELA
Universidad Diego Portales

ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN ESTADO DE MEXICO. AN ANALYSIS OF THE LEGAL INSTITUTION AND THE JUDICIAL INTERPRETATION

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL ESTADO DE MÉXICO. UN ANÁLISIS DE SU REGULACIÓN Y DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

PAOLA I. DE LA ROSA RODRÍGUEZ¹

ABSTRACT: Although the change to an adversarial system has made a significant progress in Estado de Mexico, legal provisions do not procure enough guidance to judges and legal counsellors on how to proceed with the exclusionary rule, persisting important doubts in this regard. This article seeks to evaluate if judges thoroughly respect the human rights of the accused, at the expense of the victim's right to obtain the truth. At the same time, this paper intends to answer if judges consider the seriousness of the crime while evaluating the specific cases for which they can admit illegally obtained evidence². Among the survey findings are that there is a considerably rhetorical knowledge of the illegal evidentiary material, however, there exists a predisposed lawless criminal investigation for violent and organized crime which makes prosecutors present this type of evidentiary material in court. The common consequence, if defense counsellors present arguments against this information, is that judges exclude it from the legal process and several criminals remain unpunished.

Keywords: Adversarial system, exclusionary rule, illegally obtained evidence, rights of the accused.

RESUMEN: Aunque la transición al sistema acusatorio ha mostrado un avance significativo en el Estado de México, de la interpretación de la norma se advierten varias dudas sobre el tema de la prueba obtenida ilícitamente. Este artículo analiza si los jueces deciden respetar los derechos humanos del acusado, por encima de aquellos de la víctima a obtener la verdad. Al mismo tiempo, este estudio evalúa si los jueces consideran la gravedad del delito cuando resuelven admitir o rechazar prueba obtenida ilícitamente. De la encuesta realizada encontramos que no obstante exista un conocimiento teórico de los medios de convicción ilícitos, la investigación criminal de delitos violentos y delincuencia organizada se realiza sin apego a la norma. En forma subsecuente, y en el caso de que la defensa se oponga a dichos medios de convicción, los jueces excluyen estas probanzas orientando el procedimiento hacia la impunidad.

Palabras clave: Sistema adversarial, prueba ilícita, prueba obtenida ilícitamente, derechos del acusado.

¹ Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Nayarit. Research Professor UASLP Faculty of Law, México. Postal Address: Mariano Otero no. 923 col las Águilas San Luis Potosí, S.L.P. C.P. 78260, México. E-Mail: paorosro@hotmail.com

² Illegally obtained evidence is a term used to refer to pieces of evidence obtained, transported or practiced in violation of human rights. It is also called exclusionary rule.

INTRODUCTION

The main questions this paper attempts to answer are as follows: Does the regulation of the exclusionary rule in Estado de Mexico provide a clear guidance to legal counsellors and the judiciary as to what to apply when there is a divergence between the protection of the accused rights and the search of the truth? Do judges consider the rights of the accused are more important than those of the victims?

This study focused on three objectives. The first goal was to analyze the legal stipulations regulating the exclusionary rule³ in Estado de Mexico while exploring the interests protected in legal instruments governing the illegally obtained evidence. The second objective was to find the way judges interpret the existing rules and examine their experiences while applying the existing laws. With that purpose, we evaluated magistrates's perceptions and experiences in court. Finally, it presents a statistical analysis on the interpretation and the effects derived from the legal reforms at the same time it lays the ground for new pieces of research on the relation of illegally obtained evidence and the search of the truth in criminal cases.

METHODOLOGY

This paper describes the subject of the illegally obtained evidence by analyzing the regulations governing criminal procedures in Mexico. The methodology approach of the manuscript consists of analysis of the law, including the method of conceptual analysis of a legal figure. Specifically, this study analyzed the existing exclusionary rule framework in order to understand the purpose of this legal institution.

Secondly, it was necessary the use of the evaluative research method to distinguish the thinking patterns of the judicial officers. Accordingly, it was conducted a survey to determine if they prefer the protection of human rights over the search of the truth, taking into account the two of them cannot be obtained simultaneously in all cases. This allowed us to understand the role of illegally obtained evidence in the adversarial system in Estado de Mexico. Finally, the analysis of statistical indicators was complemented by the insertion of information obtained out of surveys.

The participants of this study were a group of total seventy judges working in Estado de Mexico, one of the thirty two states in the Mexican Republic. The survey was conducted to the total number of judges applying the adversarial system at the time of the study. In other words, 100% of the interviewed judicial officers worked for the new model of criminal justice in Mexico. The judges chosen to answer the questionnaire were the ones applying the adversarial system at the time of the study.

The instrumentation of this investigation was through the application of questionnaires, distributed during last months of 2014. Additionally, the Federal Constitution and the Criminal Procedure Code were also analyzed.

³ A rule of evidence that excludes or suppresses evidence obtained in violation of a defendant's constitutional rights.

I. BACKGROUND

The criminal procedure constitutional reform implementing an adversarial system in Mexico passed in 2008, as a response to critical social demands. The constantly recurring social complaints include judicial procedure's delays, absence of alternative dispute resolution mechanisms, lack of public access to judicial procedures, nonexistence of methods to address the harm caused to victims and offering them compensation, and discrimination to low income criminals⁴. Beyond that, MENESES & QUINTANA argue that the percentage of criminal offences not reported to the prosecuting authorities in 2013 amounted 93.8%⁵ and LECUONA suggests that 97.9% of crimes are not punished in Mexico⁶.

LECUONA'S research revealed a constant infringement of human rights during criminal investigations⁷. In addition, the Supreme Court of Justice stated that having suffered physical violence at the time of the arrest did not rest value to the confession of the accused, if it is confirmed by other pieces of evidence⁸. It was also prevalent to observe abusive techniques by state authorities contrary to the law. MENDOZA documented that police officers conducted arbitrary detentions and interrogation methods included torture and cruel treatment, violating the right of the accused not to be forced to declare against himself⁹.

As sustained by LARRAGOITI, according to a principle called "immediacy"—commonly used in the inquisitorial system —, the first suspect depositions are worth more than the ones given at a later stage in the procedure¹⁰. Besides, self-incrimination depositions are obtained without a defense lawyer and without being informed of the right to remain silent. Furthermore, in the previous system, criminal investigation activities by the prosecution had full probative value¹¹.

Under these circumstances, the inquisitorial system, enforced in Mexico for more than five centuries¹², shaped the judicial officer's criteria and judges would value information obtained in violation of the human rights. In such conditions, the delivery of justice would give rise to convicting sentences. This ideology prevailed, infringing human rights, comprising arbitrary detentions, acts of torture to obtain confessions, self- incrimination statements and illegally obtained evidence.

The criminal procedure reform also involves a strict nullity of illegal information for having been collected in violation of fundamental human rights¹³. In this sense, there are some other aspects —beyond the understanding of the legal provisions— that ought to be reviewed and known.

⁴ AYALA (2008) pp. 33, 92.

⁵ MENESES REYES & QUINTANA NAVARRETE (2016). p. 297.

⁶ LECUONA (2011) p. 9.

⁷ LECUONA (2003) p. 14.

⁸ MAGALONI, KERPEL (2007) p. 22.

⁹ MENDOZA BAUTISTA (2011) p.18.

¹⁰ LARRAGOITI (2014) p. 8.

¹¹ MEZA FONSECA (2009) p. 199.

¹² RIEGO RAMÍREZ (2005) pp. 191-226.

¹³ CARRILES (2014) p. 100.

II. LEGAL FRAMEWORK

Estado de Mexico passed the Criminal Procedure Code that implemented the adversarial system in 2009 and with that, it was necessary a deep legal training to judges district attorneys and counsellors¹⁴. Considering that it was mandatory by the time this paper was being written, it is important to analyze its content since it would remain applicable until the creation of National Code and its enforcement by 2016¹⁵.

From this angle, that first legal instrument provides that any information will only have probative value if it was obtained and practiced by any legal means. It respects the presumption of innocence that as CRUZ mentions, implies that evidence used to override it must be legal. In addition, the code includes the right to declare or to remain silent¹⁶. Self-incrimination is also prohibited and the code establishes that any search and seizure will only be carried out with a warrant. It prohibits torture and other cruel, inhuman or degrading treatment¹⁷. It also prohibits evidentiary material obtained by these methods¹⁸.

In light of these findings, the code strongly protects the accused human rights, a deeper insight however, deduces that this is not completely true. For instance, it authorizes the activities of undercover agents, among criminal investigation methods. This article argues that they violate the right of the accused not to be misled in order to obtain from him an inculpatory statement that can be used during the legal procedure. Furthermore, violating the expectation of privacy, electronic surveillance including the installation of microphones, cameras, pagers and satellite devices is also permitted in private places in order to obtain information regarding the commission of a crime and this information can be considered and valued by a judge¹⁹.

Finally, after a revision of this code we found that it also regulates body inspections when they are ordered by the prosecutor or the judge when having a serious suspicion and when they are practiced privately and by qualified personnel of the same gender.

After analyzing the Constitution governing Estado de México we contend that it assures the rights and individual freedoms of human beings. It also indicates that the accused enjoys the rights established by the Federal Constitution, the Criminal Code and the Criminal Procedures Code. Moreover, having in mind that article 20 of the Federal Constitution stipulates nullity of the illegally obtained evidence, it is clear that it is a right of the accused, and it must not be admitted in Court.

As of 2008, the presumption of innocence of human beings was recognized by the Federal Constitution²⁰ stating that only legally obtained evidence can be used to override this presumption. Additionally, in consistence with the Constitution, law enforcement of-

¹⁴ DELGADO CARBAJAL (2013) p. 92.

¹⁵ GARCÍA RAMÍREZ (2014) p. 1170.

¹⁶ CRUZ PASTRANA (2016) p. 44.

¹⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Article 12.

¹⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO. Article 153.

¹⁹ According to article 451, wire-tapping is allowed when the General Attorney so requests to the federal authorities.

²⁰ BREWER (2014) p. 78.

ficers need to fulfill some requirements for certain criminal investigation activities such as the need of a warrant to enter a suspect's home and obtain evidence²¹.

III. JUDGE'S OPINION SURVEY

Once the Mexican ordinance in relation to illegally obtained evidence has been reviewed, this study also contributes to report the results of a judge's opinion survey on this topic.

The purpose of the survey is to analyze the regulations through the experiences and interpretation of those who apply the law. We obtained opinions on the weigh judges give to criminal investigation and the weigh they give to the protection of individual rights of the accused, and other estimations that will allow us to approach and comprehend the pronouncements delivered in court.

Law itself does not contain the response to such questions, in that light, it was necessary to obtain judges' impressions towards the law and the way they interpret and apply the current legal instruments regulating illegally obtained evidence. Estado de Mexico was chosen to conduct the interview as long as it was one of the first Mexican states to implement the adversarial system in the country and is one of the states whose judicial officers have more expertise with the new legal institutions and procedures.

The survey was conducted to seventy judicial officers. The number of interviews applied was representative having in mind that according to information provided by Administración de los juzgados del sistema penal acusatorio in charge of managing the adversarial system state courts, by June 2015 it was necessary to have ninety trained judges in this state to apply the new laws. The poll was applied the last months of 2014. The judicial districts and number of judges answering the survey are as follows:

²¹ CONSTITUCIÓN FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Article 14.

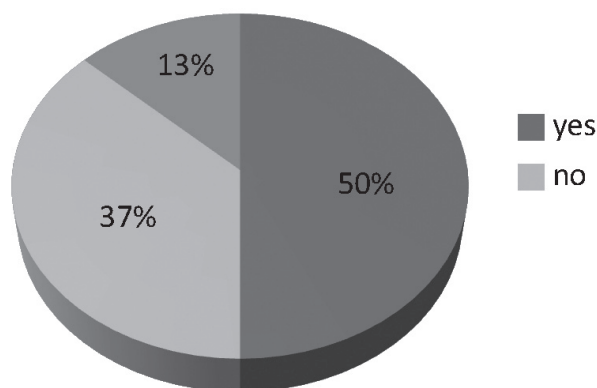
TABLE 1
 Number of surveys applied by judicial district

Judicial district	Number of surveys applied
Chalco	3
Cuautitlán	2
Ecatepec de Morelos	14
Jilotepec	1
Lerma	2
Nezahualcóyotl	9
Temascaltepec	1
Tenancingo	1
Tenango	1
Tlanepantla de Baz	20
Texcoco	6
Toluca	8
Otumba	1
Zumpango	2

This section presents findings of the analysis on the impact that the exclusionary rule regulations have among judicial officials.

Question one. In your opinion, is evidence obtained and/or practiced respecting the constitutional regulations and international treaties?

GRAPHIC 1
 Is evidence obtained respecting constitutional and international regulations?



Thirty five judges (50%) consider evidence is obtained according to international regulations while twenty-six (37%) recognize the way it is obtained, violates fundamental rights. The rest of the judges interviewed (13%) did not give an answer to this question. According to another answer, thirty three of the total of interviewed judges subscribe to the

fact that evidence is practiced respecting the law protecting human rights, whereas seven officials declared that the direct and cross examinations are not practiced according to the Constitution. The rest of the judges interviewed did not answer this question.

Judges are the officials who perceive and have contact with the counsellors’ legal practices. An interpretation of the responses obtained, shows that the mechanisms to gain information regarding the commission of a crime still infringe human rights. It also demonstrates that even though evidence has been obtained illegally, the parties present it in court expecting it to be valued.

Question two. In your experience as a judge, who is the legal representative that more frequently presents illegally obtained evidence?

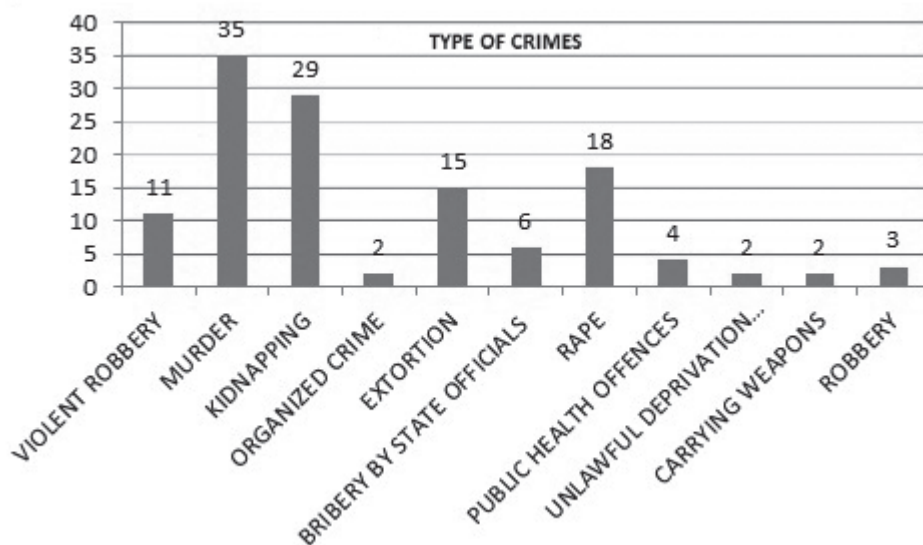
More than half of all respondents (51%) replied the prosecutor is more inclined to present pieces of evidence which are in violation of fundamental rights. Seven judges said the defense attorney is the one presenting illegal evidence. Evaluating the particular responses given, the judges’ impression is that prosecutors continue to present information obtained through mechanisms that infringe individual rights, suggesting law enforcement agents need to be aware of the consequences of illegal evidence.

Question three. In your practice, do counsellors present illegally obtained evidence for certain crimes more than for others?

Seventy-one percent of the surveyed judges reported that illegal material is presented in court with more frequency for some crimes than for others. Twenty four percent of the surveyed officials said there was not such a pattern in the information presented to Court. The rest of the judges did not give an answer.

Derived from last question we found that the most frequent crimes for which advocates present illegal pieces of evidence are:

GRAPHIC 2

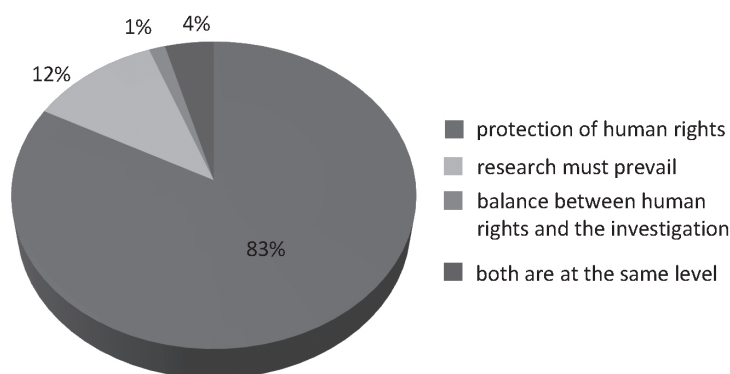


The interpretation of their responses, illustrated in the image, indicate that the criminal investigation authorities employ harsh techniques when trying to discover the authorship of crimes of violence, such as murders and rape. In the case of kidnapping and extortions, they are usually committed by organized crime and Mexican regulations in fact allow wire-tapping and provisional arrest to connect the individuals involved to the crime scene. On the other hand, regardless the fact that murders and rapes are not always perpetrated by gangs, they are considered deep impact offenses and authorities responsible for conducting criminal investigations pursue the lawbreakers and collect evidence using technical but illegal skills.

Therefore, if law prohibits this type of techniques, it is necessary to train agents and personnel on how to investigate potential criminal violations and execute any felony investigative missions without restricting human rights.

Question four. There exists a debate on the weight that must be given to the human rights protection against the criminal investigation and the search for the truth. What should prevail?

GRAPHIC 3
What should prevail?



Almost the total number of respondents, that is, fifty eight judges (83%) indicated that the respect for human rights must prevail over the investigation and the search for the truth. Eight judges (12%) communicate that criminal investigation is more important than individual rights while one judge (1%) answered that there must be a balance between the two of them so that the state does not sponsor lawlessness. The rest of the judges, (4%) agreed on the fact that none of them should predominate and they should be at the same level. This indicates that the judges' main concern is to adhere to the human right's protection in their decisions.

According to the reported answers, judges that recognize human rights protection should be preponderate include the following aspects in their reasoning: illegality must not be the base of legal procedures, the search of the truth has its limits on law compliance, doing the opposite means that innocent people would be convicted, judges may convict

people that are not involved with the illegal conduct. The few judges giving more weight to criminal investigation argument that it should prevail in order to promote public security and social peace, that the victim’s right to know the truth should not be violated; that search for the truth must be privileged and that justice procurement means that not only the accused rights are protected but also those of the victim.

Results point out that less than ten percent of the judiciary officials give enough weight to victim’s rights. This clearly reveals that resolutions will reject illegally obtained evidence without taking into consideration the victim’s right to know the truth. The consequence will be lack of punishment to criminals and an inefficient establishment of the facts and circumstances surrounding the criminal activity.

Question five. In your experience, have you observed, excluded or deemed as ineffective a piece of evidence for having been obtained or practiced with no respect for human rights?

Our data shows that ten judicial officers have not considered illegal evidence in trial while eighteen have invalidated them. This research identified that prosecutors and policemen must do their job investigations in accordance with the law, however, based on the respondents’ comments, some diligences that are still realized with no respect to individual rights are:

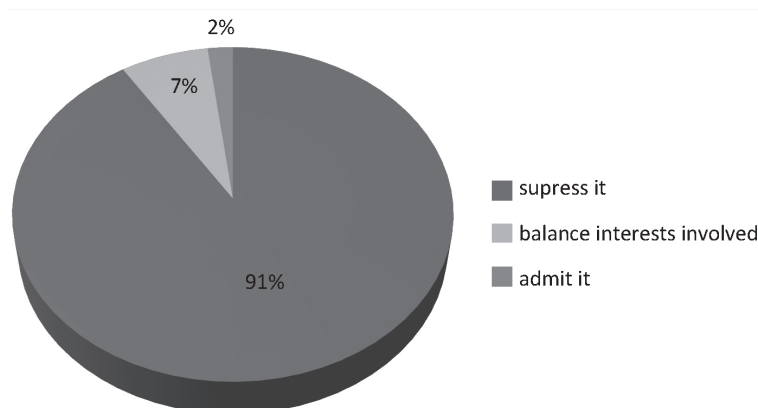
TABLE 2
Respondents reporting criminal investigation activities violating human rights

Diligences	Answers
Seizures of personal belongings without warrant	2
chain of custody that does not meet legal requirements	1
illegal arrests	3
Making a statement without defense attorney	8
Body searches	1
Confessions and statements obtained as a result of torture	3
Biological samples obtained without consent and in absence of defense attorney	2
People recognition derived from illegal arrests	1
People recognition without a defense	3
Torture	2
Right to defense transgressions	1

According to the information provided, criminal investigations and legal procedures continue to be conducted without the guarantees enshrined by the Constitution. In this regard, the most recurrent violation that judges have identified is statements obtained without a defense lawyer whose content must not be admitted within the procedure.

Question six. What would you do if you found an illegal piece of evidence when it turns out to be fundamental to establish the truth?

GRAPHIC 4
Judge’s reaction to illegally obtained evidence



On being asked if they would give value to illegally obtained information, the common answer was that respondents would not consider it to pronounce a guilty verdict. That is, sixty four judges (91%) said they would not give value to them. On the other hand, five judges (7%) declared they would weigh the situation and consider circumstances involved in the case, one interviewed judge (1%) answered he would admit the piece of evidence.

We can conclude that generally, judges tend to suppress illegally obtained evidence, giving more importance to the accused’s human rights. What judges do not consider is that if this type of evidence is not admitted in trial, it will result in high social costs having in mind that law does not provide with exceptions to the exclusionary rule and as a result, crime will go unpunished.

Question seven. Does the current exclusionary rule regulation appropriately govern this legal institution and the cases it should be allowed in court?

Forty-five judges consider there is an adequate regulation regarding the exclusionary rule whereas twenty-five believe there is not an appropriate regulation. What can be inferred is that after six years of having applied the adversarial system, the common feeling is that the legal provisions do not give guidance to judges and legal counsellors on how to proceed before this complex legal phenomenon.

Question eight. Do you think the exclusionary rule and its exceptions are known by legal counsellors and respected by judiciary officials?

Judges did not give a steady and consistent answer, showing there are doubts regarding the topic. Most judges would suppress illegally obtained evidence even though it was the only trace to find the offender and establish the truth. According to the group of judges interviewed, this type of evidence is often offered by prosecutors in crimes such as robberies, murders and hijacking.

Although forty-five judges argue that there exists an adequate regulation of the exclusionary rule, twenty five judges discuss that the present legislation is not enough and

there are aspects that need a more discernible guidance. A wide number of judges recognize the lack of exceptions to the exclusionary rule regulations.

Moreover, the findings showed that judges are more interested in the accused's rights than on those of the victim. A few judges admit not having abandoned the inquisitorial model completely and they acknowledge their job is to apply the law even though it is not a reflection of justice.

CONCLUSIONS

The purpose of this paper was to diagnose the treatment of the exclusionary rule in a Mexican state that has played a pioneering role in the adoption of the adversarial system. With that objective, we studied the law regulating this institution and undertook a perception survey among judicial officials applying the new model of criminal justice.

After the analysis we conclude that:

Despite the fact that the constitution clearly establishes that the injured party has the right to know the truth about the circumstances in which the violations occurred, the new legislation provides for a wider range of rights to the accused than those to the victim and the exclusionary rule prevents certain information to be used to find out the truth.

In Mexico, illegally obtained evidence must always be excluded. With this measure, the individual rights of the accused enjoy a broad protection; however, society will suffer serious consequences since it brings about immunity from punishment. In this sense, the creators of the law were not aware of the social costs involved with this kind of provisions.

A second objective of this analysis was to review and evaluate the legal instruments through the judge's impressions. Pursuant to the survey applied:

According to the information obtained, the legal party that most frequently presents illegally evidentiary material is the prosecutor since the criminal investigation of the legal enforcement authorities continue to violate human rights when facing a violent crime. Additionally, illegally obtained evidence is presented with more recurrence in murders and robberies or in crimes committed by organized crime.

After having studied the subject of analysis, we perceive the obligation of the state to adopt mechanisms to prevent state authorities from undermining human rights. Besides, it is necessary that legal counsellors have a full understanding of the law, followed by its correct application by magistrates.

This survey confirmed the original concept that judges thoroughly respect human rights of the accused, at the expense of the victim's right to obtain the truth. It also showed that judges do not evaluate the specific cases for which they can admit evidence, since they do not respond that they considered the seriousness of the crime before admitting or excluding evidence. Above all, if the established criminal procedure does not guarantee the accused and victim's fundamental rights, it will not strengthen the rule of law and society will not trust the criminal justice system.

There must be more training in order to gain more adherence to and respect for the law. Interpreting the surveyed judges' replies, legal representatives to the parties lack information on illegal evidence showing that there exists an important need of instruction

about this matter. Under the conditions presented, judicial officials need to be given guidelines on how to achieve both purposes.

Finally, an ambiguous regulation of the exclusionary rule can bring about immunity from punishment and crime must not go unpunished, otherwise it is an invitation to further crimes. Immunity from prosecution is an invitation to further crimes. We conclude with Beccaria's thought that there is no greater incentive for criminals who know that their actions will go unpunished.

CITED BIBLIOGRAPHY

- AYALA, María de Lourdes, *et al.* (2008): “La reforma al sistema de justicia penal en Nuevo León: sus principales tendencias”, México: *Institución Renace, A.B.P.* pp. 1-396.
- BREWER, Stephanie Erin (2014): “Hacia un proceso penal constitucional: Elementos para entender y aplicar la presunción de inocencia en México”, *Revista del instituto de la judicatura federal*, pp. 77-165.
- CARRILES, Ramón Alejandro (2014): “Tópicos novedosos previstos en el código nacional de procedimientos penales”, *Nova Iustiti*, 2-8: pp. 94-107.
- CRUZ PASTRANA, Víctor Manuel (2016): *Análisis sobre la existencia de presunción de inocencia en la prisión preventiva oficiosa dentro del nuevo sistema de justicia penal en México*, (México, Distrito Federal: Universidad Autónoma del Estado de México).
- DELGADO CARBAJAL, Baruch (2013): “El sistema penal adversarial acusatorio y oral. Su enseñanza y capacitación en el Estado de México”, *Nova Iustitia Revista Digital de la Reforma Penal*, 1-3: pp. 81-98.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): “Comentario sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, p. 47-141: pp. 1167-1190.
- LARRAGOITI, Héctor Arturo (2014): “Los nuevos estándares de exigencia para la defensoría pública en el sistema procesal acusatorio y oral”, *Nova Iustitia. Revista Digital de la Reforma Penal*, pp. 2-7: pp. 8-41.
- LECUONA, Guillermo (2003): *La Investigación de los Delitos y la Subversión de los Principios del Subsistema Penal en México* (San Diego: Center for U.S.-Mexican Studies). Retrieved from: <http://escholarship.org/uc/item/9wq0x96k>. Last visited March 20, 2016.
- LECUONA, Guillermo (2011): “Una aproximación hacia la evidencia empírica derivada de la aplicación del principio acusatorio del sistema de juicios orales en México”, *Letras jurídicas: revista electrónica de derecho* (9), pp. 1-18.
- MENDOZA, Katherine (2011): *Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia de justicia penal. Cuaderno de capacitación. Clínica para el desarrollo de estudios relacionados con la procuración, administración de justicia, seguridad pública y sistema penitenciario*. (México, Distrito Federal: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 18-19). Retrieved from: http://mexicosos.org/descargas/dossier/estudios/aspectos_basicos_para_comprender_la_reforma_constitucional.pdf
- MENESES REYES, Rodrigo & QUINTANA, Miguel (2016): “Homicidios e investigación criminal en México”, *Perfiles Latinoamericanos*, Julio-Diciembre, pp. 297-318.

- MEZA FONSECA, Emma (2009): “Principio acusatorio y de oralidad en los juicios relativos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, pp. 195-213.
- RIEGO RAMÍREZ, Cristian (2005): *Informe comparativo. Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

STATUTES

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (5/febrero/1917)
- Constitución Política del Estado de México (31/octubre/1917)
- Código de Procedimientos Penales del Estado de México (28/ marzo/ 1990)

CONVENTIONS

- Declaración Universal de Derechos Humanos (10/diciembre/ 1948)
- Convención Americana de Derechos Humanos (22/noviembre/ 1969)
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos (16/diciembre/1966)

APPENDIX N° 1

SURVEY

Judge in chair of preliminary hearings or Judge presiding over the final debate?

Judicial District _____

Name (optional) _____ Court Number _____

1. In your opinion, is evidence obtained respecting the constitutional regulations and international treaties? Yes No Is it practiced according to international conventions? Yes No Explain why _____

2. In your experience as a judge, who is the legal representative that more frequently presents illegally obtained evidence? The prosecutor the defense counsellor Is there any reason? _____

3. In your practice, do counsellors present illegally obtained evidence for certain crimes more than for others? Yes No Explain: _____

4. There exists a debate on the weight that must be given to the human rights protection against the criminal investigation and the search for the truth. Which one should prevail? _____
Why? _____

5. In your experience, have you observed, excluded or deemed as ineffective a piece of evidence for having been obtained or practiced with no respect for human rights? Yes No If so, what has been the case? _____

6. What would you do if you found an illegal piece of evidence when it turns out to be fundamental to establish the truth? _____

7. Does the current exclusionary rule regulation appropriately govern this legal institution and the cases is should be allowed in court? Yes No

8. Do you think the exclusionary rule and its exceptions are known by legal counsellors and respected by judiciary officials? Yes No Explain _____

1

SOBRE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LA IGLESIA CATÓLICA EN EL DERECHO CHILENO

ON THE PROCEDURAL STATUS OF THE CATHOLIC CHURCH IN THE CHILEAN LAW

JAIME ALCALDE SILVA*

RESUMEN: Este trabajo es un comentario tangencial a la sentencia dictada en el juicio civil donde tres de las víctimas del Rvdo. Fernando Karadima demandaron a la “Iglesia Católica de Chile” por los perjuicios sufridos con ocasión de su negligencia en la reacción ante los abusos sexuales y de conciencia cometidos por dicho sacerdote. Sin embargo, este comentario no aborda la cuestión de fondo ahí debatida, vale decir, si era procedente o no acoger dicha demanda indemnizatoria contra la “Iglesia Católica de Chile”, representada por el Arzobispado de Santiago, en virtud de su responsabilidad como encubridora de los abusos cometidos por ese sacerdote; sino que se centra en un punto incidental y que reviste interés para el derecho procesal. De lo que se trata es de determinar cuál es la legitimación procesal de la Iglesia Católica a la luz del derecho chileno, para demostrar que ella no goza de fuero personal cuando demanda o es demandada institucionalmente.

Palabras clave: Fuero procesal, Iglesia Católica, Personalidad jurídica, Legitimación procesal.

ABSTRACT: This work is a partial comment to the sentence issued in the civil case where three of the victims of the Fr. Fernando Karadima sued the “Catholic Church of Chile” for the damages suffered due to his negligence in the reaction face with the sexual and conscientious abuses committed by said priest. However, this comment does not address the underlying issue debated, that is, whether it was appropriate or not to accept such compensation claim against the “Catholic Church of Chile”, represented by the Archbishopric of Santiago, for its responsibility as a cover for the abuses committed by this priest, but focuses on an incidental point and that has interest to procedural law. The purpose is to determine what is the procedural legitimization of the Catholic Church in the Chilean law, to demonstrate that it does not enjoy a procedural privilege when it demands or is sued institutionally.

Keywords: Procedural privilege, Catholic Church, Legal capacity, Procedural status.

I. INTRODUCCIÓN

La presente nota jurisprudencial versa sobre un privilegio procesal inexistente de la Iglesia Católica que parece haberse convertido en un uso habitual de la práctica forense¹.

* Abogado; Doctor en Derecho; Profesor asistente de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile; Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, 8320000 - Santiago de Chile. Dirección electrónica: jcalcald@uc.cl. El autor agradece al abogado don Diego Fuentes González por el material suministrado.

¹ Otro caso con connotación pública ha sido la demanda de doña Ana María Fernández Valdés y don Juan Luis Undurraga Fernández en contra del Arzobispado de Santiago, donde se pide la declaración de la nulidad de derecho público de la Fundación de beneficencia Isabel Aninat Echazarreta y el pago de una indemnización de perjuicios ascendente a 201.000.000 USD, la cual fue sustanciada en primera instancia por don Patricio Villarroel

No resulta extraño, entonces, que hayan surgido voces a través de la prensa para clamar por su supresión, porque dicha prerrogativa atentaría contra la igualdad ante la ley (artículo 19, núm. 2° CPR) y la libertad de culto (artículo 19, núm. 6° CPR)². Se trata del fuero del que supuestamente gozaría la Iglesia Católica para litigar, sea como demandante o demandado, y que obligaría a que el asunto fuese conocido por un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva como juez natural de primera instancia (artículo 50, núm. 2° COT). Este propósito explica que aquí no se aborde el fondo de la discusión ni menos de la decisión contenida en la sentencia pronunciada el 27 de marzo de 2019 (rol núm. 4028-2017) por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de la acción indemnizatoria intentada en contra de la “Iglesia Católica de Chile” (representada por el Arzobispado de Santiago, en razón de su desidia en la reacción frente a las conductas reprochables cuya comisión se atribuye al Rvdo. Fernando Karadima Fariña, suspendido de su ministerio sacerdotal en 2011 por una sentencia canónica de la Santa Sede y posteriormente dimitido al estado laical por decisión del papa Francisco). Para estos efectos, por tanto, no es relevante si la Iglesia Católica encubrió o no los abusos sexuales y de conciencia que se imputan al antes mencionado sacerdote durante la época en que se desempeñó como párroco de la Iglesia del Sagrado Corazón de Providencia (entre 1985 y 2006), ni si hubo por su parte culpa organizacional o si una determinada actividad que implica el establecimiento de relaciones interpersonales puede ser considerada inherentemente riesgosa, ni si había o no dependencia de un párroco respecto de su obispo para configurar la responsabilidad por el hecho ajeno³, ni tampoco cómo se ha de computar la prescripción de ilícitos civiles que acaban teniendo consecuencias psicológicas sobre los afectados⁴. Esa discusión, de mucho interés y ciertamente de mayor enjundia dogmática por el entrecruzamiento que comporta entre el derecho civil y el derecho canónico, no corresponde tratarla ahora, pues en este comentario solo se quiere insistir en la plena igualdad procesal que tiene cada una de las divisiones territoriales o funcionales de la Iglesia Católica en cuanto persona jurídica que litiga ante los tribunales ordinarios de justicia, por la inexistencia de cualquier clase de fuero

Valdivia y después por doña Maritza Villadangos Frankovich como ministros de fuero (rol núm. 8001-2013). El 19 de enero de 2017 se dictó sentencia de primera instancia, que rechazó la demanda en todas sus partes. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago falló el 16 de noviembre de 2018 los recursos casación en la forma y apelación interpuestos por los demandantes, rechazando ambos y confirmando la sentencia de primer grado (rol núm. 1703-2017). A esta fecha (15 de junio de 2019), se encuentran pendiente la cuenta de la admisibilidad ante la Corte Suprema de los recursos de casación en la forma y en el fondo que interpuso la parte demandante (rol núm. 9785-2019). Más recientemente, la demanda de indemnización de perjuicios presentada por don Zoro Daniel Rojas Álvarez contra el Arzobispado de Santiago y el Rvdo. Tito Rivera Muñoz también está siendo tramitada ante la ministra de fuero doña Maritza Villadangos Frankovich (rol núm. 4-2019).

² El único proyecto de ley que se ha presentado es el que acabó siendo sancionado como Ley 21.519, que elimina los privilegios existentes respecto de ciertas autoridades eclesásticas de los artículos 361 y 389 CPC.

³ Sobre la responsabilidad de la diócesis por el hecho de un sacerdote incardinado en ella se discutió a propósito del caso del Rvdo. José Andrés Aguirre Ovalle resuelto por la Corte Suprema en sentencia de 5 de enero de 2005 (rol núm. 3640-2004). Véase DOMÍNGUEZ (2005); PIMPSTEIN (2005); SALINAS (2009), pp. 523-525; VARAS (2005a), y VARAS (2005b).

⁴ Véase el estado de la cuestión en BARROS (2006), pp. 922-929, y CORRAL (2013), pp. 399-405.

a su respecto (IV)⁵. Esto exige, empero, dos precisiones previas: referir brevemente la cuestión debatida para situar su contexto como materia de controversia (II) y explicar cuál es el alcance de la personalidad jurídica de la Iglesia Católica en el derecho chileno (III), puesto que ella presenta algunas particularidades que el derecho le reconoce⁶. Para acabar, se ofrece un cuerpo de conclusiones (V).

II. LA CUESTIÓN DISCUTIDA

La cuestión discutida que aquí se comenta incide en una de las distintas aristas abiertas por el denominado “caso Karadima”⁷. Se trata de la demanda de indemnización de perjuicios en sede extracontractual presentada el 27 de noviembre de 2012 por James Hamilton Sánchez, Juan Carlos Cruz Chellew y Juan Andrés Murillo Urrutia en contra de la “Iglesia Católica de Chile”, representada por el Arzobispo de Santiago, debido a su comportamiento frente a las conductas atribuidas al Rvdo. Fernando Karadima Fariña mientras era titular de la Parroquia del Sagrado Corazón de Providencia, comúnmente conocida por el nombre de la avenida (El Bosque) donde se encuentra situada. Con dicha acción se buscaba que la “Iglesia Católica chilena”, a través del arzobispado recién referido, fuese condenada a pagar una indemnización por daño moral de 450.000.000 CLP en razón tanto de la negligencia sistemática como de la ignorancia deliberada mostrada por las sucesivas autoridades eclesiásticas ante los casos de abusos sexuales y de conciencia atribuidos a dicho sacerdote y denunciados por años, incluso induciendo a los demandantes a exponerse públicamente a través de los medios de comunicación, además de dar disculpas públicas por esos hechos. El fundamento de esa responsabilidad se atribuía al hecho propio de la “Iglesia Católica chilena”, proveniente tanto de su culpa organizacional –dado que por años no tomó las medidas para frenar ni prevenir los abusos que estaban ocurriendo–, como del riesgo inherente creado con su función pastoral, que establece una posición de desequilibrio entre el feligrés y el clérigo. En este sentido, resulta claro que la “Iglesia Católica chilena” tenía una situación de dependencia y cuidado respecto del Rvdo. Fernando Karadima, sin que fuese relevante la existencia de un vínculo jurídico formal de carácter preciso, puesto que para que ella exista basta con que el principal haya estado en una posición de autoridad que ha-

⁵ El autor de este comentario trató de estas materias en el seminario de jurisprudencia intitulado “Responsabilidad civil de la Iglesia Católica chilena: el caso Karadima” y organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el 11 de abril de 2019. En dicho encuentro participaron también Juan Pablo Hermosilla, abogado de los demandantes, y los Prof. Flavia Carbonell Bellolio y Mauricio Tapia Rodríguez, ambos de la Facultad anfitriona. El texto que desarrolla el análisis ahí efectuado se incluirá en el volumen de la serie “Jurisprudencia comentada” correspondiente al año 2019 y que publicará la editorial Rubicón.

⁶ Véase ahora CORRAL (2018b). El Prof. Hernán Corral fue uno de los informantes en derecho en la causa que aquí se comenta; el otro fue el Prof. Álvaro Vidal. Como fuere, la Corte de Apelaciones de Santiago desestimó ambos informes “atendido el carácter antagónico e irreconciliable de los mismos y por constituir opiniones no vinculantes” para ella (considerando 22° del fallo de segunda instancia).

⁷ Los detalles del caso fueron ampliamente difundidos por la prensa y han sido relatados en MÖNCKBERG (2011) y GUZMÁN / VILLARRUBIA / GONZÁLEZ (2011). Dieron lugar también a la película *El bosque de Karadima* dirigida por Matías Lira y estrenada el 25 de abril de 2015, de la cual se preparó posteriormente una serie de tres capítulos con 90 minutos de material adicional y que fue transmitida por Chilevisión los días 27 y 30 de septiembre y 4 de octubre de ese mismo año.

bría podido impedir la ocurrencia del hecho. Por la forma en que fue presentada, el conocimiento de la causa se asignó en primera instancia al ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Juan Manuel Muñoz Pardo, que es el aspecto de interés para este comentario.

De manera subsidiaria, se demandó a la “Iglesia Católica de Chile” por el hecho de su dependiente, calidad que ostentaría el ya referido sacerdote, reiterándose todos los argumentos expuestos como fundamento de la demanda principal.

Sin objetar la competencia del tribunal especial que conocía del juicio, el Arzobispado de Santiago contestó la demanda solicitando su rechazo en todas sus partes. Sostuvo que no se encubrieron los hechos relacionados con el mencionado sacerdote, sino que se siguió adelante un proceso canónico conforme a la disciplina aplicable, que concluyó por establecer la verdad de las denuncias, y aplicó las respectivas sanciones⁸. Asimismo, la parte demandada hizo presente la existencia de una investigación penal, la que fue sustanciada ante la ministra en visita doña Jessica González Troncoso, la cual concluyó el 14 de noviembre de 2011 por sentencia de sobreseimiento definitivo⁹. Agregaba la contestación que los daños que los demandantes señalan haber sufrido no pudieron haber sido causados por actos u omisiones de la “Iglesia Católica chilena”, puesto que ella no tiene existencia en cuanto tal por la propia estructura orgánica con que la Iglesia universal se particulariza en cada lugar. De igual manera, tampoco es posible imputarle un comportamiento negligente ni menos de encubrimiento respecto del tratamiento dado a las denuncias de abusos en contra del Rvdo. Fernando Karadima, puesto que se dio curso a la investigación canónica y ella, pese a que no existía por entonces mayor información para formar convicción sobre la veracidad de las conductas que se le atribuían a dicho sacerdote, no fue cerrada en espera de nuevos antecedentes, remitiendo el proceso a la Congregación para la Doctrina de la Fe cuando se denunció que una de las víctimas era menor de edad al momento en que se cometieron los abusos.

La sentencia de primera instancia fue dictada el 16 de marzo de 2017 y en ella se rechazó la demanda principal por estimar el tribunal que “el Arzobispado de Santiago responde únicamente por la Iglesia Católica de Santiago”, pese a que la demanda se dirigía en contra de la “Iglesia Católica chilena”, lo cual no impide “concluir categóricamente que Karadima estaba bajo la subordinación en su ministerio sacerdotal” de esa arquidiócesis (considerandos 44°). Agrega la sentencia que “la fecha que señala la demanda como término de los actos que se reprochan [el envío del proceso a Roma para su prosecución por la Congregación para la Doctrina de la Fe, ocurrido el 18 de junio de 2010] no tiene asidero probatorio, pues no resulta posible configurar en ese momento el término del dolor y sufrimiento que se indica como fundamento fáctico del libelo” (considerando 39°), sobre todo

⁸ Por sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Prot. 183/2010), confirmada el 8 de junio de 2011, la Congregación para la Doctrina de la Fe declaró al Rvdo. Fernando Karadima culpable de los delitos de abuso de menores, contra el sexto mandamiento mediante violencia y abuso del ministerio sacerdotal, imponiéndole como penas el retiro a una vida de penitencia y oración, la prohibición perpetua del ejercicio público de su ministerio y el impedimento de asumir cargos en la Pía Unión Sacerdotal del Sagrado Corazón. Finalmente, por decreto de 27 de septiembre de 2018, el papa Francisco dimitió del estado clerical al referido sacerdote, con dispensa de todas las obligaciones de su estado. Con todo, esta dimisión no anula la ordenación sagrada (canon 290 CIC).

⁹ El artículo 483 del Código Procesal Penal señala que sus disposiciones “solo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”, la cual ocurrió para la Región Metropolitana el 16 de junio de 2005, según la modificación introducida por la Ley 19.919.

dado que los hechos expuestos por los demandantes fueron “anteriores a sus denuncias y que estos eran mayores de 18 años a la época de comisión de los hechos” (considerando 47°). Tampoco “hay ninguna prueba en la causa que acredite la supuesta complicidad y encubrimiento” que se imputa a la Iglesia Católica chilena, ni “hay evidencia alguna que permita presumir que el Arzobispado [de Santiago] hubiere adoptado alguna medida para impedir que los hechos fueran conocidos o sancionados” (considerando 53°). Nada induce a concluir, por consiguiente, que sea efectiva “la existencia de coerción, difamación y silenciamiento por parte del Arzobispado de Santiago, en desmedro y sufrimiento de los actores” (considerando 61°), y lo mismo ocurre en cuanto al “encubrimiento de los abusos sexuales por parte” de este, pues la prueba sobre ambos puntos era insuficiente (considerando 61°). Incluso más, “las conductas de algunos sacerdotes o laicos en defensa de Karadima [...] no puede alcanzar al Arzobispado, pues la acción principal es por el hecho propio” (considerando 54°). Por cierto, la sentencia previene que la “prueba [es] esencialmente indirecta, necesitándose la inferencia o razonamiento para establecer el hecho” de los abusos y la negligencia imputada a la “Iglesia Católica chilena” en su represión y prevención (considerando 56°). Finalmente, respecto de la demanda subsidiaria, el juez de primer grado sostuvo que cabía “desestimarla sin mayor análisis, por cuanto lo que se persigue en estos autos es la responsabilidad por negligencia o encubrimiento del Arzobispado [de Santiago] por las conductas abusivas de Karadima, esto es, un hecho absolutamente posterior a dichas conductas delictivas, lo que aparece reafirmado al haberse dictado sobreseimiento definitivo en la causa criminal seguida en contra del mencionado Karadima por los hechos que afectaron a los actores” (considerando 62°).

En contra dicha sentencia, el 28 de marzo de 2017 la parte demandante dedujo recursos de casación en la forma y de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Santiago (rol núm. 4028-2017). Por su parte, el Arzobispado de Santiago se adhirió a la apelación con el propósito de que la Corte se pronunciara sobre la excepción de prescripción opuesta respecto de la demanda principal y sobre la excepción de ausencia de vínculo de subordinación y dependencia en relación con la acción subsidiaria. La vista de la causa se efectuó el 18 de octubre de 2018 y, con el mérito de lo señalado en sus alegaciones por el abogado de la demandada, la Corte decidió llamar a las partes a conciliación por una resolución dictada seis días después, acometiendo la diligencia al ministro don Miguel Vásquez Plaza, y suspendiendo entretanto el acuerdo para la redacción del fallo. Ella tuvo lugar finalmente el 20 de noviembre de 2018 sin resultados positivos, pues los demandantes señalaron que la única posibilidad de conciliación consistía en que la demandada se allanara íntegramente a la demanda.

La sentencia de segunda instancia fue dictada el 27 de marzo de 2019 y en ella se rechaza el recurso de casación en la forma de los demandantes y la adhesión a la apelación de la demandada¹⁰. Por el contrario, el fallo sí hizo lugar a la apelación formulada por la parte

¹⁰ El Poder Judicial hizo públicas dos versiones del fallo. La primera acompañaba la nota de prensa publicada el mismo día en que se dictó la sentencia. En ella se señala que la conducta negligente de la “Iglesia Católica de Chile” había configurado un verdadero encubrimiento (considerando 45°), si bien este no tenía repercusiones penales por haberse sobreseído el juicio criminal (considerando 55°). La segunda versión es la que se encuentra

demandante en lo que se refiere a su demanda principal de responsabilidad civil de la “Iglesia Católica de Chile” por su hecho propio, la cual se acogió parcialmente con reducción del monto pedido como indemnización, concediendo 100.000.000 CLP a cada uno de los demandantes, más reajustes e intereses. Los fundamentos para revocar el fallo de primer grado fueron principalmente cuatro. El primero de ellos fue reconocer la existencia de la “Iglesia Católica de Chile” como una iglesia particular que viene representada por el obispo de la diócesis correspondiente (considerandos 24° y 25°), la cual constituye una persona jurídica de derecho público a la que la ley chilena le reconoce capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representada judicial y extrajudicialmente (considerando 27°). En segundo término, la Corte sostuvo que el análisis de la prueba rendida era suficiente para establecer que la “Iglesia Católica de Chile” fue negligente en el tratamiento de las denuncias efectuadas por los demandantes respecto de los abusos sexuales y de conciencia cometidos por el Rvdo. Fernando Karadima Fariña y en brindarles amparo y protección (considerando 39°), configurándose a su respecto un ocultamiento de ellos (considerando 45°). Enseguida, y a partir del informe psicológico agregado en la causa (considerando 50°), se concluye que existió un daño moral que se valora por el tribunal a partir de “la situación y realidad general tanto del país como de los demandantes, respecto de lo cual cabe advertir que no tienen cabida indemnizaciones desproporcionadas a tales realidades” (considerando 51°), precisando los criterios concretos tenidos en cuenta (considerando 52°), para fijar una suma equivalente para los tres demandados a título de resarcimiento (considerando 53°). Por último, el fallo arguye que la acción indemnizatoria ejercida por el hecho propio de la “Iglesia Católica de Chile” no se encontraba prescrita, dado que la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad extracontractual desde el cual se comienza a computar el cuadrienio del artículo 2332 CC solo se produjo con el envío de los antecedentes a la Congregación para la Doctrina de la Fe a fin de que siguiera con la investigación por existir un menor de edad involucrado, lo cual ocurrió el 18 de junio de 2018 (considerando 17°).

A través de un comunicado de prensa de ese mismo 27 de marzo de 2019, el Arzobispado de Santiago informó que no recurriría en contra de la sentencia dictada, y procedería a darle pleno cumplimiento en cuanto se encontrase firme, puesto que la Corte de Apelaciones de Santiago había puesto de manifiesto los errores que se produjeron en el caso desde un comienzo: “la forma en que se tramitaron las denuncias presentadas por los demandantes, la inadecuada valoración de las mismas y la falta de acompañamiento a las víctimas”¹¹. El pago a favor de cada uno de los demandantes se produjo el 23 de mayo de 2019.

Sin embargo, y como ha quedado dicho, el resultado final que tuvo el juicio es indiferente para el propósito del presente comentario, puesto que el punto sobre el que aquí interesa detenerse es la legitimación procesal de la Iglesia Católica o, más concretamente, la ausencia de fuero procesal a su respecto, y esa cuestión ya quedó planteada al haberse presentado la demanda ante un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago como

disponible en la consulta unificada de causas. Ahí se habla solo de “un ocultamiento que da origen a la configuración de un ilícito civil” (considerando 45°).

¹¹ Fuente: <http://iglesiadesantiago.cl/arzobispado/noticias/otros/comunicado-sobre-el-fallo-en-juicio-civil-del-caso-karadima/2019-03-27/160314.html> [fecha de consulta: 22 de abril de 2019].

tribunal unipersonal y haber dictado esta sentencia de primer grado, sin que la demandada haya opuesto la excepción de incompetencia¹² o que la Corte haya hecho uso de su facultad de anular de oficio por tratarse de un vicio de casación en la forma (artículos 768, núm. 1° y 775 CPC)¹³.

La pregunta a que aboca el caso que suscita este comentario es, entonces, si el hecho de que se demande a una diócesis implica la calidad de parte del obispo, asumiendo que el segundo supuesto del artículo 50, núm. 2° COT (“*las causas civiles y de comercio [...] en que [...] tengan interés [...]*”) carece hoy de sentido, por lo que resulta irrelevante el interés que aquél pueda o no tener en la causa. La respuesta negativa se impone merced al principio de radical separación entre entidad y miembros que rige las personas jurídicas y, sobre todo, por la peculiar función del obispo dentro de su diócesis. Esto se debe a que el principio de radical separación entre entidad y miembros tiene como uno de sus elementos la aplicación de las normas jurídicas con independencia del sustrato personal, de suerte que ellas se aplican a la persona moral exclusivamente a partir de los datos y características que le son propios, con absoluta prescindencia de las particularidades que puedan afectar a sus miembros¹⁴. Dicho de otra forma, es irrelevante que alguno de los miembros de una persona jurídica goce de fuero privilegiado, incluso cuando ella es quien detenta el gobierno de la entidad, pues dicha especificidad no la afecta de manera alguna por tratarse de sujetos de derecho diversos. A esto alude la excepción del artículo 50, núm. 2° II COT, aunque solamente referida a las sociedades anónimas, y que bien podría ser entendida en sentido inverso, pese a la restricción hermenéutica del artículo 23 CC¹⁵.

III. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA IGLESIA CATÓLICA ANTE EL DERECHO SECULAR

Para el derecho chileno, la personalidad jurídica de derecho público de la Iglesia Católica procede del artículo 547 II CC y es diversa del reconocimiento de la Santa Sede como sujeto de derecho internacional no estatal (canon 113 y 361 CIC) o de la Ciudad del Vaticano como Estado soberano¹⁶. Esta norma es muy relevante, porque discrimina entre

¹² De cualquier forma, el fuero es uno de los elementos que integran la competencia absoluta y el incidente de nulidad derivado de su falta puede ser promovido durante todo el juicio (artículo 83 II CPC). Aunque en este caso habría un impedimento fundado en la prohibición de contradecir los actos propios por parte de la demandada [artículo 2°, letra d) de la Ley 20.886], puesto que declaró en su contestación que el hecho de que se haya demandado al Arzobispado de Santiago “justifica que se conozca esta causa por un Señor Ministro de Fuero” (considerando 18° del fallo de primera instancia).

¹³ Véase *Banco del Desarrollo con Fuenzalida* (2003).

¹⁴ DE CASTRO (1984), p. 270. Para el derecho chileno: CORRAL (2018a), pp. 416-417; LYON (2002), pp. 42-48; PESCIO (1978b), pp. 113-114; VODANOVIC (1991), I, p. 489.

¹⁵ El artículo 50, núm. 2° II COT señala que la circunstancia de ser accionista de sociedades anónimas las personas que gozan de fuero según esa norma, no se considerará como una causa suficiente para que un ministro de Corte de Apelaciones conozca en primera instancia de los juicios en que aquéllas tengan parte, debiendo estos sujetarse en su tramitación a las reglas generales.

¹⁶ La Santa Sede o Sede Apostólica es una persona jurídica que comprende al Romano Pontífice, la Secretaría de Estado, el Consejo para los asuntos públicos de la Iglesia y otras instituciones de la Curia Romana (cánones 113, § 1 y 361 CIC). Ella es además un sujeto de derecho internacional. Por su parte, el Estado de la Ciudad

las personas jurídicas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil (las corporaciones y fundaciones de beneficencia pública) y aquellas que poseen estatutos especiales¹⁷. A esta última categoría pertenecen las sociedades industriales, el Estado y sus diversos organismos, y las Iglesias. Dentro de este segundo grupo cabe hacer todavía otra división, pues todas ellas no comparten el mismo carácter. De hecho, cada una de las personas jurídicas antes mencionadas comporta en realidad una categoría separada en razón de su diversa finalidad: los organismos públicos se enderezan a procurar el bien común (artículo 1° III CPR), las sociedades industriales buscan la obtención de una ganancia repartible a título individual entre los socios (artículos 2053 y 2055 CC), y las iglesias se ordenan a la profesión colectiva de una determinada fe (artículo 4° de la Ley 19.638)¹⁸.

El mentado artículo 547 II CC reconoce personalidad jurídica tanto a “las iglesias” como a “las comunidades religiosas”, vale decir, no mira a la Iglesia Católica como una realidad sociológica de ámbito universal¹⁹ ni tampoco como una sola realidad unitaria dentro del territorio nacional, sino como una estructura orgánica fraccionada en todas aquellas iglesias locales e instituciones eclesásticas que gozan de una individualidad determinada según el derecho canónico, el cual representa el conjunto normativo que dicho artículo refiere como sus “leyes y reglamentos especiales”²⁰. Después de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1925, que sancionó la separación entre la Iglesia Católica y el Estado chileno al reconocer la libertad de culto (artículo 10, núm. 2°), se planteó la discusión respecto de si la personalidad jurídica de derecho público de que ella gozaba seguía subsistiendo²¹. La opinión que acabó por prevalecer fue que el artículo 547 II CC no había sido derogado tácitamente por la nueva Constitución Política y, por consiguiente, que las entidades que formaban parte de la estructura jerárquica de la Iglesia Católica y las distintas comunidades religiosas que participaban de su finalidad apostólica continuaban gozando de plena capacidad legal, siendo cada una de ellas una persona jurídica de derecho público²², puesto que aquella dispuso que el aspecto patrimonial de las iglesias e instituciones religiosas existentes en esa época quedase regido por las leyes en vigor por entonces (artículo 10, núm. 2° II de la Constitución Política de 1925). La regla fue repetida después por la Constitución Política de 1980 (artículo 19, núm. 6° III). Por su parte, el artículo 20 de la Ley 19.638 precisa que ese aspecto patrimonial comprende “el ordenamiento, la personalidad jurídica [...] y la plena capacidad de goce y ejercicio de las Iglesias, confesiones

del Vaticano surgió de los Pactos de Letrán suscritos en 1929 entre el Estado italiano y la Sede Apostólica como órgano administrativo de la Iglesia Católica universal (canon 360 CIC). Este sí es un país soberano, que cuenta con población permanente, territorio definido y gobierno propio, y se rige por la Ley fundamental del Estado de la Ciudad del Vaticano, en vigor desde el 22 de febrero de 2001.

¹⁷ ALCALDE (2015), pp. 317-320.

¹⁸ En el caso de la Iglesia Católica, su fin último es la salvación de las almas (canon 1752 CIC).

¹⁹ La Iglesia Católica universal goza de personalidad jurídica por propia ordenación divina (canon 113, § 1 CIC), porque su origen se encuentra en las palabras dichas por Jesucristo a Simón Pedro (Mt 13, 18). Su autoridad suprema es el Romano Pontífice y el Colegio episcopal (cánones 330, 331 y 336 CIC).

²⁰ Véase, por ejemplo, CLARO (1927), pp. 453-454, y CORRAL (2018a), pp. 419-421.

²¹ SALINAS (2004), pp. 299-301.

²² Véase, por ejemplo, SALINAS (2015).

e instituciones religiosas que los tengan a la fecha de publicación de esta ley” (1 de octubre de 1999), las cuales “mantendrán el régimen jurídico que les es propio”.

Dentro de la expresión “las iglesias” que utiliza el artículo 547 II CC quedan incluidas todas las subdivisiones de la Iglesia Católica a las que el derecho canónico atribuye una personalidad jurídica propia²³. Por de pronto, comparecen ahí las denominadas “Iglesias particulares” (canon 368 CIC), donde verdaderamente está presente y actúa la Iglesia Católica para una porción determinada de la totalidad de sus fieles, dado que en ellas la Iglesia universal “se hace presente y operativa en la particularidad y diversidad de personas, grupos, tiempos y lugares [...] con todos sus elementos esenciales”²⁴. La figura arquetípica de Iglesia particular es la diócesis (canon 369 CIC), cuyo territorio se divide a su vez en parroquias que también están dotadas de personalidad jurídica independiente (cánones 374 y 515 CIC). A ella se asimilan diversas estructuras de carácter organizativo donde concurren con ciertas particularidades las notas distintivas de la Iglesia Católica como manifestación temporal y práctica de una realidad sobrenatural (canon 368 CIC)²⁵. La creación de cada una de estas iglesias particulares proviene de una decisión de la autoridad suprema de la Iglesia fundada en razones pastorales y, desde el momento de su legítima erección, gozan de personalidad jurídica propia (canon 373 CIC). Esto significa que las diócesis, las demás circunscripciones eclesíásticas y las parroquias tienen en Chile personalidad jurídica de derecho público diferenciada, y se rigen en su constitución y funcionamiento por el derecho canónico como estatuto propio (artículo 547 II CC)²⁶.

Por cierto, cada una de ellas tiene su respectivo representante legal, de suerte que cuando se las quiere demandar no cabe reconducir cualquier acto al titular de la diócesis donde ocurrieron los respectivos hechos ni menos al presidente de la Conferencia Episcopal (cánones 447 y 449 CIC) o al Arzobispado de Santiago, como si este tuviese una suerte de jurisdicción superior sobre el resto de la Iglesia Católica en Chile (cánones 436 y 438 CIC)²⁷. En su condición de metropolitano (canon 435 CIC), oficio que va anejo a la sede episcopal de la cual es titular, a aquél solo le corresponde la presidencia de una provincia eclesíástica integrada por ocho diócesis sufragáneas (Linares, Melipilla, Rancagua, San Bernardo, San Felipe, Talca, Valparaíso y el Obispado Castrense), sin eliminar la autoridad de

²³ La cuestión viene latamente tratada en SALINAS (2004), pp. 263-296.

²⁴ CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE (1992), núm. 7.

²⁵ Cierta doctrina ha acuñado la expresión “circunscripción eclesíástica” en reemplazo del concepto técnico de iglesia particular que emplea el canon 368 CIC. Ella es una noción genérica que sirve para designar cada comunidad autónoma de fieles con cura pastoral propia. La perspectiva del término no es eclesiológica, sino organizativa y jurídica, lo que explica que las realidades que se agrupan bajo la denominación de circunscripción eclesíástica sean de diversa naturaleza eclesial y con un grado de autonomía jurisdiccional diferente. Véase ARRIETA (2012).

²⁶ SALINAS (2004), p. 271.

²⁷ En la actualidad, la Iglesia Católica presenta en Chile la siguiente distribución jurídico-pastoral: cinco arquidiócesis (Antofagasta, La Serena, Santiago, Concepción y Puerto Montt), diecinueve diócesis (San Marcos de Arica, Iquique, Calama, Copiapó, San Felipe, Valparaíso, Melipilla, San Bernardo, Rancagua, Talca, Linares, Chillán, Santa María de Los Ángeles, Temuco, Villarrica, Valdivia, Osorno, Ancud y Punta Arenas), una prelatuza territorial (Illapel), un vicariato apostólico (Aysén), un obispado castrense (con jurisdicción sobre todo el personal de las Fuerzas Armadas y de Orden y sus familias) y una prelatuza personal (Opus Dei). Cfr. <http://www.iglesia.cl/diocesis/> [fecha de consulta: 19 de marzo de 2019]. Véase ASSIMAKÓPULOS (2015).

los obispos a quienes ellas han sido confiadas. Esta potestad se traduce en vigilar para que se conserven diligentemente en ella la fe y la disciplina eclesiástica, con obligación de informar al Romano Pontífice acerca de los abusos si los hubiera; hacer la visita canónica si el sufragáneo la hubiera descuidado, con causa aprobada previamente por la Sede Apostólica; y designar el administrador diocesano cuando sea el caso (canon 436 CIC).

Por su parte, el término “comunidades religiosas” mienta de forma genérica aquellas figuras que el derecho canónico designa hoy con el nombre de institutos de vida consagrada (canon 573 CIC) y sociedades de vida apostólica (canon 571 CIC), las que también son reconocidas como personas jurídicas en el ámbito secular (artículo 547 II CC)²⁸. En ellas, el criterio de distribución no es territorial sino funcional, siendo el elemento de distinción el carisma recibido por el fundador y del que participan sus miembros²⁹. De cualquier forma, cada una de esas “comunidades religiosas” tiene su propio representante legal (cánones 617, 619, 717 y 734 CIC), sin que quepa extender sobre ellas la competencia del obispo diocesano (canon 1480 CIC) por no existir incardinación a su respecto (canon 265 CIC). Sobre el particular, cumple advertir que cada clérigo se vincula con una división territorial o funcional de la Iglesia Católica, y nunca de modo indeterminado con la Iglesia universal. Por eso, es necesario que quien se ha incorporado al estado clerical por la recepción del diaconado (canon 266 CIC) esté incardinado en una Iglesia particular o en una prelatura personal, o en un instituto de vida consagrada o en una sociedad que goce de esta facultad (canon 265 CIC). Esto significa que el vínculo que existe entre un sacerdote secular y su obispo diocesano es de naturaleza peculiar y recibe el nombre de “adscripción” o “incardinación”, la cual se produce respecto de la diócesis (cánones 265 y 369 CIC) y no de quien en un momento determinado ostenta dicho oficio episcopal (cánones 369 y 376 CIC)³⁰.

En fin, el resto de las iglesias y entidades religiosas existentes en Chile tiene igualmente personalidad jurídica de derecho público merced a la Ley 19.638, salvo la Iglesia ortodoxa de Antioquía que fue erigida como tal por la Ley 17.225³¹.

Que cada una de las divisiones territoriales o funcionales de la Iglesia Católica goce de personalidad jurídica significa que ellas tienen la calidad de una persona ficticia capaz de ejercer derechos y obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente (artículo 545 CC). Existe así una separación radical entre la entidad y los miembros que la componen, ejerzan o no potestad. En el caso de la Iglesia Católica, la pertenencia a ella se deter-

²⁸ SALINAS (2004), p. 271.

²⁹ El Catecismo de la Iglesia Católica define los carismas como las “múltiples gracias especiales [...] mediante las cuales los fieles quedan “preparados y dispuestos a asumir diversas tareas o ministerios que contribuyen a renovar y construir más y más la Iglesia” (núm. 798). Se trata, entonces, de “gracias del Espíritu Santo, que tienen directa o indirectamente una utilidad eclesial; los carismas están ordenados a la edificación de la Iglesia, al bien de los hombres y a las necesidades del mundo” (núm. 799). Véase asimismo CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE (2016).

³⁰ LE TOURNEAU (1997), p. 298: “[...] la incardinación es un acto de incorporación a una comunidad y a un presbiterio. Su contenido primario es una relación de servicio entre un clérigo y una estructura jerárquica de la Iglesia, ya será territorial o personal. No se trata ya –como venía siendo entendido– de un simple vínculo de subordinación al obispo, sino propiamente de la incorporación a la Iglesia particular o a otra estructura pastoral jerárquica para servirla y, a través de ella, servir también a la Iglesia universal”.

³¹ DEL PICÓ (2010).

mina por el cumplimiento de ciertos requisitos (canon 204 CIC) y su derecho particular determina quién y de qué forma ejerce la potestad de régimen (canon 145 CIC), la cual se reserva a los que han recibido el orden sagrado (canon 129 CIC)³². De esta manera, no hay que confundir la persona del obispo diocesano con la diócesis que se le ha encomendado (cánones 369 y 381 CIC), como no corresponde identificar una sociedad anónima con su directorio o gerente general: una cosa es la persona jurídica y otra diversa su órgano de gestión o de representación, el que a la larga se debe encarnar en una persona natural para actuar realmente. Esto significa que el obispo no es más que una persona que, sacramentalmente instituida para ello (cánones 375 y 1008 CIC), desempeña un oficio de servicio pastoral (canon 145 CIC) en una diócesis determinada (cánones 369 y 381 CIC) y está revestido para ese fin de la debida potestad de régimen (canon 131 CIC) y de la autoridad de enseñar (canon 386 CIC).

De esto se sigue que la diócesis es una persona jurídica reconocida por el derecho secular chileno y, como tal, puede participar en el tráfico como un sujeto más, con autonomía e independencia respecto de quienes pertenecen a ella. Cuestión distinta será que la realización de ciertos actos esté sujeta al cumplimiento de determinados requisitos internos que aseguran el poder de disposición exigido para llevarlos a cabo. Por ejemplo, el derecho canónico se ocupa especialmente del procedimiento que se debe observar en la adquisición, administración y enajenación de bienes temporales (Libro V CIC y la normativa complementaria de cada conferencia episcopal)³³. Pero en esto no hay diferencia con la forma habitual de formación de la voluntad de las personas jurídicas, sobre todo si se considera que la Iglesia Católica es una sociedad jerárquica y no rige en ella el principio mayoritario (cánones 330 y 331 CIC)³⁴.

El fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago que ahora se comenta señala que la legitimidad pasiva de la “Iglesia Católica de Chile” exige dilucidar dos aspectos: qué se entiende por tal y cómo dicha entidad es representada en el mundo secular (considerando 23°). El primero de ellos se soluciona diciendo que “la Iglesia Católica una y única o universal existe a partir de las iglesias particulares” (considerando 24°), aplicando así la definición que de estas últimas da el canon 368 CIC. Pero hay que tener cuidado con perder de vista que el Código de Derecho Canónico de 1983 hizo el gran esfuerzo de “traducir al lenguaje *canonístico*” la eclesiología del Concilio Vaticano II (1962-1965), el cual definió la Iglesia como un misterio porque ella comporta “una realidad compleja, en la que están unidos el elemento divino y el humano” (Constitución dogmática *Lumen Gentium*, núm. 8)³⁵. Esto significa que, no obstante que el derecho canónico sea una realidad jurídica susceptible de ser analizada conforme al método que le es propio, el acercamiento no puede eliminar esa tensión entre el misterio y el derecho, evitando dar a ciertas expresiones un sentido

³² Por consiguiente, la pertenencia a la Iglesia Católica no es una cuestión estática sino dinámica: ella exige como presupuesto la recepción del bautismo y enseguida una unión en Cristo dentro de la estructura visible de la Iglesia, la que supone unos vínculos de profesión de fe, de sacramentos y de régimen eclesial (canon 205 CIC).

³³ Véase CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE (2006), especialmente pp. 87-98.

³⁴ LYON (2002), pp. 121-126.

³⁵ JUAN PABLO II (1983).

que pierde densidad si se desprende de la dimensión eclesiológica que le es inherente³⁶. Tampoco hay que minusvalorar el contexto del nuevo código, que resulta inseparable del período posconciliar que tiene como hitos más relevantes su texto (1983) y el nuevo Catecismo de la Iglesia Católica (1992). Esta época abierta tras el Concilio se caracteriza por la renuncia a lo dogmático y ella trae consigo “un cierto abandono del sentido jurídico”³⁷. Por eso, la interpretación de las leyes canónicas exige considerar en iguales condiciones el texto y el contexto (canon 17 CIC), de manera que la regla sea comprendida según su genuino sentido, el cual solo se comprende cabalmente si el componente teológico no se excluye como premisa metodológica, se crea o no en él.

Estas consideraciones son importantes porque la afirmación de que la Iglesia Católica es una y única tiene sentido solo si se analiza de acuerdo a la concepción eclesiológica que está detrás. De hecho, el canon 368 CIC está tomada del núm. 23 de la Constitución dogmática sobre la constitución dogmática de la Iglesia *Lumen gentium*, donde se cita como apoyo un fragmento de las *Epístolas* de San Cipriano de Cartago (200-258) que señala: “única Iglesia, dividida en muchos miembros por todo el mundo” (55, 24). Bajo esta comprensión, la Iglesia Católica denota un misterio que excede la dimensión jurídica: ella es “el Pueblo que Dios reúne en el mundo entero”³⁸, vale decir, representa la sociedad o congregación de todos “los bautizados que se unen a Cristo dentro de la estructura visible de aquélla” (canon 205 CIC). Esto significa que esa unidad y unicidad que se le atribuye son consecuencia de las cuatro notas que distinguen a la Iglesia según la teología católica: que ella es una, santa, católica y apostólica³⁹. Pues bien, la Iglesia Católica es una porque los fieles que la integran, en cualquier tiempo y lugar, están unidos entre sí por una misma fe, un mismo culto, una misma ley y la participación de unos mismos sacramentos, bajo una misma cabeza visible, el Romano Pontífice junto con el Colegio Episcopal⁴⁰. Pero esto no tiene una significación jurídica inmediata, pues el propio Código de Derecho Canónico reconoce que la Iglesia está integrada tanto por personas físicas como jurídicas (canon 113, § 2). La razón de esta diferencia de planos reside en que la Iglesia Católica está formada por un doble elemento humano y divino, por lo que es a la vez “visible y espiritual, sociedad jerárquica y Cuerpo Místico de Cristo”⁴¹. Sin embargo, ambos planos suponen distintas claves de lectura, porque la dimensión misteriosa es algo “que solo la fe puede aceptar”⁴², y eso *únicamente* se puede exigir al creyente. Ella debe quedar, por tanto, fuera del análisis que aquí interesa, el cual ha de ser puramente jurídico y basado en el derecho interno.

Después de hacer un recuento de las normas que se refieren a las iglesias particulares, el fallo en comento da por establecido que “la Iglesia Católica chilena o en Chile [...], en tanto iglesia particular [...], existe y puede entenderse representada por el obispo de la diócesis correspondiente” (considerando 25°). Así lo refrenda el hecho de que el sitio web del

³⁶ Véase D’ORS (1987).

³⁷ D’ORS (1999), p. 162.

³⁸ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, núm. 752.

³⁹ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, núm. 811.

⁴⁰ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, núm. 866.

⁴¹ CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, núm. 779.

⁴² CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA, núm. 779.

Arzobispado de Santiago diga que este es una de las veintisiete jurisdicciones eclesiásticas que tiene la Iglesia Católica en Chile y que el papa Francisco haya aludido a ella en la carta a los obispos remitida el 8 de abril de 2018 (considerando 25°)⁴³. Finalmente, la Corte afirma que “la Iglesia Católica en Chile o chilena goza, en el ámbito jurídico interno, de personalidad jurídica de derecho público” (considerando 26°), lo que justifica la condena que se le impone (considerando 27°). Como queda en evidencia de las explicaciones precedentes, la Corte mezcla el plano eclesiológico con el jurídico, para entender que la Iglesia como Pueblo de Dios tiene una única personalidad jurídica de acuerdo al derecho chileno, y es solo diversa su representación. Esta conclusión no se sostiene ni desde la peculiar estructura de la Iglesia Católica ni del reconocimiento diferenciado que hace el artículo 547 II CC a cada una de las divisiones territoriales o funcionales que en ella existen y que gozan de identidad jurídica propia. Desde el punto de vista eclesiológico, o aun sociológico, se puede sostener que la Iglesia Católica es una porque está integrada por todos los bautizados unidos por los vínculos de profesión de fe, sacramentos y régimen eclesiástico (canon 205 CIC), que se materializa o particulariza en cada país por su gentilicio (Iglesia Católica chilena, argentina, peruana, etcétera), incluso adaptándose a la cultura local. Sin embargo, su dimensión jurídica en cuanto sociedad jerárquica demuestra que ella se estructura por un entramado de personas jurídicas de creación humana (canon 113, § 2 CIC) a las que el derecho interno reconoce su especificidad (artículo 547 II CC)⁴⁴. Son esas personas jurídicas que provienen de la división territorial o funcional de la tarea pastoral de la Iglesia Católica las que gozan de personalidad jurídica según el derecho secular y a las que se les reconoce los atributos que son propios de ella (nombre, capacidad, domicilio, nacionalidad y patrimonio). Por el contrario, la Corte de Apelaciones parece trasponer los atributos propios de cada diócesis a la “Iglesia Católica de Chile” por el hecho de ser cada una de ellas su representante (considerando 25°).

Como fuere, la aceptación por parte del Arzobispado de Santiago de la condena impuesta en segunda instancia tiene algunas consecuencias jurídicas probablemente no sopesadas, fuera de aquellas que puedan derivarse de la *ratio decidendi* del fallo que se comenta. Durante la secuela del juicio, este fundó su defensa en la inexistencia de la “Iglesia Católica de Chile” como persona jurídica diferenciada y reconocida por el derecho chileno. De ser así, su allanamiento respecto del fallo y el subsiguiente pago de la indemnización concedida a favor de los demandantes supone una donación por parte de una persona jurídica que sabe que no debía la prestación que está cumpliendo, teniendo perfecto conocimiento de los aspectos fácticos y jurídicos de lo que hacía (artículos 2299 CC). Porque incluso si se acepta que la “Iglesia Católica de Chile” existe como persona jurídica, ella ha de tener sus propios bienes, sin que corresponda que la indemnización la soporte el patrimonio de su supuesto representante, porque uno y otro son distintos.

⁴³ Resulta de interés la respuesta que daba el *Catecismo de San Pío X* (1905) a la pregunta de por qué “se llaman también Iglesias los fieles unidos de una nación o diócesis” y que muestra por qué la cuestión tiene una connotación teológica y no jurídica: “Se llaman también Iglesias los fieles unidos de una nación o diócesis, pero con todo eso no son sino partes de la Iglesia universal, con la que forman una sola Iglesia” (núm. 159).

⁴⁴ D’ORS (1988), p. 113.

IV. EL ALCANCE DEL FUERO PRIVILEGIADO DEL ARTÍCULO 50, NÚM. 2° COT

Históricamente, el fuero personal entrañaba un privilegio que permitía a determinadas personas o estamentos regirse por su propio derecho y, por tanto, para demandar y ser demandadas ante tribunales especiales⁴⁵. Como su nombre lo indica, esta clase de fuero estaba estrictamente relacionada con la condición de ciertas personas que revestían alguna dignidad o cargo y, por eso, se lo conocía también como fuero especial o privilegiado⁴⁶. Con su establecimiento, el objetivo perseguido es el resguardo de los intereses de la parte más débil, pues elevando la categoría del tribunal que debe conocer del asunto, se equilibra mejor la diferencia entre demandante y demandado, quienes no están teóricamente en la misma situación debido a las posibles influencias o vinculaciones de la persona que ocupa el cargo con el Poder Judicial⁴⁷. Por cierto, esta figura es distinta del llamado “fuero eclesiástico”. Con tal nombre se designaba un beneficio que el derecho canónico otorgaba a los clérigos y a las personas asimiladas a ellos de ser juzgadas en las causas temporales, contenciosas o criminales, por los tribunales eclesiásticos (canon 1553 del Código de Derecho Canónico de 1917). En el derecho chileno, los ámbitos propios del derecho canónico y secular están suficientemente delimitados (antiguos artículos 5°, núm. 9° y 237 COT), sin perjuicios de ciertos reenvíos (por ejemplo, el ya señalado artículo 547 II CC o el artículo 20 de la Ley 19.947)⁴⁸, por lo que cada tribunal juzga las causas que naturalmente le corresponden (artículo 5° COT y canon 1401 CIC)⁴⁹.

Para lo que aquí interesa, y dejando fuera la jurisdicción militar y sus particularidades, este criterio de atribución de la competencia (conocido en doctrina como “fuero mayor”) está recogido en el artículo 50, núm. 2° COT, que asigna a un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, según el turno que ella fije, el conocimiento en primera instancia de las causas civiles en que sean parte o tengan interés una serie de personas expresamente listadas, entre las cuales se encuentran los arzobispos (canon 435 CIC), los obispos (canon 375 CIC), los vicarios generales (canon 475 CIC), los provisores (canon 1420 CIC) y los vicarios capitulares (canon 421 CIC)⁵⁰. A este juez especial de primera instancia la práctica forense lo designa con el nombre de “ministro de fuero”⁵¹.

⁴⁵ MUÑOZ (2016), p. 851.

⁴⁶ ESCRICHE (1852), p. 714.

⁴⁷ COLOMBO (2004), pp. 186-187.

⁴⁸ En el canon 22 CIC existe asimismo un reenvío inverso, desde el derecho canónico al derecho secular.

⁴⁹ Aunque recientemente la intromisión del derecho secular en el ámbito del derecho canónico se ha vuelto a plantear (célebre fue durante el siglo XIX el caso conocido como “la cuestión del sacristán”, iniciado a través de un recurso de fuerza) merced a la acción de amparo ejercida por el Rvdo. Cristián Precht Bañados, que fue acogida por la Corte Suprema (sentencia de 6 de septiembre de 2018, rol núm. 21.992-18).

⁵⁰ La terminología de artículo 50, núm. 2° COT no coincide de forma exacta con el Código de Derecho Canónico en actual vigor. Los dos últimos cargos ahí mencionados han cambiado de nombre: el provisor corresponde al vicario judicial, mientras que el vicario capitular equivale al administrador diocesano que encarga de una diócesis en caso de sede vacante. Las referencias del texto corresponden a los cánones aplicables a estos nuevos cargos.

⁵¹ Por ejemplo, esa es la denominación que se usa en la consulta de causas del Poder Judicial (<http://www.pjud.cl/>).

Como se sigue de su lectura, el artículo 50, núm. 2° COT exige un requisito alternativo para que las causas civiles (entendiendo por tales las propias de la competencia ordinaria de los jueces de letras conforme al artículo 45 COT) sean conocidas por un ministro de fuero: que en ellas (i) sea parte o (ii) tenga interés algunas de las personas que ejercen los cargos expresamente mencionados en la referida norma⁵². Ambos requisitos poseen una significación procesal concreta.

Parte es la persona física o jurídica que interviene en un proceso judicial, sea como demandante o como demandada⁵³. Su determinación queda fijada por la persona que demanda y contra la cual se demanda (artículos 254 y 309 CPC)⁵⁴. Para que el asunto deba ser conocido por un ministro de fuero, basta que una de ellas ostente la calidad señalada en la ley, pues este elemento prevalece sobre los demás que concurren para determinar la competencia absoluta⁵⁵. Ahora bien, si la persona concluye en el servicio del cargo que le confería el fuero, tal hecho no altera la actuación del juez natural merced al principio de la *perpetuatio iurisdictionis*⁵⁶. Esto significa que el ministro de fuero debe seguir conociendo del asunto hasta su conclusión (artículo 109 COT), sin importar que el litigante originalmente aforado ya no lo sea.

Más arduo de delimitar es el segundo caso mencionado en el artículo 50, núm. 2° COT, que consiste en que una persona tenga interés en la causa civil de la que se trata⁵⁷. Este supuesto debe ser interpretado en el contexto procesal que le es propio, vale decir, desde las normas del propio Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Civil (artículo 22 II CC). A partir del alcance dado en dichos códigos al concepto de interés, cabe esbozar dos posibles interpretaciones.

La primera de ellas implica que la referencia al interés se conecta con la intervención como tercerista de algunas de las personas listadas en el artículo 50, núm. 2° COT. Para el Código de Procedimiento Civil, la intervención voluntaria de terceros en un proceso declarativo exige el cumplimiento de dos supuestos: (i) la existencia de un proceso pendiente y (ii) que se justifique su ingreso por ser titular de un interés jurídico comprometido en el juicio⁵⁸. El código considera que hay interés cuando está involucrado un derecho y no una mera expectativa, salvo que la ley autorice especialmente la intervención fuera de estos casos (artículo 23 II CPC)⁵⁹. Desde el punto de vista procesal, tal interés surge cuando se verifica aquella circunstancia que lleva al tercero a concluir que la satisfacción de su posi-

⁵² La redacción alternativa entre “ser parte” y “tener interés” aparece también en los artículos 45, núm. 2°, letra g), 196, núm. 18, 199 II, 483, 485 y 490 COT.

⁵³ MUÑOZ (2016), p. 1173.

⁵⁴ ROMERO (2014), p. 177.

⁵⁵ SÁEZ (2015), p. 539.

⁵⁶ ROMERO (2014), p. 99.

⁵⁷ Hay que tener en cuenta que hasta la Ley 19.665 el artículo 50, núm. 2° COT se refería por igual a las causas civiles y criminales. Dicha ley adecuó el Código Orgánico de Tribunales al Código Procesal Penal, eliminando la figura del ministro de fuero en esa sede. La cuestión del interés también se daba en ese ámbito. Véase LETELIER (2002), pp. 167-174.

⁵⁸ ROMERO (2014), p. 192.

⁵⁹ La distinción se emplea también en el artículo 7° de la Ley de 7 de octubre de 1861 sobre efecto retroactivo de las leyes, según el cual “[l]as meras expectativas no forman derecho”, aunque ahí el criterio atiende a la perfec-

ción amparada por el derecho no puede conseguirse sino a través de la intervención de un juez⁶⁰. De esta manera, es la existencia y configuración de ese interés en obrar en el proceso el hecho que determina la comparecencia de un tercero como coadyuvante, independiente o excluyente según la compatibilidad de su pretensión con aquella que funda la posición jurídica de alguna de las partes directas, como son el demandante y el demandado (artículos 254 y 309 CPC). Dicho interés debe ser ciertamente personal (artículos 483 y 485 COT) y actual (artículo 23 II CPC), lo que implica que a la persona en cuestión le afecten las resultas del juicio⁶¹. Conforme con esta línea argumental, entender que el interés de la persona revestida en dignidad puede ser de índole moral o indirecta conlleva que la regla de atribución de competencia carezca de sentido. Si no hay posibilidad al menos contingente de que dicha persona participe en el juicio, no se justifica que su substanciación se siga ante un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, porque este interviene a favor de la parte contraria para asegurar la imparcialidad de la decisión del asunto. De lo contrario se llegaría al absurdo, por ejemplo, de que cualquier juicio contra el Estado debería seguirse ante un ministro de fuero porque está comprometido en último término el interés del presidente de la República en razón de su cargo (artículo 24 CPR).

Ahora bien, será la opción del demandante la que fije irrevocablemente el tribunal que conocerá del asunto, pues la existencia de una causa sobreviniente (como es en este caso la efectiva intervención como tercerista de algunas de las personas mencionadas en el artículo 50, núm. 2° COT) no altera la competencia ya radicada (artículo 109 COT), sin perjuicio de la posibilidad del demandado de alegar la incompetencia absoluta como excepción dilatoria (artículo 303, núm. 1° CPC) o como incidente de nulidad procesal (artículo 83 II CPC)⁶². La razón de esta doble posibilidad es que se trata de una protección de orden público que se concede en resguardo de los intereses de la parte que litiga contra aquel que goza de fuero y, por tanto, no puede ser renunciada ni prorrogada⁶³. De ahí que, si alguien revestido en dignidad comparece como tercero en una causa civil ya en conocimiento de un juez de letras, su intervención suponga la aceptación de lo previamente obrado y la continuación del juicio en el estado en que se encuentre (artículos 22 y 23 CPC). Esto se debe a que la intervención a través de una tercería se caracteriza porque alguien defiende en juicio un derecho que dice corresponderle, sin que se modifique con ello la situación originaria de las partes directas del proceso⁶⁴.

Sin embargo, esta primera interpretación se enfrenta con la dificultad que tendrían las partes para demostrar que en la causa no tiene interés alguna de las personas que ocu-

ción y efectos de un acto en el tiempo: el derecho adquirido supone necesidad, mientras que las meras expectativas indican solo contingencia. Cfr. PESCIO (1978a), pp. 336-341.

⁶⁰ LETELIER (2002), p. 172.

⁶¹ En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que el término “derecho” que emplea artículo 21 CPC debe ser entendido como el poder obrar en satisfacción de los propios intereses garantizados por la ley. Véase *FISCO CON RICARDO CORTE P. Y OTROS* (1953).

⁶² ROMERO (2014), pp. 98-99.

⁶³ ALESSANDRI (1948), p. 76.

⁶⁴ RODRÍGUEZ (1987), I, p. 171.

pan los cargos expresamente mencionados en el artículo 50, núm. 2° COT, pues dicha carga supondría hacer un examen prospectivo sobre su probable intervención casi imposible de llevar a la práctica. Además, la competencia se determina a partir de hechos relacionados con las partes, por lo que no se vislumbra que la intervención de terceristas pueda significar una radicación diversa del tribunal llamado a conocer del asunto. De lo contrario, el peso procesal de los terceros sería superior de que aquel que corresponde a las partes, que son quienes plantean los términos de la discusión que el juez debe resolver (artículos 158 II, 160, 170, núm. 6° y 768, núm. 4° CPC). Estos inconvenientes existen incluso en el caso de litisconsorcio forzado del artículo 21 CPC, pues en ese supuesto es solo el demandado el que puede solicitar al tribunal que la demanda sea puesta en conocimiento de aquella persona a quien también podría corresponderle la misma acción para que declare si se adhiere o no a ella. La situación inversa no está contemplada, en cambio, en el Código de Procedimiento Civil⁶⁵. Pensar que el artículo 50, núm. 2° COT se refiere a este caso implica asumir que el demandante debe hacer un juicio hipotético antes de demandar para vislumbrar si su acción también corresponde a otras personas que gozarían de fuero, de manera de presentar la demanda ante un ministro de la respectiva Corte de Apelaciones en previsión de que el demandado decida ejercer la facultad de emplazar a dichas personas conforme al artículo 21 CPC.

Pero existe todavía una segunda interpretación proveniente de la historia legislativa del actual artículo 50, núm. 2° COT (artículo 19 II CC). El origen de esta norma se encuentra en el artículo 67, núm. 3° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1875), aunque su redacción presentaba ahí dos diferencias: el conocimiento del asunto (fuese civil o criminal) se atribuía a la Corte de Apelaciones respectiva y no existía referencia a la excepción relativa a las sociedades anónimas. La radicación del conocimiento de esta clase de asuntos en un solo ministro como tribunal de primera instancia fue obra del artículo 4° del Código de Procedimiento Civil (1902), mientras que la precisión sobre las sociedades anónimas proviene del Código Orgánico de Tribunales (1943). Fuera de esa norma existía otra diferencia con el código actual, que sirve para explicar la partícula que aquí se analiza (“[d]e las causas civiles en que [...] tenga interés [...]”). En la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales no había un equivalente al artículo 133 COT, que suprime el fuero personal en algunos negocios judiciales. Esta norma señala que no se tomará en cuenta el fuero de que gocen las partes en los juicios de minas, posesorios, sobre distribución de aguas, particiones, sumarios y en los demás que determinen las leyes, así como tampoco el que tengan los acreedores en el procedimiento concursal de liquidación ni el de los interesados en los asuntos no contenciosos. Esta última referencia es coincidente con el artículo 827 CPC, que señala que en esta clase de negocios no se tendrá en consideración el fuero personal de los interesados. Pero la situación no era así en el período que media entre la mentada Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, pues en ella el fuero sí tenía relevancia y determinaba que el asunto, fuese o no contencioso, se conociese en primera instancia por un juez de letras (artículo 37, núm. 1°) o por la Corte de Apelaciones respectiva (artículo 67, núm. 3°) según el cargo

⁶⁵ ROMERO (2014), p. 205.

que ejerciese la persona que actuaba como parte o interesado. De este modo, decir “el que tiene interés en un asunto” es lo mismo que identificarlo como interesado, que es la forma usual de mentar al solicitante de una gestión voluntaria o no contenciosa (artículos 133, 134 y 366 COT)⁶⁶.

De esto se sigue que la redacción del artículo 50, núm. 2 COT distingue en realidad las dos posibilidades de intervención directa en un negocio judicial: como parte cuando se trata de un asunto contencioso y como interesado cuando se está ante una gestión voluntaria. En este último caso, la protección que confiere el fuero igualmente conserva su sentido, aunque inicialmente no haya más que un interesado que presenta su solicitud ante un tribunal. Esto se debe a que en esta clase de negocios judiciales se admite la intervención de terceros, quienes adoptan el nombre de “legítimo contradictor” (artículo 823 CPC). Dicha intervención debe ser calificada por el tribunal de acuerdo al derecho invocado por el interviniente, para ponderar si corresponde o no su oposición en el trámite del cual se trata. Si la acepta, el asunto se transformará en contencioso y se sujetará a las reglas del juicio que corresponda; pero si la rechaza de plano, habrá de dictar resolución sobre el asunto sometido a su conocimiento (artículo 823 CPC)⁶⁷.

Como fuere, el problema de esta segunda interpretación estriba en que tal sentido se explicaba en el contexto de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, donde el fuero personal era un factor determinante de la competencia tanto en los asuntos contenciosos como no contenciosos, pero no desde que el Código de Procedimiento Civil (artículo 827) y el Código Orgánico de Tribunales (artículo 133) suprimieron el fuero en esta segunda clase de negocios judiciales. En la actualidad, el fuero solo es relevante para los juicios civiles y ni siquiera para todos ellos, porque el citado artículo 133 COT también excluye algunos en razón de la naturaleza de la discusión. Cuando se redactó el Código Orgánico de Tribunales muchas normas fueron tomadas de la precedente Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, que presentaba una estructura muy semejante. En algunos casos se hicieron ciertos retoques impuestos por los cambios introducidos en el sistema procesal entre 1874 y 1943 y las dificultades hermenéuticas fueron superadas⁶⁸. Pero no fue eso lo que ocurrió con el artículo 50, núm. 2° COT, ni tampoco con el artículo 45, núm. 2°, letra g) COT (que contempla el llamado “fuero menor”), y el problema se agravó con las modificaciones posteriores añadidas para agregar cargos beneficiados con el fuero personal⁶⁹. En ambas normas se conservó la redacción alternativa de ser parte y tener interés alguno de los titulares de los cargos que gozan de fuero, pese a que este privilegio había

⁶⁶ GUZMÁN (1966), I, p. 292.

⁶⁷ Por el contrario, los terceros procesalmente extraños a la gestión no contenciosa disponen, para atacar una sentencia que amaga sus derechos, de la oposición o del juicio contradictorio posterior, según el estado en que se encuentra al asunto. Véase *ELSA ZAPATA SEPÚLVEDA* (1976) y *CASARINO* (1997), pp. 290-292.

⁶⁸ El *Mensaje del Código Orgánico de Tribunales* señala: “En el nuevo texto se ha conservado, en general, la estructura de la actual ley de tribunales, y para dar un orden lógico a sus preceptos y a las numerosas disposiciones que la han modificado y complementado, se han agrupado por materias. En esta forma el proyecto gana mucho en claridad y se facilita su consulta y aplicación” (§ 5).

⁶⁹ Los artículos 45, núm. 2°, letra g) y 50, núm. 2° COT tienen una zona de convergencia en la persona de los comandantes en jefe del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea y del director general de Carabineros. La diferencia reside en que la primera norma ordena conocer en dos instancias las causas de menor cuantía donde ellos

desaparecido ya con el Código de Procedimiento Civil para los actos judiciales no contenciosos. La redacción correcta para ellas suponía, por tanto, haber aludido solo a ser parte alguna de las personas que expresamente se mencionaban, quitando la perturbadora alusión al hecho de que ellas tuviesen interés en el asunto, el cual podía ser entendido tanto en el sentido más razonable (como sinónimo de interesado en una gestión voluntaria) como en aquel previamente expuesto relativo a la intervención de un tercerista en un juicio ya iniciado y que acaba imponiendo una verdadera carga diabólica al demandante no revestido de dignidad⁷⁰.

Pues bien, la radicación del asunto en un ministro de Corte de Apelaciones como juez natural de primera instancia solo puede recibir aplicación cuando las personas mencionadas en el artículo 50, núm. 2° COT son personalmente partes del juicio como demandantes o demandados, pero no cuando actúan como representantes de determinada entidad, incluso si se trata de aquella que explica el oficio que les confiere la dignidad en que se funda el fuero⁷¹. La razón es que este último es siempre personal y no comunicable, dado que busca proteger a la parte contraria para asegurar el debido proceso y, especialmente, la imparcialidad en el juzgamiento⁷².

En el caso que aquí se ha comentado, la condena ha recaído sobre el Arzobispado de Santiago y no sobre la persona de su arzobispo, por lo que aquél mal puede gozar de fuero en calidad de demandado si tal es de carácter estrictamente personal y no comunicable⁷³. Tampoco parece razonable entender que el entonces arzobispo de Santiago (el cardenal Ricardo Ezzati Andrello) tuviese un interés en la causa bajo análisis, puesto que él no fue demandado y solo ostentaba temporalmente el cuidado pastoral de la diócesis a cuyo servicio se ordenaba la potestad de régimen de que gozaba (cánones 381 y 401 CIC)⁷⁴. Bien podría haber sido demandado a título personal sobre la base del artículo 2317 CC, sobre todo por la configuración de la causa de pedir expuesta en la demanda (encubrimiento frente a las denuncias de los hechos lesivos causados por el Rvdo. Fernando Karadima Fariña), pero esta última no fue planteada en tales términos. Pero hay más, pues habitualmente los obispos ni siquiera tienen la representación judicial de sus diócesis, la cual se confía a algún funcionario inferior de su curia (generalmente, un laico). Es cierto que aquél goza de un poder de representación pleno (canon 393 CIC), pero este puede ser delegado (canon 137 CIC) y esa delegación hace que ella corresponda en propiedad a esa persona y no al obispo

sean parte, mientras que la segunda atribuye a un ministro de Corte de Apelaciones la substanciación en primera instancia de las causas de mayor cuantía que, por regla general, son de competencia de los jueces de letras.

⁷⁰ Véase ya en este sentido RISOPATRÓN (1900), p. 33.

⁷¹ Véase *MUNICIPALIDAD DE NINHUE* (1947), *BANCO DEL DESARROLLO CON FUENZALIDA* (2003) y *ANTELO CON ARZOBISPADO DE SANTIAGO Y OTRO* (2017).

⁷² COLOMBO (2004), pp. 186-187.

⁷³ RISOPATRÓN (1900), p. 87.

⁷⁴ El cardenal Ricardo Ezzati cumplió 75 años el 7 de enero de 2017 y presentó su renuncia al cargo por encontrarse en el supuesto previsto en el canon 401, § 1 CIC. Ella fue aceptada por el papa Francisco el 23 de marzo de 2019, quien designó a monseñor Celestino Aós Braco O.F.M. Cap., hasta entonces obispo de Copiapó, como administrador apostólico de la Arquidiócesis de Santiago.

(canon 1480 CIC), con lo cual desaparece el factor de conexión que permite recurrir a un tribunal especial por razón de fuero.

En otras palabras, la culpa organizacional (considerando 45° del fallo de segunda instancia) se debe predicar de la estructura jurídica a la que sirve quien ha causado el ilícito civil, como es la diócesis en tanto persona jurídica, y nunca respecto del obispo en cuanto tal⁷⁵, lo cual se ve refrendado por la innovación que ha supuesto la Ley 20.393 al atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas respecto de ciertos delitos. Es evidente que, si concurren los requisitos propios de la responsabilidad civil, una persona jurídica eclesial debe responder como lo haría cualquier persona, cuestión que incluso es reconocida por el propio derecho de la Iglesia Católica (canon 128 CIC). Lo que no puede ocurrir es que se haga esa imputación respecto de una inexistente “Iglesia Católica de Chile” (considerandos 26° y 27° del fallo de segundo grado), porque ella no tiene entidad jurídica como tal ni a la luz del derecho canónico ni del derecho secular⁷⁶. Dicha denominación solo podría mentar al conjunto de católicos que residen dentro de las fronteras que delimitan el territorio de la República, y no puede tener más que una función estadística, como ocurre con los censos de población o las encuestas. Desde el punto de vista jurídico, la Iglesia Católica se divide en tantas personas jurídicas como divisiones territoriales o funcionales existan dentro del país, cada una de las cuales goza de autonomía y constituye un sujeto de derecho diferenciado de acuerdo con el artículo 547 II CC, correspondiéndoles los atributos que siguen a dicha personalidad (nombre, capacidad, domicilio, nacionalidad y patrimonio)⁷⁷.

De esto se sigue, en suma, que la Iglesia Católica es una persona que puede y debe ser demandada ante los juzgados de letras por aplicación de la regla general del artículo 45 COT. Para determinar cuál de ellos será competente, habrá que estar al criterio señalado por el artículo 142 COT, vale decir, la demanda debe ser presentada ante el juez del lugar donde tenga su asiento la diócesis de que se trata. No consiste, entonces, en abatir los bastiones que privilegiarían a la Iglesia Católica, porque ellos simplemente no existen en lo que atañe a la cuestión abordada en estas notas⁷⁸. El fuero mayor solo alcanza a “los Arzobispos, los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores y los Vicarios Capitulares” (artículo 50, núm. 2° COT) cuando son las personas que sirven esos cargos quienes comparecen en juicio como demandantes o demandados, y no cuando lo hacen merced a una representación institucional, la cual solo existe, por lo demás, respecto de alguno de ellos. Un ejemplo de esta distinción entre lo que podríamos llamar el “oficio” y el “funcionario” fue lo ocurrido en el juicio “Antelo con Arzobispado de Santiago y otro” (rol núm. 14.615-2015), donde la ministra de fuero doña Marisol Rojas Moya acogió la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Monasterio de las Clarisas Capuchinas de la Santísima Trinidad y declinó seguir conociendo del asunto al no verificarse en la especie el supuesto de

⁷⁵ Con una perspectiva general, la cuestión fue sistematizada por ZELAYA (1986), pp. 525-539.

⁷⁶ Véase las notas 19 y 22.

⁷⁷ Véase *supra*, III.

⁷⁸ *Abatir los bastiones (Schleifung der Bastionen)* es el título de un ensayo publicado en 1952 por el teólogo Hans Urs von Baltazar (1905-1988), donde sostiene que la Iglesia Católica tiene que salir de su gueto histórico y allanar las murallas que la separan del mundo a través de esa apertura a la que ya se había referido Henri de Lubac (1986-1991).

hecho del fuero mayor: el otro demandando era el Arzobispado de Santiago y no la persona que servía el encargo pastoral de esa iglesia particular como obispo⁷⁹.

V. CONCLUSIONES

Estas notas han tenido por propósito demostrar que la Iglesia Católica carece de una suerte de jurisdicción especial que justifique que las causas civiles donde intervenga alguna de sus divisiones territoriales o funcionales se substancien ante un ministro de Corte de Apelaciones como juez de primera instancia. El fuero privilegiado al que alude el artículo 50, núm. 2° COT, –como asimismo aquel al que se refiere el artículo 45, núm. 2°, letra g) COT– es de carácter estrictamente personal y atañe a las causas donde son demandados los arzobispos y obispos directamente, pero no cuando actúan en representación de su Iglesia local, la cual está confiada generalmente a un laico por delegación. El Código Civil configuró un sistema simple de reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia Católica, pero este no implica una sustracción de ella respecto de las reglas generales, como tampoco eso acaece por las particulares estructuras de representación que establezca internamente una sociedad comercial. Lo único que el código hace es dar aplicación al derecho canónico como disciplina propia de la Iglesia Católica, función que en las otras personas jurídicas mencionadas en el artículo 547 II CC desempeñan sus leyes especiales (principalmente de carácter dispositivo cuando se trata de “sociedades industriales”) y, sobre todo, sus estatutos. Así pues, el tribunal competente para demandar a una diócesis es el juzgado de letras que corresponda de acuerdo a la distribución territorial de causas, dado que el fuero privilegiado de que goza el obispo no se comunica a la persona jurídica a la cual se sirve como titular y solo protege a la parte que litigue directa y personalmente contra él.

El punto no deja de ser relevante, pues dejando fuera las demás cuestiones de fondo discutidas, la razón que llevó al rechazo en primera instancia de la demanda intentada en la causa que se ha comentado provenía de la inexistencia de la persona jurídica demandada, vale decir, de la “Iglesia Católica de Chile”. De ahí que el primer punto que el fallo de segundo grado se aboque a despejar sea precisamente, “[p]or un lado, lo que ha de entenderse como Iglesia Católica chilena y, por otro, la forma cómo esta Iglesia Católica chilena o en Chile es representada en el mundo jurídico secular” (considerando 23°), para concluir que ella sí existe (considerandos 24° y 25°) y tiene reconocimiento de acuerdo con el derecho interno (considerando 26°), por lo que debe responder (considerando 27°). Por el contrario, lo que aquí se ha querido demostrar es que cada estructura territorial o funcional en que se divide la Iglesia Católica cuenta con una personalidad diferenciada, incluida las parroquias, de suerte que la responsabilidad de la diócesis, sea por su hecho propio, sea por el hecho de los sacerdotes que pertenecen a su presbiterio, se configura solo respecto de ella y no de otras iglesias particulares del país. Esta diferencia entre personas jurídicas también se da en el ámbito de las sociedades con cada una de las filiales y coligadas que pertenecen a un mismo grupo empresarial. Por esa razón, no se puede establecer sin más la responsabilidad del controlador por el hecho ilícito cometido por alguna de las sociedades en que

⁷⁹ *Antelo con Arzobispado de Santiago y otro* (2017).

participa, y se ha de aplicar la teoría del levantamiento del velo si concurren sus supuestos específicos, en especial si ha existido simulación, abuso del derecho o fraude, para llegar hasta él. El expediente técnico de la personalidad diferenciada, conectado con el principio de radical separación entre entidad y miembro, impide que así sea y este debe ser respetado en la medida que esa personalidad no sea instrumentalizada con fines torcidos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALDE SILVA, Jaime (2015): “Notas sobre el concepto de persona jurídica sin fines de lucro a propósito de la Ley 20.845, sobre inclusión escolar”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25: pp. 315-333.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Fernando (1948): *Derecho procesal*, tomo I (Santiago, Editorial Universitaria).
- ARRIETA OCHOA DE CHINCHETRU, Juan Ignacio (2012): “Circunscripción eclesiástica”, en OTADUY, Ignacio; VIANA, Antonio y SEDANO, Joaquín (coords.), *Diccionario general de Derecho canónico*, tomo II (Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi), pp. 95-100.
- ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA, Anastasía (2015): “El sistema de reconocimiento civil de los entes eclesiásticos de la auto-organización de la Iglesia Católica en Chile, con especial referencia a la Prelatura Personal del Opus Dei”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 44: pp. 559-590.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CASARINO VITERBO, Mario (1997): *Manual de Derecho procesal. Derecho procesal civil*, tomo VI (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).
- CLARO SOLAR, Luis (1927): *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, tomo V (Santiago, Imprenta Cervantes).
- COLOMBO CAMPBELL, Juan (2004): *La competencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018a): *Curso de Derecho civil. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018b): “Sobre la inexistencia de una ‘Iglesia Católica chilena’ como persona jurídica en el Derecho canónico y en el civil”, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *Libro de amigos dedicado al profesor Carlos Salinas* (Santiago Thomson Reuters), pp. 155-172.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1984): *La persona jurídica* (Madrid, Civitas, segunda edición).
- DEL PICÓ RUBIO, Jorge (2010): *Régimen legal de las iglesias y otras entidades religiosas* (Santiago, Thomson Reuters).
- DOMÍNGUEZ HILDALGO, Carmen (2005): “La responsabilidad civil en materia de daños causados por un clérigo en el derecho chileno: líneas de reflexión”, *Anales de Derecho UC 5. Actas del IV Coloquio Latinoamericano de Libertad Religiosa*: pp. 159-171.

- D'ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro (1987): “Los sagrados cánones, entre el misterio y el derecho”, *Verbo*, N° 255-256: pp. 511-521.
- D'ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro (1988): “Iglesia universal e iglesia particular”, *Verbo*, N° 261-262: pp. 113-124.
- D'ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro (1999): “Concilio, Código, Catecismo. A propósito de un nuevo libro de José Orlandis”, *Verbo*, N° 371-372: pp. 153-176.
- ESCRICHE Y MARTÍN, Joaquín (1852): *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, (París, Rosa Bouret y Cía, nueva edición).
- GUZMÁN DE LUIGI, Juan Andrés; VILLARRUBIA SBURLATTI, Gustavo y GONZÁLEZ MUJICA, Mónica (2011): *Los secretos del imperio de Karadima* (Santiago, UDP/Catalonia).
- GUZMÁN SANTA CRUZ, Roberto (1966): *Repertorio de conceptos de Derecho procesal civil*, tomo I (Santiago, Carlos Gibbs).
- LE TOURNEAU, Dominique (1997): “Canon 265”, en MARZOA, Ángel; MIRAS, Jorge y RODRÍGUEZ-OCAÑA, Rafael (coords.), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, Tomo II/1 (Pamplona, EUNSA, segunda edición), pp. 297-301.
- LETÉLIER AGUILAR, Cristián (2002): “Ministros de fuero y acciones judiciales de parlamentarios: una interpretación sobre el artículo 50 núm. 2° del Código Orgánico de Tribunales”, *Ius Publicum*, vol. 9: pp. 167-174.
- LYON PUELMA, Alberto (2002): *Personas jurídicas* (Santiago, Ediciones UC).
- MÖNCKBERG PARDO, María Olivia (2011): *Karadima. El señor de los infiernos* (Santiago, Random House/Mondadori).
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2016): *Diccionario del español jurídico* (Barcelona, Espasa Calpe).
- PESCIO VARGAS, Victorio (1978a): *Manual de Derecho civil*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PESCIO VARGAS, Victorio (1978b): *Manual de Derecho civil*, tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PIMPSTEIN SCROGGIE, María Elena (2005): “Responsabilidad civil de [la] Iglesia por delitos cometidos por clérigos en Chile”, *Anales de Derecho UC 5. Actas del IV Coloquio Latinoamericano de Libertad Religiosa*: pp. 173-179.
- RISOPATRÓN ARGOMEDO, Carlos (1900): *Ley de organización y atribución de los tribunales de Chile y comentarios con el objeto de hacer más ordenado su estudio* (Santiago, Imprenta Barcelona).
- RODRÍGUEZ GARCÉS, Sergio (1987): *Tratado de las tercerías*, tomo I (Santiago, Ediciones Vitacura, tercera edición).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2014): *Curso de Derecho procesal civil*, tomo II (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- SÁEZ MARTIN, Jorge (2015): “Los elementos de la competencia jurisdiccional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 1: pp. 529-570.
- SALINAS ARANEDA, Carlos (2004): *Lecciones de Derecho eclesiástico del Estado de Chile*, (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

- SALINAS ARANEDA, Carlos (2009): “El derecho eclesiástico del Estado de Chile al tiempo del Bicentenario: logros y dificultades”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII: pp. 499-533.
- SALINAS ARANEDA, Carlos (2015): “Informe de don Arturo Alessandri Rodríguez acerca de la personalidad jurídica del Arzobispado de Santiago después de la separación entre el Estado y la Iglesia operada por la Constitución Política de 1925. Introducción, texto y notas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXXVII: pp. 523-542.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés (2005): “La responsabilidad civil del obispo por el hecho de sus clérigos”, en VARAS BRAUN, Juan Andrés Y TURNER SAELZER, Susan (eds.), *Estudios de Derecho civil* (Santiago, LexisNexis), pp. 673-702.
- VARAS BRAUN, Juan Andrés (2005): “Sentencia sobre responsabilidad civil del obispo por los hechos de sus clérigos (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 18, N° 1: pp. 241-254.
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (1991): *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*, (Santiago, Ediar-Conosur, quinta edición).
- VON VON BALTAZAR, Hans Urs (1952): *Schleifung der Bastionen. Von der Kirche in dieser Zeit* (Einsiedeln, Johannes Verlag).
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro (1986): “Sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, N° 3: pp. 525-539.

INSTRUMENTOS ECLESIASTICOS CITADOS

- CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA (1997).
- CATECISMO DE SAN PÍO X (1905).
- CONCILIO VATICANO II (1964): *Constitución dogmática sobre la Iglesia Lumen Gentium*.
- CONFERENCIA EPISCOPAL DE CHILE (2006): *Legislación complementaria al Código de Derecho Canónico* (Santiago, Librería Pastoral, cuarta edición).
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE (2010): *Carta Iuvenescit Ecclesia a los obispos de la Iglesia Católica sobre la relación entre los dones jerárquicos y carismáticos para la vida y misión de la Iglesia*.
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE (1992): *Carta a los obispos de la Iglesia Católica sobre algunos aspectos de la Iglesia considerada como comunión*.
- JUAN PABLO II (1983): *Constitución apostólica Sacrae Disciplinae Leges para la promulgación del nuevo Código de Derecho Canónico*.

JURISPRUDENCIA CITADA

- ANTELO CON ARZOBISPADO DE SANTIAGO Y OTRO (2017): ministra de fuero doña Marisol Rojas Moya, 4 de mayo de 2017 (juicio ordinario de indemnización de perjuicios, excepción dilatoria de incompetencia), no publicada (rol núm. 14.615-2016).

BANCO DEL DESARROLLO CON FUENZALIDA (2003): Corte Suprema, 3 de junio de 2003 (juicio ejecutivo de desposeimiento, casación de oficio), *Westlaw* núm. identificador CL/JUR/162/2003 = CL/JUR/4284/2003.

ELSA ZAPATA SEPÚLVEDA (1976): Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de junio de 1976 (asunto no contencioso, recurso de revocación), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 73 (1976), sec. 2ª, pp. 84-87.

FISCO CON RICARDO CORTE P. Y OTROS (1953): Corte Suprema, 13 de marzo de 1953 (recurso de casación en el fondo), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 50 (1953), sección 1ª, pp. 82-90.

MUNICIPALIDAD DE NINHUE (1947): Corte de Apelaciones de Chillán, 10 de diciembre de 1947 (denuncia contra el secretario), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 45 (1948), sección 2ª, pp. 67-69.

