ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XXIV, N.° 48 – julio 2023

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

Actualidad Jurídica
es una publicación semestral de la Facultad de Derecho
de la Universidad del Desarrollo

ISSN 0717-5914

Director
Gonzalo Rioseco Martínez

Secretario de Redacción
José Riquelme González

Asistente de Redacción
Gabriela Rodríguez Stehn

Consejo Editorial

Hugo Rosende Álvarez
Jorge Ogalde Muñoz
Bruno Caprile Biermann
Sergio Verdugo Ramírez
José Manuel Díaz de Valdés Julia
Julio Alvear Téllez
Camila Boettiger Philipps
Cecilia Alcalde Prieto
Raúl Campusano Droguett
Eduardo Andrades Rivas

Representante Legal
Federico Valdés Lafontaine

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista, así como sus referencias bibliográficas

Ediciones Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo,
Las Condes. Santiago de Chile

Impresión
Versión, Producciones Gráficas Limitada

ÍNDICE DE CONTENIDOS

- Presentación 7
- Del amor por Chile y del sentido de la vida. Clase inaugural año académico 2023, Concepción y Santiago (Sergio Micco) 13

I. Tema central: el orden económico internacional y su impacto para Chile. Cuestionamientos y desafíos

- Objetivos, compromisos y políticas comerciales ambientales del acuerdo amplio y progresista de asociación transpacífico CPTPP (Raúl Campusano) 35
- Solución de controversias ambientales en el CPTPP (Cristián Delpiano y Camilo Cornejo 57
- La transformación de los tratados de comercio internacional y la irrupción de nuevas temáticas (Andrés Culagovski) 89
- ¿Prohibir o no prohibir? La UE y el intento de impedir la existencia del *double-hatting* en el arbitraje de inversiones para dotarlo de legitimidad (Nicolás Vasallo) 113
- Principales disposiciones del capítulo 8 de inversiones del Acuerdo de Libre Comercio Brasil-Chile: novedades y desafíos (Ivette Esis) 139
- Pérdidas y desperdicio de alimentos: un problema de derechos humanos y de alto impacto ambiental (Farid Seleme) 159
- El régimen de cumplimiento e implementación del Acuerdo de París (Eduardo Silva) 187
- Relaves y catástrofes climáticas: temas asociados a la inversión extranjera (Pía Moscoso) 211
- Derechos humanos y empresas: especial referencia a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso Vera Rojas y otros vs. Chile (María Rossel) 243
- Identidad digital: una herramienta fundamental en el nuevo orden internacional (Francisca Labbé) 263

II. Misceláneos

- Alcances del concepto de "no deliberantes" de las Fuerzas Armadas y Carabineros (Marisol Peña) 277
- Asistencia jurídica y objeción de conciencia (Gaspar Jenkins y Silvana Gatica) 303
- ¿El cometido constitucional de protección de la infraestructura crítica y resguardo de zonas fronterizas por parte de las Fuerzas Armadas: exégesis respecto a la reciente reforma constitucional (Sergio Cea y Claudio Herrera) 329
- El derecho a la identidad de género: ¿un derecho absoluto? Algunas consideraciones desde el derecho internacional público (Karl Müller) 353
- La reparación integral del daño en el derecho del consumo (Lilian San Martín) 373

- Del aprendizaje a la evaluación experiencial: el examen de grado con casos en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo (Carolina Devoto) 407
- Consecuencias de la infracción al numeral 4) del artículo 57 de la Ley n.° 18046 sobre Sociedades Anónimas (Matías Granic)..... 431
- Pensiones de alimentos y la falsa neutralidad de la norma (Carla Sáez)..... 463
- Derecho a la no autoincriminación en el sistema procesal penal chileno (Ximena Marcazzolo) 497
- Algunas diferencias entre el régimen legal de la nulidad procesal y la nulidad civil (Jaime Carrasco) 525
- La pandemia no exime al demandante del impulso procesal del procedimiento civil (Marcelo Alarcón y Andrés Eterovic)..... 559
- Enemistad, guerra y criminalización del enemigo en el *Glossarium* de Carl Schmitt (Lucas Noguera)..... 571

IV. Libros, resúmenes y recensiones

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.° 22, Universidad del Desarrollo, abril de 2023 603
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, n.º 50/marzo 2023..... 605

PRESENTACIÓN

La presente edición de nuestra revista *Actualidad Jurídica*, tiene como tema Central: "El orden económico internacional y su impacto para Chile. Cuestionamientos y desafíos".

Vivimos en un mundo globalizado, de relaciones interconectadas gracias a tecnologías que avanzan a un ritmo vertiginoso, desarrollando nuevas y asombrosas herramientas como la inteligencia artificial y potenciando vínculos entre naciones.

Lazos comerciales tales como el Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (conocido por sus siglas CPTPP), y todo esto en medio del desafío más importante de nuestros tiempos: el cambio climático (tal y como lo abordamos en nuestro número anterior). Por esto, hemos querido poner foco en aquello que tiene relación con el Orden Público Económico Internacional, para así, gracias al trabajo de diez abogados expertos en la materia, ofrecer a nuestra comunidad una mirada analítica de los nuevos acuerdos internacionales suscritos por Chile, de los potenciales alcances de la regulación de las inversiones y los arbitrajes que por controversias relacionadas a estas se puedan generar; de los desafíos ambientales unidos de forma indisoluble al desarrollo económico; de la actividad judicial foránea y de la identidad digital.

Todo esto que tiene impacto en Chile, en la patria a la que Sergio Micco invitó a nuestros estudiantes a amar en dos clases inaugurales dictadas con ocasión del inicio del año académico 2023, realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, en sus dos sedes.

Sus palabras conmovieron a la audiencia; sus reflexiones llenas de nuestra historia, homenajeando a quienes ayudaron a forjar nuestra independencia y el origen de nuestra república; invocando a nuestros poetas, como Gabriela Mistral y Pablo Neruda, para así inspirar a nuestros egresados y a quienes comienzan sus estudios en nuestra universidad. La invitación, que no cabe en pocas palabras, es a amar a nuestro país y es por esa misma razón, que hemos querido comenzar este número con sus palabras, que se encuentran relacionadas de forma estrecha con uno de los sellos de la Universidad del Desarrollo, la responsabilidad pública. Porque todos los esfuerzos académicos contenidos en esta revista y en las cuarenta y siete que la anteceden, son también una manifestación de afecto por Chile.

En particular, al momento de abordar los trabajos que nutren el Tema Central, comenzamos con Raúl Campusano, permanente colaborador de *Actualidad Jurídica* desde su inicio; en esta oportunidad, su artículo nos señala los

objetivos, compromisos y políticas comerciales ambientales del Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP). En su opinión experta, el tratado es notable por sus normas de protección y promoción ambiental, alineadas con el derecho internacional vigente, destacándose entre acuerdos comerciales con altos estándares ambientales.

Es también en este contexto que Cristián Delpiano analiza los mecanismos de resolución de disputas ambientales entre Estados previstos en el CPTPP, en el marco del derecho internacional y ambiental; sostiene que el CPTPP reconoce la relación dinámica entre ambiente y comercio, buscando un equilibrio beneficioso.

A su vez, Andrés Culagovski aborda estos asuntos desde una mirada más general, y en su trabajo señala que, tras la Segunda Guerra Mundial, los tratados de libre comercio han complementado el sistema de comercio global, inicialmente enfocados en aranceles y luego abarcando asuntos como derechos laborales y género y que, si bien, a menudo, estas temáticas se tratan cooperativamente sin obligaciones vinculantes, ya se pueden observar novedades tales como la imposición de sanciones comerciales, como aquellas contenidas en el Acuerdo CPTPP.

Por otra parte, Nicolás Vasallo nos plantea una interrogante relativa a si prohibir o no arbitrajes en determinadas circunstancias. Señala que la Unión Europea (UE) busca establecer una corte multilateral de inversiones para resolver disputas entre Estados e inversores, reemplazando el sistema actual. Luego, critica la falta de imparcialidad en el sistema hoy vigente, donde árbitros pueden ser juez y abogado simultáneamente (*double-hatting*).

Ivette Esis, se enfoca en asuntos comerciales entre Chile y Brasil. Señala que existe una relación comercial e inversora dinámica. Desarrolla la historia de los tratados con Brasil, con énfasis en el Tratado de Libre Comercio de 2018, vigente desde 2022, debido a las innovaciones que este supone, como, por ejemplo, la resolución preventiva de conflictos y responsabilidades para inversores extranjeros.

Farid Seleme aborda una temática interesante y atingente que no siempre se releva. En su artículo plantea que las pérdidas y desperdicios de alimentos (PDA) plantean desafíos éticos, ambientales, sociales y económicos al agotar recursos y liberar gases de efecto invernadero. Señala que los países están actuando desde 2015, alineados con la Agenda 2030 de la ONU, mediante acciones legislativas y políticas para reducir la PDA. Así, su trabajo explora instrumentos internacionales y la legislación en América Latina, destacando buenas prácticas para abordar esta cuestión con implicaciones en derechos humanos y ambiente.

A propósito del impacto ambiental, Eduardo Silva sostiene que existe una insuficiencia en las contribuciones actuales para cumplir los objetivos del

Acuerdo de París. Así, entonces, plantea dudas sobre su eficacia ante el cambio climático. Por lo mismo es que, según el autor, los mecanismos de rendición de cuentas y cumplimiento, a pesar de la falta de obligatoriedad en muchas disposiciones del Acuerdo, adquieren relevancia.

Pía Moscoso aborda en su artículo los obstáculos legales en la gestión de riesgos por desastres naturales, centrándose en términos como: amenaza, riesgo, vulnerabilidad, peligro y daño. Utiliza el caso de la gestión de relaves mineros para ilustrar los desafíos, dada la relevancia de esta industria y las lagunas en la definición y regulación de riesgos. Esto resalta la necesidad de claridad conceptual y marcos normativos.

Lorena Rossel, a su vez, examina en su trabajo el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocido como el caso Vera Rojas y otros vs. Chile. Dicha sentencia condenó a Chile por violar la Convención Americana en perjuicio de Martina Vera Rojas y su familia, señalando la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, especialmente en la provisión de derechos esenciales como la salud, como, asimismo, destacando la responsabilidad del Estado chileno en regular y supervisar estas empresas para evitar que se afecten tales derechos.

Para cerrar el Tema Central, Francisca Labbé nos habla de futuro, al exponer en su trabajo que los avances tecnológicos como la inteligencia artificial (IA) y los metaversos transforman lo real a virtual. Así, la identidad digital se convierte en una herramienta clave en la vida social, política y económica, planteando desafíos para Chile en el nuevo orden económico mundial.

Nuestra sección de artículos misceláneos comienza con el trabajo de la directora del Centro de Justicia Constitucional de nuestra Facultad, Marisol Peña, quien desarrolla el rasgo no deliberante de las Fuerzas Armadas y Carabineros, presente en textos constitucionales chilenos desde el siglo XIX, y cómo esta noción ha sido interpretada de manera variada. El artículo sugiere que esta característica debe relacionarse con la obediencia a la estructura institucional de la república y no a individuos o autoridades específicas, planteando que, de haber una futura Constitución, esta idea debe mantenerse.

También en materia constitucional, Gaspar Jenkins y Silvana Gatica escriben un trabajo que aborda la asistencia jurídica y la objeción de conciencia en la prestación de servicios jurídicos en Chile para abogados titulados o estudiantes en formación. En este, analizan los criterios para invocar dicha objeción, examinando la normativa relevante y proponiendo soluciones para situaciones donde se requiere cumplir requisitos legales o cargas profesionales.

Sergio Cea y Claudio Herrera publican un trabajo que tiene como objetivo describir y analizar la reciente reforma constitucional que autoriza al Presidente de la República a emplear las Fuerzas Armadas en la protección de la infraestructura crítica y en el resguardo de las zonas fronterizas.

Por otra parte, Karl Müller aborda en su trabajo el derecho a la identidad de género, planteando que, como cualquier derecho humano, tiene limitaciones. Después de examinar su reconocimiento en el derecho internacional, analiza restricciones actuales, particularmente en salud y en relación con la libertad de expresión, religión y educación, con el objetivo de enriquecer la discusión en torno a un tema crucial para el desarrollo personal.

En materias propias del derecho civil, Lilian San Martín escribe respecto de la reparación integral del daño y su contextualización en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC). Así, el artículo resalta lo que implica indemnizar todo el daño imputable al responsable y los límites legales que definen el daño resarcible. Señala que esto afecta la interpretación de la ley al incluir reglas de delimitación del daño en términos de previsibilidad y causalidad, excluyendo ciertos casos específicos.

La directora de carrera de la sede de Santiago de nuestra Universidad, y profesora de Derecho Civil, Carolina Devoto, invita al lector a adentrarse en la manera en que esta casa de estudios ha desarrollado un sistema innovador de enseñanza jurídica: el método de resolución de casos. Ya que este destaca para desarrollar diversas habilidades deseadas y pertinentes para abogados, se presenta la experiencia de evaluación en el examen de grado en Derecho Civil en la UDD durante el transcurso de los últimos años.

En aquello que respecta al derecho comercial, Matías Granic desarrolla las consecuencias de la infracción de normas particulares de la Ley de Sociedades Anónimas, Ley n.º 18046. Explica que la enajenación del 50 % o más del activo de una sociedad anónima requiere aprobación de la junta de accionistas con $^{2}/_{3}$ de los votos y que la sanción por omitir este requisito genera un debate que propone resolver. Plantea que la sanción coherente es la nulidad absoluta del acto de enajenación, con sus correspondientes consecuencias. Sin embargo, argumenta que en este caso se permita una excepción a esta sanción civil: que el vicio de nulidad pueda ser corregido mediante ratificación de la junta de accionistas.

En materia de derecho de familia, Carla Sáez analiza la regulación de las pensiones de alimentos y sostiene que una norma aparentemente igualitaria puede contener una falsa neutralidad que perjudica a quienes ejercen el derecho de alimentos. Por ello, señala, ante los nuevos paradigmas sociales, el derecho debe ser dinámico y equitativo, considerando efectos, contexto, cultura, género e infancia.

En cuanto al derecho penal, Ximena Marcazzolo aborda en su trabajo los problemas del derecho a la no autoincriminación en la ley chilena. Examina su relación con los derechos a la presunción de inocencia y a defensa, detallando el derecho a guardar silencio, a no juramentar y no ser prueba contra uno mismo. También discute debates doctrinales y jurisprudenciales, para termi-

nar abordando el tema de las pruebas ilícitas en relación al derecho a no autoincriminarse.

Respecto al derecho procesal, Jaime Carrasco desarrolla las diferencia entre el régimen legal de la nulidad procesal respecto de la nulidad civil, examinando las disparidades entre estas y explorando las disposiciones legales en el *Código de Procedimiento Civil* y el *Código Civil*.

En el mismo ámbito, Marcelo Alarcón y Andrés Eterovic señalan que la pandemia no exime al demandante del impulso procesal del procedimiento civil. Los autores señalan que, en el sistema procesal civil, las partes impulsan el proceso según el principio dispositivo, por lo tanto, la parte demandante lleva la carga de activar el proceso, y la inacción resulta en abandono. Si bien la pandemia generó leyes procesales excepcionales, estas no cambian el principio de disposición de las partes.

Cierra esta edición el trabajo de Lucas Noguera, quien en su artículo examina los temas de enemistad, guerra y la criminalización del enemigo en el *Glossarium* de Carl Schmitt. Para ello, analiza el tratamiento inicial del concepto de enemigo en lo que denomina "el concepto de lo político" para, luego, profundizar en estos. Su objetivo, según lo señala, es comprender cómo Carl Schmitt desarrolló y exploró estas ideas a lo largo del tiempo.

Podrá el lector abarcar diversas materias en nuestra sección miscelánea. Es dable que luego de estudiar los trabajos planteados en nuestro Tema Central, se logre comprender los alcances del Orden Público Económico Internacional en nuestro país.

Y sin lugar a dudas, será posible reflexionar sobre las palabras de Sergio Micco respecto de por qué querer a Chile a la hora de desarrollar nuestras vidas.

EL DIRECTOR

DEL AMOR POR CHILE Y DEL SENTIDO DE LA VIDA
Clase inaugural año académico 2023 Concepción y Santiago

Sergio Micco Aguayo[*]

Introducción

Cuando don Gonzalo Rioseco Martínez, vuestro decano, me pidió que dictase la clase inaugural del año académico 2023, me señaló que quería que hablase del amor por Chile y del compromiso de las universidades con la patria. La oportunidad del tema parecía evidente. Estamos, discurrimos con el Sr. decano, en medio de un proceso constituyente en el que hemos deliberado con pasión desbordada, a ratos con encono escandaloso y rabia insultantes, acerca de qué es Chile, de si somos una sola nación, de si nuestros emblemas patrios nos unen, de si nuestra historia nos enorgullece, de si podremos alcanzar el desarrollo. Hoy el debate vuelve. ¿No sería bueno reflexionarlo en las aulas de esta universidad? Acepté gustoso la invitación, aunque le aclaré que quería específicamente concentrarme en los jóvenes. Ya veremos por qué.

El amor a la patria es un tema central de la filosofía política y, en particular, del republicanismo cívico antiguo. Así, los custodios de la democracia ateniense y de la república de Roma, forjadora de la filosofía, el derecho y la política, que nos gobiernan hasta hoy, comprendían que en una buena medida la partida se jugaba en la entrega devota y apasionada a la patria. No se trata de ecos de un pasado muerto. En efecto, debiera ser cosa sabida, que el tener un fuerte sentido de identidad nacional es fundamental para el desarrollo de los Estados modernos. Admiración es lo que sienten quienes han estado el 4 de julio en Estados Unidos, el 14 de julio en Francia o en Berlín, un 3 de octubre, el día de la unidad alemana. Ese orgullo por lo propio, que incluye la autocrítica (a veces feroz) es consecuencia de su grandeza, pero también es causa y

[*] Sergio Micco Aguayo. Abogado. Máster en Ciencia Política. Doctor en Filosofía Política. Profesor asociado de la Facultad de Gobierno de la Universidad de Chile. Síntesis de las clases inaugurales del año académico 2023 realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, efectuadas los días 5 y 13 de abril en sus sedes de Concepción y Santiago.

motor de ella. Estos tres pueblos son hijos de la antigua cultura grecolatina; esa que nos enseñó a honrar la patria.

En la democracia ateniense y en la república de Roma, sus escritores y artistas, gobernantes y oradores, soldados, marinos y campesinos actuaban como si el destino de sus admirables ciudades dependiera de ellos, es decir, de servirlas y cuidarlas a tal punto que declararon que "Dulce y hermoso es morir por la patria" (Horacio). Para todos ellos, las repúblicas eran fuertes, si y solo sí, contaban con hombres y mujeres justos y valientes dispuestos a expulsar de su tierra a ejércitos extranjeros tan codiciosos como belicosos, a destronar a déspotas y tiranos o a destituir a gobernantes corruptos. En suma, si las comunidades quieren ser independientes y autogobernarse, si aspiran a ser desarrolladas, necesitan patriotas de tal fortaleza que no tengan otra marca y divisa que el *Pugna pro patria libera*.

Andrés Bello, el ilustre venezolano y chileno, sí venezolano y chileno de nota, creía que esta era también la divisa de la universidad. Un 17 de septiembre de 1843, nuestro rector expresó ante, así me lo imagino, un auditorio expectante y apretadísimo, lo que sigue:

> "el programa de la Universidad es enteramente chileno: si toma prestadas a la Europa las deducciones de la ciencia, es para aplicarlas a Chile. Todas las sendas en que se propone dirigir las investigaciones de sus miembros, el estudio de sus alumnos, convergen a un centro: la patria"[1].

Del mismo modo, don Enrique Molina Garmendia, rector de la Universidad de Concepción al conmemorarse los treinta años de su fundación el año 1949, expresó que la universidad debía ser república ideal, brega justa y serena de las almas, jamás puesta al servicio de banderías políticas ni militancias ideológicas. En ella, la juventud sabría con claridad en qué patria vivía y cuáles eran sus necesidades. Para el ilustre filósofo, esta república ideal, formaría a "buenos profesionales" y "hombres cultos" que conformarían la dirección espiritual de la democracia. Para don Enrique, "el amor a la patria desde el punto de vista de los deberes del ciudadano, se llama civismo"[2].

Así pueden ver fundidos amor por la patria, Chile y la universidad.

Tal vez, los mayores aquí presentes, participen de estos razonamientos; quizá son más patriotas que cosmopolitas y están menos preocupados por sus derechos y libertades individuales, que por sus deberes y responsabilidades comunitarias. Los padres y madres, o más ampliamente, quienes nos hacemos

[1] Bello (1843).

[2] Acerca de la visión de don Enrique Molina en torno a los nacionalismos, buenos y malos, véase Molina (1994), pp. 381-384.

cargo de niños y jóvenes, sabemos bien que, si no tenemos un agudo sentido de nuestras obligaciones, la fragua de una familia se hace cosa imposible y de no haber contado con el compromiso de sus mayores, harto más difícil habría sido para nuestros graduados el experimentar la alegría que hoy los conmueve.

Sin embargo, ... siempre hay un, sin embargo.

¿Qué hay de los jóvenes aquí presentes?

¿Comparten estos razonamientos y sentimientos?

Les ruego que escuchen atentamente las meditaciones de este profesor que, si Dios así lo quiere, cumplirá sesenta años, ingresando así a la generación de otro mundo. Pertenezco a una cohorte que se conformó en un Chile de treinta años atrás, país fenecido, pero es mi deber hacerlo presente, para explicar de dónde viene la realidad de la que ustedes son parte, trayendo a este auditorio otros tiempos que configuran el vuestro.

Quiero dividir mis reflexiones de la siguiente manera:

- Un primer momento lo usaré para explicar por qué el identificarse fuertemente con una nación es central para su futuro, particularmente si ella es subdesarrollada;
- Una segunda cuestión será explicitarles por qué podrían ustedes encontrar un sentido a sus vidas, uno muy importante, en el amor por Chile;
- El tercer estadio de mis razonamientos los destinaré a explicitar qué podemos entender por patriotismo y como este se aplica a Chile[3] y
- La última consideración discurrirá acerca de por qué me resulta tan fácil el llamarlos a amar Chile.

Nos acompañará en la parte final de este camino Gabriela Mistral, la que no se puede detener, quien amó Chile entrañablemente, lo que no le impidió criticarnos, exigiéndonos siempre más[4].

[3] En Concepción traté la cuestión de los límites y excesos del patriotismo cuando deviene en nacionalismo cerril que discrimina u oprime a culturas y minorías internas y se muestra belicoso con los países vecinos. Gabriela Mistral enfrentó buena parte de las dos objeciones. Ella era una patriota, pero no una patriotera. Véase Mistral (2004a), pp. 313-317. Para un análisis del patriotismo republicano, contrapuesto al nacionalismo, véase Virolli (1997), pp. 15-33.

[4] Germán Arciniegas cuenta que nuestra poeta era muy mal hablada. Hablaba mal de Chile, de México o de España, de las tierras que más quería, de "las gentes que estaban más cerca de su corazón. Hablar mal de Arabia o de la China hubiese sido una cosa sin sentido. Hablar mal de Chile era todo lo contrario. Era quejarse del amado. Agrandar fabulosamente los incidentes menudos y fastidiosos de un pueblo que querría lleno de virtudes, de perfecciones. En esto era muy mujer. Terriblemente mujer". Arciniegas (1986), p. 217.

I. La identidad nacional y los deberes ciudadanos

Para que Chile aspire razonablemente a ser un país desarrollado debe poseer un fuerte sentido de pertenencia e identidad. ¿Qué es ser un país desarrollado? Pues contar con un Estado de derecho que se respete, estar dotado de una democracia de calidad, gozar de una economía pujante que garantice bienestar material, fomentar la cohesión sociocultural de tal manera que la libertad se concilie con la igualdad y la fraternidad y, como si fuera poco, hacer todo esto en armonía con el ambiente, la naturaleza y la geografía no humanas. Tamaña obra social exige un amor por lo común que motive a generaciones enteras, por décadas y décadas.

Entre los deberes políticos incluyo informarse y formarse una opinión política propia, atreverse a hablar en público, ir a votar, fiscalizar a los gobernantes, quizá militar en un partido político, presentarse a candidato de representación popular o formar parte de una sociedad civil densa.

¿Basta con eso? Respondo con un rotundo no.

Entre las virtudes sociales la principal es saberse obligado, en una sociedad decente, no digo justa, a respetar los derechos de los demás, a quienes pedimos que resguarden los propios; son deberes sociales el postergar las gratificaciones, ahorrar e invertir, estudiar, concebir el trabajo, la salud, la educación, la seguridad social y el acceso a la vivienda, como un derecho, pero también como un deber; prestar cuidado a los niños, niñas y a nuestros mayores, y así.

¿Suficiente? Me temo que aún no.

Pues, además, se deben pagar impuestos, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, denunciar al delincuente, demandar al funcionario público venal, en caso de guerra integrarse a la milicia o, el objetor de conciencia, prestar un servicio civil, incluso, en el frente de batalla.

La lista de deberes ciudadanos es interminable y sin su abnegado cumplimiento, el tan ansiado desarrollo no llegará.

Hay quien señaló que la moralidad trata de los deberes y no de la felicidad. Otros creerán que cumplir con un deber es todo lo contrario de experimentar un placer. Pues no, no estoy de acuerdo. Es siendo responsables que nuestros derechos serán posibles de ser ejercidos, pues si no pago impuestos, por ejemplo, difícilmente contaré con un Estado que los garantice, partiendo por proteger mi vida y propiedad de rufianes, enajenados o desalmados. Pero, no solo eso. Es respetando y cuidando a nuestros seres queridos que tendremos comunidades que nos quieran y protejan, en salud o en enfermedad, en la pobreza como en la riqueza. Más aún y, aunque sepa a demencia, el ser responsable no solo permite ser feliz más allá del eventual sacrificio presente, como no salir a ver a unos amigos, por quedarse estudiando en la casa para sí

poder graduarse en el futuro, sino que mientras hacemos nuestros deberes, podemos sentir alegrías y placeres. Es lo que sabe quien aprende mientras estudia para un examen, quien hace una buena clase, el que realiza un buen alegato forense, sea cual sea el resultado de tales acciones; pues hay acciones que valen por sí mismas, no por lo que producen; actividades que son satisfactorias y gratificantes en sí, más allá de los beneficios que pudieran reportar.

Solo si los chilenos y chilenas, digo, todos los habitantes de nuestro país se identifican fuertemente con él, podremos aspirar al desarrollo que permitirá, a su vez, que podamos realizar más fácilmente nuestros proyectos de vida personales y familiares.

Los invito a reflexionar acerca de su relación con la patria a partir de tres situaciones que de hipotéticas tienen poco.

- Primera, un tirano se apodera del gobierno que solo puede ser del pueblo. ¿Lo combatirían?
- Segunda, una nación extranjera nos ataca injustamente, y sus tanques enfilan hacia La Moneda. ¿Qué harían? ¿Resistirían militar o pacíficamente?
- Tercera, menos dramáticamente, una profesional, ha terminado un doctorado en una universidad extranjera, la que le ofrece contratarla para realizar una promisoria carrera académica. ¿Volverá a Chile o aceptará la tentadora oferta?

¿Qué harían ustedes en estas tres situaciones?

Les ruego que suspendan el juicio y expulsen, por un largo momento, su opinión acerca de qué harían ustedes en estos tres casos. Sin involucrarse aún en estos dilemas, sostengo que racionalmente pueden coincidir conmigo que será mucho más difícil que nuestra nación alcance el desarrollo si no es capaz de retener, a miles y miles de técnicos, profesionales o artistas de valer, empresarias talentosas o inversionistas de grandes caudales y que hoy están emigrando de Chile en búsqueda de mejores oportunidades que las que ofrece nuestro país, sobre todo si este vacila y trastabilla, confundido y dividido como hoy lo está. Para conservarlos, el amor por la patria y la familia pasa a ser fundamental.

¿Acusaremos a quienes emigran o invierten en lejanas naciones de egoístas y los despediremos con dignísimo desprecio? ¿O agitaremos, en sus mentes y corazones, razones y sentimientos de agradecimiento por lo que recibieron de su patria y los llamaremos a practicar la solidaridad con sus coterráneos menos afortunados? ¿No debiéramos llamarlos a perseverar en el servicio a su comunidad como los padres y madres cuidan, por toda una vida, a sus hijos e hijas, sobre todo cuando ellos más los necesitan? ¿No les recordaremos el amor a la patria cuando en su niñez escucharon de una "Copia feliz del Edén" y de bravos guerreros y sublimes mujeres que en sus aras juraron "o la tumba serás de los

libres o el asilo contra la opresión"? ¿No fueron estas las estrofas que de jóvenes cantaron a voz en cuello en un estadio de futbol repleto o en la casa, frente a un televisor?

¿Tengo alguna oportunidad de convencerlos que hay que amar la patria por sobre el propio bienestar? ¿Puedo ilusionarme con que ustedes acuerden conmigo que un buen ciudadano es quien cree que el interés general está por sobre el interés particular por legítimo que este sea? ¿Coincidiríamos en que la profesional del ejemplo vuelve a su país a devolver todo lo que ha recibido de su patria o que el tirano o el invasor las tendrán difícil enfrentándose a ustedes?

Sé muy bien que estoy hablando de sus deberes para con Chile y esa es una palabra difícil de digerir y no se me escapa que ustedes bien me podrían reclamar que lo central es el desarrollo personal y que es moralmente indiferente el ser un buen ciudadano en un país como en otro.

Teniendo a la vista lo dicho, quiero invitarlos a pensar porqué su felicidad pasa por el amor por Chile, a pesar de que su forma de ver el mundo es, en muchos de ustedes, enteramente individual.

II. La teoría de las generaciones y del sentido de vuestras vidas[5]

Miro esta asamblea y constato que en ella bullen a lo menos cuatro generaciones. Recuerdo a José Ortega y Gasset, quien, ante también un auditorio universitario en 1933, discurrió acerca de que la generación es el concepto más importante para entender la historia y su movimiento[6]. Para el filósofo español niños, jóvenes, adultos principiantes, mayores gobernantes y ancianos supervivientes, son contemporáneos, pero no son coetáneos. Viven en un mismo espacio y tiempo, pero tienen distintas formas de pensar y de actuar en el mundo. De este modo, constatemos que ahora somos parte de un mismo auditorio, pero habitamos mundos distintos. Entre estos tiempos vitales diversos y a veces antagónicos, en sus diferencias y semejanzas, las generaciones suscitan un anacronismo esencial que hace que la historia se mueva, cambie, fluya[7].

Para José Ortega y Gasset: "El conjunto de los que son coetáneos en un círculo de actual convivencia, es una generación" cuyo concepto "no implica, pues, primariamente más que estas dos notas: tener la misma edad y tener algún

[5] Acerca del amor y el sentido a la vida fundada sin referencia a lo divino y religioso véase Ferry (2013).

[6] Ortega y Gasset (1959), capítulos III-V.

[7] *Op. cit.*, p. 40.

contacto vital"[8]. Cada generación se enfrenta a una determinada coyuntura histórica y sobre esa base se define. Se parte de la base que las actitudes políticas de los ciudadanos se forman durante la adolescencia y primera juventud. Se considera como periodo crucial el que va entre los diecisiete y los veinticinco años, aproximadamente. Es el momento de explorar y definir las metas a alcanzar y los caminos a seguir. Los jóvenes, en su búsqueda de pareja, de trabajo y de su papel en la vida social, descubren su propia identidad al definirse frente al mundo y a sus principales desafíos históricos, que son fundamentalmente los mismos para una generación de individuos coetáneos. Cada quince años surge una nueva generación que debe determinar sus opciones personales y sociales en una nueva época, distinta a la que la precede.

Así, en el occidente del siglo XX, entre 1930 y 1945, se formó una generación que presenció el embate del fascismo sobre las democracias europeas, y la inaudita y victoriosa alianza entre Estados Unidos y la Unión Soviética. Es la generación de la Segunda Guerra Mundial. La generación que vive su juventud entre 1945 hasta 1960 fue la generación de la Guerra Fría, del brutal choque inicial entre capitalismo y comunismo. Es la Generación de la Bomba Atómica. La cohorte que va desde 1960 hasta 1975 es la generación del rito revolucionario que explotó en Sierra Maestra, Cuba, y murió con los quiebres de las democracias en Argentina, Chile o Uruguay entre 1973 y 1976. Son otros quince años. Le sucedió la generación a la cual pertenezco, que nace un 11 de septiembre de 1973 y acaba su faena, quince años después, el cinco de octubre de 1988. Hay otra cohorte nueva, que es hija de la redemocratización y del giro liberal de nuestras sociedades durante la década de los noventa del siglo pasado. Surgió en 1989 y acabó con las protestas estudiantiles de 2006 y de 2011, en medio de las cuales se gestó la generación que actualmente nos gobierna. Ella celebrará el segundo centenario de la Batalla de Ayacucho, en 2024, y en torno a esa fecha terminará de formarse y empezará irrumpir otra, a la que pertenecen los jóvenes que hoy se gradúan. De quince en quince años se forma una generación, y para José Ortega y Gasset, cada sesenta años el cambio es total.

Teniendo esto en mente, enfilo mi vista a los más jóvenes, a esta nueva generación, cuya cultura es enteramente distinta a la de nosotros, ya casi sus ancestros; pues ustedes, jóvenes, son hijos de la individuación, de la diversidad cultural y de la globalización. Sus preocupaciones colectivas giran en torno a tres cambios de época: la irrupción de la mujer en la esfera pública, la relación de la humanidad con el resto de la naturaleza y el impacto de la ciencia y tecnología, de tal magnitud que tal vez se esté configurando lo que se ha venido en llamar el poshumanismo, un mundo de cíborgs. Es un universo enteramente distinto a los de las

[8] Ortega y Gasset (1959), pp. 39-40.

generaciones anteriores. Definitivamente el amor por la patria podría parecerles, a muchos de ustedes, algo muy extraño; pues dicha devoción trata de la entrega a lo colectivo, no a lo individual; lo local, no lo global.

Es cierto, esta es una asamblea intergeneracional, pero también contemplo una asamblea de muertos. Pues eso es lo que seremos todos los aquí reunidos. Como al finalizar este acto, al anochecer, empezaremos a retirarnos de esta sala, unos primeros otros después, así nos iremos abandonando esta vida, uno por uno, inexorablemente. El filósofo exclamó: !Ay hermano mío, todo lo humano ha de morir¡ El literato hizo decir a Calígula, ¡Los hombres mueren y no son felices¡ ¡*Memento mori* nos urgían a pensar los estoicos! Jóvenes, acuérdense que van a morir; que la vida no es eterna y que es cierto que es un frenesí; por eso anticipen su muerte, cada día.

Jóvenes, pregúntense, ¿para qué vinieron al mundo? ¿La vida tiene sentido, y la existencia un propósito? ¿Qué queremos decir cuando nos preguntamos por el sentido? Cuando Aristóteles se lo explicó a su hijo Nicómaco usó la imagen del arquero. El sentido es la orientación de la flecha que tensa el arco buscando dar en el blanco. Ese sentido les da significado a las cosas. El declarar que se tiene un proyecto de vida es reconocerse como un proyectil lanzado al futuro, el más lejano, cubriendo toda la existencia humana, la propia.

¿Cuándo sabremos si nuestra vida tuvo sentido, fuimos felices e hicimos felices a quienes nos acompañaron? Respondo: en la hora postrera. Es en la antesala de la muerte en que los humanos realizamos el balance de nuestras vidas. En ese momento final somos plenamente y para siempre lo que quisimos y pudimos ser. Solo en la "hora de nuestra muerte" queda decidido qué tipo de vida realizamos y si fuimos felices. La muerte es un emplazamiento ético que nos dice que "el hombre queda unido para siempre a aquello a lo que estaba abrazado al morir"[9]. ¿Qué quieren contemplar, al final de la vida, volviendo la vista atrás? ¿Morirán cargados de años y, quizá, rodeados de hijos y nietas o familiares, como los patriarcas y matriarcas del Antiguo Testamento? ¿Estarán satisfechos con los frutos de vuestro trabajo por cuatro décadas realizado? ¿En el momento final, se marcharán de un mundo mejor y una naturaleza más viva y hermosa de las que los vio nacer? ¿Habrán sido fieles a las creencias trascendentes, ideas religiosas o principios espirituales, que de jóvenes decidieron profesar? Son las preguntas esenciales, y en torno a su respuesta sabremos si fuimos felices y si hicimos feliz a quienes nos rodearon.

Jóvenes, en la hora de su muerte, ¿merecerían recibir el homenaje de un pueblo agradecido por sus sacrificios y servicios que le prestaron en vida, especialmente a lo más pobres? Los seres humanos dedicamos nombres de calles

[9] Aranguren (1993), pp. 307-308.

y ciudades, erigimos plazas, museos y monumentos a los que la historia considera como los más grandes. Insisto, y en mi reiteración sus mayores los interpelan: ¿en el momento final, se marcharán de un mundo mejor del que los vio nacer? ¿Qué habrán hecho para lograrlo? ¿Lo intentaron siquiera? Les dije que ustedes son hijos de la individuación que la experimentan de una manera que sus padres y madres, o sus apoderados, ni se imaginaron. ¿Qué es la individuación? Es el centrar sus vidas en sus derechos individuales, en sus libertades personales, en su autonomía soberana, en que sean arquitectos de su propio destino, en el resguardo absoluto de su intimidad y privacidad, en el deseo de autoperfeccionamiento personal casi infinito gracias a la educación y a la ciencia que se hace tecnología y biopoder.

Todo eso está muy bien, siempre que la individuación no se transforme en individualismo, en egoísmo, que son sus perversos hermanos. Proyecto de vida individual y familiar. Bien, muy bien. ¿Pero eso es todo, acaso suficiente? Cuidarse a sí mismos, crecer, gozar, quizá reproducirse, y morir dignamente; pero eso lo hacen hasta los seres vivos más simples. Superior es amar a sus familias, las que los recibió o las que tal vez, si acaso, decidieron formar, ejercer con esmero gratificante vuestras profesiones y descansar. ¿Pero no hay personas y comunidades más grandes aún que venerar? Se los pregunto de otra manera. ¿Qué harán de trascendente en la vida? Les hablo de trascendencia, que es el complemento y, a veces, cuando se vive con heroísmo, la alternativa a la individuación[10]. La trascendencia es el creer que hay alguien o algo, que, siendo externo a ustedes, es superior a ustedes. Es creer de tal manera que Dios o vuestras familias, la patria o la Iglesia, la revolución o la naturaleza, los superan a tal punto que están dispuestos a entregarlo todo por ellos, la propia vida si fuese necesario. Es vivir el amor tan intensamente que nos da un sentido a la vida y una fuerza de tal naturaleza que somos capaces de renunciar a todo por él.

El amar a alguien es desear que exista, no admitiendo un universo sin su presencia. *Volo ut si*, dice san Agustín. Quiero que seas. El amor es la reunión de lo que, estando separados, están llamados a estar unidos[11]. Los amantes funden sus cuerpos y sus almas. Los amantes no soportan estar alejados del objeto de su deseo. Por esto, sea dicho de paso a propósito del patriotismo, el exilio es una pena cruelísima.

De ahí que el pueblo de Israel, cautivo en Babilonia, lloraba con Ezequiel: "Se han secado nuestros huesos, se ha desvanecido nuestra esperanza, todo se ha acabado para nosotros" (Ez 37.11).

Amen, por lo pronto a ustedes mismos, a sus parejas, familias, amistades, pero también a comunidades más amplias: la Iglesia en la que creen, la patria

[10] Me baso, Ferry (2008), pp. 22, 39 y 109.
[11] Tillich (1970), pp. 42-43.

que los vio nacer, la humanidad que los acogió y al resto de la coalición de los seres vivos de infinita diversidad y hermosura.

Eso llenará de sentido a sus vidas, orientándolos con tal poder que, al final de ellas, podrán decir que fueron felices, amando lo que, de jóvenes, decidieron amar. Mueran abrazados a lo más alto y trascendente: el amor que no conoce límites.

Déjense embriagar por el amor de Ruth

> "Adonde tú vayas, yo iré, y donde mores, yo moraré;
> tu gente será mi gente,
> y tu Dios mi Dios.
> La tierra que, muerto, te reciba en su seno,
> será la tierra donde yo muera
> y donde se abrirá mi sepultura.
> ¡Que el Señor así me lo otorgue y escuche mis votos;
> que solo la muerte me separe de ti"[12].

III. El amor por Chile

En momentos dramáticos de nuestra historia, un 18 de septiembre de 1974, escuchamos la voz metálica de un hombre de fe, el cardenal Raúl Silva Henríquez, quien describió el Alma de Chile, señalando:

> "La Patria –ninguna Patria y Chile menos que ninguna–; la Patria no nace del vacío o del ocaso. La Patria se constituye en el momento en que un grupo de hombres que habitan físicamente un determinado territorio reconocen como suyo un mismo patrimonio de sangre y cultura, entran en comunión de tarea y destino"[13].

Para el Cardenal la Patria era "Comunión profundamente humana en valores que exigen deponer innatos egoísmos y merecen el sacrificio de la vida"[14]. Eso es: común amor por una historia, geografía, cultura y destino compartidos.

Una vez cuando adolescentes, nuestra profesora de Literatura nos habló del surgimiento de una nación cantada por un guerrero que se inmortalizó como poeta. Alonso de Ercilla y Zúñiga, el inventor de Chile, el más humano de los dioses, cuando les dio nombre a los hombres, les dio existencia, de modo tal que "el silencio de las razas había terminado". El alucinado cronista descri-

[12] *Biblia*, Ruth, capítulo I, v. 16-17.
[13] Silva (1974), p. 1.
[14] *Ibid*.

bió la lucha de dos pueblos: uno que nunca había sido derrotado y otro que no sabía perder. Lo que más le sorprendió es que esa gente: "tan granada, tan soberbia, gallarda y belicosa, [que] no ha sido por rey jamás regida ni a extranjero dominio sometida".

Se sorprendió, decía, pues don Alonso de Ercilla solo conocía reinos e iglesias dirigidos por monarcas absolutos, elegidos o hereditarios. Él conocía de vastas naciones que no aceptaban ser "a extranjero dominio sometida", pero no de extensas comunidades políticas independientes que, además, repugnaban de un régimen donde uno mandaba y todo el resto obedecía. Ni tiranía ni monarquía, sino que el gobierno de los muchos. Por eso Pablo Neruda, declara al ilustre español, "el inventor de Chile", "el más humano de los dioses", que, cuando le dio nombre a los hombres y a sus gestas, les dio existencia, de modo tal que "el silencio de las razas había terminado"[15].

Así, cada año, un 18 de septiembre, volvíamos a escuchar de esta gesta y nos fuimos embriagando de amor, pues, ¿cómo conocer este canto general sin admirarnos de él?[16].

He aquí, que Gabriela Mistral, la directora del liceo de niñas de Temuco, al leer *La Araucana*, no le gustó nada su métrica y la descripción que se hacía de la mujer. Asimismo, le sorprendió la ausencia del dibujo y la alabanza de la magnífica naturaleza que don Alonso de Ercilla conoció. Y presurosa la maestra, algunas así lo afirman, desde 1922 hasta su muerte acaecida en 1957, empezó a escribir su *Poema de Chile* alabando su flora y la fauna; perfecto complemento de *La Araucana* publicado exactamente cuatrocientos años antes. Gabriela, "la ausente, pero jamás ausentista", amó Chile, como su pueblo la amó con locura recibiéndola en apoteosis en 1954[17].

Cuestión esta muy importante, pues a Chile no solo se le ama por su nacimiento e historia tan reales como mitológicos. He aquí que la profesora de Literatura de nuestra primera juventud fue reemplazada por el de Geografía. Este nos relató que el conquistador de Chile escribió unas cartas a Carlos V, en que dibujaba para que le hiciera saber a los mercaderes y gentes que se quisieran avecindar, que:

---

[15] Neruda (1970), p. 12.

[16] Se puede amar Chile y su historia, sabiendo muy bien que hay partes de ella que deben avergonzarnos. Vicente Huidobro, en su "Balance patriótico" de 1925, nos acusó de ser un país de sifilíticos y alcohólicos, pero agrega que eso no lo hacía un antipatriota, por el contrario: "Decir la verdad significa amar a su pueblo y creer que aún puede levantársele y yo adoro a Chile, amo a mi patria desesperadamente, como se ama a una madre que agoniza". Huidobro (2011), p. 205.

[17] Así se definió, improvisando desde los balcones de La Moneda. Véase Mistral (2005), pp. 242-243.

> "vengan, porque esta tierra es tal, que para poder vivir en ella y perpetuarse no la hay mejor en el mundo; dígolo porque es muy llana, sanísima, de mucho contento"[18].

Sin un poco de cinismo podríamos pensar que don Pedro de Valdivia exagera, pues no oculta su objetivo: atraer comerciantes: hoy diríamos "capitales extranjeros". Pase, pero enseguida nos enseñaron nuestros profesores que Gerónimo de Bibar, acompañante como Infante del fiero conquistador, describió bellamente los valles de Chile y agregó que ellos eran habitados por "gente, dispuesta, belicosa y ellas de buen parecer"[19]; que el testigo de la fundación de Santiago, don Alonso de Góngora y Marmolejo, escribió "Es el reino de Chile y la tierra de la manera de una vaina de espada, angosta y larga"; que Diego de Rosales definió el alerce como el príncipe de los árboles por su incorruptibilidad y grandeza; alabó la belleza de los cisnes del río de Valdivia y al picaflor a quien le atribuyó caracteres divinos como el saber retirarse, sepultarse para luego despertar y resucitar[20], y que Alonso de Ovalle ensalzó la inmensidad del Mar del Sur y la hermosura de la cordillera nevada, que:

> "hace una vista que aun a los que nacemos allí y que estamos acostumbrados a ella, nos admira y da motivos de alabanza al Creador, que tal belleza pudo crear".

Cordillera que daba una agua tan cristalina y fresca que el abate Molina, mientras agonizaba en el exilio de Bolonia, imploró beber un último sorbo de ella. ¿No serían exageraciones de estos cronistas?

Si duda teníamos acerca de la belleza de la geografía y naturaleza de Chile, estas se fueron disipando, conociendo la cordillera, el Valle Central, el Mar del Sur, los ríos y lagos, la Isla Grande de Chiloé, los fiordos australes y la tierra de la Patagonia. Y qué decir del desierto nortino coronado por San Pedro de Atacama o de la isla, que se precia de ser el ombligo del mundo: Rapa Nui.

¿Cómo conocer nuestra geografía y no amarla; cómo amarla y no cuidarla?

¿Cómo conocer la cultura de la Patria chilena y no amarla; amarla y no servirla?[21].

---

[18] Valdivia (1998), p. 54.

[19] Las citas de Gerónimo del Bibar, Alonso de Góngora y Marmolejo, las he tomado de Peralta (1993), pp. 31-40 y 49-54.

[20] Rosales (1969), pp. 35, 61 y 65.

[21] En Chile hay una cultura nacional (por ejemplo, las expresadas en la poesía de Gabriela Mistral y Pablo Neruda y en el amor a la bandera y canción nacionales) que es capaz de albergar la diversidad. Se puede ser mapuche, chileno, latinoamericanista y humanista a la vez (aunque el momento supremo de la decisión sobreviene cuando estas identidades entran en colisión

El amor por Chile no se sustenta solo en el recuerdo agradecido de su historia y la alegría al conocer su geografía y cultura presentes.

He aquí el último momento del patriotismo, cuando se proyecta al futuro preguntándose: ¿cuál es el objeto común de amor que nos une como chilenos y chilenas?

Hay quienes buscan el sentido y destino colectivos en un futuro mejor que llaman progreso; hay otros que escarban en el pasado: en el retorno a la fundación de Roma o en el mítico Edén. En el caso de Chile, quizá ese proyecto nacional se encuentra en el nacimiento de nuestra patria. Volvamos a *La Araucana*.

Alonso de Ercilla describe, creo que, en el canto segundo, el primer senado consulto de nuestra historia escrita. Caupolicán, Tucapel, Rengo y Lientur más los otros grandes caciques han concurrido prestos a defender la independencia tan trabajosamente ganada contra, poco tiempo atrás, el inca invasor. Pero no solo se trata de la libertad común. También aman la igualdad entre los pares. Colo-Colo, el más sabio de todos, renunciando su derecho a ser líder supremo, dice:

> "Pares sois en valor y fortaleza;
> el cielo os igualó en nacimiento;
> de linaje, de estado y de riqueza hizo a todo igual repartimiento".

Los caciques son semejantes en virtudes; Dios (el cielo) los ha hecho hermanos entre sí y la justicia los mantiene iguales en riqueza y poder. En virtud de la guerra, y solo porque ella lo imponía, debía elegirse un capitán primero; solo por eso se rompe, parcial y temporalmente, la igualdad entre los hombres. Aquí tenemos descrito el ideal político de pertenecer a una comunidad de los igualmente libres que luchan por el bien común. Este sueño nos ha acompañado desde que nacimos como pueblo.

La historia de Chile es el relato de la lenta incorporación a la república de las clases medias, los obreros, las mujeres, los pobladores y los campesinos, hasta llegar a ser el gobierno de los muchos y muchas. También es la forma como distintas fuerzas políticas van conquistando sus derechos políticos y libertades civiles pudiendo llegar a gobernar desde los conservadores, liberales y radica-

unas contra las otras) Pero lo cotidiano es que ellas vivan en armonía o se activen en contextos separados y distintos. Como lo señaló Luis Emilio Recabarren, en Iquique en 1914, tras haber sido acusado de antipatriota, el amor a la patria es compatible con los amores a la humanidad o a la familia, del mismo como se adora a la vez a la madre, a la esposa y a la hija. ¿Cuál amor superior es superior al otro?, se preguntó. Véase Recabarren (1971), pp. 209-218. Hablo de Luis Emilio Recabarren, pues sé bien que ciertas versiones de la izquierda radical, política y social son muy críticas, francamente antagónicas, con el amor a la patria. Mucho se equivocan.

les de la primera hora hasta llegar a los nacionales, los socialistas, comunistas y falangistas después. ¿Por qué hoy no podríamos aspirar a incorporar, con plenitud de derechos, a los pueblos originarios y migrantes que quieran ser parte de nuestra comunidad, edificando una república democrática que puede, si realmente así lo quiere, aspirar a ser el primer país latinoamericano que alcance el desarrollo?[22].

¿Por qué no podríamos abrigar este anhelo y serle fiel?

Busco razón para mi esperanza y en el pasado la encuentro.

IV. Chile como tentativa contra lo imposible

La semana pasada, en Concepción, ante vuestra comunidad universitaria regional, rememoramos a Gabriela Mistral quien, con el alma embargada por el dolor, desde un pueblo de la Florida, San Agustín de Ponce de León, relató el terremoto de Chillán, el del 24 de enero de 1939. En una carta dirigida al continente pidió ayuda sosteniendo fulminantemente: "la naturaleza chilena es heroico-trágica" y llamó a reconstruir Chillán y Concepción. Así se hizo capitaneada la obra monumental por un gran amigo de la poeta: don Pedro Aguirre Cerda.

A propósito de esto, en el aula magna de la Universidad del Desarrollo, les relaté que Fernando Campos Harriet, en su *Historia de Concepción*, relata:

> "Cada cien años, la ciudad fue borrada de la faz de la tierra. Mientras París ha tenido una sola catedral en 800 años, Concepción, en la mitad de ese tiempo, ha construido siete"[23].

Pienso en el horror de los terremotos de 1570, 1667, 1751, 1835, 1939 o 1960 que la destruyeron. Pero cada vez, los penquistas la reconstruimos.

[22] Como se ve, amar Chile es parte de una invitación a la grandeza de Latinoamérica. Amar Chile y sus países hermanos no es algo contrapuesto. Creo que nuestra patria es el mejor lugar para vivir, pero eso no significa que quiera imponerla a otros pueblos. Se puede ser patriota, valorar otras naciones (especialmente las de nuestros países vecinos) y estar orgulloso de la diversidad cultural de nuestra nación. Don Bernardo amó Chile como el que más, lo que no le impidió organizar una escuadra para liberar el Perú, reconocer en el Perú del exilio su segunda patria, suspirar por Magallanes y reclamar por los derechos de los "araucanos". En 1938, Gabriela Mistral se dirigió a estudiantes peruanos, honrando a don Bernardo O´Higgins diciéndoles: "Así quedaremos, la gente peruana y la chilena, sosteniendo con las manos conjugadas esta sangre de O'Higgins que nos pertenece, yo diría que por partes iguales". En el Perú, don Bernardo "caminó veinte años, soñando a Chile y amando al Perú". Véase Mistral (2004b), pp. 259-261.

[23] Campos (1979), p. 9.

Por eso Gabriela Mistral ha dicho que: "La desventura no ha logrado un colapso en el país de las pruebas, que siempre las vio llegar y les dio la cara"[24].

Ella nos definió como: Chile, o de la voluntad de ser. Somos la tentativa contra lo imposible.

La naturaleza, hermosa y feraz, nos pone constantemente a pruebas, como a pocos pueblos del mundo[25].

Chile se ha construido a golpes de la naturaleza.

He aquí otra razón para amar la patria.

La historia cuenta que la más pobre y lejana de las capitanías españolas levantó una república como no la tuvo ningún otro país hispanoamericano. En 1815, desde Jamaica, desterrado por derrotado, otro gran venezolano, Simón Bolívar escribió aquello de:

> "El reino de Chile está llamado por la naturaleza de su situación, por las costumbres inocentes y virtuosas de sus moradores, por el ejemplo de sus vecinos los fieros republicanos del Arauco, a gozar de las bendiciones que derraman las justas y dulces leyes de una república. Si alguna permanece largo tiempo en América, me inclino a pensar que será la chilena [...] En una palabra, Chile puede ser libre"[26].

Fuimos libres en la república decimonónica, lo somos en la república que se hizo democrática y lo seguiremos siendo si así lo queremos y por ello, juntos, nos afanamos.

Es así como Chile tuvo una república estable antes que Alemania, Francia, España o Italia. A partir de 1839 la oposición se organizó en el Congreso para fiscalizar a un Presidente que era elegido por mandato fijo. El voto secreto se instituyó poco después de Gran Bretaña, Suecia y Alemania. El Senado se eligió en forma directa a partir de 1870. La competencia política parlamentaria se consolidó antes que: Bélgica, Países Bajos, Suecia, Italia, Francia, Alemania, pero después de Gran Bretaña y Noruega[27].

---

[24] Mistral (2004c), p. 44.

[25] En la edición del Reporte Mundial de Riesgo por Desastres Naturales del año 2019, se ubicó a Chile en el puesto número veintisiete entre ciento ochenta países, siendo catalogado como uno de los países más peligrosos del planeta (BEH-IFHV, 2019 como se citó en SINIA, 2020) https://sinia.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2021/04/17-eventos-extremos-y-desastres.pdf.

[26] Simón Bolívar había dicho antes: "El reino de Chile, poblado de ochocientas mil almas, están lidiando contra sus enemigos que pretenden dominarlo, pero en vano, porque los que antes pusieron un término a sus conquistas, los indómitos y libres araucanos, son sus vecinos y compatriotas; y su ejemplo sublime es suficiente para probarles que el pueblo que ama su independencia por fin la logra". Bolívar (2021), pp. 104, 121-122.

[27] Nos basamos en Valenzuela y Valenzuela (1983), pp. 12-14. Además, apreciamos la visión de dos grandes extranjeros que nos estudiaron a fondo: Collier (2005), pp. 87-117; Collier y Satter (1999), pp. 56-72.

"Sí profesor –me dirán– pero esa república se desplomó vergonzosa tras una guerra civil atroz: la de 1891"[28, 29, 30]. Así fue. En los fratricidas campos de batalla, chilenos mataron a chilenos. En Concón y Placilla cuerpos de generales victoriosos de la Guerra del Pacífico terminaron destrozados y en Santiago el general Manuel Baquedano no pudo impedir los saqueos a manos de vencedores exaltados o delincuentes desalmados. El visionario, pero orgulloso, Presidente de la República de Chile se suicidó en la legación diplomática argentina.

La estrella solitaria de Chile pareció apagarse.

Pero, no fue así. Jóvenes, no fue así.

Volvimos a empezar desde los escombros, nos costó muchísimo reencontrarnos y avanzar, pero, setenta años después de la tragedia, Chile estaba entre las tres democracias más antiguas del mundo. En 1965, de acuerdo con los índices democráticos de la época figurábamos con un puntaje superior al de Estados Unidos, Francia, Alemania Federal e Italia. El puntaje en 1960 era superior al de Gran Bretaña[31]. Cierto que, pocos años después, en 1968 la polarización social, y las diferencias ideológicas desembocaron en la justificación de la violencia y nuestra democracia colapsó. Eso ocurrió hace cincuenta años.

---

[28] Imposible que se nos escape una historiografía que destaca cómo hemos sido incapaces de contar con una república auténticamente democrática, poseedora de una Constitución nacida del poder constituyente popular y dotado de un Estado desarrollado. Una historia social muy crítica del legado del "panteón de la patria" de políticos y militares, es la de Gabriel Salazar. Véase Salazar (2006), pp. 7-40. Respecto de su negativa visión de los empresarios chilenos, véase Salazar (2009). Para mantener la idea de un patriotismo que suponga una lectura de la historia nacional de fuentes plurales, se puede analizar el debate que tuvo Rolf Lüders, Alfredo Jocelyn Holt y Gabriel Salazar en www.cepchile.cl/cep-40-aniversario/seminario-sobre-el-libro-mercaderes-empresarios-y-capitalistas-chile-siglo-xix-de-gabriel-salazar/ Solo puedo decir que la ciudadanía, especialmente la juvenil, debe conocer todos los hechos de la historia de Chile, los que les gusten y los que les desagraden, interpretarlos con rigor y formarse un juicio sereno acerca de lo que ella nos enseña y de cómo, a partir de ella, podemos caminar juntos.

[29] A favor del aporte de políticos, militares y empresarios en la historia de Chile véase Collier (2003) y De Ramón (2003).

[30] Maurizio Virolli recuerda: "Si los padres son crueles, fríos y parciales, el niño puede que sea obediente, pero no los querrá. Lo mismo ocurre con el amor a la patria; para ser querido, el país debe merecer el amor". Virolli (1997), p. 129. Lo mismo ocurre con el amor a la patria que puede ser injusta con sus hijos. A ello se enfrentó Gabriela Mistral. De esta realidad ella sacó fuerzas de flaqueza y nos enseñó que, por eso mismo, debido a esa dura y mezquina realidad, el amor por su patria la invitaba a luchar por la justicia. Y, a pesar de ello "la patria es impecable y diamantina". ¿Por qué? Porque la patria "no tiene compadrazgo con la matanza, con el robo, con el incendio cotidiano, que él miraba sobre su territorio, haciendo una faja de sierra a sierra". Mistral (1999), pp. 219-220.

[31] Valenzuela y Valenzuela (1983), p. 8.

¿Qué hicimos como pueblo?

Lo de siempre.

Nos levantamos y resolvimos nuestras diferencias, pacíficamente, en el atardecer del 5 de octubre de 1988. Se acababa una dictadura y se iniciaba una democracia. Esa noche no hubo un disparo, ni uno solo. En 1989 emprendimos de nuevo la tarea republicana y democrática con tal entereza que, doscientos años después de la batalla de Maipú, en 2017 éramos la democracia más estable, el país más probo y de ingreso por habitante más alto de toda América Latina.

Sin embargo, entre el 18 de octubre y el 15 de noviembre de 2019 estuvimos de nuevo al borde del abismo, de sufrir la peor enfermedad que puede experimentar el cuerpo político: el enfrentamiento fratricida.

Volvámonos a preguntar: ¿qué hicimos como pueblo?

Lo de siempre.

Nos sentamos a conversar para acordar un nuevo pacto político. En eso estamos hoy.

A pesar de todo y contra todo, este país, el de Gabriela Mistral, siempre ha salido adelante.

Chile también se ha construido a golpes de espada.

Chile de naturaleza heroico-trágica.

Chile: el país de las pruebas.

Chile: voluntad de ser.

Chile: tentativa contra lo imposible.

Ahora pueden entender que me resulta tan fácil llamarlos a amar Chile.

Palabras finales

Jóvenes que hoy se gradúan:
¿Quieren darles un sentido a vuestras vidas?
Encuéntrenlo en el amor de la familia.
Descúbranlo en la entrega a una profesión noble.
Sorpréndalo en la construcción de un mundo mejor.
Hállenlo tomando el cielo por asalto.
Vuestros mayores les ofrecen este suplemento de alma que dice así:
Amen Chile,
    su país por nacimiento o por adopción.
Mejor aún.
Amen a Chile,
    su país por opción,
    la de todos los días.

Que Dios siga bendiciendo a nuestra patria.
Muchas gracias.

Bibliografía

Aranguren, José Luis, L. (1993): *Ética* (Madrid: Alianza Editorial).

Arciniegas, Germán (1986): "Gabriela Mistral", en Arciniegas, Germán, *Las mujeres y las horas* (Santiago: Editorial Andrés Bello).

Bello, Andrés (1843): Discurso inaugural de la Universidad de Chile pronunciado el 17 de septiembre de 1843. Disponible en https://tantaku.cl/andres-bello-discurso-instalacion-universidad-de-bello/

Bolívar, Simón (2021): C*arta de Jamaica* (Ciudad de México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México).

Campos Harriet, Fernando (1979): *Historia de Chile. 1550-1970* (segunda edición corregida y comentada. Santiago: Editorial Universitaria).

Collier, Simon (2003): "Cuatro hombres de armas en la formación y la consolidación de la república", en Collier, Simon *et al.*, *Patriotas y ciudadanos* (Santiago: Centro de Estudios para el Desarrollo).

Collier, Simon (2005): C*hile la construcción de una república 1830-1865. Política e Ideas* (Santiago: Universidad Católica de Chile).

Collier, Simon y Satter, William (1999): *Historia de Chile 1808-1994* (Madrid: Cambridge University Press).

De Ramón, Armando (2003): "Exploradores y empresarios del desierto. Ensayo biográfico sobre cinco chilenos", en Collier, Simon *et al.*, *Patriotas y ciudadanos* (Santiago: Centro de Estudios para el Desarrollo).

Ferry, Luc (2008): *Familia y amor. Un alegato a favor de la vida privada* (Madrid: Taurus).

Ferry, Luc (2013): *Sobre el amor. Una filosofía para el siglo* xxi (Barcelona: Paidós).

Huidobro, Vicente (2011): "Balance patriótico". *Revista Anales*, séptima serie, n.° 2.

Mistral, Gabriela (1999): *Recados para hoy y mañana*. Textos inéditos compilados por Luis Vargas Saavedra, tomo ii (Santiago: Editorial Sudamericana).

Mistral, Gabriela (2004a): "El patriotismo de nuestra hora", en Mistral, Gabriela, *Pensando a Chile: Una tentativa contra la imposible* (Santiago: Comisión del Bicentenario).

Mistral, Gabriela (2004b): "O'Higgins, símbolo en la gesta de la emancipación y de la amistad del Perú y Chile", en Mistral, Gabriela, *Pensando a Chile: Una tentativa contra la imposible* (Santiago: Comisión del Bicentenario).

Mistral, Gabriela (2004c): "La tragedia andina: Recado para los amigos de la América", en Mistral, Gabriela, *Pensando a Chile: Una tentativa contra la imposible* (Santiago: Comisión del Bicentenario).

MISTRAL, Gabriela (2005): "Pueblo de mi Chile", en Mistral, Gabriela, *50 prosas en El Mercurio. 1921-1956* (Santiago: El Mercurio-Aguilar).

MOLINA, Enrique (1994): "El nacionalismo y la solidaridad", en Molina, Enrique, *Obras completas*, vol. II (Concepción: Ediciones de la Universidad de Concepción).

NERUDA, Pablo (1970): "El mensajero", en Neruda, Pablo, Eyzaguirre, Jaime y otros. *Don Alonso de Ercilla inventor de Chile* (Santiago: Editorial Pomaire).

ORTEGA Y GASSET, José (1959): *En torno a Galileo* (Madrid: Revista de Occidente).

PERALTA, Ariel (1993): *Idea de Chile* (Santiago: Ediciones de la Universidad de Concepción/ Editorial Ñielol).

RECABARREN, Luis Emilio (1971): "Patria y patriotismo", en Recabarren, Luis Emilio, *El pensamiento de Luis Emilio Recabarren*, tomo I (Santiago: Austral).

ROSALES, Diego de (1969): *Historia general del reino de Chile, Flandes Indiano* (Santiago: Editorial Universitaria).

SALAZAR, Gabriel (2006): *Construcción de Estado en Chile, 1800-1837* (Santiago: Sudamericana).

SALAZAR, Gabriel (2009). *Mercaderes, empresarios y capitalistas (Chile, siglo XIX)* (Santiago: Sudamericana).

SILVA HENRÍQUEZ, Raúl (1974): "La Iglesia y la patria. Homilía en el Te Deum Ecuménico, 18 de septiembre de 1974". Disponible en www.cardenalsilva.cl/pdf/43_iglesia.pdf

TILLICH, Paul (1970): *Amor, poder y justicia*: *análisis ontológicos y aplicaciones éticas* (Barcelona: Ariel).

VALDIVIA, Pedro de (1998): "Carta al emperador Carlos V. La Serena del 4 de septiembre de 1545", en Valdivia, Pedro de, *Cartas de Pedro de Valdivia, que tratan del descubrimiento y conquista de Chile* (Santiago: Impresos Universitaria S.A.).

VALENZUELA, Arturo y VALENZUELA, Samuel (1983): "Los orígenes de la democracia en Chile". *Estudios Públicos*, n.º 12: pp. 7-39.

VIROLLI, Maurizio (1997). *Por amor a la patria. Un ensayo sobre las diferencias entre patriotismo y nacionalismo* (Madrid: Acento Editorial).

TEMA CENTRAL

"El orden económico internacional y su impacto para Chile. Cuestionamientos y desafíos"

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

OBJETIVOS, COMPROMISOS Y POLÍTICAS COMERCIALES AMBIENTALES DEL ACUERDO AMPLIO Y PROGRESISTA DE ASOCIACIÓN TRANSPACÍFICO CPTPP

ENVIRONMENTAL OBJECTIVES, COMMITMENTS, AND COMMERCIAL POLICIES OF THE COMPREHENSIVE AND PROGRESSIVE AGREEMENT FOR TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP CPTPP

Raúl F. Campusano Droguett[*]

Resumen: El texto busca ser una presentación simple de los objetivos, compromisos y políticas comerciales ambientales del Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico CPTPP. Los temas ambientales han sido objeto de especial escrutinio en el análisis del tratado y el análisis del capítulo XX confirma que contiene normas de protección y promoción ambiental acordes con el derecho internacional ambiental vigente y lo colocan entre los tratados con mejores normas ambientales entre tratados relacionados con el comercio internacional vigentes.

Palabras clave: comercio internacional, medio ambiente, tratados de comercio, CPTPP.

Abstract: The text seeks to be a simple presentation of the objectives, commitments and environmental trade policies of the Comprehensive and Pro-

[*] Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Director de Posgrados Derecho UDD. Director académico del Programa de Magíster en Derecho Ambiental UDD. Abogado de la Universidad de Chile. Master en Derecho de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts en Estudios sobre la Paz Internacional de la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl El autor desea agradecer a Camila Monardez, Magíster en Derecho Ambiental y ayudante del curso de Derecho Internacional Público UDD, por su colaboración sistematizando bibliografía para este artículo.

gressive Trans-Pacific Partnership Agreement (CPTPP). Environmental issues have been the subject of special scrutiny in the analysis of the treaty and the analysis of the chapter on the subject shows that it contains environmental protection and promotion standards in accordance with current international environmental law and places it among the treaties with the best environmental standards among international trade-related treaties in force.

Keywords: international commerce, environment, trade treaties, CPTPP.

Introducción

El capítulo xx del Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico, CPTPP, se refiere a los temas ambientales. Entre las múltiples materias relacionadas con el ambiente, el capítulo veinte aborda los temas de objetivos, compromisos y políticas comerciales ambientales. La finalidad de estos apuntes es presentar de manera simple y ordenada los temas señalados en las secciones correspondientes del capítulo xx.

Los Estados negociadores del CPTPP son parte, en su conjunto, de acuerdos económicos, tratados comerciales y tratados ambientales. Así, cabe destacar entre ellos el Foro Económico Asia Pacífico (APEC), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), el Acuerdo de Libre Comercio entre ASEAN, Australia y Nueva Zelanda (AANZFTA), el Acuerdo Regional del Pacífico Sur de Cooperación Económica y Comercio (SPARTECA), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y una serie de tratados de libre comercio (TLC) bilaterales. Los Estados negociadores son miembros de varios Acuerdos Multilaterales sobre el Medio Ambiente (AMUMA) y en el capítulo veinte del CPTPP reiteran sus compromisos, con menciones expresas a acuerdos tales como el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono y el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL).

Objetivos ambientales del CPTPP

El artículo 20.2 establece los objetivos ambientales del tratado: sinergia entre comercio y ambiente, promoción de la cooperación y rechazo a restricciones encubiertas al comercio.

a) Objetivo sinergia

El objetivo de sinergia entre comercio y ambiente es relevante, ya que levanta la propuesta de convergencia entre las finalidades del comercio y de la protección ambiental. En efecto, el artículo dispone:

> "los objetivos de este Capítulo son promover políticas comerciales y ambientales que se apoyen mutuamente; promover altos niveles de protección ambiental y una aplicación efectiva de las leyes ambientales; y fomentar las capacidades de las Partes para tratar asuntos ambientales relacionados con el comercio, incluyendo a través de la cooperación"[1].

b) Objetivo de promoción de la cooperación

La cooperación y colaboración entre Estados es una política y acción adecuada para el objetivo de protección y promoción del ambiente y apunta al desarrollo sostenible, la gobernanza ambiental y el libre comercio. El texto dispone:

> "tomando en cuenta las respectivas prioridades y circunstancias nacionales, las Partes reconocen que una mayor cooperación para proteger y conservar el medio ambiente y manejar sosteniblemente sus recursos naturales trae beneficios que pueden contribuir al desarrollo sostenible, a fortalecer su gobernanza ambiental y a complementar los objetivos de este Tratado"[2].

c) Objetivo de rechazo a restricciones encubiertas al comercio

Los Estados, a través de este tratado, son explícitos y enfáticos en la importancia del rechazo claro a prácticas de utilización dolosa de legislación y política ambiental con la finalidad de restringir el comercio o la inversión entre las partes. Así, el texto indica:

> "las Partes además reconocen que es inapropiado establecer o utilizar sus leyes ambientales u otras medidas de una manera que constituya una restricción encubierta al comercio o a la inversión entre las Partes"[3].

[1] Artículo 20.2.
[2] *Ibid.*
[3] *Ibid.*

Compromisos ambientales del CPTPP

El artículo 20.3 establece los compromisos generales del tratado en relación con el ambiente:

1. Apoyo mutuo de políticas comerciales y ambientales

En forma consistente con el objetivo de sinergia entre comercio y ambiente establecido en al artículo 20.2 del tratado, el primer compromiso ambiental establecido en el artículo 20.3 es precisamente el apoyo mutuo entre las políticas comerciales y las políticas ambientales de los Estados parte. En este sentido,el texto dispone:

> "las Partes reconocen la importancia de políticas y prácticas comerciales y ambientales que se apoyen mutuamente para mejorar la protección ambiental en el fomento al desarrollo sostenible"[4].

2. Derecho soberano de las partes

El segundo compromiso es el reconocimiento del derecho soberano de las partes en relación con su política y derecho ambiental. El texto señala:

> "las Partes reconocen el derecho soberano de cada Parte a establecer sus propios niveles de protección ambiental interna y sus propias prioridades ambientales, así como a establecer, adoptar, o modificar sus leyes y políticas ambientales consecuentemente"[5].

Esta es una idea que puede parecer contraintuitiva o de difícil comprensión en el contexto del derecho y la política internacional del ambiente. Sin embargo, la idea se encuentra firmemente establecida desde hace décadas y forma parte explícita de la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo 1972[6] y de la Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992[7]. De esta forma, en esta materia, el

[4] Artículo 20.3.

[5] Artículo 20.3.

[6] Principio 2: "De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los compromisos del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional".

[7] Principio 21: "De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades

CPTPP no se aparta en nada a lo ya establecido en el derecho y la política internacional ambiental vigente.

3. *Promoción de altos niveles de protección ambiental*

El texto del tratado indica:

> "cada Parte procurará asegurar que sus leyes y políticas ambientales prevean y alienten altos niveles de protección ambiental y continúen mejorando sus respectivos niveles de protección ambiental"[8].

La disposición debe entenderse en el contexto general explicado y en particular a la luz de los objetivos señalados en el capítulo veinte. Parece adecuado, como técnica de elaboración de tratados, establecer en forma explícita la promoción de altos estándares de protección ambiental como algo que se valora y que debe ser alentado. Por cierto, el ámbito natural de disposiciones como esta se encuentra en lo político ambiental y en el *soft law*.

4. *Aplicación efectiva del derecho ambiental sin afectar el comercio y la inversión*

El tratado dispone:

> "ninguna Parte dejará de aplicar efectivamente sus leyes ambientales a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente de una manera que afecte al comercio o a la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado para esa Parte"[9].

La forma de construcción de la idea en su versión en español puede levantar algunas dificultades de interpretación para desentrañar su sentido y alcance. La versión en inglés ofrece más claridad[10] y debe entenderse en el sentido de la necesaria armonía que debe existir entre las normas ambientales y aquellas de comercio. Adicionalmente, se trata de una disposición común en tratados de libre comercio, no hay innovación aquí en la materia.

---

realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional".

[8] Artículo 20.3.

[9] Artículo 20.3.0

[10] Artículo 20.3.4 en su versión en inglés: "No Party shall fail to effectively enforce its environmental laws through a sustained or recurring course of action or inaction in a manner affecting trade or investment between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement for that Party".

5. *Reconocimiento del derecho a la discrecionalidad*

La discrecionalidad de los Estados es un aspecto central de sus atribuciones y poderes. Es una expresión de la soberanía de los Estados y parte de la cotidianidad de su práctica. El tratado no está creando algo novedoso o disidente en esta sección. Es razonable pensar que la razón por la que se establece esta idea en forma explícita en el tratado es expresión de la voluntad de los Estados de destacar y enfatizar esta atribución. Frente a dudas y escepticismos sobre los espacios en que el tratado afecta la soberanía nacional se ha estimado pertinente clarificar el punto reconociendo y recordando el principio del derecho a la discrecionalidad de los Estados. El texto determina:

> "las Partes reconocen que cada Parte mantiene el derecho a ejercer discrecionalidad y a tomar decisiones respecto a: (a) asuntos de investigación, judiciales, regulatorias y de cumplimiento; y (b) la asignación de recursos para la aplicación ambiental con respecto a otras leyes ambientales, a las que se les haya asignado una mayor prioridad. Por consiguiente, las Partes entienden que con respecto al cumplimiento de leyes ambientales, una Parte está cumpliendo con el párrafo 4 si un curso de acción o inacción refleja el ejercicio razonable de esa discrecionalidad, o resulta de decisiones de buena fe respecto a la asignación de esos recursos de conformidad con las prioridades para la aplicación de sus leyes ambientales"[11].

6. *Rechazo a prácticas de reducción de protección ambiental para alentar el comercio*

Este compromiso debe entenderse e interpretarse junto con los demás y es de toda coherencia con el sistema, Así como no es aceptable realizar acciones proteccionistas escudándose en argumentos de protección ambiental, tampoco lo es la reducción de los estándares ambientales, leyes y políticas, con la finalidad de alentar el comercio. La norma dispone:

> "las Partes reconocen que es inapropiado alentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de la protección otorgada en sus respectivas leyes ambientales.[12] Por consiguiente, una Parte no renunciará a aplicar o de otro modo derogará, u ofrecerá renunciar a aplicar o de otro modo derogar sus leyes ambientales de una manera

[11] Artículo 20.3.

[12] Lo señalado es sin perjuicio del párrafo 2.

> que debilite o reduzca la protección otorgada en esas leyes, con el fin de alentar el comercio o la inversión entre las Partes"[13].

El comercio no se alienta en desmedro del ambiente. Intentar hacerlo constituiría una seria violación del tenor literal y espíritu del tratado, además de pugnar con el derecho y la política ambiental internacional vigente. Y, por cierto, con el derecho y política económica y comercial internacional vigente. El comercio internacional se alienta a través de reglas claras y transparentes, principios de no discriminación, y aliento al Estado de derecho y a la protección y promoción ambiental.

7. No aplicación de normas ambientales de una parte en el territorio de otra

El tratado establece:

> "nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades de aplicación de la ley ambiental en el territorio de otra Parte"[14].

Esta es una institución consagrada ya en el sistema internacional de comercio y ambiente, y fue explicitada en una importante causa del GATT[15] conocida como caso Atún-Delfines, de la década del noventa del siglo pasado. Se trata de una causa entre México y otros en contra de Estados Unidos. El caso no llegó a sentencia final, ya que se llegó a un acuerdo extrajudicial y tiene una enorme importancia doctrinaria. La pregunta aquí fue, ¿si puede un país decir a otro qué normas ambientales debe aplicar? Dicho de otra forma, ¿permiten las normas comerciales adoptar medidas contra el método utilizado para producir bienes (en vez de limitarse a la calidad de los propios bienes)?[16].

---

[13] Artículo 20.3.

[14] *Ibid.*

[15] Acuerdo General de Tarifas y Comercio.

[16] En el océano Pacífico es normal que por debajo de los grupos de delfines que nadan en la superficie del mar se desplacen bancos de atún aleta amarilla. Cuando el atún se pesca con redes de cerco, los delfines quedan atrapados en ellas. Muchos de ellos mueren si no son liberados de las redes. La Ley de US de Protección de los Mamíferos Marinos contiene medidas de protección de los delfines que deben cumplir tanto su flota pesquera como los países cuyos barcos pesquen atún aleta amarilla en esa parte del océano Pacífico. Si un país exporta atún a Estados Unidos y no puede demostrar a las autoridades estadounidenses que ha cumplido las normas de protección del delfín que establece la propia legislación de US, el gobierno dicta el embargo de todas las importaciones de pescado procedentes de ese país. Embargo que afecta también a países intermediarios. Las exportaciones de México fueron prohibidas por lo que este recurrió al GATT. La ley de Estados Unidos de Protección de los Mamíferos Marinos prohíbe el hosti-

El artículo 20.7 aborda la relación entre comercio y ambiente desde el prisma de aspectos procesales y establece que cada parte:

1 "promoverá la conciencia pública de sus leyes y políticas ambientales, incluyendo los procedimientos de aplicación y cumplimiento, asegurando que la información pertinente esté disponible al público".

Esta es una disposición corriente en el contexto del derecho ambiental internacional y deriva del Principio 10 de la Declaración de Rio del año 1992 y que se conoce como "derechos de acceso", siendo el primero de ellos el derecho al acceso a la información. El mismo principio se encuentra, también, en el Tratado de Escazú, cuyo territorio de aplicación es Latinoamérica y al que Chile se adhirió recientemente.

2. "Asegurará que una persona interesada residiendo o establecida en su territorio pueda solicitar que las autoridades competentes de la Parte investiguen presuntas violaciones a sus leyes ambientales, y que las autoridades competentes otorguen debida consideración a dichas solicitudes, de conformidad con el ordenamiento jurídico de la Parte".

Esta norma es corriente en derecho internacional del medio ambiente y forma parte de los derechos de acceso explicados en el párrafo anterior. El

gamiento, la caza, la captura o la matanza de mamíferos marinos, o la tentativa de estos actos, y su importación a Estados Unidos sin autorización expresa. También establece una prohibición de uso de red de cerca. Excepciones: Adopción de programa de regulación de la captura incidental de mamíferos marinos comparable al de Estados Unidos. La tasa media de capturas incidentales de las embarcaciones del país pesquero era comparable a la tasa media de las embarcaciones de Estados Unidos. El informe especial (no adoptado finalmente por acuerdo extrajudicial) señalaba que Estados Unidos no puede imponer un embargo de las importaciones de productos del atún procedentes de México por el simple motivo de que los reglamentos mexicanos sobre la forma en que se produce el atún no respeten los reglamentos estadounidenses. Pero Estados Unidos puede reglamentar la calidad o el contenido del atún importado. Esta cuestión plantea así un caso de "producto" contra "proceso". Las normas del GATT no permiten que un país adopte medidas comerciales con el fin de intentar que se cumpla su legislación interna en otro país, ni siquiera para proteger la salud de los animales o conservar recursos naturales agotables. Se trata de la "extraterritorialidad". De otra forma se abriría una posibilidad en la práctica ilimitada a los países de imponer unilateralmente restricciones al comercio y se podría dar lugar a abusos proteccionistas contrarios al sistema de seguridad y previsibilidad. No había mandato para analizar lo correcto de la política ambiental de Estados Unidos. Se pidió al grupo que decidiera sobre la política de etiquetado "Dolphin-Safe" de las latas de atún. Se estimó que era válida porque su finalidad era impedir publicidad engañosa y se aplicaba a todos los productos, importados y nacionales. En síntesis, Estados Unidos no puede prohibir importaciones de atún solo porque las reglas mexicanas de producción no se ajustan a las estadounidenses. El GATT no permite que un país adopte medidas para hacer cumplir su legislación en otro país.

principio apunta al derecho de acceso a la justicia ambiental y también forma parte de lo establecido en el Tratado de Escazú.

3. "Asegurará que los procedimientos judiciales, cuasi-judiciales o administrativos para la aplicación de sus leyes ambientales estén disponibles conforme a su ley y que esos procedimientos sean justos, equitativos, transparentes y cumplan con el debido proceso. Cualquier audiencia en esos procedimientos será abierta al público, excepto cuando la administración de la justicia requiera lo contrario, y de conformidad con sus leyes aplicables".

Este apartado también conforma parte del derecho de acceso llamado acceso a la justicia ambiental y es parte del Principio 10 y del Tratado de Escazú.

4. "Asegurará que las personas con un interés reconocido conforme a su ordenamiento jurídico en un asunto determinado, tengan acceso apropiado a los procedimientos referidos en el párrafo anterior".

Este apartado es una especie dentro del género presentado en el acápite anterior y, por tanto, los razonamientos allí señalados, se aplican aquí de la misma forma.

5. "Dispondrá sanciones y reparaciones apropiadas para las violaciones a sus leyes ambientales para la efectiva aplicación de esas leyes. Esas sanciones o reparaciones podrán incluir el derecho a interponer una acción directamente contra el infractor para buscar la reparación de daños o medidas cautelares, o el derecho a buscar acción gubernamental".

Esta disposición apunta en la misma dirección que los apartados analizados y solo cabe agregar que expresa de buena forma el estado del arte en la materia y es una manifestación avanzada de lo que en doctrina se denomina justicia ambiental.

6. "Asegurará que se tome debida consideración de los factores pertinentes en el establecimiento de las sanciones o reparaciones referidos en el párrafo 5. Esos factores podrán incluir la naturaleza y gravedad de la violación, el daño al medio ambiente y cualquier beneficio económico que el infractor obtuvo de la violación"[17].

Este apartado refuerza lo dispuesto en todo el artículo y destaca el claro y profundo compromiso del Tratado con la protección ambiental, los derechos de acceso y la justicia ambiental.

[17] Artículo 20.7.

Lineamiento de participación pública

El artículo 20.8 aborda el lineamiento de oportunidades para la participación pública y establece que cada parte:

a) "Buscará atender las solicitudes de información respecto a su implementación de este Capítulo". De esta forma, el Tratado enfatiza la necesidad de fortalecer, asegurar y proteger las instancias de participación pública. Este derecho es un derecho de acceso y forma parte central del Principio 10 de la Declaración de Rio del año 1992. Y también forma parte de los establecido por el Tratado de Escazú.

b) "Hará uso de mecanismos consultivos existentes o establecerá nuevos mecanismos, por ejemplo comités asesores nacionales, para buscar opiniones sobre asuntos relacionados con la implementación de este Capítulo. Estos mecanismos podrán incluir personas con experiencia relevante, según corresponda, incluyendo experiencia en negocios, conservación y manejo de recursos naturales, u otros asuntos ambientales"[18].

Los mecanismos consultivos pueden tener diversas expresiones y cabe notar la recomendación ejemplar de establecer comités asesores nacionales. También cabe notar la valoración de la experiencia relevante en la conformación de los mecanismos que cada Estado establezca para estos propósitos.

Lineamiento de responsabilidad social corporativa

El artículo 20.10 se refiere a la responsabilidad social corporativa y estipula:

> "cada Parte debería alentar a las empresas que operan dentro de su territorio o jurisdicción, a que adopten voluntariamente, en sus políticas y prácticas, principios de responsabilidad social corporativa que estén relacionados con el medio ambiente, que sean compatibles con directrices y lineamientos reconocidos internacionalmente que han sido respaldados o son apoyados por esa Parte"[19].

El lineamiento de responsabilidad social corporativa es reflejo y expresión de *soft law* en el desarrollo de políticas, regulaciones y prácticas de promoción y protección del ambiente y la sustentabilidad y que el Tratado reconoce, alienta

[18] Artículo 20.8.
[19] Artículo 20.10.

y promueve. Aquí hay un llamado explícito, asertivo y directo a las empresas en el sentido de motivarlas a adoptar principios de responsabilidad social corporativa relacionados con el ambiente y la sustentabilidad.

Políticas comerciales y ambiente en el CPTPP

El artículo 20.13 se refiere a la relación entre comercio y biodiversidad, estableciendo un número de principios y lineamientos que deben iluminar la acción de las partes en el Tratado[20]. Este artículo 20.13 es de la mayor relevancia y consecuencia, ya que puede entenderse como el marco ideológico que debe considerarse al momento de establecer políticas comerciales y que exige que se integren consideraciones de protección de la diversidad biológica.

1. Principio de conservación y uso sostenible

> "Las Partes reconocen la importancia de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y su rol clave en el logro del desarrollo sostenible".

Este principio y en realidad, todo el artículo 20.13 está construido en estricta armonía con lo dispuesto por la Convención de Diversidad Biológica del año 1992[21].

2. Principio de valoración de leyes y políticas nacionales

> "Cada Parte promoverá y alentará la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, de conformidad con su ordenamiento jurídico o política".

Esta es una norma que es parte del derecho internacional ambiental desde sus orígenes y que está presente en la Declaración de Principios de la Declaración

[20] Artículo 20.13.

[21] El artículo primero de la CBD dispone que sus objetivos: "son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada".

de Estocolmo, del año 1972[22], en la Declaración de Principios de Rio, del año 1992[23] y de la Convención de Biodiversidad del año 1992[24].

3. Principio de reconocimiento a los conocimientos y prácticas tradicionales

> "Las Partes reconocen la importancia de respetar, preservar y mantener el conocimiento y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida que contribuyan a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica".

Este principio fue consagrado con anterioridad, en el artículo 8-j (en el contexto de la conservación *in situ*) de la Convención de Biodiversidad del año 1992[25].

4. Lineamiento de facilitación al acceso a recursos genéticos

> "Las Partes reconocen la importancia de facilitar el acceso a recursos genéticos dentro de sus respectivas jurisdicciones nacionales, de con-

[22] Principio 21 Declaración de Estocolmo: De conformidad con la carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.

[23] Principio 2 de la Declaración de Rio: De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los limites de la jurisdicción nacional.

[24] Artículo 3 de la Convención de Biodiversidad: States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

[25] Cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda, con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan en forma equitativa.

> formidad con las obligaciones internacionales de cada Parte. Las Partes además reconocen que algunas Partes requieren, a través de medidas nacionales, el consentimiento informado previo para acceder a dichos recursos genéticos de conformidad con las medidas nacionales y, cuando ese acceso sea otorgado, el establecimiento de términos mutuamente acordados, incluyendo con respecto a la distribución de los beneficios derivados del uso de dichos recursos genéticos, entre usuarios y proveedores".

Esta materia es de gran actualidad y cada día adquiere mayor importancia. Sin embargo, ya había sido prevista en la Convención de Biodiversidad que dispone en su artículo 15 las normas que regulan el acceso a los recursos genéticos[26]. Aquí el tema es de búsqueda de conciliación entre el derecho de acceso a los recursos genéticos y el derecho de los Estados de proteger tales recursos que se encuentran dentro de su territorio nacional. Así, se establecen procedimientos de consentimiento informado previo y propuestas de sistema de distribución de beneficios eventuales. Esta es una materia que requiere mayores avances y precisiones en un contexto de mucho dinamismo y complejidad. El Tratado recoge el estado del arte en materia regulatoria y valórica en la materia y lo explicita en el texto. Sin embargo, es razonable pensar y esperar que habrá avances regulatorios generales en esta materia pronto.

[26] Artículo 15 de la CBD: "1. En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional. 2. Cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio. 3. A los efectos del presente Convenio, los recursos genéticos suministrados por una Parte Contratante a los que se refieren este artículo y los artículos 16 y 19 son únicamente los suministrados por Partes Contratantes que son países de origen de esos recursos o por las Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el presente Convenio. 4. Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo. 5. El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa. 6. Cada Parte Contratante procurará promover y realizar investigaciones científicas basadas en los recursos genéticos proporcionados por otras Partes Contratantes con la plena participación de esas Partes Contratantes, y de ser posible en ellas. 7. Cada Parte Contratante tomará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, de conformidad con los artículos 16 y 19 y, cuando sea necesario, por conducto del mecanismo financiero previsto en los artículos 20 y 21, para compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas".

5. *Principio de participación y consulta pública*

> "Las Partes también reconocen la importancia de la participación y la consulta pública, de conformidad con su respectivo ordenamiento jurídico o política, en el desarrollo e implementación de medidas relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Cada Parte pondrá a disposición del público información sobre sus programas y actividades, incluyendo programas de cooperación, relacionados con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica".

Este principio incorpora aspectos de derechos de acceso de participación ciudadana y consultas públicas. Es interesante recordar que se refiere a los aspectos directamente relacionados con la protección y promoción de la diversidad biológica.

6. *Principio de Cooperación*

> "Las Partes cooperaran para abordar asuntos de interés mutuo[27]. La cooperación podrá incluir, pero no está limitada al intercambio de información y experiencias en áreas relacionadas con:
> a) la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica;
> b) la protección y preservación de los ecosistemas y los servicios del ecosistema; y
> c) el acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios derivados de su utilización"[28].

Este principio de cooperación es consistente con lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención de Biodiversidad que consagra este valor ambiental[29]. Por supuesto, el principio se hace cargo de lo que se ha avanzado en estas décadas en materia de protección de la biodiversidad y abarca los diversos aspectos que la componen, desde la conservación y uso sostenible, al acceso de recursos genéticos y su distribución equitativa de beneficios.

El artículo 20.17 está consagrado a regular la relación entre conservación y comercio. El artículo 20.17.1. reconoce y confirma un principio básico al condenar el comercio ilegal de fauna y flora silvestre al establecer que las partes:

[27] De acuerdo con lo establecido en marcos de cooperación del artículo 2.12.

[28] Artículo 20.13.

[29] Artículo 5 de la CBD: "Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, cooperará con otras Partes Contratantes, directamente o, cuando proceda, a través de las organizaciones internacionales competentes, en lo que respecta a las zonas no sujetas a jurisdicción nacional, y en otras cuestiones de interés común para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica".

> "afirman la importancia de combatir la toma y el comercio ilegales de fauna y flora silvestres, y reconocen que este comercio socava los esfuerzos para conservar y manejar de manera sostenible esos recursos naturales, tiene consecuencias sociales, distorsiona el comercio legal de fauna y flora silvestre, y reduce el valor económico y ambiental de estos recursos naturales"[30].

En este contexto, el término 'toma' significa capturado, muerto o recolectado y con respecto a una planta, significa también cosechado, cortado, talado o removido.

El segundo numerando de este artículo apunta a reconocer la importancia de cumplir con lo establecido en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres CITES, señalando:

> "cada Parte adoptará, mantendrá e implementará leyes, reglamentos y cualesquiera otras medidas para cumplir con sus obligaciones conforme CITES"[31].

La Convención CITES, como lo define el Secretariado de la Convención en su sitio web es:

> "un acuerdo internacional concertado entre los gobiernos. Tiene por finalidad velar por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituye una amenaza para la supervivencia de las especies"[32].

La norma agrega tres notas al pie de página que son iluminadoras del sentido y alcance de la disposición al explicar:

a) "Las obligaciones de una Parte conforme a la CITES incluyen las enmiendas existentes y futuras de las cuales es Parte y cualquier

[30] Artículo 20.17.1.

[31] Artículo 20.17.2.

[32] https://cites.org/esp/disc/what.php Aquí también se explica su contexto y características: "Habida cuenta de que el comercio de animales y plantas silvestres sobrepasa las fronteras entre los países, su reglamentación requiere la cooperación internacional a fin de proteger ciertas especies de la explotación excesiva. La CITES se concibió en el marco de ese espíritu de cooperación. Hoy en día, ofrece diversos grados de protección a más de 37.000 especies de animales y plantas, bien se comercialicen como especímenes vivos, como abrigos de piel o hierbas disecadas. CITES se redactó como resultado de una resolución aprobada en una reunión de los miembros de la UICN [Unión Mundial para la Naturaleza], celebrada en 1963. El texto de la Convención fue finalmente acordado en una reunión de representantes de 80 países celebrada en Washington DC., USA, el 3 de marzo de 1973, y entró en vigor el 1 de julio de 1975".

reserva, exención y excepción existente y futura que le sea aplicable".

Esto es interesante también desde la perspectiva de técnica legislativa, ya que relaciona las obligaciones de las partes respecto de CITES, incluso en situaciones futuras de enmiendas, reservas, etcétera.

b) "Para establecer una violación de este párrafo, una Parte debe demostrar que la otra Parte no ha adoptado, mantenido o implementado leyes, reglamentos u otras medidas para cumplir sus obligaciones conforme a la CITES de una manera que afecte al comercio o a la inversión entre las Partes".

Esta es una regla normal de carga de la prueba.

c) "Si una Parte considera que otra Parte no ha cumplido con sus obligaciones conforme a este párrafo, procurará, en primera instancia, abordar el asunto a través de un procedimiento consultivo o de otra naturaleza conforme a la CITES"[33].

Aquí se destaca el espíritu de aproximación al tema de sistemas de solución de diferencias entre las partes, promoviendo las negociaciones directas y generando la tranquilidad y confianza que debe existir en este tipo de acuerdos.

El tercer numerando del artículo dispone que las partes se comprometen a promover la conservación y a combatir la toma y el comercio ilegales de fauna y flora silvestres. Con el fin indicado, las partes:

a) "intercambiarán información y experiencias sobre asuntos de interés mutuo relacionados con el combate a la toma y el comercio ilegales de fauna y flora silvestres, incluyendo el combate a la tala ilegal y el comercio ilegal asociados, y la promoción del comercio legal de productos asociados;
b) realizarán, según sea apropiado, actividades conjuntas sobre asuntos de conservación de interés mutuo, incluso mediante foros regionales e internacionales relevantes; y
c) procurarán implementar, según sea apropiado, las resoluciones CITES que tengan como objetivo proteger y conservar especies cuya supervivencia esté amenazada por el comercio internacional"[34].

La norma del tercer numerando diseña y construye una plataforma de promoción de la conservación y colaboración en el combate al comercio ilegal de flora y fauna silvestre, en estricta concordancia con lo establecido en CITES.

[33] Notas al pie de página del articulo 20.17.2.
[34] Artículo 20.17.3.

El cuarto numerando del artículo establece obligaciones adicionales para las partes:

a) "tomar medidas apropiadas para proteger y conservar la fauna y flora silvestres que ha identificado en riesgo dentro de su territorio, incluyendo medidas para conservar la integridad ecológica de áreas naturales bajo protección especial, por ejemplo, los humedales".

Esta referencia a los humedales conecta la norma con la Convención RAMSAR[35].

b) "mantener o fortalecer la capacidad gubernamental y los marcos institucionales para promover el manejo forestal sostenible y la conservación de fauna y flora silvestres, y procurar mejorar la participación pública y la transparencia en estos marcos institucionales".

Esta norma hace un llamado a las partes a fortalecer sus marcos legales, administrativos e institucionales relacionado con el manejo forestal sostenible y la conservación de flora y fauna, conectando la materia con los derechos de acceso, en particular la participación ciudadana.

c) "procurar desarrollar y fortalecer la cooperación y consultas con entidades no gubernamentales interesadas con el objetivo de fomentar la implementación de medidas para combatir la toma y el comercio ilegales de fauna y flora silvestres"[36].

[35] La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, en especial como Hábitat de Aves Acuáticas, conocida como Convención RAMSAR: "es el tratado intergubernamental que ofrece el marco para la conservación y el uso racional de los humedales y sus recursos. La Convención se adoptó en la ciudad iraní de Ramsar en 1971 y entró en vigor en 1975. Desde entonces, casi el 90% de los Estados miembros de las Naciones Unidas de todas las regiones geográficas del planeta se han adherido al tratado, pasando a ser 'Partes Contratantes'. La misión de la Convención es 'la conservación y el uso racional de los humedales mediante acciones locales y nacionales y gracias a la cooperación internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo'. Los humedales están entre los ecosistemas más diversos y productivos. Proporcionan servicios esenciales y suministran toda nuestra agua potable. Sin embargo, continúa su degradación y conversión para otros usos. La Convención aplica una definición amplia de los humedales, que abarca todos los lagos y ríos, acuíferos subterráneos, pantanos y marismas, pastizales húmedos, turberas, oasis, estuarios, deltas y bajos de marea, manglares y otras zonas costeras, arrecifes coralinos, y sitios artificiales como estanques piscícolas, arrozales, reservorios y salinas". www.ramsar.org/es

[36] Artículo 20.17.4.

Aquí también hay una conexión con los derechos de acceso.
El quinto numerando del artículo dispone:

> "[que en un] esfuerzo adicional para abordar la toma y el comercio ilegales de fauna y flora silvestres, incluyendo partes y productos de las mismas, cada Parte tomará medidas para combatir, y cooperará para prevenir, el comercio de fauna y flora silvestres que, con base en evidencia creíble, fueron tomadas o comercializadas en violación al ordenamiento jurídico de esa Parte u otro ordenamiento jurídico aplicable, cuyo propósito principal es conservar, proteger o gestionar la fauna y flora silvestres"[37].

La norma fortalece lo señalado y hace un llamado a las partes a desarrollar esfuerzos adicionales en esta dirección.

El texto incluye dos notas al pie de página que sirven para interpretar el sentido y alcance de la disposición:

a) "Para mayor certeza, para los efectos de este párrafo, cada Parte mantiene el derecho a determinar lo que constituye 'evidencia creíble'. Esta clarificación parece adecuada al entregar a la Parte la determinación de lo que significa evidencia creíble.
b) Para mayor certeza, 'otro ordenamiento jurídico aplicable' significa el ordenamiento jurídico de la jurisdicción donde ocurrió la toma o el comercio y solo es relevante para la cuestión de si la fauna y flora silvestres han sido tomadas o comercializadas en violación a ese ordenamiento jurídico"[38].

Ahora bien, las medidas establecidas en este numerando:

> "incluirán sanciones, penalidades u otras medidas efectivas, incluyendo medidas administrativas que puedan actuar para disuadir dicho comercio. Adicionalmente, cada Parte procurará tomar medidas para combatir el comercio de fauna y flora silvestres transbordadas a través de su territorio que, con base en evidencia creíble, han sido ilegalmente tomadas y comercializadas"[39].

La norma refuerza lo ya señalado.

El numerando sexto se refiere al principio de discrecionalidad administrativa al disponer que las partes:

[37] Artículo 20.17.5.
[38] Artículo 20.17.5.
[39] *Ibid*.

> "reconocen que cada Parte mantiene el derecho a ejercer discrecionalidad administrativa, de investigación y de cumplimiento en su implementación del párrafo 5, incluso tomando en cuenta, con relación a cada situación, la fortaleza de la evidencia disponible y la seriedad de la presunta violación. Adicionalmente, las Partes reconocen que en la implementación del párrafo 5, cada Parte mantiene el derecho a tomar decisiones respecto a la asignación de recursos administrativos, de investigación y de cumplimiento"[40].

El numerando séptimo se refiere a la facilitación de cooperación entre las partes. En efecto, el texto indica que con el fin de:

> "promover la más amplia cooperación en materia de cumplimiento del ordenamiento jurídico e intercambio de información entre las Partes para combatir la toma y el comercio ilegales de fauna y flora silvestres, las Partes procurarán identificar oportunidades, de conformidad con su respectiva legislación y con los acuerdos internacionales aplicables, para mejorar la cooperación en materia de cumplimiento de la ley e intercambio de información, por ejemplo mediante la creación y la participación en redes de cumplimiento de la ley"[41].

Esta norma es adicionalmente relevante, ya que fortalece el espíritu general del Tratado de colaboración y cooperación entre las partes.

Conclusiones

El CPTPP contiene normas relacionadas con el ambiente en un capítulo dedicado en forma especial a la materia. Dentro del capítulo, se ha puesto atención en este trabajo a los objetivos, compromisos y políticas comerciales ambientales que establece y explica. Es en este aspecto específico que se ha trabajado y puesto atención en estos apuntes y los hallazgos y conclusiones que se presentan a continuación se inscriben en el marco señalado.

El primer hallazgo que salta a la vista es que existe un esfuerzo especialmente significativo para coordinar y hacer consistentes y armónicas las agendas del comercio internacional y aquella de la protección y promoción ambiental. Se podría llegar a decir que el CPTPP contiene y expresa el estado del arte respecto de esta relación y sería difícil encontrar otro tratado de esta naturaleza que se pueda comparar.

[40] Artículo 20.17.6.
[41] Artículo 20.17.7.

También es posible observar la claridad, asertividad y decisión con la que las normas estudiadas del capítulo XX construyen puentes con las convenciones ambientales relacionadas. En efecto, tanto a nivel de principios como en lo que se refiere a ~~de~~ normas, hay consistencia y convergencia entre el Tratado y los tratados ambientales relacionados, en especial respecto de la Convención de Diversidad Biológica y el Tratado CITES.

El artículo XX plantea como sus objetivos la sinergia entre comercio internacional y ambiente, la promoción de la colaboración y cooperación entre Estados y el rechazo a las restricciones encubiertas al comercio. De la misma forma, establece compromisos ambientales como el apoyo mutuo de políticas comerciales y ambientales, la promoción de altos niveles de protección ambiental la aplicación efectiva del derecho ambiental sin afectar el comercio y la inversión, el reconocimiento del derecho a la discrecionalidad, el rechazo a prácticas de reducción de protección ambiental para alentar el comercio y la no aplicación de normas ambientales de una parte en el territorio de otra. También se hace necesario señalar que la norma mantiene y reproduce como objetivo el derecho soberano de las partes sobre sus recursos naturales. Esta idea/objetivo/principio tiene su origen en las discusiones que se produjeron en la Conferencias de Estocolmo del año 1972 y que quedaron plasmadas en la Declaración de Principios de Estocolmo, y luego reproducida en la Declaración de Principios de Rio. Desde esa fecha, ha sido objeto de amplio análisis generando defensores y detractores. El dato duro es que se mantiene y el artículo XX así lo reconoce y recoge.

Varios principios de derecho internacional del medio ambiente están recogidos en las normas analizadas. Entre ellos, cabe destacar el principio de conservación y uso sostenible, el principio de valoración de leyes y políticas nacionales, el principio de reconocimiento a los conocimientos y prácticas tradicionales, el lineamiento de facilitación al acceso a recursos genéticos, el principio de participación y consulta pública y el principio de cooperación.

Las políticas comerciales del CPTPP, de acuerdo con lo establecido en el capítulo XX del Tratado, son consistentes con el derecho internacional del medio ambiente vigente y representan uno de los más serios y exitosos, sino el mayor, esfuerzo por generar sinergia entre el comercio internacional y la protección y promoción del ambiente. Posiblemente, el CPTPP ha establecido un nuevo estándar con el que serán analizados y evaluados los demás tratados de comercio internacional presentes y del futuro próximo.

Bibliografía

Baker, P. R. (2021): "Handbook on Negotiating sustainable Development Provisions in Preferential Trade Agreements", *United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific,* (Bangkok). Disponible en www.unescap.org/kp/2021/handbook-negotiating-sustainable-development-provisions-preferential-trade-agreements

Bastiaens, Ida, Postnikov, Evgeny (2017): "Greening Up: The Effects of Environmental Standards in EU and US Trade Agreements", *Environmental Politics* 26 (5): pp. 6-35. Disponible en:http://aei.pitt.edu/78868/1/Bastiaens.Postnikov.pdf

Bellmann, C., & Sugathan, M. (2022): "Promoting and Facilitating trade in environmental goods and services: Lessons from regional trade agreements", *Forum on Trade, Environment & SDGs* (TESS). Disponible en https://tessforum.org/news/publications/promoting-and-facilitating-trade-in-environmental-goods-and-services-lessons-from-regional-trade-agreements/

Baker, P., & Le, L. (2022): "Trade and Environment Under CPTPP and Implications for the United Kingdom", *International Economics Consulting*. Disponible en www.tradeeconomics.com/

Chogkittayorn, K. (2021): "Lauding RCEP: Free Trade for (almost) All", *Economic Research Institute for ASEAN and East Asia*. Disponible en www.eria.org/news-and-views/lauding-rcep-free-trade-for-almost-all/

Hailes, O., Jones, R., Menkes, D., Freeman, J. & Monasterio, E. (2018): "Climate change, human health and the CPTPP" *The New Zealand medical journal, 131(1471)*. Disponible en www.researchgate.net/publication/323664461

Jung, Haneul & Nu Ri Jung (2019): "Enforcing 'Purely' Environmental Obligations Through International Trade Law: A Case of the CPTPP's Fisheries Subsidies", *Kluwer Law International BV* (The Netherlands).

Malingrey, Louise and Duval, Yann (2022): "Mainstreaming sustainable development in regional trade agreements: Comparative analysis and way forward for RCEP", *ARTNeT Working Paper Series,* No. 213. Disponible en http://artnet.unescap.org

Monteiro, J., & Chobanova S., & Ramos, D. (2021): "Virtual Trade Dialogues with Business-Trade 4 Climate", *Climate Change in Regional Trade Agreements*. Disponible en www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/climate_change_rta.pdf

Padilla, R. (2020): "Algunas notas sobre las tendencias jurisprudenciales aplicables a la regulación del arbitraje establecido en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico", *Revista Chilena de Derecho Privado,* n.º 34.

Polanco Lazo, R., & Gómez Fiedler, S. (2016): "El Acuerdo Transpacífico (TPP) y Desarrollo Sostenible: ¿Algo nuevo, algo viejo y algo prestado?", *Revista Justicia Ambiental*: pp. 1-20.

Velut, Jb., Baeza-Breinbauer, D., De Brujine, M., Garnizova, E., Jones, M., Kolben, K., Oules, L., Rouas, V., Tigere Pittet, F., & Zamparutti, T. (2022): *Comparative Ana-*

lysis of Trade and Sustainable Development Provisions in Free Trade Agreements. (The London School of Economics and Political Science). Disponible en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2022/february/tradoc_160043.pdf

Viollier Bonvin, P., & Valenzuela Pulgar, S. (2022): "Implementación del 'linkage farmaceútico' en Chile? A que nos obliga el Tratado Integral y Progresista de Asociación?", *Revista de Derecho*, n.º 29: pp. 1-24.

Yamaguchi, S. (2020a): "Greening regional trade agreements: Subsidies related to energy and environmental godos", *OECD Trade and Environment Working Papers* 2020/01. Disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/trade/greening-regional-trade-agreements_7e1fe 8ed-en

Yamaguchi, S. (2020b): "Greening regional trade agreements on investment", *OECD Trade and Environment Working Papers* 2020/03. Disponible en www.oecd-ilibrary.org/environment/greening-regional-trade-agreements-on-investment_4452a09d-en

Otros

Asia-Pacific Economic Cooperation (2017): *Study report on environmental provisions in APEC member economies' FTAs/RTAs. APEC Committee on Trade and Investment*. Disponible en www.apec.org/docs/default-source/Publications/2018/5/Study-Report-on-Environmental-Provisions-in-APEC-Member-Economies-FTAs-RTAs/218_CTI_Study-Report-on-Environmental-Provisions-in-FTAs-RTAs.pdf

Asia-Pacific Economic Cooperation (n.d.). *Annex 2 - Reference list of environmental and environmentally related services.* Disponible en www.apec.org/meeting-papers/annual-ministerial-meetings/2021/2021-apec-ministerial-meeting/annex-2---reference-list-of-environmental-and-environmentally-related-services

European Commission (2018): *Non paper of the Commission services, "Feedback and way forward on improving the implementation and enforcement of Trade and Sustainable Development chapters in EU Free Trade Agreements"*. Disponible en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156618.pdf

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS AMBIENTALES EN EL CPTPP

ENVIRONMENTAL DISPUTE RESOLUTION IN THE CPTPP

Cristián Delpiano Lira[*]
Camilo Cornejo Martínez[**]

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo identificar, analizar y discutir los mecanismos de resolución de controversias ambientales Estado-Estado contemplados por el Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) en el contexto del derecho internacional y el derecho internacional ambiental. En nuestra opinión, el CPTPP, reconoce la naturaleza dinámica e interconectada de los ecosistemas y sus componentes, buscando un equilibrio delicado entre ambiente y comercio, que puede generar sinergias positivas en el extenso territorio de las partes. Para lograr esto, el acuerdo contempla instancias preventivas, colaborativas y sistemas híbridos de resolución de disputas, haciendo hincapié en la cooperación por sobre la confrontación, a pesar de las tensiones inevitables que pueden surgir producto de su aplicación.

Palabras clave: CPTPP, comercio y ambiente, solución de controversias.

[*] Abogado de la Universidad Diego Portales. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Postítulo en Derecho e Instituciones de la Unión Europea y Diplomado en Estudios Avanzados con mención en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, por la Universidad de Salamanca. Ministro presidente del Segundo Tribunal Ambiental, integrante del directorio de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional y profesor de posgrado en diversas casas de estudio. Las opiniones vertidas en este trabajo son estrictamente personales. Correo electrónico: cdelpiano@ucn.cl

[**] Abogado y Magíster en Derecho, ambos por la Universidad de Chile. Instructor del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho (Universidad de Chile) y abogado asistente de la Unidad de Estudios del Segundo Tribunal Ambiental. Correo electrónico: camilo.cornejo@ug.uchile.cl

Las opiniones vertidas en este trabajo son estrictamente personales.

Abstract: This text analyses the environmental dispute settlement mechanisms between states outlined in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) within the context of International Law and International Environmental Law. The authors argue that the CPTPP aims to strike a balance between the environment and trade, recognizing the interconnected nature of ecosystems. The text explores preventive-collaborative instances and hybrid dispute resolution systems, highlighting cooperation over confrontation. The successful implementation of the CPTPP could generate positive synergies over a vast territory, despite inevitable tensions that may arise. Overall, the article emphasizes the importance of balancing trade and environmental concerns through collaborative and innovative dispute resolution mechanisms.

Keywords: CPTPP, trade and environment, international dispute settlement.

Introducción

La reciente entrada en vigencia para Chile del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (en adelante CPTPP, como es globalmente conocido debido a sus siglas en inglés), constituye un hito relevante en materia de apertura comercial a escala regional. Al tratarse de un acuerdo de tipo abierto, esto es, que cualquier Estado o territorio aduanero distinto pueda adherirse a este Tratado con independencia de su procedencia geográfica puede, al menos conceptualmente, constituir un nuevo paradigma de las relaciones comerciales entre los Estados.

En este contexto, este trabajo se enfocará en analizar los aspectos ambientales del CPTPP, y en particular el mecanismo de solución de controversias entre Estados, contemplado en los capítulos 20 y 28 del acuerdo.

Como desarrollaremos en lo sucesivo, en nuestra opinión, una interpretación de buena fe del Tratado debería concluir que el CPTPP reconoce la naturaleza dinámica del ambiente y brinda flexibilidad a sus Estados parte para adoptar, establecer o modificar las políticas necesarias para promover la protección ambiental en su relación con el comercio internacional, con dos límites importantes. El primero consiste en no establecer o utilizar las leyes ambientales internas u otras medidas, ni dejar de aplicar sus leyes ambientales de forma que se afecte al comercio o a la inversión entre las partes. El segundo de estos límites consiste en la prohibición de alentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de la protección otorgada en sus respectivas leyes ambientales.

El capítulo ambiental, además, impulsa mecanismos de cooperación que se traspasan, también, al momento de resolver diferencias que puedan tener

dos o más Estados, para lo que se vale de diversos mecanismos que provee el derecho internacional para resolver controversias entre partes. El centro de atención del mecanismo de solución de controversias, según veremos, se centra fuertemente en métodos preventivos de solución de las posibles diferencias relativas a medidas adoptadas o en proyecto por alguna de las partes, proveyendo diversos foros para su resolución.

Este artículo sugiere que, si bien las sinergias positivas entre comercio y ambiente que busca el CPTPP son ambiciosas, también pueden generar tensiones. En este contexto, la suficiencia de los mecanismos previstos en el tratado para equilibrar estos intereses es incierta. Con todo, como exploraremos, existe un valor adicional en la cooperación internacional y la promoción del aprendizaje mutuo para impulsar mejoras en la regulación ambiental regional de los suscriptores.

Para este análisis, luego de esta introducción (capítulo I), dividiremos este trabajo en cinco secciones; el capítulo II abordará una breve contextualización del CPTPP, con un énfasis especial en los objetivos ambientales que pueden dar origen a controversia; el capítulo III realizará un análisis de las obligaciones ambientales del tratado y la relación que tendrán los Estados producto de ello; el capítulo IV contendrá una aproximación general a la solución de controversias ambientales del CPTPP, considerando el contexto normativo en el que se desenvuelve y; el capítulo V se dedicará a realizar un análisis particular de los mecanismos preventivos y reactivos ante controversias en el CPTPP ante controversias ambientales internacionales. Luego de ello, finalizaremos con un apartado de reflexiones y conclusiones.

I. Breve contextualización del CPTPP

En el ámbito internacional, el CPTPP ha sido el foco de atención y discusión por un tiempo prolongado, en atención a su proceso de negociación y los múltiples hitos geopolíticos que lo rodean. En este sentido, alguno de los aspectos que se han tomado la agenda global de este tratado y lo han puesto en el centro de atención comprenden: los efectos económicos-laborales en el ámbito global que puede generar, los Estados que se verán beneficiados en el contexto económico internacional, las negociaciones con y posterior salida de Estados Unidos, el interés de nuevos Estados como Reino Unido, su promoción en un periodo en que se han levantado movimientos contrarios a la globalización o los potenciales efectos en materia de inversiones y desarrollo[1].

[1] Véase Wu, Chadee (2022).

Este complejo contexto que ha relevado distintas aristas del acuerdo, puede llevar a ciertas confusiones y mitos, motivo por el que esta sección, junto con hacer presente esa complejidad y multiplicidad de consecuencias para distintas áreas y disciplinas, tiene por finalidad intentar un breve recuento del origen y evolución del Tratado, destacando sus objetivos y estructura para contextualizar el posterior análisis de la resolución de controversias ambientales que contiene.

1. Revisión sumaria de la historia y estado actual del CPTPP

El 21 de febrero de 2023 entró en vigencia para Chile el denominado Tratado Integral y Progresista Trans-Pacífico (Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership, en su nombre oficial en inglés), marcando una nueva etapa en la historia de un acuerdo que ha pasado por diversas vicisitudes durante su trayectoria.

En efecto, los orígenes del tratado se remontan al acuerdo suscrito entre Chile, Nueva Zelanda, Singapur y Brunei Darussalam durante el año 2005, y que entró en vigor desde 2006. De modo posterior, dicho Tratado fue ampliado, y su nuevo texto fue abierto a la firma en 2016, siendo suscrito por doce países que, según datos obtenidos del Banco Mundial, representaban, a ese momento, el 40 % de la producción de todo el mundo, el 25 % de las exportaciones y el 28 % de las importaciones de bienes y servicios de todo el mundo, y el 11 % de la población mundial. A pesar de la salida de Estados Unidos del TPP en enero de 2017, sigue siendo un acuerdo comercial importante, con el 17 % del PIB mundial, el 1 5% del flujo comercial (importaciones y exportaciones) mundial y el 7 % de la población mundial[2].

Así, el CPTPP se visualiza como un acuerdo significativo en la integración económica regional, que fue capaz de alinear algunas de las economías de más rápido crecimiento con economías emergentes, buscando reducir potenciales tensiones políticas al promover la cooperación y las buenas relaciones internacionales entre los países suscriptores, aun cuando el Tratado no contemple normas de trato especial y diferenciado para los Estados en desarrollo. Más aún, el potencial y relevancia del acuerdo puede ser aún mayor de continuar sumando suscriptores. En este sentido, Reino Unido junto con Uruguay, Filipinas y Corea del Sur son algunas de las naciones que han manifestado su interés en adherir al acuerdo[3].

[2] Raffo-López, Hernández-García & Díaz-España (2018), pp. 65-110.
[3] Edmond (2023).

2. Objetivos y Estructura del CPTPP en relación con el marco ambiental

El acuerdo tiene como objetivo reducir las barreras comerciales y promover la integración económica entre los Estados-parte mediante la eliminación o reducción de aranceles, la apertura de mercados para servicios e inversiones y el establecimiento de reglas y estándares comunes para el comercio.

Se le califica como uno de aquellos tratados que representa la "nueva generación" de acuerdos comerciales, debido a que regula aspectos que van más allá del contenido puramente comercial-arancelario. En este sentido, se ha explicado que los acuerdos que representan este nuevo movimiento de negociaciones comerciales internacionales suelen considerar aspectos transversales como resguardo a los derechos humanos, mayor atención al progreso tecnológico como promotor de nuevas actividades económicas, o la consideración de bienes globales públicos como el desarrollo sostenible, la biodiversidad o el combate a la corrupción[4].

El CPTPP se presenta alineado con esta tendencia, al ser un tratado de libre comercio que se negoció con un enfoque integral mayor, capaz de cubrir directa e indirectamente una amplia gama de temas, incluido el comercio de bienes, servicios, inversión, propiedad intelectual, estándares laborales y ambientales y una preocupación por contener disposiciones relacionadas con el desarrollo sustentable.

En este sentido, destaca el capítulo ambiental. Como señalaremos en particular en la sección III.2 de este artículo, uno de los objetivos buscados por las partes en el CPTPP, entre otros, fue la importancia de promover la protección y la conservación ambiental, el desarrollo sustentable y los conocimientos tradicionales, lo que podemos apreciar desde el preámbulo. Esto, también, se ve en el momento que las partes reafirmaron el derecho inherente a regular los aspectos necesarios para el bien común, entre ellos el ambiente y "la conservación de especies vivas y no vivas, incluyendo recursos naturales" (preámbulo), promoviendo con ello un mercado sostenible que reconoce el resguardo de los ecosistemas.

El carácter integral se refleja en la estructura del CPTPP. El acuerdo está compuesto por el preámbulo y

> "siete Artículos, donde se tratan, respectivamente, las siguientes materias: (i) Incorporación del Tratado de Asociación Transpacífico; (ii) Suspensión de la Aplicación de Ciertas Disposiciones; (iii) Entrada en Vigor; (iv) Denuncia; (v) Adhesión; (vi) Revisión del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico; (vii) Textos Auténticos"[5].

[4] Boguszewski (2022).

[5] Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana (2018).

Junto a ello, el Tratado está compuesto por veintinueve capítulos, que abordan diversas temáticas comerciales, tanto arancelarias como no arancelarias. En algunos casos, el pacto reafirma los derechos y obligaciones contenidos en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (o también denominados WTO provisions), mientras que, en otros casos, contiene normas que van más allá de los convenios de la OMC (o también denominados WTO plus provisions). Por último, se pueden identificar aquellas disposiciones que solo son reguladas en el CPTPP, y no así en los acuerdos OMC (también denominados WTO extra provisions), dentro de los cuales se encuentra el capítulo específico relativo al ambiente.

Bajo estas particularidades, los mecanismos de resolución de controversias también se ven alcanzados, toda vez que la búsqueda de la integración económica comprende aspectos ambientales y de desarrollo sustentable en un contexto de cooperación e integración.

II. Contexto ambiental del CPTPP

Las diferencias que se pueden originar con ocasión de acuerdos internacionales que regulan el ambiente en el contexto de las relaciones comerciales, denotan una búsqueda por dar un adecuado equilibrio entre ambos conceptos, de forma que las medidas comerciales no afecten la protección ambiental, mientras que se busca a la par que la adopción de medidas de contenido ambiental no distorsionen el comercio entre las partes. Estos elementos deben ser vistos de forma integral a la hora de analizar las controversias, caminos de resolución, medidas compensatorias y vías de cumplimiento de las soluciones alcanzadas.

Considerando lo anterior, en esta sección nos referiremos brevemente a algunos aspectos entre comercio, ambiente y tratados internacionales (III.1), para luego especificar los componentes ambientales del CPTPP (III.2), los que nos ayudará a identificar el contexto en el que se desarrollan los mecanismos de resolución de controversias internacionales a que pueden dar origen.

1. Comercio, ambiente y tratados internacionales

La relación entre el comercio y el ambiente ha sido, en los últimos años, objeto de mucho análisis y controversias. Ya la Agenda 21, resultante de la Conferencia de Rio sobre medio ambiente y desarrollo, dedicó un apartado al fomento del apoyo mutuo entre el comercio y el ambiente. Entre los aspectos interesantes a destacar, el documento señala que las políticas sobre el comercio y las políticas sobre el ambiente deben apoyarse de forma mutua, resaltando el aporte

que en muchos casos han tenido las disposiciones sobre comercio contenidas en tratados ambientales multilaterales para abordar los problemas que afectan a los ecosistemas o sus componentes. Así, se intenta garantizar que las políticas comerciales y las políticas sobre el ambiente, sean compatibles y apoyen el proceso de desarrollo sostenible[6].

En esta línea, diversos tratados de libre comercio posteriores han incorporado capítulos específicos tendientes –con mayor o menor éxito–, a hacer compatibles ambas políticas, y que una de ellas no tenga que ceder en detrimento de otra[7].

Y esto es así, dado que la regulación del comercio y su relación con el ambiente no tienen *per se* una relación compatible o incompatible, sino que el impacto de una política sobre la otra debe ser analizada en su propio contexto. En efecto, en el ámbito conceptual, la regulación comercial puede tener un impacto positivo en el incremento de la eficiencia, productividad y crecimiento. Sin embargo, el crecimiento económico también puede resultar en un incremento del consumo de recursos no renovables, aumentando potenciales impactos ambientales negativos, como el aumento de la contaminación atmosférica o un detrimento de la disponibilidad o calidad del agua en el marco de su proceso de extracción.

Por otra parte, un incremento en el crecimiento económico puede incidir, también, en la generación de recursos para abordar dichos impactos ambientales negativos, en especial a través de la reducción de barreras a la importación de bienes y servicios ambientales, que permitirían reducir los costos de producción de tecnologías verdes, apoyando consecuencialmente los esfuerzos en la lucha contra el cambio climático[8].

Este punto, relativo a las negociaciones en materia de bienes y servicios ambientales, ha sido central en la Ronda de Doha de Negociaciones Comerciales Multilaterales dentro del marco de la OMC, aunque sin resultados. El CPTPP, así, se presentó como una nueva gran oportunidad para la promoción de los bienes y servicios ambientales dentro del marco regional, aun cuando nuevamente los resultados en este sentido fueron pobres. En efecto, el artículo 20.18 del CPTPP no establece ningún derecho u obligación concreta respecto de los Estados parte, sino que solo se llegó a un reconocimiento de la importancia del comercio y la inversión en bienes y servicios ambientales como un medio para mejorar el desempeño ambiental y económico, y para enfrentar los desafíos ambientales globales (artículo 20.18.1), así como la importancia del propio CPTPP para su promoción en la zona de libre comercio (artículo 20.18.2), y la posibilidad

[6] Véase Naciones Unidas (1992).

[7] Véase World Trade Organization (2012).

[8] Véase Charnovitz (2003).

de los Estados parte de desarrollar proyectos de cooperación bilateral y plurilateral sobre bienes y servicios ambientales (artículo 20.18.4).

Aunque de forma tímida, el artículo 20.18.3 exige al Comité de Medio Ambiente –creado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.19 del Tratado– considerar asuntos identificados por una parte o partes relacionados con el comercio de bienes y servicios ambientales, incluyendo asuntos identificados como potenciales barreras no arancelarias a ese comercio. Siguiendo en este punto a Jeffrey Schott y Julia Muir[9], las negociaciones del CPTPP no necesitarían la elaboración de listas de productos cubiertos como bienes ambientales para efectos de su reducción arancelaria –tal como se planteó durante la Ronda de Doha de Negociaciones Comerciales Multilaterales en el marco de la OMC–. Por el contrario, en un acuerdo como el CPTPP los aranceles aplicados a los bienes ambientales habrían de ser eliminados de forma gradual. Otra cuestión distinta resulta respecto de los servicios ambientales, que exigen para su liberalización reformas a las regulaciones internas de los Estados, lo que vuelve mucho más complejo en sus negociaciones.

Ahora bien, por otra parte, el comercio internacional también puede ser una vía de transmisión de políticas ambientales más débiles de un país a otro. Así, por ejemplo, un Estado puede reducir sus barreras ambientales con el objetivo de promover sus exportaciones o inversiones extranjeras a un menor costo, generando una ventaja competitiva sobre las exportaciones de otros países o lo que también se conoce como *dumping ambiental*[10].

En un sentido diverso, pero vinculado de modo íntimo al elemento ambiental, Naciones Unidas ha realizado un esfuerzo por crear un vínculo entre derechos humanos y las actividades comerciales de modo que se produzcan sinergias positivas entre ambas instituciones. Así, el llamado que realiza Naciones Unidas es a considerar mecanismos de debida diligencia en toda la cadena productiva y las relaciones entre los distintos puntos de producción, suministro y distribución en el ámbito mundial, de modo que se identifiquen las potenciales amenazas a la dignidad humana y se adopten las medidas necesarias para evitarlas o repararlas en caso de haberse manifestado. Uno de los aspectos en los que se busca que las empresas mejoren sus prácticas por medio de la debida diligencia, es justamente la protección del ambiente, y el combate en contra de la contaminación, con miras a generar actividades productivas respetuosas de los derechos humanos y el entorno de las comunidades[11].

Por último, otro factor relevante a considerar tiene relación con la capacidad que puede tener un país para responder frente a eventuales daños am-

[9] Schott, Muir (2012), p. 191.

[10] Véase Brandi, Blümer & Morin (2019), pp. 14-44.

[11] UN Working Group on Business and Human Rights. (2021).

bientales provocados por otro Estado, en circunstancias de que las regulaciones comerciales contenidas en los acuerdos comerciales son exigibles a través de mecanismos de solución de controversias que, siendo vinculantes, dan derecho al Estado afectado para, en última instancia, imponer sanciones comerciales. En este contexto, las dudas se generan por la capacidad real que un Estado pequeño puede tener para imponer dichas sanciones que, aun legítimas, pueden terminar por perjudicar al Estado que las impone, sin que al final de cuentas la controversia resulte en la reparación del propio daño ambiental eventualmente generado.

2. Definiciones ambientales del CPTPP

El CPTPP dedica el capítulo 20 a la cuestión ambiental, destacando como objetivo fundamental el equilibrio entre las políticas comerciales y ambientales de los Estados parte, promover altos niveles de protección ambiental, una aplicación efectiva de las leyes ambientales y fomentar las capacidades de las partes para tratar asuntos ambientales relacionados con el comercio a través de la cooperación (artículo 20.2.1).

Dentro de los compromisos generales de los Estados parte (artículo 20.3), se encuentra el reconocimiento de las legislaciones ambientales internas de cada uno de los signatarios, acompañada de la facultad de los suscriptores de: establecer, adoptar o modificar dichas leyes y políticas ambientales; ejercer una discrecionalidad regulatoria y tomar decisiones en el ámbito de investigaciones de mejora regulatoria y de cumplimiento normativo y, entre otras, asignar recursos para la aplicación de la normativa ambiental acorde a la prioridad que internamente definan los Estados.

Asimismo, las partes acordaron como límite del resguardo ambiental, la imposibilidad de:

> "establecer o utilizar sus leyes ambientales u otras medidas de una manera que constituya una restricción encubierta al comercio o a la inversión entre las Partes"[12].

De este modo, se busca que la promoción mutua de la protección ambiental en toda el área geográfica que cubre el tratado, sea realizada de buena fe, con la intención efectiva de resguardar este bien jurídico protegido, no tergiversando el capítulo ambiental del tratado para otras finalidades distintas a las potestades que se reconocen los Estados suscriptores.

Una obligación relevante para considerar es que, sin perjuicio del derecho de las partes para establecer, adoptar o modificar leyes y políticas ambientales

[12] Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico [CPTPP] (2018).

de cada Estado, dicha facultad encuentra su límite en las medidas que buscan alentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de la protección otorgada en sus respectivas leyes ambientales. De esta forma, el artículo 20.3.6 del CPTPP dispone:

> "una Parte no renunciará a aplicar o de otro modo derogará, u ofrecerá renunciar a aplicar o de otro modo derogar sus leyes ambientales de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada en esas leyes, con el fin de alentar el comercio o la inversión entre las Pares"[13].

En un mismo orden, el CPTPP aclara (artículo 20.3 n.os 4 y 5) que se entiende infringida la disposición que busca asegurar que sus leyes y políticas ambientales prevean altos niveles de protección ambiental, por medio de omisiones, como podría ser la inejecución de actividades en la cadena del proceso regulatorio, incluyendo la no actualización normativa, falta de fiscalización o la no imposición sanciones. Al mismo tiempo el CPTPP se encarga de señalar que se entiende infringido este deber, producto de acciones o actuaciones positivas de un Estado, como lo sería si una de las partes disminuye los niveles de protección sea en términos regulatorios con leyes permisivas de menor estándar ecológico o entregando arbitrariamente menos presupuesto a ciertas instituciones ambientales que favorezcan, a su vez, una actividad comercial reñida con el desarrollo sustentable.

Otra obligación que se puede identificar tiene relación con la prohibición de subvenciones a la pesca que afecten de forma negativa a poblaciones de peces que estén en una condición de sobreexplotación, o a buques pesqueros listados por el Estado de pabellón o por una organización o arreglo regional de ordenación pesquera pertinente por pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (artículo 20.16.5 párrafos a) y b)).

En una lectura sistemática a las cláusulas ambientales reconocidas en el capítulo 20 ya señalado, se pueden identificar diversas obligaciones específicas que incluyen la protección del medio marino ante la contaminación por buques, la protección de la capa de ozono, participación pública, comercio y biodiversidad y pesca de captura marina.

Cabe consignar que las medidas que pueden adoptar los Estados sobre la base de la protección del ambiente no se tratan solo en el capítulo 20 ya señalado, sino que existen otras medidas cuyo fundamento en la protección del ambiente pueden ser identificadas de forma transversal en diversos capítulos del acuerdo. Así, desde su preámbulo, se destaca el reconocimiento del *de-*

[13] Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico [CPTPP] (2018), artículo 20.3.6.

recho inherente de los Estados para *regular,* y se reconoce la *flexibilidad* de las partes para determinar las:

> "prioridades legislativas y regulatorias, salvaguardar el bienestar público, y proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad, *el medio ambiente*, la conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos, la integridad y estabilidad del sistema financiero y la moral pública"[14].

Agrega también el preámbulo, la necesidad de:

> "promover altos niveles de protección del medio ambiente, incluso mediante la aplicación efectiva de las leyes ambientales, y fomentando los objetivos de desarrollo sostenible, incluso mediante políticas y prácticas comerciales y ambientales que se apoyen mutuamente"[15].

Más allá del preámbulo y su valor interpretativo, en otros capítulos del acuerdo también se establecen derechos de los Estados parte sobre la base de la protección del ambiente, tales como: el de incorporar nuevos reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad en el ámbito de obstáculos técnicos al comercio (artículo 8.7.10) o el de excluir de la patentabilidad de invenciones, cuando dicha exclusión tenga como fundamento evitar daños graves a la naturaleza o al ambiente (artículo 18.37.3). En materia de inversiones, el Estado puede –con ciertos límites– adoptar, mantener o hacer cumplir medidas apropiadas para asegurar que la actividad de inversión se realice de una manera sensible al ambiente (artículo 9.16). En materia de expropiación indirecta (anexo 9-B.3 letra b)), el capítulo de inversiones aclara:

> "salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente"[16].

Adicionalmente, el capítulo 19 (laboral), contiene una disposición relativa a la cooperación entre las partes para:

> "la creación de empleo productivo y de calidad vinculado al crecimiento sostenible y al desarrollo de habilidades para empleos en industrias emergentes incluidas las industrias ambientales"[17].

---

[14] Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico [CPTPP] (2018), Preámbulo.

[15] *Ibid.*

[16] *Op. cit.*, anexo 9-B.3 letra b.

[17] *Op. cit.*, artículo 19.10.6.a.

Por último, el capítulo relativo a la adopción de medidas restrictivas al comercio en los términos del artículo XX del GATT y XIV del GATS (General Agreement on Trade in Services de la Organización Mundial del Comercio), el CPTPP aclara que no se considerarán acciones contrarias al tratado aquellas medidas fundadas en la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o en la preservación los vegetales (artículo XX b) del GATT y XIV b) del GATS). Tampoco se considerarán contrarias al tratado aquellas medidas fundadas en la conservación de los recursos naturales agotables (artículo XX g) del GATT), su correlato en las restricciones a las inversiones señaladas en el artículo 9.10.3.d) en materia de inversiones incluyen las medidas ambientales.

A pesar de las normas señaladas y del marco de cooperación contenido en el artículo 20.12 del CPTPP, una de las críticas que se ha hecho a este tratado es que hace una mención escueta al elemento del cambio climático bajo una denominación distinta, comprendida como una "transición a una economía resiliente y baja en emisiones". En este punto, el acuerdo solo se limita a indicar que las partes se encuentran en conocimiento que la transición a una economía baja en emisiones requiere acciones colectivas, para luego consagrar un deber general de cooperación internacional en áreas tales como: eficiencia energética, desarrollo de tecnologías rentables de bajas emisiones, transporte sostenible, infraestructura urbana sustentable, abordar la deforestación y la degradación forestal, monitoreo de emisiones e intercambio de información y experiencias para abordar este problema.

De forma indirecta, también se pueden encontrar elementos asociados al combate de la crisis climática. En este sentido, se puede encontrar la norma relativa a la protección de la capa de ozono contenida en el artículo 20.5, la protección del medio marino de la contaminación por buques (artículo 20.6), mecanismos voluntarios para mejorar el desempeño ambiental (artículo 20.11), las normas sobre comercio y biodiversidad (20.13), la regulación sobre conservación y comercio, que apunta hacia el combate a la toma y comercio ilegal de flora y fauna silvestre (artículo 20.17). Sin embargo, la redacción de sus normas aparecen como obligaciones de conducta y no de resultados. A su vez, tampoco se imponen metas, planes de actuación, entregas de información de rendimiento o resultado de aplicación de políticas u hitos que puedan ser medidos y rastreables por los interesados. En este sentido, Oliver Hailes *et al.* apuntan a que su reconocimiento blando y la vaguedad de sus disposiciones contrastan con las normas exigibles diseñadas para proteger la rentabilidad de las inversiones extranjeras[18].

[18] Hailes *et al.* (2018).

III. Aproximación general a la solución de controversias ambientales del CPTPP

1. Conflictos internacionales ambientales y su contexto de resolución

Como punto usual de aproximación a las controversias ambientales internacionales, hemos señalado como fuente de conflictos entre Estados el carácter dinámico del ambiente, su interconexión e interdependencia global. En efecto, la alteración desproporcionada de ciertos componentes ambientales, aun cuando se realice en ejercicio de la soberanía en el área jurisdiccional del Estado, puede provocar efectos negativos y reprochables en otros países, dada la interconexión natural de los ecosistemas. Lo propio ocurre con la alteración de los denominados globales comunes como fuente de conflictos. Esto es, afectación a áreas compartidas más allá de la jurisdicción nacional (como océanos), daños al patrimonio común de la humanidad o preocupaciones compartidas por la suma de los Estados, como lo son las migraciones de especies, la capa de ozono o el cambio climático[19].

Desde un análisis interdisciplinario, Arnim Scheide *et al.*, sugieren que la escasez, la pobreza y el control de ciertos componentes ambientales se tratan comúnmente como las fuentes de los conflictos en el ámbito internacional. Con todo, hacen presente que los "recursos" que provee la naturaleza y la calificación de abundancia o escasez son una construcción social[20], por lo que la gobernanza de la distribución de esos componentes que se consideran limitados, es uno de los aspectos relevantes para el manejo de las discrepancias que pueden nacer con ocasión del ambiente, ya que por medio de pactos internacionales es posible acordar la forma en la que se resguardarán aquellos elementos que suministran los ecosistemas y que se consideran relevantes para evitar situaciones de tensión y conflicto.

Así, la regulación internacional para administrar conflictos relacionados con el ambiente tiene sus matices. Rüdiger Wolfrum y Nele Matz-Lück[21] destacan el aumento explosivo de la regulación del ambiente en el concierto internacional que, en menos de tres décadas generó cerca de mil instrumentos globales, regionales o fronterizos que incluían al menos una cláusula vinculada al ambiente, su uso o su protección. Como contrapartida, esto ha generado una superposición de instrumentos y, como podemos advertir, una compleji-

[19] Véase Cançado Trindade (2010), pp. 327-352.
[20] Duncan & Chakraborty (2020).
[21] Wolfrum & Matz (2003), p. 1.

dad adicional para su interpretación y armonización, lo que, a su vez (paradójicamente), ha sido fuente de conflictos por las distintas interpretaciones que se generan[22].

Rüdiger Wolfrum y Nele Matz-Lück[23] agregan que la proliferación de estos acuerdos también deja en evidencia los distintos estándares de protección y finalidades que se contemplan, lo que puede restar fuerza a la eficacia del derecho internacional en materia ambiental, al introducir importantes elementos de contradicción e incertidumbre. Pero, estos autores destacan, al mismo tiempo, que este choque de estándares también se puede dar producto del contraste internacional-local en distintos campos normativos, sea porque las partes cuentan en el plano interno con reglas más estrictas o laxas en comparación con el instrumento internacional, o por la regulación en un área jurisdiccional de un componente ambiental en ausencia de la regulación en el otro nivel, como lo podría ser la existencia de reglas en un tratado sin un correlato en el ámbito nacional que las permita aplicar[24].

Philippe Sands y Jacqueline Peel, entre otros, hacen notorio que las obligaciones ambientales internacionales, en particular en tratados comerciales, interceptan directa y de modo inmediato con intereses económicos. En este sentido, pueden existir incentivos a incumplir o cumplir solo parcialmente con las obligaciones y estándares de protección ecosistémica comprometidas, con la finalidad de obtener ventajas competitivas que favorezcan la economía nacional[25]. Estos aspectos son en especial sensibles en periodos de inestabilidad económico-política, crisis comerciales globales, regionales o locales, o también cuando se intenta compensar ganancias frente a la percepción de que otros Estados han obtenido mejores réditos producto del acuerdo. Así, siguiendo la interpretación de estos autores, el factor económico de los acuerdos ambientales puede exponer a las partes a conflictos, no por eventuales discrepancias intrínsecas sobre el ambiente, sino que por vía indirecta al intentar mejorar la posición comercial.

El incumplimiento de las obligaciones ambientales, más allá de los efectos comerciales-económicos específicos, puede poner en riesgo la estabilidad internacional. Al mismo tiempo la falta de acuerdos globales o su inefectividad también ha sido otro de los aspectos que genera controversias. Como ejemplo de ello, el caso más patente puede ser el cambio climático, del cual Naciones Unidas ha advertido, que producto de una respuesta poco ambiciosa y la falta de compromisos, es esperable que la modificación del clima mundial cree y exacerbe conflictos en el ámbito local, regional y global[26].

---

[22] Wolfrum & Matz (2003), p. 3.

[23] *Op. cit.*, p. 5.

[24] Sobre este punto, véase la primera parte de la obra de Wolfrum & Matz (2003).

[25] Sands and Peel (2018), p. 136.

[26] United Nations (2020).

Susana Borrás e Isabel Vilaseca, por otra parte, sugieren poner atención en otro foco: las empresas transnacionales, que, como es de imaginar, cuentan con incentivos directos a extender sus procesos productivos y comerciales producto de acuerdos como el CPTPP. En una visión crítica, expresan:

> "en la actualidad, las empresas transnacionales (ETN) son un actor clave en la proliferación de la inestabilidad en muchas regiones del mundo, generando graves conflictos sociales y ambientales. Los grandes proyectos de las empresas transnacionales basados en la explotación de recursos naturales y la destrucción del medio ambiente, se han convertido en la fuente principal de conflictos ambientales en todas las regiones del mundo, pero especialmente en América Latina, Asia y África"[27].

Como propuesta sostienen una serie de criterios que permitan hacer efectiva la responsabilidad y resolución del conflicto, comprendiendo en ella distintos foros, estrategias procesales, herramientas y actores incluyendo en todo caso a los Estados, en más de una de las variables[28].

A ello cabe agregar que, frecuentemente los mecanismos de solución de controversias que tienen un componente ambiental no se resuelven por sí mismas, sino que su resolución se encuentra asociada con acuerdos relativos a otras materias. Así, sin perjuicio de las atribuciones generales que tiene la Corte Internacional de Justicia para decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, foros como el mecanismo de solución de controversias de la OMC, el Tribunal de Derecho del Mar (ITLOS), los tribunales europeos e Interamericano de Derechos Humanos, entre otros, pueden resolver controversias ambientales internacionales a través de la interpretación y aplicación de los tratados que le otorgan competencia, que se encuentran asociados a cuestiones comerciales en el caso de la OMC, a la competencia que la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar le otorga al ITLOS, y la Convención Europea e Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de estos últimos tribunales internacionales. Así, la falta de una institución judicial internacional permanente en tratados multilaterales ambientales hace que, con carácter general, este tipo de controversias pueda ser resuelta solo en función de su conexión con otras materias que sean de controversia entre Estados.

Con lo anterior es posible advertir que el ámbito de la resolución de controversias internacionales en materia ambiental se desenvuelve en un entramado complejo de incentivos, instrumentos, objetivos, actores, competencias institucionales, fuerza normativa y relaciones geopolíticas.

---

[27] Vilaseca & Borràs (2014), pp. 136-137.

[28] *Op. cit.*, p. 170.

En búsqueda de una mayor claridad que permita orientar la reacción ante un conflicto internacional ambiental, se ha destacado que los tratados actuales se deben interpretar en este escenario, y adicionalmente se deben leer como herederos del desarrollo del derecho internacional ambiental y del derecho internacional en general, motivo por el que se debe lidiar con una proliferación de distintas fórmulas para la resolución de esta clase de controversias, desde mecanismos generales de interpretación, pasando por resolución de consultas, hasta cláusulas de determinación de foros particulares de discusión[29].

Con todo, Philippe Sands y Jacqueline Peel son claros al indicar que los mecanismos de resolución que consagran foros específicos de discusión son uno de los pilares esenciales del cumplimiento y éxito de los acuerdos internacionales, ya que contribuyen a reconocer un foro cierto y disponible a las partes, permitiendo una implementación efectiva y, con ello, hacer real las finalidades ambientales del pacto internacional[30].

En este sentido, y sin un ánimo exhaustivo, estos autores aconsejan analizar los siguientes aspectos de cara a una controversia ambiental gobernada por un instrumento internacional:

i) los pasos formales e informales que deben implementar los Estados parte acorde con las cláusulas sustantivas del pacto que gobierna la controversia, y de no haberse implementado las potenciales alternativas que se desencadenan;
ii) la identificación de los actores que pueden forzar el cumplimiento de los pactos ambientales, considerando el papel de ciudadanos y personas jurídicas al interior de los Estados y las acciones que puedan promover fuera de la frontera de sus Estados y
iii) qué técnicas, procedimientos e instituciones contempla el Tratado para la resolución de disputas que nacen producto del Tratado y sus limitaciones[31].

En una materia particular, Rüdiger Wolfrum y Nele Matz-Lück[32] también destacan los organismos internacionales existentes y su convivencia con los distintos instrumentos internacionales. Junto con enfatizar los límites del derecho internacional para lograr responder a todos estos desafíos que hemos venido identificando, aunque razonando sobre una pregunta particular relacionada con los modos en los que la comunidad internacional lidia con tratados en contradicción, concluyen en términos generales que la coordinación y cooperación son aspectos centrales que el diseño de resolución debe integrar.

[29] Sands and Peel (2018), p. 181.
[30] *Op. cit.*, p. 182.
[31] *Op. cit.*, p. 136.
[32] Wolfrum & Matz (2003), p. 5.

De este modo, queremos prevenir que las controversias ambientales en el plano internacional exigen el análisis de aspectos que van más allá de la identificación del foro u organismo particular que un instrumento contempla frente a una discrepancia. A su vez, debemos hacer un control de expectativas para racionalizar qué, efectivamente, podemos pedir a un acuerdo de esta naturaleza, qué conflictos puede de modo razonable resolver, en qué puede asistir a las partes y qué aspectos le son superiores u ajenos, más allá de los esfuerzos jurídicos que la comunidad pueda hacer para intentar darles una cabida en un instrumento específico.

En miras de estos elementos, a continuación destacaremos el diseño que ha seguido el CPTPP.

2. Aspectos generales de la solución de controversias ambientales en el CPTPP

Analizado el fenómeno desde la solución de controversias, en términos generales podemos decir que el tratado distingue un mecanismo de solución de controversias entre Estados, regulado esencialmente en el capítulo 28, en el que se excluyen ciertas materias (como el capítulo 24 sobre pequeñas y medianas empresas) y otras materias que pueden ser conocidas bajo ciertas condiciones (una de ellas precisamente el capítulo 20 sobre ambiente). Adicionalmente, el CPTPP contempla, a su vez, un segundo sistema frente a reclamos entre inversionistas y Estado cuya normativa está contenida en términos principales en el capítulo 9, junto a la regulación en otros capítulos específicos como ocurre en propiedad intelectual (capítulo 18) o telecomunicaciones (capítulo 13). Sobre estos últimos no nos detendremos, por exceder los objetivos, enfoque y marco conceptual de este trabajo.

Concentrándonos en los conflictos entre Estados, si se considera desde la perspectiva de los conflictos que pueden nacer con ocasión de la regulación de los ecosistemas, como fue tratado en la sección IV.1, el capítulo ambiental del CPTPP contiene limitadas obligaciones a los Estados en materia comercial-internacional-ambiental, constituyendo el grueso de su articulado disposiciones que tienden a reforzar ciertos compromisos, permitir conductas, habilitar espacios de discrecionalidad, pero en general sin una obligación de resultado exigible directamente a los suscriptores.

No obstante, dentro de las obligaciones ambientales en las relaciones comerciales que deben observar los Estados parte, se puede señalar la contenida en el artículo 20.3.4, que establece:

> "ninguna Parte dejará de aplicar efectivamente sus leyes ambientales a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente de una

> manera que afecte al comercio o a la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado para esa Parte"[33];

el artículo 20.3.6 que, en lo que interesa, señala:

> "una Parte no renunciará a aplicar o de otro modo derogará, u ofrecerá renunciar a aplicar o de otro modo derogar sus leyes ambientales de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada en esas leyes, con el fin de alentar el comercio o la inversión entre las Partes"[34].

En una línea similar, el artículo 20.5.1 relativo a la protección de la capa de ozono y el artículo 20.6.1 en materia de protección del medio marino de la contaminación por buques, el cual exige a los Estados al menos mantener la normativa existente relativa al cumplimiento del Protocolo de Montreal y sus enmiendas, en el primer caso, y especialmente al Convenio MARPOL, en el segundo, y a no reducir su protección en futuras legislaciones.

En el artículo destinado a asuntos procesales, se puede encontrar la mayor fuente de obligaciones para los Estados parte del CPTPP, exigiendo, entre otras cuestiones, que cada:

> "Parte asegurará que una persona interesada residiendo o establecida en su territorio pueda solicitar que las autoridades competentes de la Parte investiguen presuntas violaciones a sus leyes ambientales"[35].

En un mismo tenor, el CPTPP exige a los Estados parte la disponibilidad de procedimientos justos, equitativos, transparentes, que cumplan con el debido proceso, debiendo ser la publicidad de las audiencias la regla general en la materia (artículo 20.7.3), así como la obligación de disponer sanciones y reparaciones apropiadas para las violaciones a sus leyes ambientales, las que deben incluir la posibilidad de interponer las acciones pertinentes para reparar el eventual daño ambiental. Con ello vemos que, independiente de la nacionalidad de la empresa, su estatuto jurídico o su naturaleza público o privada, los Estados se comprometen a perseguir las responsabilidades ambientales, no siendo el desarrollo del comercio una excusa para dejar de regular, perseguir el cumplimiento y hacer efectiva las consecuencias por infracciones.

Estos compromisos junto con la regulación del capítulo ambiental, dejan ver que existe la posibilidad de que un Estado no resguarde el ambiente bajo los

[33] Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico [CPTPP] (2018), artículo 20.3.4.

[34] *Op. cit.*, artículo 20.3.6.

[35] *Op. cit.*, artículo 20.7.2.

estándares indicados. Frente a estos casos, sin perjuicio del espacio que de modo indirecto el CPTPP deja a los residentes y nacionales del Estado parte a recurrir a la jurisdicción nacional para que se persiga el cumplimiento de los compromisos ambientales, también abre una puerta para que otros Estados parte, que se vean afectados en la relación comercial-ambiental, puedan activar los mecanismos contemplados en el acuerdo para la solución de dicha controversia.

En efecto, son diversas las disposiciones relativas a la solución de controversias Estado-Estado que resultan aplicables a las cuestiones vinculadas al ambiente, muchas de ellas contempladas en el propio capítulo 20 (ambiente) del Tratado, y también, en el capítulo 28 (solución de controversias) del CPTPP.

En lo que respecta al capítulo específico relativo al ambiente, las disposiciones aplicables sobre solución de controversias se encuentran en términos fundamentales en los artículos 20.19 –relativo a la creación del Comité de Medio Ambiente–, 20.20 –sobre consultas medioambientales–, 20.21 –sobre consultas de representantes de alto nivel–, 20.22 –sobre consultas ministeriales– y 20.23 –derechamente sobre solución de controversias–. El diseño propuesto por el capítulo 20 es una especie de escalera, que se estructura sobre la idea central de evitar en todo momento la activación del mecanismo de solución de controversias del artículo 20.23, quedando este como una forma de *ultima ratio* cuando la controversia no puede resolverse por los demás mecanismos.

Por otra parte, en aquello relacionado con el capítulo 28 sobre solución de controversias, el artículo 28.3 determina su ámbito de aplicación, que se encuentra constituido:

i) por la prevención y solución de las controversias entre las partes respecto de la interpretación o aplicación del Tratado (artículo 28.3.1.a);
ii) las reclamaciones por incompatibilidad con una obligación del Tratado de una medida vigente o en proyecto de normativa (artículo 28.3.1.b);
iii) o por incumplimiento del propio Tratado (artículo 28.3.1.b) y
iv) las reclamaciones sin infracción, esto es, la eventual anulación o menoscabo de alguno de los beneficios que razonablemente pudiera haber esperado uno de los Estados suscriptores, en relación con diversos capítulos del CPTPP[36] –dentro de los cuales no se encuentra el capítulo 20 sobre ambiente–, por la aplicación de una medida que no es incompatible con el Tratado.

[36] Se refiere a los capítulos de trato nacional y acceso de mercancías al mercado, reglas de origen y procedimientos relacionados con el origen, mercancías textiles y prendas de vestir, administración aduanera y facilitación de comercio, obstáculos técnicos al comercio, comercio transfronterizo de servicios y al capítulo de contratación pública.

IV. Análisis especial: mecanismos preventivos y reactivos ante controversias en el CPTPP

1. Mecanismos de consulta preventivo-colaborativo

Como lo señalamos (véase sección III.2), el CPTPP optó por un sistema de promoción y prelación que busca evitar, en la medida de lo posible, la activación del mecanismo de solución de controversias establecido en el artículo 20.23[37]. Esta estrategia considera que este último mecanismo debe ser utilizado únicamente como última opción, cuando todas las demás alternativas para resolver la controversia han sido agotadas e infructuosas.

Así, en primer lugar, el artículo 20.20 establece las denominadas consultas medioambientales, que se definen como un mecanismo de autocomposición entre los Estados eventualmente involucrados en alguna diferencia de interpretación o aplicación del capítulo 20. Así, el principio general en materia de consultas es que las partes procuren acordar la interpretación y aplicación

[37] La disposición prescribe: "Artículo 20.23: Solución de Controversias. 1. Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto conforme al Artículo 20.20 (Consultas Medioambientales), el Artículo 20.21 (Consultas de Representantes de Alto Nivel) y el Artículo 20.22 (Consultas Ministeriales) dentro de los 60 días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud conforme al Artículo 20.20 (Consultas Medioambientales) o en cualquier otro periodo de tiempo que las Partes consultantes podrán acordar, la Parte consultante podrá solicitar consultas conforme el Artículo 28.5 (Consultas) o solicitar el establecimiento de un grupo especial conforme al Artículo 28.7 (Establecimiento de un Grupo Especial).

2. No obstante lo dispuesto en el Artículo 28.15 (Función de los Expertos), en una controversia que surja conforme al Artículo 20.17.2 (Conservación y Comercio) un grupo especial convocado conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) deberá: (a) buscar asesoramiento o asistencia técnica, según sea apropiado, de una entidad autorizada conforme a la CITES para abordar el asunto particular, y proporcionar a las Partes consultantes la oportunidad de comentar sobre dicho asesoramiento o asistencia técnica recibida; y (b) dar la debida consideración a cualquier orientación interpretativa recibida de conformidad con el subpárrafo (a) sobre el asunto, en la medida de lo apropiado a la luz de su naturaleza y condición, al elaborar sus conclusiones y determinaciones conforme al Artículo 28.17.4 (Informe Inicial).

3. Antes de que una Parte inicie un caso de solución de controversias conforme a este Tratado por un asunto que surja conforme al Artículo 20.3.4 (Compromisos Generales) o el Artículo 20.3.6, dicha Parte considerará si mantiene leyes ambientales que son sustancialmente equivalentes en su ámbito a las leyes ambientales que serían objeto de la controversia.

4. Si una Parte solicita consultas a otra Parte conforme al Artículo 20.20 (Consultas Medioambientales) por un asunto que surja conforme al Artículo 20.3.4 o 20.3.6 (Compromisos Generales), y la Parte consultada considera que la Parte consultante no mantiene leyes ambientales que son sustancialmente equivalentes en su ámbito a las leyes ambientales que serían objeto de la controversia, las Partes discutirán la cuestión durante las consultas".

del capítulo ambiental, a través del diálogo, la consulta, el intercambio de información y la cooperación, de manera de abordar cualquier asunto que pudiera afectar el funcionamiento de este capítulo.

Así, una parte puede solicitar consultas con cualquier otra parte respecto de cualquier asunto que surja conforme al capítulo 20, a través de una solicitud escrita al punto de contacto[38] de la parte consultada, que deberá contener información específica y suficiente para permitir que sea respondida, incluyendo la identificación del asunto en cuestión y una indicación de la base legal de la solicitud. A su vez, dicha comunicación deberá ser remitida a los demás puntos de contacto, para los efectos de que otros Estados que puedan tener un interés sustancial en el asunto consultado puedan participar formalmente del procedimiento. Para poder ejercer dicha facultad, el Estado tiene siete días contados desde la fecha de la circulación de la solicitud de consulta, y deberá explicar su interés sustancial en el asunto. La finalidad de este proceso, según lo señala en términos expresos el artículo 20.20.5, es que las partes logren una solución mutuamente satisfactoria a la controversia planteada.

Cabe señalar, como cuestión previa a la revisión de la segunda etapa del mecanismo de solución de controversias en materia del capítulo ambiental, que el artículo 20.19 crea el denominado Comité de Medio Ambiente, compuesto por representantes gubernamentales de alto nivel, o sus designados, de las autoridades nacionales relevantes de comercio y ambiente de cada parte, cuyo objetivo es supervisar la implementación del capítulo relativo a ambiente.

En lo que interesa al mecanismo de solución de controversias, el Comité tiene como función proporcionar un foro para la discusión y revisión de la aplicación del capítulo ambiental (artículo 20.19.3.a), así como la de considerar y procurar resolver los asuntos que le sean remitidos a través de las consultas de representantes de alto nivel, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.21 (artículo 20.19.3.d).

En este contexto, el artículo 20.21 señala que, en caso de que las partes no logren una solución mutuamente satisfactoria con el procedimiento de consultas, se puede solicitar la reunión del Comité de Medioambiente para considerar el asunto, debiendo circular la solicitud a las demás partes. El Comité, al abordar la solicitud, podrá recolectar información científica y pertinente de expertos gubernamentales o no gubernamentales. Cabe considerar que, de acuerdo con lo dispuesto 20.19.5, el Comité de Medioambiente adoptará la decisión por consenso, cuestión que, por cierto, involucra la decisión favorable de las partes en la controversia.

El tercer paso de la escalera, consiste en las denominadas consultas ministeriales, mediante la cual una parte consultante puede referir el asunto a los

[38] Los puntos de contacto son autoridades designadas por cada parte, con el fin de facilitar la comunicación entre las partes para la implementación del capítulo ambiental.

ministros relevantes de las otras partes para intentar resolver la diferencia. Cabe consignar que estos procedimientos de consulta son de índole reservada y confidencial.

2. Solución de controversias ambientales en el CPTPP: mecanismos heterocompositivos

Subsidiariamente a todos estos procedimientos, se encuentra el mecanismo de solución de controversias contenido en el artículo 20.23 del CPTPP, que debe leerse junto con lo dispuesto en el capítulo 28, correspondiente al mecanismo de solución de diferencias Estado-Estado.

Así, una vez agotada la vía de las consultas, una parte puede volver a solicitar consultas –cuestión que aparece como poco probable luego de haber agotado tres instancias previas de consultas específicas–, aunque ahora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.5 del CPTPP. De no optar por nuevas fórmulas de consultas, puede intentar derechamente por solicitar el establecimiento de un panel o grupo especial, según lo dispone el artículo 28.7. En este segundo caso, el artículo 28.9.5 dispone que los miembros del grupo especial distintos al presidente tendrán conocimiento especializado o experiencia en derecho o práctica en materia ambiental[39].

En lo formal, si opta por la vía de las consultas del artículo 28.5, debe formular las razones de su solicitud, identificar la medida vigente o en proyecto que se intenta impugnar y los fundamentos jurídicos, cuestión que deberá ser respondida por la parte consultada dentro del plazo de siete días desde su notificación. Cabe consignar que el objetivo de este procedimiento de consultas es el mismo que el previsto en el capítulo 20, esto es, lograr una solución mutuamente satisfactoria entre las partes. Para el cumplimiento de este objetivo, el artículo 28.5.6 señala que la parte consultante debe proporcionar suficiente información para permitir un análisis completo de cómo la medida vigente o en proyecto podría afectar el funcionamiento y aplicación del Tratado, y que la información intercambiada será tratada como confidencial. En este sentido, parece más razonable adoptar, *mutatis mutandi*, los procedimientos previstos en el mecanismo de consulta del artículo 28.5 como parte de las consultas del capítulo 20 del CPTPP.

[39] En rigor, la traducción al español contiene una impropiedad, al prescribir en términos literales: "los miembros del grupo especial distintos al presidente tendrán conocimiento especializado o experiencia en derecho o práctica en materia laboral". Sin embargo, la versión en inglés de dicha norma –que prevalece de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del propio Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico– señala en términos expresos que el conocimiento especializado o experiencia se refiere a derecho ambiental.

Por su parte, si opta por la segunda vía, el artículo 28.7.3 establece que la parte reclamante debe identificar la medida u otro asunto en cuestión, y entregar un breve resumen del fundamento jurídico de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema de forma clara. Además, el tratado dispone que los grupos especiales no pueden establecerse para conocer medidas en proyecto (artículo 28.7.7).

Otras reglas particulares en materia de solución de controversias relativas a la interpretación y aplicación del capítulo 20 del CPTPP tiene relación con aquellas consultas relativas a los compromisos generales contenidos en el artículo 20.3.4 y 20.3.6[40], en las cuales se obliga al Estado consultante considerar si mantiene leyes ambientales que son sustancialmente equivalentes en su ámbito a las leyes ambientales que serían objeto de la controversia y, en caso que la parte consultada considera que la consultante no mantiene leyes ambientales que son en esencia equivalentes en su ámbito a las leyes ambientales que serían objeto de la controversia, las partes discutirán la cuestión durante las consultas.

De las normas descritas, surge que el mecanismo de solución de diferencias diseñado para resolver aquellas cuestiones que surjan del capítulo ambiental del CPTPP es de *ultima ratio* frente a los diversos mecanismos de consulta previsto en el Tratado, que, a su vez, se compone de diversas instancias –todas ellas confidenciales– que buscan discutir medidas ambientales ya vigentes o en proyecto. En otras palabras, al menos en términos teóricos, los mecanismos de consulta pueden ser usados como instancias de negociación de medidas ambientales, cuando dichas medidas puedan afectar intereses de otros Estados vinculados con el tratado.

3. *Algunos casos particulares: especies amenazadas y comunicaciones públicas*

Otras disposiciones particulares respecto del mecanismo de solución de controversias que involucran al capítulo ambiental se encuentran referidas a aquellas relativas al cumplimiento de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, o convenio CITES. En efecto, como cuestión de carácter general, la disposición del artículo 20.17.2

[40] La primera de las normas señala: "Ninguna Parte dejará de aplicar efectivamente sus leyes ambientales a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente de una manera que afecte al comercio o a la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado para esa Parte". La segunda de las normas señala: "una Parte no renunciará a aplicar o de otro modo derogará, u ofrecerá renunciar a aplicar o de otro modo derogar sus leyes ambientales de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada en esas leyes, con el fin de alentar el comercio o la inversión entre las Partes".

circunscribe una potencial controversia a la adopción, mantención e implementación de leyes, reglamentos y otras medidas para dar cumplimiento a sus obligaciones. A su vez, establece una regla de carga probatoria y otra regla de preeminencia de mecanismos de solución de controversias.

En cuanto a la primera de las reglas, la nota 23 al artículo 20.17.2 dispone que para establecer una violación de ese párrafo, una parte debe demostrar que otro Estado no ha adoptado, mantenido o implementado leyes, reglamentos u otras medidas para cumplir sus obligaciones conforme a la CITES de una manera que afecte al comercio o a la inversión entre las partes. En estos términos, es una regla que no tiene por objetivo resolver una controversia solo respecto del cumplimiento de una obligación estrictamente ambiental, sino que debe estar de modo necesario asociada con una afectación efectiva del comercio o de la inversión entre las partes.

La segunda regla, por su parte, exige a la parte reclamante *procurar*, en primera instancia, abordar el asunto a través de un procedimiento consultivo o de otra naturaleza conforme a la CITES, cuyo artículo XVIII contiene una primera etapa consistente en la negociación entre las partes involucradas en la controversia. Si ello no da resultado, las partes pueden, de común acuerdo, someter la controversia a arbitraje, especialmente –señala el artículo XVIII.2– a la Corte Permanente de Arbitraje. En consecuencia, no contiene una regla de competencia obligatoria a un mecanismo judicial como es el arbitraje, sino que lo mantiene como voluntario. De este modo, en lo que respecta a esta regla específica (y en el entendido del cumplimiento de buena fe del tratado), se puede entender que frente a una controversia relativa al cumplimiento del Convenio CITES, que afecte el comercio o la inversión entre las parte de conformidad con el CPTPP, las partes habrán de resolver la diferencia a través del mecanismo de negociación contenido en el artículo XVIII.1 del Convenio CITES, y si ello no resultare y las partes no acordaren el mecanismo de arbitraje contenido en la regla del artículo XVIII.2, se activaría el mecanismo previsto en el tratado.

Otra regla específica relativa a las controversias en que se encuentre en discusión el cumplimiento del Convenio CITES tiene relación con ciertas obligaciones que tiene el grupo especial conformado para su resolución. En efecto, el artículo 20.23.2.a) señala que, en estos casos, el grupo especial deberá:

> "buscar asesoramiento o asistencia técnica, según sea apropiado, de una entidad autorizada conforme a la CITES para abordar el asunto particular, y proporcionar a las Partes consultantes la oportunidad de comentar sobre dicho asesoramiento o asistencia técnica recibida"[41].

[41] Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico [CPTPP] (2018), artículo 20.23.2.a).

Una segunda obligación del grupo especial consiste en dar una debida consideración a las orientaciones interpretativas recibidas dentro del marco de dicho asesoramiento o asistencia técnica al elaborar sus conclusiones y determinaciones en su informe preliminar exigido en el artículo 28.17.4 del CPTPP.

Otra hipótesis que debe ser tenida en consideración, tiene relación con la disposición sobre comunicaciones públicas contenida en el artículo 20.9. En efecto, el artículo 20.9.1 señala:

> "Cada Parte dispondrá la recepción y consideración de comunicaciones escritas de personas de esa Parte respecto a su implementación de este Capítulo. Cada Parte responderá oportunamente a dichas comunicaciones por escrito y de acuerdo con sus procedimientos nacionales, y pondrá a disposición del público las comunicaciones y las respectivas respuestas, por ejemplo mediante su publicación en un sitio web público apropiado"[42].

De esta forma, cualquier persona nacional de cada Estado parte, podrá comunicar por escrito aquellas cuestiones de interés respecto de la implementación del capítulo ambiental del CPTPP, las que deben ser respondidas por el Estado receptor de la comunicación.

Es interesante en este punto hacer notar la disposición del artículo 20.9.4, que establece:

> "Si una comunicación afirma que una Parte no está aplicando efectivamente sus leyes ambientales, a continuación de la respuesta por escrito a la comunicación de esa Parte, cualquier otra Parte podrá solicitar que el Comité de Medio Ambiente (Comité) discuta la comunicación y la respuesta escrita, con miras a una mejor comprensión del asunto planteado en la comunicación y, según sea apropiado, para considerar si el asunto podría beneficiarse de las actividades de cooperación"[43].

Sin perjuicio que la norma está prevista en el sentido de buscar mecanismos de cooperación como una forma de enfrentar una eventual falta de implementación del capítulo ambiental del tratado, nada impide que dicha comunicación como su respuesta pueda constituir una forma adicional e indirecta de activación del mecanismo de solución de diferencias descrito en este trabajo.

---

[42] Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico [CPTPP] (2018), artículo 20.9.1.

[43] *Op. cit.*, artículo 20.9.4.

Conclusiones

La pregunta por los mecanismos de resolución de controversias es esencial para la eficiencia y efectividad del derecho internacional ambiental, así como para la aplicación del propio CPTPP, en especial para resguardar el equilibrio entre la política comercial y la política ambiental garantizando, de esta forma, que se generen sinergias positivas entre el ambiente y la regulación y promoción del comercio internacional.

Estas finalidades se ven traspasadas al CPTPP, por el cual se establecen compromisos asumidos por las partes para promover la protección ambiental mutua, de buena fe y con la intención efectiva de resguardar el ambiente, sin recaer en malas prácticas como no implementar regulaciones ambientales para favorecer la posición de un Estado parte en materias mercantiles, o al contrario utilizar leyes o medidas ambientales como una medida encubierta para afectar el comercio o la inversión de otro Estado parte.

A su vez, el acuerdo reconoce de forma implícita el carácter dinámico del ambiente y su consecuente necesidad de regulación adaptable, cambio normativo y estrategias de cumplimiento innovativas. Por ello, el tratado habilita la adecuación de las leyes ambientales internas de cada parte y les otorga la facultad de establecer, adoptar o modificar las políticas que sean necesarias para esa finalidad. Así, en materia ambiental las partes cuentan con discrecionalidad para adoptar decisiones relacionadas con el cumplimiento normativo, reglamentario y ejercicio de las vías judiciales pertinentes.

Junto con el derecho a regular en materias ambientales que se consagró en favor de la protección de los ecosistemas al interior de cada Estado parte, también es relevante destacar la obligación del artículo 20.3.6 del CPTPP, por la cual las partes adquieren el deber de mantener niveles de protección y no disminuir la protección ambiental con la finalidad de promover la inversión y comercio, lo que se traduce en una aplicación y reconocimiento del principio de no regresión. De forma adicional, se leen aquellas disposiciones que buscan reiterar el marco del desarrollo sustentable en su interconexión con aspectos tales como materias laborales o de salubridad pública. Con ello vemos la integración de los principios del derecho internacional ambiental en el interior de este tratado.

Como es posible advertir, tales sinergias positivas comercio-ambiente son ambiciosas. El territorio que cubren los Estados suscriptores del CPTPP es amplio y con ello, el alcance que potencialmente puede generar una relación positiva entre inversión internacional y resguardo de ecosistemas es considerablemente relevante. De modo adicional, estas sinergias comprenden distintas realidades y experiencias regulatorias, con lo que se genera un diálogo entre suscriptores que permite un beneficio mutuo al ser posible un intercambio de los

aprendizajes que ha obtenido cada Estado parte en la búsqueda de una actividad comercial respetuosa de los ecosistemas.

Sin embargo, si bien los desafíos son ambiciosos y la potestad regulatoria de los Estados es necesaria, los riesgos también son considerables. En efecto, el desafío de alinear a un nivel regional mayor el comercio global con el ambiente, bajo Estados que enfrentan realidades muy diversas y aproximaciones culturales y legales propias de su desarrollo histórico, de forma inevitable genera una exposición a grandes tensiones.

Como hemos tenido ocasión de analizar, estas potenciales tensiones no fueron omitidas en las negociaciones del CPTTP. Por el contrario, se diseñó un mecanismo que intenta promover la cooperación internacional y las buenas relaciones, intentando evitar situaciones de conflicto en materia comercial ambiental. Pero, de generarse situaciones de controversia, el acuerdo también contempló distintas reacciones.

Así, en nuestra opinión, los mecanismos de consulta preventivo-colaborativos, junto con evitar situaciones de conflicto, pueden generar un espacio en el que, al promover el diálogo, se genere un intercambio de experiencias, flujos de conocimiento y acercamientos entre los Estados suscriptores que redunde en mejoras regulatorias en toda la cadena normativa, desde la dictación y adecuación de los estándares hasta la fiscalización y reacción ante incumplimientos. Sin embargo, también tiene el riesgo de poner en cuestión las medidas ambientales que cada Estado intente adoptar, cuando ello afecte intereses comerciales de otros Estados parte, atendido que la propia vocación del CPTPP se sitúa en el ámbito comercial, y no estrictamente en el ámbito ambiental.

Por otra parte, es posible apreciar que el CPTPP es heredero del desarrollo del derecho internacional y del derecho internacional ambiental. En efecto, este acuerdo contiene un mecanismo de solución de controversias muy similar en sus términos al mecanismo contenido en la Organización Mundial del Comercio, y cuyo ámbito de aplicación se sitúa en el contexto de la prevención y solución de controversias en materia de interpretación y aplicación de las normas del tratado, reclamaciones por medidas vigentes o en proyecto eventualmente incompatibles con las disposiciones del tratado, así como también las denominadas reclamaciones sin infracción.

A su vez, el CPTPP contempla sistemas híbridos de resolución de conflictos, que combinan enfoques tradicionales con mecanismos preventivos de diálogo, como ha sido explicado. En estos mecanismos presentes en el tratado para la solución de controversias, podemos apreciar que existe, a su vez, una conexión con los bienes jurídicos tutelados en materia internacional: la paz y la seguridad, los derechos humanos y la cooperación internacional. De forma llamativa y siguiendo una larga tendencia global, el ambiente se levanta como una de aquellas áreas.

La suficiencia de estos mecanismos es difícil de evaluar, dado que hasta la fecha no hay antecedentes de su activación por parte de los Estados o de haberlas, estas materias están en buena medida gobernadas por la confidencialidad y secreto de las conversaciones sostenidas por las partes. Como destacamos en la sección III.2 de este artículo, las incertidumbres que rodean al derecho internacional ambiental, al mismo tiempo que los propios elementos de incerteza que aporta la evolución del comercio y la tecnología, hacen complejo determinar si todos los mecanismos contemplados por el CPTPP son aquellos que necesitan los Estados para alinear el comercio con la protección ambiental en relaciones de cooperación en lugar de confrontación.

Al mismo tiempo, la exclusión de materias o inclusión parcial de otras que realiza el capítulo 28 sobre solución de controversias, entre ellas las ambientales, también genera elementos de incertidumbre y puede limitar, coartar o retrasar las reacciones que la comunidad internacional necesita para administrar las controversias de desacuerdos entre aspectos comerciales-ambientales.

Como sugerían Rüdiger Wolfrum y Nele Matz-Lück, en estos escenarios de proliferación normativa, múltiples foros de resolución de conflictos, complejidad técnica de las materias e incertidumbre, la sencillez de un acuerdo puede ser valorable en la medida que logre disolver puntos oscuros y habilite a los agentes respectivos activar los sistemas en los momentos indicados, para cumplir con la finalidad del acuerdo. Pero, como destacamos, son objetivos ambiciosos, difíciles de alcanzar sin que todos los actores tengan presente estas máximas. Ello puede ser una de las tareas que genera transversalmente a toda la sociedad el CPTPP, en la relación entre comercio internacional y la protección de ecosistemas.

Bibliografía

Boguszewski, Mariusz (2022): "New generation free trade agreements as a driver of institutional change: A case of Vietnam" (version 2; peer review: 2 approved. Disponible en https://doi.org/10.12688/stomiedintrelat.17489.2

Brandi, Clara; Blümer, Dominique & Morin, Jean-Frédéric (2019): "When Do International Treaties Matter for Domestic Environmental Legislation?", *Global Environmental Politics*, vol. 19, issue 4: pp. 14-44. Disponible en https://doi.org/10.1162/glep_a_00524 [fecha de consulta: 17 de abril de 2023].

Charnovitz, Steve (2003): "Trade and climate: Potential conflicts and synergies", Aldy, Joseph E. *et al.*, *Beyond Kyoto: Advancing the International Effort Against Climate Change* (Washington D.C.: Brookings Institution Press).

De la Rosa, Raúl Valentín (2020): *Prevención internacional de conflictos*. Disponible en https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/42907/TFM-N.%20103.pdf?sequence=1 &isAllowed=y [fecha de consulta: 24 de abril de 2023].

Duncan, J. & Chakraborty, S. (2020): "A methodology for optimising the degree of prefabrication in building design", *Journal of Cleaner Production*, vol. 256. Disponible en https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2020.102104

Edmond, Charlotte (2023): "The United Kingdom is set to join the trans-Pacific free trade pact. Here's what you need to know". Disponible en www.weforum.org/agenda/ 2023/04/ cptpp-trade-tariff-brexit-uk/

García Izquierdo, Bernardo (2002): *Una nueva oportunidad para la prevención de conflictos. Análisis comparativo de las políticas de Estados Unidos y de la Unión Eu ropea sobre la prevención de conflictos violentos* (Bilbao: Universidad de Deusto).

García-Corrochano Moyano, Luis (2017): "La solución de controversias entre estados en los tratados de libre comercio", *UPC Review of Global Management*, vol. 3, n.º 1: pp. 52-58.

Hailes Oliver *et al*. (2018): "Climate Change, Human Health and the CPTPP", *The New Zealand Medical Journal*, vol. 131, No. 1471.

Orrego Vicuña, Francisco. (2004): *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society: Constitutionalization, Accessibility, Privatization*. Disponible en https://doi.org/10.1017/CBO9780511735257

Raffo-López, Leonardo, Hernández-García, Edwin. & Díaz-España, **Víctor** (2018): "La Alianza del Pacífico y los efectos potenciales del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica sin Estados Unidos". *Revista Finanzas y Política Económica*, vol. 10, n.º 1: pp. 65-110. Disponible en https://doi.org/10.14718/revfinanzpolitecon.2018.10.1.3

Rodríguez Mackay, Miguel Ángel. (2013): "El principio de solución pacífica de controversias como norma de ius cogens en el Derecho Internacional", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 11, n.º 12: pp. 105-140. Disponible en www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xli_curso_derecho_internacional_2014_miguel_angel_rodriguez_mackay.pdf [fecha de consulta: 24 de abril de 2023].

Sands, Philippe and Peel, Jacqueline (2018): *Principles of International Environmental Law* (Cambridge University Press, four edition).

Schott, Jeffrey, Muir, Julia (2012): "Environmental Issues in the TPP", in Lim, C.L., Elms, Deborah, Low, Patrick: *The Trans-Pacific Partnership. A Quest for a Twenty-First-Century Trade Agreement* (Cambridge: CUP).

Scheidel, A. *et al*. (2020): Environmental conflicts and defenders: A global overview. *Global Environmental Change*, vol. 63. Disponible en https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2020.102104

Spain, Anna (2013): "International Dispute Resolution in an Era of Globalization", in Andrew Guiora and Mohamed Ali (eds.). *International Law in the New Age of Globalization* (Leiden: Brill): pp. 41-70. Disponible en https://doi.org/10.1163/9789004228818_004

Cançado Trindade, Antônio (2010): "Conceptual Constructions: Common Heritage of Mankind and Common Concern of Mankind", en Cançado Trindade, Antônio Augusto (ed.), *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium* (Leiden, Netherlands): pp. 327-352. Disponible en https://doi.org/10.1163/9789004255074_015

Vilaseca Boixareu, Isabel & Borrás Pentinat, Susana (2014): "Los conflictos ambientales causados por empresas transnacionales: realidades y retos jurídicos internacionales", en Santos, Ricardo Soares Stersi dos & Annoni, Danielle (orgs.), C*ooperação e Conflitos Internacionais: Globalização, Regionalismo e Atores* (Curitiba: Multideia Editora Ltda.).

Wolfrum, Rüdiger & Matz-Lück, Nele (2003): C*onflicts in International Environmental Law* (Berlin: Springer).

Wu, Terry, Chadee, Doren (2022): "Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP): Implications for the Asia-Pacific Region", in Wu, Terry; Bu, Nailin (eds.), *International Business in the New Asia-Pacific. Advances in Theory and Practice of Emerging Markets*. Disponible en https://doi.org/10.1007/978-3-030-87621-0_3

Otros

Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico CPTPP (2018): Artículo 20.2.3. Disponible en www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/cptpp#:~:text=El%20Tratado%20Integral%20y%20Progresista,la%20regi%C3 %B3n%20de%20Asia%20Pac%C3%ADfic [fecha de consulta: 29 de abril de 2024].

Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana (2018): *Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios E Integración Latinoamericana, sobre el proyecto de acuerdo que aprueba el "Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico entre Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, los Estados Unidos Mexicanos, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, la República de Chile, la República del Perú, la República de Singapur y la República Socialista de Vietnam, y las cartas intercambiadas en el contexto del mismo, todos suscritos en Santiago, Chile, el 8 de marzo de 2018*. Disponible en www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12717&prmBOLETIN=12195-10 [fecha de consulta: 24 de abril de 2023].

Corte Permanente de Arbitraje: *PCA-CPA. s.f. "Introducción – Historia"*. Disponible en https://pca-cpa.org/es/about/introduction/history/ [fecha de consulta: 24 de abril de 2023].

Naciones Unidas (1992): Agenda 21, Chapter 30: Strengthening the Role of Business and Industry. Disponible en www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter30.htm [fecha de consulta: 29 de abril de 2023].

UN WORKING GROUP ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS (2021): *Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas* [A/HRC/47/39]. Ginebra.

UNITED NATIONS (2020): *Security Council Press Statement on Mali, SC/14260*. Disponible en www.un.org/press/en/2020/sc14260.doc.htm [fecha de consulta: 24 de abril de 2023].

WORLD TRADE ORGANIZATION (2012): *Harnessing trade for sustainable development and a green economy*. Disponible en www.wto.org/english/res_e/publications_e/brochure_rio_ 20_e.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

LA TRANSFORMACIÓN DE LOS TRATADOS DE COMERCIO INTERNACIONAL Y LA IRRUPCIÓN DE NUEVAS TEMÁTICAS

THE TRANSFORMATION OF INTERNATIONAL TRADE TREATIES AND THE EMERGENCE OF NEW TOPICS

*Andrés Culagovski**

Resumen: Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, los tratados de libre comercio han complementado el sistema multilateral de comercio. En principio, regulaban principalmente los aranceles, pero de forma paulatina se han ido incorporando nuevas temáticas, incluyendo la protección de los derechos laborales y de la perspectiva de género aplicada al comercio. Estos temas han tendido a regularse en el ámbito de la cooperación, sin obligaciones sustantivas que puedan ser objeto de solución de controversias. Pero tratados recientes en que ha participado Chile, como el CPTPP, permiten aplicar sanciones comerciales para asegurar su ejecución efectiva.

Palabras claves: derecho internacional; tratados de libre comercio; CPTPP

Abstract: Since the end of the Second World War, free trade agreements have complemented the multilateral trade system. At first, they mainly regulated tariffs, but new topics have been included progressively, including labour rights and gender perspective. These issues have tended to be treated as areas of cooperation, without substantive obligations that can be pursued through dispute resolution. However, recent treaties in which Chile has par-

* Abogado de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho de la London School of Economics and Political Science. Vicepresidente ejecutivo Caja de Previsión de la Defensa Nacional. Correo electrónico: aculagovskir@udd.cl

ticipated, including notably the CPTPP, allow for trade sanctions to ensure their effective implementation.

Keywords: international law; free trade agreements; CPTPP

Introducción

Desde la recuperación de la democracia en 1990, Chile se ha incorporado a los tratados de libre comercio (TLC) como parte fundamental de su estrategia de crecimiento e integración económica con el mundo. Chile es uno de los países, sino el país, con más acuerdos comerciales en el mundo, con acceso a través de los mismos al 62,48 % de la población mundial y a un 86,98 % del producto interno bruto mundial[1]. Los acuerdos suscritos por Chile no solo facilitan el acceso de nuestros productos a los mercados mundiales, sino que han ido incorporando paulatinamente otras disciplinas y temáticas, para ensanchar las posibilidades económicas de las personas y empresas chilenas, al mismo tiempo que se fueron adquiriendo nuevos compromisos.

Así, los primeros TLC suscritos por Chile fueron los llamados Acuerdos de Complementación Económica (ACE), incluyendo los firmados con Bolivia (1993), Venezuela (1993) y el MERCOSUR (1996)[2]. Estos se centraban en la desgravación arancelaria y en las normas de origen, que permiten asegurar que un producto puede beneficiarse de la desgravación. En 1997 entró en vigor el de Chile con Canadá, que marcó un salto cuantitativo con los ACE. Ello, por cuanto su texto se basó en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (conocido como NAFTA), que incorporaba disciplinas en una serie de áreas más allá de la desgravación comercial. Ello incluía disciplinas en comercio de servicios, telecomunicaciones, competencia. Inversiones, al mismo tiempo que regulaba las llamadas políticas de "defensa comercial", esto es los derechos anti*dumping* y derechos compensatorios por subsidios. El tratado también incluía acuerdos de cooperación laboral y ambiental.

Este nuevo esquema de TLC fue seguido por Chile en sus tratados con México (1999), Corea del Sur (2004) y Estados Unidos (2004), entre otros. Otros tratados, como el Acuerdo de Alcance Parcial con India (2007) incorpora una parte de estas nuevas temáticas, aun cuando no se refiere a materias como las inversiones o el comercio de servicios.

En los últimos años, el crecimiento del comercio mundial y de los tratados de libre comercio se han dado en un contexto de creciente participación

[1] Fact Checking (2019).

[2] Textos disponibles en /www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes

de la sociedad civil en los procesos de negociación y ratificación de los TLC. En Chile, un ejemplo patente fue la oposición de muchos sectores a la ratificación del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (conocido como TPP11), que finalmente fue ratificado en diciembre de 2022.

La mayor participación de la sociedad civil también se ha expresado en la incorporación a los TLC de nuevos temas que generalmente no se entendían vinculados al libre comercio, tales como el ambiente, la promoción de las pequeñas y medianas empresas, los derechos laborales, la igualdad de género.

En este trabajo revisaremos en detalle la incorporación paulatina de los dos últimos temas mencionados, con particular énfasis en la experiencia chilena.

I. Historia del comercio internacional

Para entender la importancia de las nuevas temáticas en los TLC, debemos examinar, primero, la historia del comercio internacional y la formación de los tratados comerciales.

El comercio internacional tuvo sus orígenes en la antigüedad. En el periodo neolítico, hace alrededor de cuatro mil años, colonos provenientes de lo que hoy es Taiwán se establecieron en la actual Filipinas, y pronto establecieron un nutrido comercio del mineral jade nefrita entre ambos territorios[3]. El Camino de la Seda fue la primera ruta comercial importante que unió al Occidente con Asia, pasando por Oriente medio. Establecida durante la dinastía Han (206 a. C. a 220 d. C.) mantuvo su posición como una de las principales rutas de comercio entre Europa y Asia por dos mil años[4].

Durante el Imperio romano, la apertura al comercio, tanto entre las distintas provincias y entre estas y el mundo exterior, era parte fundamental del funcionamiento de la maquinaria imperial. El autor y filósofo Plinio el Joven describió así esta apertura en el primer siglo d. C.:

> "[El emperador Trajano], quien por su autoridad, consejo y lealtad ha abierto los caminos, provisto puertos, creado rutas terrestres, dado acceso a la costa desde el mar, extendido la costa hacia el mar, y ha mezclado a las distintas gentes mediante el comercio, hasta el punto que cualquier bien producido en cualquier lugar parece haberse originado entre todos ellos"[5].

[3] PNAS (2007).
[4] American Trading International (2022).
[5] Wilson & Bowman (2018), p. 1.

Junto con el comercio surgió el impulso de los gobiernos de lograr ingresos a partir del movimiento de las mercaderías. Alrededor del año 400 a. C., el puerto ateniense de Piraeus impuso un impuesto de 2 % a la importación de mercadería, principalmente trigo. Desde entonces, muchos gobiernos impusieron aranceles o, bien, limitaron el comercio como una forma de proteger a sus productores nacionales. El Reino Unido mantuvo muchas medidas proteccionistas de este tipo a medida que surgía como potencia comercial, por ejemplo, prohibiendo la importación de tejidos de algodón durante el reinado de Eduardo VII (1312-1377). En 1721, el gobierno implementó un plan de protección de sus industrias, que incluía subsidios a la exportación, junto a mayores aranceles a las importaciones. También restringió la importación de artículos desde sus colonias, para evitar la competencia con los productores ingleses. Esta política siguió hasta mediados del siglo XIX, en que el arancel promedio a los productos manufacturados superaba el 50 %. A partir de ese momento, introdujo una política de relativa liberalización comercial, aun cuando aplicaba aranceles "retaliatorios" en contra de productos de países con altos aranceles o subsidios a la exportación. Esta liberalización llegó a su fin en 1932, donde la Gran Depresión llevó al Reino Unido a reimponer aranceles altos a la mayoría de sus importaciones.

Estados Unidos, por su parte, introdujo de forma gradual aranceles a las importaciones casi desde su independencia, particularmente después de su guerra civil, hasta llegar a ser uno de los países más proteccionistas del mundo antes de la Segunda Guerra Mundial[6]. A ello contribuyó en particular la Ley Smoot-Hawley, de 1930, que buscó enfrentar la Gran Depresión, subiendo los aranceles a más de veinte mil productos. Muchos países, incluyendo Alemania, introdujeron aranceles a productos de Estados Unidos en represalia; las exportaciones estadounidenses a esos países cayeron un 31 % durante el periodo. Al asumir la administración demócrata bajo Franklin D. Roosevelt en 1932, el Congreso aprobó la Ley de Acuerdos Comerciales Recíprocos, que permitía al Presidente reducir aranceles bilateralmente, previo acuerdo con otros países. Esa fue la base de los futuros tratados de libre comercio.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los países victoriosos se dieron un nuevo marco para la regulación de las finanzas y el comercio mundial, a través de la Conferencia de Bretton Woods. Uno de los pilares del nuevo sistema sería la Organización Internacional de Comercio (OIC), que regularía los aranceles. Esta nunca llegó a crearse, principalmente por oposición del Congreso de Estados Unidos. Pese a ello, el tratado que serviría de marco jurídico para la OIC sí llegó a suscribirse y entrar en vigor. Este fue el Acuerdo General de Aranceles y Comercio, conocido por sus siglas en inglés: GATT de 1947[7].

[6] Unites States International Trade Commssion (2017), p. 72 ss.

[7] Texto disponible en castellano en www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf

Uno de sus principales propósitos era evitar la aplicación discriminatoria de aranceles entre los distintos países, propendiendo a que cada país aplicara aranceles comunes para cada producto, tuviera la proveniencia que tuviera. Para tales efectos, su artículo II dispone que cada país debe entregar a la organización una lista de concesiones, con los aranceles máximos que aplicará para la importación de cada producto. Este arancel consolidado es generalmente mayor al arancel efectivo que aplica cada país.

La norma más importante para lograr aranceles comunes estandarizados está en el artículo I del GATT, llamada Cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF). Esta establece que, respecto a los aranceles y otros cargos equivalentes:

> "cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado".

Un ejemplo ayuda a graficar el funcionamiento de la cláusula NMF. Supongamos que Chile tuviera un arancel parejo de 6 % a todos los productos lácteos, pero decide favorecer sus relaciones comerciales con Uruguay, rebajando el arancel a sus productos lácteos a 2 %. Si ello ocurre, todos los demás países tendrían derecho a exigirle aplicar un arancel de 2 % a sus propias exportaciones de estos productos.

Este sistema de aranceles parejos comunes, aunque bien intencionado en teoría, tuvo corta vida. Al poco andar de la vigencia del GATT de 1947, los países empezaron a aplicar una excepción al principio NMF, contenido en el artículo XXIV, llamando "Aplicación territorial - Tráfico fronterizo Uniones aduaneras y zonas de libre comercio". Su párrafo 5.º estipula:

> "las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio, así como tampoco la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio".

Para ello, fija la siguiente condición, en relación con las zonas de libre comercio:

> "en el caso de una zona de libre comercio o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una zona de libre comercio, los derechos de aduana mantenidos en cada territorio constitutivo y aplicables al comercio de las partes contratantes que no formen parte de tal territorio o acuerdo, en el momento en que se establezca la zona o en que se concierte el acuerdo provisional, no sean más elevados, ni

> las demás reglamentaciones comerciales más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la zona antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso" (artículo XXIV.5(b)).

La suscripción del GATT de 1947 fue el primer impulso a la liberalización comercial de la posguerra. En su negociación, veintitrés países acordaron ciento veintitrés procesos de negociación de aranceles consolidados, cubriendo cincuenta mil productos comercializables. Estados Unidos fue el país que más liberalizó sus importaciones en esos procesos, llegando a reducir en más de un 50 % sus aranceles a mediados de la década de 1950. El GATT coincidió con el comienzo de un periodo de enorme expansión del comercio mundial. Entre 1948 y 1968, el volumen de mercaderías exportadas por países fuera de la órbita comunista aumentó un extraordinario 290 %, muy por encima del crecimiento de la producción mundial en ese periodo. Sin embargo, la mayoría de los otros países no realizaron liberalizaciones sustantivas, lo que ha llevado a sostener que el mayor comercio se produjo más por una disminución de los costos de flete, que por rebajas de aranceles. Frente a este escenario de relativa inactividad multilateral, los países empezaron a negociar acuerdos bilaterales de rebajas arancelarias, en el marco del artículo XXIV del GATT. Al 1 de diciembre de 2022, la OMC tenía registrados 355 TLC[8], y se estima que hay muchos otros que no se han registrado. La gran proliferación de estos tratados llevó al economista Jagdish Bhagwati a hablar del efecto "plato de tallarines", en que, en lugar de un solo conjunto de reglas comerciales y aranceles, hay cientos de diferentes modelos aplicables entre los distintos países, llevando, muchas veces, a la confusión de los exportadores y a una dilución de los beneficios del libre comercio[9].

Esta realidad de gran multiplicidad de tratados de libre comercio tuvo como efecto el impulso de temáticas que van más allá de las cubiertas por el GATT de 1947 –principalmente los aranceles– respondiendo en muchos casos a los intereses nacionales de los países partes. Es así como múltiples tratados empezaron a introducir temáticas como la protección de la propiedad industrial, los obstáculos técnicos al comercio y las telecomunicaciones. Algunos de estos temas luego tendrían regulaciones en el ámbito multilateral en la OMC. Otros, como los derechos laborales y las políticas de género, aún no han recibido la misma respuesta a escala global. A continuación, examinaremos ambas temáticas.

[8] Véase www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm#:~:text=As%20of%201%20December %202022, goods%2C%20services%20and%20accessions%20separately

[9] Bhagwati (1995).

II. Derechos laborales

Desde el surgimiento del comercio internacional, los países importadores de mercaderías manufacturadas tuvieron especial preocupación por la competencia "desleal" de aquellos productos generados por trabajadores con sueldos menores o, incluso, nulos, llegando a prohibir, en sus legislaciones internas, la importación de productos manufacturados por esclavos, presos o por niños[10]. Estados Unidos, por ejemplo, estableció esta prohibición en 1890.

Posteriormente, la sección 307 de la Ley de Aranceles de 1930 (19 U.S.C. §1307) extendió esta prohibición a la importación de cualquier tipo de producto (no solo manufacturados) obtenido mediante el trabajo forzado. Como apunta un estudio del Congressional Research Service, entidad que realiza investigaciones para el Congreso de Estados Unidos:

> "aun cuando algunos parlamentarios mencionaron consideraciones humanitarias durante el debate de la ley, la principal preocupación legislativa era la protección de productores nacionales de la competencia que significaban los productos hechos usando trabajo forzado"[11].

Por ello, la sección 307 permitía importar productos hechos con trabajo forzado si podía demostrarse que la producción en Estados Unidos del bien no alcanzaba para satisfacer la demanda interna. Esa excepción significó que la legislación se usó muy pocas veces para frenar las importaciones de productos del trabajo forzado; de hecho, entre 2000 y 2016 no se usó ni una sola vez[12]. En 2015, ochenta y cinco años después de su promulgación, el Congreso eliminó la excepción de demanda interna[13].

Estados Unidos también vinculó el comercio con materias laborales a través del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP). Este sistema, creado en 1974, buscaba promover el crecimiento de países menos desarrollados a través del otorgamiento de preferencias arancelarias unilaterales. Unos 137 países en desarrollo se beneficiaron de este programa, abarcando unos tres mil quinientos productos. Los llamados Países Menos Desarrollados podían, además, exportar libre de aranceles otros mil quinientos productos[14].

En el plano multilateral, al establecerse el sistema mundial de comercio en Bretton Woods, después de la Segunda Guerra Mundial, en el Acuerdo Ge-

[10] Harrison (2019).
[11] Congressional Research Service (2022b).
[12] *Ibid.*
[13] *Public Law 114-125* (2016).
[14] Congressional Research Service (2022a).

neral de Aranceles y Comercio se incorporó en su artículo XX (e) la posibilidad de que un Estado adoptara medidas "relativas a los artículos fabricados en las prisiones", con lo que podía en la práctica prohibir su importación, sujeto a ciertas restricciones[15]. Pese a los esfuerzos de Estados Unidos y algunos países europeos, de establecer una cláusula social más amplia, que incluyera derechos laborales, esta iniciativa no prosperó. Estos esfuerzos siguieron hasta antes de la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de Singapur, en 1996. La Declaración de Singapur, principal resultado de la Conferencia Ministerial, frenó los intentos de incorporar temas laborales en los tratados de la organización, al incorporar el siguiente texto:

> "Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas"[16].

El presidente de la Conferencia, Yeo Cheow Tong, quiso aclarar el alcance de esa redacción:

> "No hay autorización en el texto para ningún nuevo trabajo en esta área [...] Algunos delegados expresaron su preocupación de que este texto puede llevar a la OMC a adquirir competencia para realizar nuevos trabajos en la relación entre el comercio y los derechos laborales fundamentales. Quiero asegurar a los delegados que el texto no permite tal desarrollo"[17].

En la Conferencia Ministerial, en Seattle, Estados Unidos, en 1999, el país anfitrión intentó establecer un grupo de trabajo para examinar la relación entre comercio y derechos laborales, enfrentando considerable resistencia.

Ante la falta de progreso en el ámbito multilateral, algunos países empezaron a negociar disposiciones laborales en sus acuerdos regionales o bilaterales.

De acuerdo con la OIT[18], los primeros tratados de integración comercial que incorporaron materias laborales entraron en vigor en 1994. Estos incluyeron el Mercado Común del África Oriental y Austral; el "Espacio Económico Europeo", que incorporaba a los miembros de la Unión Europea más Lichtenstein y el ya citado NAFTA.

---

[15] Para un análisis de las restricciones, véase Xixue y Van Limberghen (2017).

[16] Organización Mundial del Comercio (1996).

[17] Citado en Leary (1997).

[18] Organización Internacional del Trabajo (2023).

Este último tratado anexó el "Acuerdo de Cooperación Laboral entre el Gobierno de Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos", que establece que cada una serie de normas que:

> "las Partes se comprometen a promover, conforme a las condiciones que establezca la legislación interna de cada Parte, sin que constituyan normas comunes mínimas para dicha legislación" (anexo n.º 1).

El propósito de estos lineamientos es:

> "delimitar áreas amplias de atención en que las Partes han desarrollado, cada una a su manera, leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas que protegen los derechos y los intereses de sus respectivas fuerzas laborales".

Los objetivos del anexo n.º 1 incluyen la libertad de asociación y protección del derecho de organización, derecho a la negociación colectiva, derecho de huelga, prohibición del trabajo forzado, protección en el trabajo para los niños y los menores, eliminación de la discriminación laboral e igual remuneración para hombres y mujeres.

Los lineamientos contenidos en el anexo n.º 1 superan a aquellos contenidos en la Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998[19]. Entre los derechos reconocidos en el NAFTA, que no están en la declaración de la OIT, están el derecho a huelga, la igual remuneración para hombres y mujeres, la indemnización por accidentes y enfermedades profesionales y la protección de trabajadores migratorios. Respecto del trabajo de los menores de edad, la Declaración de la OIT se limita a abolir el trabajo infantil, mientras que el NAFTA va más allá, protegiendo el trabajo de niños y menores.

Pese a esta ampliación de los ámbitos cubiertos, la exigibilidad de los contenidos laborales era limitada en el NAFTA. Bajo el artículo 27 del Acuerdo de Cooperación Laboral. Se puede establecer consultas entre las partes en casos que involucre alguna de las siguientes materias: "seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores o salarios mínimos", es decir, un subconjunto muy menor de las problemáticas laborales a que hace referencia el acuerdo. El tema más importante omitido fue el de libertad de asociación laboral, que solo podía ser objeto de consultas ministeriales[20].

Desde entonces, más de cien TLC –abarcando a más de ciento cuarenta países– han incorporado la materia. Esta ha sido una tendencia paulatina, con una fuerte subida en los últimos años. La OIT señala:

[19] Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales (2023).

[20] Nolan (2017).

> "Cerca de la mitad de los acuerdos comerciales celebrados en la última década (2011-2021), contienen disposiciones laborales, frente a sólo 22 por ciento de la década anterior (2001-2010)"[21].

En el caso de Chile, nuestra política comercial ha propiciado la creciente incorporación de disposiciones laborales. Como señala la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores:

> "Las cláusulas laborales en un acuerdo comercial tienen el valor de reconocer la importancia del respeto por los derechos laborales fundamentales, así como de promover que las leyes laborales domésticas de cada país consideren estos derechos laborales fundamentales. De esta forma se promueve que el comercio internacional vaya de la mano con el trabajo decente por medio del reconocimiento y respeto estos derechos y de hacer cumplir su propia legislación laboral"[22].

En 1997, el TLC con Canadá fue el primer tratado chileno que incluyó expresamente disposiciones de ambiente y protección laboral, en anexos adjuntos al texto. Estos anexos están centrados en la cooperación entre las partes.

Sostiene, asimismo, que cada parte promoverá la observancia de su legislación laboral y la aplicará efectivamente a través de medidas gubernamentales adecuadas, en áreas como vigilar el cumplimiento de las leyes e investigar las presuntas violaciones, obtener garantías de observancia voluntaria e iniciar, de manera oportuna, procedimientos para procurar sanciones o soluciones adecuadas en caso de violaciones a su legislación laboral (artículo 3). Sin embargo, el anexo limita las posibilidades de hacer exigible en el ámbito internacional tales compromisos. Su artículo 39 dispone:

> "ninguna disposición en este Acuerdo se interpretará en el sentido de otorgar derecho a las autoridades de una de las Partes a llevar a cabo actividades de aplicación de su legislación laboral en el territorio de la otra Parte".

Si bien es cierto que el anexo permite a un Estado parte solicitar consultas con la otra en casos de falencias en la aplicación por esta última de su legislación laboral, al igual que en el caso del NAFTA estas se limitan a casos que se refieran a materias "de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo infantil o salarios mínimos" (artículo 25).

[21] Organización Internacional del Trabajo (2022).

[22] Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales (2023).

Sin embargo, pese al carácter no vinculante de las obligaciones del anexo laboral, este tuvo un impacto significativo en Chile. Un estudio de la London School of Economics recoge así su impacto:

> "Aunque los temores de que las disposiciones laborales llevaron en principio a una reticencia frente a las mismas, su adopción se entrelazó con la transición nacional a un régimen democrático. El país ofrece un caso notable en que las presiones externas para adoptar protecciones laborales, surgidas del TLC inicial con Canadá, llevaron a reformas legales y eventualmente llevaron a que los temas laborales y las necesidades de la sociedad civil se elevaran a la categoría de políticas públicas de importancia para el gobierno chileno"[23].

Esta apreciación puede estar sobreestimando el impacto del anexo laboral comentado, como queda de manifiesto en que dos años después, en 1999, el TLC entre Chile y México entró en vigencia sin contener disposición alguna en materia laboral. Tampoco contienen disposiciones laborales los tratados con Corea (2004), EFTA[24] (2004), Japón (2007), Panamá (2008), Perú (2009), Australia (2009), Colombia (2009), Alianza del Pacífico[25] (2016) ni Brasil (2022), entre otros.

En la práctica, la decisión de incluir o no disposiciones laborales dependerá del curso de cada negociación. Algunos de los tratados comerciales más importantes para Chile sí contienen disposiciones laborales.

Entre estos últimos, se encuentra el TLC entre Chile y Estados Unidos, que entró en vigencia el 1 de enero de 2004. Su capítulo XVIII contiene normas en materia laboral. En el artículo 18.1, las partes reafirman sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998). Aun cuando se señala que ambos países procurarán:

> "asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos [...] sean reconocidos y protegidos por su legislación interna",

esta obligación no está sujeta al mecanismo de arbitraje comercial que contempla el acuerdo.

El Acuerdo de Asociación (AA) con la Unión Europea (2003), dentro del marco amplio de asociatividad, reconocen dentro del título V, de cooperación

[23] Velut *et al.* (2022).

[24] La Asociación Europea de Libre Comercio, conformada por Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza.

[25] Chile, Colombia, México y Perú.

social, la importancia de la regulación laboral. Su artículo 44 establece que las partes:

> "darán prioridad a la creación de empleo y al respeto a los derechos sociales fundamentales, especialmente promoviendo los convenios correspondientes de la Organización Internacional del Trabajo sobre temas tales como la libertad de Asociación, el derecho a la negociación colectiva y a la no discriminación, la abolición del trabajo forzado y del trabajo infantil, y la igualdad de trato entre hombres y mujeres".

En el marco del proceso de modernización del Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea, las partes firmaron una declaración conjunta sobre el comercio y el desarrollo sustentable[26] (2 de diciembre de 2022), que en materia laboral sostiene:

> "En relación a su objetivo conjunto de promover altos niveles de protección laboral y condiciones dignas de trabajo para todos, las partes enfatizan su compromiso de respetar, promover y efectivamente implementar los principios fundamentales del trabajo, tal como se definen en los Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En este contexto, las partes celebran la decisión de la OIT de agregar el principio de un 'entorno de trabajo seguro y saludable' a los principios y derechos fundamentales del trabajo, y elevar los correspondientes Convenios OIT, que ellas se esforzarán en ratificar, según se requiera"[27].

Ello parece no agregar de manera sustantiva a las obligaciones actualmente exigibles bajo el Acuerdo de Asociación de Chile con la Unión Europea.

El acuerdo más reciente de Chile es el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (conocido por sus siglas en inglés como CPTPP), que entró en vigencia el 21 de febrero de 2023.

Su capítulo 19 se refiere a materias laborales. En su artículo 19.3, se dispone que cada parte adoptará y mantendrá en sus leyes y regulaciones, y en las prácticas que deriven de estas, los siguientes derechos tal y como se establecen en la Declaración de la OIT:

a) libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
c) la abolición efectiva del trabajo infantil y, para los efectos de este Tratado, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y

[26] Chile-Unión Europea (2022).
[27] Traducción del autor.

d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Además, se dispone que cada parte adoptará y mantendrá leyes y regulaciones, y prácticas que deriven de estas, que regulen condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo, y seguridad y salud en el trabajo.

El TLC, además, se hace cargo de la preocupación de que algunos países puedan usar prácticas laborales deficientes o bajo los estándares internacionales, como una forma de adquirir ventajas competitivas en su comercio internacional.

En su artículo 19.4, las partes reconocen que es inapropiado fomentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección otorgada en las leyes laborales de cada parte. Por consiguiente, ninguna parte renunciará a aplicar o derogará de otra forma, ni ofrecerá renunciar a aplicar o revocar de otra forma, sus leyes o regulaciones: (a) (b) que implementen el artículo 19.3.1 (derechos laborales), si el renunciar a aplicar o la anulación fuese incompatible con un derecho establecido en ese párrafo; o que implementen el artículo 19.3.1 (derechos laborales) o el artículo 19.3.2, si el renunciar a aplicar o el derogar sus leyes o regulaciones debilitaría o reduciría la adhesión a un derecho establecido en el artículo 19.3.1, o a una condición de trabajo referida en el artículo 19.3.2 en una zona comercial o aduanera especial, tal como una zona franca o una zona de comercio exterior en el territorio de la parte, en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las partes.

Una de las innovaciones más importantes del CPTPP es la posibilidad de iniciar un procedimiento de solución de controversias por aplicación del capítulo de prácticas laborales.

De acuerdo con su artículo 19.15, las disputas que se generen por aplicación del capítulo 19 pueden ser sometidas al mecanismo de solución de controversias del Tratado (contenido en su capítulo 28), siempre que previamente se utilice un mecanismo de consultas laborales. El numeral 12 de ese artículo establece que, si las partes consultantes no logran resolver el asunto en sesenta días, la parte interesada puede pedir el establecimiento de un panel arbitral (conocido como "grupo especial" en el Tratado) que puede llegar a aplicar sanciones comerciales por un incumplimiento de las obligaciones laborales.

III. Género

Una de las áreas que en forma más reciente ha adquirido prominencia en las negociaciones de tratados internacionales es el de género. Hay un reconocimiento creciente que la estructura del comercio internacional, y de la manufactura

nacional de productos de exportación, contiene sesgos importantes en contra de las mujeres.

La creciente incorporación de esta temática en las negociaciones comerciales refleja una innovación de los tratados "tradicionales", en que el énfasis era en la eliminación de barreras arancelarias y regulatorias al comercio, reconociendo que el funcionamiento del intercambio comercial genera otro tipo de barreras que deben ser enfrentadas. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sintetiza así esta necesidad:

> "Pese a la eliminación de barreras formales al comercio (como los aranceles, barreras no arancelarias y cuotas) a través de tratados de libre comercio como el Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea, las mujeres suelen estar subrepresentadas en los empleos relacionados al comercio internacional, y las mujeres dueñas de empresas enfrentan barreras que les impiden realizar comercio internacional. Estas barreras varían de país en país y pueden incluir: acceso limitado a redes de contacto y a los procesos de toma de decisión, así como a iniciativas de atracción de capital y promoción comercial, como las misiones comerciales; prácticas de inversión discriminatorias en contra de las mujeres; y otras formas de discriminación de género y de otro tipo que incluyen la violencia y el acoso en el mundo laboral"[28].

Estas barreras se expresan, en concreto, en la sobrerrepresentación de las mujeres en empleos informales y sectores no-comerciales. En particular, al año 2015, solo una de cada cinco empresas exportadoras en el mundo está dirigida por mujeres empresarias[29]. Adicionalmente, las mujeres están subrepresentadas como empleadas de empresas exportadoras, en particular en aquellas empresas dirigidas por hombres. En la región de las Américas, solo un 31 % de las empresas exportadoras tienen mayoría de trabajadoras mujeres[30]. Ello contrasta con la presencia de mujeres en otros sectores de la economía. Por ejemplo, en Chile el mismo año 2015, un 57,8 % de los funcionarios públicos eran mujeres, elevándose a 61,5 % en 2020[31]. Un informe del Banco Mundial y de la OMC[32] destaca esta discriminación implícita en otros sectores de la economía, como la industria textil, donde las mujeres representan la gran mayoría de las trabajadoras, así como las principales compradoras de ropa para

[28] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (2022), p. 6. Traducción del autor.

[29] International Trade Centre (2015), p. 17.

[30] *Op. cit.*, p. 18.

[31] Dirección de Presupuestos De Chile (2020).

[32] Banco Mundial y Organización Mundial del Comercio (2020), p. ix.

sus familias. Este es un sector en que los aranceles se mantienen consistentemente altos, lo que se conoce como un "arancel rosa". El efecto de este fenómeno, en este y otros sectores,

> "hace daño a las consumidoras mujeres en todo el mundo y evita que mujeres en países en desarrollo puedan acceder a mayores oportunidades de exportación y mejores empleos".

Frente a esta realidad, en las últimas décadas los países han ido adquiriendo, paulatinamente, conciencia de la necesidad de enfrentar el tema de género en los instrumentos que regulan el comercio internacional. El primer tratado internacional vinculado a materias económicas y comerciales que incorporó materias de género fue la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[33], de 2010, cuyo artículo 157 manda que cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Además, establece que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Desde entonces, una cantidad significativa de tratados han incorporado materias de género. Un estudio de 2018 de la OMC arrojó que, de 556 TLC examinados, incluyendo 292 acuerdos en vigor y notificados a la OMC a esa fecha, setenta y cuatro acuerdos se referían expresamente a temas de género (un 25 % de los vigentes y notificados). De estos, cincuenta y tres (72 %) fueron negociados entre un país desarrollado y uno en desarrollo, trece (17 %) entre países en desarrollo y solo ocho (13 %) entre países desarrollados[34]. Otros tantos se refieren a temas transversales, como materias laborales o de derechos humanos, que, en la práctica, afectan de manera implícita o indirecta a género.

Entre los que se refieren expresamente a género, de acuerdo con el estudio de la OMC, la gran mayoría (172, o un 59 %) lo llevan a cabo haciendo alusión a instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[35].

Otro grupo de treinta y cuatro tratados (un 12 % del total) vincula las materias de género con instrumentos internacionales de desarrollo sustentable.

---

[33] Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2010:083:FULL&from=EN

[34] Monteiro (2018).

[35] *Ibid*.

Por ejemplo, el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica (2012)[36] contiene entre sus objetivos de cooperación "contribuir a fortalecer las instituciones democráticas, la buena gobernanza y la plena aplicación del Estado de Derecho, la igualdad y equidad de género" (artículo 24.2(b)). Para cumplir ese y otros objetivos, se consideran medidas que pueden:

> "incluir mecanismos financieros innovadores con el objetivo de contribuir al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y otros objetivos de desarrollo acordados internacionalmente, de conformidad con los compromisos del Consenso de Monterrey y de foros subsiguientes" (artículo 24.3).

La mayoría de las disposiciones de género contenidas en los TLC se refieren a aspectos de cooperación o expresiones de la importancia de mejorar el acceso de las mujeres al comercio internacional, pero sin generar obligaciones sustantivas para las partes. Por ejemplo, el Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional y la Comunidad Europea (2009)[37] solo hace referencia a la materia en cooperación pesquera y acuícola, en que identifica como potencial ámbito de cooperación:

> "Fomento de la participación de grupos marginales en la industria pesquera, por ejemplo promoviendo la igualdad entre hombres y mujeres en el sector pesquero y desarrollando la capacidad de las mujeres, o apoyando a otros grupos desfavorecidos con potencial para dedicarse a la pesca de cara a un desarrollo socioeconómico sostenible" (artículo 35.f.ii).

Ello ocurre, incluso, en tratados recientes, entre países desarrollados. Por ejemplo, el TLC entre el Reino Unido y Japón (2021)[38] solo contiene una obligación sustantiva en materia de género en relación con las condiciones que pueden imponerse a las licencias y calificaciones para prestar servicios transnacionales. Su artículo 8.30.2 (c) prohíbe que tales medidas "discriminen entre hombre y mujeres". Las otras menciones a temas de género en el Tratado se refieren al deseo de las partes de incrementar el acceso de las mujeres a los beneficios del Acuerdo (preámbulo), la importancia de promover las oportunidades económicas para las mujeres (artículo 21.1).

[36] Texto disponible en http://publications.europa.eu/resource/cellar/1a276cfe-9e67-4a5f-9a85-93a7037ab020. 0003.04/DOC_1

[37] Texto disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:22012A0424(01) &from=EN

[38] Texto disponible en www.gov.uk/government/publications/ukjapan-agreement-for-a-comprehensive-economic-partnership-cs-japan-no12020

El primer acuerdo comercial chileno que incluyó materias de género fue el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea (2003)[39], que sigue la línea de otros tratados de la época, con afirmaciones generales sobre la importancia de la materia. Su artículo 44, sobre cooperación en materia social, promueve los convenios de la OIT, incluyendo los relativos a "la igualdad de trato entre hombres y mujeres". 45, ubicado en el capítulo sobre cooperación en materia social, establece la "cooperación en materia de género".

El siguiente tratado chileno en tratar la materia fue el TLC entre Chile y Estados Unidos, de 2004. En este, en lugar de incluir obligaciones generales de cooperación u otras, se dispone una norma específica en relación con las compras públicas. En una nota de Estados Unidos, se señala que las disposiciones del capítulo de compras públicas (capítulo 9) no son aplicables a:

> "preferencias o restricciones asociadas a programas administrados por entidades que promueven el desarrollo de áreas necesitadas y negocios de propiedad de minorías, veteranos discapacitados y mujeres"[40].

Posteriormente, esta materia fue recogida en el TLC con Turquía, de 2011, que vuelve a la fórmula de incorporar las materias de género como tema de cooperación. Su artículo 37 las áreas de cooperación, listadas en forma no taxativa, pueden incluir los "temas de género"[41]. De manera similar, el TLC con Vietnam (2014) incluye a las materias de género entre las áreas de cooperación (artículo 9.3)[42].

El Acuerdo con Uruguay (2016)[43] marca un cambio de enfoque. En lugar de solo hacer referencia a materias de género en el contexto de la cooperación, incluye un capítulo sobre la temática. En efecto, su capítulo 14, titulado "Género y comercio" reconoce:

> "la importancia de la incorporación de la perspectiva de género en la promoción de un crecimiento económico inclusivo, así como el rol instrumental que las políticas de género pueden desempeñar en la consecución de un mayor desarrollo socioeconómico sostenible" (artículo 14.1).

[39] Disponible en www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/uni%C3%B3n-europea

[40] Nota de Estados Unidos. Acuerdo. Disponible en www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/ee-uu

[41] Texto disponible en www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/turquia

[42] Texto disponible en www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/vietnam

[43] Disponible en www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/uruguay

El capítulo tiene un fuerte énfasis en la cooperación, sin hacer referencia a compromisos específicos a ser implementados. Sí contiene una referencia no vinculante a los tratados en la materia:

> "las Partes confirman su intención de seguir esforzándose en implementar desde una perspectiva de derechos, sus respectivos compromisos internacionales en materia de género" (artículo 14.2).

Adicionalmente, si bien el capítulo señala:

> "las Partes reafirman su compromiso de implementar efectivamente su normativa, políticas y buenas prácticas relativas a equidad e igualdad de género" (artículo 14.1.5),

ello está enmarcado en la autonomía de cada parte de definir sus prioridades en esta materia (14.1.4). Por último, establece que ninguna parte podrá recurrir al mecanismo de solución de diferencias que dispone el Tratado, respecto de cualquier asunto derivado del capítulo sobre género.

Si bien este Tratado no genera obligaciones sustantivas, la CNUDMI ha señalado que se encuentra entre los instrumentos internacionales que "significaron un cambio significativo en la visibilización del tema [de género] al interior de los instrumentos comerciales"[44].

Otro tratado que tuvo el mismo efecto es el TLC entre Chile y Canadá. El tratado original, de 1997, no contenía referencias a género, pero en 2019 entró en vigor un acuerdo entre las partes para modernizar el instrumento, incluyendo la incorporación de un capítulo N-bis, sobre género[45]. Este capítulo, junto con reconocer la importancia de la incorporación de la perspectiva de género en la promoción del crecimiento inclusivo (artículo N bis-01.1), hace referencia expresa al objetivo 5 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (artículo N bis-01.2). Otro tratado que se referencia en forma expresa es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW), y las partes se comprometen a implementar sus disposiciones en forma efectiva (artículo N bis-02).

Adicionalmente, Chile y Canadá reafirman las obligaciones del Acuerdo sobre Cooperación Laboral relacionadas con igualdad de género y la elimina-

[44] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (2017), traducción del autor.

[45] Este acuerdo de modernización se puede consultar en www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos/canadá/modernización-del-acuerdo/acuerdo-modificatorio-inversiones-genero-y-comercio.pdf?sfvrsn=2c5ae24d_2 El capítulo N-bis está disponible en inglés en www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/fta-ale/2017_Amend_Modif-App2-Chap-N.aspx?lang=eng

ción de la discriminación sobre la base de género. En efecto, el anexo de principios laborales de dicho acuerdo de cooperación incluye:

> "La eliminación de la discriminación laboral por motivos raciales, religiosos, de sexo, de edad u otros conceptos, salvo por ciertas excepciones razonables, como por ejemplo, cuando corresponda, ciertos requisitos ocupacionales o calificaciones laborales o ciertas prácticas establecidas o reglas que rijan para la edad de jubilación, establecidas de buena fe, además de las medidas especiales de protección o de apoyo a grupos específicos, que se han diseñado para contrarrestar los efectos de la discriminación" (Principio n.º 7)[46].

Como contrapartida a la amplitud de materias referidas en el capítulo, este termina por dictaminar que ninguna de las partes podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias establecido en general en el Tratado por disputas relativas a la aplicación o interpretación del capítulo (artículo N bis-06).

Por su parte, el capítulo de género del TLC suscrito entre nuestro país y Argentina, que entró en vigor en 2019[47], sigue de cerca las disposiciones del tratado modernizado entre Chile y Canadá, incluyendo la imposibilidad de recurrir al mecanismo general de solución de controversias (artículo 15.6). Igual cosa hace el capítulo 13 del más reciente TLC con Paraguay, suscrito en que aún no ha entrado en vigencia[48].

Conclusiones

Desde la antigüedad, el comercio entre distintas regiones y pueblos ha sido una fuente de expansión económica y de influencia para las naciones. Con surgimiento de las potencias mercantiles como España e Inglaterra, la política comercial se volvió en una herramienta para avanzar en objetivos de expansión territorial y para fomentar el surgimiento de intereses económicos nacionales. Ello se logró muchas veces mediante las prohibiciones de importación de ciertos productos que competían con los propios o, bien, en la imposición de altos aranceles, también con fines proteccionistas.

Entre la Primera y Segunda Guerra Mundial, estas herramientas fueron usadas y abusadas para proteger a las industrias nacionales, en particular du-

[46] El Acuerdo de Cooperación Laboral está disponible en www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/canada

[47] Texto disponible en www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/argentina

[48] Texto disponible en www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/acuerdo-comercial-chile-paraguay_ok.pdf

rante la Gran Depresión. En ese periodo, Estados Unidos adoptó la política de acuerdos bilaterales para disminuir de forma recíproca aranceles. Este esfuerzo se consolidó luego de la Segunda Guerra Mundial, al crearse el GATT, instrumento multilateral que entre otras cosas buscaba consolidar los aranceles y asegurar su aplicación uniforme. Empero el lento avance en los esfuerzos por bajar las barreras de este tipo llevó a que los países crecientemente recurrieran a tratados bilaterales con el mismo fin. Estos tratados se multiplicaron, y empezaron a incorporar nuevas temáticas, en gran medida por presiones de las sociedades civiles de los países negociadores.

Estas nuevas temáticas incluyeron, por ejemplo, materias de ambiente, derechos laborales y género. Sin embargo, pese a su inclusión en los TLC, su tratamiento no era equivalente al de los llamados temas "tradicionales".

En efecto, en temas como los aranceles o los subsidios a las exportaciones, las reglas establecidas en los TLC son claras, eliminando toda ambigüedad. Por ejemplo, se eliminan desde el día de entrada de su vigencia los aranceles al vino espumante, o se prohíben ciertas devoluciones de impuestos a los exportadores, que constituirían subsidios. Junto a estas normas claras se establecen sanciones igual de claras: generalmente, la parte afectada puede fijar sanciones comerciales a la contraparte infractora.

En cambio, las nuevas temáticas suelen tener un tratamiento *de lege ferenda*, esto es, un objetivo por cierto deseable, pero cuya implementación coercitiva queda pendiente. Aun cuando las partes expresan su intención de dar cumplimiento a su derecho interno y a algunos tratados internacionales, su implementación práctica queda subsumida en el ámbito de la cooperación y los comités bilaterales. Notoriamente, la gran mayoría de los tratados a la fecha excluyen de forma expresa las temáticas como los derechos de género y laborales de los mecanismos de solución de diferencias de los tratados.

Un reciente tratado suscrito por Chile puede marcar un punto de inflexión en la materia. Este es el CPTPP, que contempla la posibilidad de iniciar un procedimiento de solución de controversias por aplicación del capítulo de prácticas laborales. Ello es posible si no resultan fructíferas las consultas bilaterales entre las partes. Esto llevaría eventualmente al establecimiento de un panel arbitral, que tiene el poder de aplicar sanciones comerciales por incumplimiento de las obligaciones laborales.

Será necesario observar la aplicación práctica de estas normas, y su posible incorporación en nuevos tratados, ya sea por materias laborales u otras nuevas temáticas. La creciente vinculación de estos mecanismos comerciales con temas de gran interés en la política interna, como el ambiente o las políticas de género, sin duda dará nuevas fuerzas a la universalización de la protección nacional de estas materias y un impulso a la negociación de nuevos instrumentos internacionales en estos ámbitos.

Bibliografía

Bhagwati, Jagdish (1995): *US Trade Policy: The Infatuation with FTAs,* Discussion Paper Series No. 726. Disponible en https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/ D8CN7BFM

Harrison, James (2019): "The Labour Rights Agenda in Free Trade Agreements", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 20, issue 5: pp. 705-725.

Leary, Virginia (1997): "The WTO and the Social Clause: Post-Singapore", *European Journal of International Law*, vol. 8, Issue 1: pp. 118-122.

Nolan García, Kimberly (2017): "Labor Rights Enforcement under the NAFTA Labor Clause: What Comes Next under a Potential Renegotiation?", *The Wilson Center, The Expert Take*. Disponible en www.wilsoncenter.org/article/labor-rights-enforcement-under-the-nafta-labor-clause-what-comes-next-under-potential

Wilson, Andrew & Bowman, Alan (eds.) (2018): *Trade, Commerce, and the State in the Roman World* (Oxford: Oxford University Press).

Xixue Shang & Van Limberghen, Guido (2017): "How Could Prison Products Come into the International Market?", *Journal of Arts and Humanities*, vol. 6, Issue 3: p. 70. Disponible en hwww.researchgate.net/publication/323261855_How_Could_Prison_Products_Come _into_the_International_Market_Analysis_of_the_Consistency_between_WTO_and_ ILO_Rules

Otros documentos

American Trading International (2022): *A Brief History of International Trade and Its Importance Today*. Disponible en www.american-trading.com/news/history-of-international-trade#:~:text=International%20trade%20started%20in%20ancient,Europe%20via%20the%20Middle%20East [fecha de consulta: 12 de marzo de 2023].

Fact Checking, Facultad de Comunicaciones, Pontificia Universidad Católica de Chile (2019): C*on sus 26 tratados, Chile es el país que tiene la mayor red de acuerdos comerciales de todo el mundo.* Disponible en https://mail.google.com/mail/u/0/#search/raul? projector=1&messagePartId=0.1 [fecha de consulta: 15 de abril de 2023].

Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS) (2007): *Ancient jades map 3,000 years of prehistoric exchange in Southeast Asia*. Disponible en www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.0707304104 [fecha de consulta: 12 de marzo de 2023].

Banco Mundial y Organización Mundial del Comercio (2020): *Women and Trade: The Role of Trade in Promoting Women's Equality.* Disponible en https://openknowledge. worldbank.org/bitstream/handle/10986/34140/9781464815416.pdf

Chile-Unión Europea (2022): *Joint Statement on Trade and Sustainable Development by the European Union and Chile.* Disponible en www.subrei.gob.cl/docs/default-

source/acuerdos/acuerdo-marco-avanzado-ue/joint-statements-and-declarations/joint-statement-on-trade-and-sustainable-development.pdf?sfvrsn=878b0b1b_2

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (2017): *UNCTAD Policy Brief Nº 53, The New Way of Addressing Gender Equality Issues in Trade Agreements: Is it a True Revolution?* Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/presspb2017d2_en.pdf

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (2022): *Gender and Trade: Assessing The Impact Of Trade Agreements On Gender Equality: Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement*. Disponible en https://unctad.org/publication/gender-and-trade

Congressional Research Service (2022a): *Generalized System of Preferences Overview and Updated July 20, 2022 Issues for Congress (GSP)*. Disponible en https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/RL33663/73

Congressional Research Service (2022b): *In Focus*. Disponible en https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11360

Dirección de Presupuestos de Chile (2020): "Características generales del trabajo de la mujer en el empleo público 2020 apartado estadístico", p. 4. Disponible en www.dipres.gob.cl/598/articles-266609_doc_pdf.pdfz

International Trade Centre (2015): *Unlocking Markets for Women to Trade*. Disponible en https://intracen.org/resources/publications/unlocking-markets-for-women-to-trade

Monteiro, José-Antonio (2018): *Gender-Related Provisions in Regional Trade Agreements*, World Trade Organization Staff Working Paper ERSD-2018-15, p. 4. Disponible en www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201815_e.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2022): *La OIT inaugura una nueva base de datos online sobre los acuerdos comerciales que incluyen disposiciones laborales*, 26 de enero de 2022. Disponible en www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS _835892/lang--es/index.htm

Organización Internacional del Trabajo (2023): *Labour Provisions in Trade Agreements Hub*. Disponible en www.ilo.org/LPhub

Organización Mundial del Comercio (1996): *Declaración Ministerial de Simgapur*, 13 de diciembre de 1996. Disponible en www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/ wtodec_s.htm

Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales (2023): *Comercio y asuntos laborales*. Disponible en www.subrei.gob.cl/ejes-de-trabajo/comercio_y_asuntos_laborales/comercio-y-asuntos-laborales

Unites States International Trade Commssion (2017): *A Centennial History of the USITC*. Disponible en Chrome extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.usitc.gov/documents/final_centennial_history_508_compliant_v2.pdf

Velut, Jean-Baptiste *et al.* (2022): *Comparative Analysis of Trade and Sustainable Development Provisions in Free Trade Agreements*. Disponible en www.lse.ac.uk/

business/consulting/reports/comparative-analysis-of-tsd-provisions-for-identification-of-best-practices

Normas

Public Law 114-125 (2016): Trade Facilitation and Trade Enforcement Act, Feb. 24, 2016. Disponible en www.congress.gov/114/plaws/publ125/PLAW-114publ125.pdf

Tratados

Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional y la Comunidad Europea (2009).

Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica (2012).

Acuerdo de Complementación Económica Chile-Bolivia (1993).

Acuerdo de Complementación Económica Chile-Mercosur (1996).

Acuerdo de Complementación Económica Chile-Venezuela (1993).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Canadá (1997).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Corea (2004).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-EFTA (2004).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Estados Unidos (2004).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Japón (2007).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-México (1999).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Panamá (2008).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Paraguay (aún no vigente).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Perú (2006).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Turquía (2011).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Unión Europea (1994).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Uruguay (2014).

Acuerdo de Libre Comercio Chile-Vietnam (2014).

Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (1994).

Acuerdo General de Aranceles y Comercio (1947).

Mercado Común del África Oriental y Austral (1994).

Tratado de la Unión Europea y Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (2010).

Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (2022).

UK/Japan Agreement for a Comprehensive Economic Partnership (2020).

¿PROHIBIR O NO PROHIBIR? LA UE Y EL INTENTO DE IMPEDIR LA EXISTENCIA DEL *DOUBLE-HATTING* EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES PARA DOTARLO DE LEGITIMIDAD

FORBID OR NOT FORBID? THE EU'S ATTEMPT TO IMPEDE THE EXISTENCE OF DOUBLE-HATTING IN INVESTMENT ARBITRATION TO ENDOW IT WITH LEGITIMACY

Nicolás Vassallo Fernández[*]

Resumen: La Unión Europea se encuentra enfocada en crear una corte multilateral de inversiones, reemplazando el actual mecanismo para resolver disputas entre Estados e inversionistas. Se argumenta que, al ser los árbitros nombrados por las partes, el sistema adolece de falta de imparcialidad y de independencia, defecto que se subsanaría mediante jueces permanentes, nombrados de otra manera. Lo anterior, ya que los árbitros nombrados por las partes pueden actuar, de forma paralela, como juez en un caso y como abogado asesor en otro, produciéndose el fenómeno del *double-hatting* o doble función. En ese sentido, el texto aprobado para modernizar el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea incorpora un mecanismo de resolución de controversias entre Estados e inversionistas mediante una corte de inversiones bilateral que pretende abordar lo anterior.

Palabras claves: arbitraje de inversiones, doble función, imparcialidad e independencia.

Abstract: The European Union is focused on creating a Multilateral Investment Court, replacing the current mechanism to solve disputes between States and

[*]Abogado. Correo electrónico: nvassallo@amcia.cl

investors. It is argued that, since the arbitrators are appointed by the parties, the system suffers from a lack of impartiality and independence, a defect that would be remedied by means of permanent judges, appointed differently. The foregoing, since the arbitrators appointed by the parties may act, in parallel, as judge in one case and as an attorney in another, producing the phenomenon of the double-hatting o double function. In that regard, the text approved to modernize the Free Trade Agreement between Chile and the European Union incorporates a dispute resolution mechanism between States and investors through a bilateral Investment Court that aims to address the above.

Keywords: investment arbitration, double-hatting, impartiality and independence.

Introducción

La Comisión Europea, ente jurídico que ostenta la potestad ejecutiva e iniciativa legislativa en la Unión Europea (en adelante UE comenzó, el año 2015, con el proyecto de crear un nuevo mecanismo para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados (conocido como ISDS, por sus siglas en inglés, que refieren a Investor-State Dispute Settlement) que reemplace los ya conocidos mecanismos de ISDS. En este sentido, la UE pretende sustraer de entidades como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) los conflictos que puedan surgir entre inversionistas extranjeros y la UE, como también entre los inversionistas nacionales de la UE y los Estados extranjeros receptores de esa inversión. La propuesta original de cambio es someter esas disputas al conocimiento y resolución ante una corte multilateral de inversiones. Esa iniciativa ha avanzado en forma considerable durante los últimos siete años, a tal punto de que ha sido incluida como mecanismo bilateral –no multilateral– para la resolución de controversias antes descritas en los tratados internacionales celebrados por la UE con Canadá, Vietnam, Singapur, México y en el flamante Acuerdo Marco Avanzado entre Chile y la UE (en adelante, el Acuerdo Marco), cuyo texto ha sido acordado recientemente, en virtud del cual se modernizará el antiguo Acuerdo de Asociación del año 2002. Siendo complejo obtener el consentimiento de un número significativo de Estados que permita concretar la creación de una corte de naturaleza multilateral, los avances bilaterales son un importante logro que van en línea con el objetivo de materializar la propuesta original de la UE de crear una gran Corte Multilateral de Inversiones.

Por ello, es fundamental conocer este nuevo mecanismo de resolución de controversias entre inversionistas y Estados, el cual resultará aplicable a Chi-

le en el marco de este nuevo tratado que se celebrará con la UE. Para los efectos del presente artículo, nos centraremos en uno de los argumentos considerados fundamentales para proponer la creación de una corte multilateral o bilateral de inversiones: cautelar la independencia e imparcialidad del juez mediante la prohibición del *double-hatting*.

En este artículo analizaremos, en primer lugar, qué es el *double-hatting*, para luego referirnos al Acuerdo Marco entre Chile y la UE.

Luego, examinaremos cómo se aborda la independencia e imparcialidad bajo las actuales normas del Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI, como también cómo ha sido abordado en la jurisprudencia del CIADI.

A continuación, realizaremos un examen crítico de las innovaciones propuestas en el Acuerdo Marco, para luego analizar otras alternativas que pueden explorarse.

Finalmente, expondremos nuestras conclusiones sobre el problema diagnosticado por algunos y la propuesta de la UE.

I. ¿Qué es el *Double-Hatting*?

El *double-hatting* o doble función en el ISDS consiste en que un juez árbitro puede ser miembro de un tribunal arbitral, conociendo un caso sobre el cual deberá dictar sentencia y, al mismo tiempo, actuar como abogado asesor en otro caso sobre materias similares o iguales[1]. Esa posibilidad ha sido calificada como uno de los "lapsus éticos más atroces"[2], ya que el juicio del juez árbitro se vería afectado por la posición que defienda en el arbitraje en el que actúa como representante de una de las partes.

Como consecuencias del fenómeno anterior, el ISDS adolecería de falta de imparcialidad e independencia de los jueces árbitro, produciéndose, con ello, un manifiesto conflicto de interés[3].

El fenómeno anterior ha incidido directamente en las modificaciones incorporadas a solicitud de la UE en sus nuevos y modernos tratados internacionales en materia de libre comercio que contengan normas de resolución de controversias entre inversionistas y Estados. Dichas modificaciones apuntan, entre otras cosas, a dar mayor legitimidad a un sistema que cuenta con diversos detractores.

[1] Hranitzky & Silva (2010). En el mismo sentido, Sands (2015), p. 654.

[2] Howse (2015).

[3] Titi (2016), p. 14. En el mismo sentido, Park (2009), pp. 648-649 y Sands (2015), pp. 666-667.

II. Acuerdo marco entre Chile y la UE

Antes de comenzar a analizar en detalle el Acuerdo Marco, es necesario tener presente una serie de prevenciones. En primer lugar, a la fecha de elaboración de este artículo, este tratado internacional no ha sido concluido, faltando aún la revisión legal y traducciones con miras a su firma. Se estima que podría firmarse a fines del año en curso en la cumbre de jefes de Estado CELAC-UE a realizarse en noviembre de 2023[4]. Luego de la firma, debe ser aprobado por cada uno de los países que conforman la UE, por sus respectivos parlamentos, y por el Congreso Nacional de Chile.

En relación con la materia que interesa para este artículo, el texto borrador disponible –actualmente solo en idioma inglés– está sujeto a modificaciones posteriores, siendo definitivos los textos que se firmen a fines de este año 2023[5]. Con todo, las innovaciones en materia de resolución de controversias en el ISDS no serán eliminadas, considerando el especial interés de la UE de que todos sus nuevos tratados internacionales de libre comercio incorporen un nuevo mecanismo para la resolución de controversias entre inversionistas y Estado.

Ahora bien, entre las diversas materias que aborda el Acuerdo Marco entre Chile y la UE, en su capítulo 10[6], sección D, subsección 4, a contar del artículo 10.33, se encuentra la creación de un sistema de corte de inversión (SCI), que reemplaza los conocidos mecanismos de ISDS, estableciéndose con ello una enorme novedad. Más aún, además de contemplar un tribunal permanente de primera instancia (TPI) del SCI (artículo 10.33), crea un tribunal de apelación (TA) (artículo 10.34) –algo excepcional en las resoluciones de controversias internacionales–, buscando con ello la anhelada consistencia en los laudos arbitrales en materia de ISDS.

En relación con la composición de los tribunales del SCI, el TPI se compondrá de nueve jueces: tres de nacionalidad de un Estado miembro de la UE; tres de nacionalidad chilena y tres de una tercera nacionalidad, pero los casos serán resueltos por tres jueces (uno de cada nacionalidad, conforme lo previsto en los artículos 10.33(2) y 10.33(7)).

A su turno, el TA se compondrá de seis miembros[7]: dos de nacionalidad de un Estado miembro de la UE; dos de nacionalidad chilena y dos de una tercera nacionalidad, pero la apelación será resuelta por tres miembros (uno de cada nacionalidad, conforme lo previsto en los artículos 10.34(2) y 10.33(7)).

---

[4] Ministerio de Relaciones Exteriores (2022)

[5] Comisión Europea (2022).

[6] Toda la referencia a capítulos y artículos es preliminar, sobre la base del texto que está en proceso de aprobación.

[7] Como en el mecanismo de resolución de controversias de la Organización Mundial de Comercio, el tribunal de apelación no hace referencia a "jueces", sino que a "miembros".

Para ser juez o miembro del SCI, se requiere cumplir con una experiencia demostrada en derecho internacional público (artículos 10.33(4) y 10.34(4)), como también un importante cumplimiento de las reglas éticas (artículo 10.35). Además, para evitar una constante rotación que pueda afectar la independencia e imparcialidad, se establece que los jueces y miembros del SCI tendrán una duración de cinco años (artículo 10.33(5)).

Cabe agregar que la propuesta de crear un tribunal de apelación como el TA ha sido calificada como capaz de abordar múltiples asuntos que aquejan al ISDS, en particular en este caso, en lo que tiene relación con la imparcialidad e independencia, al exigir a miembros del TA una serie de requerimientos y de cualidades distintas a la de meros jueces árbitro, reforzando con ello la responsabilidad de los mismos[8].

Por otra parte, para asegurar la disponibilidad en todo momento y en un corto plazo, los jueces del TPI reciben un pago mensual fijo (artículo 10.33(12)), pago que es realizado por ambas partes de la causa (artículo 10.33(13)). En el caso de los miembros del TA, para asegurar esa misma disponibilidad en todo momento y en un corto plazo, se les pagará un honorario mensual fijo y percibirán un honorario por cada día trabajado como miembro (artículo 10.34(11)). Con esa remuneración mensual no solo se logra obtener la disponibilidad, sino, también, dificultar el *double-hatting*.

Adicionalmente, las partes declaran que cooperarán para la creación de un tribunal multilateral de inversiones y de un mecanismo de apelación para la resolución de las disputas de inversiones (artículo 10.36). Con esa declaración se busca alcanzar el objetivo inicial y final de la UE: reemplazar el ISDS por una corte multilateral de inversiones, que tenga competencia sobre todas las disputas que surjan entre inversionistas y Estados receptores de la inversión respectiva. Cabe agregar que esa propuesta se encuentra siendo discutida por el Grupo de Trabajo III de la Comisión sobre Derecho Mercantil Internacional[9].

El artículo 10.35 contiene de manera explícita la intención original de la UE de impedir el *double-hatting* y, con ello, evitar la supuesta falta de independencia y de imparcialidad. En efecto, este artículo se denomina "Ética" y exige que los jueces del tribunal de primera instancia y miembros del tribunal de apelación sean personas cuya independencia se demuestre "más allá de toda duda" (artículo 10.35.(1)).

El artículo en análisis impide que los jueces y miembros se encuentren relacionados con algún gobierno, como también que sigan instrucciones de

[8] Howse (2015), p. 17.

[9] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (2023).

gobiernos u organizaciones en relación con las materias relativas a la disputa (artículo 10.35(1)). Por ello, impide a los jueces y miembros participar en la consideración de una disputa que pueda crear un conflicto de intereses, sea directo o indirecto (artículo 10.35(1)). Luego, dispone que, una vez que sean elegidos como jueces o miembros de uno de los dos tribunales del SCI, se abstendrán de actuar como abogados, experto de parte o testigo, en cualquier disputa de inversiones pendiente conforme al tratado de Chile y la UE, a cualquier otro tratado, o incluso conforme a derecho doméstico (artículo 35(1)).

Para velar por el cumplimiento de las normas anteriores, el Acuerdo Marco contempla un mecanismo remozado de recusaciones tanto para un juez del TPI, como para un miembro del TA, respectivamente (artículo 35(2-5)).

Además, está previsto que incluya en este capítulo 10 un código de conducta que obligue a los jueces del TPI y miembros del TA ceñirse a estrictas reglas de conducta. Sin perjuicio que a la fecha de elaboración de este artículo se desconoce el texto del *Código de Conducta*, si analizamos el tratado de libre comercio celebrado entre la UE y Vietnam[10], es previsible sostener que existirá una serie de obligaciones tendientes a verlas por la independencia e imparcialidad.

Este último tratado celebrado entre la UE y Vietnam contempla, en el anexo 8, el *Código de Conducta*, conjunto de normas que, a su vez, contienen un subtítulo llamado "Independencia e imparcialidad de los árbitros". Entre las normas de ese subtítulo, se expresa que un árbitro debe evitar crear una apariencia de parcialidad y no debe verse influido por intereses propios; no puede de manera directa o indirecta incurrir en una obligación o aceptar algún beneficio que de alguna manera interfiera o aparezca interferir con el ejercicio de sus funciones; no puede usar su posición de árbitro para favorecer intereses privados personales; no puede permitir relaciones financieras, de negocios, profesionales, personales o sociales que influyan su conducta o fallo; entre otras prohibiciones.

Sobre lo expuesto, se sostiene que una corte de inversiones que cuente con jueces permanentes, cuyos nombramientos no dependan de las partes, tengan una vigencia determinada y cuyos honorarios no sean revisitados bajo la fórmula de designación *ad hoc* del caso, contribuyen a mejorar la imparcialidad y legitimidad del ISDS[11].

Ahora bien, sin perjuicio de que excede el objeto del presente artículo, no podemos dejar de comentar –aunque de manera brevísima– algunos de los desafíos que tendrá por delante el acuerdo entre Chile y la UE. Al respecto,

[10] Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por la otra parte (2019).

[11] UNCTAD (2016), p. 115.

surgen interrogantes tales como, ¿cómo podrán ser reconocidas y ejecutadas estas sentencias dictadas en el contexto de una Corte de Inversiones y no por un tribunal arbitral, como exige la Convención de Nueva York?[12]. Por otro lado, se ha expuesto que el desarrollo de estas cortes bilaterales de inversión que está promoviendo la UE en realidad afectan al propósito final de crear una corte multilateral de inversiones, dificultando su concreción[13].

Volviendo al Acuerdo Marco, de forma preliminar, las normas contempladas en el mismo relativas a la resolución de las disputas en materia de inversión extranjera parecieran ser del todo razonables en lo que respecta a abordar las críticas al sistema ISDS y así velar por la imparcialidad e independencia de los jueces.

Sin perjuicio de ello, resulta necesario primero determinar si tales críticas al ISDS, según lo conocemos en la actualidad, se basan en fundamentos que emanan de la normativa existente, como de la jurisprudencia internacional o, bien, si se basan en argumentos que no cuentan con un sólido respaldo. Para ello, se debe tener presente qué normas rigen en la materia y que pretenden, precisamente, velar por la imparcialidad e independencia de los jueces, pero sin impedir el *double-hatting*.

Para analizar en detalle cómo se evidenciaría este fenómeno, recurrimos a las normas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio) y las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI (las Reglas de Arbitraje), junto con un breve análisis de jurisprudencia de tribunales arbitrales regidos por las normas anteriores.

III. La imparcialidad e independencia de los jueces árbitros bajo el Convenio y las reglas de arbitraje del Convenio del CIADI

Mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados fue establecido el CIADI. El Convenio fue elaborado por los directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial). El 18 de marzo de 1965, los directores ejecutivos sometieron el Convenio a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su firma y ratificación, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por veinte países.

[12] En este sentido, Titi (2016), p. 29; Howse (2015), p. 18; Pantaleo (2016), pp. 85-86.
[13] En este sentido, Titi (2016), pp. 31-32.

Los procedimientos seguidos ante el CIADI se regulan no solo por el Convenio, sino, también, por su reglamento y reglas.

Luego de cinco años de negociaciones entre los Estados miembros del Convenio, fueron actualizadas las reglas y el reglamento, entrando en vigor las nuevas normas el 1 de julio de 2022.

Conforme al Convenio, cada parte del arbitraje tiene el derecho a nombrar un juez árbitro en un tribunal arbitral compuesto por tres jueces árbitro[14], pudiendo recaer ese nombramiento en abogados que tengan la representación de partes en casos de ISDS pendientes o que estén próximos a iniciarse.

Para velar por la independencia e imparcialidad del árbitro designado existen distintos mecanismos previstos en el Convenio y en las reglas de arbitraje. En primer término, en los arbitrajes del CIADI, las partes pueden recusar un juez árbitro nombrado y solicitar su descalificación. En este sentido, el artículo 14(1) establece las cualidades que los jueces árbitros deben cumplir y el artículo 57 dispone que la descalificación de un juez árbitro requiere de una "carencia manifiesta" de las cualidades previstas en el artículo 14(1), entre las que se encuentra la de "gozar de amplia consideración moral" e "inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio"[15]. Luego, el artículo 58 dispone que las recusaciones deben ser resueltas por los otros jueces árbitros del tribunal arbitral que no fueren, a su vez, recusados[16].

A su turno, las reglas de arbitraje contemplan un marco regulatorio para asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces árbitros. Conforme a la regla 13(4), aquella persona que hubiera participado con anterioridad en una disputa como juez árbitro, mediador, conciliador o en una calidad similar, podrá ser nombrada como juez árbitro solo en el evento que exista común acuerdo entre las partes. Asimismo, la regla 14 prescribe una serie de obligaciones respecto de notificar si ha existido financiamiento por terceros[17]. Lue-

[14] Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966), artículo 37(2)(b).

[15] El artículo 14(1) del Convenio dispone lo siguiente: "Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros".

[16] En caso de que la impugnación se realice a dos de los tres árbitros nombrados o, bien, al árbitro de un tribunal arbitral unipersonal, la decisión de la impugnación recaerá en el presidente del Consejo Administrativo del CIADI.

[17] El financiamiento por terceros es una industria creciente en América Latina y que opera desde hace décadas en Europa y en Estados Unidos. Se trata de empresas que financian gastos que pueda generar un litigio o arbitraje, tales como: honorarios de abogados, costos de informes periciales, honorarios arbitrales, costos de receptores judiciales, y en general todos aquellos costos que pueda irrogar un procedimiento de resolución de controversias.

go, la regla 19 (3)(b) prescribe que, al aceptar el nombramiento, el respectivo juez árbitro debe presentar una declaración firmada, en la que indique, entre otras cosas, su independencia e imparcialidad.

Sin embargo, diversas críticas se han formulado en el sentido de resaltar la insuficiencia del marco normativo del Convenio y de las reglas de arbitraje. Al respecto, se ha señalado que es sumamente difícil cumplir con el umbral exigido de "carencia manifiesta" de una de las cualidades del artículo 57 del Convenio[18], producto de lo cual se advierte en un escaso éxito de las recusaciones[19]. Por ello, algunos autores consideran que el régimen de recusación se encuentra mal diseñado para garantizar la procedencia procesal[20].

En virtud de lo anterior, la necesidad de mejorar un sistema que vele por la imparcialidad e independencia de los jueces árbitros ha sumado apoyos. Entre las propuestas, las sugerencias comprenden, por ejemplo, reducir el umbral contenido en el artículo 57 del Convenio y adoptar un test de duda razonable o justificada[21]. Este test ya ha sido adoptado en el ámbito internacional. Así, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), dispone que la existencia de circunstancias que permitan tener "dudas justificadas" sobre la independencia o imparcialidad permiten recusar al juez árbitro nombrado[22].

De la misma manera, la International Bar Association (IBA), contempla en sus directrices sobre conflictos de interés el test de "dudas justificadas" para poder determinar la falta de imparcialidad o independencia de un juez árbitro[23]. La modificación del test para determinar la procedencia de una recusación no resulta baladí, ya que se ha señalado que, en procedimientos arbitrales regidos por una normativa distinta al Convenio, existe evidencia que entre el treinta y cuarenta por ciento de las recusaciones son exitosas[24].

En consecuencia, en el marco normativo del CIADI parecieran existir, *a priori*, obstáculos que impiden velar de forma adecuada por la imparcialidad e independencia de los jueces árbitros. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia del CIADI puede permitir obtener conclusiones precisas sobre si el marco normativo del CIADI permite garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces árbitro.

---

[18] Bernasconi-Osterwalder *et al.* (2010), p. 11.

[19] Vasani & Palmer (2015), p. 2; Pantaleo (2016), pp. 77-80.

[20] Hwang & Lim (2011), p. 36.

[21] Vasani & Palmer (2015), p. 3.

[22] Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2013), artículo 12(1).

[23] Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2013), Adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014, artículo 2(c).

[24] Daele (2012).

IV. La imparcialidad e independencia de los jueces árbitro en la jurisprudencia del CIADI

Una revisión cronológica de la jurisprudencia del CIADI, en relación con esta materia, comienza con el caso Amco c. Indonesia (1982). En este, el controlador de los demandantes recibió asesoría tributaria de parte de uno de los árbitros recusados. Además, el estudio jurídico en el cual el árbitro recusado era socio, compartía oficinas y tenía un acuerdo de repartición de utilidades con los abogados de Amco. El acuerdo anterior finalizó antes de que se presentara la recusación, pero el uso compartido de las oficinas se mantuvo por unos meses[25]. La recusación fue rechazada sobre la base de que no se verificaba la falta manifiesta de imparcialidad, conforme al test previsto en el artículo 57 del Convenio[26].

Por el contrario, en el caso Vivendi c. Argentina (2001), aunque la recusación fue rechazada[27], al examinar el requisito de una falta manifiesta de imparcialidad del artículo 57, se reconoció que una interpretación literal de la palabra 'manifiesta' era incorrecta[28], buscando cambiar a un test de "duda razonable"[29]. Un antiguo miembro del Comité *ad hoc* comentaría más tarde sobre esta decisión afirmando que la carga de la prueba no es significativamente elevada por el término 'manifiesto' del artículo 57[30].

Sin perjuicio de lo anterior, el prisma utilizado en el caso Vivendi no se convirtió en tendencia. Las decisiones posteriores retornaron al criterio de un enfoque de exigir un umbral probatorio alto. Ese fue el escenario en los casos Suez c. Argentina (2007)[31], en EDF c. Argentina (2008)[32] y en Urbaser c. Argentina (2010)[33], en los cuales las recusaciones fueron rechazadas. Incluso, el test de "duda razonable" fue rechazado de forma expresa en otros casos como, por ejemplo, en OPIC Karimum c. Venezuela (2011)[34] y ConocoPhillips c. Venezuela (2012)[35].

A mayor abundamiento, la data demuestra que entre los años 2014 y 2019, el 14,28 % de los casos del CIADI tuvieron una recusación contra uno o más jueces árbitros. En estos un misérrimo 5,13 % de las recusaciones tuvo éxito[36].

---

[25] Malintoppi (2008), p. 794.
[26] Tupman (1989), pp. 44-45; Malintoppi (2008), p. 795.
[27] CIADI (2001), párrafo 28.
[28] *Op. cit.*, párrafo 20.
[29] *Op. cit.*, párrafo 25.
[30] Crawford (2015), p. 605.
[31] CIADI (2007), párrafo 28.
[32] CIADI (2008), párrafo 68.
[33] CIADI (2010), párrafo 45.
[34] CIADI (2011), párrafos 53 y 57.
[35] CIADI (2012), párrafo 59.
[36] Finkel & Oakley (2020).

Ahora bien, también existen casos en los cuales las recusaciones sí han sido exitosas. Especial atención merece Blue Bank c. Venezuela (2013)[37]. Dr. Kim, presidente del Consejo Administrativo del CIADI, decidió, en noviembre de 2013, descalificar al árbitro nombrado por el demandante, el señor José María Alonso, previa recusación formulada por Venezuela. Un mes después, en diciembre de 2013, Dr. Kim descalificó a Francisco Orrego Vicuña en el procedimiento Burlington Resources Inc. c. Ecuador (2013). Esa secuencia de dos recusaciones exitosas dentro de un mes marcó un hito. La recusación de José M. Alonso se basó en los hechos divulgados en su declaración de aceptación e independencia. En la opinión de José M. Alonso, sus actividades en Baker & McKenzie distintas a las de las oficinas que representaban a Blue Bank no producían conflicto alguno. Dr. Kim reconoció las similitudes de los asuntos discutidos en Blue Bank y en Longreef c. Venezuela, y que José M. Alonso tendría la capacidad de decidir sobre asuntos relacionados a Longreef[38]. En Longreef c. Venezuela, las oficinas de Baker & McKenzie de Nueva York y Caracas asesoraban al inversionista en contra de Venezuela.

Entre José M. Alonso –quien era socio en la sede de Madrid de Baker & McKenzie– y otros socios de Baker & McKenzie existía una sociedad conjunta y un comité mundial para arbitraje internacional. No obstante, existía una importante independencia legal y financiera entre las distintas oficinas de Baker & McKenzie, de modo que los resultados de otras oficinas no impactaban en la remuneración de José M. Alonso, que se determinaba, en gran medida, por los resultados de la oficina de Madrid. Incluso, las distintas oficinas se encuentran vinculadas entre sí a través de una participación conjunta en Baker & McKenzie International, una sociedad suiza.

Sin perjuicio de ello, Venezuela sustentó su recusación en que Baker & McKenzie publicita su firma como una práctica legal mediante una estructura global. De esta manera, la existencia de varias oficinas no puede considerarse como distintas entidades legales para efectos de la recusación. Además, existen comités conjuntos entre oficinas, en los cuales José M. Alonso participa en su calidad de sociedad.

Por el contrario, José M. Alonso sostuvo que las alegaciones de Venezuela carecían de fundamento, ya que existe una amplia independencia legal y financiera entre los miembros de las firmas de Baker & McKenzie, por lo que ni siquiera se alcanza a cumplir con el estándar de descalificación de las directrices de la IBA, menos aún del Convenio del CIADI. Enfatizó que su remuneración depende principalmente de los resultados de la oficina de Madrid, operando todas las oficinas con autonomía. Por último, no había tenido ningún vínculo económico o interés con el caso Longreef c. Venezuela.

[37] CIADI (2013a).

[38] *Op. cit.*, párrafo 68.

Dr. Kim desestimó los argumentos de José M. Alonso. El hecho de compartir un nombre o sello corporativo, de ser parte de un comité conjunto y de tener participación, aunque no sea de la más sustantiva, en algunas ganancias, implica un cierto grado de conexión entre todas las oficinas de Baker & McKenzie que justifican tratarlas como una sola entidad. A la luz de la similitud de los asuntos discutidos en el caso Longreef c. Venezuela, un tercero encontraría evidente u obvia la apariencia de falta de imparcialidad bajo una evaluación razonable de los hechos del caso[39].

En consecuencia, el Dr. Kim concluyó que había una evidente falta de la cualidad establecida en el artículo 14(1) del Convenio, y dio parámetros para entender el artículo 57 en relación con el artículo 14 del Convenio. Primero, en vez de evidencia de parcialidad actual, los artículos en cuestión requieren de apariencia de parcialidad[40]. Segundo, que el estándar legal aplicable es uno imparcial basado en un análisis razonable de la prueba presentada[41]. Tercero, la palabra 'manifiesto' del artículo 57 significa 'evidente' u 'obvia'[42]. En consecuencia, independiente de la utilidad que las directrices de la IBA puedan tener, solo el estándar establecido bajo el Convenio del CIADI obliga al presidente[43].

Luego, en el caso Burlington c. Ecuador (2013)[44], el Dr. Kim aplicó los mismos parámetros resumidos con anterioridad y acogió la recusación del juez árbitro, concluyendo que había una manifiesta apariencia de parcialidad[45].

De manera distinta, los coárbitros en Caratube c. Kazakhstan (2014)[46], reafirmaron que las recusaciones para descalificación deben alcanzar un mayor estándar de prueba[47]. De la misma manera, se reiteró que los únicos estándares obligatorios son los contenidos en el Convenio y en las reglas de arbitrajes, siendo las directrices de la IBA solo ilustrativas[48]. En consecuencia, las tres decisiones anteriores compartieron la tendencia de que el artículo 57 del Convenio dispone un alto estándar para descalificar a un juez árbitro y no representa un cambio hacia el test de "duda razonable"[49].

Por último, sin perjuicio que no es parte de la jurisprudencia del CIADI, resulta interesante tener a la vista la recusación del juez Brower –quien renun-

[39] CIADI (2013a), párrafo 69.
[40] *Op. cit.*, párrafo 59.
[41] *Op. cit.*, párrafo 60.
[42] *Op. cit.*, párrafo 61.
[43] *Op. cit.*, párrafo 62.
[44] CIADI (2013b).
[45] *Op. cit.*, párrafo 80.
[46] CIADI (2014).
[47] *Op. cit.*, párrafo 57.
[48] *Op. cit.*, párrafo 59.
[49] Vasani & Palmer (2015). pp. 22-23.

ció a su nombramiento– en el Perenco c. Ecuador[50]. Nótese que el caso pese a haberse iniciado ante el CIADI[51], la recusación fue decidida por el secretario general de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) debido a un acuerdo previo de las partes en relación con el procedimiento. Ese acuerdo estableció que las reglas aplicables serían las directrices de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional. Sin perjuicio de la interesante discusión que surgió en relación con si un acuerdo previo de las partes en este sentido era válido o no, la decisión en Perenco es relevante a la luz del test aplicado y su resultado. El juez Brower hizo comentarios en los medios en relación con Ecuador, que fueron considerados parciales por parte del demandado[52]. En aplicación de las directrices de la IBA, el secretario general tuvo que determinar si un tercero, razonablemente informado, podría considerar que los comentarios del juez afectaban su independencia u objetividad[53]. Procediendo de esa manera, el secretario general concluyó que de los comentarios del juez Brower emanó una apariencia de prejuzgamiento[54].

Pues bien, como corolario de lo anterior, se ha expuesto que la falta de imparcialidad e independencia de los jueces árbitros afecta la legitimidad del ISDS[55], pudiendo el mecanismo de apelación proveer soluciones en ese sentido[56]. De acuerdo con Cecilia Mallmström, la excomisaria de comercio de la Comisión Europea, la percepción de la sociedad es que el actual ISDS no brinda confianza[57]. En ese sentido, los esfuerzos de recobrar la legitimidad en el sistema ISDS aparecieron. Es por ello que la UE se encuentra en vías de incorporar el SCI en todos sus nuevos tratados internacionales.

Sin perjuicio de las críticas, en este sentido, contra el ISDS, lo cierto es que diversos artículos se han encargado de analizar en realidad qué tan carente de imparcialidad e independencia es el sistema, de modo de determinar si dichos conflictos de interés son efectivos. En ese sentido, hay importante evidencia que desestima estas críticas[58]. Ahora bien, independiente de esa evidencia, lo cierto es que la noción de que el ISDS se encuentra deslegitimado se encuentra bastante arraigado en la sociedad internacional, como hizo notar Cecilia Mallmström, haciendo necesario que los tomadores de decisiones aborden esas críticas y propongan cambios.

---

[50] CPA (2009).
[51] CIADI (2008).
[52] CPA (2009), párrafos 25-29.
[53] *Op. cit.*, párrafos 46-48.
[54] *Op. cit.*, párrafo 58.
[55] Comisión Europea (2015), p. 6.
[56] *Op. cit.*, p. 8.
[57] Eu Monitor (2015).
[58] En este sentido, un estudio bastante completo puede revisarse en Rao (2018).

V. Análisis crítico del acuerdo marco entre Chile y la UE: ¿es efectivo y eficiente en alcanzar el objetivo?

Como hemos expuesto, el objetivo principal de la UE es crear una corte multilateral de inversiones que reemplace el mecanismo actual de ISDS.

Sin embargo, celebrar un tratado internacional multilateral requiere recorrer un largo y sinuoso camino. Los tratados internacionales que aúnan decenas de voluntades suelen estar sometidos a complejos procesos, cuya tramitación puede extenderse por muchos años.

Es por ello que, antes de embarcarse en un camino como ese, la UE ha preferido avanzar de manera "sectorial", con tratados internacionales bilaterales. No obstante, dichos avances sectoriales son una suerte de réplicas de la propuesta marco de la Corte Multilateral. Es por ello que las críticas que se han formulado a esta última propuesta, son aplicables a las propuestas bilaterales en vigor. Al respecto, algunos han rechazado la propuesta de la UE por mantener vigente un mecanismo que permita a inversionistas extranjeros demandar a los Estados en un sistema de resolución de controversias especial[59].

Y en particular, diversas críticas se han formulado en relación con la creación de un tribunal o corte de inversión que elimine el *double-hatting* como mecanismo drástico para enfrentar las alegaciones de falta de imparcialidad e independencia del ISDS.

Por ejemplo, se ha señalado que existe un riesgo importante que los jueces tengan un perfil pro Estado[60], en tanto todos los integrantes del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelación son designados por los Estados con anterioridad al surgimiento de la disputa. Ello, a diferencia del sistema actual de ISDS, donde tanto el Estado como el inversionista, designan a un juez árbitro para la disputa, siendo el tercero elegido conforme a las reglas procedimentales del centro de arbitraje respectivo o que las partes hayan establecido en sus tratados internacionales respectivos.

De igual forma, se ha expuesto que el rígido sistema de limitaciones para el nombramiento como juez o miembro puede resultar contraproducente para una correcta resolución de las controversias. Sobre el particular, se ha señalado que excluir del tribunal o corte de inversión a aquellos profesionales participan en procesos en curso, puede impedir una composición con las personas más capacitadas, en términos de conocimientos y experiencia, debilitando el funcionamiento del tribunal o corte de inversión[61].

---

[59] Así se aborda en el artículo de Eberhardt (2016). En el mismo sentido, Van Harten (2016), p. 1.

[60] Fouchard (2015).

[61] *Ibid*.

En esa misma línea argumentativa, se ha considerado excesivamente optimista que los mejores candidatos, en términos de conocimientos y experiencia, van a dejar sus puestos como abogados o árbitros para dedicarse solo a ser jueces o miembros del SCI[62].

Ahora bien, ¿es efectiva y eficiente la eliminación del *double-hatting* para abordar las alegaciones de falta de imparcialidad e independencia de los jueces árbitros?

Los términos 'efectividad' y 'eficiencia' no significan lo mismo. Mientras que la efectividad significa la "capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, la eficiencia significa "capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos". De esta manera, el acuerdo entre Chile y la UE puede ser analizado desde los dos ángulos: si es capaz de lograr sus objetivos (efectividad) y si lo puede hacer de la manera más óptima (eficiencia).

Como hemos visto con anterioridad, el Acuerdo Marco contempla el impedimento de ejercer como abogado de parte en casos pendientes o futuros, mientras el juez o miembro sea parte del TPI o TA, respectivamente. A eso se añade que existe un mecanismo de recusación y que es eventual que se incorpore un código de conducta, todo lo cual evidencia que la práctica del *double-hatting* se encontrará proscrita y sancionada.

A primera vista, la prohibición del *double-hatting* es una innovación que posiblemente resultará efectiva, ya que podría alcanzarse el objetivo perseguido o, bien, a lo menos, mejorar en forma importante la alegación de falta de imparcialidad o de independencia. Un tribunal permanente compuesto por jueces nombrados luego de cumplir con una serie de requisitos y que tienen prohibición de representar a clientes en disputas de inversión extranjera, son entendidas como una medida razonable para abordar el conflicto de interés[63]. Los jueces permanentes son considerados como más imparciales e independientes que los árbitros *ad hoc*, porque los primeros no están interesados en nuevos nombramientos, removiendo con ello cualquier sospecha sobre su integridad[64].

No obstante, ¿qué tan eficiente es la prohibición del *double-hatting*?

En primer lugar y como adelantamos, se ha considerado que el mecanismo de nombramiento de jueces podría afectar su independencia[65]. En efecto, el método de nombramiento propuesto ha generado críticas por parte de la doctrina, llegando a formular la siguiente interrogante: ¿se busca mejorar la

[62] En este sentido, Bedoya y Ramírez (2016), p. 54.

[63] En este sentido, Howse (2015), pp. 10-11; Titi (2016), p. 14; Pantaleo (2016), p. 81; Sands (2015), pp. 666-667.

[64] En este sentido, Kaufmann-Kohler & Potestá (2016), p. 18. En el mismo sentido, Howse (2015), p. 14.

[65] Shelton (2003), pp. 34-38.

imparcialidad e independencia del sistema ISDS o se pretende, en forma sigilosa, aumentar el control de los Estados sobre los resultados de las disputas?[66].

En segundo lugar, la aplicación de una serie de limitaciones y la exigencia de una serie de obligaciones para formar parte de los tribunales del SCI, puede afectar la calidad de los integrantes de los mismos, al dejar fuera a reconocidos profesionales del área.

En tercer lugar, podría considerarse que la prohibición del *double-hatting* sin una apropiada regulación de las recusaciones de árbitros es insuficiente para alcanzar el objetivo planteado. A mayor abundamiento, independiente del cambio de arbitrajes *ad hoc* a tribunales permanentes, el mecanismo de recusación del TPI y del TA es fundamental para advertir cambios sustantivos. En el Acuerdo Marco, las recusaciones son decididas por el propio presidente del TPI o TA (artículo 10.35(3)), lo que llama la atención. Uno de los aspectos cuestionables del sistema de recusación del CIADI es que las recusaciones deben ser decididas por los restantes jueces árbitros no recusados.

Por ello, pareciera ser que el mecanismo de recusaciones del Acuerdo Marco no innova con profundidad en la materia, al otorgar al presidente del TPI o del TA la obligación de resolver las recusaciones formuladas. Los presidentes deciden las recusaciones contra un colega elegido del mismo cuerpo de jueces, de modo que se trata de personas de similares cualidades a las de los presidentes[67]. Además, el mecanismo contenido en el Acuerdo Marco entre Chile y la UE, no contempla un mecanismo de apelaciones para impugnar las decisiones respecto a recusaciones.

¿Y cómo se aborda la situación de falta de independencia e imparcialidad en otros tribunales internacionales? En efecto, grandes escándalos se han ventilado en casos que involucran solo a Estados. A modo de ejemplo, en el emblemático caso entre Croacia y Eslovenia respecto a una disputa marítima y territorial, la prensa divulgó una serie de transcripciones y grabaciones de audios entre un agente de Eslovenia y el árbitro nombrado por Eslovenia, en las cuales era evidente el intento de este último en influenciar a sus otros colegas miembros del tribunal arbitral[68].

Así, tratándose de cortes y tribunales internacionales se han desarrollado e implementado diversas reglas para abordar estas controversias. A modo de ejemplo, la Corte Internacional de Justicia adoptó las directrices prácticas VII y VIII. La primera, prohíbe en forma expresa la práctica del *double-hatting* entre jueces *ad hoc*. La segunda, dispone que las personas que recientemente hayan sido miembros de la Corte Internacional de Justicia o jueces *ad hoc* no pueden ser

[66] Pantaleo (2016), p. 81.
[67] Koorosh *et al.* (2016), p. 16.
[68] Sarvarian & Baker (2015).

designados como abogados en nuevos procedimientos ante dicha Corte. Estas prohibiciones son aplicables por un periodo de tres años.

A su turno, el Acuerdo Marco entre Chile y la UE no contempla, por ahora, una limitación en ese sentido ser nombrado para un caso el juez o miembro del SCI, exigiéndole abstenerse de actuar como abogado o perito o testigo en cualquier disputa de inversiones pendiente o nueva (artículo 10.35(1)). A mayor abundamiento, de conformidad con las normas del *Código de Conducta* del tratado celebrado entre la UE y Vietnam, advertimos que existe una obligación para los antiguos árbitros del Sistema de Corte de Inversión que dispone:

> "todos los ex árbitros evitarán acciones que puedan crear la apariencia de que fueron parciales en el desempeño de sus funciones o que se beneficiaron de las decisiones o laudos del panel de arbitraje".

En consecuencia, se entiende que esta prohibición del Acuerdo Marco entre Chile y la UE aplica solo durante el periodo como juez o miembro en los tribunales del SCI; en otras palabras, mientras se encuentra en ejercicio de su papel de un juez del TPI o de miembro del TA. Es decir, no se trata de una prohibición de actuar como abogados en disputas de inversión una vez concluido su periodo de ejercicio como juez del TPI o miembro del TA. Por ello, es presumible que, al término de sus respectivos períodos, los jueces o miembros se transformarán en sujetos sumamente atractivos para entidades gubernamentales y para grandes firmas de abogados, ya que no existirá impedimento alguno para que puedan participar en los procedimientos ante el SCI.

Otro ejemplo de cómo abordar la falta de independencia e imparcialidad es la sección 18 de la Corte de Arbitraje para el Deporte, la cual prohíbe la práctica del *double-hatting* respecto de todo aquel árbitro o mediador que haya sido nombrado. A diferencia de Corte Internacional de Justicia, esta norma no dispone una posterior prohibición al término del periodo de ejercicio como miembro de la Corte de Arbitraje para el Deporte –periodo que se extiende por cuatro años–.

VI. Explorando alternativas para superar los potenciales conflictos

La imparcialidad y la independencia de los juzgadores son características necesarias en todo procedimiento de resolución de controversias y pueden ser alcanzadas desde distintos ángulos. Es por ello que la prohibición del *double-hatting* es una alternativa drástica por el cual se pretende alcanzar el resultado de reforzar la imparcialidad e independencia, eliminando los conflictos de interés.

Sin embargo, como vimos, existe una serie de potenciales conflictos producto de la prohibición del *double-hatting*.

En efecto, en primer lugar, hay preocupación en torno a una composición del SCI con jueces pro Estado, al no participar el inversionista en el nombramiento de los mismos.

Pues bien, en relación con este hipotético conflicto, creemos que una alternativa para abordar una preocupación como la anterior es establecer, sea en el texto en análisis o en las normas del eventual *Código de Conducta* del Acuerdo Marco, una serie de restricciones posteriores al ejercicio de la calidad de juez del TPI o de miembro del TA. Con ello, se buscaría impedir un conflicto de interés potencial que pueda basarse en que un juez o miembro pudiera llegar a adoptar determinadas decisiones pensando en su futuro laboral próximo una vez concluido su periodo en el SCI.

El segundo de los potenciales conflictos tiene relación con el temor de que las limitaciones del Acuerdo Marco –y del texto de una eventual Corte Multilateral de Inversiones– terminen por mermar la calidad de los integrantes de los tribunales del SCI, al impedir a reconocidos profesionales formar parte del mismo.

Al respecto, creemos que se trata más bien de una crítica cuyo análisis excede al propósito de este artículo, pero, en síntesis, nos parece que la misma adolece de aversión a los cambios. El área del ISDS ha tenido un enorme desarrollo durante las últimas décadas, existiendo cada vez más abogados y estudios jurídicos que brindan el servicio de asesoría en la materia. Ciertamente existen, cada vez más, profesionales con un amplio conocimiento del ISDS que valorarán formar parte de los tribunales del SCI, considerando el prestigio y experiencia que ello conlleva, de manera que no parece del todo creíble este aspecto conflicto alegado.

En último término, como tercer aspecto conflictivo, en el texto definitivo del Acuerdo Marco, lo más probable es que las recusaciones sean resueltas por el presidente del TPI o del TA, de modo que el conocimiento y resolución de materias relativas a conflictos de interés seguirían en la esfera del tribunal. Atendiendo a la comparación con el mecanismo contemplado en el Convenio del CIADI, un mecanismo efectivo para recusar jueces árbitros es contar con la seguridad de la descalificación de aquellos que carezcan de imparcialidad o independencia[69]. En este sentido, como hemos visto, dos aspectos son conflictivos: primero, que los jueces árbitros no recusados sean aquellos que resuelvan las recusaciones pendientes[70] y, segundo, el elevado umbral que las reglas de arbitraje del CIADI exige que deben alcanzarse para que una recusación

[69] Hwang & Lim (2011), p. 32.

[70] Malintoppi (2008), p. 828.

sea exitosa, en comparación con otros estándares contenidos en reglas de arbitraje distintas[71].

En cuanto al primer aspecto conflictivo del mecanismo de recusaciones, se ha señalado que una buena alternativa es entregar la obligación de resolver las recusaciones a un órgano neutral[72].

Sin embargo, esa sola medida no permite, por sí misma, mejorar el estado de las cosas en relación con las recusaciones, por cuanto aún requerirían –en el caso del CIADI– cumplir con el alto umbral probatorio establecido.

Ahora bien, ¿qué podemos señalar respecto del segundo aspecto conflictivo, esto es, el estándar probatorio que sería exigible en el SCI?

Respecto al segundo aspecto conflictivo del mecanismo de recusaciones, si lo analizamos desde la óptica del Convenio del CIADI, se ha considerado que una enmienda de sus reglas de recusación puede ser una solución definitiva[73], pero el éxito de una enmienda de esa naturaleza es improbable, debido a las dificultades legislativas y políticas que conllevaría[74].

Por ello, otras alternativas se han propuesto para superar este obstáculo. En primer término, conforme al artículo 31(3)(a) y (b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las partes del CIADI pueden elaborar un acuerdo interpretativo. En dicho acuerdo, podrían afirmar que la cualidad de "imparcialidad de juicio" (artículo 14(1) del Convenio) requiere que los árbitros se abstengan de representar a las partes en disputas pendientes entre inversionistas y Estados y que el estándar de "carencia manifiesta" (artículo 57 del Convenio) de "imparcialidad de juicio" (artículo 57) incluye a aquellos árbitros que de manera simultánea actúen como asesores en una disputa similar[75]. En segundo lugar, la revisión de las reglas de arbitraje del CIADI a través del Concejo Administrativo del CIADI puede generar más claridad respecto a la práctica del *double-hatting* y los conflictos de interés[76]. Tercero y final, los Estados podrían prohibir que los árbitros actúen como asesores en disputas pendientes mediante la inclusión de una cláusula en este sentido en los nuevos tratados internacionales que concluyan y que regulen las disputas entre inversionistas y Estados[77].

Ahora bien, en comparación con el Convenio del CIADI, el Acuerdo Marco es un notorio avance. A mayor abundamiento, en el texto preliminar aplicable

[71] Vasani & Palmer (2015), p. 16.
[72] Malintoppi (2008), p. 828.
[73] Vasani & Palmer (2015), p. 20.
[74] Bernasconi-Ostwerwalder *et al.* (2010), p. 43.
[75] *Op. cit.*, p. 44.
[76] *Ibid.*
[77] *Op. cit.*, p. 47.

a las recusaciones en el SCI, es notorio que la intención es reducir el umbral probatorio.

En efecto, el texto preliminar prescribe que la recusación se puede deducir por el mero hecho de que una parte considere que un juez o miembro no cumple los requisitos éticos contenidos en el artículo 10.35(1) del Acuerdo Marco. Más relevante aún, conforme al artículo 10.35(5), un juez del TPI o miembro del TA podría ser removido en forma definitiva del TPI o del TA, en caso que se estime que su comportamiento es inconsistente con las obligaciones establecidas en el párrafo (1) del artículo 10.35. Eso implica que, de incurrirse en un caso de *double-hatting*, existirá fundamento suficiente para que ese juez o miembro pierda la calidad de tal y deje de ser parte del SCI.

En consecuencia, si bien las innovaciones contempladas en el Acuerdo Marco pueden permitir alcanzar el objetivo de reforzar la imparcialidad e independencia en el ISDS, un sólido mecanismo de recusaciones debe encontrarse operativo.

Conclusiones

El futuro del sistema ISDS no es del todo claro. Sin embargo, existe claridad de que el estado actual de las preocupaciones y objetivos trazados por los distintos actores del sistema demuestran reformas cuyo alcance aún está por determinarse. En este sentido, la UE propuso hace casi ocho años, crear una corte multilateral de inversiones, que reemplace las actuales alternativas en la materia. Desde aquella propuesta, la UE ha avanzado en incorporar en sus nuevos tratados internacionales bilaterales cortes específicas para resolver disputas que surjan en el marco de dichos tratados internacionales. Así, en el caso de Chile, si bien a la fecha de la redacción de este artículo no ha concluido la tramitación del nuevo acuerdo marco con la UE, no quedan dudas que –al igual como ya ocurrió con los nuevos tratados de libre comercio concluidos por la UE–, las disputas que surjan entre inversionistas y Estados serán resueltas por una corte creada para ese fin específico. Con ello, se eliminará la resolución de controversias mediante el mecanismo de arbitraje *ad-hoc*, reemplazándose por una corte de naturaleza permanente.

Esta innovación tiene, entre sus diversos objetivos, impedir la práctica del *double-hatting* y propender a fortalecer la imparcialidad e independencia en el ISDS, que tanto se ha denunciado como problema del sistema. La vulneración del impedimento del *double-hatting*, contenida de forma preliminar en el artículo 10.35(1), puede derivar en la remoción definitiva de la calidad de juez del TPI o miembro del TA (artículo 10.35(5) del Acuerdo Marco). Al respecto, sin perjuicio de que pueda existir evidencia sobre la inexactitud de

las críticas formuladas al ISDS, lo relevante es que existe una noción bastante difundida de que el sistema carece de legitimidad, de modo que resulta imprescindible de abordar aquellos elementos denunciados como conflictivos del ISDS.

Entre las innovaciones contempladas, se encuentran la creación del TPI, con jueces permanentes en vez de árbitros nombrados bajo una fórmula *ad hoc* en la que intervienen los inversionistas; la creación de reglas éticas y de un eventual código de conducta que brinde un nuevo mecanismo de recusación y la creación del TA, formado bajo la misma lógica que el TPI, permitiendo a las partes recurrir a una segunda instancia respecto de los fallos que se dicten, una gran novedad en la resolución de controversias internacionales.

Es evidente que se trata un encomiable esfuerzo por parte de Chile y de la UE por mejorar uno de los aspectos que más críticas ha generado el ISDS. Sin embargo, a la luz de lo analizado, es posible que la drástica medida de prohibir el *double-hatting* sea efectivo en el resultado de alcanzar la imparcialidad e independencia.

Sin embargo, la eficiencia de esa medida debe analizarse desde el punto de vista de los diversos potenciales conflictos que pueden surgir. En ese sentido, una potencial composición de los tribunales con jueces pro Estado, merma en la calidad de los jueces y mecanismo de recusación incompleto se han denunciado como eventuales conflictos que surgen de la norma de impedir el *double-hatting*.

No obstante, existen alternativas para abordar esos potenciales conflictos, como es el caso de generar impedimentos posteriores para los jueces y miembros del SCI al terminar su periodo respectivo.

Asimismo, se puede considerar excesiva la crítica relativa a una eventual merma de calidad en la integración de los tribunales del SCI, en atención a la gran proliferación de profesionales en el área del ISDS, como también el prestigio y experiencia que conllevaría integrar el SCI.

Por otro lado, en cuanto al mecanismo de recusación, experiencia comparada de cortes y tribunales internacionales, demuestran que el éxito no está garantizado. Al respecto, hemos visto que mecanismos de recusación tradicional, como el contenido en el Convenio del CIADI, tienen escaso éxito producto del elevado umbral probatorio exigido. Con todo, ese no es el único elemento a considerar, ya que también debe tenerse en consideración quién resolverá las recusaciones formuladas. Al respecto, el Acuerdo Marco –al menos de modo previo– no se distancia del Convenio del CIADI. Resultaría interesante evaluar las alternativas de sustraer la decisión de esas recusaciones de la esfera del SCI y entregar esa facultad a un organismo neutro y ajeno al TPI y TA.

En suma, la prohibición del *double-hatting* será una medida de shock para abordar las alegaciones de falta de imparcialidad e independencia en el ISDS.

No obstante, debe atenderse a la forma de nombramiento de los jueces del TPI y miembros del TA, como también analizarse eventuales prohibiciones subsistentes al término del ejercicio de sus respectivos periodos. En último término, sin un mecanismo de recusación robusto, difícilmente se podrá alcanzar el resultado de impedir los conflictos de interés. Sobre todos estos puntos, resta aguardar al texto definitivo del Acuerdo Marco que sea suscrito y ratificado por Chile y la UE.

Bibliografía

Bedoya, Fernando y Ramírez, José Luis (2016): "Un sistema de corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas", *Revista del Club Español de Arbitraje,* n.° 26.

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie *et al.* (2010): "Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel", *IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators Background Papers*. Disponible en www.iisd.org/libra ry/arbitrator-independence-and-impartiality-examining-dual-role-arbitrator-and-counsel [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Crawford, James (2015): "Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration", in Caron, David *et al.* (coord.), *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press).

Eberhardt, Pia (2016): "The Zombie ISDS - Rebranded as ICS, Rights for Corporations to Sue States Refuse to Die", *Corporate Europe Observatory*. Disponible en http://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/the_zombie_isds_0.pdf [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].

Hranitzky, Dennis & Silva Romero, Eduardo (2010): "The Double Hat Debate in International Arbitration", *New York Law Journal*. Disponible en www.dechert.com/content/dam/dechert%20files/knowledge/publication/2010/6/the-double-hat-debate-in-international-arbitration/070101031Dechert.pdf [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Malintoppi, Loretta (2008): "Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators", in Muchlinski, Peter *et al.* (coord.), *Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press).

Pantaleo, Luca (2016): "Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System", *CLEER Paper Series,* vol. 1. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2782008 [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Park, William W. (2009): "Arbitrator integrity: The transient and the Permanent", *San Diego Law Review,* vol. 46. Disponible en https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi? article=2535&context=faculty_scholarship [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Rao, Weijia (2018): "Are Arbitrators Biased in ICSID Arbitration? A Dynamic Perspective", *International Review of Law and Economics*. Disponible en https://papers.ssrn.com /sol3/papers.cfm?abstract_id=3203019# [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].

Sands, Philippe (2015): "Conflict of Interest for Arbitrators and/or Counsel", in Kinnear, Meg *et al.* (coord.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Alphen aan den Rijn: Editorial Wolters Kluwer).

Shelton, Dinah (2003): "Legal Norms for Independence and Accountability of International Tribunals", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2, No. 1.

Tupman, Michael (1989): "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 38, No, 1.

Van Harten, Gus (2016): "Key Flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP", *Legal Studies Research Paper Series*, vol. 12, No. 4. Disponible en https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1139& context=olsrps [Fecha de consulta: 5 de abril de 2023].

Vasani, Baiju & Palmer, Shaun (2015): "Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn?", *Foreign Investment Law Journal* (ICSID Review), vol. 30, No. 1.

Otros documentos

Comisión Europea (2015): *Investment in TTIP and beyond-the path for reform*. Disponible en https://circabc.europa.eu/ui/group/7fc51410-46a1-4871-8979-20cce8df0896/library/ 84f1ee41-1c66-4bd2-adda-47f074336110/details [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Comisión Europea (2022): "EU-Chile Advanced Framework Agreement". Disponible en https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/chile/eu-chile-agreement/text-agreement_en [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (2023): "Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform". Disponible en https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Daele, Karel (2012): "Investment Treaty Arbitration: Similar Challenge, Different Outcome", *Global Arbitration Review.* Disponible en https://globalarbitrationreview.com/article/investment-treaty-arbitration-similar-challenge-different-outcome [fecha de consulta: 17 de julio de 2023] (requiere suscripción).

Eu Monitor (2015): *Proposing an Investment Court System*. Disponible en www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vjxdm6kcngzo?ctx=vhyzn0ozwmz1&v=1 [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Finkel, Ekaterina & Oakley, Louise (2020): "Arbitrator challenges: a practical guide", *Global Arbitration News*. Disponible en www.globalarbitrationnews.com/2020/12/03/arbitrator-challenges-a-practical-guide/ [fecha de consulta: 22 de marzo de 2023].

Fouchard, Athina (2015): "The EU Proposal Regarding Investment Protection: The End of Investment Arbitration as We Know It?", *Kluwer Arbitration Blog*. Disponible en https:// arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/12/29/the-eu-proposal-regarding-investment-protection-the-end-of-investment-arbitration-as-we-know-it/ [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].

Howse, Robert (2015): "Courting the Critics of Investor-State Dispute Settlement: The EU Proposal for a Judicial System for Investment Disputes". Disponible en https://cdn-media.web-view.net/i/fjj3t288ah/Courting_the_Criticsdraft1.pdf [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Hwang, Michael & Lim, Kevin (2011): "Issue Conflict in ICSID Arbitrations", *Transnational Dispute Management*, vol. 5. Disponible en https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/ document/media_document/hwang_and_lim_-_issue_conflict_in_icsid_arbitrations_tdm.pdf [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Kaufmann-Kohler, Gabrielle & Potestá, Michele (2016): "Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection With the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? - Analysis and Roadmap", *Geneva Center for International Dispute Settlement*. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3455511 [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].

Koorosh, Ameli *et al.* (2016): "TASK FORCE PAPER regarding the proposed International Court System (ICS)", *European Federation for Investment Law and Arbitration*. Disponible en https://efila.org/wp-content/uploads/2016/02/EFILA_TASK_FORCE_on_ICS_proposal_1-2-2016.pdf [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].

Ministerio de Relaciones Exteriores (2022): "Chile y la Unión Europea concretan cierre político de la modernización del Acuerdo de Asociación". Disponible en www. minrel.gob.cl/noticias-anteriores/chile-y-la-union-europea-concretan-cierre-politico-de-la-modernizacion [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Sarvarian, Arman & Baker, Rudy (2015): "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal", *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. Disponible en www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/ [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].

Titi, Catherine (2016): "The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead", *Transnational Dispute Management*, vol. 1. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711943 [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

UNCTAD (2016): *World Investment Report 2016*. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/wir2016_en.pdf [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Normas

Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por la otra parte (2019). Disponible en https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties -with-investment-provisions/3616/eu---viet-nam-investment-protection-agreement-2019- [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966). Disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].

Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2013), adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014. Disponible en www.ibanet.org/MediaHandler?id=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F6 7C1C50 [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2013). Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/ uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Jurisprudencia

CIADI (2001): Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. Argentina, caso n.º ARB/97/3, decisión sobre la recusación al presidente del Comité, del 3 de octubre de 2001.

CIADI (2007): Suez y otros c. Argentina, caso No. ARB/03/17 y Suez y otros c. Argentina, caso n.º ARB/03/19, decisión sobre la solicitud de descalificación de un miembro del Tribunal Arbitral, del 22 de octubre de 2007.

CIADI (2008): EDF International S.A. y otros c. Argentina, caso n.º ARB/03/23, decisión sobre recusación respecto de Gabrielle Kaufmann-Kohler, del 25 de junio de 2008.

CIADI (2010): Urbaser SA y Consorcio de Aguas Argentina, caso n.º ARB/07/26, decisión sobre solicitud de descalificación del profesor Campbell McLachlan, del 12 de agosto de 2010.

CIADI (2008): Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador & Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, caso CIADI n.º ARB/08/6.

CIADI (2011): OPIC Karimum Corporation c. Venezuela, caso n.º ARB/10/14, decisión sobre la solicitud de descalificación del profesor Philippe Sands, del 5 de mayo de 2011.

CIADI (2012): ConocoPhilipps Company y Otros c. Venezuela, caso n.º ARB/07/30, decisión sobre la solicitud de descalificación de Yves Fortier, del 27 de febrero de 2012.

CIADI (2013a): Blue Bank International & Trust Ltd. C. Venezuela, caso n.º ARB/12/20, decisión sobre la solicitud de las partes de descalificar a la mayoría del tribunal, del 12 de noviembre de 2013.

CIADI (2013b): Burlington Resources, Inc. c. Ecuador, caso n.º ARB/08/05, decisión sobre la solicitud de descalificación del profesor Francisco Orrego Vicuña, del 13 de diciembre de 2013.

CIADI (2014): Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani c. La República de Kazakhstan, caso n.º ARB/13/13, decisión sobre la solicitud de descalificación del Sr. Bruno Boesch, del 20 de marzo de 2014.

Corte Permanente de Arbitraje (CPA) (2009): Perenco Ecuador Limited c. Ecuador & Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Corte Permanente de Arbitraje, caso n.º IR-2009/1, decisión sobre recusación de árbitro, del 8 de diciembre de 2009.

PRINCIPALES DISPOSICIONES DEL CAPÍTULO 8 DE INVERSIONES DEL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO BRASIL-CHILE: NOVEDADES Y DESAFÍOS

MAIN PROVISIONS OF THE INVESTMENT CHAPTER 8 OF THE BRAZIL-CHILE FREE TRADE AGREEMENT: NEWS AND CHALLENGES

Ivette S. Esis Villarroel[*]

RESUMEN: La relación comercial y de inversión entre Brasil y Chile ha sido muy dinámica. Ambos países suscribieron un acuerdo bilateral en 1994 en materia de inversión extranjera, que posteriormente fue sustituido por el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones de 2015. Luego, en 2018, fue suscrito el Acuerdo de Libre Comercio entre ambos países que entró en vigor en 2022. Este último acuerdo recoge las soluciones que, en materia de inversión extranjera, contiene el de 2015. Al igual que otros tratados internacionales que Brasil ha suscrito con otros Estados, el celebrado con Chile excluye ciertas actividades económicas como: inversión protegida, restringe la cláusula de nación más favorecida, no contempla las garantías de trato justo y equitativo ni las expropiaciones indirectas, como tampoco el arbitraje inversor-Estado. Pero, también, innova al contener una cláusula de resolución preventiva de conflictos y establece una serie de obligaciones y recomendaciones al inversionista foráneo. Con el paso del tiempo, observaremos la efectividad en la práctica de las soluciones contenidas en el ALC para las partes involucradas.

PALABRAS CLAVES: acuerdos de inversión, cláusula de nación más favorecida, trato nacional, expropiaciones, resolución preventiva de conflictos.

[*] Doctora en Derecho, Universidad de Valencia. Profesora e investigadora, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae (Chile). Correo electrónico: iesis@uft.cl / ivette.esis@gmail.com

Abstract: The commercial and investment relationship between Brazil and Chile has been very dynamic. Both countries signed a bilateral agreement in 1994 on foreign investment, which was later replaced by the Investment Cooperation and Facilitation Agreement of 2015. Then, in 2018, the Free Trade Agreement between the two countries was signed, which entered into force in 2022. This last Agreement includes the solutions that, in terms of foreign investment, contains the one of 2015. Like other international treaties that Brazil has signed with other States, the one concluded with Chile excludes certain economic activities such as protected investment, restricts the clause of most favored nation, does not include guarantees of fair and equitable treatment or indirect expropriations, nor investor-State arbitration. But, also, it innovates by containing a clause for preventive conflict resolution and establishes a series of obligations and recommendations to the foreign investor. Over time, we will see the effectiveness in practice of the solutions contained in the ALC for the parties involved.

Keywords: investment agreements, most-favoured-nation clause, national treatment, expropriations, preventive conflict resolution.

Introducción

En la actualidad, Brasil es uno de los países que más recibe inversión extranjera directa según las estadísticas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y es, también, uno de los países de la región que más exporta capital al exterior[1]. Durante años, debido a la fuerte oposición política del Poder Legislativo y el Poder Judicial[2], se caracterizó por suscribir y no ratificar tratados en materia de promoción y protección de inversiones, ni los protocolos de Colonia y Buenos Aires en el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), ni ser parte contratante del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención de Washington)[3].

Es de destacar que, en 1994, la República Federativa de Brasil y la República de Chile celebraron un acuerdo de inversiones que no fue ratificado[4]. A esar de ello, según la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales

[1] CEPAL (2022), p. 11.

[2] Morosini & Ratton (2016), p. 9.

[3] Tiburcio (2014), pp. 237-238.

[4] Acuerdo entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno de la República Federativa de Brasil para la promoción y protección recíproca de inversiones, 22 de marzo de 1994.

de Chile (SUBREI) 28 % de la inversión chilena en el exterior entre 1990 y 2020 se concentra en Brasil, alcanzando la cifra de USD 37 915 000 000 en alrededor de doscientos ochenta proyectos[5]. En efecto, el flujo de inversión chilena ocupa el séptimo lugar en Brasil[6]. Para los inversionistas brasileños, Chile es, también un país atractivo especialmente en los sectores de minería, finanzas, seguros, energía, comercio y manufactura. Según InvestChile, Brasil ocupa el noveno lugar en el *ranking* de inversiones directas extranjeros en Chile, cuyo flujo alcanza la cantidad de USD MM 3344[7].

Frente a esa dinámica realidad, Brasil comenzó a negociar tratados en materia de inversiones con otros países, basado en el modelo de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) elaborado por las autoridades del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Trabajo, el Banco Central, la Confederación Nacional de la Industria y la Federación de Industrias del Estado de São Paulo, así como de las consultas realizadas a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). En particular, con Chile celebró un ACFI en 2015 que, posteriormente, se convirtió en el capítulo 8 del Acuerdo de Libre Comercio (ALC) de 2018, que entró en vigor en 2022. El mencionado ALC contiene también el capítulo 9 referido a las inversiones en el sector financiero.

El trabajo que presentamos tiene como objetivo analizar las principales soluciones del capítulo 8 del ALC y compararlas con las contenidas en tratados que, en esta materia, ha suscrito la República de Chile con otros países. De antemano podemos indicar que los tratados no son exactamente iguales, considerando ciertas innovaciones contenidas en los ACFI. En particular, nos referimos a las definiciones (acotadas) de inversión foránea protegida por estos acuerdos, al ámbito de aplicación de la cláusula de nación más favorecida, la cláusula de expropiación, la responsabilidad social empresarial y la cláusula de solución de conflictos entre las partes. Estudiamos a continuación cada uno de estos aspectos.

I. De los criterios de admisibilidad de las inversiones y definiciones de inversión

En términos generales, los tratados de inversión desarrollan reglas generales de admisión de inversiones. En el caso que nos ocupa, el artículo 4 del ACFI de 2015

[5] SUBREI (2022), p. 1.
[6] Banco Central do Brasil (2022).
[7] InvestChile (2022), p. 30.

estableció dicha regla siempre que las inversiones se realicen conforme al derecho interno del Estado receptor (Brasil o Chile, según sea el caso). Esta previsión está contenida en el artículo 8.4 del capítulo 8 sobre Inversiones del ALC y está igualmente contemplada en otros tratados como el Acuerdo Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones entre la República de Chile y la Confederación Suiza (artículo 2)[8], en el celebrado con la República de El Salvador (artículo 2)[9] y con la República Helénica (artículo 2)[10].

Ahora bien, respecto a las definiciones de "inversión protegida", los tratados de inversión en general presentan una lista enunciativa de activos, operaciones y actividades que pueden configurar como tal[11]. Recientemente se han incorporado reglas especiales para la inclusión de inversiones en energías renovables y de aquellas que promueven el cuidado del ambiente[12]. En ese sentido, el capítulo 8 del ALC establece que una inversión directa constituye activos controlados directa o indirectamente por inversionistas de la respectiva otra parte tales como: empresas, acciones, capital u otras formas de participación en el patrimonio o capital social de una empresa, bonos, obligaciones, préstamos e instrumentos de deuda pública privada, derechos contractuales, licencias, autorizaciones y permisos, derechos de propiedad intelectual y derechos de propiedad tangibles e intangibles y derechos reales.

Sin embargo, y a diferencia de otros instrumentos convencionales suscritos por Chile con otros Estados –como ocurre con los celebrados con la República de Corea[13], Reino Unido[14] y el Reino de Suecia[15]– el ACL excluye expresamente a los bonos de deuda pública como eventuales activos que pueden ser catalogados como inversión. Esto responde a la tendencia de los nuevos acuerdos en la materia de entenderlos fuera del ámbito de aplicación de los tratados. Según la UNCTAD, entre los años 1959 y 2010 fueron celebrados 2 432 acuer

[8] Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Chile on the promotion and reciprocal protection of investment, September 24, 1999.

[9] Acuerdo entre la República de El Salvador y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones, 8 de noviembre de 1996.

[10] Acuerdo Privado entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno de la República Helénica sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, 10 de julio de 1996.

[11] Lim, Ho & Paparinskis (2019), p. 211 y Esis (2018b), pp. 172-173.

[12] UNCTAD (2022), p. 16.

[13] Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Chile on the reciprocal promotion and protection of investments, Santiago de Chile, September 6, 1996.

[14] Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Chile for the Promotion and Protection of Investments with Protocol, January 8, 1996.

[15] Convenio entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno del Reino de Suecia para la promoción y protección recíproca de las inversiones, 24 de mayo de 1993.

dos bilaterales, de los cuales solo el 4 % excluyó las inversiones portafolio, deudas públicas soberanas y reclamos dinerarios provenientes de contratos comerciales. Mientras que, para los años 2011 y 2016, de los nuevos ciento diez acuerdos, el 36 % excluye este tipo de operaciones de la definición de inversión protegida bajo su ámbito de aplicación[16]. Este aumento del porcentaje de exclusión podría estar motivado a la repercusión de casos ventilados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y otras instituciones arbitrales[17] en virtud de las interpretaciones realizadas por los tribunales arbitrales al catalogarlos en ciertos casos como inversiones (Fedax v. Venezuela; Abaclat v. Argentina, Alemmani v. Argentina)[18].

II. Principales garantías y deberes de inversionistas contemplados en el ALC

Al igual que los tradicionales acuerdos de inversiones, el ALC contiene una serie de garantías que ofrecen las partes contratantes a sus inversionistas, tal como analizamos a continuación.

1. Trato nacional

El trato nacional es considerado una de las primeras garantías en el derecho internacional de las inversiones por la cual un Estado anfitrión debe conceder el mismo tratamiento legal tanto a los inversores extranjeros como a los locales[19]. En forma general, se entiende como el deber estatal de acordarle a inversores originarios de la otra parte contratante un trato no menos favorable que el ofrecido a los inversionistas locales, como lo expone el artículo IV.2) del Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la promoción y protección recíproca de las inversiones (2000)[20]. Pero, también, en otros casos la redacción del Tratado puede variar al incorporar la frase "en similares circunstancias" al otorgamiento del mismo trato entre unos y otros inversionistas. O, incluso, algunos acuerdos indican que el trato (que no debe ser arbitrario ni discriminatorio) se extiende a las fases de la inversión como: el establecimiento, la adquisición, expansión, manejo, utilización, disfrute, venta y la liqui-

[16] UNCTAD (2017b), p. 122.

[17] Esis (2018b), p. 218.

[18] CIADI (1998); CIADI (2011); CIADI (2013); CIADI (2014).

[19] Lim, Ho & Paparinskis (2019), p. 295; Dolzer & Schreuer (2012), p. 198.

[20] Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la promoción y protección recíproca de las inversiones, 11 de julio de 1996.

dación, tal como lo indica el artículo 4.1. del Acuerdo de Inversiones entre Chile y Venezuela y el artículo 3.1 del Acuerdo de Inversiones Brasil-Chile de 1994[21].

El ACFI de 2015 y el ACL, en sus artículos 5 y 8 respectivamente, establecen la garantía del trato nacional otorgado conforme a la legislación vigente para el momento en que la inversión se realiza, entre inversionistas y sus inversiones nacionales y extranjeros en similares circunstancias, en la expansión, administración, conducción, operación, venta y otra forma de disposición sobre estas. Resulta interesante que ambos instrumentos expresan una aclaratoria de la frase "en similares circunstancias", atendiendo a que el trato entre inversores e inversiones dependerá de las situaciones presentadas y puede variar conforme a objetivos legítimos de interés público. Adicionan los tratados que la garantía no puede interpretarse como una obligación o deber de las partes a compensar por desventajas competitivas que pueda sufrir un inversor foráneo por su carácter de extranjero.

2. Cláusula de nación más favorecida en una fórmula restrictiva

El trato de nación más favorecida responde a otra garantía ofrecida al inversionista extranjero por parte del Estado anfitrión, para que le sea aplicado tratamiento no previsto en el tratado entre el Estado receptor y el del origen del inversor, pero que sí está contenido en otro tratado celebrado entre el Estado anfitrión con un tercer Estado. De esta forma, se pretende evitar una posible discriminación en el trato ofrecido a los inversionistas extranjeros que operan en el territorio de Estado receptor. Esta garantía solo puede ser invocada cuando está contenida expresamente en cláusulas especiales de convenios y tratados de libre comercio y en acuerdos bilaterales en materia de inversiones, que sea aplicable al caso concreto[22].

Su uso en la práctica arbitral, a partir del caso Emilio Maffezzini v. Reino de España[23], ha dado lugar a diversos cuestionamientos debido a la extensión de la cláusula de nación más favorecida para invocar vías de solución de controversias entre inversionistas y Estados más favorables a los intereses del inversor demandante, contenida en el tratado celebrado entre el Estado recep-

[21] Acuerdo entre el gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de la República de Chile sobre promoción y protección de inversiones, 2 de abril de 1993 y Acuerdo entre el gobierno de la República Federativa de Brasil y el gobierno de la República de Chile, 22 de marzo de 1994.

[22] OECD (2004), pp. 1-2.

[23] CIADI (2000).

tor y un tercer Estado. Frente a esa situación, los negociadores de los tratados comenzaron a repensar el ámbito de aplicación personal, temporal y material que tiene la garantía. Según la UNCTAD, son ellos quienes determinan si se aplica a todo o algún tipo de inversor e inversionista; el límite de tiempo de aplicación o, incluso, si será aplicada durante toda o alguna fase de la inversión en el Estado anfitrión. Pero, también, pueden establecer ciertas excepciones en su aplicación que obedecen a los beneficios fiscales de tratados para evitar la doble tributación, los privilegios de tratados de libre comercio, limitar su aplicación a ciertos sectores económicos[24] e impedir que sea extensiva a mecanismos de solución de controversias no previstas en el tratado.

El ALC en estudio no escapa de esta realidad. Indica el artículo 8.6 el trato de nación más favorecida tanto para las inversiones como para los inversionistas de los Estados involucrados en los aspectos relativos a: la expansión, la administración, la conducción, la operación y la venta o formas de disposición de las inversiones. Además de la regla general, se expone un listado de excepciones en el sentido de que el tratamiento no será interpretado como una obligación de otorgar beneficios o preferencias establecidas en acuerdos comerciales y en acuerdos para evitar la doble tributación.

A diferencia de otros tratados suscritos por la República de Chile –como los celebrados con el Reino de los Países Bajos, Suiza y Perú[25]– el ALC establece una clara excepción de no aplicación de la cláusula de nación más favorecida para invocar la cláusula de resolución de controversias en tratados suscritos por las partes contratantes con terceros Estados. Pensamos que esta solución obedece a que, a diferencia de Chile, Brasil no suscribió el Convenio de Washington ni forma parte del sistema de solución de controversias inversor-Estado[26]. Así, al no reconocer al inversionista foráneo *ius standi*, se restringe la posibilidad de que el inversor brasileño pueda acceder al arbitraje de inversiones.

3. Expropiaciones directas y la exclusión de las indirectas

Una de las garantías normalmente expuesta en acuerdos de inversiones es la garantía de no expropiación, salvo que se realice bajo el cumplimiento de ciertos

[24] UNCTAD (2010), p. 14.

[25] Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Chile, 30 de noviembre de 1998; Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Chile sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones, 24 de septiembre de 1999 y Convenio entre la República de Perú y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones, 2 de febrero de 2000.

[26] Fontoura & Rocha (2017).

requisitos. Esto implica que una inversión, propiedad de un inversor foráneo, nacional de uno de los Estados parte del Acuerdo, no puede ser expropiada por el Estado anfitrión salvo que tal medida sea motivada por causa de utilidad pública, se acompañe de las debidas garantías procesales, no sea discriminatoria y sea pagada una cantidad de dinero como compensación.

Conforme al derecho internacional, todos los Estados tienen la potestad soberana de expropiar la propiedad privada de los particulares, siempre que la medida cumpla con los mencionados requisitos. Sin embargo, al constituir la expropiación uno de los mayores riesgos que el inversor debe enfrentar, durante la negociación de estos tratados especiales los Estados definen las reglas en este supuesto[27]. En tal sentido, es posible distinguir dos tipos de instrumentalización de esta garantía en los tratados internacionales: por un lado, se establece una cláusula genérica que consagra este derecho y su obligación de cumplir con los parámetros ya expuestos[28] y, por otro, se incorpora una cláusula detallada con los tipos de medidas expropiatorias (directas e indirectas), con las características que deben cumplir, además de otros asuntos relativos al pago de la compensación[29].

El ALC Brasil-Chile contempla la regla general de expropiación solo en casos cuando la medida sea motivada por causa de utilidad pública o de interés público, no discriminatoria, se respete el debido proceso legal y sea pagada una indemnización. Esta última debe ser equivalente al valor de mercado del activo expropiado, para la fecha inmediatamente anterior a que la medida se haya llevado a cabo, y sea transferible de forma libre. Se trata de una solución por lo general contenida en los tratados en esta materia.

Pero, a diferencia de otros tratados celebrados por la República de Chile, el ALC excluye de su ámbito de aplicación las expropiaciones indirectas[30]. Estas últimas son consideradas más complejas de determinar debido a que no requieren la existencia de un título formal de la transferencia del derecho de propiedad de un activo de un inversor foráneo a favor del Estado receptor para que se configuren[31]. La práctica arbitral de inversiones las refiere como situaciones por medio de las cuales los Estados anfitriones dictan una serie de actos estatales en pro de tutelar ciertos intereses públicos (como, por ejemplo, la protección del ambiente, la salud colectiva, la protección de consumidores), pero

[27] Esis (2016), p. 80.

[28] Véase el artículo 5 del Acuerdo entre la República de Chile y la república portuguesa sobre la promoción y la protección de inversiones, 28 de abril de 1995).

[29] Véase el artículo 5 del Acuerdo entre la República de Chile y la República de Austria para la promoción y protección recíproca de inversiones 24 de septiembre de 1999.

[30] Fontoura y Rocha (2016a), p. 7.

[31] Salacuse (2021), p. 298.

debido a las consecuencias adversas que producen, los inversores podrían verse privados sustancialmente de los beneficios económicos de su inversión[32].

Tal exclusión llama la atención considerando que, por un lado, Brasil constituye el país receptor en la región por excelencia de la inversión chilena en el extranjero, así como Chile también recibe inversión brasileña en su territorio y, por otro, la alta frecuencia de reclamos por expropiaciones indirectas por parte de inversores en la práctica arbitral. De acuerdo con las estadísticas de la UNCTAD, solo entre los años 1987 y 2017 el número de reclamos conocidos por motivos de expropiación indirecta ascendió a la cantidad de 359 litigios[33]. Aunque hay un número importante de asuntos en trámite, la organización internacional afirma la existencia de –al menos– de setenta litigios donde los tribunales arbitrales confirmaron la expropiación indirecta, condenando a los Estados anfitriones al pago de una indemnización prevista en el laudo arbitral[34].

Este escenario resulta inconveniente para los inversionistas de ambos países, toda vez que quedan desprotegidos ante este tipo de riesgos. Sin embargo, aunque el equipo negociador de Brasil está al tanto de la actualidad práctica de los acuerdos de inversión, no se incluyó esta garantía para evitar que los acuerdos fuesen objetados por el Congreso Nacional de dicho país, previendo que las autoridades brasileñas no estarían de acuerdo con un eventual escrutinio de sus actos regulatorios en instancias internacionales[35].

4. La exclusión del trato justo y equitativo y la inclusión de las reglas de transparencia y de la libre transferencia de capitales

A diferencia de los tradicionales acuerdos de inversión y los celebrados por Chile con otros países[36], los ACFI de Brasil no contemplan la garantía del trato justo y equitativo, entendida como la estabilidad de una inversión en el Estado receptor, desde el mantenimiento de las condiciones necesarias para el desarrollo de la inversión extranjera, hasta la previsibilidad y claridad de la actuación estatal (administrativa y judicial) frente al inversionista[37].

---

[32] González de Cossio (2016), pp. 145-146; Isakof (2013), p. 2; McLachlan, Shore & Weininger (2018), pp. 270-273.

[33] UNCTAD (2017a), p. 5.

[34] UNCTAD (2023).

[35] Monebhurrun (2017), p. 93.

[36] Véase a modo ilustrativo los artículos IV.1 del Acuerdo entre la República Dominicana y la República de Chile para la promoción y la protección recíproca de Inversiones, Santo Domingo (28 de noviembre de 2000); y el artículo 5 del Acuerdo de Inversión entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, 18 de marzo de 2012.

[37] Kläger (2011), p. 228.

No obstante, el ALC prevé, por un lado, el deber de los Estados parte de administrar las medidas que adopte en forma razonable, objetiva e imparcial de conformidad con su ordenamiento jurídico (artículo 8.10) y, por otro, el deber de transparencia de los Estados contratantes (artículo 8.9). Sobre este último aspecto, la doctrina ha afirmado que los negociadores brasileños se centraron en la transparencia como una obligación y obviaron mencionar las palabras "trato justo y equitativo" para evitar las implicaciones prácticas que su interpretación supone al no existir una calificación uniforme en la práctica arbitral y, también, para no perjudicar el poder regulatorio que potencialmente puede ejercer el Estado sobre los inversionistas foráneos (al igual que sucede con las expropiaciones indirectas)[38]. Frente a esta situación, ¿qué puede entenderse como la regla de transparencia en el ALC? El tratado indica que es la obligación de los Estados parte de publicar las leyes y regulaciones sin demora y en forma electrónica; de permitir, también, la publicidad de los proyectos de leyes que se estén discutiendo en materia de inversiones y de posibilitar la recepción de críticas y sugerencias de interesados, así como de responder las inquietudes de interesados respecto a la legislación interna de los Estados involucrados.

En referencia a las reglas de transferencia de capitales, buena parte de los tratados de inversión contienen cláusulas conforme a las cuales los Estados recíprocamente garantizan a los inversionistas el derecho de repatriar utilidades, reembolso del capital invertido, regalías, cantidades de dinero producto de venta de activos, pagos recibidos y otros conceptos;

ii) sin demora;

iii) en una moneda libremente convertible en el mercado internacional[39].

De esta forma, los países se obligan a cuidar que cualquier medida de restricción que imposibilite esta acción no sea discriminatoria ni arbitraria, y que realmente vele por la protección de su mercado monetario[40].

El artículo 8.11 del ALC Brasil-Chile da continuidad a esa tendencia e indica que cada uno de los Estados involucrados permitirá a los inversionistas transferencias libres y sin demora de:

i) el capital inicial;

ii) las rentas, dividendos, intereses, pago de *royalties* cuya fuente de origen sea la inversión;

iii) el capital obtenido por la venta o la liquidación de la inversión;

iv) los pagos pactados en el contrato firmado por el inversionista;

v) la indemnización en el caso de expropiaciones o por la compensación por pérdidas o uso temporal de la inversión por autoridades del Estado receptor.

[38] Monebhurrun (2017), p. 93.

[39] UNCTAD (2019).

[40] Dolzer & Schreuer (2008), pp. 212-213.

Las transferencias deben realizarse en la moneda de curso legal del país anfitrión o, en su defecto, en una moneda libremente convertible, según el tipo de cambio vigente para la fecha de la transferencia.

Se contempla la posibilidad de impedir una transferencia por aplicación de la normativa interna del Estado receptor en materia de quiebra, insolvencia y protección de los derechos de acreedores; debido al cumplimiento de decisiones judiciales y laudos arbitrales, infracciones penales o por causa de reportes financieros para colaborar con las normas de cumplimiento de ley. Asimismo, se reserva el derecho de los Estados anfitriones de adoptar medidas que puedan eventualmente restringir las transferencias en caso de crisis en su balanza de pago o en situaciones delicadas de carácter macroeconómico que afecte la política monetaria del país en cuestión.

5. *Reglas de responsabilidad social empresarial*

La más reciente generación de tratados en materia de inversión desarrolla las garantías ofrecidas a los inversionistas foráneos que se comprometen a cumplir los Estados anfitriones, pero además incluyen deberes de los primeros frente a los segundos[41]. Esto responde a la preocupación de los Estados de captar inversiones e inversionistas conscientes de promover y ejecutar reglas de sostenibilidad y desarrollo humano[42]. En particular, nos referimos al cumplimiento de normas sobre responsabilidad social y de la legislación interna del Estado receptor de la inversión.

La responsabilidad social responde al compromiso de las empresas a través del cual, a la par de la obtención del lucro, se ejercen prácticas voluntarias dentro de su plan de gobierno corporativo para atenuar eventuales consecuencias de sus actividades en el medio donde se desenvuelven y mantener una buena relación con todos sus grupos de interés[43]. En materia de acuerdos de inversión, uno de los cambios más significativos de los recientes tratados de inversión consiste en la inclusión de dichas normas como deber del inversionista de gestionar los impactos que su inversión pueda generar respecto a todos involucrados en su quehacer[44].

Son precisamente los ACFI de Brasil quienes lideran la tendencia de incorporar tales reglas como una responsabilidad del inversor foráneo para promover la cooperación con las comunidades locales y de cumplir con el orde-

[41] UNCTAD (2017a), pp. 4-5.
[42] Baltag, Joshi & Dugal (2023), p. 3.
[43] Miller (2016), p. 4.
[44] UNCTAD (2017a), p. 5; Monebhurrun (2017), p. 95.

namiento jurídico del Estado receptor[45]. El ALC de 2022, al igual que el ACFI de 2015, apuntan hacia la necesidad de ajustar la conducta del inversionista en pro del desarrollo económico y social del Estado receptor y de la comunidad local donde se desarrolla la inversión. Y es que, en efecto, se menciona que tanto los inversores como las inversiones tiene el deber cumplir con las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales de dicho organismo multilateral.

En este orden de ideas, el ALC exige que los inversionistas respeten los derechos humanos de quienes realicen actividades en sus empresas, estimulen la generación de capital humano, colaboren con las comunidades locales, apoyen los principios de buen gobierno corporativo, respeten la protección del ambiente (incluyendo el uso de nuevas tecnologías que no lo afecten) y al desarrollo sustentable, además de abstenerse de ejercer prácticas discriminatorias contra sus trabajadores y de solicitar o aceptar excepciones no establecidas en el derecho interno del Estado receptor en: materia ambiental, salud, seguridad, trabajo, incentivos financieros, entre otros asuntos.

6. *Solución de controversias*

A diferencia de los tratados suscritos y ratificados por Chile, los acuerdos celebrados con Brasil establecen, en primer lugar, una cláusula preventiva de solución de conflictos y, en segundo lugar, el arbitraje a*d hoc* entre los Estados parte. Veamos cada uno por separado.

1. De la prevención de conflictos a través del Comité Conjunto y la figura del Ombudsman

Una de las novedades contenidas en los acuerdos suscritos por Brasil desde 2015 es la inclusión de una cláusula de prevención de controversias. Esta solución, refiere la doctrina, se inspira en una institución de Corea del Sur, país que, en 1999, instituyó la figura del Office of the Foreign Investment Ombudsman. Se trata de una agencia estatal que apoya a los inversionistas extranjeros, a través de consultorías y el suministro de informaciones tanto para ellos –para el mejor desempeño de sus actividades en dicho Estado– como para el Estado –mediante el apoyo para la formulación de políticas públicas–[46].

Es así como los acuerdos brasileños –y el ALC con la República de Chile a partir del artículo 8.24– determinan la conformación de los Comités Conjuntos (CC), compuesto por representantes de los gobiernos de Brasil y, en nuestro caso, de Chile. Son los principales responsables por la implementación

[45] Baltag, Joshi & Dugal (2023), p. 31.
[46] Fontoura y Rocha (2016b), p. 7.

y administración de los acuerdos, quienes tienen el deber de coordinar la cooperación acordada en las agendas temáticas en materia de inversión contenidas en dichos instrumentos, así como realizar y recibir consultas del sector privado. Tienen, además, la facultad de resolver amigablemente las controversias sobre las inversiones.

En paralelo a los CC, se prevé el nombramiento de puntos de contacto o *ombudsmen* (PC) quienes deben brindar el apoyo y el soporte necesario a los inversionistas. Por Brasil, los acuerdos nombran a la Cámara de Comercio Exterior (CAMEX), en tanto que por Chile actúa la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera. Conforme al artículo 8.19 del ACL, los PC tienen una serie de atribuciones:

i) atender las recomendaciones del CC y coordinar su actuación con el PC del otro país;
ii) presentar informaciones sobre la regulación sobre inversión del derecho interno del Estado que representa;
iii) administrar las consultas y los reclamos de los inversionistas de la otra parte, así como realizar todas las gestiones necesarias para solucionar el problema y
iv) mitigar los conflictos y facilitar su solución en coordinación con las autoridades gubernamentales y los entes privados.

Se ha denominado como cláusula de prevención de controversias al contenido del articulado de los tratados en este ámbito, toda vez que el CC y los PC deben realizar todas las gestiones para evitar el surgimiento de conflictos. En efecto, los acuerdos establecen un procedimiento conforme al cual el Estado de origen del inversionista puede presentar por escrito una solicitud con la identificación del inversor afectado, la medida cuestionada y los fundamentos de hecho y de derecho que la motivan.

El CC debe reunirse dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de la solicitud para reunirse con el propósito de lograr la solución del problema, prorrogables por sesenta días más (debidamente justificado). En ese periodo, pueden ser celebradas reuniones especiales y reuniones extraordinarias con los involucrados (inversionista y entidades gubernamentales y no gubernamentales relacionadas con la medida), se intercambia informaciones relevantes con el objetivo de facilitar la solución del problema planteado.

Vencido el plazo indicado, el CC tiene treinta días para presentar un informe con la identificación del Estado que adoptó la medida cuestionada como la del inversor afectado, la descripción de la medida, relación de las gestiones realizadas y la posición de las partes frente a ella. Si una de las partes no comparece a dicha reunión de presentación del informe, el problema podrá ser sometido a un arbitraje entre Estados.

2. El arbitraje entre Estados ante la falta de acuerdo de las partes

A diferencia de Chile que ha sido parte del sistema de solución de controversias inversor-Estado por medio del arbitraje internacional de inversiones[47], Brasil ha mantenido, desde los años sesenta del siglo XX hasta ahora, una posición contraria. Esto obedece a la opinión imperante en los poderes públicos brasileños conforme a la cual, de reconocer *ius standi* al inversionista extranjero, se permitiría la opción del arbitraje inversor-Estado solo a ellos y no a los locales, lo que traería como consecuencia un beneficio procesal que privilegiaría únicamente a los foráneos[48]. Además, ha sido observado este mecanismo de solución de controversias inversor-Estado como una amenaza a la soberanía de dicho país, debido a que los preceptos constitucionales brasileros exigen que cualquier situación ocurrida en territorio nacional debe ser examinada por los órganos jurisdiccionales competentes[49].

Por los motivos expuestos, la vía de solución de controversias contemplada en los nuevos acuerdos de Brasil corresponde a un arbitraje en el que solo participan los Estados signatarios[50], cuyas reglas expuestas en el artículo 8.25 y anexo I del ALC son las siguientes:

a) Las controversias que pueden ser conocidas y resueltas por el tribunal arbitral responden a la interpretación o la aplicación de las reglas del capítulo 8, siempre que no hayan transcurridos más de cinco años desde la fecha en la cual la parte conoció o debió haber tenido conocimiento de los hechos que ocasionaron el conflicto.
b) El arbitraje *ad hoc* puede ser iniciado a través de una solicitud escrita solicitado por escrito, con la descripción de la medida reclamada y los argumentos de hecho y de derecho. O, de existir acuerdo entre las partes, pueden solicitar la administración del caso a una institución arbitral de carácter permanente.
c) Un aspecto importante del proceso arbitral de carácter comercial responde a la definición de los términos de referencia, toda vez que el laudo arbitral responderá las materias controvertidas expuestas en el documento. En el arbitraje *ad hoc* contemplado en el anexo se estipula que, salvo acuerdo en contrario de las partes, tales términos consisten en el examen del asunto indicado en la solicitud conforme a las disposiciones del capítulo 8 del ACL con el propósito de determinar si la medida cuestionada está conforme o no.

[47] Salvo el caso del TTP-11 y la polémica suscitada por la suscripción de *side letters* con algunos países. Véase Toledo (2022).

[48] Monebhurrun (2017), p. 82.

[49] Thorstensen *et al.* (2018), p. 78.

[50] Hamilton & Grando (2016).

d) El tribunal arbitral debe estar compuesto por tres árbitros. Los coárbitros, de cualquier nacionalidad, serán designados por cada una de las partes. Son ellos quienes designan al tercer árbitro, proveniente de un tercer Estado con el cual las partes en el conflicto tengan relaciones diplomáticas. Si las designaciones no son realizadas por las partes en los plazos establecidos en el Acuerdo, una de ellas puede solicitar al secretario general de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) que lo efectúe o al miembro de la CPA de mayor antigüedad, en caso de que el secretario sea nacional de una de las partes o se encuentre impedido de tramitar la solicitud.
e) Es importante destacar que la exigencia respecto a la preparación y experiencia de los árbitros, en particular, deben experiencia en derecho internacional público, reglas de inversión y resolución de controversias; ser elegidos según su objetividad y buen juicio; ser independientes y no tener conflicto de interés con las partes y cumplir con las normas de conducta para la aplicación del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC).
f) Las reglas de procedimiento serán determinadas por las partes y en coordinación con el tribunal arbitral. En todo caso, debe respetarse el principio del debido proceso e igualdad entre las partes, así como la confidencialidad de los temas tratados. Puede igualmente suspenderse el arbitraje por un periodo no mayor a un año.
g) El laudo arbitral debe ser dictado por mayoría de los árbitros y debidamente fundamentado, en un plazo de 6 meses contados a partir del establecimiento del tribunal arbitral. El laudo es definitivo y obligatorio para las partes, quienes puede solicitar aclaraciones o interpretaciones del mismo.

Conclusiones

El ALC Brasil-Chile contiene importantes modificaciones e innovaciones –comparado con el celebrado en 1994–, pero, a su vez, constituyen un desafío. La exclusión de los instrumentos financieros de deuda pública como inversión protegida y la restricción de la cláusula de nación más favorecida responden a las más recientes tendencias de acuerdos en materia de inversión. Sin embargo, y respetando la posición de Brasil en este ámbito, la exclusión del trato justo y equitativo y de las expropiaciones indirectas no resultan convenientes para los inversores, quienes buscan seguridad jurídica, ni tampoco para los propios Estados, en atención a su dinámica relación económica.

Ciertamente se innova, por un lado, en el respeto a la exigencia de cumplimiento de la normativa de responsabilidad social, lo que constituye un deber de los inversionistas a mantener una conducta acorde con las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Y, por otro lado, a diferencia de otros tratados suscritos por Chile, con la cláusula de resolución preventiva de conflictos, en la que participan activamente el Comité Conjunto y los puntos focales, así como el arbitraje *ad hoc* entre Estados en caso de desacuerdo. Este Acuerdo apenas entró en vigor en 2022, por lo que debemos esperar a que sean puestas en práctica para verificar si son efectivas las soluciones expuestas en el tratado para los involucrados.

Bibliografía

Baltag, Crina; Joshi, Riddi & Duggal, Kabir (2023): "Recent trends in investment arbitration on the right to regulate, environment, health and corporate social responsibility: too much or too little?", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 00, No. 00: pp. 1-41.

Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph (2012): *Principles of International Investment Law* (second edition. Oxford/ New York: Oxford University Press).

Esis Villarroel, Ivette (2018a): *La expropiación en el sistema internacional de protección de inversiones extranjeras* (Valencia: Tirant lo Blanch).

Esis Villarroel, Ivette (2018b): "Títulos de deuda pública: ¿son 'inversiones' en el ámbito del arbitraje de inversiones?, en França Ribeiro de Carvalho, David (org.): *Diálogos com o Direito internacional. Uma necessária transdisciplinaridade*, vol. ii (Belo Horizonte: Arraes Editores) pp. 212-230.

Esis Villarroel, Ivette (2016): "Das Cláusulas de Expropriação contidas nos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Brasil: Análise Comparativa com outros Acordos Internacionais na matéria", en Menezes, Wagner: *Direito Internacional em Expansão. Anais do 14º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, vol. ix (Belo Horizonte: Arraes Editores) pp. 67-84.

Fontoura Costa, José Augusto; Rocha Gabriel, Vivian Daniele (2016a): "A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de Investimentos: perspectivas e limites", *Revista Mediação e Arbitragem*, vol. 49. Disponible en www.academia.edu/27138679/A_prote%C3%A7%C3%A3o_dos_investidores_nos_Acordos_de_ Coopera%C3%A7% C3%A3o_e_Favorecimento_de_Investimentos_perspectivas_e_limites [fecha de consulta: 7 de abril de 2023].

Fontoura Costa, José Augusto; Rocha Gabriel, Vivian Daniele (2016b): "ACFI: o que está por trás desta inovação regulatória?", *Pontes: ACFI: passo à frente na promoção de investimentos?*, vol. 12, n.º 1 (Ginebra: International Centre for Trade and Sustainable Development).

FONTOURA COSTA, José Augusto; ROCHA GABRIEL, Vivian Daniele (2017): *O Brasil, ACFIs e a arbitragem de investimentos.* Disponible en www.academia.edu/25303139/O_Brasil_ACFIs_e_a_arbitragem_de_investimentos [fecha de consulta: 7 de abril de 2023].

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco (2016): "Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión", *Revista Internacional de Arbitraje,* n.º. 4: pp. 145-177.

HAMILTON, Jonathan & GRANDO, Michelle (2016): *Brazil and the Future of Investment Protections*. Disponible en www.latinarbitrationlaw.com/brazil-and-the-future-of-investment-protections/ [fecha de consulta: 20 de mayo de 2017].

ISAKOF, Peter D. (2013): "Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments", *The Global Business Law Review*, No. 3, vol. 2. Disponible en https://engagedscholarship.csuohio.edu/gblr/vol3/iss2/4

KLÄGER, Roland (2011): *'Fair and equitable treatment' in International Investment* Law (Cambridge: Cambridge University Press).

LIM, C.L., HO, Jean & PAPARINSKIS, Martins (2019): *International Investment Law and Arbitration* (Cambridge: Cambridge University Press).

MCLACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence & WEININGER, Matthew (2018): *International investment arbitration: Substantive principles* (Oxford/New York: Oxford University Press).

MILLER, Alejandro (2016): "Gestión de la sociedad anónima, interés social y responsabilidad social empresarial", *Revista de Derecho Comercial*, año 1, n.º 2: pp. 3-77.

MONEBHURRUN, Nitish (2017): "Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, Issue 1: pp. 79-100.

MOROSINI, Fabio & RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle (2015): "The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?", *Investment Treaty News*. Disponible en www.iisd.org/itn/ 2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/ [fecha de consulta: 7 de abril de 2023].

OECD (2004): "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law". *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2004/02. Disponible en: http://dx. doi.org/10.1787/518757021651 [fecha de consulta: 12 de enero de 2019].

SALACUSE, Jeswald W. (2021): *The Law of Investment Treaties* (Oxford/New York: Oxford University Press, third edition).

TOLEDO, Monserrat (2022): "Cancillería deposita ratificación del TPP-11: ahora se enfocará en implementación y side letters", *Diario Financiero*, 22 de diciembre de 2022. Disponible en www.df.cl/economia-y-politica/comercio-exterior/cancilleria-deposita-ratificacion-del-tpp11-ahora-se-enfocara-en [fecha de consulta: 7 de abril de 2023].

Tiburcio, Carmen (2014): "Arbitragem de investimento no Brasil. Direito Internacional dos Investimentos", en Rosado de Sá, Marilda (ed.), *Direito Internacional dos Investimentos* (Rio de Janeiro: Renovar) pp. 233-246.

Thorstensen, Vera; Linhares Mesquita, Alebe e Rocha Gabriel, Vivian Daniele (2018): *A regulamentação internacional do investimento estrangeiro: desafios e perspectivas* (São Paulo: Fundação Getúlio Vargas-WTO Chairs Programme). Disponible en https:// docplayer.com.br/78126556-A-regulamentacao-internacional-do-investimento-estrangei ro-desafios-e-perspectivas-para-o-brasil.html [fecha de consulta: 11 de enero de 2020].

Otros documentos

Banco Central do Brasil (2023): *Ingresso de investimentos diretos no pais 2001-2018*. Disponible em www.bcb.gov.br/htms/infecon/seriehistfluxoinvdir.asp?frame=1 [fecha de consulta: 31 de marzo 2023].

CEPAL (2022): *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2022* (LC/PUB.2022/12-P). Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/113 62/48520/3/S2200562_es.pdf [fecha de consulta: 31 de marzo de 2023].

InvestChile (2022): *Inversión extranjera en Chile 2021. InvestChile Investment Ebook*. Disponible en www.investchile.gob.cl/wp-content/uploads/2022/11/informe-ied-esp-2021-pdf.pdf [fecha de consulta: 31 de marzo de 2023].

SUBREI (2022): *Brasil: Principal receptor de la inversión directa de Chile en el exterior:* pp. 1-3. Disponible en www.subrei.gob.cl/estudios-y-documentos/inversiones-directas-en-el-exterior/detalle-inversiones/brasil [fecha de consulta: 31 de marzo de 2023].

UNCTAD (2010): *Most-Favoured-Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. UNCTAD/DIAE/IA/2010/1 (New York/Geneva: United Nations).

UNCTAD (2017a): *Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures*. *IIA Issues Note*, N.o 3, pp. 1-9. Disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ diaepcb2017d7_en.pdf [fecha de consulta: 18 de marzo de 2018].

UNCTAD (2017b): "Recent Policy, Developments and Key Issues". *World Investment Report*. Disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf [fecha de consulta: 12 de enero de 2019].

UNCTAD (2019): *IIA Mapping Project*, Transfer of funds. Disponible en http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu [fecha de consulta: 12 de enero de 2019].

UNCTAD (2022): The international investment treaty regime and climate action. *IIA Issues Note*. No. 3: pp. 1-19. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d6_en.pdf [fecha de consulta: 2 de abril de 2023].

UNCTAD (2023): *Investment dispute settlement navigator.* Disponible en https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement [fecha de consulta: 7 de abril de 2023].

Lista de convenios internacionales

Acuerdo de Inversión entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay, Santiago, 18 de marzo de 2012.

Acuerdo entre el gobierno de la República de Venezuela y el gobierno de la República de Chile sobre promoción y protección de inversiones, Santiago, 2 de abril de 1993.

Acuerdo entre el gobierno de la República Federativa de Brasil y el gobierno de la República de Chile, Santiago, 22 de marzo de 1994.

Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Chile sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones, Berna, 24 de septiembre de 1999.

Acuerdo entre la República de Chile y la República de Austria para la promoción y protección recíproca de inversiones, Santiago de Chile, 24 de septiembre de 1999.

Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la promoción y protección recíproca de las inversiones, San José, 11 de julio de 1996.

Acuerdo entre la República de Chile y la república portuguesa sobre la promoción y la protección de inversiones, Lisboa, 28 de abril de 1995.

Acuerdo entre la República de El Salvador y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones, Santiago, 8 de noviembre de 1996.

Acuerdo entre la República Dominicana y la República de Chile para la promoción y la protección recíproca de Inversiones, Santo Domingo, 28 de noviembre de 2000.

Acuerdo privado entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno de la República Helénica sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, Atenas, 10 de julio de 1996.

Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Chile on the reciprocal promotion and protection of investments, Santiago, September 6, 1996.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Chile for the Promotion and Protection of Investments with Protocol, Santiago, January 8, 1996.

Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Chile on the promotion and reciprocal protection of investment, Berna, September 24, 1999.

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Chile, Santiago, 30 de noviembre de 1998.

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Santiago, 8 de marzo de 2018.

Convenio entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno del Reino de Suecia para la promoción y protección recíproca de las inversiones, Estocolmo, 24 de mayo de 1993.

Convenio entre la República de Perú y la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones, Santiago, 2 de febrero de 2000.

Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, 21 de febrero de 2023.

Lista de laudos arbitrales

CIADI (1998): Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela. Case No. ARB/96/3, Laudo del 9 de marzo de 1998.

CIADI (2000): Emilio Maffezzini v. Reino de España, caso n.º ARB/97/7, Laudo sobre jurisdicción de 25 de enero de 2000.

CIADI (2011): Abaclat and others v. Argentine Republic. Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic), laudo arbitral sobre jurisdicción y admisibilidad de 4 de agosto de 2011.

CIADI (2013): Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic (formerly Giordano Alpi and others v. Argentine Republic), Case No. ARB/08/9 Laudo arbitral sobre jurisdicción de 8 de febrero de 2013.

CIADI (2014): Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic, case No. ARB/07/8. Laudo arbitral sobre jurisdicción y admisibilidad de 17 de noviembre de 2014.

PÉRDIDAS Y DESPERDICIO DE ALIMENTOS: UN PROBLEMA DE DERECHOS HUMANOS Y DE ALTO IMPACTO AMBIENTAL

FOOD LOSS AND WASTE: A HUMAN RIGHTS AND HIGH ENVIRONMENTAL IMPACT ISSUE

Farid Seleme Ruilova[*]

Resumen: Las Pérdidas y Desperdicios de Alimentos (en adelante también PDA) son un grave problema con dimensiones éticas, ambientales, sociales y económicas. Frente a ello, los países están tomando acciones en el ámbito legislativo y de políticas para su reducción y prevención, con más fuerza a partir del año 2015, tras haberse acordado la Agenda 2030 de las Naciones Unidas. En este artículo, se exploran los principales instrumentos internacionales y parte de la experiencia legislativa sobre PDA en América Latina, incluyendo Chile, buscando resaltar algunas buenas prácticas para enfrentar este problema de derechos humanos y de alto impacto ambiental.

Palabras claves: pérdidas y desperdicios de alimentos, derecho a la alimentación, ambiente.

Abstract: Food Loss and Waste (hereinafter also referred to as PDA, an abbreviation in Spanish) is a serious problem with ethical, environmental, social, and economic dimensions. In response to this, countries are taking legislative and policy actions to reduce and prevent PDA, particularly since 2015 when the United Nations Agenda 2030 was agreed upon. In this article, we will explore the main international instruments and part of the legislative experience regarding PDA in Latin America, including Chile, aiming to highlight good

[*] Abogado de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: farid.selemeruilova@fao.org; faridseleme@gmail.com

Este artículo es una adaptación de la tesina del autor presentada el año 2022 para optar al grado de Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo, bajo la guía del profesor Ezio Costa Cordella.

practices that allow us to address this issue of human rights and high environmental impact.

Keywords: food losses and waste, Right to food, Environment.

Introducción

Las pérdidas y desperdicios de alimentos, entendidas como aquellas situaciones en las cuales estos son descartados e, incluso, tirados a la basura[1], son un fenómeno cotidiano que muchas veces transcurre de manera invisible, generando, entre otras consecuencias, un aumento en la presión sobre los recursos naturales, la disminución en la cantidad de alimento disponible para el consumo humano y mayores dificultades para proveer de dietas saludables a la población.

Una definición más precisa –y diferenciada entre pérdidas y desperdicios– entrega la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), organismo según el cual las PDA hacen referencia a la "reducción de la cantidad o la calidad de los alimentos en la cadena de suministro alimentario", entendiéndose como pérdidas aquellas reducciones:

> "como consecuencia de las decisiones y acciones de los proveedores de alimentos en la cadena, sin incluir la venta al por menor, los proveedores de servicios alimentarios y los consumidores",

mientras los desperdicios son el "resultado de las decisiones y acciones de los minoristas, los proveedores de servicios alimentarios y los consumidores"[2].

Las cifras conocidas son alarmantes: según la FAO, en el ámbito mundial se pierden alrededor del 14 % de los alimentos producidos (solo considerando las etapas de la poscosecha, por ausencia de datos en las etapas anteriores), lo cual, en América Latina y el Caribe, implica una pérdida anual de cerca de doscientos veinte millones de toneladas, con un costo aproximado de ciento cincuenta mil millones de dólares[3]. Respecto a los desperdicios, de acuerdo con el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), el mundo desperdicia el 17 % de la producción total de alimentos: un 11 % en los hogares, un 5 % en los servicios de alimentación y un 2 % en la distribución minorista[4].

Todo ello, mientras los últimos indicadores muestran que, en 2022, entre 691 a 783 millones de personas padecieron hambre en todo el mundo, casi

[1] Muñoz (2021), p. 2.
[2] FAO (2019), p. 13.
[3] FAO (2022).
[4] UNEP (2021), p. 20.

cuarenta y cuatro millones de ellas en América Latina y el Caribe. En tanto, cerca de un tercio de la población del planeta, y el 37,5 % de la población en la región latinoamericana y caribeña, sufría de inseguridad alimentaria moderada o grave, esto es, la situación que se da cuando las personas carecen de un acceso regular a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para un crecimiento y desarrollo normales y para llevar una vida activa y saludable[5].

En Chile, por mencionar algunos ejemplos, se ha estimado una pérdida anual de 16 650 lechugas por hectárea, equivalentes al 20 % del potencial de cosecha, y de cerca de un 50 % de la masa total capturada de merluza y de jibia en algunas pesquerías artesanales[6], además de un desperdicio alimenticio de setenta y cuatro kilos por persona al año[7].

Sumando las pérdidas y los desperdicios, más de un 30 % de la comida a escala mundial no termina cumpliendo con su objetivo de alimentar a la población, con el consecuente despilfarro de insumos, agua, energía, suelo, trabajo humano y otros recursos necesarios para producirlos. Las PDA son responsables de cerca del 8 % de las emisiones de gases de efecto invernadero a la atmósfera (GEI)[8] y del 25 % de la utilización de agua dulce destinada a la agricultura[9].

Al respecto, se ha señalado que las pandemias de la obesidad, la desnutrición y el cambio climático representan una sindemia global que afecta a la mayoría de las personas en todos los países y regiones del mundo[10]. En un contexto global de acelerada pérdida de biodiversidad y crisis climática, los sistemas agroalimentarios enfrentan el desafío de transitar hacia la sostenibilidad, para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, tarea en la cual la reducción de las pérdidas y desperdicio de alimentos representa un papel central[11].

De hecho, el ODS n.º 12 (producción y consumo responsables) contiene una meta específica (12.3) para:

> "reducir a la mitad el desperdicio de alimentos per cápita mundial en la venta al por menor y a nivel de los consumidores y para reducir las pérdidas de alimentos en las cadenas de producción y suministro, incluidas las pérdidas posteriores a la cosecha"

de aquí al año 2030[12].

---

[5] FAO, FIDA, OMS, PMA y UNICEF (2023).
[6] FAO (2015b), pp. 21-23.
[7] UNEP (2021), p. 62.
[8] FAO (2015a).
[9] Kummu *et al.* (2012), pp. 477-489.
[10] Swinburn *et al.* (2019), p. 791.
[11] FAO (2019), p. 100.
[12] Naciones Unidas (2015), p. 25.

Considerando que las dietas saludables tienen un costo monetario más alto que otro tipo de dietas –en Chile una dieta saludable es cinco veces más cara que una que solo satisface calorías[13]–, las PDA también impactan en las posibilidades de acceso a una alimentación saludable, dado que muchos de los productos alimenticios sanos son aquellos que más se pierden y se desperdician, como las frutas y verduras (34 % de pérdida) o los pescados (35 % de pérdida)[14].

En este artículo, se exploran estos y otros argumentos que permiten afirmar que la inacción respecto de esta problemática puede afectar a los derechos humanos y que, por el contrario, avanzar en una agenda de reducción y prevención de las PDA permite proteger la dignidad humana y el ambiente, tal como se han propuesto una serie de legislaciones, políticas e instrumentos orientadores a escala mundial, con un marcado desarrollo en la región de América Latina en los últimos años.

I. Las PDA y sus vinculaciones con el derecho a la alimentación adecuada y con el derecho a un ambiente limpio, saludable y sostenible

Las consecuencias de las pérdidas y desperdicios sobre los sistemas alimentarios pueden afectar la realización plena de los derechos humanos, indivisibles e interdependientes, causando especiales impactos sobre el derecho a la alimentación adecuada (en adelante también derecho a la alimentación o DAA) y sobre el derecho a un ambiente limpio, saludable y sostenible (en adelante también derecho a un ambiente saludable). Por el contrario, avanzar en prevención y reducción de las PDA trae aparejado una mejora en la eficiencia del uso de los recursos naturales y permite que más alimentos lleguen a los consumidores usando la misma cantidad de insumos[15].

El derecho a la alimentación adecuada es un derecho humano reconocido en distintos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 25); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XI); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador de 1988 (artículo 12) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, que, en su artículo 11, dispone:

[13] FAO, FIDA, OPS, PMA y UNICEF (2020), p. 40.
[14] FAO (2022).
[15] FAO (2019), p. 101.

> "2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:
> a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos [...];
> b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades [...]".

Producir, conservar y distribuir los alimentos de manera eficiente implica adoptar medidas para reducir las PDA en toda la cadena de producción y distribución, buscando proteger la realización de este derecho.

El año 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), órgano encargado de supervisar la implementación del PIDESC, publicó la observación general n.° 12, en la cual se desarrolla el contenido de este derecho[16].

En dicha observación, se define al DAA como aquel que se ejerce:

> "cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla".

En la misma línea, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha propuesto la siguiente definición:

> "El derecho a la alimentación es el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra por dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y garantice una vida síquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna"[17].

Así, mientras el derecho de toda persona a no padecer hambre –contenido mínimo del DAA– requiere de la aplicación de acciones inmediatas por parte de los Estados y se refiere a contar con nutrientes para satisfacer las necesidades fisiológicas básicas del ser humano; el derecho a la alimentación adecuada va mucho más allá y se sustenta en una aplicación progresiva[18].

En ese sentido, para evaluar la realización de este derecho no basta solo con saber si las personas pueden comer. Se deben tener en cuenta, entre otros

[16] Comité DESC (1999).
[17] Naciones Unidas (2001), p. 3.
[18] FAO (2021), p. 1.

aspectos, el contenido de dicha ingesta, su pertinencia, sus efectos en la salud, así como las consecuencias que tienen los sistemas alimentarios y el tipo de alimentación sobre el ambiente y los modos de vida de cada sociedad. Es aquí donde los impactos de las PDA y los esfuerzos para reducirlas cobran un papel muy relevante.

La observación general n.° 12 del Comité DESC describe dos conceptos fundamentales que están contenidos en el DAA. Por un lado, la adecuación, entendida como la idoneidad de los regímenes alimenticios en determinadas circunstancias y, por otro, la sostenibilidad, vista como las posibilidades de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras.

Por otra parte, dicho Comité considera que el contenido básico del DAA comprende la disponibilidad de alimentos

> ("en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada"),

y la accesibilidad económica y física de los mismos ("en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos").

En ese marco conceptual, las PDA se vinculan de forma directa con la afectación de la sostenibilidad de los sistemas alimentarios, en cuanto, como ya se ha señalado, un alimento que se pierde o se desperdicia implica también la pérdida o el desperdicio de todos los recursos que fueron necesarios para producirlo.

Del mismo modo, estos productos dejan de estar disponibles para las personas, a la vez que se disminuye la capacidad de la población de acceder física o económicamente a ellos. Así, las PDA impactan en la realización del DAA, al punto de volverse incompatibles entre sí[19].

También, la observación general n.° 12 reafirma lo dispuesto en el artículo 2.° del PIDESC, en cuanto al deber de los Estados parte de adoptar medidas para lograr progresivamente el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en ese instrumento, en este caso, del derecho a la alimentación adecuada. De esta forma, los países suscriptores –incluido Chile, que ratificó el Pacto en 1972 y lo promulgó en 1989– tienen el deber de adoptar distintas medidas, entre ellas las de tipo legislativo, para prevenir y reducir las PDA, en tanto problemática que afecta la realización plena del derecho a la alimentación.

El DAA se vincula de manera estrecha con otros derechos humanos, como el derecho a la vida, a la salud, al agua y a un ambiente limpio, saludable y sostenible, reconocido como tal por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 76/300 del 26 de julio de 2022[20].

[19] Cuvi (2021), p. 104.

[20] Naciones Unidas (2022).

La relación entre el derecho a la alimentación y la protección del ambiente se da en una doble dirección. Por un lado, las prácticas no sostenibles de los sistemas agroalimentarios –entre ellas las PDA– aceleran la degradación de los componentes del ambiente; mientras, por otro, un ambiente degradado es incapaz de sostener sistemas agroalimentarios que garanticen la disponibilidad, estabilidad, accesibilidad, sostenibilidad y adecuación de los alimentos y las dietas.

La resolución 76/300 de las Naciones Unidas afirma:

> "los efectos del cambio climático, la ordenación y el uso no sostenible de los recursos naturales, la contaminación del aire, las tierras y el agua, la gestión irracional de las sustancias químicas y los desechos, la pérdida resultante de diversidad biológica y la disminución de los servicios prestados por los ecosistemas, interfieren en el disfrute de un medio ambiente limpio, saludable y sostenible".

Las PDA impactan en la realización del derecho a un ambiente saludable, en tanto muchos de sus efectos coinciden con los fenómenos aquí enunciados.

En general, se considera que las PDA generan tres tipos de huellas ambientales: las emisiones de GEI (huella de carbono), la presión sobre los recursosde tierra (huella de tierra) y la presión sobre los recursos hídricos (huella de agua), todas las cuales pueden afectar a la biodiversidad[21].

En relación con la huella de carbono, se ha estimado que las PDA generan 4,4 gigatoneladas de equivalentes de dióxido de carbono, representando cerca del 8 % de las emisiones antropogénicas en el ámbito global, al punto de que, si todas esas emisiones fuesen consideradas como un país, las PDA se convertirían en el tercer mayor emisor del mundo, detrás de China (30 %) y Estados Unidos (13 %)[22].

Estas emisiones se comienzan a generar en la etapa de producción primaria (utilización de insumos agrícolas, cría de ganado, cultivo de la tierra, etc.) y se van acumulando a lo largo de todo el ciclo de vida de los alimentos (elaboración, transporte, distribución, preparación y eliminación), por lo cual, la huella de carbono de los productos desperdiciados hacia el final de la cadena puede ser significativamente más elevada que la de aquellos que se pierden en etapas anteriores[23]. Esto hace que la forma más efectiva de disminuir los impactos de las PDA vinculados al calentamiento global sea mediante las políticas de prevención y reducción de los desperdicios, tanto en el comercio minoris-

[21] FAO (2019), p. 99.
[22] FAO (2015a).
[23] FAO (2019), p. 99.

ta como a nivel de hogares y consumidores, pues en estos niveles son mayores las emisiones de GEI por unidad de alimento desperdiciado[24].

Sobre la huella hídrica, y considerando que la agricultura representa cerca del 70 % del uso humano de agua en el mundo, se ha estimado que la utilización de recursos de aguas superficiales y subterráneas (aguas azules) atribuible a los alimentos perdidos o desperdiciados es de alrededor de 250 km^3, equivalentes al 6 % de la extracción total en el ámbito global[25].

En tanto, respecto de la huella de tierra, se estima que en la producción de alimentos que se pierden o se desperdician se utilizan casi mil cuatrocientos millones de hectáreas, equivalentes a cerca del 30 % de las tierras agrícolas del mundo, muchas de ellas conseguidas a expensas de la destrucción de los bosques[26].

La mayor parte de la las huellas de agua y de tierra suelen generarse en las etapas de producción primaria (explotaciones agrícolas)[27], por lo cual, en estos casos, las políticas más efectivas para disminuirlas son aquellas que se concentran en la prevención y reducción de las pérdidas a nivel de los productores.

En un contexto mundial en que se proyecta que la demanda de productos agrícolas aumente entre un 35 % y un 50 % al año 2050, como consecuencia del crecimiento demográfico[28], se ha estimado que reducir a la mitad la pérdida y el desperdicio al 2050 podría rebajar las presiones ambientales relacionadas con la agricultura entre un 6 % y un 16 %. En específico, una reducción del 50 % en las PDA permitiría disminuir en un 14 % las tierras de cultivo, en un 13 % el uso de aguas azules y en un 6 % las emisiones de GEI; en tanto, reducir en un 75 % las PDA, permitiría disminuir en un 21 % las tierras de cultivo, en un 19 % el uso de aguas azules y en un 9 % las emisiones de GEI[29].

La producción de alimentos puede y debe ser compatible con la protección del ambiente. Para ello se requiere que los Estados, en colaboración con el sector privado, promuevan técnicas más apropiadas y sustentables, considerando entre ellas las políticas de prevención y reducción de las pérdidas y desperdicios.

En ese contexto, algunas legislaciones sobre PDA incorporan medidas de fomento de prácticas como la agroecología y la circularidad, para incentivar un ciclo de vida de los productos alimenticios que proteja el ambiente y disminuya al máximo los desechos[30].

---

[24] FAO (2019), p. 101.
[25] *Op. cit.*, pp. 99-100.
[26] *Ibid*.
[27] *Op. cit.*, p. 99.
[28] *Op. cit.*, p. 98.
[29] Springmann *et al.* (2018).
[30] Muñoz (2021), p. 104.

Al diseñar leyes y políticas, es necesario considerar que algunas medidas para reducir las PDA, como la masificación de los sistemas industriales de refrigeración, pueden resultar en una mayor generación de GEI si son alimentadas con fuentes tradicionales de energía, un efecto que podría aminorarse –o, incluso, anularse– utilizando fuentes de energía no contaminantes[31].

Otro tanto sucede con el envasado de la comida para protegerla~~os~~ y aumentar su conservación, evitando el desperdicio. Si bien la producción de envases plásticos genera emisiones y residuos, se debe tomar en cuenta la huella ambiental de las PDA que se evita con su utilización, al mismo tiempo que se puede fomentar el reciclaje u otras formas de elaboración de envases biodegradables[32].

Aún con estas consideraciones, es claro que, a largo plazo, prevenir y reducir las pérdidas y desperdicios siempre va a mejorar la eficiencia en el uso de los recursos naturales, disminuirá las emisiones GEI por unidad de alimentos consumidos[33] y favorecerá la realización del derecho humano a un ambiente limpio, saludable y sostenible.

II. Recomendaciones de organismos internacionales y experiencias sobre legislación para prevenir y reducir las PDA en América Latina

En los últimos años, se han promovido diferentes marcos normativos en el ámbito internacional (soft law) y nacional, contándose en América Latina algunos países con leyes especiales sobre PDA (Argentina, Colombia, Ecuador y Perú) y otros tantos con leyes específicamente centradas en incentivar la donación (Argentina, Brasil, El Salvador, México, Panamá, Paraguay y Perú)[34].

Es importante no confundir ambas categorías, dado que una agenda integral de PDA debe abarcar muchos más elementos que los incentivos a la donación, entre ellos, disposiciones enfocadas a la prevención y disminución de las pérdidas alimentarias –y no solo a los desperdicios–, medidas en torno a la educación, y el diseño de una institucionalidad capaz de liderar y articular las políticas nacionales sobre la materia.

Es esta evolución, desde leyes de donaciones –usualmente las primeras en dictarse, al ser los meros incentivos a la donación entre privados una alterna-

[31] FAO (2019), p. 117.
[32] *Ibid.*
[33] *Op. cit.*, p. 118.
[34] FAO (2022).

tiva rápida y poco costosa para los Estados[35]– hasta leyes integrales de PDA, aquella en la cual se ahondará en este artículo. En tal sentido, serán analizadas las positivas experiencias de Argentina y Perú, además de un instrumento internacional y otro regional que han logrado hacerse cargo de todas las aristas vinculadas a las PDA, transformándose en marcos de referencia para los países: la Ley Modelo para la Reducción y Prevención de PDA del Parlamento Latinoamericano y Caribeño (2022) y el *Código de Conducta Voluntario* de la FAO para la reducción de las PDA (2021).

1. El Código de Conducta Voluntario *de la FAO para la reducción de las PDA*

En el ámbito internacional, se destaca el *Código de Conducta Voluntario* para la reducción de las PDA –acordado el año 2021 por los Estados miembros de la FAO, reunidos en el 42.° periodo de sesiones de la conferencia de la organización–, siendo el primer instrumento de esta categoría que regula de forma íntegra la materia[36]. Su ámbito de aplicación es mundial y abarca los sectores de la: agricultura, ganadería, acuicultura, pesca, actividades forestales y las conductas de los consumidores y proveedores de servicios.

Respecto de las causas de las pérdidas y desperdicios de alimentos, el *Código* describe aquellas de nivel micro o directas, que generan PDA en etapas específicas de la cadena de suministro[37]; las causas de nivel meso o secundarias, que se producen a lo largo de toda la cadena[38]; y las de nivel macro o sistémicas, que favorecen la aparición de causas secundarias o directas, contándose entre ellas las deficiencias en los marcos normativos, institucionales y reglamentarios cuya función sea coordinar a todos los actores de las cadenas de suministro.

En tal sentido, el artículo 4.° del *Código de Conducta Voluntario* contiene algunas recomendaciones para los Estados que vale la pena señalar:

[35] Un ejemplo de ello son las normas conocidas como "leyes del buen samaritano", dictadas en Estados Unidos a fines de la década de 1970 y que solo establecían limitaciones a la responsabilidad civil o penal de los donantes respecto de los productos donados de buena fe: Cuvi (2021), p. 90.

[36] FAO (2022).

[37] Como son los errores en las etapas de producción, cosecha y almacenamiento, incluyendo, también, las inadecuadas condiciones y técnicas de comercialización en la etapa de venta minorista, las malas prácticas de los proveedores de servicios alimentarios y el comportamiento inapropiado de los consumidores durante la compra, preparación y consumo de los alimentos.

[38] Por ejemplo, una deficiente coordinación entre sus actores, los déficits en infraestructura, y, también, las confusiones originadas por la escasa comprensión de los consumidores respecto de la fecha límite de consumo.

> "4.3. Las medidas para abordar las causas sistémicas de las PDA comportan el establecimiento de un marco institucional, normativo y reglamentario adecuado".
>
> "4.5.4. Los gobiernos deberían destinar recursos suficientes a la elaboración y aplicación de una estrategia y plan de acción nacionales para reducir las PDA".
>
> "4.6.1. Incorporar la reducción de las PDA en todos los marcos normativos relacionados con los sistemas alimentarios.
> 4.6.2. Armonizar y promover la coherencia y la coordinación entre todas las políticas, instituciones y normas pertinentes para la reducción de las PDA, incluyendo expresamente aquellas relacionadas con el cambio climático, y en particular las relativas a las contribuciones determinadas a nivel nacional para la aplicación del Acuerdo de París".

Además de sus recomendaciones generales, desarrolla, entre otros, dos temas centrales de la agenda sobre prevención y reducción de las PDA: la inocuidad de los alimentos y los incentivos a la donación:

> "4.8.4.2. Los gobiernos deberían velar porque las medidas sobre inocuidad alimentaria establezcan requisitos claros y armonizados para el marcado de la fecha de los alimentos, teniendo en cuenta las normas del Codex para el etiquetado de alimentos envasados".
>
> "4.8.7.2.1. Considerar, entre otras, las siguientes medidas e instrumentos destinados a minoristas y proveedores de servicios alimentarios: medidas de protección de la responsabilidad para promover la donación de alimentos a bancos de alimentos o entidades similares, medidas para disuadir a los vendedores minoristas de utilizar promociones comerciales que alienten a los consumidores a comprar cantidades excesivas de alimentos; y disposiciones jurídicas para la recogida selectiva de desperdicios de alimentos".

La inocuidad, definida por el *Codex Alimentarius*[39] como "la garantía de que un alimento no causará daño al consumidor cuando el mismo sea prepa-

[39] El *Codex Alimentarius*, o "Código Alimentario", es un conjunto de normas, directrices y códigos de prácticas aprobados por la Comisión del Codex Alimentarius. La Comisión, conocida, también, como CAC, constituye el elemento central del Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias y fue establecida por la FAO y la Organización Mundial de la Salud (OMS) con la finalidad de proteger la salud de los consumidores y promover prácicas leales en el comercio alimentario. Véase www.fao. org/fao-who-codexalimentarius/es/

rado o ingerido de acuerdo con el uso a que se destine", es un elemento a considerar en un doble sentido.

Por un lado, en el ámbito de la venta minorista, de los proveedores de servicios alimentarios y del consumo en los hogares, por lo general los alimentos que se desechan son aquellos que, o no cumplen con ciertas características estéticas para ser comercializados o consumidos o, bien, han perdido su inocuidad de acuerdo con las normas de rotulado vigentes en cada país. Al respecto, se ha indicado que ciertos estándares sobre inocuidad, su interpretación o regulaciones inadecuadas, podrían ser contraproducentes en la tarea de prevenir y reducir las PDA[40].

Un ejemplo de los problemas que se pueden producir cuando falta información o educación respecto a las normas sobre inocuidad está dado por la confusión entre los dos tipos de rotulado que figuran en el *Códex Alimentarius*, los cuales muchas veces son percibidos como idénticos por los consumidores.

El primero de ellos es la "fecha límite de utilización" (en Chile "fecha de vencimiento"[41]). El segundo es la "fecha de mejor calidad" (en Chile con carácter optativo y expresada como "consumir preferentemente antes de"[42]), fecha en que expira el periodo durante el cual el producto sin abrir es comercializable, pudiendo haber perdido algunas de sus características organolépticas (aquellas que se perciben a través de los sentidos y que suelen ser potenciadas a través de aditivos), pero siendo todavía aceptable para el consumo humano.

De acuerdo con el *Códex*, los alimentos tendrán prioritariamente una fecha de caducidad, y, solo en caso de que por sus características propias no requieran este tipo de rotulado, podrán tener una fecha de mejor calidad.

En muchos países, incluido Chile, escasean las políticas de información respecto de la diferencia entre ambos tipos de rotulado, así como los incentivos para favorecer la presencia de una fecha de mejor calidad antes que una fecha de caducidad, siempre que sea posible[43]. Tras haber realizado una inspección básica de campo en un supermercado de Santiago[44], se infiere que la inmensa mayoría de los alimentos envasados que se comercializan en el mercado interno poseen fecha de caducidad, habiéndose encontrado solo un pro-

[40] FAO (2018), p. 19.

[41] "Fecha de vencimiento o plazo de duración" definida en el numeral 18 del artículo 106° del DS n.° 977 del año 1996 del Ministerio de Salud, que fija el Reglamento Sanitario de los Alimentos.

[42] "Fecha o plazo de duración mínimo" definida en el numeral 15 del artículo 106° del DS n.° 977 del año 1996 del Ministerio de Salud, que fija el Reglamento Sanitario de los Alimentos.

[43] En Chile se han ingresado distintos proyectos de ley para establecer como primera opción la fecha de consumo preferente y dejar la fecha de caducidad solo para aquellos alimentos muy perecederos, tal como el *Boletín* n.° 10.835-11, que busca emular a la directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo.

[44] Visita a supermercado Líder de calle Los Leones en la comuna de Providencia, realizada el 3 de enero de 2023.

ducto entre treinta y ocho registrados de manera aleatoria (2,6 %) con fecha de mejor calidad (una botella de cerveza), y dos productos (5 %) con el rótulo de "duración indefinida" (azúcar y miel).

Estudios realizados en Estados Unidos, Europa, el Reino Unido y España, han mostrado que la falta de información y la confusión sobre los distintos tipos de rotulado de fecha de consumo constituye una de las principales causas indirectas de las PDA en las últimas etapas de la cadena[45].

Una segunda derivada respecto de la inocuidad se observa al momento de producirse la donación o entrega de aquellos alimentos que en otras circunstancias serían desperdiciados. En los sistemas profesionales de donación, ningún donante debe arriesgarse a entregar productos en mal estado que puedan causar algún tipo de daño a las personas que los reciben. Ante ello, y así se ha estipulado explícitamente en varias legislaciones de la región, al momento de la donación debe respetarse la fecha dispuesta en el rotulado del producto, ya sea esta una fecha de caducidad o una de mejor calidad, pues en cualquiera de los dos casos se trata de una presunción legal de inocuidad y calidad del mismo. De este modo, quien haya donado sin respetar estas fechas podría ser sujeto de responsabilidad civil o penal[46]. Se utiliza, entonces, un criterio más estricto que aquel que podría recomendarse para el consumo al interior de los hogares.

Más allá de estos aspectos específicos en los cuales se ha hecho énfasis, el *Código de Conducta Voluntario* de la FAO entrega un marco integral para abordar el problema de las pérdidas y desperdicios a lo largo de toda la cadena de los sistemas alimentarios: ya no solo en la "última milla", como suelen hacer las leyes centradas únicamente en la donación. De esta forma, y pese a su reciente creación, este instrumento ya ha inspirado algunas legislaciones integrales sobre PDA, como el caso de la Ley Modelo del Parlatino que a continuación se examina.

2. Ley Modelo para la Prevención y Reducción de las Pérdidas y Desperdicios de Alimentos del parlamento latinoamericano y caribeño

En febrero de 2022, el Parlamento Latinoamericano y Caribeño (Parlatino)[47] sancionó su Ley Modelo para la Prevención y la Reducción de las PDA, una ini-

[45] HLPE (2014), p. 61.

[46] Muñoz (2021), p. 128.

[47] El Parlatino es un parlamento regional permanente y unicameral, integrado por los parlamentos nacionales de los países soberanos e independientes de América Latina y el Caribe. Tiene entre sus fines propender a la integración regional y sus leyes tienen el carácter de "modelos" o "marcos" de referencia para sus países miembros. En el caso de Chile, el Congreso Nacional elige a los parlamentarios que participan de este organismo. En otros casos, son electos directamente por la ciudadanía para este fin. Véase www.parlatino.org.

ciativa que contó con el apoyo técnico de la FAO y con el impulso político del Frente Parlamentario contra el Hambre de América Latina y el Caribe (FPH-ALC)[48].

Esta norma, que busca ser un marco de referencia para las legislaciones nacionales de los países miembros de dicho Parlamento regional, se estructura como una legislación integral sobre PDA, pues abarca muchos otros elementos además de los incentivos a la donación, entre ellos: los planes nacionales para su prevención y reducción, la institucionalidad de aplicación, medidas de educación y sensibilización, participación ciudadana y sanciones para los distintos actores de la cadena en caso de incumplimiento. En el proceso de elaboración de la ley, tal como lo reconoce su preámbulo, se tuvo en consideración al *Código de Conducta Voluntario* de la FAO.

El artículo 1.° establece su objeto, cual es:

> "el establecimiento de un marco jurídico regulatorio de conformidad con el cual se adopten acciones públicas y privadas tendientes a la prevención y reducción de las pérdidas y desperdicios de alimentos, con la finalidad explícita de contribuir al desarrollo sostenible en los ámbitos social, ambiental y económico".

En el artículo siguiente, acerca de los objetivos específicos de la ley, queda en evidencia la relación inequívoca entre la agenda de PDA y los derechos humanos a la alimentación y a un ambiente saludable:

> "Artículo 2°.- Objetivos específicos:
> a) Contribuir a la realización plena del Derecho Humano a la Alimentación Adecuada y a garantizar la seguridad alimentaria y nutricional de la población.
> d) Apoyar la lucha contra el cambio climático, en particular, reduciendo las emisiones de gases de efecto invernadero.
> f) Favorecer la sostenibilidad de los sistemas alimentarios".

En su capítulo II: "Autoridad de aplicación y deberes del Estado", la Ley Modelo del Parlatino establece que el Poder Ejecutivo de cada país designará a una autoridad de aplicación, y define la existencia de mecanismos de coordinación interinstitucionales.

También, se instruye, en el artículo 10.°, que el Estado debe velar especialmente por la prevención y reducción de las PDA en los programas de alimentación escolar.

[48] El FPH-ALC es una red plural de legisladores que hoy está presente en veintiún parlamentos nacionales y en seis parlamentos regionales, a fin de trabajar para responder al compromiso de la Iniciativa América Latina y el Caribe sin Hambre al 2025, impulsando legislación para el logro del ODS2, entre ella leyes sobre PDA. Véase: parlamentarioscontraelhambre.org.

Luego, en el título III, se desarrollan varias disposiciones especiales, como un mayor detalle sobre las campañas de educación que deben empujar los Estados, considerando en ellas la distinción entre los diferentes tipos de fechas de vencimiento que se utilizan en el rotulado, y los impactos ambientales de las PDA; el acceso a financiamiento preferente para proyectos que busquen combatir las PDA; el estímulo a las donaciones a través de deducciones de impuestos y que los pasivos contables que se generen debido a las pérdidas y desperdicios no serán deducibles del impuesto de la renta y una limitación al uso de "criterios estéticos" en los contratos de compraventa o distribución de alimentos.

3. La legislación sobre PDA en Argentina

Argentina promulgó el año 2005 la Ley n.° 25989 del "Régimen Especial para la Donación de Alimentos" (conocida como Ley DONAL), la primera legislación nacional sobre donaciones en toda la región[49]. Esta normativa, de solo diez artículos, creó el Régimen Especial para la Donación de Alimentos en Buen Estado.

En su artículo 2.°, se establece como objetos de donación a todos aquellos productos que cumplan con las exigencias bromatológicas y de inocuidad contenidas en el *Código Alimentario* argentino.

De acuerdo con el artículo 3.°, cualquier persona física o jurídica podrá donar a:

> "instituciones públicas o privadas de bien público, legalmente constituidas en el país o a grupos humanos o personas individuales, para ser equitativamente distribuidos (los alimentos) entre familias o sectores poblacionales necesitados".

En el artículo 4.° se expresa el sentido de urgencia que debe movilizar al sistema de donación:

> "los productos donados deberán ser distribuidos con la celeridad necesaria a los efectos de impedir la descomposición o vencimiento de los alimentos y de paliar las urgentes necesidades de los destinatarios en el plazo más breve posible".

En los artículos siguientes se dictamina que la autoridad de fiscalización debe llevar un registro de donantes, y se prohíbe la comercialización y el mal uso de los productos alimenticios donados.

[49] La Ley DONAL estuvo precedida por el decreto presidencial n.° 1643 del año 2022 sobre donación de alimentos.

Por último, el actual artículo 9.°, sobre el régimen de responsabilidad, señala:

> "se presume la buena fe del donante y donatario. Desde el momento de ser entregada la cosa donada al donatario, en las condiciones exigidas por el artículo 2°, el donante queda liberado de toda responsabilidad y no responderá civil ni penalmente por los daños causados por la cosa donada o por el riesgo de la misma, salvo que se probare dolo o culpa imputable al donante, por acciones u omisiones anteriores a la entrega de la cosa".

Cabe resaltar la importancia de este último artículo que limita la responsabilidad de los donantes; el mismo que originalmente fue vetado de la norma, produciéndose una laguna legal que desincentivó a muchas empresas a participar del sistema formal de donaciones.

Esta limitación al régimen de responsabilidad fue reincorporada a la Ley DONAL recién el año 2018, mediante la próxima norma que se analizará a continuación: la Ley n.° 27454, que crea el "Plan Nacional de Reducción de Pérdidas y Desperdicio de Alimentos de la República Argentina".

Mediante esta mencionada legislación, Argentina logró avanzar de una forma ejemplar desde una ley específica sobre donaciones –la Ley DONAL– hasta una normativa integral para hacerse cargo de la problemática de las PDA.

La Ley n.° 27 454 del Plan Nacional instauró un marco sobre el cual se deben aplicar las políticas públicas para reducir y prevenir las PDA, descrito en su artículo 4.°, el cual –a modo de resumen– contempla: generar campañas de información y comunicación; desarrollar y capacitar en procesos y estrategias de conservación de los productos de la cosecha, en particular de la agricultura a pequeña escala; promover mejoras en infraestructura; promover la innovación y nuevas tecnologías; incluir a las PDA en todos los niveles educativos; gestionar con productores y comercializadores de alimentos la suscripción de convenios, así como fomentar y canalizar la donación de productos alimenticios en los términos de la Ley DONAL.

Fruto de estos avances normativos, la institucionalidad argentina puede mostrar distintos logros en la agenda de prevención y reducción de las PDA, situándose como una nación pionera en esta materia en el ámbito regional.

Entre estos resultados se cuentan acciones con el mundo privado, como la elaboración de la Guía para Pymes sostenibles: contribución para la prevención y reducción de PDA en el sector privado, o la conformación del Grupo de Trabajo de Industrias y *Retail*, que se encuentra implementando un tablero operativo de mermas y sustentabilidad en varios establecimientos; con el poder local, mediante el acompañamiento a una decena de municipios para el diseño y puesta en marcha de planes de acción sobre PDA, y la elaboración de la Guía

integral para municipios; con la academia, a través de la Red de conocimiento sobre PDA; y en términos de difusión de esta agenda, tras haberse instituido, desde el año 2019, el 29 de septiembre como el Día Nacional para la Concientización sobre la necesidad de reducir las PDA[50]. En diciembre de 2019, mediante la resolución 74/209, la Asamblea General de las Naciones Unidas también declaró cada 29 de septiembre como el Día Internacional de Concientización sobre la Pérdida y el Desperdicio de Alimentos[51].

4. La legislación sobre PDA en Perú

Perú promulgó el año 2016 la Ley n.º 30498, que Promueve la Donación de Alimentos y Facilita el Transporte de Donaciones en Situaciones de Desastres Naturales.

En lo que respecta al primero de sus objetivos, la promoción de la donación alimentaria, el artículo 1.º de dicha norma dispone que a partir de su tercer año de vigencia (2019), los almacenes y supermercados deberán donar la totalidad de los alimentos "en buen estado que hubieran perdido valor comercial y se encuentren aptos para el consumo humano", prohibiéndose cualquier forma de destrucción de los mismos.

Sobre los actores que forman parte del sistema de donación profesional, en el artículo 2.º se define a los donantes (personas naturales o jurídicas), las entidades perceptoras (organizaciones públicas o privadas sin fines de lucro que deben calificar como tales según las normas que regulan el impuesto a la renta, y cuyo objetivo es "recuperar alimentos en buen estado evitando su desperdicio o mal uso") y a los beneficiarios ("cualquier persona que reciba alimentación gratuita").

La ley de donaciones peruana también contiene, en su artículo 3.º, una disposición sobre el sentido de urgencia del proceso, casi idéntico al artículo 4.º de la Ley DONAL de Argentina.

Sobre el régimen de responsabilidad, esta norma instituye que tanto los donantes como las entidades perceptoras serán responsables civil o penalmente por los daños causados solo en caso de acreditarse la existencia de culpa grave o dolo (artículo 6.º).

Por último, esta ley incorpora modificaciones tributarias, tanto a la Ley del Impuesto a la Renta como a la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo. Sobre el impuesto a las ventas, se establece que la importación o transferencia de bienes realizada a título gratuito a las entidades receptoras de donaciones no se encuentran gravadas con él, pero que el

[50] Minagri Argentina (2021).
[51] Naciones Unidas (2019).

donante no pierde el derecho a aplicar el crédito fiscal correspondiente al bien donado (artículo 8.º), funcionando como un mecanismo adicional de incentivo a la donación.

Respecto del impuesto a la renta, se indica que, al momento de calcular la renta neta de tercera categoría, afecta a impuesto, se podrán deducir como gastos necesarios para producirla aquellos generados por conceptos de donaciones de alimentos (artículo 7.º).

En relación con ambas disposiciones, cabe resaltar la regla del artículo 10.º, la cual dispone que el donante perderá estos beneficios tributarios si se comprueba que al momento de su recepción los bienes donados no estaban aptos para ser consumidos.

En 2019, tres años después de la Ley de Donaciones, Perú dio otro importante paso en la agenda para la prevención y reducción de las PDA, al incorporar en su legislación una norma integral sobre la materia: la Ley n.º 30988, "Que promueve la Reducción y Prevención de Pérdidas y Desperdicios de Alimentos".

Se trata de una ley general y breve, de solo cuatro artículos permanentes, pero con un profundo alcance, pues intentar permear a toda la institucionalidad para volcarse a la tarea de disminuir las PDA. El objetivo de la ley, dispuesto en su primer artículo, es:

> "reducir y prevenir las pérdidas y desperdicios de alimentos, en todas las etapas de la cadena alimentaria, desde la producción primaria hasta el consumo humano".

El artículo 2.º define correctamente las pérdidas, de manera separada a los desperdicios.

Sin embargo, el núcleo de la ley está en su artículo 3.º, que le otorga al Ministerio de Agricultura y Riego la responsabilidad de adoptar una serie de acciones estratégicas para reducir y prevenir las PDA:

- Promover y fortalecer actividades de capacitación y fomento de buenas prácticas;
- Promover la implementación de programas y proyectos a nivel nacional, regional y local;
- Realizar análisis y evaluaciones de estos proyectos;
- Promover la participación del sector privado y de la población en general en las medidas destinadas al objeto de la ley;
- Fomentar la capacidad científica, tecnológica y la formación de investigadores especializados en el área.

Esta ley fue reglamentada durante el año 2020, mediante decreto supremo n.º 30988. En este instrumento se detallan las acciones que debe llevar adelante el Poder Ejecutivo para prevenir y reducir las PDA, observándose en va-

rias de sus disposiciones la estrecha relación entre esta agenda y la protección del ambiente.

Por otra parte, los debates públicos sobre el tema y la construcción normativa han alentado a los actores territoriales a involucrarse en esta agenda, destacándose en ello el papel de la Municipalidad Metropolitana de Lima y de la Empresa Municipal de Mercados, que han desplegado esfuerzos con miras a disminuir las PDA en los principales mercados de abasto de la capital peruana.

En ese sentido, en septiembre de 2022 y bajo el impulso del Frente Parlamentario contra el Hambre de la Municipalidad de Lima, se dictó la ordenanza n.º 2498-2022, "Que promueve la recuperación y rescate de alimentos agrícolas, acuícolas frescos, en mercados mayoristas y mercados de abastos de Lima Metropolitana".

Mediante esta ordenanza se creó el programa Lima Recupera y Alimenta, de fomento al rescate y recuperación de productos para el consumo humano y la transformación de desperdicios orgánicos en compostaje, ejecutado a través de las "brigadas de recuperación de alimentos" conformadas por organizaciones sociales y de base de Lima, que cuentan con apoyo operativo y en capacitaciones por parte del municipio.

III. Avances normativos en Chile sobre prevención y reducción de las PDA

Chile aún no cuenta con una legislación especial sobre PDA, pero en la actualidad se está tramitando en el Congreso Nacional un proyecto de ley que busca hacerse cargo del tema[52]. Previo a su análisis, es conveniente mencionar que el año 2020, con la publicación de la Ley n.º 21210, que modernizó la legislación tributaria, se introdujeron dos importantes cambios a la Ley de Impuesto a la Renta (DL n.º 824 de 1974) en materia de fomento a las donaciones de alimentos.

En primer lugar, se modificó el artículo 31.º de dicha norma tributaria, que define cuáles son los gastos que se pueden deducir de la renta bruta de una empresa, a fin de determinar la renta líquida sujeta al pago del impuesto a la renta. Entre esos gastos necesarios para producir la renta se incluyó expresamente al:

[52] Se trata del *Boletín* n.° 10.198-11, ingresado al Senado en julio del año 2015, que luego fue fusionado con los *Boletines* n.° 10.337-11, n.° 10.513-11, n.° 10.556-11 y n.° 10.835-11, todos originados en iniciativas parlamentarias del Senado.

> "costo de aquellos alimentos destinados al consumo humano [...] cuya comercialización se ha vuelto inviable [...] pero que conservan sus condiciones para el consumo o uso [...] que sean entregados gratui_ tamente a instituciones sin fines de lucro, debidamente inscritas ante el SII para su distribución gratuita, consumo o utilización entre personas naturales de escasos recursos beneficiarias de tales instituciones".

La norma no solo se refiere a los alimentos para el consumo humano, sino que incluye otros productos, entre ellos, comida para mascotas, artículos de higiene personal, elementos de aseo, libros y ropa.

Además, y en conformidad con lo dispuesto por la Ley n.° 20920 de 2016 (conocida como Ley REP, que fija un marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje), la legislación sobre modernización tributaria dispuso que no se aceptará como gasto y que se gravará con el impuesto único establecido en el inciso 1.° del artículo 21.° de la Ley de Impuesto a la Renta (conocido como impuesto sobre los "gastos rechazados" y que equivale a un 40 % del valor de estos) la "destrucción voluntaria de materias primas, insumos o bienes procesados o terminados que puedan ser entregados gratuitamente".

Estas modificaciones, en particular la referida a las deducciones para determinar la renta líquida, le otorgaron rango legal a una práctica administrativa del SII sobre el tratamiento tributario de las donaciones de alimentos, expresada en distintas resoluciones y circulares, destacándose entre ellas la circular n.° 60 del año 2018, que ya desde ese entonces permitió deducirlas como gasto.

En materia de Impuesto al Valor Agregado (IVA), hasta el año 2009 las donaciones fueron consideradas como un retiro afecto a este gravamen, con lo cual el incentivo para las empresas estaba puesto en documentar la pérdida o destrucción de las mercaderías no utilizadas, para así eximirlas de su pago. Sin embargo, la misma evolución administrativa del SII permitió que las donaciones dejaran de ser consideradas como un faltante de inventario, con lo cual, actualmente, la donación de alimentos no es un hecho gravado con IVA, y estos productos mantienen el crédito fiscal generado cuando fueron adquiridos por la empresa donante, tal como ocurre en Perú a partir de la publicación de su Ley de Donaciones ya mencionada.

En consecuencia, el país muestra un escenario favorable para discutir una ley integral sobre PDA, la cual no está obligada a reabrir discusiones tributarias –normalmente complejas– que ya han sido abordadas de un modo razonable.

Volviendo al proyecto de ley en tramitación, la moción original parecía poco ambiciosa en comparación a las experiencias internacionales que se han

revisado. No obstante, durante su primer trámite constitucional en el Senado[53], la iniciativa fue robustecida tras las intervenciones del gobierno y de distintas organizaciones.

A mayo de 2023, dentro de los principales elementos del proyecto se encuentran:

- Su objeto es:

> "disminuir y prevenir la pérdida de alimentos aptos para el consumo humano en cualquier punto de su cadena productiva, recuperarlos, distribuirlos, promover su consumo y fomentar sistemas alimentarios sostenibles" (artículo 1.°).

- Instaura y define a las "entidades intermediarias", los "receptores finales" y establece que en ningún caso los productos recibidos podrán ser comercializados (artículo 2.°).
- Prohíbe la destrucción o eliminación de alimentos aptos para el consumo humano (artículo 3.°).
- Dispone:

> "las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que fabriquen, produzcan, importen, distribuyan y comercialicen productos alimenticios, deberán donarlos o entregarlos en forma gratuita, oportuna, directamente y a su elección, a una entidad intermediaria o a un receptor final, con los que deberá suscribir previamente un convenio, en la forma y con los beneficios y condiciones previstos en esta ley" (artículo 3.°).

- En cuanto al régimen de responsabilidad, señala:

> "los alimentos con proximidad a su fecha de vencimiento deberán entregarse seis días antes del término de dicha fecha de vencimiento y quienes los donen o entreguen serán en todo caso responsables por la condición de los alimentos entregados, así como por su inocuidad" (artículo 3.°).

- Prioriza la donación de alimentos saludables (artículo 7.°).
- Instaura el deber de los restaurantes de ofrecer y facilitar los medios para llevarse la comida no consumida en el local (artículo 8.°).
- Dispone:

[53] El proyecto fue despachado a la Cámara de Diputadas y Diputados el 4 de agosto de 2020, sin presentar mayores movimientos desde entonces.

"el Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio del Medio Ambiente, diseñará e implementará programas de educación dirigidos a la ciudadanía sobre prevención y reducción de PDA, sus efectos sobre el medio ambiente y las virtudes de una alimentación saludable" (artículo 13).

- Adicionalmente, el artículo 14.º estipula la existencia de un "sello" de certificación para las empresas donantes, incluyendo a aquellas que sin estar obligadas por la norma lo hagan de forma voluntaria (se exceptúan de la aplicación imperativa de la ley, entre otros, los pequeños comerciantes en la vía pública, pescadores artesanales y ferias libres).

Tal como se puede apreciar, la versión actual de este proyecto de ley incorpora algunos de los elementos recomendados por la FAO en el *Código de Conducta Voluntario* y por el Parlatino en su respectiva Ley Modelo. Pese a esto, es posible detectar varias falencias que podrían ser objeto de mejoras durante su segundo trámite constitucional.

Una de ellas tiene relación con las aspiraciones de la iniciativa, pues, si se atiende únicamente a su objetivo declarado, podría catalogarse como un proyecto integral sobre PDA (aunque el artículo 1.º solo menciona las "pérdidas de alimentos", por lo cual, también es recomendable mejorar las definiciones, diferenciando entre pérdidas y desperdicios); no obstante, al revisar el resto del articulado propuesto, queda claro que sus planteamientos se concentran en regular las donaciones de alimentos, careciendo todavía el texto de una vocación realmente integradora sobre el problema de las PDA.

En ese sentido, y a modo de ejemplo, la moción no contempla normas que permitan avanzar en prevención y reducción de las pérdidas en las etapas de producción, un aspecto muy relevante en un país como Chile, que enfrenta fuertes presiones ambientales en relación con el uso del agua y la tierra.

Por otra parte, sobre el sistema de donaciones, es recomendable prestar atención a la experiencia argentina con la Ley DONAL, la cual en un primer momento no estableció ninguna cláusula especial de exención de responsabilidad para los donantes, cuestión que debió ser revertida años después. Al respecto, el proyecto chileno incorpora una cláusula bastante extendida de responsabilidad para las empresas . Asimismo, parece oportuno incluir de manera explícita a los bancos de alimentos en la regulación propuesta, teniendo en cuenta sus distintas particularidades.

Chile ya posee experiencias privadas de donaciones, que debieran ser promovidas con esta nueva normativa. Una de ellas es la Red de Alimentos[54],

[54] www.redalimentos.cl/

entidad que ocupa un creciente papel en la mejora de las condiciones de las personas que padecen inseguridad alimentaria, a quienes se les brindan productos recuperados por distintas organizaciones solidarias a través de productores, comercializadores y distribuidores que participan de la iniciativa. Otra experiencia destacable es la del Banco de Alimentos de Lo Valledor[55], el mayor mercado mayorista del país, ubicado en la Región Metropolitana, entidad que recibe donaciones de los comerciantes del mismo recinto para luego ser distribuidas entre distintas organizaciones benéficas inscritas y validadas en un registro interno.

A escala gubernamental, existe en la actualidad una comisión para la prevención y la reducción de las pérdidas y desperdicios de alimentos, alojada en el Ministerio de Agricultura y creada el año 2020 a partir del Comité de PDA que funcionaba desde el año 2017.

Justamente, otro aspecto mejorable del proyecto que se está discutiendo en Chile es la completa ausencia de disposiciones que definan una institucionalidad o ente rector, con rango legal, responsable del diseño e implementación de acciones para promover una agenda integral de prevención y reducción de las pérdidas y desperdicios –incluida la elaboración de una estrategia o plan nacional– con un enfoque de derechos humanos y con las herramientas necesarias para coordinarse con las demás instituciones públicas involucradas, haciendo partícipe a la sociedad civil y visibilizando esta agenda al más alto nivel de las prioridades públicas; tal como lo recomiendan los instrumentos internacionales analizados en este artículo y como lo están intentando hacer algunos países vecinos en la región.

A modo de conclusión

Las pérdidas y desperdicios de alimentos afectan la realización plena del derecho a la alimentación adecuada y del derecho a un ambiente saludable, transformándose en un problema de primer orden, en un mundo en que el hambre no da tregua y donde la crisis climática y ambiental pone en riesgo nuestras formas de vida.

Nadie puede quedar indiferente, menos aún los Estados, que tienen la obligación de generar marcos normativos, diseñar e implementar políticas para prevenir y reducir las PDA, y que hoy cuentan con valiosos instrumentos internacionales que pueden orientar estas discusiones.

Para incorporar un enfoque de derechos humanos, la legislación debe transitar desde la especificidad de los sistemas de donaciones hacia la integralidad de una agenda que aborde todas las implicancias de las PDA. Varios países ya lo están haciendo.

[55] bancodealimentoslv.cl/

En Chile, se discute en el Congreso Nacional un proyecto de ley sobre donaciones que aspira a hacerse cargo de esta problemática, pero que sigue al debe en varios puntos, entre ellos la ausencia de una institucionalidad con rango legal y de lineamientos para reducir las pérdidas de alimentos, un aspecto clave en un país con altos niveles de déficit hídrico y presiones sobre el uso del suelo. La experiencia comparada, particularmente prolífica en América Latina, parece ser un buen ejemplo a replicar.

Bibliografía

Comité DESC (1999): "Observación general n.º 12: El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). 12/05/99. E/C.12/1999/5, CESCR OBSERVACIÓN GENERAL 12 (General Comments)". Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf [fecha de consulta: 10 de septiembre de 2022].

Cuvi Rodríguez, Manuela (2021): "El derecho humano a la alimentación adecuada en materia de pérdidas y desperdicios de alimentos: avances legislativos en América Latina", en Aguilar Cavallo, Gonzalo (coord.), *El derecho a la alimentación perspectiva nacional y latinoamericana* (Santiago: Tirant Lo Blanch).

FAO (2015a): "Food wastage footprint and climate change". Disponible en www.fao.org/ 3/bb144e/bb144e.pdf [fecha de consulta: 5 de enero de 2023].

FAO (2015b): "Pérdidas y desperdicios de alimentos en América Latina y el Caribe". Disponible en www.tec.ac.cr/sites/default/files/media/doc/perdidas_y_desperdicios_de_alimenticios_en_america_latina_y_caribe.pdf [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

FAO (2018): "Food loss and waste and the Right to Adequate Food: Making the connection". Disponible en www.fao.org/3/CA1397EN/ca1397en.pdf [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

FAO (2019): "El estado mundial de la agricultura y la alimentación, progresos en la lucha contra la pérdida y el desperdicio de alimentos". Disponible en www.fao.org/3/ca6030es/ ca6030es.pdf [fecha de consulta: 5 de octubre de 2022].

FAO (2021): "El reconocimiento constitucional del derecho a la alimentación adecuada en Chile". Disponible en www.fao.org/3/cb4614es/cb4614es.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2022].

FAO (2022): "Legislar para prevenir y disminuir las pérdidas y desperdicios de alimentos". Disponible en www.fao.org/3/cc0664es/cc0664es.pdf [fecha de consulta: 1 de octubre de 2022].

FAO, FIDA, OPS, PMA y UNICEF (2020): "Panorama de la seguridad alimentaria y nutrición en América Latina y el Caribe 2020". Disponible en https://doi.org/10.4060/cb2242es [fecha de consulta: 20 de octubre de 2022].

FAO, FIDA, OMS, PMA y UNICEF (2023): "El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2023". Disponible en www.fao.org/3/cc6550es/cc6550es.pdf [fecha de consulta: 21 de julio de 2023].

HLPE (2014): "Las pérdidas y el desperdicio de alimentos en el contexto de sistemas alimentarios sostenibles. Un informe del Grupo de alto nivel de expertos en seguridad alimentaria y nutrición". Disponible en www.fao.org/3/i3901s/i3901s.pdf [fecha de consulta: 30 de octubre de 2022].

Kummu, M.; De Moel, H.; Porkka, M.; Siebert, S.; Varis, O. & Ward, P.J. (2012): "Lost food, wasted resources: global food supply chain losses and their impacts on freshwater, cropland, and fertilizer use. Science of the Total Environment", *Revista Science of the Total Environment*, vol. 438. Disponible en www.sciencedirect.com/science/article/ pii/S0048969712011862 [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2022].

Minagri Argentina (2022): *Informe de avance 2020-2021 del Plan Nacional de Reducción de Pérdidas y Desperdicio de Alimentos.* Disponible en https://alimentosargentinos.magyp.gob.ar/HomeAlimentos/ValoremoslosAlimentos/documentos/Info-de-Avance-2020-2021.pdf [fecha de consulta: 27 de enero de 2023].

Muñoz Ureña, Hugo (2021): "Avances legislativos sobre prevención y reducción de pérdidas y desperdicios de alimentos en América Latina y el Caribe. Disponible en www.fao. org/3/cb2889es/cb2889es.pdf [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2022].

Naciones Unidas (2001): "Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler". Disponible en https://digitallibrary.un.org/record/ 435941 ?ln=es [fecha de consulta: 25 de octubre de 2022].

Naciones Unidas (2015): "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible". Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_ es.pdf [fecha de consulta: 30 de octubre de 2022].

Naciones Unidas (2019): "Día Internacional de Concienciación sobre la Pérdida y el Desperdicio de Alimentos". Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/ N19/434/75/PDF/N1943475.pdf?OpenElement [fecha de consulta: 3 de enero de 2023].

Naciones Unidas (2022): "El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Disponible en https://digitallibrary.un.org/record/3982508?ln=en [fecha de consulta: 30 de octubre de 2022].

Springmann, M., Clark, M., Mason-D'Croz, D., Wiebe, K., Bodirsky, B.L., Lassaletta, L., De Vries, W., Vermeulen, S.J., Herrero, M., Carlson, K.M., Jonell, M., Troell, M., Declerck, F., Gordon, L.J., Zurayk, R., Scarborough, P., Rayner, M., Loken, B., Fanzo, J., Godfray, H.C.J., Tilman, D., Rockström, J. & Willett, W. (2018): "Options for keeping the food system within environmental limits", *Revista Nature,* No. 562: pp. 519-525. Disponible en https://doi.org/10.1038/s41586-018-0594-0 [fecha de consulta: 20 de enero de 2023].

Swinburn, B.; Kraak, V.; Allender, S.; Atkins, V.; Baker, P.; Bogard, J.; Brinsden, H.; Calvillo, A.; De Schutter, O.; Devevarajan, R. (2019): "The Global Syndemic of Obesity, Undernutrition, and Climate Change", *Revista The Lancet*, vol. 393: pp. 791-846. Disponible en www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(18)32822-8/fulltext [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2022].

UNEP (2021): Índice de *desperdicio de alimentos*. Disponible en www.unep.org/es/resources/informe/indice-de-desperdicio-de-alimentos-2021 [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

Otros documentos

Guillán, Juan Ignacio (2021): "Ley Donal: avances y efectos prácticos de su implementación". Disponible en www.lanacion.com.ar/opinion/ley-donal-avances-y-efectos-practicos-de-su-implementacion-nid29092021/ [fecha de consulta: 16 de octubre de 2022].

Normas

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), 28 de abril de 1989.

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Constitución Política del Perú (1993).

Código de Conducta Voluntario para la reducción de las PDA, 15 de junio de 2021.

Ley Modelo para la Prevención y Reducción de las Pérdidas y Desperdicios de Alimentos del Parlamento Latinoamericano y Caribeño (Parlatino), febrero de 2022.

Ley n.° 25989 de Régimen Especial para la Donación de Alimentos - DONAL de Argentina, 6 de enero de 2005.

Ley n.° 27454 de Argentina que fija el Plan Nacional de reducción de Pérdidas y Desperdicio de Alimentos, 29 de octubre de 2018.

Ley n.° 30498 de Perú, que promueve la donación de alimentos y facilita el transporte de donaciones en situaciones de desastres naturales, 2 de agosto de 2016.

Ley n.° 30988 de Perú, que promueve la prevención y reducción de pérdidas y desperdicios de alimentos, 3 de julio de 2019.

Ley n.° 21210 de Chile, que moderniza la legislación tributaria, 24 de febrero de 2020.

Ley n.° 20920 de Chile, que establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje, 17 de mayo de 2016.

Ordenanza n. °2498-2022 de la Alcaldía Metropolitana de Lima (Perú), que promueve la recuperación y rescate de alimentos agrícolas, acuícolas frescos, en mercados mayoristas y mercados de abastos de Lima Metropolitana, 7 de septiembre de 2022.

Proyecto de ley (Chile) que regula la distribución de alimentos aptos para el consumo humano. *Boletín* n.° 10.198-11.

Proyecto de Ley (Chile) que modifica la Ley n.° 20 .606, sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad, para regular las fechas de consumo preferente y de vencimiento de los productos alimenticios. *Boletín* n.° 10.835-11.

EL RÉGIMEN DE CUMPLIMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO DE PARÍS

THE COMPLIANCE AND IMPLEMENTATION REGIME OF THE PARIS AGREEMENT

Eduardo Silva Besa[*]

RESUMEN: La insuficiencia de las actuales Contribuciones Nacionalmente Determinadas –promesas individuales de los países sobre sus acciones climáticas– para alcanzar los objetivos de largo plazo del Acuerdo de París, genera una interrogante sobre la efectividad del Tratado para hacer frente al desafió global del cambio climático. Ante este escenario, adquieren una importancia crítica los mecanismos diseñados para la rendición de cuenta y la facilitación del cumplimiento del Tratado, a pesar de que la mayor parte de las disposiciones del Acuerdo de París tienen una naturaleza de derecho blando y carecen de fuerza vinculante. Los arreglos institucionales y procedimientos establecidos para este régimen climático fueron construidos sobre la base de la experiencia de los mecanismos de cumplimiento de otros Acuerdos Multilaterales sobre Medioambiente (AMUMA). Estos mecanismos de facilitación del cumplimiento se caracterizan por adoptar un esquema denominado en la doctrina como gerencial, que privilegia un modelo no punitivo o sancionatorio, y que busca promover la cooperación con la Parte en las situaciones de incumplimiento, el cual, en la mayoría de los casos, se debe más a la falta de capacidades o recursos que a razones de alcance legal.

PALABRAS CLAVES: Acuerdo de París, derecho blando, mecanismos, cumplimientos.

[*] Abogado. Diplomático del Ministerio de RR.EE. y delegado de Chile en las negociaciones internacionales sobre cambio climático. Miembro del Comité de Cumplimiento del Protocolo de Kioto de Naciones Unidas. Miembro del Grupo de Trabajo de Cambio Climático del Grupo de Observación de la Tierra (GEO). Correo electrónico: edosilvabesa@hotmail.com

Abstract: The inadequacy of the current Nationally Determined Contributions –individual pledges by countries regarding their climate actions– to achieve the long-term goals of the Paris Agreement raises questions about the effectiveness of the treaty in addressing the global challenge of climate change. Given this scenario, the mechanisms designed for accountability and facilitating compliance with the treaty acquire critical importance, despite the fact that most of the provisions of the Paris Agreement have a nature of soft law and lack binding force. The ins-titutional arrangements and procedures established for this climate regime were built on the ex-perience of the compliance mechanisms of other Multilateral Environmental Agreements (MEA).

This governance is characterized by adopting a scheme known in the doctrine as managerial, which favors a non-punitive or sanctioning model and which seeks to promote cooperation with the Party in situations of non-compliance, which in most cases is due more to lack of capacities or resources than to circumstances of legal nature.

Keywords: Paris Agreement, soft law, compliance, mechanisms.

Introducción

La Secretaría de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC) elaboró un informe de síntesis, cuya última actualización es de octubre de 2021, el cual comprende una recopilación de la información de las ciento sesenta y cinco Contribuciones Nacionalmente Determinadas (NDC por sus siglas en inglés), que representan a las ciento noventa y dos partes del Acuerdo de París[1]. Las contribuciones determinadas en el ámbito nacional constituyen el principal instrumento establecido en el Acuerdo para cumplir sus objetivos de largo plazo y contienen información sobre las metas, políticas y medidas adoptadas por los Estados para reducir las emisiones nacionales y sobre la adaptación al impacto del cambio climático.

El citado informe confirma que la suma de todas las metas de las NDC es insuficiente para lograr el objetivo previsto en el artículo 2 del Acuerdo de Paris, esto es, mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2.° C. En efecto, el valor agregado de las metas de mitigación contenidas en las NDC conllevaría un aumento considerable de alrededor del 16 % de las emi-

[1] Nationally determined contributions under the Paris Agreement. Synthesis report by the secretariat. FCCC/PA/CMA/2022/4. Oct 26, 2022. UNFCCC. Secretariat. Véase https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/nationally-determined-contributions-ndcs/ndc-synthesis-report/ndc-synthesis-report#Mitigation-including-co-benefits

siones mundiales de gases de efecto invernadero (GEI) en 2030 en comparación con 2010. Lo anterior, además, en el poco probable escenario de que todos los países cumplan en integridad con los compromisos asumidos en sus contribuciones.

Este resultado fue complementado por las últimas conclusiones del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés), que advierte que el incremento de las emisiones globales puede conducir a un aumento de la temperatura de unos 2,7.° C a fines de siglo, a menos que se introduzcan cambios significativos en el corto plazo. El IPCC ha calculado que para lograr mantener la temperatura media mundial bajo los 2.° C se requiere una reducción de las emisiones de dióxido de carbono (CO_2) del 25 % en 2030. Asimismo, el Panel estimó que sería necesario llegar a una disminución de un 45 % en 2030 para limitar el calentamiento a 1,5.º C, meta aspiracional señalada en el artículo 2.1 a) del Acuerdo[2].

Frente a este panorama que muestra una considerable distancia entre las metas comprometidas por las partes y los objetivos de largo plazo del Acuerdo de París, surge la interrogante sobre cuáles son los instrumentos y mecanismos que contempla el Acuerdo para favorecer y promover su ejecución y que permitirán alinear las NDC con las recomendaciones del mundo científico.

Existe un consenso en torno a que uno de los elementos críticos para la implementación es la eficiencia de los sistemas y de la arquitectura contemplada en el Tratado para facilitar la ejecución de las obligaciones de las partes y que está diseñada para comprender y comparar de mejor forma las acciones que están desarrollando los países en la implementación de sus NDC. Todo lo anterior bajo la prevención de que, en último término, es la voluntad de los Estados y no la eficiencia de los mecanismos de cumplimiento lo determinante para garantizar la concreción de los fines del Acuerdo de París.

Uno de los objetivos del inicio de las negociaciones sobre un nuevo acuerdo referido al régimen climático, en el marco del mandato de la Plataforma de Durban[3], fue avanzar hacia un convenio de carácter universal que comprendiera al mayor número posible de países de la comunidad internacional, en particular a los grandes emisores del mundo en desarrollo (China e India, entre otros). Se buscaba superar la visión binaria plasmada en el Protocolo de Kioto (PK), que estableció metas cuantificadas y obligatorias para los países desarrollados y compromisos voluntarios para los Estados en vías de desarrollo.

[2] Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5. ° C. Unidad de Apoyo Técnico del Grupo de Trabajo I. 2019. IPCC. Véase www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/SR15_Summary_Volume_spanish.pdf

[3] Decision 1/CP.17. FCCC/CP/2011/9/Add.1. Establishment of an Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action. December 2011. UNFCCC.

El régimen adoptado bajo el PK demostró ser insuficiente para enfrentar este desafío global, en gran medida debido a que los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero resultaron ser muy bajos y no contemplaron escenarios económicos que condujeron a menores emisiones que no estuvieron asociadas a los esfuerzos de mitigación de los países contratantes[4].

Sumado a lo anterior, la cobertura de las emisiones globales del PK fue inadecuada, ya que comprometió solo a un número limitado de Estados, que comprendían en su conjunto un cuarto de las emisiones mundiales al momento en que el protocolo entró en vigor. En la práctica, aunque los países signatarios del PK cumplieron con las metas comprometidas, los reportes científicos posteriores a su implementación demostraron que los resultados alcanzados fueron insuficientes para detener el crecimiento de las emisiones globales de GEI.

Además, algunos autores estiman que la naturaleza vinculante de las metas establecidas en el PK puede haber llevado a una menor participación. El carácter mandatorio de las metas cuantificadas, sumado a un mecanismo de cumplimiento de alcance sancionatorio (al menos en una de sus ramas), habrían sido factores que contribuyeron a la no ratificación del PK por parte de Estados Unidos y a la marginación de Japón del Segundo Periodo de Compromiso acordado en la Enmienda de Doha[5].

Por lo tanto, ampliar la cobertura fue una prioridad. Considerando este objetivo, se plantearon dos interrogantes. Por una parte, si este nuevo instrumento, aplicable sobre una base más global, también sería un tratado. Y, por otra parte, sí era aconsejable establecer límites vinculantes para las reducciones de emisiones y mantener un mecanismo de cumplimiento de carácter punitivo siguiendo el modelo del PK[6].

Aunque hubo propuestas de establecer el nuevo régimen climático a través de una Decisión de la Conferencia de las Partes (COP) de la CMNUCC, la opinión mayoritaria decantó hacia la negociación de un tratado de carácter vinculante bajo los principios y normas del Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Asimismo, en forma progresiva, se llegó a la conclusión de que se debía adoptar un enfoque flexible, basado en la colaboración y el fomento de la confianza mutua, para lograr objetivos colectivos que permitieran lograr un acuerdo de alcance global y limitar de forma efectiva el incremento de la temperatura. La incorporación del mundo de desarrollo en este esfuerzo mundial y el in-

[4] Morel (2014), p. 4.

[5] Enmienda de Doha al Protocolo de Kioto. 2012. Naciones Unidas. La enmienda entró en vigor el 31 de diciembre de 2020. Véase https://unfccc.int/files/kyoto_protocol/application/pdf/kp_doha_amendment_spanish.pdf

[6] Bodansky (2016), p. 7.

volucramiento de todos los países desarrollados (sin exclusiones), quienes estaban llamados a ejercer un liderazgo, solo sería posible si se adoptaba un enfoque distinto al del PK.

A diferencia del Protocolo de Kioto, el sistema establecido por el Acuerdo de París permite que cada parte determine de manera individual su contribución a los objetivos de largo plazo. De esta forma, en lugar de que se establecieran metas cuantificadas y obligatorias de reducción de emisiones, se acordó que el objetivo de limitar el aumento de la temperatura global sería alcanzado a través del esfuerzo agregado de promesas voluntarias de cada una de las partes del Acuerdo.

I. El predominio del *soft law* en el Acuerdo de París y las implicancias respecto a su régimen de promoción de cumplimiento

El Acuerdo de París es un tratado bajo la definición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que crea obligaciones vinculantes desde el punto jurídico para sus partes y cuyo cumplimiento no tiene un carácter voluntario.

Para que se considere tratado, un instrumento internacional debe cumplir, entre otros, con el criterio de que sea vinculante, lo que ocurre cuando las partes contratantes se han comprometido a crear derechos y obligaciones jurídicas. Es relevante que los Estados acepten y asuman que una norma representa una obligación, y que su cumplimiento es requerido y no de carácter opcional[7]. Cada una de estas condiciones se observan en el Acuerdo de París.

En el ámbito del derecho internacional, la naturaleza vinculante de una disposición legal no está asociada a los instrumentos creados para su ejecución. La observancia no es una condición necesaria para que un instrumento o norma sea obligatoria desde el punto de vista legal[8]. Un tratado es obligatorio y debe cumplirse de buena fe por su propia naturaleza, no porque exista un mecanismo de cumplimiento disponible para tratar los problemas de ejecución. Una norma internacional no es vinculante porque se hace cumplir, se hace cumplir porque ya es obligatoria[9].

Según señala la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas:

[7] Nava (2016), p. 6.
[8] *Ibid*.
[9] Goeteyn (2011), p. 9.

> "En general los efectos de los tratados dependen de la aplicación de los siguientes principios del derecho internacional general y de las consecuencias que proceda inferir de ellos: a) el principio del consentimiento (*ex consensu advenit vinculum*), según el cual la obligación convencional tiene su fundamento inmediato en el consentimiento de las Partes, el cual genera una obligación jurídica; b) el principio *pacta sunt servanda*, bajo el cual se considera que un tratado es un instrumento que contiene estipulaciones vinculantes, que deben ser cumplidas de buena fe; c) el principio de la unidad y continuidad del Estado; d) el principio de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno; y e) el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, en virtud del cual un tratado produce efectos únicamente entre las Partes que lo celebran y no crea obligaciones para un tercer Estado sin su voluntad"[10].

Si bien la Convención de Viena proclama que los tratados generan obligaciones jurídicas, esto no significa que cada disposición de un convenio conlleva la creación de un compromiso vinculante para las partes contratantes. El Acuerdo de París es un ejemplo de un instrumento en que no todas sus disposiciones producen obligaciones legales. En efecto, se trata de un convenio internacional compuesto por una combinación de preceptos de naturaleza obligatoria, por lo general de carácter procedimental, y de un elevado número de cláusulas con un alcance más bien aspiracional o en que el sujeto obligado es indeterminado o colectivo. Expresado en términos doctrinarios, es un convenio que comprende elementos de derecho duro (*hard law*) y expresiones de derecho blando (*soft law*).

En términos generales, los tratados internacionales generan normas legales que son catalogadas como derecho duro. Se trata de reglas de naturaleza vinculante cuya observancia no es optativa, enunciadas con un lenguaje que permite precisar tanto el contenido de la obligación como el sujeto obligado y en el que el incumplimiento genera la responsabilidad del Estado.

Sin embargo, un instrumento jurídico puede incorporar algunos preceptos o declaraciones que carezcan de obligatoriedad, lo cual no altera su condición de tratado conforme al derecho internacional. Estos enunciados se caracterizan por tener un lenguaje más bien vago o impreciso, que hace referencia a ciertos principios generales o metas aspiracionales y en el que existe un sujeto indeterminado o colectivo. Este tipo de disposiciones son denominadas en la doctrina como derecho blando o flexible.

En el ámbito de la teoría de las fuentes del derecho internacional existen escuelas o modelos que adoptan posiciones disimiles sobre la validez de la distinción doctrinaria entre normas de derecho duro y de derecho blando. Como

[10] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, 1959, Naciones Unidas.

plantea Cesar Nava Escudero[11], haciendo referencia a Anne Peters e Isabella Pagotto[12], por un lado, se encuentra una visión clásica o tradicional que sostiene que no es adecuado atribuir el carácter de norma a preceptos o declaraciones que carecen de una normatividad vinculante, debido a que el propósito intrínseco del derecho internacional es crear reglas de naturelaza obligatoria. Por otra parte, existen autores que han elaborado un modelo denominado de gradación normativa, según el cual el derecho internacional está compuesto por diversos tipos de reglas ubicadas en distintos grados o niveles, cuyos efectos legales son más o menos rigurosos. Para sus proponentes, en el derecho internacional se produce un proceso continuo de evolución en el que interactúan preceptos de naturaleza blanda o flexible y normas de carácter duro o vinculante.

La incorporación en el Acuerdo de París de numerosos preceptos de naturaleza enunciativa y sin efectos vinculantes no es algo novedoso en el ámbito del derecho internacional del medioambiente y, en particular, en materia de régimen internacional del cambio climático[13].

Según Gregory Shaffer y Mark Pollack,[14] algunas de las razones que explican la preferencia por este tipo de disposiciones en los convenios internacionales sobre protección ambiental son:

i) los menores costos en cesión de soberanía para los Estados en áreas consideradas como sensibles;
ii) favorecen mayores niveles de participación y esquemas más profundos de cooperación;
iii) son más flexibles para enfrentar desafíos con alto nivel de incertidumbre y
iv) permiten alcanzar soluciones de consenso cuando existen intereses diversos o contrapuestos.

En el Acuerdo de París el carácter obligatorio de una disposición está determinado, en la mayoría de los casos, por la elección del verbo y del sujeto de la obligación. Algunas obligaciones procedimentales se aplican a cada parte en forma individual[15], a un conjunto específico[16] (*i.e.* países desarrollados) o a todas las partes en forma colectiva[17]. En algunos casos las cláusulas del Acuerdo no identifican al sujeto obligado[18].

[11] Nava (2016), p. 9.
[12] Peters y Pagotto (2006), p. 11.
[13] *Ibid.*
[14] Shaffer & Pollack (2010), p. 706.
[15] Artículos 4.2, 4.3, 4.9, 4.17 y 7.9 del Acuerdo de París.
[16] Artículo 9.5 del Acuerdo de París.
[17] Artículos 4.8, 4.19 and 11.3 del Acuerdo de París.
[18] Artículo 4.5 del Acuerdo de París.

Entre las obligaciones de procedimiento de carácter individual de mayor relevancia vinculadas a la Contribución Nacionalmente Determinada (NDC), se encuentran las siguientes:

- Preparar, comunicar y mantener las sucesivas NDC (artículo 4, párrafo 3).
- Al comunicar sus NDC, proporcionar la información necesaria para su claridad, transparencia y comprensión (artículo 4, párrafo 8).
- Comunicar en forma periódica las NDC cada cinco años, las que deben representar una progresión respecto a la NDC actual y buscando reflejar la mayor ambición posible (artículo 4, párrafo 3).
- Rendir cuenta de su NDC, asegurando promover la integridad ambiental, la transparencia y evitar el doble cómputo (artículo 4, párrafo 13).

A lo anterior se añaden otros compromisos procedimentales relacionados con la entrega de reportes bienales e inventarios nacionales de GEI bajo el denominado Marco Reforzado de Transparencia dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo y la obligación de los países desarrollados de proporcionar informes sobre los recursos financieros entregados a los Estados en desarrollo (artículo 9 párrafo 5).

Fuera de este limitado número de obligaciones adjetivas y de procedimiento, una parte importante de las disposiciones sustantivas relativas a la mitigación se formulan como recomendaciones o expectativas en lugar de obligaciones legales. Las secciones que abordan la adaptación y los medios de implementación, también imponen escasas obligaciones legales y se expresan más como recomendaciones, expectativas o entendimientos. Esto conlleva que, en términos jurídicos, el Acuerdo de París regule obligaciones de carácter procesal y no se ocupe de establecer compromisos sustantivos o materiales cuyo incumplimiento pudiera dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado.

El predominio del derecho blando en las disposiciones del Acuerdo de París tiene implicancias en lo que respecta a los mecanismos y procedimientos que fueron creados para facilitar su ejecución. Considerando que el acuerdo está inspirado en fomentar un esfuerzo colaborativo, sustentando en la transparencia y la confianza mutua, y que se adopta una aproximación *bottom up*, en que cada parte determina en forma autónoma sus compromisos de acción climática, los mecanismos establecidos para promover el cumplimiento es un reflejo de este mismo enfoque. Un acuerdo con escasas obligaciones vinculantes, la mayor parte de ellas de procedimiento, no podía considerar mecanismos de control de ejecución que tuvieran una naturaleza punitiva o contenciosa.

Junto a lo anterior, el ámbito de competencia del mecanismo de facilitación de cumplimiento quedó circunscrito, de manera predominante,, al control facilitativo de la ejecución de las disposiciones de carácter vinculante del Acuerdo, las cuales tienen una naturaleza adjetiva y no material o sustantiva.

Como plantea Jaume Ferrer Lloret[19]:

> "considerando la falta de consenso para la inclusión de obligaciones sustantivas, las partes diseñaron, con todas las excepciones, cautelas y condiciones que caracterizan su funcionamiento, un mecanismo para facilitar y promover que se alcancen los objetivos contemplados en el Acuerdo de París, y no para castigar o sancionar los incumplimientos de este acuerdo internacional".

II. Los mecanismos de cumplimiento en los Acuerdos Multilaterales sobre el Medioambiente (AMUMA)

Los arreglos establecidos en el Acuerdo de París para promover su ejecución capturan elementos y experiencias de múltiples regímenes de facilitación y promoción del cumplimiento en el ámbito de los Acuerdos Multilaterales sobre el Medioambiente (AMUMA). En este sentido, resulta aconsejable conocer, en términos generales, cual ha sido la evolución, los instrumentos y los procedimientos que han sido adoptados sobre mecanismos de cumplimiento en los acuerdos que forman parte del régimen internacional ambiental y su influencia en la arquitectura legal creada bajo el Acuerdo de París.

Los mecanismos de cumplimiento en los AMUMA han reemplazado de manera progresiva a los procedimientos clásicos de resolución de disputas, ya que han demostrado ser más efectivos para promover la ejecución de las obligaciones ambientales en el derecho internacional. Se trata de instrumentos que están orientados más a la prevención de controversias que a la solución de la mismas.

En tratados multilaterales como los AMUMA, donde los niveles de reciprocidad son menores, la efectividad de los mecanismos de cumplimiento es más alta que los instrumentos tradicionales de solución de disputas. En otros ámbitos, como el de las relaciones comerciales donde las situaciones de reciprocidad son más elevadas, la resolución de conflictos se usa más como procedimiento de ejecución.

En términos conceptuales los mecanismos de cumplimiento se pueden describir como un conjunto de procedimientos que se inician cuando un Estado contratante presenta dificultades para cumplir una estipulación de un tratado. Estos procedimientos y arreglos institucionales comprenden, en la mayoría de los casos, la recopilación y consideración de la información proporcionada, la

[19] Ferrer (2019), p. 46.

identificación de las causas y el grado de incumplimiento, y la adopción de decisiones o medidas por parte de la COP, MOP o un comité específico creado por el tratado para estos efectos.

En la doctrina se distinguen dos aproximaciones respecto a los mecanismos de cumplimiento. En primer término, están aquellos autores que son partidarios de un enfoque facilitador y que adhieren a una escuela denominada gerencial[20]. Desde este enfoque se favorecen las medidas que intentan gestionar los casos de incumplimiento en lugar de aplicar coerción y sanciones, y se contemplan procedimientos que son, por lo general, de naturaleza no conflictiva. En contraposición, están quienes defienden un visión más punitiva o sancionatoria y que dan mayor prioridad a los instrumentos de control de ejecución.

En los AMUMA el enfoque gerencial ha sido el instrumento más utilizado. Sin embargo, la evidencia proporcionada por las secretarias de algunos AMUMA muestra que se alcanzan mejores grados de cumplimiento de los tratados cuando se establecen regímenes que combinan medidas facilitadoras y punitivas, y que tener solo una de las dos disponibles reduce en gran medida el cumplimiento general.

Una característica estándar de todos estos instrumentos es que buscan promover la implementación del Acuerdo de una manera no adversarial. A través de ellos se generan espacios más flexibles que brindan una oportunidad para que las partes participen en la gestión activa del cumplimiento, en lugar de la aplicación de acciones *ex post facto*. El objetivo es fortalecer las obligaciones derivadas de los AMUMA de manera cooperativa y facilitadora y las medidas más estrictas y contradictorias son establecidas solo como una opción residual[21].

Los medios tradicionales para abordar el incumplimiento (retiro, suspensión, terminación, arbitraje y medios judiciales) no se utilizan de manera habitual. Son de naturaleza legal y de confrontación, y la mayoría de los casos de incumplimiento de los AMUMA se originan en problemas de capacidad o políticos más que legales[22].

Las convenciones internacionales sobre ambiente han alcanzado diversos grados de desarrollo institucional para abordar las situaciones de incumplimiento, que van desde la inexistencia de mecanismos (*i.e.* Convenio sobre Diversidad Biológica y Convención sobre Especies Migratorias), instrumentos débiles y parciales (*i.e.* Ramsar) y hasta gobernanzas y procedimientos robustos, permanentes y autónomos (*i.e.* Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) y Protocolo de Cartagena), por citar solo algunos.

[20] Fournier (2017b), p. 5.
[21] *Ibid*.
[22] Goeteyn (2011), p. 14.

El Protocolo de Montreal fue el primer AMUMA en avanzar desde las formas clásicas de control de cumplimiento al establecer un comité de implementación en 1992[23]. Bajo este mecanismo se contempla la adopción de medidas de asistencia y apoyo, advertencias y suspensión, combinando acciones de facilitación y otras de carácter punitivo. La experiencia del Protocolo de Montreal fue seguida por otros acuerdos, como el Convenio de Basilea[24], el Protocolo de Cartagena[25], el Protocolo de Kioto y el Protocolo de Londres[26].

La mayoría de los instrumentos de cumplimiento prevén el derecho de una parte a iniciar un procedimiento respecto a otra. Sin embargo, la experiencia práctica es que los Estados rara vez optan por gatillar estos mecanismos contra otras partes, aunque sea basados en el interés colectivo, puesto que estiman que este comportamiento tiene una naturaleza más adversarial. Por esta razón, muchos AMUMA permiten que actores no estatales inicien procedimientos, entre las que pueden quedar incluidas la secretaría, el mismo comité permanente actuando de oficio o las COP/MOP.

Algunos convenios, como la Convención Alpina[27] y la mayoría de los acuerdos ambientales bajo la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) han autorizado a las ONG a presentar comunicaciones relacionadas con el incumplimiento de una de las partes. La Convención de Aarhus es única en el sentido de que también permite a los individuos particulares plantear un caso de incumplimiento de una de las partes respecto a las obligaciones del tratado[28].

Los comités permanentes creados para facilitar el cumplimiento pueden estar compuestos por un número restringido de representantes de los Estados contratantes, como es el caso del Protocolo de Montreal, o por expertos independientes, siendo esta última la práctica más frecuente en los AMUMA más recientes. La capacidad de los miembros puede diferir, desde representantes estatales (*i.e.* Protocolo de Montreal y Convenio de Ginebra sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza), una capacidad híbrida (*i.e.* Basilea

[23] Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer. Concluded on Montreal on 16 September 1987. United Nations Treaty Serie. Véase https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201522/volume-1522-i-26369-english.pdf

[24] Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, 1989, 1673 UNTS 57 (Basel Convention).

[25] Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity (2000), 2226 UNTS 208.

[26] The International Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (1972), 1046 UNTS 120 (London Convention).

[27] Convention on the Protection of the Alps (1991), ILM 31 (Alpine Convention).

[28] Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (1998), *ILM* 38 (Aarhus Convention).

y Protocolo de Londres) y hasta miembros que actúan a título personal en su calidad de expertos (*i.e*. Protocolo de Kioto, de Cartagena y de Aarhus).

La mayoría de los mecanismos de cumplimiento de los AMUMA consideran medidas no punitivas que apuntan a facilitar la asistencia, ya sea técnica o financiera. A menudo, se solicita a la parte que desarrolle un plan de acción o que elabore informes adicionales. En un nivel más severo, algunos mecanismos contemplan medidas de censura, en que el órgano a cargo de la promoción del cumplimiento puede realizar advertencias a través de una constatación de hechos, la publicación en el sitio web de los casos de incumplimiento o emitir una declaración de incumplimiento, entre otras acciones de similar naturaleza.

El nivel más elevado de respuesta frente a un incumplimiento puede llegar a la suspensión de derechos y privilegios, ya sea en prerrogativas procesales (derecho al voto) o en derechos sustantivos, como la cesación del derecho a comerciar en CITES o la interrupción del derecho a usar mecanismos de flexibilidad de mercados de carbono bajo el Protocolo de Kioto. Estas medidas más drásticas constituyen más una excepción que una norma.

III. El régimen de promoción del cumplimiento del Acuerdo de París

El Acuerdo de París no incluye disposiciones de carácter vinculante que obliguen a las partes a cumplir con sus NDC. En cambio, solo las exhorta a adoptar medidas y políticas de mitigación en el ámbito nacional, obligación que ya se encontraba establecida bajo la CMNUCC, las cuales estarán dirigidas a alcanzar los compromisos asumidos en sus NDC. Además, se establecen mandatos de procedimiento que comprenden el deber de informar de forma periódica sobre el progreso en la implementación y el avance hacia los objetivos de estas contribuciones.

Junto a lo anterior, el Acuerdo dispone un sistema en el que las partes tienen una discreción significativa para definir sus esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático. Con ello se busca, por un lado, alentar una amplia participación y niveles de ambición acordes a sus circunstancias nacionales, mientras que, por otro lado, se pretende alcanzar el objetivo previsto en articu lo 2 mediante los esfuerzos agregados de todas las partes.

Los procedimientos e instrumentos creados en el Acuerdo de París para promover su implementación y favorecer el cumplimiento de los compromisos establecidos en el Tratado, incluidas las NDC, se sustentan en un sólido y comprehensivo sistema de transparencia, verificación y comparabilidad de la información proporcionada por las partes. Se considera que este mecanismo cons-

tituye el marco de transparencia más sólido, equilibrado y eficaz creado hasta la fecha en un AMUMA[29].

El Acuerdo de París diseña una compleja arquitectura institucional y procedimental dedicada a la transparencia y fomento de la ejecución[30], en la que interactúan y se complementan el Marco Reforzado de Transparencia (MRT por sus siglas en inglés) del artículo 13, el Balance Mundial (GST por sus siglas en inglés) contemplado en el artículo 14 y el Comité para Facilitar la Aplicación y Promover el Cumplimiento (PAICC por sus siglas en inglés) del artículo 15. La interrelación de estos instrumentos es considerada como un proceso continuo que promueve la facilitación del cumplimiento del tratado[31].

El MRT se hace efectivo a través de obligaciones de procedimiento consistentes, en primer término, en proporcionar un reporte bienal, que incluye un inventario nacional de GEI y, en segundo lugar, someterse a un examen técnico por expertos y a un examen facilitador y multilateral de los progresos alcanzados en la implementación de las NDC. A su vez, el GST está dirigido a determinar el cumplimiento colectivo del Acuerdo de París. El Comité para Facilitar la Aplicación y Promover el Cumplimiento es un órgano permanente, compuesto por expertos que actúan en su capacidad personal y técnica, diseñado para mejorar la eficacia del Acuerdo y su buen funcionamiento, y para aumentar la confianza entre las partes.

El denominado *Libro de reglas de París* adoptado por la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las partes del Acuerdo de París (CMA) en su primera sesión en 2018 permitió especificar las modalidades, procedimientos y guías para el funcionamiento de los tres instrumentos previstos en los citados artículos 13, 14 y 15 del Tratado.

El propósito de estos mecanismos es facilitar la detección de dificultades en el desempeño e implementación de las NDC, permitiendo activar instrumentos y procedimientos que buscan colaborar con la parte y brindar asistencia para superar dichas deficiencias, las cuales en la mayoría de los casos son causadas por falta de capacidades o recursos. Asimismo, a través de altos niveles de transparencia se busca abrir un espacio a los actores no estatales, nacionales e internacionales, quienes pueden movilizarse y hacer más evidente los costos reputacionales que presenta para un Estado no lograr su NDC.

La transparencia está relacionada con la rendición de cuentas y, por lo tanto, constituye una condición necesaria para la legitimidad internacional del comportamiento estatal. Además, se estima que la transparencia es un primer paso para alcanzar esta confianza mutua y un incentivo importante para el cumplimiento[32].

[29] Klein (2017), p. 91.
[30] Ferrer (2019), p. 4.
[31] Voigt (2020), p. 3.
[32] Goeteyn (2011), p. 4.

De esta forma los instrumentos de cumplimiento del Acuerdo de París adoptan un modelo gerencial, en virtud del cual se intenta alentar y facilitar la acción nacional a través de la transparencia, la presión de los pares y el desarrollo de capacidades, en lugar de obligar a los Estados a actuar a través de prescripciones y sanciones legales.

Marco Reforzado de Transparencia (MRT)

Como lo plantea Christina Voigt:

> "el MRT cumple cuatro funciones: i) comprender la contribución individual de cada Parte para alcanzar el objetivo colectivo de temperatura previsto en el tratado; ii) brindar una oportunidad para el intercambio de experiencias y el aprendizaje mutuo; iii) crear presión de pares para facilitar la mejora del desempeño individual; y iv) permitir que la sociedad civil participe en la toma de decisiones para contribuir en la implementación y el logro del Acuerdo. Este procedimiento se debe aplicar de manera facilitadora, no intrusiva y no punitiva, respetando la soberanía nacional y evitando imponer una carga indebida".

Se establece que las partes deberán proporcionar un reporte bienal de trasparencia, el primero de ellos a más tardar el 31 de diciembre de 2024[33]. Este reporte incluye el inventario nacional de las emisiones y absorciones de GEI y la información que sea necesaria para hacer un seguimiento de los progresos alcanzados en la aplicación y el cumplimiento de la NDC. Además, se estipula que los países desarrollados tendrán que suministrar la información relativa a la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones de financiamiento, transferencia de tecnología y fomento de capacidades.

Sobre la base de la información entregada en el mencionado reporte, los Estados participarán en un examen individual realizado por un grupo técnico de expertos y en un examen facilitador y multilateral con intervención de las partes del Acuerdo.

El examen del grupo de expertos está orientado a lograr una mayor comprensión y comparabilidad de las acciones desarrolladas por los Estados para implementar sus NDC, pero con un énfasis en el cumplimiento de los paramentos, guías y reglas de reporte que aseguren transparencia, consistencia, precisión, amplitud y salvaguarda de la integridad ambiental.

[33] Decision 18/CMA.1. Modalities, procedures and guidelines for the transparency framework for action and support referred to in Article 13 of the Paris Agreement. FCCC/PA/CMA/2018/3/Add.2. 18/CMA.1.FCCC/CP/ 2011/9/Add.1. December 2019. UNFCCC. https://unfccc.int/documents/193408

Sin embargo, los expertos están sujetos a una serie de condiciones para desarrollaron su labor. Una de las más relevantes es que no están facultados para examinar la adecuación o idoneidad de las NDC o de las medidas nacionales adoptadas para avanzar en su implementación. Tampoco pueden cuestionar la decisión de una parte de utilizar las opciones de flexibilidad previstas en *Libro de reglas de París* o emitir juicios de valor sobre el apoyo prestado por una parte respecto a obligaciones de financiamiento, transferencias de tecnología y fomento de capacidades señaladas en el tratado. Sumado lo anterior, deben abstenerse de emitir opiniones de carácter político.

El examen facilitador y multilateral está estructurado en dos etapas. La primera consiste en un procedimiento de preguntas y respuestas que se deben remitir por escrito. La segunda etapa consiste en una reunión de un grupo de trabajo, abierta a todas las partes, que se desarrolla en el marco de las sesiones de los órganos subsidiarios de la CMNUCC, que también sirven al Acuerdo de París.

El balance mundial
(GST por sus siglas en inglés)

El GST consiste en un ejercicio de evaluación del progreso colectivo de las partes hacia el logro de los objetivos de largo plazo del Acuerdo de París. El GST se encuentra previsto en el artículo 14 y las modalidades, procedimientos y guías para su funcionamiento fueron acordadas en la COP24, dentro del mencionado *Libro de reglas de París*[34].

Este proceso se centra en analizar el avance en las principales áreas de acción climática, esto es, mitigación, adaptación y los medios de implementación y apoyo, incluida la financiación, todo ello considerando la equidad y la mejor información científica disponible. Durante su desarrollo se deben, además, tomar en cuenta las consecuencias sociales y económicas de las medidas de respuesta adoptadas para enfrentar el cambio climático y los esfuerzos para abordar las pérdidas y daños.

Junto con esta evaluación *ex post*, el GST considera también una mirada hacia el futuro, ya que una parte de sus conclusiones y resultados deben estar enfocadas en informar a las partes las acciones que se pueden adoptar para cerrar las brechas de ambición en mitigación, adaptación y medios de implementación que hayan sido detectadas. Se busca proporcionar a las partes elementos que las ayuden a actualizar y mejorar sus acciones y medidas de apoyo, incluidas sus NDC, y de esa forma aumentar la ambici**ón en el largo plazo.** En

[34] Decision 19/CMA.1. Matters relating to Article 14 of the Paris Agreement and paragraphs 99–101 of decision 1/CP.21. FCCC/PA/CMA/2018/3/Add.2. December 2019.

último término, se pretende aumentar la cooperación internacional para hacer frente al cambio climático.

La COP26, que tuvo lugar en Glasgow, Reino Unido, en noviembre de 2021, marcó el comienzo del primer proceso de dos años del GST, el cual finalizará en diciembre de 2023 en el contexto de la COP28 que se realizará en Emiratos Árabes Unidos. Al cierre de este proceso está prevista la celebración de eventos de alto nivel, en los que se presentarán las conclusiones de los Diálogos Técnicos y en que se llevará a cabo un debate que será liderado por las presidencias de la COP27 y COP28 y por los presidentes de los Órganos Subsidiarios de la CMNUCC.

En estos eventos se deberán identificar las oportunidades y dificultades que existen para el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París, recomendar medidas para superarlas y efectuar una síntesis de los principales mensajes políticos, que podrán ser recogidos en una decisión, a la que se podría sumar una declaración[35].

El Comité de Facilitación de la Aplicación y Promoción del Cumplimiento (PAICC por sus siglas en inglés)

Los mecanismos de cumplimiento son estructuras creadas para potenciar la eficacia, el buen funcionamiento y la implementación de la convención internacional que los establece. Bajo estas mismas premisas, el Acuerdo de París contempla la creación de un comité de expertos denominado Comité para la Facilitación de la Aplicación y Promoción del Cumplimiento. Se trata de un instrumento no contencioso, que se encuadra dentro del modelo gerencial de mecanismos de cumplimiento existente en otros AMUMA, pero con especiales características.

El PAICC tiene una función complementaria a los procedimientos del Marco Reforzado de Transparencia y el Balance Mundial, en lo que se entiende como un *continium* orientado a la promoción del cumplimiento del Tratado.

Durante las negociaciones celebradas en la COP21, los Estados optaron por el mecanismo de cumplimiento menos constrictivo entre las alternativas propuestas[36]. Se acordó crear un comité que tuviera un carácter facilitador y no correccional, cuyo funcionamiento debe basarse en la transparencia, con especial atención a las respectivas circunstancias y capacidades nacionales de las partes. Cabe mencionar, que se presentaron opciones mucho más contenciosas y punitivas, incluida la idea de crear un "Tribunal Internacional de Justicia Climática" con el fin de supervisar, controlar y sancionar la inobservancia de

[35] Ferrer (2019), p. 36.
[36] *Ibid*.

las obligaciones de las partes del anexo I y del anexo II de la CMNUCC (países desarrollados y economías en transición)[37].

En este ámbito, los Estados llegaron a la convicción de que, si en el Acuerdo de París las disposiciones vinculantes de derecho duro iban a ser más bien limitadas y predominarían contenidos generales y aspiracionales propios del derecho blando o flexible, no era apropiado crear un sistema de cumplimiento fuerte y de alcance sancionatorio. Esta consideración quedó plasmada, además, en la norma que dispone que el funcionamiento del Comité no podrá modificar la naturaleza jurídica de las disposiciones del Acuerdo de París.

IV. Estudio del Comité de Facilitación de la Aplicación y Promoción del Cumplimiento del Acuerdo de París (PAICC)

El Comité de Facilitación de la Aplicación y Promoción del Cumplimiento, en adelante Comité, es un órgano permanente constituido por expertos que actúan en su capacidad personal y no como representantes de los Estados. Su mandato es abordar situaciones relacionadas con el desempeño de las partes, con procedimientos diseñados para entablar un diálogo con el propósito de identificar desafíos, hacer recomendaciones y compartir información.

Las reglas para el funcionamiento del Comité, en aspectos como la composición, ámbito de aplicación, procedimientos y medidas, están estipuladas en el citado Reglamento de París, junto con las disposiciones de las Reglas de Procedimiento adoptadas en la COP27 celebrada en Sharm el-Sheikh, en diciembre de 2022[38].

Composición y funciones

El Comité está formado por doce miembros titulares y doce suplentes que posean una reconocida competencia, quienes son elegidos por la Conferencia de las Partes teniendo en cuenta el principio de la representación geográfica equitativa. Se deben seleccionar dos miembros de cada uno de los cinco grupos regionales de Naciones Unidas, un miembro de los Países Menos Adelantados y otro

[37] Documento de Negociación. Véase https://unfccc.int/files/bodies/awg/application/pdf/negotiating_text_ 12022015@2200.pdf

[38] Rules of procedure of the committee to facilitate implementation and promote compliance referred to in Article 15, paragraph 2, of the Paris Agreement, 15 Nov 2022. UNFCCC. https://unfccc.int/documents/623624?_gl=1*sgm55v*_ga*MTIzNzQwMzU3My4xNjU1OTk1NTU3*_ga_7ZZWT14N79*MTY3MTYyMjkxNS4xNTcuMS4xNjcxNjIzNTk5LjAuMC4w

de los Países Estados Insulares, respectivamente. En la elección de sus integrantes se debe tener en cuenta el equilibrio de género.

Se entiende que en la composición del Comité se incluirá una amplia gama de conocimientos científicos, técnicos, socioeconómicos y jurídicos que sean pertinentes. Los miembros sirven en su capacidad individual y experta basada en la competencia reconocida en esos campos. De esta forma se asegura el carácter técnico y no político de este órgano.

El funcionamiento del Comité debe evitar la duplicación de esfuerzos con otros arreglos institucionales del tratado y abstenerse de actuar como un mecanismo de control o solución de diferencias, respetando bajo toda circunstancia la soberanía nacional de las partes. Las cuestiones sobre solución de controversias están reguladas en el artículo 24 del Acuerdo.

Los miembros de este órgano deben agotar todos los esfuerzos para adoptar las decisiones por consenso. Sin embargo, si no se logran superar las divergencias de criterio, la decisión puede ser adoptada por mayoría de votos (tres cuartos de los miembros presentes y votantes). Se trata de mayorías de *quorum* cualificado.

Los procedimientos para el funcionamiento del Comité buscan asegurar una interacción constructiva con la parte, a través de espacios de consulta e intercambio de información de manera escrita y oral. Se busca evitar un esquema adversarial o de carácter contradictorio.

Ámbito de aplicación e iniciación de casos

Conforme a citadas disposiciones y reglas de procedimiento, existen tres modalidades de iniciación para que un asunto llegue a conocimiento del Comité y active su funcionamiento:

i) Autorreferencia de una parte sobre todas las disposiciones del Acuerdo de París[39]

En este caso, el procedimiento contempla un examen preliminar que busca evitar que una parte (probablemente un país en desarrollo) utilice la iniciación autorreferida de un caso para reivindicar el cumplimiento a su favor de obligaciones de financiamiento o transferencia tecnológica[40]. Este examen preliminar tiene como propósito verificar *sí* la comunicación de la parte contiene información suficiente que asegure que el asunto está relacionado con la aplicación o el cumplimiento por la propia parte de una disposición del Acuerdo. Realizado este proceso previo, el Comité cuenta con la facultad discrecional de dar curso o no a las siguientes etapas del procedimiento.

[39] Decisión 20/CMA.1, anexo, párrafo 20.

[40] Ferrer (2019), p. 22.

ii) Iniciación de oficio y cuasiautomática por parte del Comité en casos de incumplimiento de determinadas disposiciones de carácter vinculante del Acuerdo[41]

En la actuación de oficio quedan comprendidos los casos en los que una parte:

i) no haya comunicado o mantenido una NDC;
ii) no haya presentado un reporte bienal, incluido el inventario de GEI, o no haya comunicado los informes obligatorios previstos en el artículo 13, párrafo 9 y el artículo 9, párrafo 7;
iii) no haya participado en el examen facilitador y multilateral y
iv) cuando un país desarrollado no haya presentado una comunicación obligatoria con indicadores cuantitativos sobre los recursos financieros provistos a los países en desarrollo, según lo establecido en el artículo 9, párrafo 5, del Acuerdo.

En estas situaciones el Comité no tiene discreción para decidir *sí* considera o no el caso y el consentimiento de la parte es irrelevante.

iii) Iniciación discrecional, con el consentimiento de la parte, en casos de inconsistencias significativas y persistentes de la información presentada de conformidad con el artículo 13, párrafo 7 (reporte bienal e inventario) y el artículo 13, párrafo 9 (reporte de los países desarrollados sobre el apoyo financiero, transferencia de tecnología y fomento de capacidades entregado a naciones en desarrollo), sobre la base de las recomendaciones del Informe del Grupo Técnico de Expertos[42]

La labor del grupo de expertos es revisar la coherencia de la información presentada por la parte y su conformidad con las modalidades, procedimientos y directrices que reglamentan el mecanismo de transparencia, teniendo en cuenta la flexibilidad otorgada a los países en desarrollo en función de sus capacidades y circunstancias nacionales.

En las modalidades y directrices de reporte de carácter mandatorio, el grupo de expertos deberá identificar áreas de mejora, formulando recomendaciones que serán incluidas en su informe final. Estas recomendaciones constituyen un elemento que tendrá en consideración el Comité para evaluar sí existe una inconsistencia que pueda ser caracterizada como significativa y persistente.

La regulación de esta materia no define lo que se entiende por significativo y persistente y su interpretación implica un juicio discrecional por parte

[41] Decisión 20/CMA.1, anexo, párrafo 22 a).
[42] Decisión 20/CMA.1, anexo, apartado 22, letra b).

del Comité. Se estima que la inconsistencia debe cruzar un umbral de *minimis* y dar cuenta de una falla o incapacidad de la parte para responder a los repetidos esfuerzos del equipo de expertos para mejorar su desempeño de reporte[43]. Asimismo, esta situación debe limitar en forma efectiva el funcionamiento del marco de transparencia con respecto a la parte en cuestión. El concepto de persistencia puede ser entendido como una circunstancia que se ha prolongado en el tiempo, sin haberse solucionado después de varios ciclos del examen de revisión realizado por los expertos.

Uno de los aspectos más novedosos de este procedimiento, es la introducción del consentimiento de la parte como condición necesaria para permitir al Comité brindar colaboración para resolver las deficiencias detectadas en materia de reporte. Durante las negociaciones sobre las guías y procedimientos para reglamentar estos casos, hubo una fuerte resistencia de un número importante de Estados para establecer un vínculo entre los resultados del examen de expertos del MRT y la labor del Comité. Una forma de destrabar estas posiciones contrapuestas, fue otorgar a la parte la facultad discrecional de aceptar o no la ayuda. Algunos países estimaron que esta solución debilitó las capacidades del mecanismo, pero, al mismo tiempo, reconocieron que abrió un espacio para aumentar el costo reputacional de un Estado que se niega a recibir asistencia, a pesar de haberse detectado inconsistencias significativas y persistentes en el cumplimiento de las guías de reporte de transparencia.

El Comité llevará a cabo la consideración de los casos utilizando la información pública que se encuentre disponible a través de los canales establecidos en el Acuerdo de París, que incluye registros públicos de las NDC, el portal en línea de los reportes bienales e inventario nacionales, información proporcionada por la secretaría y el registro en línea de las comunicaciones establecidas en al artículo 9, párrafo 5, del Acuerdo.

Procedimientos y medidas

En los tres tipos de modalidades de iniciación de casos se debe garantizar la aplicación del principio contradictorio. Se contemplan las siguientes disposiciones para salvaguardar la participación de la parte durante las distintas etapas del procedimiento:

i) podrá participar en los debates del Comité, aunque no en la elaboración ni en la adopción de sus decisiones;
ii) deberá ser consultada por el Comité, si así lo solicita por escrito, durante la reunión en la que se examine el asunto planteado con respecto a esa parte;

[43] Decisión 20/CMA.1, anexo , apartado 22, letra b).

iii) deberá ser consultada por el Comité si este decide recabar información adicional o invita a representantes de los órganos y arreglos pertinentes creados en el marco del Acuerdo de París, para que participen en las reuniones del Comité y
iv) tendrá derecho a que el Comité le remita una copia de su proyecto de conclusiones.

La decisión 20/CMA.1 en su párrafo 30, señala que las medidas que podrá adoptar el Comité son las siguientes:

> "a) Entablar un diálogo con la Parte interesada con el fin de identificar dificultades, formular recomendaciones y compartir información, entre otras cosas con respecto al acceso a la financiación, la tecnología y el apoyo al fomento de la capacidad, según proceda; b) Ayudar a la Parte interesada a cooperar con los correspondientes órganos o arreglos financieros, tecnológicos y de fomento de la capacidad creados en el marco del Acuerdo de París o que estén al servicio de este, a fin de identificar posibles dificultades y soluciones; c) Formular recomendaciones a la Parte interesada con respecto a las dificultades y soluciones a que se alude en el párrafo 30 b) supra y comunicar esas recomendaciones, con el consentimiento de la Parte interesada, a los órganos o arreglos correspondientes, según proceda; d) Recomendar la elaboración de un plan de acción y prestar asistencia a la Parte interesada, si esta lo solicita, para elaborar el plan; e) Emitir conclusiones de hecho en relación con los asuntos de aplicación y cumplimiento a que se hace referencia en el párrafo 22 a) supra".

Asimismo, la citada decisión dispone que el Comité deberá remitir un informe anual a las Conferencia de las Partes, el cual deberá ser público e incluirá información sobre las decisiones que haya adoptado y los problemas sistémicos que hayan sido identificados.

Casos sistémicos

Otro elemento novedoso en las disposiciones sobre el funcionamiento del Comité, es la capacidad de abordar casos denominados sistémicos, que pueden se iniciados de oficio o por una solicitud de la Conferencia de las Partes.

Se dispone que el Comité podrá identificar cuestiones de carácter sistémico con respecto a la implementación y cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo de París enfrentadas por una serie de partes y presentar tales cuestiones y, según corresponda, cualquier recomendación a la atención de la CMA para su consideración.

Conclusiones

A pesar de que el Acuerdo de París no ha alcanzado un pleno régimen de implementación de sus disposiciones, ya que existen mecanismos y procedimientos cuya ejecución siguen en una etapa de transición, se han levantado justificadas críticas sobre su efectividad para dar una respuesta urgente y decidida frente al cambio climático.

Como plantea Cesar Nava Escudero, respecto a los factores que explican el predominio de las disposiciones de derecho blando en el Acuerdo de París:

> "Lo criticable de estas razones es que no representan en lo absoluto la mejor respuesta que plantea un problema ambiental de características globales para un accionar concreto, rápido y específico de los Estados. Si bien las normas de *soft law* en los tratados sirven para consolidar principios básicos ambientales, guiar o dirigir el comportamiento y conducta de las partes contratantes, y constituirse como un antecedente del derecho duro, también son utilizadas para enmascarar desacuerdos interestatales y la falta de compromisos verdaderos de algunos Estados para enfrentar conjuntamente dilemas de la mayor trascendencia. Conducirse de manera laxa, posponer decisiones, o comportarse de tal o cual manera en la medida en la que otros se comporten sin sentirse obligados a ello, es característico de la norma convencional en el derecho internacional ambiental".

La relación entre el carácter obligatorio en un tratado o de una disposición y su eficacia es compleja, ya que no existen estudios que hayan podido concluir de forma inequívoca que normas de carácter vinculante favorecen el cumplimiento, ello a pesar de que el público general tiende pensar que *sí* lo hace. Aunque, en principio, otorgarle naturaleza vinculante a una disposición constituiría una mayor señal de compromiso, en el ámbito del derecho internacional del medioambiente y, en particular, del régimen climático, la experiencia ha demostrado que la transparencia y los mecanismos facilitadores que fomentan la confianza mutua resultan más efectivos para abordar desafíos de alcance global a nivel multilateral. La obligatoriedad puede ser un arma de doble filo si lleva a los Estados a no participar o a asumir compromisos menos ambiciosos.

Las instituciones internacionales son en gran parte ineficaces, porque la regulación exitosa exige una autoridad central con el poder de coaccionar a las partes que no cumplen, una situación rara en las relaciones internacionales. Los mecanismos de cumplimiento pueden verse como la respuesta de la comunidad internacional a la constatación de que los procedimientos clásicos de solución de controversias y las soluciones legales, como la facultad de adjudicación por parte de terceros o tribunales internacionales, se utilizan de forma

muy limitada y no son una forma eficaz de garantizar el cumplimiento en el contexto de los tratados multilaterales sobre medio ambiente.

Junto con las consideraciones sobre el impacto en el cumplimiento derivado de la naturaleza de derecho duro o blando de las provisiones del Acuerdo de París, en el futuro se deberá evaluar también la idoneidad y efectividad de los mecanismos creados para promover el cumplimiento del tratado. Se ha argumentado que el Acuerdo de París tiene mayores probabilidades de lograr éxito en el proceso de implementación gracias a un comprensiva y compleja arquitectura que fomenta la transparencia y la rendición de cuentas, aumentando la confianza mutua y la cooperación entre las partes. En este sentido, es indesmentible que uno de los principales logros de este convenio internacional es que solidifica un marco de transparencia coherente y comprensivo para facilitar y apoyar la implementación de los compromisos adoptados en el Acuerdo y las respectivas NDC.

Bibliografía

Abeysinghe, Achala (2015): *Compliance in the 2015 climate agreement* (LDC Papers).

Binia, Susan (2017): *Elaborating Article 15 of the Paris Agreement: Facilitating Implementation and Promoting Compliance* (IDDRI Policy Brief).

Bodansky, Daniel (2016): "The Legal Character of the Paris Agreement", *RECIEL*, vol. 25, Issue 2: pp. 142-150.

Dannenmaier, Eric (2011): "The Role of Non-state Actors in Climate Compliance", *Second UNITAR/Yale Conference on Environmental Governance and Democracy at Yale Law School*.

Ferrer Lloret, Jaume (2019): "La transparencia y el control internacional en el Acuerdo de París de 2015. *¿Un Self Contained Regime?*", *REEI*, n.º 38.

Fournier, Louise (2017a): *Compliance Mechanisms under the Kyoto Protocol: Lessons for Paris* (Edinburgh: The University of Edinburgh).

Fournier, Louise (2017b): *Between a Rock and Hard Place: The Choice between Non-Compliance Mechanisms or Compulsory Dispute Settlement under Multilateral Environmental Agreements* (Edinburgh: The University of Edinburgh).

Goeteyn, Nils (2011): "Compliance Mechanisms in Multilateral Environmental Agreements: An Effective Way to Improve Compliance?", *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, Issue 4: pp. 791-826.

Klein, Daniel *et al*. (2017): *The Paris Agreement on Climate Change. Analysis and Commentary* (Oxford: Oxford University Press).

Maljean-Dubois, Sandrine (2021): *The Paris Agreement Compliance Mechanism: Beyond COP26*.

Morel, Romain (2014): "Ex Post Evaluation of the Kyoto Protocol: Four Key Lessons for the 2015 Paris Agreement", *Climate Report*, No. 44.

Naciones Unidas (1959): "Anuario de la Comisión de Derecho Internacional". *Actas resumidas del undécimo período de sesiones 20 de abril a 26 de junio de 1959*, vol. I.

Nava Escudero, Cesar (2016): "El Acuerdo de París. Predominio del Soft Law en el régimen climático", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, n.° 147.

Oberthür, Sebastian (2010): *Holding Countries to Account: The Kyoto Protocol's Compliance System Revisited after Four Years of Experience* (Vrije Universiteit Brussels).

Oberthür, Sebastian (2018): *The Mechanism to Facilitate Implementation and Promote Compliance with the Paris Agreement: Design Options* (PACT Working Paper).

Peters, Anne y Pagotto, Isabella (2006): "Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective", *NEWGOV: New Modes of Governance*.

Shaffer, Gregory & Pollack, Mark (2010): "Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance", *Minnesota Law Review*, vol. 94: pp. 706-799.

United Nations Environment Programme (2006): *Manual on Compliance with and Enforcement of Multilateral Environmental Agreements*.

Van Asselt, Harro (2016): *Reviewing Implementation and Compliance under Paris Agreement* (Arizona State University).

Voigt, Christina (2016): *The Paris Agreement: What is the standard of conduct for parties*? (QIL Zoom-in).

Voigt, Christina (2019): "The Article 15 Committee to Facilitate Implementation and Promote Compliance", *ECRST Policy Brief*.

Voigt, Christina (2020): "Accountability in the Paris Agreement: The Interplay between Transparency and Compliance", *Nordic Environmental Law Journal*.

Williams O., Guido (2021): "Conceptos de soft law, hard law, better regulation, smart regulation y políticas públicas". *Biblioteca del Congreso Nacional*.

RELAVES Y CATÁSTROFES CLIMÁTICAS: TEMAS ASOCIADOS A LA INVERSIÓN EXTRANJERA

TAILINGS AND CLIMATE CATASTROPHES: TOPICS RELATED TO FOREING INVESTMENT

Pía M. Moscoso Restovic[*]

Resumen: Este artículo aborda los desafíos del marco normativo en la gestión de riesgo por catástrofes naturales. Conceptos estudiados: amenaza, riesgo, vulnerabilidad, peligro y daño. Se utilizó como estudio de caso la responsabilidad en la gestión de relaves por el impacto de la industria minera en la generación de riesgos, debido a la importancia de este sector económico para el desarrollo del país, en oposición a los vacíos conceptuales y normativos en materia de categorización de riesgos.

Palabras claves: tranques de relave, responsabilidad por riesgos, responsabilidad ambiental.

Abstract: The main problem discussed in this article is in relation with the mining industry concerning the potential for environmental risk associated with tailing deposits. Concepts such as: threat, risk, vulnerability, danger, and harm are discussed. The responsibility in tailings management was used as a case study due to the impact in the generation of risks in mining industry, according to the importance of this economic sector for the development of the country. In opposition, conceptual and regulatory gaps in the matter.

Keywords: tailings dams, risk liability, environmental responsibility.

[*] Doctora en Derecho Internacional y RR.II. Magíster en Derecho de Minería. Profesora de la Universidad de Atacama, Copiapó, Tercera Región de Atacama, Chile. Correo electrónico: pia.moscoso@uda.cl

Introducción

El problema de la responsabilidad en el riesgo, interpretación, alcance y fuentes normativas no ha sido suficientemente abordado por la doctrina jurídica. Los grandes proyectos de inversión internacional desarrollan estándares de gestión según la responsabilidad social corporativa de cada empresa. Casos como el de la industria minera demuestran que en el ámbito internacional existe alto desarrollo de normas, protocolos, sistemas de gestión y manuales de buenas prácticas[1]. La responsabilidad social corporativa, en el ámbito local, suele guardar coherencia con el compromiso internacional de la empresa internacional en materia de gestión corporativa del riesgo[2]. Sin embargo, nos preguntamos, ¿por qué la regulación normativa aplicable a los riesgos no ha incorporado los altos estándares internacionales que ya se aplican operativamente en esta industria? No se han internalizado en la normativa nacional, los elementos de gestión del riesgo, a la par de una teoría de la responsabilidad jurídica compleja. En efecto, toda la teoría de la responsabilidad ha girado en torno al concepto de daño, pero no en torno al concepto de riesgo. En el ámbito internacional, solo en materia ambiental encontramos un mayor desarrollo normativo de medidas preventivas fundadas en los principios preventivo y precautorio, con claras obligaciones de medios y de resultado aplicables a este tema.

Finalmente, los compromisos en materia de cambio climático ofrecen una realidad que obliga a plantear el marco legal aplicable a la gestión del riesgo.

I. La minería en países en desarrollo: el caso de Chile

Abordamos el caso de Chile porque, en el ámbito internacional, es el mayor productor mundial de cobre mina, y cuenta con normas marco sobre cambio climático[3], asimismo, ha sostenido la dependencia económica basado en un modelo de desarrollo económico fundado en explotación de materias primas, sosteniendo el modelo, incluso, en periodos de recesión económica mundial[4].

[1] Karakaya & Nuur (2018).

[2] Frederiksen (2018).

[3] Según el Banco Central, en Chile la actividad gira en torno a un 11 % promedio del PIB nacional desde el 2011 al 2014, descendiendo a un promedio de 4,3 % desde el año 2016 a la fecha. Si bien el precio de las materias primas ha ido a la baja desde el año 2014, los países en vía de desarrollo, como Chile, experimentaron entre 2001-2008 alzas que se sostuvieron a pesar de los ciclos de recesión mundial. Banco Central de Chile (2016). PIB y porcentaje de la actividad minera, periodo 2008-2014. Banco Central de Chile (2016a).

[4] Banco Central de Chile (2016b).

Chile ha debido enfrentar el descontento social y político no resuelto por las políticas públicas y económicas, entre las que se encuentran demandas por exposición de la población a riesgos ambientales permanentes[5]. Esta situación ha sido considerada una vulneración al derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación. Para los países mineros como el nuestro uno de los principales problemas está relacionado con el manejo ambiental de los depósitos de relaves[6].

Las zonas del territorio nacional que cuentan con importante cantidad de relaves abandonados o sin condiciones de bioseguridad pueden estar cercanas a centros urbanos, evidencian exposición de la población a plomo, manganeso, cadmio y arsénico[7]. Los mayores impactos reportados y daños ambientales asociados a relaves incluyen contaminación de aguas y atmosférica por suspensión de polvo con minerales dañinos para salud, incluyendo riesgo de cáncer. Se suman también inviabilidad de otros proyectos económicos, deterioro paisajístico y pérdida de patrimonio cultural entre otros efectos más importantes[8].

En este sistema de evaluación de impacto ambiental se prevén "obligaciones de hacer" tales como: obligaciones de mitigación, reparación y compensación.

Comenzaremos este trabajo analizando un estudio de caso sobre daños ambientales y a la salud sufridos por habitantes en Chile en la III Región de Atacama ante eventos climáticos catastróficos protagonizados por aluviones en las ciudades de Chañaral, Tierra Amarilla y Copiapó. Los eventos climáticos evidenciaron la vulnerabilidad de la población, que quedó expuesta a sustancia tóxicas provenientes de depósitos de relaves ubicados a lo largo de los valles transversales de la zona.

Este artículo documenta los daños provenientes de dos eventos climáticos, año 2015 y 2017, considerados naturales históricamente catastróficos. Debido al calentamiento global es probable que se repitan, reviviendo los problemas relacionados con la responsabilidad y la gestión del riesgo.

En Chile, el modelo de crecimiento económico está asociado de manera directa a los *commodities*. Sin embargo, esta dependencia no dialoga necesariamente con las necesidades de poblaciones humanas vulnerables expuestas a riesgos ambientales. Del punto de vista jurídico, la Constitución Política de Chile de 1980, como la mayoría de las cartas políticas de los países en vías de desarrollo, consagra el derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de

[5] Issabayeva & Rizvanoghlub (2019).
[6] Mancinia & Sala (2018).
[7] SERNAGEOMIN (2017).
[8] ELAW (2010), pp. 11-19.

contaminación[9]. No onstante, las políticas y la protección legal ambientales debieron esperar hasta el año 1994 con la dictación de la Ley n.º 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente[10], para incluir con carácter general proyectos o actividades mineras como agentes que pueden causar impacto ambiental en cualquiera de sus fases. Todas las etapas, ampliaciones, modificaciones y cierre de proyectos mineros deben someterse necesariamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Los depósitos de relaves mineros se encuentran referidos en el artículo n.º 10, letra i[11] en relación con literales j[12] y ñ[13].

De esta forma, los relaves mineros constituyen una realidad jurídicamente normada.

En el ámbito internacional, la interpretación del principio preventivo en la gestión del riesgo es un instrumento esencial para determinar la responsabilidad del titular de un relave. El principio preventivo también representa un papel interpretativo del estándar de responsabilidad administrativa exigible a la autoridad pública llamada a fiscalizar el manejo de depósitos de relaves y planificación urbana.

II. Los relaves de La III Región de Atacama - Chile

1. Antecedentes

En Chile, la III Región de Atacama concentra una de las más altas tasas de impactos ambientales asociados a la minería, a su vez, la minería es fuente del PIB regional diversificada en empresas públicas, multinacionales, mediana y pequeña minería. El año 2015, fecha del mayor evento climático reportado hasta entonces, el PIB de dicha zona se contrajo un 9,6 % por el cese de obras de ingeniería civil asociada a proyectos mineros. Le siguieron Antofagasta con 1,1 % y

[9] Véanse comentarios al contenido del derecho fundamental en Lucas (2005); Lucas (2006).

[10] La Ley n.º 19300 (1994).

[11] O*p. cit.* artículo 10: "Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda".

[12] Véase *op. cit.*, artículo 10 j): "oleoductos, gasoductos, ductos mineros u otros análogos".

[13] Véase *op. cit.*, artículo 10 ñ): "producción, almacenamiento, transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas, explosivas, radioactivas, inflamables, corrosivas o reactivas".

Coquimbo con 0,7 %[14]. Organizaciones ciudadanas de la Región de Atacama habían denunciado incapacidad del Estado para la gestión de recursos hídricos y en la fiscalización de proyectos mineros de gran envergadura. Con el tiempo, se fueron agregando conflictos sociales y políticos, asociados a la falta de participación ciudadana e información pública, debilidad del gobierno local frente a las decisiones del gobierno central, altos índices de desempleo, mala calidad del agua potable, pobreza y aislamiento de algunas comunidades[15].

La provincia de Chañaral ha sido históricamente una de las localidades más afectadas de dicha Región por contaminación asociada a la industria minera. Entre 1938 y 1990 se vaciaron en la bahía de Chañaral más de trescientos millones de toneladas de desechos mineros en medios terrestre y marino[16]. Los principales impactos fueron:

a. Contaminación del río Salado y bahía de Chañaral; río Copiapó y río Huasco. Muerte de biomasa en bordes costeros.
b. Acumulación de relaves en las playas y retroceso del borde costero en Chañaral, por el depósito de riles de la empresa estatal CODELCO, sin tratamiento previo[17].
c. Contaminación por transporte de ácido sulfúrico por vía férrea entre las ciudades de Chañaral, Salado y Diego de Almagro.

Otros eventos adversos en la región se registraron el año 1997 cuando se declaró a Potrerillos como una zona saturada de contaminación por SO_2 y material particulado, sobrepasando niveles de arsénico[18]. Se suman contaminación por relaves de la empresa Hernán Videla Lira de Paipote, fundición de ENAMI y mina Tránsito en las comunas de Tierra Amarilla y Copiapó[19].

La contaminación generada por la industria minera destruyó actividades productivas locales y su potencial, en sectores relacionados con la pesca, la agricultura o el turismo[20]. En Chañaral, han desaparecido algunas especies ecológicamente importantes, debido al estrés oxidativo que altera dinámicas fisiológicas fundamentales en la fotosíntesis[21]. Chañaral presenta altos índices de: cáncer, conjuntivitis, alergias, vómitos espontáneos, irritación de la piel y vías

[14] Banco Central de Chile (2015b).

[15] Véanse tensiones sociales asociadas a la minería en Morales y Azocar (2016), pp. 113-127; Bolados (2014), pp. 228-248; Bolados (2014), pp. 431-443; Mesa *et al.* (2010), pp. 109-122; Carrasco y Fernández (2009), pp. 75-92 y Fuenzalida y Quiroz (2012), pp. 157-168.

[16] Vergara (2011), pp. 135-151.

[17] Véase DS n.º 18 (1997).

[18] Vergara (2011), pp. 135-151.

[19] Aedo y Larraín (2004).

[20] Calderón, Benavides, Carmona, Gálvez, Malebrán, Rodríguez, Sinclaire y Urzúa (2016), pp. 295-305.

[21] XLVII Reunión Anual de la Sociedad de Biología de Chile (2004).

respiratorias. Ante las dudas de las causas de muertes de niños y adultos por exposición a plomo, el año 2004 se realizó un estudio por la SEREMI de Salud de la Región de Atacama[22]. El porcentaje de muertes por esta causa podría ser mayor, considerando que muchos enfermos de cáncer en Chañaral acuden a otros hospitales. En caso de muerte, quedan registrados fuera de la ciudad.

2. Del aluvión del 25 de marzo del año 2015 al evento hidrometeorológico del 12 de mayo de 2017

El 25 de marzo de 2015 un evento natural, consistente en un núcleo frío en altura, causó fuertes lluvias. El incremento de los caudales de los ríos produjo aluviones en diferentes quebradas en las regiones de Atacama y Coquimbo[23]. El Servicio Médico Legal reportó treinta y una personas fallecidas y dieciséis desaparecidas[24]. Hubo 22 381 damnificados directos de los cuales 4 095 debieron recurrir a treinta y dos albergues. Se decretó estado de excepción constitucional de catástrofe en la Región de Atacama, incluyendo toque de queda. El Ministerio de Salud mantuvo la alerta sanitaria para las comunas de: Copiapó, Chañaral, Caldera, Tierra Amarilla, Diego de Almagro, Alto del Carmen, Freirina, Huasco y Vallenar, por varios meses[25].

Los habitantes de las comunas de Copiapó y Chañaral sospecharon que residuos tóxicos provenientes de los relaves contiguos a las quebradas fueron movidos por el barro que arrastró el aluvión. Existía la probabilidad de que la lluvia hubiera arrastrado minerales y sustancias peligrosas a cursos de agua, debido a la gran cantidad de relaves existentes cerca de núcleos urbanos. SERNAGEOMIN presentó un informe de situación de tranques y relaves el 25 de marzo de 2015, señalando la existencia de "colapso parcial" en los depósitos de relaves de: El Gato, Planta Matta-Enami, Tranque Relave Candelaria, Tranque Mina Carola, Las Cruces (Pucobre), Depósito de Lamas Caserones, Tranques Sector Tierra Amarilla, Tranque Enami Vallenar. El informe señaló también "colapso parcial por erosión fluvial del pie" de relaves Hoschild[26].

Según el artículo 241 del *Código de Minería* SERNAGEOMIN tiene el deber de llevar un catastro nacional de concesiones mineras, sin embargo, este

[22] El documento oficial y sus oficios al Ministerio en SEREMI de Salud Atacama (2010).

[23] Eventos similares, pero de menor magnitud se registraron en esa misma fecha producto del mismo núcleo climático en la Región de Antofagasta.

[24] Eventos similares han sido registrados en el desierto de Atacama, en la Región de Antofagasta. Véase Ortlieb (1995), pp. 519-537. Véase, también, Vargas, Ortlieb y Rutllant (2000), pp. 157-176.

[25] Véanse reportes oficiales en la cronología de la ONEMI en www.onemi.cl/alerta/monitoreo-por-evento-hidrometeorologico/ [fecha de consulta: 20 de abril de 2021].

[26] SERNAGEOMIN (2015f).

catastro incluye a los relaves. En el año 2014, creado el Departamento de Depósitos de Relaves de SERNAGEOMIN, como parte de la estructura regular de dicho servicio, se oficializó el control de la normativa sectorial para el diseño, construcción, operación y cierre de depósitos de relaves. El resultado fueron los decretos supremos 248 y 132[27]. Actualmente existe un catastro nacional de depósitos de relaves[28] sobre la base de estudios provenientes de distintas fuentes[29].

El estado general de alerta en la población por los efectos ambientales generados a raíz del aluvión de marzo de 2015 motivó la presentación de un recurso de protección ambiental en contra del Servicio de Salud Atacama y autoridades regionales, el que finalmente fue rechazado. La Corte de Apelaciones de Copiapó estimó que la evaluación de las condiciones ambientales era una tarea permanente que desbordaba la naturaleza cautelar del recurso de protección. La Corte se refirió, asimismo, al carácter evolutivo de la situación ambiental concluyendo que según los antecedentes tenidos a la vista no era posible estimar que se había vulnerado la garantía constitucional del artículo 19 n.º 1 de la Constitución Política de la República[30].

La Corte de Apelaciones de Copiapó concluyó que la naturaleza de la acción de protección, eminentemente cautelar no se ajustaba a la responsabilidad que se demandaba de la autoridad pública, señaló que no existía negligencia por omisión en su actuar administrativo al realizar "numerosas actuaciones para prevenir daños a la salud de las personas", preocupándose de "eliminar o mitigar los factores de riesgo del suceso". Corresponde preguntarnos: ¿la autoridad administrativa y de los administradores de depósitos de relaves, ges-

[27] DS n.º 248 (2007); D.S. n.º 132 (2004).

[28] SERNAGEOMIN (2015a).

[29] SERNAGEOMIN (2014a); SERNAGEOMIN (1990); León-Lobos, Ginocchio y Baker (2011).

[30] Considerando décimo cuarto: "Que en consecuencia, en armonía con lo que se ha venido adelantando, no puede estimarse que la parte recurrida haya sido negligente por omisión en su accionar administrativo, ya que por el contrario realizó numerosas actuaciones para prevenir daños a la salud de las personas y se ha preocupado con diligencia de observar y -si es el caso-, eliminar o mitigar los factores de riesgo del suceso tantas veces mencionado, y por otra parte, resulta que la controversia que ha pretendido la recurrente, requiere de constantes y permanentes informes técnicos específicos que desbordan la naturaleza cautelar de este recurso de protección, ya que el mismo requiere de soluciones urgentes, que no es el caso, puesto que como ya se ha dicho, es necesario por ser un asunto que va evolucionado con el transcurso del tiempo y del contenido de los informes y análisis de laboratorio tanto de aguas, como suelo y aire, el que se vaya en forma permanente estudiando esos aspectos, con lo cual, no es posible concluir a priori, que se haya vulnerado la garantía constitucional del artículo 19 Nº 1 de la Constitución Política de la República". Ghilino Pizarro y otros contra Seremi de Salud Atacama. Recurso de protección. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, 30 de septiembre del 2015, rol número 154-2015.

tionan el riesgo ambiental *ex ante* a la ocurrencia de un evento climático? Por su parte, la "eliminación de los factores de riesgo" a la que se refiere la Corte de Apelaciones no corresponde a la autoridad pública, sino al titular propietario o gestor del depósito de relaves. La autoridad es llamada a fiscalizar dicha gestión.

Como observamos, existe confusión conceptual en los niveles de la responsabilidad asociada a la gestión de un riesgo.

Por otro lado, el catastro de Depósitos de Relaves elaborado por SERNAGEOMIN en el año 2015 arrojó en la III Región de Atacama 168 depósitos de relaves activos y no activos. El Informe de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados sobre la situación en la que se encuentran los depósitos de relaves mineros en el país, elaborada el año 2010, arrojó entonces un total de 117 depósitos de relaves activos y no activos en la Región de Atacama. Por tanto, solo desde el año 2015 existe un catastro más completo de depósitos de relaves. Corresponde preguntarnos, entonces, ¿si habiendo faltado un catastro completo existía gestión pública de riesgos ambientales?

En efecto, en consideración a su tamaño, cercanía a centros poblados y cursos de aguas principales los siguientes depósitos de relaves fueron de especial preocupación durante el evento climático de marzo del 2015:

1. Tranque El Gato ubicado a la entrada de la quebrada Paipote.
2. Tranque III Planta Matta de ENAMI, ubicada en la entrada de Quebrada Paipote.
3. Los depósitos de relaves de Tierra Amarilla
4. Tranque Coemin de mina Carola, en Tierra Amarilla.
5. Tranque de relave de mina Candelaria.
6. Tranque Las Cruces de minera Pucobre, en Tierra Amarilla.
7. Relaves abandonados de Hoschild, en la ciudad de Copiapó.
8. Depósitos de Lamas de minera Caserones, ubicado en la cabecera del río Copiapó.
9. Tranque de relave planta ENAMI en Vallenar.

La información que se entregó a la fecha del evento climático indicaba que tales depósitos de relaves resistieron el temporal. Se constató normalidad y se señaló que las condiciones de seguridad debían ser evaluadas una vez que hubiere sido superada la emergencia[31]. Con posterioridad, el propio SERNAGEOMIN precisó esta información en el Informe n.° 2 por Afectación de Lluvias y Aluviones en Zona Norte del País, señalando que existía peligro asociado a los depósitos de relaves de la región, observando que en todos existía probabilidad de rebalse o colapso a lo menos parcial[32].

[31] SERNAGEOMIN (2015b).
[32] SERNAGEOMIN (2015f).

El 12 de mayo de 2017 un nuevo frente climático afectó a la Región de Atacama. El evento meteorológico se extendió desde las regiones de Antofagasta a Valparaíso, dejando de nuevo en la III región 217 personas albergadas, 813 damnificados en las comunas de: Diego de Almagro, Copiapó, Caldera y Tierra Amarilla y 198 viviendas con daño mayor, en las comunas de: Diego de Almagro, Chañaral, Copiapó, Caldera y Freirina.

A dos años, de los aluviones, una nueva catástrofe por inundación y arrastre de lodo afectó a la región, demostrando que este tipo de eventos climáticos se repetirían con mayor frecuencia y violencia que la registrada históricamente.

Esta situación obliga de forma imperiosa a redefinir la planificación pública del riesgo, la gestión privada de depósitos de relaves y la prevención de daños.

Para esta nueva catástrofe, los especialistas habían alertado desde el año 2015 con estudios que arrojaron riesgos a la población por la presencia de material pesado en el ambiente y elementos como cadmio y arsénico en suelos[33]. Asimismo, investigadores de la Universidad de Atacama habían levantado un estudio cartográfico sobre riesgos geológicos en la ciudad de Chañaral a requerimiento de la ONEMI y de la Municipalidad de Chañaral[34]. A la fecha de este segundo evento los planos reguladores de las ciudades de Chañaral, Copiapó y Tierra Amarilla se estaban actualizando desde el Ministerio de Vivienda y Urbanismo. El Ministerio de Obras Públicas había levantado obras de canalización en la localidad de Paipote y piscinas decantadoras en Chañaral que mitigaron algunos efectos del nuevo evento. Sin embargo, tanto por la fuerza de las lluvias caídas como por la cuestionada idoneidad de las obras de mitigación temporales realizadas, o por el tiempo que ha tomado el diseño de nuevos planes reguladores, es que resultó necesario redefinir las acciones para hacerse cargo de los daños y de las amenazas aún vigentes en población vulnerable.

La información oficial sobre el estado de los depósitos de relaves en Chile a veces contradictoria otras veces incompleta, y el conflicto socioambiental latente obligan a abordar el problema de la responsabilidad por riesgos asociados a depósitos de relaves, comprendiendo la naturaleza de los riesgos, amenazas y vulnerabilidad en el sistema normativo.

En efecto, los riesgos ambientales por depósitos de relaves están regulados en diversas fuentes normativas de responsabilidad. La más importante es la Ley de Cierre de Faenas[35]. Sin embargo, existen muchas normas y principios

[33] Diversas iniciativas regionales, entre las que sobresale CONICYT (2015).

[34] CORPROA (2015).

[35] Ley n.º 20551 (2011).

de responsabilidad civil y ambiental aplicables a los pasivos ambientales en diversos en cuerpos normativos de distinta jerarquía y materia. Por todo lo anterior es necesario hacer una categorización compilativa de los riesgos y la responsabilidad que recae sobre ellos.

III. Categorización de los riesgos asociados a depósitos de relaves

1. *Relaves, depósitos, embalses y tranques de relaves*

La explotación minera produce volúmenes significativos de residuos tales como: escorias, ripios de lixiviación, minerales de baja ley y relaves. Los relaves son residuos del proceso de flotación de minerales, constituidos en lo fundamental por el mismo material del yacimiento al cual se le ha extraído la fracción mineral. Antiguamente estos residuos eran depositados en los ríos, quebradas o el mar, con graves efectos negativos en los ecosistemas; hoy se almacenan en tranques de relave.

Según el decreto supremo n.° 86 de 1970, sobre Construcción y Operación de Tranques de Relaves, artículo 1.°, relave se define como:

> "suspensión de sólidos en líquidos que se desechan en las plantas de concentración húmeda de especies minerales y estériles que han experimentado una o varias etapas en circuitos de molienda fina".

El decreto supremo n.° 248 sobre reglamento para la aprobación de proyectos de diseño, construcción, operación y cierre de los depósitos de relaves ministerio de minería[36] define en el artículo 5.° depósito de relaves como:

> "toda obra estructurada en forma segura para contener los relaves provenientes de una Planta de concentración húmeda de especies de minerales. Además, contempla sus obras anexas. Su función principal es la de servir como depósito, generalmente, definitivo de los materiales sólidos proveniente del relave transportado desde la Planta, permitiendo así la recuperación, en gran medida, del agua que transporta dichos sólidos".

Este mismo decreto en su artículo 5.° define relave como:

> "suspensión de sólidos en líquidos, formando una pulpa, que se generan y desechan en las plantas de concentración húmeda de especies

[36] DS n.° 248 (2007).

> minerales que han experimentado una o varias etapas en circuito de molienda fina. El vocablo se aplicará, también, a la fracción sólida de la pulpa que se ha descrito precedentemente".

Este mismo reglamento, define en el artículo 6.º, letra d) embalse de relaves como:

> "aquel depósito de relaves donde el muro de contención está construido con material de empréstito y se encuentra impermeabilizado en el coronamiento y en su talud interno. La impermeabilización puede estar realizada con un material natural de baja permeabilidad o de material sintético como geomembrana de alta densidad. También se llama Embalses de relaves aquellos depósitos ubicados en alguna depresión del terreno en que no se requiere la construcción de un muro de contención".

Finalmente, el literal n) define tranque de relaves como: "aquel depósito de relaves donde el muro de contención es construido con la fracción más gruesa del relave".

Prudencio[37] conceptualiza tranques de relaves como:

> "estructuras en las que se almacenan desechos del proceso de flotación compuesto por mineral molido y agua. Estas estructuras consisten en un sistema que transportan el relave, una cubeta en la que se almacena el relave y el o los muros de contención para la retención del material dentro de la cubeta".

Para minimizar y controlar los riesgos en el manejo de relaves, la tecnología interviene en las etapas de diseño, construcción, operación, cierre y abandono. De aquí que la operación de los tranques de relave debe someterse a un estudio de impacto ambiental, de modo tal que se evalúen todos los riesgos por impactos y daños ambientales eventuales, incluyendo los de la etapa posterior al cierre.

La Ley n.º 20551, que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras[38], estableció planes de cierre eficientes, progresivos y oportunos. La normativa también se aplica a los tranques abandonados. No obstante, en Chile existen "pasivos ambientales" que no están sometidos a la Ley de Cierre de Faenas Mineras ni a la Ley de Bases del Medio Ambiente. A este pasivo ambiental le son aplicables las normas del Reglamento de Seguridad Minera. Finalmente, en la mayoría de los casos aplican normas de responsabilidad civil.

[37] Prudencio (2002), pp. 17-37.
[38] Ley n.º 20551 (2011).

2. Evaluación del riesgo en depósitos de relaves

El riesgo se define como el resultado de una acción potencial de amenaza a una comunidad determinada, asociada a condiciones de vulnerabilidad de la misma comunidad. Trabaja siempre con la pregunta: "¿qué pasaría en el peor de los escenarios frente a una determinada situación?". En este sentido, el principio preventivo es un colaborador directo en la gestión del riesgo ambiental. En efecto, es un imperativo que direcciona la alerta ante una eventual emergencia, con el objetivo de evitar daños, minimizar impactos y recuperar los efectos adversos producidos.

Allan Lavell[39] se refiere a la gestión social del riesgo señalando:

> "el riesgo solamente puede existir al concurrir una amenaza y determinadas condiciones de vulnerabilidad. El riesgo se crea en la interacción de amenaza con vulnerabilidad, en un espacio y tiempo particular. De hecho, amenazas y vulnerabilidades son mutuamente condicionadas. No puede existir una amenaza sin la existencia de una sociedad vulnerable y viceversa. Un evento físico, cualquiera sea su magnitud o intensidad no puede causar un daño social si no hay elementos de la sociedad expuestos a sus efectos".

Desde esta perspectiva los riesgos ambientales tienen relación tanto con los efectos de un desastre como con las variables que condicionan las amenazas. Así, por ejemplo, un terremoto constituye una amenaza ambiental, pero una mala gestión en la contención de un relave constituye un riesgo ambiental para la población vulnerable. De esta forma, es parte de la responsabilidad.

La evaluación de la amenaza puede ser realizada por expertos en áreas como: física, química de materiales, geología, hidrología, vulcanología, sismología, topografía, meteorología, etc. El análisis de los costos corresponde a economistas y planificadores de proyectos. La vulnerabilidad debe ser evaluada por: expertos en obras civiles, ingenieros estructurales, trabajadores psicosociales, etc. Finalmente, la evaluación del riesgo debe desarrollarse en forma integrada. La producción de mapas de vulnerabilidad, informe de costos, estudios y planos de amenazas permiten elaborar un plan de manejo integrado de riesgos y prevenir desastres con daño o impacto ambiental.

La complejidad de este proceso demuestra que no puede descartarse la existencia de riesgo ambiental en depósitos de relaves si es que no existe una evaluación integral en la que hayan participado pluralidad de metodologías (histórica, estadística, determinista y social-cualitativa, al menos) para cada dimensión del riesgo. En efecto, si solo consideramos el riesgo por deslizamien-

[39] Lavell (2000).

to de relave desde una perspectiva físico-estructural la gestión deberá hacerse cargo de: caídas, volcamientos, extensiones, flujos, extensiones laterales y arrastres[40] y sus respectivos efectos.

Por su parte, los deslizamientos pueden actuar de distinta manera si se producen en terrenos secos o en terrenos bajo agua. De aquí que la modelación de inundaciones, sismos, aluviones, lluvias y elevación del nivel del mar influyen sustancialmente en el análisis del riesgo. En suma, los efectos ambientales deben considerarse desde la construcción al manejo y control de los depósitos de relave según las condiciones de emplazamiento y cercanía a población vulnerable.

Sin embargo, encontramos que la Ley n.º 20551 hizo una mención general al riesgo como parte integrante del Plan de Cierre. Sin duda esta ley es un avance al régimen que existía bajo el Reglamento de Seguridad Minera[41], el que regulaba la estabilidad física y aspectos técnicos de seguridad aplicables al cierre. Hoy considera otros aspectos técnicos como medidas de cierre, regula la estabilidad química, contempla la realización de auditorías y establece una garantía económica para asegurar el cumplimiento del plan de cierre. Por su parte, SERNAGEOMIN ha elaborado guías metodológicas para la presentación de plan de cierre[42], que contienen una "Metodología para la Evaluación de Riesgos utilizada en la faena". Tales guías se refieren a la estabilidad física y química de las instalaciones, a fin de resguardar en forma indirecta la vida, la salud, la seguridad de las personas y del ambiente.

La Ley n.º 20551 que establece los procedimientos de evaluación y auditorias no aclara los contenidos de la evaluación, no define las variables y no aborda la gestión del riesgo en forma integrada.

Para determinar la responsabilidad del propietario o gestor de un depósito de relaves, es necesario que aparezcan de forma clara identificadas las causas, los medios, los efectos y las acciones que sustentan un plan de manejo o control integrado eficiente.

3. Categorización de riesgos asociados a relaves

Para la Ley n.º 20551 los riesgos deben ser necesariamente significativos. Para esta ley y su reglamento, el riesgo es una relación entre la probabilidad de ocurrencia de un hecho y la gravedad de sus consecuencias. La ley no establece una categorización de amenazas ni se pronuncia sobre la vulnerabilidad social circundante al depósito de relaves. La ley aborda la probabilidad como el resul-

[40] SERNAGEOMIN (2015e).
[41] DS n.º 72 (1985).
[42] SERNAGEOMIN (2014b).

tado de la combinación de elementos que provocan un resultado no deseado. De aquí que la evaluación del riesgo se convierta en una herramienta esencial para el manejo integrado de una faena minera[43].

Para Sven Renner y Roberto Ponce:

> "los riesgos que encierran los pasivos mineros para la población y el medio ambiente, radican en la toxicidad de las sustancias contenidas en estos, el arrastre de polvo, el peligro de derrumbe de grandes tranques, el potencial de aguas acidas y, en menor medida, los piques y socavones que han quedado abiertos y desprotegidos, además de otras instalaciones propias de una faena minera"[44].

A efecto de categorizar los riesgos desde sus efectos, presentamos una sistematización por criterios:

a. Riesgo sísmico, resultado de la probabilidad de una amenaza asociada a terremotos, movimientos de suelo, fallas del suelo o deformaciones tectónicas.
b. Riesgo hidrológico, aquellos en los que las explotaciones mineras causan modificaciones irreversibles en un hábitat por extracción del recurso hídrico o por instalación de estructuras, caminos, botaderos de estériles, tranques de relaves, plantas de procesos y otros. La disposición de relaves afecta tanto el suelo, los cursos de agua, las fuentes y los humedales.
c. Riesgos por generación de polvo, quizá el problema más recurrente en minas y plantas concentradoras. Son aquellos que provienen por la emisión de partículas inferiores a diez micrones, las que pueden ser inhaladas y pasar al sistema respiratorio, con efectos físicos y químicos importantes[45]. Tal fueron los casos de bahía de Chañaral y bahía San Jorge[46].

Desde el punto de vista de su origen, tenemos:

a. Riesgo de origen natural, aquel derivado de amenazas generadas por fenómenos naturales. Puede ser de tipo geológico como: terremotos, erupciones volcánicas o tsunamis y de tipo hidrometeorológico como: sequía, temporales, aluviones o nevadas. Algunos pueden potenciarse, por confluir dos o más en un mismo evento[47].

---

[43] SERNAGEOMIN (2015d).

[44] Renner y Ponce (2004), pp. 95-99.

[45] Lira (1994), pp. 25-26.

[46] Salamanca, Camano, Jara & Rodríguez (2000), pp. 195-204; Calderón y Valdés (2012), pp. 121-133; Vergara (2011), pp. 135-151.

[47] Mardones y Vidal (2001), pp. 97-122; López y Vidal (2012), pp. 145-165.

b. Riesgo de origen antrópico, aquel que se manifiesta por acción del hombre y sus interrelaciones tales como: incendios, accidentes, explosiones, derrames y contaminación ambiental[48].

Desde el punto de vista de su manifestación, los riesgos admiten los siguientes criterios:

a. De manifestación lenta, aquellos que se desarrollan gradualmente en el tiempo, en forma acumulativa, de acción o duración prolongada, cuya extensión en el tiempo determina la gravedad[49]. Tales son las sequías, la contaminación o la desertificación.
b. De manifestación súbita, aquellos cuyo desarrollo es instantáneo, o en un lapso relativamente corto. La mayoría de las veces violento como, por ejemplo, terremotos, tsunamis, erupciones o explosiones químicas.

Desde la perspectiva de los niveles de riesgo[50], encontramos:

a. Riesgo primordial, aquel que está asociado a problemas del subdesarrollo que generan vulnerabilidad. La pobreza de las comunidades, falta de acceso a mejores condiciones sanitarias, problemas de accesibilidad y transporte, son solo algunos de los factores que entran en esta categoría. La instalación de un depósito de relave cercano, incrementa el riesgo de un desastre atendido la vulnerabilidad en la que ya se encuentra dicha población. Esta clase de riesgos supone acciones de planificación social que son de responsabilidad directa de la autoridad. En este punto, el hecho de que un depósito de relave se encuentre cercano a una población vulnerable, es responsabilidad tanto del titular del depósito como del organismo que autorizó su instalación. De esta forma, la existencia de una autorización pública, o un permiso municipal, no significan un manto de legalidad que exima la responsabilidad por el riesgo creado. Sino por el contrario, se agrega un corresponsable.
b. Riesgo primario, es aquel que afecta potencialmente a una población de manera directa, y que requiere medidas de mitigación, adaptación inmediata, educación para la reacción y preparación para evitar mayores daños.
c. Riesgo secundario, es aquel que se relaciona con estructuras llamadas a transformar el riesgo y que tienen relación con tareas de socorro y de protección. Este tipo de riesgos supone el fortalecimiento de las estructuras de protección y salud pública. Así como de vivienda y acogida de población afectada.

[48] Chávez *et al.* (2011), pp. 1-25.
[49] Calabrán (2009).
[50] Campos (2010), p. 149.

d. Riesgo terciario, es aquel que se manifiesta con efectos prolongados en campos de infraestructura para la salud, educación. También incluye el manejo de conflictos socio-políticos. En esta clase de riesgos las medidas consisten en reconstrucción, levantamiento de infraestructuras, rehabilitación y obras civiles de prevención.

4. Problemas de responsabilidad en la gestión del riesgo

Como se observa del acápite anterior, la gestión integrada del riesgo en la construcción, gestión, control y mantención de depósitos de relaves supone necesariamente incorporar en la evaluación variables de: vulnerabilidad, amenaza, probabilidad, peligro, daño, impacto y planificación.

Todas estas variables son dimensiones que intervienen en la responsabilidad jurídica. Lamentablemente, la responsabilidad mal entendida sanciona *ex post* un problema que requiere medidas preventivas, es decir, actuar con responsabilidad *ex ante*.

El problema de la responsabilidad en la gestión del riesgo de depósitos de relaves debe posicionarse, entonces, en el ámbito de las obligaciones preventivas y obligaciones de medio, como obligaciones anteriores a las causas del daño o impacto. Todo lo cual constituye un desafío para la Teoría de la Responsabilidad Civil.

En efecto, la tipología de los riesgos demuestra que eventos de la naturaleza como: terremotos, aluviones, tsunamis, erupciones volcánicas o eventos climatológicos, no constituyen por sí mismos caso fortuito eximente de responsabilidad; en la medida en que era obligatoria una acción preventiva de un riesgo primordial, primario, secundario o terciario.

Erróneamente se ha considerado que riesgos asociados a la protección civil son de competencia exclusiva de la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior (ONEMI) en circunstancias que un daño o impacto es efecto de un riesgo mal gestionado.

Por su parte, la ONEMI gestiona y coordina un sistema integrado por organismos, servicios e instituciones, públicas y privadas, algunas, incluso, con carácter voluntario perteneciente a la comunidad organizada. Esta función no puede atribuirle responsabilidad exclusiva por la falta de planes de prevención pública en servicios públicos con competencia directa en la protección de las personas. Tales servicios son: Servicio de Salud, Medio Ambiente, Educación, Vivienda, Obras Públicas y Trabajo, entre los más importantes. El sector privado que gestiona una actividad lucrativa generadora de una variable, que interactuando con amenazas externas puede producir una contingencia para la vida y salud de las personas, resulta especialmente responsable de los efectos por su mala gestión del trance.

De aquí que el Plan Nacional de Protección Civil de la ONEMI es uno más de los varios instrumentos de protección de las personas, bienes y ambiente en atención a riesgos colectivos, cualquiera sea su origen, natural o generado por la actividad humana[51].

Esta situación es en especial compleja en materia minera, cuyos procesos requieren de análisis predictivo de inestabilidad de los depósitos de relaves, tanto para la minería subterránea como para la de tajo abierto. En este campo es usual que exista un control integral por monitoreo, así como instrumentación de alta precisión que controle la inestabilidad en la faena.

En esta materia, las normas de responsabilidad no son del todo claras. En materia ambiental, el artículo 51,1,º de la Ley n.º 19300 consagra una responsabilidad general por la existencia de un daño ambiental en relación con el artículo 52.º de la misma ley[52]. No obstante, el artículo 55.º de la misma ley reduce la posibilidad de reclamar responsabilidad a una acción ordinaria civil en los casos en los cuales el daño provenga de causas no contempladas en un plan de prevención o de descontaminación aprobado por la autoridad. En este sentido, el plan de prevención o de descontaminación se convierte en una garantía de irresponsabilidad ambiental, quedando únicamente la vía civil para la reclamación de la correspondiente responsabilidad civil. Un plan de prevención o un plan de descontaminación son planes de manejo que no pueden eludir la responsabilidad ambiental del titular.

La técnica legislativa ya es confusa desde el momento en que el artículo 52.º, 1.º declara:

> "Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias".

La mala técnica legislativa da a entender que existe una presunción legal por infracción a planes de prevención o de descontaminación, en circunstancia de que el artículo 53.º establece:

> "cuando los responsables de fuentes emisoras sujetas a planes de prevención o descontaminación, o a regulaciones especiales para situacio-

[51] ONEMI (2002).

[52] Ley n.º 19300 (1994), artículo 52: "Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley".

> nes de emergencia, según corresponda, acreditaren estar dando íntegro y cabal cumplimiento a las obligaciones establecidas en tales planes o regulaciones, sólo cabrá la acción indemnizatoria ordinaria deducida por el personalmente afectado, a menos que el daño provenga de causas no contempladas en el respectivo plan, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior".

Es decir, el cumplimiento de un plan de prevención o de descontaminación exime de culpabilidad en la responsabilidad ambiental, por otro lado, el incumplimiento de un plan de prevención y descontaminación constituye una presunción legal de responsabilidad. Claramente los planes de prevención y descontaminación constituyen un régimen especial de responsabilidad ambiental. Por todo lo anterior, será deber primordial del titular prevenir todo daño o impacto antes de que este se produzca, de modo tal que el plan de prevención, manejo o descontaminación sean solo algunos de los variados instrumentos que acreditan que el titular está realizando actividades positivas de gestión del riesgo.

Por último, el sentido del instrumento plan de prevención y descontaminación ambiental ha variado desde el nacimiento del reglamento de la Ley n.° 19300 hasta la actualidad. En sus inicios, los planes de prevención y descontaminación estaban referidos a una empresa y a una actividad específica. En la actualidad se refieren políticas públicas más generales, de responsabilidad de uno o varios servicios públicos, con participación de pública y privada. Originalmente los planes de prevención y descontaminación eran aplicables a empresas y faenas específicas como CODELCO División Chuquicamata o ENAMI para la Fundición Hernan Videla Lira, empresas que formularon planes de descontaminación en la década de 1990[53]. En la actualidad, los planes de prevención y descontaminación atmosférica se dictan para la Región Metropolitana o comunas como Chillán y Chillán Viejo en la última década[54]. Estos planes son policéntricos y multifacéticos, tanto en destinatarios de normas como en organismos competentes.

5. *Impacto ambiental asociado a tranques de relaves*

La Ley General de Bases del Medio Ambiente, artículo 1.° reconoce:

> "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposi-

[53] *V. gr.* DS n.° 132 (1993); DS n.° (1995); DS n.° 252 (1993).
[54] *V. gr*. DS n.° 48 (2016); DS n.° 66 (2010).

ciones de esta ley, sin perjuicio de que otras normas legales establezcan soberanía sobre la materia".

El artículo 10.º de esta ley señala los proyectos susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, los que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Dentro de los señalados, en la *letra i* se encuentran los proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas. Incorpora: las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras, disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda.

Respecto a los proyectos de desarrollo minero, Francisco Ferrando señala cómo los depósitos de relaves y estériles están relacionados con importantes impactos ambientales, que de forma directa e indirecta causaron desastres en el ambiente biosférico[55]. Bajo la premisa anterior, Juan C. Cabello y Nelson Ramírez señalan que el impacto ambiental que produce un tranque de relaves es un problema crítico debido al aumento creciente de material procesado, exigiendo consecuentemente volúmenes de embalse cada vez mayores[56].

El procesamiento de minerales puede contaminar el agua, por residuos de alcantarillado, mal tratamiento de aguas, vertido de aceites, petróleo, combustibles diesel, etc. Actualmente los relaves son depositados en tanques sellados con material sintético[57]; sin embargo, los lugares donde están emplazados aún amenazan el abastecimiento de agua por filtraciones[58].

6. *Naturaleza de la responsabilidad por manejo de depósitos de relaves*

Desde la Declaración de Rio sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 más de ciento sesenta Estados suscribieron el principio de la responsabilidad ambiental[59]. América Latina experimentó el impulso de reformas constitucionales

[55] Ferrando (2003).

[56] Cabello (1985); Ramírez (2000).

[57] Calderón, Benavides, Carmona, Gálvez, Malebrán, Rodríguez, Sinclaire, y Urzúa, (2016), pp. 295-305.

[58] Carrasco (2014), pp. 247-258; Sepúlveda *et al.* (2015), pp. 185-206.

[59] Declaración de Río: "Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción". Naciones Unidas (1992).

que reconocían la "autonomía" del daño ambiental, consagrando la obligación de repararlo, junto a las demás sanciones administrativas y penales que procedieran, sin perjuicio de las indemnizaciones civiles a los personalmente afectados[60].

En Chile, la Ley n.º 19300 regula esta materia[61]. La responsabilidad más importante que asume el dueño o gestor de un depósito de relaves es de naturaleza ambiental. La responsabilidad civil complementa el principio de responsabilidad extracontractual sobre la base del principio de reparación integral del daño.

El surgimiento de una disciplina especial que tiene por objetivo proteger el ambiente es relativamente reciente en Chile, sin embargo, desde el derecho romano existen acciones civiles extracontractuales contra la pestilencia del aire, que buscaban cautelar la salubridad pública. El *Código Civil* chileno, las recoge prescribiendo desde 1857 en su artículo 937.º: "ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso". Por su parte, el artículo 2314.º del *Código Civil* señala: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización [...]"[62].

A partir de la normativa general sobe responsabilidad establecida en el *Código Civil* nacieron regulaciones más específicas en consideración al riesgo y al objeto de tutela[63]. Desde la década de 1980 el ambiente es considerado un bien jurídico protegido por la Constitución, evolucionando en su concepción desde una faz privada ligada a la propiedad hasta ser concebido hoy como un bien jurídico público colectivo de carácter difuso. Empero, en la actualidad y, no obstante, la Ley n.º 19300 la responsabilidad ambiental sigue reflejando en el artículo 51 inciso 2.º la supletoriedad de las normas del título XXXV del libro IV del *Código Civil*, sobre responsabilidad extracontractual.

---

[60] Argentina consagra la obligación de reparar el daño ambiental en el artículo 41 de la Constitución Nacional; Brasil en el artículo 225 números 2 y 3 de la Constitución y lo reitera en el artículo 4 inciso 7 y 14 de la Ley n.º 6938 (1981). Paraguay consagra este derecho en el artículo 8 de su Constitución. En Uruguay se deduce del artículo 47 de la Constitución y se explicita en el artículo 4 de la Ley n.º 16466 (1994), Bolivia aplica esta obligación en el artículo 102 de la Ley n.º 1333 (1992), consagra la acción civil ambiental y con más claridad en el artículo 108 del Reglamento de Gestión Ambiental. Finalmente, Chile consagra este derecho en los artículos 3 y 51 inciso 1 de la Ley n.º 19300 (1994).

[61] Ley n.º 19300 (1994), artículo 51 y ss., título III De la responsabilidad por daño ambiental, modificado en enero del año 2010, por la Ley n.° 20417.

[62] *Código Civil* chileno, artículo 2314: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

[63] Barros (1997).

En este sentido, y con Hernán Corral Talciani[64], es necesario ser cautos y no esperar de la responsabilidad civil resultados que requieren adaptación a las exigencias propias del bien jurídico tutelado, tal como ocurre en materia de daños al ambiente.

Por su parte, la garantía constitucional que resguarda "el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", establece: "es deber del Estado velar para que ese derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza"[65]. La normativa ambiental tiene por objetivo la protección de un bien público colectivo; con una faz pública que representa un interés de la sociedad y una faz privada en razón de las relaciones de vecindad privadas que imponen cargas y derechos privados. De aquí que las reglas de convivencia exijan una definición de los niveles de contaminación aceptables[66].

La protección del ambiente supone una ponderación relativa a los bienes afectados. La definición del nivel óptimo de protección ambiental es una de las tareas más delicadas en las sociedades contemporáneas, máxime cuando entra en juego el principio preventivo. Desde esta perspectiva, las actividades más dañinas están prohibidas; pero muchas otras son toleradas sin que por ello sean ilegítimas. La protección ambiental está ligada a un concepto general de bienestar que debe incluir el bien de las futuras generaciones.

En materia de criterios rectores del derecho ambiental, Enrique Barros Bourie reconoce principios del umbral y principios del equilibrio de bienes indicando:

> "según el primero, el problema jurídico no consiste en procurar que sean eliminadas por completo las turbaciones al medio ambiente, sino en definir los límites a partir de los cuales los daños son jurídicamente inaceptables. Según el segundo principio, toda decisión en materia ambiental debe ser ponderada en cuanto a sus externalidades, esto es, en cuanto a sus efectos negativos en la satisfacción de otros bienes"[67].

Por otra parte, el derecho ambiental como el derecho de la seguridad minera han sido predominantemente desarrollados por el derecho administrativo. Sus objetivos han buscado alcanzarse mediante regulaciones administrativas. Esto ha ocurrido porque el derecho ambiental define niveles de contaminación aceptados por la sociedad, fiscalizando su cumplimiento y determinando las

[64] Corral (2004); Vargas (2008), pp. 205-221.

[65] Articulo 19, n.° 8, Constitución Política de la República.

[66] Se ha definido al derecho ambiental como una "disciplina política dotada de un marco legal autónomo que intenta alcanzar niveles de contaminación razonables". Véase Banfi del Río (2004), pp. 19-70.

[67] Barros (2006), pp. 788-789.

consecuencias de la contravención en una lógica administrativista exclusiva. Son las normas supletorias de naturaleza civil las que ponen el énfasis en la reparación y la indemnización del daño. Es conveniente replantear la función de la responsabilidad ambiental en relación con el daño o impacto provenientes de riesgos mal gestionados[68].

Para la responsabilidad civil el fin del ordenamiento se agota en la definición de términos justos en una relación entre partes que son consideradas como iguales. Desde esta perspectiva, la prevención es común tanto en el derecho público como en el derecho privado porque opera como un conjunto de incentivos que orientan el comportamiento hacia fines socialmente deseables.

Respecto de la prevención de daños al ambiente, la función de la responsabilidad civil no se limita ni se agota a la reparación del daño privado sufrido a causa de un accidente ambiental. En general, tanto en Chile como en el derecho comparado el catalizador del desarrollo de la legislación ambiental ha sido el "accidente". En los hechos, el desarrollo del derecho de la responsabilidad civil por daño al ambiente y la responsabilidad civil por productos defectuosos se fundan en el intento de aplicar técnicas y conceptos jurídicos a los nuevos desafíos sociales, caracterizados por daños que están en la frontera del conocimiento. Esta es la situación que se reproduce en materia de gestión del riesgo de depósitos de relaves, materia que debe promover el incentivo preventivo tanto en el ejercicio de los derechos como también en la redistribución de la carga de los riesgos[69].

Conclusiones

1. Proyectos de gran inversión extranjera, entre los que se encuentran los proyectos mineros, constituyen fuente de desarrollo económico para países en vías de desarrollo cuyas estructuras normativas pueden adolecer de vacíos en normas sobre responsabilidad por riesgo creado.
2. La afectación a la salud por contaminación de la industria minera se considera una vulneración al derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de contaminación. Los elementos de la responsabilidad social corporativa de la industria extractiva deben, por lo tanto, considerar el manejo de pasivos ambientales mineros como un objetivo de la gestión integrada y como un elemento de la responsabilidad ju-

[68] Barros (2006), p. 790.
[69] Cane (2000).

rídica preventiva, de modo que se priorice la prevención antes que la remediación integral.

3. Los aluviones sufridos en la III Región de Atacama el año 2015 y los daños por inundación en una nueva catástrofe sufrida el año 2017 demostraron la importancia de que organismos públicos con competencias en la fiscalización de la actividad minera (en el caso chileno SERNAGEOMIN) actualicen periódicamente situación de los depósitos de relaves, a través de muestras en barros para verificar la presencia o no de material tóxico para la salud humana y contaminantes al ambiente. Todo lo anterior a objeto de identificar y actuar de forma preventiva bajo sanción de participar en la responsabilidad legal por omisión.
4. Problemas entre los servicios públicos relacionados con el área de la salud y los servicios públicos con competencia ambiental evidencian que la realización de estudios y análisis con muestreo del agua potable pueden arrojar conclusiones contradictorias, atendido los diferentes estándares para la determinación del riesgo.
5. La evidencia de emergencias ambientales en países en vías de desarrollo como Chile no tiene relación con la calificación ambiental del SEIA, en la medida que no exista responsabilidad *ex ante* por gestión del riesgo.
6. Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó con ocasión de los aluviones que afectaron a la III Región de Atacama, por los cuales se demandaron responsabilidades a la autoridad pública por escasa planificación del riesgo, demuestra que las acciones remediales de la catástrofe adoptadas por la autoridad fueron "acciones de eliminación de factores de riesgo". Existe, por tanto, confusión conceptual en los niveles de la responsabilidad jurídica. En el caso de los aluviones es evidente que la autoridad pública no es responsable por el evento natural, pero si puede llegar a serlo si se acredita que conociendo la amenaza y el riesgo no planificó o no gestionó condiciones para evitar los daños. De esta forma, podemos concluir que un aluvión es una amenaza ambiental, y que la falta o inadecuada gestión en un depósito de relave crea un riesgo ambiental para la población vulnerable. Tal riesgo forma parte de la responsabilidad y tiene dos protagonistas: el gestor del depósito de relaves y la autoridad pública según las competencias de cada uno en la planificación y gestión.
7. La clasificación de los riesgos ambientales y su categorización constituyen un aporte central en este trabajo. Se han visibilizado los tipos de riesgos a los que se encuentra expuesta una población vulnerable,

los que afectan tanto al gestor del depósito de relaves como de la autoridad pública. Si la autoridad pública no adopta medidas para proteger a la población vulnerable cercana a depósitos de relaves es responsable por omisión de la responsabilidad en el riesgo.

8. Los problemas de responsabilidad en la gestión integrada del riesgo se extienden tanto a: la construcción, gestión, control y mantención de estructuras riesgosas. En este caso, todas esas dimensiones se refieren a depósitos de relaves. La evaluación del riesgo debe considerar las siguientes variables: vulnerabilidad, amenaza, probabilidad, peligro, daño, impacto y planificación.

Bibliografía

Aedo, Paz y Larraín, Sara (2004): *Impactos ambientales en Chile: desafíos para la sustentabilidad*. Disponible en www.archivochile.com/Chile_actual/patag_sin_repre/03/chact_ hidroay-3%2000014.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

Astorga, Eduardo (2006): *Derecho ambiental chileno* (Santiago: Lexis Nexis).

Aquaterra Ingenieros Ltda. (2008): *Catastro e inspección preliminar de embalses región de Coquimbo*, vols. 1 y 2 (Santiago: Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, Unidad de Fiscalización).

Banfi del Río, Cristián (2004): "De la responsabilidad civil como instrumento de protección ambiental", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 2.

Barros Bourie, Enrique (1997): "Responsabilidad civil en materia del medio ambiente", *Congreso Internacional de Derecho Ambiental* (Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho).

Barros Bourie, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

BID (2000): *Revista del desastre al desarrollo sostenible: huracán Mitch en Centroamérica*. Disponible en www.desenredando.org/public/articulos/200/dvd(DyD2000_ mar_1_ 2002.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

Bolados García, Paola (2014a): "Los conflictos etnoambientales de Pampa Colorada y El Tatio en el Salar de Atacama, Norte de Chile: procesos étnicos en un contexto minero y turístico transnacional", *Estudios Atacameños*, n.° 48.

Bolados García, Paola (2014b): "Procesos transnacionales en el salar de Atacama-norte de Chile: Los impactos de la minería y el turismo en las comunidades indígenas atacameñas", *Intersecciones Antropol*, vol. 15, n.° 2.

Cabello, Juan C. (1985): *Tranques de relave y su impacto ambiental. Taller para especialistas sobre tranques de relave* (Santiago: Instituto de Ingenieros de Minas de Chile).

Calabrán Toro, Rodrigo (2009): *Evaluación del riesgo ambiental del tranque de relave Las Tórtolas, ubicado en la comuna de Colina Región Metropolitana*. Memoria para optar al título profesional de Geógrafo (Santiago: Universidad de Chile).

Calderón, Matías; Benavides, Catalina; Carmona, Javier; Gálvez, Damián; Malebrán, Natalia; Rodríguez, Manuela; Sinclaire, Denise y Urzúa, José (2016): "Gran minería y localidades grícolas en el norte de Chile: Comparación exploratoria de tres casos", *Chungará (Arica)*, vol. .48, n.º 2.

Calderón, Cesar y Valdés, Jorge (2012): "Contenido de metales en sedimentos y organismos bentónicos de la bahía San Jorge, Antofagasta, Chile", *Revista de Biología Marina y Oceanografía*, vol. 47, n.º 1.

Campos Santelices, Armando (2010): *Violencia social, contribuciones teóricas y metodológicas para su investigación y prevención* (San José, Costa Rica: EUNED-ILANUD).

Cane, Peter (2000): "Indemnización por daños medioambientales", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 53, n.º 3.

Carrasco Moraga, Anita (2014): "Entre dos aguas: identidad moral en la relación entre corporaciones mineras y la comunidad indígena de Toconce en el Desierto de Atacama", *Chungará*, vol. 46, n.º 2.

Carrasco Moraga, Anita y Fernández, Eduardo (2009): "Estrategias de resistencia indígena frente al desarrollo minero: La comunidad de Likantatay ante un posible traslado forzoso", *Estudios Atacameños*, n.º 38: pp. 75-92.

CORPROA (2015): "Investigadores de la UDA realizan cartografía de riesgos geológicos en Chañaral". Disponible en www.semanario7dias.cl/index.php/2016/06/06/investigadores-de-la-uda-realizan-cartografia-de-riesgos-geologicos-en-chanaral/ [fecha de consulta 21 de abril de 2023].

Corral Talciani, Hernán (2004): *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por daño al medio ambiente* (Santiago: LexisNexis).

Costa Cordella, Ezio (2003): "La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile", *Revista Justicia Ambiental*, n.º 1: pp. 201.

Chanampa Dessi, Francesca (2015): *La responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental causado por tranques de relaves en la región de Atacama*. Tesis de Licenciatura (Copiapó: Universidad de Atacama, Facultad de Ciencias Jurídicas).

Chávez T., Carlos; Castro L., Javier; Díaz-Barriga M., Fernando; Monroy F, Marcos (2011): "Modelo conceptual de riesgo ambiental por arsénico y plomo en el distrito Minero de Santa María de La Paz, San Luis Potosí, México", *e-Gnosis*, vol. 9.

ELAW (2010): "Capítulo I. Vista general de la actividad minera y sus impactos", *Mining EIA Guidebook*. Disponible en www.elaw.org/files/mining-eia-guidebook/Capitulo% 201.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2021].

Ferrando, Francisco (2003): "En torno a los desastres naturales: tipología, conceptos y reflexiones", *Boletín del Instituto de la Vivienda*, vol. 18, n.º 047. Disponible en

http:// redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/258/25804703.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

Fuenzalida, Manuel y Quiroz, Rodolfo (2012): "La dimensión espacial de los conflictos ambientales en Chile", *Polis*, vol. 11, n.º 31: pp. 157-168.

Frederiksen, Thomas (2018): "Corporate social responsibility, risk and development in the mining industry, *Resources Policy,* vol. 59: pp. 495-505.

Guzmán, Rodrigo (2012): *Derecho ambiental chileno* (Santiago: Planeta Sostenible).

Hervé, Dominique (2003): "La regulación de la responsabilidad por daño a la biodiversidad. Iniciativas en el marco de la convención y su protocolo de biodiversidad", en Figueroa, Eugenio y Simonetti, Javier (eds.): *Biodiversidad y globalización. Oportunidades y desafíos para la sociedad chilena* (Santiago: Editorial Universitaria) pp. 117-137.

Issabayeva, Murat & Rizvanoghlub, Islam (2019): "Optimal choice between local content requirement and fiscal policy in extractive industries: A theoretical analysis", *Resources Policy*, vol. 60: pp. 1-8.

Karakaya, Emrah & Nuur, Cali (2018): "Social sciences and the mining sector: Some insights into recent research T trends". *Resources Policy,* vol. 58: pp. 257-267.

Lavell, Allan (2000): "Desastres y desarrollo: hacia un entendimiento de las formas de construcción social de un desastre. El caso de Mitch en Centroamérica" en *BID. Revista del desastre al desarrollo sostenible: huracán Mitch en Centroamérica*. Disponible en www.desenredando.org/public/articulos/200/dvd(DyD2 000_ mar_ 1_2002.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

León-Lobos, Pedro; Ginocchio, Rosanna y Baker, Alan J.M. (2011): *Fitoestabilización de depósitos de relaves en Chile, guía n.° 3: Flora y vegetación asociadas a relaves mineros abandonados* (Melbourne: Instituto de Investigaciones Agropecuarias, Centro de Investigación Minera y Metalúrgica).

Lira, Luís Enrique (1994): *Evolución de la gestión ambiental en la minería: La experiencia del proyecto "La Candelaria"*. Memoria para optar al título profesional de Geógrafo (Santiago: Universidad de Chile).

López Meza, María Isabel y Vidal Gutiérrez, Claudia (2012): "Paisaje patrimonial y riesgo ambiental: reocupación cultural y turística del espacio postminero en Lota, Chile", *Revista de Geografía norte Grande*, n.º 52. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php ?script=sci_arttext&pid=S0718-34022012000200009&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta 21 de abril de 2023].

Lucas Garín, Andrea (2005): "Chile y el medio ambiente: notas en los ámbitos internos e internacional", *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, vol. 38, n.º 150.

Lucas Garín, Andrea (2006): "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: su recepción en la Constitución chilena reformada", *XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Santiago: Universidad de Chile).

Mancinia, Lucia y Sala, Serenella (2018): "Social impact assessment in the mining sector: Review and comparison of indicators frameworks", *Resources Policy,* vol. 57: pp. 98-111.

Mardones, María y Vidal, Claudia (2001): "La zonificación y evaluación de los riesgos naturales de tipo geomorfológico: un instrumento para la planificación urbana en la ciudad de Concepción", *EURE*, vol. 27, n.º 81. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-71612001008100006&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta 21 de abril de 2023].

Mesa, Claudia; Alfonso, Pura; Monterde, Eva y Costa, Marc (2010): "Cooperación en el campo de la pequeña minería en Sudamérica: El papel de las ONGs", *Boletín Sociedad Geológica Mexicana*, vol. 62, n.º 1: pp. 109-122.

Morales, Héctor y Azocar, Rodrigo (2016): "Minería y relaciones interétnicas en Atacama", *Estudios Atacameños*, n.º 52: pp. 113-127.

Ortlieb, Luc (1995): "Eventos El Niño y episodios lluviosos en el desierto de Atacama: el registro de los dos últimos siglos", *Bulletin de l'Institut Français d'Etudes Andines*, vol. 24, n.º 3: pp. 519-537.

Peña Chacón, Mario (2005): "La nueva directiva comunitaria sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales y su relación con los regímenes latinoamericanos de responsabilidad ambiental", *Revista Electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente y Derecho*, n.º. 12-13. Disponible en http:// huespedes.cica.es/gimadus/12-13/RESPONSABILIDAD.htm [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

Peña Chacón, Mario (2014): "Daño, responsabilidad y reparación ambiental en la jurisprudencia costarricense", *Revista Judicial Costa Rica*, n.º 111.

Prudencio, Lorena (2002): *Metodología para la estimación de riesgos ambientales y sociales asociados a los tranques de relave y su área de influencia*. Tesis para optar al título de Ingeniero Civil en Geografía (Santiago: Universidad de Santiago de Chile).

Ramírez, Nelson (2000): "Aspectos técnicos de depósitos de relaves y consideraciones básicas de la ley 19.300 del medio ambiente", *Curso nacional para peritos mensuradores* (La Serena: SERNAGEOMIN).

Renner, Sven y Ponce, Roberto (2004): *Bases para la remediación de pasivos ambientales mineros: conceptos y avances del proyecto*, año 1, n.º 2: pp. 95-99.

Riesco, Vladimir (2006): "Presencia y eficiencia de los principios precautorio y preventivo en el SEIA chileno". *Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario*, Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental (Santiago: Universidad de Chile).

Salamanca, Marco; Camano, Andrés; Jara, Bibiana & Rodríguez, Tatiana (2000): "Cu, Pb and Zn Distribution in nearshore waters in San Jorge Bay, Northern Chile", *Gayana*, vol. 64, n.º 2: pp. 195-204.

Sands, Philippe (2003): *Principles of International Environmental Law* (London: Cambridge University Press, Second edition) p. 246.

Sepúlveda, Doris (2012): *Invalidación sobreviniente El caso de la resolución de calificación ambiental* (Santiago: Legal Publishing).

Sepúlveda Rivera, Isabel; Molina Otárola, Raúl; Delgado-Serrano, María del Mar y Guerrero Ginel, José Emilio (2015): "Aguas, riego y cultivos: cambios y permanencias en los ayllus de San Pedro de Atacama", *Estudios Atacameños*, n.° 5.

Varela D. y Correa J. (2004): "Respuestas fotosintéticas en lessonia nigrescens (phaeophyta) expuesta a ambientes enriquecidos por cobre en el norte de Chile", en XLVII Reunión Anual de la Sociedad de Biología de Chile. *Biological Research*, vol. 37, n.° 4: pp. R5-R113. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext &pid= S0716-976 02004000500009&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

Vargas, Tatiana (2008): "La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal", *Cuadernos de Extensión Jurídica*, n.° 15 (Santiago: Universidad de los Andes).

Vergara, Angela (2011): " 'Cuando el río suena, piedras trae': relaves de cobre en la bahía de Chañaral, 1938-1990, *Cuadernos de Historia*, n.° 35: pp. 135-151.

Vargas, Gabriel; Ortlieb, Luc y Rutllant, José (2000): "Aluviones históricos en Antofagasta y su relación con eventos El Niño/Oscilación del Sur", *Revista Geológica de Chile*, vol. 27, n.° 2: pp. 157-176.

Documentación citada

XLVII Reunión Anual de la Sociedad de Biología de Chile (2004). Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-97602004000500009&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: 21 de abril del 2023].

Banco Central de Chile (2015a.): *PIB y porcentaje de la actividad minera, período 2008-2014* (Santiago: Banco Central).

Banco Central de Chile (2015b.): *Cuentas nacionales de Chile. PIB regional 2015*. Disponible en file:///Users/Pia/Desktop/CCNN_PIB_regional2015.pdf [fecha de consulta: 21 de abril 2023].

Banco Central de Chile (2016a): *Índice de Producción Industrial IPI, periodo 1990-2016* (Santiago: Banco Central).

Banco Central de Chile (2016b): *Precio materias primas. Periodo 2001-2016*. Disponible en http://si3.bcentral.cl/setgraficos/# [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

Biblioteca del Congreso Nacional (1994): *Historia de la ley 19.300* (Valparaíso: BCN): pp. 14 y 51 y ss.

CONICYT (2015): Programa Explora Atacama. Disponible en http://regiones.explora.cl/ataca ma/noticias-atacama/6148-destacado-doctor-en-toxicologia-ambiental-analizo-los-resul tados-de-los-estudios-en-los-suelos-de-atacama

NACIONES UNIDAS (1992): *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992*. Disponible en www.un.org/ esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

ONEMI (2002): *Plan nacional de protección civil*. Disponible en www.onemi.cl/ images/onemi/archivos/decretoplannacionalprotcivil.pdf [fecha de consulta: 21 de abril del 2023].

SEREMI DE SALUD ATACAMA (2010): "Estudio de contaminantes plomo y arsénico población de Chañaral comparados con Caldera", *Informe Proyecto de Investigación*. Disponible en http://info.seremisaludatacama.cl/documents/Estudios-InformesSeremiSalud Atacama/ESTUDIO%20DE%20CONTAMINANTES%20PLOMO%20Y%20ARS%C3%89NICO%20EN%20LA%20POBLACI%C3%93N%20DE%20CHA%C3%91ARAL%20 COMPARADOS%20CON%20CALDERA.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

SERNAGEOMIN (1990): *Levantamiento catastral de los tranques de relaves en Chile: Etapa* C, *regiones II y III*, vol. 4, tomo 7, informe inédito (Santiago: INYGE).

SERNAGEOMIN (2014a.): *Atlas de faenas mineras, mapas y estadísticas de faenas mineras de Chile, Regiones de Antofagasta y Atacama*, n.º 7. Disponible en www.sernageomin.cl/pdf/mineria/estadisticas/atlas/atlas_faenas%20Anfo_Atacama.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

SERNAGEOMIN (2014b.): *Guía metodológicas para la presentación de planes de cierre sometidos al procedimiento de aplicación general*. Resolución exenta 0598 de 28 de marzo del 2014. Disponible en www.sernageomin.cl/pdf/mineria/cierrefaena/06.GuiaPresentacionPAG.pdf [fecha de consulta: 21 de abril del 2023].

SERNAGEOMIN (2015a.): *Catastro de depósito de relaves*. Disponible en www.sernageo min.cl/pdf/mineria/seguridad/estudios/Catastro-depositos-relave-de-Chile-julio2015.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

SERNAGEOMIN (2015b.): "Actualización de la situación de los depósitos de relaves de las Regiones de Atacama y Coquimbo al 26 de marzo de 2015". *Informe de Relaves*, n.º 3. Disponible en www.sernageomin.cl/pdf/mineria/relaves/Informe-relaves-n3.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

SERNAGEOMIN (2015c.): "Afectación de lluvias y aluviones en Zona Norte del país". *Informe de Relaves* n.º 2. Disponible en www.sernageomin.cl/archivos/Informe%20N% C2%B02%20Por%20Afectaci%C3%B3n%20de%20Lluvias%20y%20Aluviones%20en%20Zona%20Norte.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

SERNAGEOMIN (2015d.): *Guía metodológica para la estabilidad química de faenas e instalaciones mineras*. Disponible en www.sernageomin.cl/pdf/mineria/cierrefaena/GuiaMetodologicaQuimica.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

SERNAGEOMIN (2015e.): *Registro de principales desastres en Chile desde*. Disponible en www.sernageomin.cl/pdf/presentaciones-geo/Primer-Catastro-Nacional-Desastres-Naturales.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

SERNAGEOMIN (2015f.): "2do. Informe Afectación de Lluvias Aluvion Zona Norte". Disponible en www.sernageomin.cl/archivos/Informe%20N%C2%B02%20Por%20Afecta ci%C3%B3n%20de%20Lluvias%20y%20Aluviones%20en%20Zona%20Norte.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2023].

SERNAGEOMIN (2017): *Mapas de distribución de Relaves. Regiones I-XV*. Disponible en www.sernageomin.cl/mineria-relaves.php [fecha de consulta: 21 de abril 2023].

Normas citadas

Constitución Nacional de la República Argentina, 22 de agosto de 1994.

Constitución de la República Federativa de Brasil, 5 de octubre de 1988.

Constitución Nacional de la República del Paraguay, 20 de junio de 1992.

Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967, 31 de octubre de 2004.

Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa. Sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

DS n.° 18, 16 de abril de 997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. CONAMA, declara zona saturada por anhídrido sulfuroso y material particulado respirable al área que indica.

DS n.° 48, 28 de marzo de 2016, del Ministerio del Medio Ambiente, establece Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para las Comunas de Chillán y Chillán Viejo.

DS n.° 66, 16 de abril de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, revisa, Reformula y Actualiza Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana.

DS n.° 72, 1985, del Ministerio de Minería. Establece Reglamento de Seguridad Minera. Ultima modificación mediante

DS n.° 132, 9 de julio de 1993, del Ministerio de Minería, Aprueba Plan de Descontaminacion de la División Chuquicamata de Codelco-Chile.

DS n.° 132, 7 de febrero de 2004, del Ministerio de Minería. Establece Reglamento de Seguridad Minera.

DS n.° 180, 9 de enero de 1995, del Ministerio de Minería, que aprueba Plan de Descontaminación de la Fundición Hernan Videla Lira de ENAMI.

DS n.° 248, 11 de abril de 2007, del Ministerio de Minería, Reglamento para la aprobación de proyectos de diseño, construcción, operación y cierre de los depósitos de relaves.

DS n.° 252, 2 de marzo de 1993, del Ministerio de Minería, aprueba Plan de Descontaminación del Complejo Industrial Las Ventanas propuesto conjuntamente por la Empresa Nacional de Minería, Fundición y Refinería Las Ventanas y La Planta Termoeléctrica de Chilgener S.A.

Ley n.º 6938, Brasil, dispone sobre la política nacional del medio ambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación, 31 de agosto de 1981.

Ley n.º 1333, Bolivia, Ley del Medioambiente, 27 de abril de 1992.

Ley n.º 16466, Uruguay, establece régimen de evaluación de impacto ambiental, 14 de enero de 1994.

Ley n.° 20417, crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 26 de enero de 2010. Ultima modificación 28 de junio de 2012).

Ley n.° 19300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 9 de marzo de 1994 (última modificación 1 de junio de 2016, por modificación de la Ley n.º 20920 sobre establecer marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje).

Ley n.º 20551, regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras, 11 de noviembre de 2011. Entró en vigencia el 11 de noviembre de 2012, el mismo año fue publicado su Reglamento. Última modificación 14 de marzo de 2015.

Ley n.º 20920, sobre establecer marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje, 1 de junio de 2016.

DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS: ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN CASO VERA ROJAS Y OTROS VS. CHILE

HUMAN RIGHTS AND BUSINESS: SPECIAL REFERENCE TO THE JUDGMENT OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CASE OF VERA ROJAS AND OTHERS VS. CHILE

María Lorena Rossel Castagneto[*]

Resumen: El presente trabajo analiza el fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos, denominado caso Vera Rojas y otros vs. Chile, que condena a Chile por vulnerar derechos contenidos en la Convención Americana en contra de Martina Vera Rojas y su familia.

El fallo que se comentará establece la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, en especial, cuando las empresas se encargan de la realización y concreción de dichos derechos, como el derecho a la salud y la responsabilidad del Estado de Chile de regular y fiscalizar estas empresas, de modo de evitar que la acción de privados lesione o ponga en peligro la realización del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, como en el caso de Martina Vera Rojas y su familia.

Palabras claves: derechos humanos, empresas, derecho de niños y niñas con discapacidad.

Abstract: This paper analyzes the ruling of the Inter-American Court of Human Rights, called the Vera Rojas *et al.* vs. Chile case, which condemns Chile

[*] Abogada. Doctora en Derecho. Académica investigadora, Facultad de Derecho, Universidad de las Américas, Chile. Correo electrónico: mrossel@udla.cl

for violating rights contained in the American Convention against Martina Vera Rojas and her family.

The ruling that will be analyzed also establishes the obligation of companies to respect human rights, especially when they are in charge of the realization and concretion of essential rights, such as the right to health and the responsibility of the Chilean state to regulate and supervise these companies, in order to prevent private action from harming or endangering the realization of the right to health and the right to social security, as in the case of Martina Vera Rojas and her family.

Keywords: human rights, companies, rights of children with disabilities.

Introducción

La Constitución chilena reconoce a todas las personas el derecho a la protección de la salud y el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo, sin embargo, la reciente condena a Chile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos da cuenta de la necesidad del Estado de revisar las normas internas que dan efectividad a estos derechos.

Chile cuenta con un sistema mixto de salud, en parte cubierto por el Estado a través de FONASA y, en parte, cubierto por aseguradoras privadas, instituciones de salud previsional o ISAPRES. De tal manera, las personas pueden escoger libremente el sistema de salud, personas que sufren enfermedades crónicas o catastróficas suelen preferir el sistema privado en cuanto este le ofrece una mejor cobertura, en centros privados de salud, gracias a seguros complementarios o cobertura adicional para enfermedades catastróficas CAEC. A todo ello es importante tener presente que Chile es uno de los países de la OCDE que menos invierte en salud (7,7 % de su PIB, contando con 2,2 camas por cada mil habitantes, mientras que las recomendaciones de la OCDE es que los Estados inviertan al menos 9,3 % del PIB y cuenten con al menos 4,9 camas por cada mil habitantes), por lo que las personas que requieren prestaciones de salud permanente por lo motivos antes indicados optan por el sistema de salud privado.

En Chile solo en un año pueden recibir hospitalización domiciliaria más de tres mil[1] personas, de las cuales el 60 % son adultos y el 40 % son niños. Si bien la hospitalización domiciliaria es una alternativa viable y efectiva fren-

[1] Rojas-Goldsack *et al*. (2023), pp. 532-533.

te a la escasez de camas, y como posibilidad para mejorar la atención y la calidad de vida e intimidad y bienestar de las personas que necesitan cuidados especiales, las ISAPRES pueden rechazar esta alternativa en virtud de las facultades que le otorga la normativa chilena.

En un caso reciente (Vera Rojas y familia vs. Chile), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) condenó a Chile (caso Vera Rojas y familia vs. Chile), ya que consideró que Chile había vulnerado la Convención Americana, en especial, el derecho a la vida, vida digna, integridad personal, niñez, la salud y la seguridad social, entre otros.

Este fallo constituye un gran avance en la realización de los derechos sociales, pero también, en constatar las obligaciones del Estado de fiscalizar a las empresas privadas que deben prestar esta cobertura como, asimismo, las obligaciones de las empresas de respetar los derechos fundamentales de las personas, sobre todo cuando su labor incida en ámbitos tan esenciales como el derecho a la salud y a la seguridad social.

En el presente artículo se analizará el fallo y las consecuencias que acarrea para la realización de estos derechos, en particular para las empresas que realizan una función social en el ámbito de la salud y la seguridad social.

I. Empresas y derechos humanos

Tradicionalmente el derecho internacional ha sido un ámbito reservado a los Estados, como sujetos primarios y plenos de derechos internacional, cada vez adopta más fuerza la idea de que los derechos fundamentales también constituyen obligaciones para entes no estatales, organizaciones no gubernamentales y empresas[2]. Estas últimas, las empresas, pueden ejercer un impacto en la realización de derechos fundamentales y, en ese sentido, desde hace más de una década organizaciones internacionales han aportado lineamientos y declaraciones internacionales, que imponen obligaciones concretas a las empresas en este ámbito.

Las Directrices Generales para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y Principios Rectores sobre Empresas y Derechos humanos de las Naciones Unidas (ONU), reflexionan sobre el papel de la empresas en la realización de los derechos fundamentales, y ofrecen orientaciones de política social a los Estados.

[2] Bilchitz (2010), pp. 209-2010.

En 2005, la Comisión de Derechos humanos de las Naciones Unidas, pidió al secretario general que designara un representante sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, por un periodo inicial de dos años, que luego fue extendido y que dio como resultado la elaboración de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, Principios rectores), que aporta una normativa internacional para prevenir y abordar las repercusiones negativas sobre los derechos fundamentales que pueden tener las actividades empresariales[3].

Como señala este instrumento, que se aplica a los Estados, empresas transnacionales y empresas en general, los principios rectores se basan en tres pilares: el deber de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y libertades fundamentales; el papel de las empresas como órganos especializados que deben respetar las leyes y los derechos fundamentales y el acceso a mecanismos de reparación.

En un comienzo se interpretaron estos lineamientos como las obligaciones de las empresas de respetar los derechos humanos, sin embargo, cada vez adopta más fuerza la idea de que las empresas no solo tienen obligaciones negativas, sino que tienen obligaciones concretas en el ámbito de la protección e, incluso, en la realización de los derechos fundamentales.

En el contexto interamericano, cabe mencionar el Informe Empresas y Derechos Humanos: estándares interamericanos, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2019 y que impone a los Estados la obligación de diligencia debida en lo relativo a los derechos esenciales y empresas, en el sentido de contar con mecanismos de prevención, fiscalización, supervisión y monitoreo de dichos derechos en el marco de actividades empresariales, entre otros. Si bien este instrumento tiene el carácter de recomendaciones a los Estados en ámbito de empresas y derechos humanos, la Corte IDH ha impuesto obligaciones a los Estados, relacionando estos instrumentos de *soft low* con instrumentos vinculantes como la Convención Americana.

En este sentido la Corte IDH resolvió en caso de los buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, sentencia de 31 de agosto de 2021, que los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos que pudieran provocar las empresas privadas, de manera de prevenir dichas violaciones, investigarlas, castigarlas y reparar a las víctimas de tales violaciones. Dichas obligaciones de garantía y deber de adoptar disposiciones de carácter interno, derivan de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Agrega la Corte que ello implica el deber de los Estados:

[3] Organización de Naciones Unidas (2023).

> "de adoptar medidas destinadas a que las empresas cuenten con: a) políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; b) procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y c) procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando estas afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad"[4].

Del mismo modo, señala que de conformidad al artículo 25 de la Convención Americana, los Estados tienen el deber de garantizar mecanismos judiciales o extrajudiciales, eficaces para remediar violaciones a los derechos humanos. De esta manera impone a los Estados la obligación de "eliminar las barreras legales y administrativas existentes que limiten el acceso a la justicia, y adopten aquellas destinadas a lograr su efectividad"[5].

A continuación, se analizará el reciente fallo de la Corte IDH que condena a Chile por no fiscalizar de manera adecuada a las empresas encargadas de otorgar hospitalización domiciliaria, lo que constituyó una violación a la Convención Americana y, en consecuencia, generó responsabilidad internacional para Chile.

II. Análisis del caso Vera Rojas y otros vs. Chile

1. Contexto del caso Vera Rojas vs. Chile, octubre de 2021

Cuando el caso fue elevado ante la Corte, Martina Vera Rojas, una niña que padece el síndrome de Leigh –patología mitocondrial y neurodegenerativa que produce una pérdida aguda de habilidades psicomotoras– se le había negado hospitalización domiciliaria por parte de la ISAPRE, ante lo cual su familia había interpuesto varias acciones para lograr dicha cobertura. Como señala el fallo, debido a su enfermedad –afectación multisistémica–, Martina tiene afectadas sus capacidades cognitivas, sus funciones motoras, sus extremidades se ven atrofiadas, tiene rigidez auditiva y escasa capacidad auditiva y de contacto social, entre otras afectaciones a sus capacidades físicas y mentales, incluidos episodios de epilepsia. Debido a ello, ha requerido de una constante atención médica multidisciplinaria y una terapia de rehabilitación. Estos tratamientos, aunque

[4] Corte IDH (2021), par. 49.
[5] *Op. cit.*, par. 50.

no sean curativos, permiten prolongar la vida de Martina, retrasando el proceso degenerativo de la enfermedad.

En este escenario, los padres de Martina contrataron un seguro de salud con una cobertura especial para enfermedades catastróficas, por lo que pudo ser sometida a un régimen de hospitalización domiciliaria desde el 28 de noviembre de 2007, que le permitiera tener la atención médica para su enfermedad. Sin embargo, en 2010, la ISAPRE comunicó que, a partir de la nueva normativa, no seguiría cubriendo la hospitalización domiciliaria. Asimismo, se le informó que, en caso de que experimentara complicaciones médicas que requieran internación hospitalaria, estas serían atendidas en el hospital de Arica. Sin embargo, los centros de salud de Arica, no ofrecían las condiciones necesarias para que pudiera ser atendida, lo que obligaba a la familia a trasladarse grandes distancias para poder optar a dicha atención.

Ante esa comunicación, el padre de la niña presentó un reclamo en la Superintendencia de Salud, la cual envió los antecedentes a la ISAPRE, la que, a su vez, negó el reclamo. La familia de Martina presentó un recurso de protección, que fue resuelto en última instancia por la Corte Suprema de Justicia, rechazando el mismo. En razón de esta decisión, los padres, a través de un fondo de la empresa donde trabajaba Ramiro Vera, cubrieron el costo de la hospitalización domiciliaria.

A pesar de que la Superintendencia de Salud, mediante resolución de 27 de agosto de 2012 ordenó el restablecimiento del régimen de hospitalización domiciliaria para la niña, durante todo el tiempo en que se otorgó la cobertura los padres interpusieron varios reclamos en contra la ISAPRE, ya que los trabajadores de la empresa encargada de brindar el servicio de salud no se encontraban disponibles y los insumos mensuales para la atención de Martina se retrasan, además, la inconformidad respecto de la ausencia de visita de un fonoaudiólogo orientado a deglución, o la denuncia respecto de la falta de medicamentos, la existencia de ventiladores sin manutención, la falta de comunicación con la empresa a cargo o la falta de especialistas. Asimismo, el padre de Martina denunció ante la Comisión Interamericana una comunicación de la ISAPRE en que le informaba que "la Isapre está facultada para evaluar periódicamente el cumplimiento de las condiciones que ameritan la hospitalización domiciliaria", lo que generaba en la familia sensación de inseguridad y temor a que la cobertura le fuera rechazada de nuevo.

Frente a todos estos antecedentes, la Corte IDH debió resolver si el Estado incumplió su obligación de garantizar el derecho a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social y prohibición de discriminación de Martina Vera Rojas. La Corte también analizó si en particular el Estado incumplió su deber de regulación y fiscalización de los servicios de salud, respecto de la ISAPRE.

En el presente artículo solo se analizará la responsabilidad de las empresas en la realización de los derechos fundamentales.

3. *Derechos involucrados en caso Vera Rojas y Familia vs. Chile*

La Corte IDH en el presente caso debió determinar una serie de derechos que están relacionados con el caso de Martina como, asimismo, reflexiona sobre el deber del Estado en el reconocimiento, protección y garantía del derecho a la vida, a la salud, a la rehabilitación, derechos de la niñez, pero además de regular, fiscalizar y supervisar los servicios que prestan las aseguradoras privadas y consecuencialmente de estas, en la realización de esos derechos. A continuación, se identificarán los estándares internacionales determinados por la Corte en este fallo.

1. La obligación del Estado de regular, fiscalizar y supervisar los servicios de las aseguradoras privadas

Como ha señalado la Corte en reiterados fallos, la primera obligación de los Estados parte que emana del articulo 1.1 de la Convención Americana es la de "respetar los derechos y libertades" consagradas en dicho instrumento. Pero el Estado tiene la obligación de

> "garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a todo individuo, sujeto a su jurisdicción y prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos".

Sin embargo, la Corte IDH reconoce que la responsabilidad del Estado respecto de las acciones de terceros no es una responsabilidad ilimitada, sino un asunto que debe ser determinado de acuerdo con las circunstancias del caso y la concreción de las obligaciones que el estado debe garantizar[6].

A continuación, la Corte enumera las obligaciones de las empresas en el marco de los "Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar' " destacando los tres pilares que contienen estas normas[7]:

I. El deber del Estado de proteger los derechos humanos
   - Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar

[6] Corte IDH (2021), par. 83.
[7] *Op. cit.*, par. 84.

esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

- Los Estados deben enunciar claramente qué se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.

II. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan;
b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso, cuando no hayan contribuido a generarlos.
    - La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.
    - Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:
        a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;

b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.

III. El acceso a mecanismos de reparación

Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.

De lo anterior se desprende que los Estados, en el marco de sus obligaciones internacionales, tienen el deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos provocadas por las empresas privadas, y en el caso que curran deben investigar, remediar, castigar y reparar dichas violaciones cuando ocurran (par. 85).

Del mismo modo expresa que para conseguir los fines propuestos los Estados deben adoptar medidas para que las empresas:

a) cuenten con políticas de protección de los derechos humanos;
b) procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violación a los derechos humanos;
c) procesos que permitan a las empresas reparar violaciones a derechos humanos que ocurran con ocasión de su labor, en especial cuando afecte a personas en situación de pobreza o grupos especialmente vulnerables.

En lo relativo a las empresas, señala que ellas son las primeras en tener un comportamiento responsable en las actividades que realizan por cuanto su actividad es indispensable en el respeto y vigencia de los derechos fundamentales. De este modo, las empresas deben adoptar medidas preventivas para la protección de los derechos humanos de sus trabajadores, así como aquellas que tengan repercusiones negativas en las comunidades en que se desarrollen o en el ambiente. Agrega que ello no implica una obligación de resultado, sino que realicen evaluaciones continuas respecto del riesgo que su actividad puede tener en los derechos humanos y adoptar medidas que mitiguen los riesgos causados por sus actividades, en consideración a sus recursos y posibilidades, así como mecanismos de rendición de cuentas respecto de los daños producidos. Indica que esas obligaciones deben ser adoptadas por las empresas, pero

regulada por el Estado, tal como lo había señalado en el caso Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) vs Honduras[8].

Las empresas que otorgan prestaciones de salud, en la medida que contribuyen a realizar derechos humanos cuya protección está a cargo del Estado, este tiene la obligación de regular y fiscalizar toda asistencia de salud prestada por estas entidades, en particular cuando lo que está en juego es el derecho a la vida y la integridad personal de los usuarios del sistema, de modo que, declara, que la obligación del Estado no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud[9].

La Corte recuerda que el Estado de Chile ha delegado la garantía del derecho a la salud en instituciones privadas, como las ISAPRES, las que pueden administrar cotizaciones obligatorias de salud, financiando con ello la prestación de salud y el pago de las licencias médicas. Por todo el Estado está obligado a regular y fiscalizar sus acciones, por cuanto las actividades que realizan estas entidades pueden implicar riesgos para la salud de las personas e, incluso, comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

> "Esto es así porque, en situaciones como la presente, la institución privada, aunque realice una función de aseguramiento, actúa en la esfera de un servicio de naturaleza pública, ejerciendo atribuciones inherentes al poder público, como lo es la atención a la salud"[10].

Asimismo, de conformidad al artículo 25 de la Convención Americana, los Estados deben garantizar la existencia de mecanismos judiciales o extrajudiciales eficaces para remediar las violaciones a los derechos humanos, en especial, tratándose de personas que pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad. En este sentido, los Estados deben eliminar las barreras administrativas y legales que limiten el acceso a la justicia por circunstancias culturales, sociales, físicas o financieras en especial si se trata de personas pertenecientes a colectivos vulnerables[11].

2. Derecho a la vida en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

Por otra parte, la Corte reconoce la obligación del Estado de regular y fiscalizar las servicios de salud, por cuanto el artículo 4 en relación con el artículo 1.1 de la de la Convención americana no solo implica para los Estados evitar que las personas sean privadas arbitrariamente de su vida (obligación negativa), sino la

[8] Corte IDH (2021), par. 88.
[9] *Op. cit.*, par. 89.
[10] *Op. cit.*, par. 92.
[11] *Op. cit.*, par. 87.

obligación adoptar todas las medidas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), como parte del deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas sus personas bajo su jurisdicción[12].

3. Derecho a la integridad personal en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

Del mismo modo la Corte determina en el fallo que la integridad personal se relaciona con la atención a la salud humana y que la falta de atención médica podría conllevar la vulneración del artículo 5.1 y supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de la regulación.

4. Derecho a la salud en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

La Corte expresa que de los distintos instrumentos que reconocen derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y que forman parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos imponen obligaciones de exigibilidad inmediata y obligaciones de carácter progresivo. Respecto de las primeras:

> "Los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y en general avanzar hacia la plena efectividad de los DESCA"[13].

Respecto de las obligaciones de carácter progresivo implica que los Estados partes tienen la obligación concreta de avanzar hacia la plena efectividad de dichos derechos, en la medida de sus recursos, por la vía legislativa o por cualquier otro medio apropiado, e impone la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados.

Luego de recordar que el derecho a la salud está reconocido en numerosos instrumentos internacionales tales como la Carta de la OEA, la Declaración Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y la propia Constitución chilena, señala que este derecho se traduce en el deber del Estado de asegurar el acceso de las personas al servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población y abarca, en consecuencia, la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios

[12] Corte IDH (2021), par. 93.
[13] *Op. cit.*, par. 96.

de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, teniendo en especial consideración al cuidado de los grupos vulnerables[14].

5. Derechos de las personas con discapacidad en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

La Corte interpreta el artículo 1.1 de la Convención Americana que prohíbe cualquier tipo de discriminación, e impone obligaciones al Estado a no disminuir o restringir de manera discriminatoria los derechos de una persona debido a su discapacidad.

Por su parte, la Corte expresa que de conformidad a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad que se refiere a las barreras o limitaciones que socialmente pueden impedir que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos de manera efectiva[15].

6. Derechos de la niñez y estándares específicos relativos al derecho a la vida, integridad personal, la salud, la niñez y las personas con discapacidad, en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

En distintos pronunciamientos y de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana el tribunal ha reafirmado el deber del Estado de promover medidas especiales de protección orientadas al principio del interés superior del niño, consagrado en el *corpus iuris* de derecho internacional de los derechos del niño y en particular en el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño. En lo relativo al derecho a la salud, y como lo ha señalado el Comité de Derechos del Niño, el principio del interés superior del niño implica para el Estado revisar el entorno normativo y enmendar las leyes y políticas públicas para garantizar este derecho y es responsable, incluso cuando delega su realización en agentes no estatales. Así, el Estado debe garantizar que las normas y actos estatales no afecte el derecho de los niños a gozar el más alto nivel de salud y acceso a tratamiento de enfermedades, y que este derecho no se vea afectado por la intervención de particulares[16].

En lo relativo a los estándares específicos, la Corte determina que los Estados tienen la obligación de garantizar:

- Los tratamientos de rehabilitación por discapacidad y los cuidados paliativos como servicios esenciales respecto de la salud infantil y de

[14] Corte IDH (2021), par. 97 y ss.
[15] *Op. cit.*, parrs. 101-102.
[16] *Op. cit.*, parrs. 103-108.

conformidad a los estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;

- Respecto de la accesibilidad, en la medida de lo posible los tratamientos de rehabilitación y cuidados paliativos, deben privilegiar la atención domiciliaria o en un lugar cercano al domicilio, con equipo interdisciplinario de apoyo al niño y a su familia;
- Respecto del acceso a la información, en relación con la accesibilidad en la atención de salud, los niños, su familia y cuidadores deben tener acceso a la información relacionada con enfermedades o discapacidades que sufran, incluidas causas, cuidados y pronósticos relativo al tratamiento del niño.

7. Derecho a la seguridad social en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

Respecto a la seguridad social, la Corte expresa que el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social están íntimamente relacionados e imponen a los Estados obligaciones que dicen relación con asegurar que las personas no sean sometidas a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura existente, ya sea que provengan del sector público o privado. Asimismo, este derecho requiere de la existencia de un sistema que se estructure y funcione bajo principios de disponibilidad y accesibilidad, que abarque la atención de salud y la discapacidad y que tenga un nivel suficiente en importe y duración[17].

La Corte pone énfasis en el hecho que este derecho está reconocido en una serie de tratados internacionales tales como, la Carta de la OEA, Convención Americana, Declaración Americana, Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, pero sobre todo en el hecho de que el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado por la Constitución chilena que en el artículo 19 número 18, señala:

> "la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social"[18].

4. Sentencia

En el presente fallo la Corte resolvió que el Estado de Chile es responsable por la violación de los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la

[17] Corte IDH (2021), par. 114.
[18] *Op. cit.*, par. 118.

niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidos en los artículos 4.1, 5.1, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Martina Vera Rojas.

También se declara que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación garantizar dicho derecho, consagrada en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Carolina Andrea del Pilar Rojas Farias y Ramiro Álvaro Vera Luza.

Por último, condena a Chile a una serie de medidas de reparación y satisfacción, tales como obligaciones del Estado relativas a garantizar tratamiento médico a Martina Vera Rojas y su familia, obligaciones de publicidad, que tienen relación con la publicación del fallo, obligaciones legislativas, que tienen relación con garantizar que la defensoría de la niñez participe en procesos judiciales en los que niños y niñas vean afectados sus derechos por las actuaciones de aseguradoras privadas, entre otras.

III. Obligaciones para la empresas en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

Luego de la dictación del fallo por parte de la CIDH cabe preguntarse cuáles son las obligaciones concretas de las empresas en lo relativo a la realización de derechos fundamentales. En efecto, durante las últimas décadas se ha avanzado hacia la determinación de ciertas obligaciones de las empresas y entes no estatales en lo relativo a los derechos fundamentales. Sin embargo, ello no significa que las empresas puedan substituir al Estado en la protección de los derechos fundamentales, pues es el Estado el primer ente encargado de su realización.

En el razonamiento de la Corte IDH, el deber de las empresas es de abstenerse de violar los derechos humanos y responder frente a las consecuencias negativas de sus actos. En este sentido la Corte exige a las empresas que eviten que sus actos provoquen la lesión de un de los derechos fundamentales de las personas, que, en caso de lesionarlos, reparen las consecuencias negativas de sus actos y que traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas de sus actos.

Del mismo modo, al examinar el caso de Martina y la responsabilidad de la empresa, la Corte toma en especial consideración el hecho de que Martina es una niña con discapacidad, la que la hace más vulnerable a sufrir la violación de sus derechos. La Corte en sus fallos ha considerado la especial situa-

ción de ciertos grupos o colectivos vulnerables, esto es, aquellos que están más expuestos a sufrir la lesión de sus derechos fundamentales, en atención a pertenecer a lo que la Corte denomina "categoría sospechosa" como ocurre con las niñas, niños, niñas y adolescentes con discapacidad, niños, niñas y adolescentes migrantes o pertenecientes a pueblos originarios o a colectivos LGBTIQ+, por mencionar algunos. En el caso Atala Riffo vs. Chile, por mencionar uno de los casos en los que la Corte ha utilizado el término de "categoría sospechosa", el tribunal ha llamado a los Estados a estar especialmente pendiente de estos colectivos, en el sentido de que:

> "la eventual restricción de sus derechos exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio"[19].

En el caso en estudio, la ISAPRE incumplió estas obligaciones, ya que al adoptar la decisión de excluir el régimen de hospitalización domiciliaria estaba poniendo en riesgo la salud, la integridad personal y la propia vida de Martina, y obligaba a su familia a continuar con un tratamiento médico en condiciones inadecuadas afectando las posibilidades de una existencia digna, tomando en consideración su condición de niña con discapacidad[20].

La Corte señala que la aseguradora conocía el riego que existía para Martina en caso de privarla de la hospitalización domiciliaria, por cuanto se había emitido un peritaje médico (Dr. Vargas) que concluía que la terapia de asistencia clínica en domicilio era fundamental para el bienestar de la menor. Del mismo modo, otro peritaje (Dr. Darrigrande) había determinado que en caso de privar a Martina de la hospitalización domiciliaria sus expectativas y condiciones de vida se verían seriamente deterioradas por cuanto la exponía a sufrir otras enfermedades. Estos antecedentes permiten concluir a la Corte que la acción de la seguradora de retirar el régimen de hospitalización domiciliaria ponía en peligro el requisito de accesibilidad de la atención de salud.

Del mismo modo, el tribunal expresa que el actuar de la ISAPRE pone en riesgo la aceptabilidad de los servicios de salud, por cuanto Martina se hubiera visto obligada a trasladarse para recibir tratamiento médico que requería, tomando en consideración la condición de niña con discapacidad, circunstancias que debieron hacer que la empresa priorizara sus derechos.

En este mismo sentido, la aseguradora también falta al principio de la calidad en la atención de salud, pues al negarle la hospitalización domiciliaria,

[19] Corte IDH (2012), par. 125.
[20] Corte IDH (2021), par. 130.

la familia se hubiera visto obligada a trasladarla a los centros de salud de Arica, los que no contaban con las condiciones adecuadas respecto de los cuidados paliativos y de rehabilitación que necesitaba, constituyendo un riesgo para la salud, la integridad y la propia vida de la niña[21].

Del mismo modo, la Corte entiende que la obligación del Estado respecto de las actividades de entes no estatales no es ilimitada, sino que debe determinarse de acuerdo con las circunstancias del caso y las obligaciones que el Estado ha asumido.

En este sentido la Corte decretó que el Estado de Chile había faltado al deber de regular y fiscalizar los servicios de las aseguradoras privadas, por cuanto la circular número 7, en la que se fundó la aseguradora para privar a Martina de la hospitalización domiciliaria, permitía la exclusión de las enfermedades crónicas, dándole a las aseguradoras un amplio margen de discrecionalidad respecto de las enfermedades calificadas como tales. La Corte precisó que la ambigüedad de la disposición plantea un problema de previsibilidad y claridad para los contratantes del CAEC (Cobertura Adicional Enfermedades Catastróficas). Pero la Corte va más allá al señalar que el establecimiento de este tipo de disposiciones tan amplias y ambiguas ponía en peligro para los derechos humanos, por cuanto, le entrega a las aseguradoras el poder de restringir el acceso a tratamientos médicos que podrían ser fundamentales para la salud, la integridad y la vida de las personas y, en especial, de niños y niñas con discapacidad que, como se señaló, son circunstancias que los hace especialmente vulnerables y dignos de una protección adicional[22].

Por lo anterior, la Corte expresa que este tipo de disposiciones –las de la circular número 7– eran arbitrarias respecto de los derechos a la salud, a la niñez, a la integridad personal y a la vida, por cuanto solo consideraban circunstancias relativas a la duración y progresión de la enfermedad, a pesar de que este tipo de enfermedades se encuentran cubiertas por una cobertura adicional que precisamente están previstos para gastos de atención médica de enfermedades graves y de alto costo necesaria para la salud. Por su parte, la referida circular no consideraba las necesidades de atención medica de personas con enfermedades graves como en el caso de Martina, que, en su condición de niña con discapacidad, requiere de una protección adicional[23].

También en el fallo la Corte detalla que el actuar del Estado, vulnera el derecho a la seguridad social, ya que los Estados están obligados a organizar su sistema de salud de tal modo de que todas las personas puedan acceder a servicios de salud adecuados, lo que incluye acceso a medidas preventivas y curativas y

[21] Corte IDH (2021), par. 132.
[22] *Op. cit.*, parrs. 125-126.
[23] *Op. cit.*, par. 127.

el apoyo suficiente a personas con discapacidad. La circular número 7 afectaba el derecho a la seguridad social, en cuanto permitía que la ISAPRE adoptara una decisión arbitraria y discriminatoria del acceso a la salud de Martina. Asimismo, tomando en consideración que la referida circular contenía una regresión de derechos, en relación con la circular anterior, que no contenía una cláusula de esa naturaleza. La Corte advierte que esto constituye una violación al artículo 26 de la Convención Americana, en cuanto la referida circular número 7 contenía la posibilidad de excluir enfermedades crónicas del régimen de hospitalización domiciliaria, lo que constituía una medida regresiva, contraria a las obligaciones del Estado en lo relativo a los derechos económicos sociales y culturales[24].

Por tanto, el Estado faltó a su deber de regular los servicios de salud, al dictar la circular número 7, que trajo como consecuencia la exclusión de la cobertura por parte de la aseguradora, poniendo en riego el derecho a la vida, a la vida digna, a la integridad personal, a la salud, a la niñez y la seguridad social de Martina en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno como, asimismo, obligaciones de desarrollo progresivo de dichos derechos, respecto de Martina.

Del mismo modo, la Corte estimó que la privación de estos derechos respecto de Martina dio lugar a un sufrimiento adicional a sus padres y a la familia de Martina como, asimismo, las omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, tomando en cuenta las gestiones realizadas para obtener justicia y la existencia de un estrecho vínculo familiar. Toda esta situación generó en el padre de la niña un cuadro crónico de ansiedad moderada y síntomas de estrés postraumático crónico y en la madre reacciones alérgicas y síntomas de estrés postraumático asociados a la privación de derechos sufrida. Así, la Corte consideró al Estado responsable de dicho sufrimiento adicional, lo que trajo como consecuencia que la Corte también estableciera una compensación respecto de la familia cercana de Martina.

Conclusión

La Constitución chilena y una serie de tratados internacionales ratificados por Chile consagran el derecho a la salud y a la seguridad social. Sin perjuicio de ello, en el reciente fallo Vera Rojas y familia vs. Chile la Corte IDH condenó a Chile por haber vulnerado estos derechos que forman parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Sin embargo, la importancia del

[24] Corte IDH (2021), parrs. 133-134.

fallo radica en el hecho de que la Corte atribuye la vulneración de estos derechos a las aseguradoras que, a pesar de tratarse de ~~son~~ entes privados, al contribuir a la realización de derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la seguridad social, asumen obligaciones que la Corte constató en el presente fallo.

La Corte pone de manifiesto que la responsabilidad del Estado por hechos de terceros no es ilimitada, en consideración a que debe determinarse caso a caso, plantea que el Estado al delegar la realización de los derechos humanos no se desliga de su obligación de cumplimiento, de manera que, frente a un acto violatorio de estos derechos, debe actuar y resolver el asunto en el derecho interno y reparar a las víctimas de tales violaciones.

Pero en el caso en comentario, es más grave la actitud del Estado de Chile por cuanto fue este el que promovió la vulneración de los derechos de Martina y su familia al dictar una normativa discriminatoria y arbitraria, que facultaba a las aseguradoras a privar a personas con enfermedades crónicas de hospitalización domiciliaria, lo que, en el caso de Martina, niña y en situación de discapacidad, constituía un grave peligro para su vida, niñez, salud y seguridad social.

En este sentido llama la atención la deficiente legislación chilena en materia de acciones protectoras de derechos fundamentales. En efecto, frente a la decisión de la ISAPRE, de privar a Martina del régimen de hospitalización domiciliaria, la familia recurrió a la acción de protección que, a pesar de que fue acogida en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Concepción, luego fue rechazada por la Corte Suprema, por considerar que la ISAPRE había actuado dentro del marco legal que regulaba esta materia, y que, en consecuencia, su actuar no había sido ilegal ni arbitrario, sin considerar el grave riesgo que significaba para la salud y la vida de la niña el privarla de este beneficio. Si bien la normativa vigente al momento de la dictación del fallo permitía a la ISAPRE limitar este beneficio a pacientes crónicos como Martina, la Corte Suprema debió razonar en torno a la vulneración de los derechos esenciales de la niña y advertir, como lo hizo la Corte de Apelaciones, que resolvió en primera instancia, que dicha normativa era contraria a la Constitución chilena y a los tratados internacionales que imponen obligaciones *erga omnes*. Así, al ponderar el derecho a la vida de Martina frente al derecho de la ISAPRE en la normativa vigente, debió primar el derecho a la vida de la niña. Cabe hacer presente en este punto que el derecho a la tutela judicial efectiva también es un derecho fundamental consagrado por la Convención Americana y, en este caso, resulta evidente que los mecanismos internos fueron insuficientes para proteger derechos tan esenciales.

Del mismo modo, la Corte considera indispensable la intervención de la Defensoría de la Niñez en procesos ante la superintendencia de salud, para garantizar el acceso a la justicia de niños y niñas. Esto pone de manifiesto la

necesidad de reforzar en Chile esta institución que vela la difusión promoción y protección de los derechos niños niñas y adolescentes en Chile, pero que cuenta con recursos humanos y financieros insuficientes para cumplir con tan importante labor.

Respecto de la empresas, si bien ellas no tienen la mismas obligaciones del Estado en la protección y promoción de los derechos fundamentales, la Corte concluyó, como lo había hecho con anterioridad en el caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, que las empresas tienen responsabilidades en materia de derechos humanos, que tienen relación con abstenerse de violar los derechos fundamentales de terceros y responder frente a las consecuencias negativas que dicha violación provocare.

Pero también la Corte considera que las empresas tienen obligaciones que se relacionan con prevenir o tratar de mitigar las consecuencias negativas de sus actos, lo que constituye un proceso de diligencia debida frente a las posibles violaciones a los derechos humanos relacionados con su actividad. Ello no implica una obligación de resultado, sino la necesidad de prever las consecuencias negativas que podrían tener sus acciones respecto de sus trabajadores o de terceros, lo que implica realizar evaluaciones continuas respecto de los riesgos de sus actividades respecto de los derechos fundamentales y adoptar medidas de mitigación eficaces y proporcionales como, asimismo, obligación de rendición de cuentas sobre los daños producidos. Todas estas actividades de la empresa deben ser reguladas y fiscalizadas por los Estados, en especial cuando se trata de empresas que se encargan de la realización y vigencia de los derechos fundamentales, como el derecho a la salud.

Bibliografía

Bilchitz, David (2010): *El marco Ruggie: ¿una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?* Disponible en www.Corteidh.or.cr/tablas/ r26672.pdf

Pazmino Freire, Patricio (2019): "El derecho a la salud y la especial protección de las personas con VIH. Desarrollo jurisprudencial y desafíos del acceso directo, progresividad y la reparación". Disponible en www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/MentalHealth/HIVConsultation/Panellists/Mr.PatricioPazmiñoFreire.pdf

Rojas-Goldsack, María Francisca; Lyng, Teresita; Aguilera, Ximena; Herrera, Javiera; Leiva, Juan Pablo & Mena, Viviana (2022): "Hospitalización domiciliaria: aspectos conceptuales y su aplicación en el Hospital Padre Hurtado, Santiago de Chile. Descripción de funcionamiento y su rol durante la primera ola de la pandemia COVID-19", *Revista médica de Chile*, vol. 150, n.º 4: pp. 532-540. Disponible en https://dx.doi.org/ 10.4067/S0034-98872022000400532

Normas

Constitución Política de la República de Chile.

Jurisprudencia

Corte IDH (2012): Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Disponible en https://Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Corte IDH (2021): Caso Vera Rojas y otros vs. Chile, sentencia de 1 de octubre de 2021 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Disponible en www.Corteidh.or. cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf

Corte IDH (2021): Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, sentencia de 31 de agosto de 2021. Disponible en www.Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf

Otras fuentes

Organización de Naciones Unidas (2023): "Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Disponible en www.ohchr.org/es/special-procedures/wg-business/special-representative-secretary-general-human-rights-and-transnational-corporations-and-other [fecha de consulta: 30 de abril de 2023].

IDENTIDAD DIGITAL: UNA HERRAMIENTA FUNDAMENTAL EN EL NUEVO ORDEN INTERNACIONAL

DIGITAL IDENTITY: A FUNDAMENTAL TOOL IN THE NEW INTERNATIONAL ORDER

María Francisca Labbé Figueroa[*]

Resumen: El orden económico mundial ha experimentado cambios relevantes durante los últimos cien años. En el siglo XXI, los avances tecnológicos tales como la inteligencia artificial y el metaverso han ido transformando el mundo desde lo real a lo virtual. En este contexto, la identidad digital, como una extensión de la identidad física, se ha vuelto una herramienta fundamental de interacción en la vida social, política y económica. Este artículo trata de la identidad digital y los desafíos que se presentan para Chile en este escenario, lo que representa un nuevo orden económico internacional.

Palabras claves: identidad legal, identificación, ClaveÚnica, metaverso, autenticación.

Abstract: The world economic order has experimented relevant changes during the last 100 years. In the 21st century, technological advances, such as artificial intelligence and the metaverse, have been transforming the world, from real to virtual. In this context, digital identity, as an extension of physical identity, has become a fundamental tool for interaction in social, political and economic life. This article addresses the digital identity and the challenges that are presented to Chile, in this scenario, which is a new international economic order.

[*] Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile. LLM en Derecho Internacional, Comercio y Arbitraje, Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile. Magíster en Dirección y Gestión Tributaria, Universidad Adolfo Ibáñez. Profesora investigadora, Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mlabbe@udd.cl

Keywords: digital identity, identification, ClaveÚnica, metaverse, authentication.

Introducción

La historia de la humanidad está marcada por momentos importantes, tales como: el Descubrimiento de América, la Revolución francesa, la Revolución industrial, la Primera y Segunda Guerra Mundial, la Crisis de 1929, la Guerra Fría, etc. Cada uno de estos hitos históricos representa momentos de cambios, en el que el péndulo político, social y económico se ha movido de un lado al otro.

Como es sabido, política y economía no son fenómenos estáticos, sino todo lo contrario. El dinamismo es una de las principales características de la sociedad, y es la base de toda construcción política y de todo sistema económico. Así, mientras que los ciclos económicos siguen su curso, el efecto péndulo se revela como inevitable, y las sociedades van cambiando y evolucionando de manera constante.

En este contexto, cabe recordar como comenzó el siglo xxi: un mundo muy globalizado, en el que el libre comercio representaba un papel importante. Con estas ideas, las economías tuvieron épocas más bien prósperas, y muchos países vivieron años de desarrollo y crecimiento. La estabilidad ya no era un sueño, sino que una realidad palpable.

En este escenario se va incubando una revolución digital, cuyo avance ha sido explosivo en los últimos quince-veinte años. Esta revolución se ha caracterizado por múltiples factores, entre los que se destacan la rapidez de los cambios y la cantidad, y calidad de los datos generados por el mundo digital.

De esta manera, y como nunca antes se había visto, hoy la humanidad se encuentra expuesta a gran cantidad de información, a avances tecnológicos, que son impresionantes tales como: *cloud computing*, inteligencia artificial (IA), *machine learning*, *big data*, robótica, internet de las cosas, por nombrar algunos de ellos.

Los avances tecnológicos producen cambios sociales y culturales, al mismo tiempo que generan convulsión en las economías. Por esto, países como Estados Unidos y Reino Unido, que han sido históricamente férreos defensores del libre comercio internacional, han comenzado a dudar de los beneficios de un sistema económico tan global. Esto ha llevado a que las doctrinas económicas propias de los siglos xix y xx pierdan terreno, por una parte. Por la otra, va ganando espacio una tendencia antiglobalización[1].

[1] Ramírez y Sarmiento (2020), pp. 155-156.

Mientras tanto, la Unión Europea sigue velando por un desarrollo más comunitario, con miras a la igualdad de oportunidades, en el contexto actual de rápida digitalización. Es así como en esta sociedad digital, aparecen derechos de nueva generación que los Estados están llamados a garantizar, entre los que se encuentra el derecho a la identidad digital[2].

En este sentido, en este artículo se analiza la importancia de la identidad digital en un mundo con tendencias como las indicadas en los párrafos anteriores. En específico, en lo que al mundo digital se refiere, se han identificado distintas áreas en las que se generan preocupaciones jurídicas relevantes en una época de profundos cambios, como la actual. Entre ellas destacan: propiedad intelectual[3] e industrial[4], responsabilidad civil[5], tributación[6], relaciones laborales[7], seguridad del usuario en línea, protección de datos, libre competencia, etcétera.

A pesar de que todas las áreas indicadas son trascendentales, el alcance de este artículo se limita a la identidad digital como mecanismo de identificación, y sus implicancias generales para el derecho chileno, y no pretende analizar tales áreas en particular.

Para cumplir con el propósito señalado, y teniendo en consideración la necesidad de contar con una identidad para el mundo en línea, que sea confiable tanto para el usuario como para quienes interactúan con él; en primer lugar, en este trabajo se analiza el concepto de identidad digital. Para ello, se recurre a la comparación, haciendo un símil entre la identidad física y la digital. A continuación, se presenta el estado de la materia en Chile, con foco en la introducción y desarrollo de la ClaveÚnica como principal herramienta de identidad digital. Para finalizar, se exponen los aspectos más relevantes del estudio, en el espacio destinado a las conclusiones.

I. Identidad digital

Hace algunos años, la posibilidad de que el ser humano creara un universo paralelo era bastante remota. Solo se vislumbraba en libros o películas futuristas. Hoy, en cambio, la posibilidad de que exista una realidad paralela ni siquiera sorprende. Esto es así porque en el mundo de la inteligencia artificial, de *machine learning* y de *blockchain*, mundos virtuales, como el metaverso, se han vuelto

[2] Álvarez (2022), p. 7.
[3] Véase García (2023), pp. 115-134.
[4] Véase *op. cit.*, pp. 61-80.
[5] Véase Álvarez y Carrasco (2023b), pp. 135-158.
[6] Véase Galilea y Álvarez (2023), pp. 159-170.
[7] Véase López (2023), pp. 27-44.

casi palpables. La sociedad ha experimentado una transformación cultural y social, gracias al entorno digital en el cual se desenvuelve[8].

Atrás ha quedado la enorme separación que, se creía, existía entre la vida real y la virtual[9]. Con el paso del tiempo, esta distancia se ha ido estrechando al punto tal que se espera que el metaverso sea una realidad dentro de los próximos diez a quince años[10]. Son estas situaciones las que hacen patente la necesidad de contar con sistema de identidad digital, que sea a la vez sólido y seguro.

Para entender la importancia de la identidad digital en el mundo actual, resulta relevante hacer referencia a lo que se ha llamado metaverso. Por una parte, este universo paralelo ha despertado el interés de juristas de todas partes del mundo. Por otra parte, es un entorno en el que la necesidad de un mecanismo de identidad digital resulta evidente. Aunque el concepto no es nuevo, la creación de expectativas en el sentido de que avance hasta ofrecer una realidad alternativa a la natural es algo más bien reciente[11].

Una definición adecuada es la que entrega Ainara Rentería, quien lo describe como:

> "un mundo virtual en 3D, en el que los distintos usuarios, mediante dispositivos de realidad virtual, interactúan entre sí, valiéndose de sus avatares, que son la representación gráfica de su identidad"[12].

Desde el punto de vista jurídico, es:

> "una infraestructura de red, que cursa respecto de sus contenidos como una plataforma, con una estructura dominical centralizada y una relación usuario-proveedor"[13].

Las relaciones jurídicas ocurren entre agentes artificiales que toman decisiones independientes, y que pertenecen a un mundo virtual deslocalizado.

En la actualidad, tanto para usuarios como para proveedores, lo que ocurre en el metaverso es una extensión de la realidad, aun cuando implica una economía con un alto grado de integración. De esta manera, si una determinada actuación en el metaverso tiene algún vínculo con mundo real, será aplicable la regulación del Estado en cuyo territorio se produzcan tales consecuencias. Lo que no es tan claro es qué ocurre con aquellas situaciones en las que el vínculo entre el metaverso y el mundo real no sea tan evidente.

---

[8] Fundación País Digital (2021), p. 90.
[9] Fernández (2012), p. 139.
[10] Consejo de la Unión Europea (2022), p. 7.
[11] Álvarez y Carrasco (2023a), pp. 15-16.
[12] Rentería (2023), p. 83.
[13] Álvarez y Carrasco (2023a), p. 16.

Es del caso hacer presente que los metaversos no deben confundirse con aquellas infraestructuras que operan con activos del mundo real y no del mundo virtual, aun cuando el intercambio se realice en plataformas digitales y el pago se haga mediante medios electrónicos o con criptomonedas. No obstante, y a pesar de que las relaciones jurídicas que se generan en tales casos pertenecen, sin duda, al mundo real, rigiéndose por sus normas, la necesidad de contar con identidad digital es también fundamental en tales infraestructuras.

En consecuencia, como se ha señalado previamente, la idea de vivir en un mundo virtual es algo cada vez más cercano, y esto es lo que vuelve muy relevante el tema de la identidad digital. La necesidad de contar con reglas claras en esta materia es una realidad. Así, el derecho a la privacidad, a la protección de datos, a la libertad de expresión, a la inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privadas y la ciberseguridad digital, se han vuelto cada día más relevantes, y destacan en el debate actual.

Para fines de este artículo, se entiende identidad como

> "el conjunto de rasgos que caracterizan a una persona frente a las demás, permitiéndole interactuar en su entorno y constituyéndose con base en las condiciones propias de cada persona"[14].

Por su parte, en Chile, las personas se identifican legalmente con la cédula de identidad. Esto es, el:

> "documento oficial que acredita la identidad de una persona chilena. Entre los datos que contiene, está el nombre completo, Rol Único Nacional (RUN) y sexo, además de la foto, firma y huella dactilar"[15].

De esta forma, el RUN permite a las personas realizar todo tipo de trámites tales como: comprar o vender vehículos, obtener licencia de conducir, comprar o vender bienes raíces, abrir cuentas bancarias y acceder a beneficios en tiendas (descuentos, puntos, etcétera)[16].

Así, la identidad digital tiene un papel semejante a la cédula de identidad chilena, en el sentido de que también permite identificar a una persona. Lo que cambia es el entorno en el cual la identificación se produce. Así, la identidad digital permite autentificar a los usuarios de internet en el entorno digital, a través de rasgos digitalizados y disponibles.

En consideración de lo anterior, autores como Valeria Martínez y Erick Rincón han sostenido que identidad digital es:

---

[14] Martínez y Rincón (2021), p. 253.

[15] Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile (2023).

[16] OCDE (2019), p. 72.

> "una construcción que realizan los individuos en el mundo digital y que se asocia tanto con las herramientas tecnológicas como con factores sociales y de contacto en la red con otros individuos"[17].

En el mismo sentido, para Pablo Fernández, la identidad digital es la: "es la expresión electrónica del conjunto de rasgos con los que una persona, física o jurídica, se individualiza frente a los demás"[18].

La identidad digital encuentra su base en el derecho a la identidad de la persona física, a pesar de sus evidentes diferencias. Tanto en el mundo físico como en el mundo digital, las personas tienen derecho a una identidad determinada, que les permita identificarse como sujeto de derechos y obligaciones que son.

La identidad digital ha ido mutando con la evolución de la tecnología. Así, lo que en un principio era solo cuenta de correo electrónico, hoy es algo mucho más amplio. Cada persona tiene tantos nombres de usuarios y claves de internet como aplicaciones y sitios web utilice, lo que, además, está en constante evolución, en sincronía con los avances tecnológicos y digitales. Así, cada lanzamiento de un nuevo producto o servicio digital produce nuevos usuarios y claves de internet.

Sin embargo, es importante tener presente que la identidad digital no es tan solo el registro en aplicaciones o sitios web[19]. La identidad digital es amplia, y se enmarca dentro de todas las actividades que una persona realiza en internet, permitiendo el reconocimiento de la persona y su participación en el mundo digital[20].

Es un hecho que, en la actualidad, tanto personas como empresas necesitan contar con una identidad digital. Esta les permite acceder al mundo virtual e interactuar en línea. El desarrollo social y económico depende hoy de soluciones de identidad válidas en diferentes mercados y servicios, por lo que cobra relevancia el derecho a una identidad digital, entendiendo este como:

> "el derecho a existir en Internet, a poder tener un perfil en redes sociales y a no ser excluido de éstas, a recibir resultados en búsquedas vanidosas y a poder ejercitar para su perfil *online* los mismos derechos que tiene para el *offline*"[21].

---

[17] Martínez y Rincón (2021), p. 254.

[18] Fernández (2012), p. 127.

[19] Hoy es algo normal tener muchos nombres de usuarios y claves, generándose múltiples identidades digitales por persona. Esto es opuesto a la realidad física. Por eso, compañías como Google, PayPal, IBM, entre otras, han intentado uniformar la autenticación para acceder a varios lugares con una sola identidad digital.

[20] Martínez y Rincón (2021), p. 255.

[21] Fernández (2012), p. 139.

No obstante, la regulación relacionada con la identidad digital es aún incipiente. Por ello, distintas entidades se encuentran estudiando la pertinencia de adoptar reglas en la materia. Por este motivo, Chile ha trabajado con la OCDE para buscar como maximizar el potencial de un gobierno digital, que transforme la relación entre ciudadano y Estado, y también permita mejorar la calidad de los servicios públicos. Para ello, se requiere de marcos institucionales robustos que desarrollen la capacidad del Estado para implementar este tipo de estrategias[22].

2. Identidad digital en Chile

La regulación de la identidad digital es uno de los grandes temas sobre los cuales Chile ha trabajado durante la última década. Al respecto, es posible señalar como el hito más relevante en esta materia, el lanzamiento de la ClaveÚnica, en el año 2012.

Es un mecanismo que permite a las personas acreditar su identidad cuando se accede a determinados servicios en línea. Una de sus principales ambiciones es la de transformarse en una herramienta útil, funcional y predeterminada para que las personas accedan y realicen operaciones en línea, tanto respecto del sector público como del privado[23].

De acuerdo con lo anterior, pretende perfilarse como el mecanismo viable para acceder e identificarse en entornos virtuales. De acuerdo con lo señalado, sus principales funciones como mecanismo de acreditación de la identidad digital son:

a) permitir la autenticación de datos;
b) permitir la interoperabilidad con distintas instituciones;
c) permitir la firma electrónica avanzada y
d) ser un medio de notificación y actualización de las interacciones entre el Estado y los ciudadanos.

Su perfilamiento como mecanismo de identidad digital en Chile encuentra sus bases en el reconocimiento, validación y uso del RUN tanto por el sector público como por el privado. De esta manera, Chile tiene la oportunidad de centrarse en el trabajo relativo a la interoperabilidad del sistema y a los estándares de experiencia del usuario, dado que no necesita introducir en el sistema una forma distinta de identidad digital. Cumple su papel, y es aceptada en la sociedad.

[22] OCDE (2019), p. 9.
[23] *Op. cit.*, p. 72.

También es necesario tener presente que el sistema de ClaveÚnica ha sido construido sobre del Servicio de Registro Civil e Identificación. En consecuencia, es un servicio público[24]. Así, se reduce el papel del sector privado en la provisión de identidad digital. Pero, como existe la ambición de que se utilice para acceder a los servicios tanto públicos como privados, será necesario revisar cómo los servicios del sector privado consumen y hacen uso de ella y de los datos a los que da acceso[25].

No obstante, el avance de la ClaveÚnica es una de las fortalezas de Chile en lo que a identidad digital se refiere, aun cuando, de acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), uno de los desafíos aún pendientes para avanzar en las líneas propuestas, consiste en que el punto de partida de cualquier actividad en línea es contar de forma previa con la cédula de identidad en formato físico.

Lo anterior se relaciona con los niveles de seguridad que la cédula física otorga, los cuales son mayores que los que cualquier mecanismo de identidad digital puede, por ahora, entregar. Esto es así porque a pesar de todos los beneficios que contar con la ClaveÚnica puede significar para los ciudadanos, aún no se confía en los niveles de seguridad ni de protección de datos que herramientas como esta puedan aportar.

Otro desafío pendiente en materia de identidad legal tiene relación con el control y manejo de los datos por parte de los ciudadanos[26]. En todo caso, esto no es solo un problema relativo a la ClaveÚnica y al mundo digital, dado que, en materia de identidad física, los ciudadanos no tienen el control de sus datos, no tienen información confiable de cómo se utilizan estos, ni de quienes tienen acceso a ellos, etcétera[27].

Ahora bien, es relevante destacar que sin una única identidad digital reconocida por el Estado y aceptada por los ciudadanos, es imposible avanzar hacia un mundo virtual como el que el metaverso, entre otros avances, pretende crear. Este mundo debe ser seguro y confiable a la vez, lo que se logra, entre otras cosas, con la debida creación, uso, mantenimiento y protección de identidad digital.

---

[24] Sin embargo, es posible explorar una colaboración entre los sectores público y privado, que permita considerar un modelo distinto de identidad digital. Países como Austria, Dinamarca y el Reino Unido, lo han hecho. Para una colaboración de este tipo es necesario que se establezcan nuevos marcos regulatorios: OCDE (2019), p. 15.

[25] OCDE (2019), p. 15.

[26] En este sentido, Gatica *et al.* (2021).

[27] Chile se encuentra trabajando con base en lo indicado en los párrafos precedentes, lo que puede se observar en hitos tales como la Política Nacional de Inteligencia Artificial del Gobierno de Chile, del año 2021. Uno de los principios ahí reconocidos tiene relación con el respeto total de los derechos humanos y la protección de datos personales, entre otras cosas.

Por lo tanto, mientras la ClaveÚnica no se perfile como el mecanismo único de identidad digital legal en Chile, o no exista algún otro mecanismo de identidad digital como se ha indicado, las interacciones en tales universos quedarán al margen de la ley chilena[28], lo que implica desamparo y falta de protección para los ciudadanos.

Para terminar, cabe señalar que en materia de identidad digital el país debe enfrentar un desafío previo. Esto es, la desigualdad en el acceso a internet, por una parte, y la brecha en educación en cuanto al uso adecuado de tecnologías, por otra parte.

Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, es posible concluir que contar con una identidad digital es cada vez más relevante.
Asimismo, la implementación de un sistema de identificación digital formal y legal que sea seguro, reconocido por el Estado de Chile y, en consecuencia, por todos los países, es hoy un desafío para el país.

Lo indicado en el párrafo precedente se condice con la necesidad de que la identidad digital sea interoperable, tanto respecto de servicios públicos como privados.

Por su parte, Chile tiene una oportunidad única en la ClaveÚnica es una herramienta útil y funcional, que cuenta con el potencial para posicionarse como un mecanismo adecuado, seguro y sencillo de identidad digital.

Como punto final, se identifica como un desafío más bien urgente el avanzar hacia una legislación que regule las materias expuestas. Su principal objetivo será el de cuidar la transparencia y la protección de los usuarios, quienes, a su vez, tendrán el derecho de contar con la capacidad de acceso a la información y con el control de sus propios datos.

Bibliografía

Álvarez López, Carlos y Carrasco Perera, Ángel (2023a): "¿Qué es un metaverso?", en Gómez-Acebo & Pombo (coord.), *Guía jurídica del metaverso* (Madrid: Editorial Tecnos) pp. 13-25.

[28] Por ejemplo, una compraventa de un bien en el metaverso no es una adquisición realizada en el comercio establecido, bajo los parámetros de la Ley n.º 19496, quedando esas operaciones fuera de las garantías legales ahí establecidas. En consecuencia, el Estado de Chile no podría proteger a los consumidores.

Álvarez López, Carlos y Carrasco Perera, Ángel (2023b): "Operadores y responsabilidad civil en el metaverso", en Gómez-Acebo & Pombo (coord.), *Guía jurídica del metaverso* (Madrid: Editorial Tecnos) pp. 135-158.

Álvarez Robles, Tamara (2022): "Las garantías de los derechos fundamentales en y desde la red: El contexto español", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 11, n.° 1: pp. 5-40. DOI: 10.5354/0719-2584.2022.60197

Férnandez Burgeño, Pablo (2012): "Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online", *Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación 2012*, vol. 3: pp. 125-142.

Galilea Clavijo, John y Álvarez Barbeito, Pilar (2023): "Tributación en el IVA de las ventas de NFT mediante plataformas digitales", en Gómez-Acebo & Pombo (coord.), *Guía jurídica del metaverso* (Madrid: Editorial Tecnos) pp. 159-170.

García Vidal, Ángel (2023): "Metaverso, *tokens* no fungibles y propiedad intelectual", en Gómez-Acebo & Pombo (coord.), *Guía jurídica del metaverso* (Madrid: Editorial Tecnos) pp. 115-134.

López Cumbre, Lourdes (2023): "Relaciones laborales 'por', 'para' y 'en' el metaverso", en Gómez-Acebo & Pombo (coord.): *Guía jurídica del metaverso* (Madrid: Editorial Tecnos) pp. 27-44.

Martínez Molano, Valeria y Rincón Cardenas, Erick (2021): "Problemas y el desarrollo de la identidad en el mundo digital", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 10, n.° 2: pp. 251-276. DOI: 10.5354/0719-2584.2021.59188

Ramírez, Julio y Sarmiento, Jaime (2020): "Nuevo orden internacional a inicios de la segunda década del siglo xxi", *Estudios Internacionales*, n.° 197: pp. 153-166. Disponible en https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/55138/64305

Rentería Tazo, Ainara (2023): "El metaverso y la automoción: posibilidades y retos jurídicos", en Gómez-Acebo & Pombo (coord.): *Guía jurídica del metaverso* (Madrid: Editorial Tecnos) pp. 81-114.

Otras fuentes

Consejo de la Unión Europea (2022): *Metaverse. Virtual world. Real challenges.* Disponible en www.consilium.europa.eu/media/54987/metaverse-paper-9-march-2022.pdf

Fundación País Digital (2021): *Plan un país digital*. Disponible en https://paisdigital.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2021/11/02140704/Plan_Un_Pais_Digital_2021.pdf

Gatica, Macarena; Ormeño, María Ignacia; Urzúa, Jaime (2021): *Chile: Principles and axes of Chile's AI Policy*. Disponible en www.dataguidance.com/opinion/chile-principles-and-axes-chiles-ai-policy

OCDE (2019): *Digital Government in Chile - Digital Identity*. Disponible en https://cms-dgd-prod.s3-us-west-2.amazonaws.com/uploads/pdf/DigGovReview_Chile_Identity.pdf

Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile (2023): "Cédula de identidad. Obtención y renovación". Disponible en www.chileatiende.gob.cl/fichas/3430-cedula-de-identidad-obtencion-y-renovacion

MISCELÁNEOS

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

ALCANCES DEL CONCEPTO DE "NO DELIBERANTES" DE LAS FUERZAS ARMADAS Y CARABINEROS

SCOPE OF THE CONCEPT OF "NON-DELIBERANT" OF THE ARMED FORCES AND CARABINERS

Marisol Peña Torres[*]

Resumen: La característica de no deliberantes, aplicables a las Fuerzas Armadas y Carabineros, se incorpora en los primeros textos constitucionales chilenos del siglo XIX. Sin embargo, ha sido objeto de interpretaciones diversas. Este artículo postula que la citada característica, que debiera mantenerse en la futura Constitución, debe entenderse asociada a la obediencia que dichos órganos del Estado deben mantener respecto del orden institucional de la república y no de personas o autoridades determinadas.

Palabras claves: Fuerzas Armadas y Carabineros, obediencia, no deliberantes, orden institucional de la república.

Abstract: The characteristic of non-deliberative, applicable to the Armed Forces and Policy, is incorporated in the first Chilean constitutional texts of the nineteenth century. However, it has been subject of different interpretations. This article postulates that the aforementioned characteristic, which should be maintained in the future Constitution, should be understood as associated with the obedience that these organs of the State must maintain with respect to the institutional order of the Republic and not of specific persons or authorities.

[*] Profesora titular de Derecho Constitucional. Directora del Centro de Justicia Constitucional Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: marisolpena@udd.cl

Keywords: Armes Forces and Policies, obedience, non deliberative, institutional order of the Republic.

Introducción

La propuesta de nueva constitución política, dada a conocer por la Comisión Experta el día 30 de marzo de 2023, elimina el capítulo especial destinado a regular a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública (capítulo XI) y traslada la esencia de su contenido actual a dos apartados denominados "Fuerzas Armadas" y "Fuerzas de Orden y Seguridad Pública" dentro del capítulo V –gobierno y administración del Estado–.

Puede sostenerse que este cambio de ubicación tiende a dar aplicación a una de las bases institucionales y fundamentales introducidas a la Constitución con el objetivo de enmarcar y orientar el desarrollo del actual proceso constituyente conforme a lo previsto en la reforma constitucional de enero de 2023[1].

Concretamente, materializaría la subordinación al poder civil de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de Orden y Seguridad, con mención expresa de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile (artículo 154 n.° 10). Esta subordinación se expresa, en particular, en el texto del artículo 107.1 de la propuesta, según el cual:

> "El Presidente de la República, en su deber de garantizar la seguridad externa de la República, es el conductor de la defensa nacional, ejerciendo sus atribuciones en la colaboración directa e inmediata con el ministerio a cargo de la Defensa Nacional, en los términos establecidos por la Constitución y las leyes".

Son varias las modificaciones que la propuesta de la Comisión Experta introduce a la regulación constitucional actualmente vigente. Sin embargo, este artículo se concentrará en uno de los aspectos sustantivos que se mantienen y que tiene relación con las características de las Fuerzas Armadas, como cuerpos armados, particularmente con el rasgo de no deliberantes de los mismos, a los que se unen los de ser, además, instituciones profesionales, jerarquizadas, disciplinadas y, por esencia, obedientes (artículo 108.3)[2].

[1] Ley n.° 21533 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, de 17 de enero de 2023.

[2] En la etapa de enmiendas al articulado aprobado el día 30 de marzo de 2023 por la Comisión Experta, se ha agregado la modificación propuesta por los comisionados expertos señoras Catalina Lagos, Antonia Rivas y Leslie Sánchez y señores Alexis Cortés, Domingo Love-

Como marco del presente análisis conviene reparar en una nueva norma constitucional que aclara el papel que cumplen las Fuerzas Armadas en la arquitectura del Estado. Se trata del artículo 111.1 que dispone:

> "El Estado tiene el monopolio indelegable del uso de la fuerza, la cual se ejercerá a través de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, conforme a esta Constitución y las leyes",

lo que, sin duda, resulta aclaratorio del papel que cumplen dichos cuerpos, tal y como lo sugerimos en la presentación que efectuáramos en el anterior proceso constituyente, precisamente en su comisión de régimen político.[3]

Así, el presente estudio pretende precisar los alcances de la característica de no deliberantes, aplicables a las Fuerzas Armadas, así como a las fuerzas de Orden y Seguridad Pública, en cuanto constituyen los órganos a través de los cuales el Estado concreta su misión de ejercer el monopolio legítimo del uso de la fuerza. Para esos efectos, efectuaremos una revisión histórica de los textos constitucionales chilenos a fin de determinar el origen y sentido con que fue introducida dicha característica a la Carta Fundamental. Seguidamente, realizaremos un breve análisis de derecho comparado tendiente a determinar si este provee algunas luces que nos permitan desentrañar el alcance de la aludida característica para terminar con una propuesta personal de entendimiento que sintetiza y considera lo planteado por la doctrina jurídica chilena y las lecciones de nuestra propia historia.

I. Perspectiva histórica

El examen de la historia constitucional chilena revela que, en los primeros documentos de esta naturaleza, las alusiones a la "fuerza pública", como se la denominó durante los primeros tiempos de nuestra organización republicana, eran muy escasas. Las referencias tenían que ver con la dependencia de quienes ejercían el uso de las armas y con los nombramientos militares. No es, sino hasta la Constitución Política de 1822 que se empieza a establecer un estatuto constitucional aplicable a la Fuerza Pública hasta llegar a la normativa que se contiene en la Carta hasta hoy vigente.

Las afirmaciones que preceden serán avaladas por un breve recorrido a lo largo de nuestra historia constitucional.

---

ra, Cristóbal Osorio, Flavio Quezada y Francisco Soto para intercalar en el inciso tercero del artículo 108, a continuación de la voz 'obedientes', la expresión "subordinadas al orden democrático constitucional".

[3] Intervención de fecha 15 de marzo de 2022.

El Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile, de 14 de agosto de 1811, reservaba al Congreso, por la representación inmediata y general del reino, el mando de las armas correspondiendo a su presidente, por delegación especial, dar el "santo" correspondiente para que lo recibiera el sargento mayor del Ejecutivo Provisorio (artículo 4.°). Por su parte, este mismo poder tenía prohibido disponer de las tropas de ejército y milicias en servicio extraordinario, ni extraerlas de sus partidos, sin aprobación del Congreso, el que, además, se reservaba la provisión de empleos de este ramo desde capitanes inclusive, y todo el grado militar (artículo 5.°).

El Reglamento Constitucional Provisorio, de 26 de octubre de 1812, contiene una breve alusión al régimen aplicable a la Fuerza Pública, incluida en su artículo VIII, que entiende por "negocios graves" (que interesen a la seguridad de la patria), los de declarar la guerra, hacer la paz, trasladar tropas y levantarlas de nuevo, entre otros. La importancia de esta enumeración radicaba en que, en dichos "negocios graves", el gobierno no podía resolver sin el correspondiente dictamen del Senado (artículo VII), órgano compuesto de siete miembros.

Por su parte, el Reglamento para el Gobierno Provisorio, de 1814, fue mucho más escueto aun, en lo que a las materias militares se refiere, pues solo indicaba que las facultades del nuevo Director Supremo eran amplísimas e ilimitadas, a excepción de algunas como la celebración de tratados de paz y las declaraciones de guerra, en que necesariamente debía consultar al Senado y obtener su acuerdo (artículo 2.°).

La Constitución de 10 de agosto de 1818 insiste en conferir al Senado las atribuciones de declarar la guerra, hacer la paz, formar tratados de alianza y levantar nuevas tropas o mandarlas fuera del Estado (artículo 4.°). Al Director Supremo, a su turno, se confían las atribuciones de mandar y organizar los ejércitos, armada y milicias, el sosiego público y la recaudación, economía y arreglada inversión de los fondos nacionales (artículo 5.°). En su capítulo V dispone: "Los Gobernadores Militares de Valparaíso, Talcahuano y Valdivia, serán elegidos por el Director" (artículo 2.°).

La Constitución de 30 de octubre de 1822 contempla, por primera vez, un título especialmente dedicado a regular a la Fuerza Pública. Ello, sin perjuicio de mantener las tradicionales atribuciones que se le habían venido confiriendo al Congreso y al Director Supremo en materia militar. En esta Carta Fundamental queda claro, en forma explícita:

> "pertenece al Director [Supremo] el mando supremo, y la organización de los Ejércitos, Armada y Milicias; pero no podrá mandarlos en persona, sin el consentimiento del Poder Legislativo" (artículo 90).

Esta disposición parece insinuar, por primera vez, la diferencia entre el mando militar de la Fuerza Pública y la autoridad jerárquica que, sobre ellas, le corresponde al titular de la Función Ejecutiva, en cuanto aquella formaría parte del engranaje de la Administración del Estado de la cual el Director Supremo era cabeza.

El título VIII de la Constitución de 1822, dedicado, específicamente, a la Fuerza Militar se compone de dos capítulos. El primero dedicado a la Tropa de Línea y, el segundo, a las Milicias. El primer capítulo regula la facultad de acordar el número de tropas para la defensa del Estado (artículo 235); de fijar la fuerza permanente en las fronteras y la ampliación o restricción del mando, término y tiempo de sus generales (artículo 236); de determinar la disciplina, escuelas militares y el orden de los ascensos y sueldos (artículo 237) y, por último, la de establecer, del mismo modo, las fuerzas marítimas (artículo 238). Todas estas facultades eran ejercidas por acuerdo de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Llama la atención que, por primera vez, se insinúe la característica de disciplinada de la Fuerza Militar.

La Constitución de 29 de diciembre de 1823 mantiene, por su parte, las ya tradicionales atribuciones militares del Director Supremo y del Senado, incorporando una disposición muy novedosa en materia de gastos de la defensa nacional al señalar, en su artículo 9:

> "La defensa de la Patria, la administración pública y la instrucción de los ciudadanos son gastos esencialmente nacionales. Las legislaturas sólo proveerán otros, cubiertos éstos".

Siguiendo la tradición sentada por la Constitución precedente, la Carta de 1823, en su título XX, alude, específicamente, a la Fuerza Pública indicando que su misión es la de mantener la seguridad interior y la defensa exterior (artículo 226), agregando que la Fuerza Pública se divide en Milicia Veterana y Nacional (artículo 232).

Es en esta Constitución donde aparecen, por primera vez, en la tradición constitucional chilena, las características de obedientes y no deliberantes aplicables a los miembros de la Fuerza Pública. Su artículo 226 indica, en efecto: "La fuerza pública es esencialmente obediente; ningún cuerpo armado puede deliberar".

La Constitución de 8 de agosto de 1828 mantiene las atribuciones en materia militar que las Cartas anteriores habían venido concediendo al Congreso y al Poder Ejecutivo, reduciendo el capítulo (XI) referido a la Fuerza Armada a solo dos disposiciones. La primera, relativa a la composición de dicha fuerza y al mandato conferido al Congreso para regular el número, orden, disciplina y reemplazo del Ejército y de la Milicia en términos uniformes (artícu-

lo 123). La segunda, vinculada a la obligación de todo chileno en estado de cargar armas, de estar inscrito en los registros de la Milicia activa o pasiva (artículo 124). Como podemos observar, más allá de referirse a la "disciplina" al interior de la Fuerza Armada, no se hace ninguna alusión a sus características de cuerpos obedientes y no deliberantes según lo había establecido la Carta precedente.

La Carta de 25 de mayo de 1833 –la más longeva que Chile ha tenido– vuelve a reproducir las atribuciones del Congreso y del Presidente de la República que se habían perfilado desde los primeros textos constitucionales. Elimina, por otra parte, el capítulo especial destinado a regular a la Fuerza Armada manteniendo una escueta norma: "La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar" (artículo 157).

Uno de los más ilustres comentaristas de la Constitución de 1833, Manuel Carrasco Albano advertía:

> "Si la fuerza pública pudiera deliberar y obrar de propia autoridad, si se convirtiesen en guardias pretorianas que pretendiesen imponer su voluntad a los primeros Mandatarios de la Nación, la Constitución sería un fantasma, el orden político una farsa y las garantías individuales que aquella nos asegura, una mera sombra"[4].

De allí que unía el artículo 157 transcrito a los tres siguientes que se referían, respectivamente, a la nulidad de pleno derecho de las resoluciones que acordaran las principales autoridades del país a presencia o requisición de un ejército o de la fuerza armada en general o de alguna reunión del pueblo, con o sin armas; a la prohibición de arrogarse la representación del pueblo y a la necesidad de que ninguna magistratura, persona o reunión de personas, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, excediera la autoridad o derechos conferidos por las leyes. En concepto de Manuel Carrasco Albano, estos cuatro artículos:

> "se proponen el mismo objeto -la garantía del orden constitucional, la libre deliberación de las autoridades que aquel establece y la anulación de todo acto que salga de aquella esfera, o se exceda de las atribuciones que las leyes conceden a los funcionarios. ¡Así son una consecuencia necesaria, una condición indispensable de ese orden que la Constitución asegura y de su existencia misma!"[5].

Otro de los autorizados comentaristas de la Carta de 1833, Carlos Huneuss, apuntaba, respecto del artículo 157, lo siguiente:

[4] Carrasco (2016), p. 194.
[5] *Ibid.*

> "La primera parte de este artículo consigna un principio tan natural como necesario, y que se explica con solo tener presente que la obediencia de los individuos que forman la fuerza pública de un país respecto de sus superiores, es condición esencial e indispensable de su existencia. Por eso es que el subalterno no responde de las consecuencias de las órdenes que su superior le hubiere dado, tratándose de la fuerza pública, sea ésta la de línea, la de milicias o la policía. Su obediencia es y debe ser pasiva; no activa como la que los agentes de la jerarquía administrativa deben prestar a las de los superiores de quienes dependieren, y de cuyas órdenes ilegales son también responsables, si las ejecutaren sin observación alguna. Esto, que es condición esencial de la organización de una buena jerarquía administrativa sería inaceptable en la de la fuerza pública, que debe estar basada en la subordinación y en la disciplina más severa"[6].

Como podemos apreciar, el alcance que se dio al carácter de no deliberantes respecto de la Fuerza Pública en la Constitución de 1833 no solo aparece ligado a la obediencia, sino que se vincula al respeto del orden institucional en su conjunto del cual las autoridades deben ser meros ejecutores respetuosos.

En la Constitución sancionada el 18 de septiembre de 1925 se siguió el precedente sentado por la Carta de 1833, pues su artículo 22 estableció: "La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar". A diferencia de varias Constituciones del siglo XIX no se destinó un capítulo especial a regular las misiones y características aplicables a la fuerza pública, lo que no significa que no se hayan regulado las atribuciones militares del Presidente de la República de la forma que ya venía siendo tradicional.

Probablemente, entre dichas atribuciones la que generó cierta polémica entre los especialistas fue la que tenía relación con la disposición de las fuerzas de mar y tierra, organizarlas y distribuirlas según lo hallare por conveniente el propio Jefe de Estado. Al respecto, Mario Bernaschina comenta: "Esta facultad del Presidente lo transforma en el 'Generalísimo de las Fuerzas Armadas', que es el título que se le da vulgarmente"[7].

Mientras tanto, Carlos Andrade señalaba que, muchas veces, se ha planteado la pregunta de si el Presidente de la República es "Generalísimo". Y respondía:

> "Estimamos que, salvo el uso frecuente, como superior jerárquico del Comandante en Jefe del Ejército, no hay fundamento constitucional ni legal para apoyar esa opinión. En efecto, en ninguna parte de la

[6] Huneuss (2016), p. 378.
[7] Bernaschina (1955), p. 349.

> Constitución aparece la expresión 'Generalísimo', aún más, sus facultades militares están limitadas y, cuando desea asumir personalmente el mando del Ejército debe hacerlo con acuerdo del Senado. La Constitución agrega que, en ese caso, deberá ser subrogado. El constituyente equiparó el asumir directamente el mando, con las otras situaciones que le impiden ejercer temporalmente el cargo"[8].

El artículo 22 de la Constitución Política de 1925 solo fue complementado por la reforma concretada a través de la Ley n.° 17420, publicada en el *Diario Oficial* de 31 de marzo de 1971, que amplió el tenor de la norma original en los siguientes términos:

> "La fuerza pública está constituida única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros, instituciones esencialmente profesionales, jerarquizadas, disciplinadas, obedientes y no deliberantes. Sólo en virtud de una ley podrá fijarse la dotación de estas instituciones".

Añadía:

> "La incorporación de estas dotaciones a las Fuerzas Armadas y Carabineros sólo podrá hacerse a través de sus propias escuelas institucionales especializadas, salvo la del personal que deba cumplir funciones exclusivamente civiles".

Históricamente, no puede olvidarse que la Constitución de 1925 se gesta en un clima de profundo malestar caracterizado por los excesos del parlamentarismo instaurado a partir de la revolución de 1891 y por la evidencia del problema socioeconómico de los sectores desposeídos de la sociedad, lo que se conoció como "la cuestión social", y que tuvo especiales expresiones en torno a la explotación del salitre en el norte del país. Como señala el historiador Fernando Campos Harriet: "La causa determinante de la dictación de esta Constitución fue la substitución del régimen de Gobierno". Agrega:

> "La experiencia del ensayo parlamentario, cuyo inevitable fracaso se produjera el año 1924, significó que la opinión pública en general, reaccionara en contra de dicho régimen"[9].

Se ha sostenido que, en este escenario, hubo una toma de posición, por parte de las Fuerzas Armadas, es decir, deliberación ante el acontecer nacional, apoyando a los sectores más vulnerables de la sociedad. Sin embargo, dicha

[8] Andrade (1971), p. 539.
[9] Campos (1983), p. 374.

posición no fue mayormente cuestionada, pues resultaba funcional a la necesidad de priorizar el orden y la autoridad en el país. A ello se sumó el estancamiento del proceso de profesionalización del Ejército, todo lo cual tuvo un momento culminante en el movimiento denominado "ruido de sables" en que oficiales del Ejército arrastraron sus sables en la sesión nocturna que desarrollaba el Congreso el 3 de septiembre de 1924, lo cual devino en que una junta militar asumiera el poder político el 11 de septiembre de 1924[10].

La Constitución de 1925 nace en este escenario, lo que motivó a Gonzalo García y Esteban Montes a afirmar:

> "El 'derecho' a arbitrar el conflicto político se amplió y se tradujo, en el futuro, en que las Fuerzas Armadas pasaron a ser intérpretes de la voluntad popular y tutores de los 'gobiernos civiles' del período. El rol arbitral y tutelar de las Fuerzas Armadas se hizo sentir en cada circunstancia política importante que vivió el país desde 1924: al pedir el retorno de Alessandri y al ponerle condiciones en 1925; al negarse Ibáñez a dejar su cargo de ministro de guerra en septiembre de 1925 ; al provocar la renuncia de Alessandri; al producir el cambio del Ministro del Interior a favor de Carlos Ibáñez en noviembre de 1926, lo que condujo a la renuncia del Presidente Emiliano Figueroa en 1927; en la persecución de los sindicatos, prensa y partidos políticos durante la administración del General Ibáñez"[11].

La perspectiva indicada revela que hubo sectores de nuestro país que no creyeron que las características aplicables a las Fuerzas Armadas por el texto original de la Carta de 1925, en orden a ser obedientes y no deliberantes, tuvieran una concreción en la realidad. Al conferirles el papel de "árbitros" permanentes del proceso político se estaba insinuando que, en la práctica, los cuerpos armados seguirían deliberando como lo habían hecho al precipitar los acontecimientos que dieron origen a dicha Carta Fundamental.

La Constitución de 1980, por su parte, volvió al espíritu sentado por la Constitución de 1822, en el sentido de destinar un capítulo completo de su texto a la regulación de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas de Orden y Seguridad Pública dejando definitivamente atrás la nomenclatura genérica de "fuerza pública" que había primado en los textos constitucionales del siglo XIX.

Fue así como el capítulo X de la Carta Fundamental confió a las Fuerzas Armadas, en su artículo 90, la defensa de la patria, ser esenciales para la seguridad nacional y garantizar el orden institucional de la república. El inciso final de esa norma dispuso:

[10] Vásquez (2001), pp. 11-12.
[11] García y Montes (1994), p. 19.

> "Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberante. Las fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional son además profesionales, jerarquizadas y disciplinadas".

Asimismo, se confió a una ley orgánica constitucional (figura creada por la Constitución de 1980) la regulación de los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros, así como las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas y Carabineros (artículo 105, inciso primero, actual).

Si bien podría estimarse que la Constitución de 1980 sigue, en esta materia, el modelo histórico que había venido caracterizando a las Fuerzas Armadas en el orden constitucional chileno, hay quienes has postulado exactamente lo contrario. Citando a otros autores, Pablo Contreras y Sebastián Salazar han postulado:

> "La Constitución de 1980 produce una distorsión con la tradición republicana nacional, al dotar de rango constitucional la participación política de las FF.AA. dentro del sistema político"[12].

La afirmación anterior no solo se sustenta en las misiones que la Carta Fundamental confía a las Fuerzas Armadas, especialmente, la de ser garantes del orden institucional de la república, sino que, además, en su participación en el Consejo de Seguridad Nacional, creado en el capítulo XI de la misma, entre cuyas atribuciones originales se contaba la de:

> "Representar, a cualquiera autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional" (artículo 96 letra b)).

Pablo Contreras y Sebastián Salazar precisan:

> "Esta sola potestad daba cuenta que las FF.AA., bajo el modelo de la Constitución original, eran deliberantes, al punto que podían representar decisiones a la autoridad democráticamente electa, a través de este organismo"[13].

Lo anterior se atribuye, por los mismos autores (citando a otros), en que:

[12] Contreras y Salazar (2020), p. 236.
[13] *Op. cit.*, p. 237.

> "La mejor forma de explicar el diseño original es recurriendo al mismo título que el constituyente empleó en su momento: las FF.AA. eran parte de un 'Poder de Seguridad' a cargo de la tutela de la estructura de poder establecida en la Constitución de 1980"[14].

En este punto, siguen, sin duda, las propias orientaciones que el presidente Augusto Pinochet entregó, en el año 1977, a la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, para desarrollar su tarea de elaborar una nueva Constitución para Chile.

Resulta evidente que razones como las anotadas llevaron a la modificación de las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas y también de la composición y atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA). En este último punto la Ley de Reforma Constitucional n.° 18825, de 17 de agosto de 1989, agregó al Contralor General de la República como integrante del COSENA, equilibrando la composición de este de forma que sus miembros fueran cuatro civiles y cuatro uniformados (artículo 95 de la Constitución). Por otro lado, se sustituyó la expresión 'representar' que utilizaba el artículo 96 letra b) de la Carta Fundamental por la de "hacer presente", al Presidente de la República, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional, su opinión frente a algún hecho, acto o materia que, a su juicio, atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional.

En la reforma constitucional operada por la Ley n.° 20050, de 26 de agosto de 2005, se eliminó la misión exclusiva de las Fuerzas Armadas de ser garantes del orden institucional de la república para traspasarla al artículo 6.°, inciso primero de la Constitución, como un deber aplicable a todos los órganos del Estado, incluidas, por cierto, las Fuerzas Armadas.

En el debate de esta reforma constitucional consta que la moción parlamentaria original fue apoyada por el gobierno, a través del ministro del Interior, quien expresó:

> "En cuanto al rol de garantes de la institucionalidad que la Carta Fundamental asigna a la Fuerzas Armadas, se plantea que aquélla sea una obligación de la totalidad de los órganos e instituciones del Estado, para lo cual se modifica el artículo 6° de la Constitución"[15].

El subsecretario del Interior agregó:

> "el sentido de la enmienda referida al artículo 6° es someter a todas las autoridades al régimen constitucional de modo que queden obli-

[14] Contreras y Salazar (2020), p. 237.
[15] Pfeffer (2005), p. 19.

> gadas no sólo a someter su acción a la Constitución, sino también a cumplir el deber positivo de garantizar el Estado de Derecho. Todos los órganos del Estado tienen esta obligación, dentro de sus respectivas esferas de competencia"[16].

El senador Edgardo Boeninger intervino, asimismo, en el debate para expresar:

> "las reformas constitucionales deben entenderse en un contexto determinado que muestra los traumas históricos complejos que desembocaron en el artículo 90. De esta forma la única manera razonable de hacer un cambio es que el concepto de garantes no se concentre y se aplique a todos los órganos del Estado. Esta fórmula parece razonable, pues no menoscaba a nadie e incluye a las Fuerzas Armadas"[17].

Finalmente, la interpretación del actual artículo 6.°, inciso primero, de la Carta Fundamental, fluye de la lúcida intervención del senador Sergio Diez quien afirmó:

> "la garantía del orden institucional de la República no sólo le corresponde al Presidente, sino que también a las demás autoridades, a cada una dentro de su ámbito propio. Así, en el plano judicial le corresponde a la Corte Suprema; en el legislativo le compete al Poder Legislativo. Por ello sugirió modificar la redacción para señalar que las autoridades tienen dos deberes, que son: someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella –ése es el Estado de Derecho– y garantizar el orden institucional de la República"[18].

En los capítulos posteriores retomaremos estas ideas para explicar cómo debiera entenderse el concepto de no deliberantes como característica propia de las Fuerzas Armadas y Carabineros en cuanto cuerpos armados.

II. Las características aplicables a los miembros de las Fuerzas Armadas en el derecho comparado

Un examen genérico de las diferentes Constituciones del mundo permite llegar a la conclusión de que no es común que, entre sus preceptos, se aluda a las características que rodean el ejercicio de la función militar. Esta regla muestra una excepción en el caso de las Constituciones latinoamericanas de última ge-

[16] Pfeffer (2005), p. 21.
[17] *Op. cit.*, pp. 22-23.
[18] *Op. cit.*, p. 22.

neración, esto es, las que han entrado en vigor desde fines de la década de 1980 en adelante.

La primera Constitución escrita del mundo, la de Filadelfia de 1787, incluidas sus diversas enmiendas, solo se refiere a las facultades del Congreso para declarar la guerra y establecer reglas de capturas en mar y tierra; reclutar y patrocinar ejércitos; disponer y mantener una marina de guerra, establecer reglas para el gobierno y la reglamentación de las fuerzas de mar y tierra, convocar a la milicia, organizarla, armarla y disciplinarla reservando a los Estados respectivos el nombramiento de los oficiales y la autoridad para entrenar a la milicia de acuerdo con la disciplina que el mismo Congreso prescriba (artículo 1, sección 8). Al presidente de Estados Unidos, a su turno, se le encomienda la comandancia en Jefe del Ejército y de la Marina de Guerra de Estados Unidos y también de la milicia de los distintos Estados cuando esta sea llamada al servicio de la nación (artículo II, sección 2).

En el caso de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, la forma de regular a las Fuerzas Armadas es a través de la mención a su función genérica, que es la defensa, sin perjuicio de su intervención en materias propias del orden público interno y a la protección de objetivos civiles para apoyar medidas policiales (artículo 87a). El artículo 87b se refiere a la administración federal de las Fuerzas Armadas y la posibilidad de que, en ciertos casos, intervengan los propios Länder (Estados federados). El artículo 115b. indica, a su vez, que una vez proclamado el caso de defensa se transferirá al Canciller Federal el mando supremo de las Fuerzas Armadas.

La Constitución de Rumania, de 1991, contiene una interesante disposición según la cual:

> "El ejército se subordina exclusivamente a la voluntad del pueblo, para garantizar la soberanía, la independencia y la unidad del Estado, la integridad territorial del país y la democracia constitucional" (artículo 117.1).

Sin embargo, no contiene ninguna alusión a las características aplicables a las Fuerzas Armadas, salvo la remisión a una ley orgánica en los aspectos vinculados a la estructura del sistema nacional de defensa, la organización del ejército, la preparación de la población, de la economía y del territorio para la defensa, así como el estatuto de los cuadros militares (artículo 117.2).

La única Constitución de otras latitudes en que ha sido posible encontrar una referencia a las características de las Fuerzas Armadas es en la de Sudáfrica, de 1996, suscrita al término del proceso del *appherteid*, en la que se precisa: "la fuerza de defensa es la única fuerza militar legal de la República" (artículo 199 b)) y que: "La fuerza de defensa deberá ser estructurada y manejada como una fuerza militar disciplinada" (artículo 200.1).

La Constitución de Croacia, del año 2010, tampoco alude a las características de las Fuerzas Armadas, pero pone un fuerte acento en la cooperación internacional que estas pueden brindar, así como en la posibilidad de asistir a la policía y a otros cuerpos del Estado bajo circunstancias que la propia Carta especifica y teniendo en cuenta la naturaleza de la amenaza de que se trate (artículo 7)[19].

Finalmente, examinamos la Constitución del Reino de los Países Bajos, de 2018, que tampoco innova frente a la tendencia general en Europa y otras partes del mundo al omitir la referencia a las características específicas que rodean el actuar de las Fuerzas Armadas.

En América Latina, la situación es completamente diferente a lo que hemos reseñado. La mayoría de las Constituciones sí aluden a las características de las Fuerzas Armadas poniendo un acento especial en sus caracteres de "obedientes" y "no deliberantes".

Así se observa en el artículo 211 de la Constitución de El Salvador de 1983; en el artículo 244 de la Constitución de Guatemala de 1985; en el artículo 142 de la Constitución de Brasil, que se refiere únicamente a que las Fuerzas Armadas están organizadas sobre la base de la jerarquía y de la disciplina; en el artículo 219 de la Constitución de Colombia, de 1991, que expresa:

> "La fuerza pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley";

en el artículo 269 de la Constitución de Perú, de 1993, que solo se refiere al carácter de "no deliberantes" de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y a su subordinación al poder constitucional; en el artículo 59 de la Constitución de Ecuador de 2008; en el artículo 245 de la Constitución de Bolivia de 2009 y en el artículo 252 de la Constitución de República Dominicana, de 2010, cuyo artículo 252 n.° 3) expresa que las Fuerzas Armadas: "son esencialmente obedientes al poder civil, a partidistas y no tienen, en ningún caso, facultad para deliberar".

La explicación de por qué, en el ámbito del derecho comparado, pueden encontrarse tratamientos constitucionales diferentes, entre los Estados euro-

[19] La enmienda 61 promovida por los comisionados expertos del actual proceso constitucional, señoras Catalina Lagos, Antonia Rivas y Leslie Sánchez y señores Alexis Cortés, Domingo Lovera, Cristóbal Osorio, Flavio Quezada y Francisco Soto, propone la supresión del inciso 2 del artículo 108 aprobado por el Pleno de la Comisión Experta, el 30 de marzo de 2023, que señala: (las Fuerzas Armadas) "Además, colaboran en situaciones de emergencia y catástrofes nacionales". Se manifiesta, aquí, una tendencia contraria a que las Fuerzas Armadas colaboren con las policías en materias referidas a la seguridad y orden público internos.

peos y africanos estudiados, y los de la mayoría de América Latina, en lo que se refiere a las características de las Fuerzas Armadas, se debe, según creemos, a que, en los Estados de nuestro continente proliferaron los regímenes militares a partir de fines de la década de 1960 y hasta entrada de la década 1990. No es del caso explorar aquí las causas por las cuales los militares dejan sus cuarteles y asumen posiciones de poder político, sino que nos concentraremos en la explicación de las consecuencias que se producen respecto del régimen constitucional aplicable a los militares, una vez que se reinstauran los regímenes democráticos.

A nuestro juicio, una de las mejores explicaciones ha sido entregada por Alfred Stepan, quien sostiene que los militares suelen resistirse fuertemente a reducir sus prerrogativas una vez que asumen los nuevos gobiernos democráticos, lo que impacta en una situación de conflicto con el poder civil[20]. Después de estudiar las transiciones desde gobiernos militares a otros democráticos en varios Estados del Cono Sur de América (incluido Chile), el autor mencionado concluye que las referidas prerrogativas institucionales de los militares tienen que ver con aquellas áreas donde los militares, en cuanto instituciones, asumen que han tenido o adquirido derechos o privilegios, formales o informales, en orden a ejercitar un control efectivo sobre su gobernanza interna, así como a representar un papel en áreas extramilitares en el aparato estatal o, incluso, a estructurar relaciones entre el Estado y la sociedad civil o la sociedad política, en su caso[21]. Agrega que la principal respuesta de los nuevos regímenes democráticos frente al intento de mantener prerrogativas como las indicadas pasa por asegurar el "control civil" sobre las fuerzas militares en un constante juego de fuerzas y con un dinamismo innegable[22].

Esta perspectiva de análisis fue asumida en Chile por diversos autores. En esta oportunidad, destacamos la reflexión de Gonzalo García y Esteban Montes, para quienes:

> "Los años que van desde 1924 a 1932 constituyen un lapso de crisis del control civil de los militares. Ninguno de los múltiples gobiernos de ese período (varios fueron encabezados por civiles y pretendieron ser democráticos) lograron establecer un sistema efectivo de control democrático de los militares después del quiebre de 1924 [...] No sólo se quebró la subordinación democrática de los militares, sino también las bases sobre las cuales había sido posible en Chile durante el medio siglo anterior. Ellas eran centralmente la creencia civil y

[20] Stepan (1988), p. 93.
[21] *Ibid.*
[22] *Op. cit.*, p. 100.

> militar en el deber de subordinación civil de los militares como requisito para la existencia de un sistema democrático y la existencia de un respeto voluntario o forzado de los medios de subordinación establecidos jurídicamente"[23].

Pablo Ruiz-Tagle ha sostenido, sin duda, siguiendo a Alfred Stepan:

> "Es este tránsito desde un profesionalismo militar tradicional a un nuevo profesionalismo militar el que explica por qué la tradición de control civil sobre los Ejércitos sudamericanos ha estado en serios problemas [...] Los Ejércitos sudamericanos, politizados, han demostrado ser peligrosos, así como inefectivos en lo militar"[24].

En consecuencia, tanto en Chile como en el resto de los Estados de América Latina, las Constituciones que empezaron a regir a los nuevos regímenes democráticos tuvieron la precaución de asegurar el control civil sobre las Fuerzas Armadas, no solo por la vía de las facultades conferidas al Presidente de la República y al Congreso, sino que, especialmente, al otorgarles –en forma expresa– el carácter de "obedientes" y "no deliberantes". Todo ello con el fin de neutralizar las prerrogativas que, en concepto de la doctrina, podían haber adquirido los militares no solo para salvaguardar su propia organización interna, sino que para intervenir en aspectos de la política interna de los respectivos Estados y, ciertamente, más allá de sus propias competencias derivadas de la naturaleza de la función militar.

III. ¿Qué significa ser no deliberantes? Precisiones doctrinales

En este capítulo expondremos las explicaciones que la doctrina ha entregado sobre el carácter de no deliberantes con que la normativa constitucional vigente –que hoy se replica en la propuesta de nueva Constitución– caracteriza a los cuerpos armados y a Carabineros.

Para efectos de su exposición las ideas se agruparán bajo los siguientes subtemas:

1. El concepto de deliberación en su sentido etimológico.
2. La no deliberación es una característica estrechamente relacionada con la obediencia que también singulariza a los cuerpos armados.

[23] García y Montes (1994), pp. 229-230.
[24] Ruiz-Tagle (2017), pp. 212-213.

3. La no deliberación deriva del carácter necesariamente a-político que rodea el ejercicio de las funciones de las Fuerzas Armadas y Carabineros.

1. El concepto de deliberación en su sentido etimológico

En el *Diccionario de la lengua española* (*DLE*) la palabra 'deliberar' registra dos acepciones. La primera: "considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos" y, la segunda: "resolver algo con premeditación".

De estos significados desprende Alejandro Silva Bascuñán:

> "Cuando se dice que las Fuerzas armadas no son deliberantes no puede entenderse por cierto que se las libera del examen previo de la acción por realizar, recomendable siempre antes de efectuar todo acto humano"[25].

La razón que trasunta esa explicación se encuentra, pues, en la naturaleza misma de la persona que, en cuanto ser racional y, por ende, inteligente y libre, tiene la capacidad de comprender el alcance de sus actos y decidir voluntariamente si realizarlos o no. Desde esta perspectiva, la deliberación importaría, en el caso de cualquier persona, y siguiendo el segundo significado entregado por el *DLE*, que no debiera actuar de manera precipitada, sino que cada uno de sus actos debiera ir acompañado de la suficiente reflexión previa de modo que, al adoptar la decisión, tuviera claros los fundamentos de esta.

De allí que seguir la definición del vocablo 'deliberar' en el *Diccionario de la lengua española*, no resulta suficiente para comprender los alcances de la norma contenida en el inciso final del artículo 101, primera parte, de la Constitución vigente: "Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes".

2. La no deliberación es una característica estrechamente relacionada con la obediencia que también singulariza a los cuerpos armados

La doctrina constitucional chilena ha tendido a explicar el concepto de no deliberantes, aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros, sobre la base de una interpretación sistémica de la Carta Fundamental que considere las misiones que el constituyente les confía y también la otra característica que acompaña a dicho papel y que es la obediencia.

[25] Silva (2003), p. 281.

El origen de la obligación de no deliberar de los cuerpos militares se encuentra en aquella característica del Estado que les atribuye el monopolio exclusivo del uso de la fuerza física dentro de un área territorial determinada. Así lo hemos afirmado en análisis académicos previos agregando:

> "Lo delicado del ejercicio de esta función exige, más que respecto de ningún órgano del Estado, que las Fuerzas Armadas actúen con prescindencia de la política contingente"[26].

Cabe recordar aquí que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.°, inciso segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las Fuerzas Armadas y las fuerzas de Orden y Seguridad Pública, forman parte de aquella y, en ese carácter, participan de la misión esencial asignada a esta de promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal (artículo 3.°, inciso primero).

De lo anterior se colige que las Fuerzas Armadas, como las fuerzas de Orden y Seguridad Pública, ejercen sus potestades constitucionales y legales en función del bien común definido por el inciso cuarto del artículo 1.° de la Constitución vigente. Ello supone no identificarse, como cuerpos que ejercen a nombre del Estado, el monopolio legítimo del uso de la fuerza, con intereses particulares o de grupos (como sería el caso de los partidos políticos) que impidiese que su dedicación estuviera íntegramente dirigida a promover condiciones que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización material y espiritual posible. Ello se logra, sin duda, contribuyendo a mantener el clima de paz y seguridad externa que favorezca el desarrollo y el libre despliegue de las individualidades.

En este contexto, José Luis Cea sostiene:

> "Estas instituciones (las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad Pública) son uno de los pilares de la organización, funcionamiento e independencia del Estado".

Agrega:

> "Su misión es extremadamente delicada para el imperio del Derecho y de la democracia: el monopolio del uso de la fuerza, con la aspiración de que sea legítimamente y nunca desviada de ese objetivo. ¿Por

[26] Peña (2005), p. 516.

> qué es tan delicada tal misión? Por diversas razones, una de las cuales se funda en la preeminencia de la razón sobre la fuerza [...]".
>
> Concluye argumentando:
>
> "existe un punto en el cual se puede volver necesario hacer efectivo el último recurso antes del empleo de la compulsión para obligar a la obediencia. Ese es, precisamente, el uso regulado de la fuerza, pues se ejerce, repetimos, con sujeción al Derecho frente a otras amenazas que rompen el orden en el Estado y que constituyen violencia"[27].

La obediencia, como característica de los cuerpos armados, involucra la obediencia jerárquica a los propios mandos, como se desprende del artículo 45 de la Ley n.° 18948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, que define el concepto de mando como:

> "la autoridad ejercida por el personal de las Fuerzas Armadas sobre sus subalternos y subordinados, en virtud del grado, antigüedad o puesto que desempeñe".

Pero no es a esa obediencia, vinculada con el mando previamente definido, a la que se refiere el artículo 101 de la Constitución, sino que a la obediencia al ordenamiento jurídico como un todo, que considera el conjunto de autoridades que ejercen las distintas funciones públicas y sus respectivas atribuciones. Así: "corresponde a los cuerpos armados afirmar y sostener el ordenamiento institucional al cual deben obediencia"[28].

Es a partir de ese concepto que puede concluirse que la no deliberación aplicable a los cuerpos armados está estrechamente ligada a la característica de obedientes que también los caracteriza. En efecto, si las Fuerzas Armadas y Carabineros ejercen sus funciones con estricta sujeción a la Constitución y al ordenamiento jurídico derivado de ella, no quedan obligadas a obedecer a ningún grupo o sector político en particular, en términos que ello pudiera suponer alejarlas de su misión genérica de contribuir al bien común desde sus particulares misiones[29].

---

[27] Cea (2016), p. 152.

[28] Silva (2003), p. 278.

[29] El presidente Hugo Chávez, en Venezuela, entendió que era fundamental subordinar a sus dictados a las Fuerzas Armadas de ese país, para lo cual, gracias a la conformación de una asamblea nacional constituyente proclive a su particular ideario político, promovió la dictación de la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en cuyo artículo 1 leemos: "Artículo 1. La presente Ley Constitucional, en reconocimiento de la realidad histórica de la institución militar bolivariana con génesis en el antiimperialismo fundamentado por la resistencia demostrada por nuestros aborígenes, la hazaña revolucionaria independentista de nuestros Libertadores, el carácter antioligárquico de la gesta de la Federación y el mandato

Así, es importante destacar que, como explica Alejandro Silva Bascuñán:

> "el Jefe de Estado goza de facultades de gran relevancia respecto de los cuerpos armados, pero ello no puede fundar el error de sostener que la obediencia, que la Constitución se encarga de señalar, explícita y especialmente respecto de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, sea debida de modo singular, preferente y excluyente a la persona del Presidente de la República"[30].

La afirmación recordada lleva a desechar cualquier tesis que suponga asociar la obediencia no al ordenamiento jurídico e institucional como un todo, sino que a una persona determinada, aunque estuviera revestida de la máxima autoridad, como es el caso del Presidente de la República.

3. *La no deliberación deriva del carácter necesariamente a-político que rodea el ejercicio de las funciones de las Fuerzas Armadas y Carabineros*

Alejandro Silva Bascuñán, a su vez, asocia la connotación política a la deliberación que les está prohibida a los miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, sosteniendo:

> "[Lo que se prohíbe] es toda deliberación de carácter político, que incida en el curso que lleva la conducción del país o determinado asunto de preocupación pública, la que queda prohibida a las Fuerzas Armadas y Carabineros, porque la misión propia de esas instituciones no es dilucidar ni pronunciarse en torno a la dirección general del país, sino que su llamado consiste en servir, dentro del ordenamiento jurídico, aquella orientación que resulta del propio juego democrático"[31].

De allí que concluye precisando:

> "[...] la expresión constitucional quiere significar que ninguno de los institutos armados, ni los diversos cuerpos que los forman, ni sus

constitucional que instituye la doctrina bolivariana como fuente inspiradora de los valores éticos y morales, tiene como objeto establecer los principios y las disposiciones que rigen la organización, funcionamiento, integración y administración de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, dentro del marco de la corresponsabilidad entre el Estado y el Pueblo, como fundamento de la Seguridad de la Nación consecuente con los fines supremos de preservar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la República. La Fuerza Armada Nacional Bolivariana es la institución que en forma permanente garantiza la defensa militar del Estado".

[30] Silva (2003), p. 278.

[31] *Op. cit.*, p. 281.

> miembros individualmente invocados o reunidos en su calidad de tales, dentro de sus respectivos grados o con participación de componentes de grados diversos, pueden debatir los problemas colectivos con miras a uniformar apreciaciones o coordinar actitudes que conduzcan a expresar aplauso o crítica a los órganos del poder público o pretendan indicarles o manifiesten intenciones de hacer prevalecer soluciones propias en cualquier aspecto"[32, 33].

Sergio Cea y Ricardo Coronado, en una línea afín con la de Alejandro Silva Bascuñán, sostienen que las características de obediencia y no deliberación, aplicables a los cuerpos armados, se fundamentan en el principio de "apoliticidad", porque la obediencia y no deliberación del cuerpo armado, es una de las manifestaciones de la "sumisión jurídica al poder civil" o, como expresan otros autores, al principio de subordinación que se inicia en las atribuciones constitucionales del Presidente de la República, previstas en los numerales 16, 17, 18 y 19 del artículo 32 en relación con los artículos 24 y 101, todos ellos de la Carta Política, sometimiento jerárquico que, incluso, se mantiene en los estados de excepción constitucional, al tenor de lo previsto en el artículo 39 y siguientes de la referida ley fundamental[34].

José Luis Cea precisa, por su lado:

> "La no deliberación está relacionada con la obediencia, aunque son conceptos distintos. Mientras la segunda apunta a someterse a las órdenes emanadas de las autoridades representativas de las instituciones, la no deliberación busca que las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, especialmente, aunque no solo en asuntos contingentes u opinables se mantengan al margen de las instancias de decisión política y no incurran en acciones susceptibles de ser emprendidas planificadamente y en conjunto, o sea como cuerpos armados"[35].

Sobre la base de lo expresado, discrepamos de la opinión de Sergio Cea y Ricardo Coronado, pues aun cuando coinciden en el estrecho vínculo que existe entre las características de obediencia y no deliberación, relevan que la

[32] Silva (2003), p. 281.

[33] En un sentido muy similar, Fernando Jiménez (1986) sostiene que, al ser no deliberantes, las Fuerzas Armadas no pueden considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de una decisión, resolución u orden antes de adoptarla, extendiéndose esta prohibición a las deliberaciones de los problemas colectivos con miras a uniformar criterios o coordinar actitudes que conduzcan a expresar beneplácito o crítica a los órganos del poder político (p. 361).

[34] Cea y Coronado (2011), p. 25.

[35] Cea (2016), p. 156.

correcta interpretación de ambas características es que aquellas constituyen un límite a los integrantes de dichos entes públicos, esto es, a las personas[36].

Más bien, postulamos que la exigencia de no ser "deliberantes", que la Constitución impone a las Fuerzas Armadas y Carabineros, se aplica a las instituciones armadas, y no a sus miembros en particular. Nos basamos en el tenor literal del artículo 101 de la Constitución, cuyo inciso final señala: "Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes". La noción de "cuerpos armados" solo puede entenderse en referencia a que las Fuerzas Armadas son órganos del Estado cuya expresión de voluntad, en el ejercicio de sus funciones propias, se imputa de manera directa al Estado. Esta es la razón precisa por la que, en tal calidad, no pueden "deliberar", lo cual no se aplica, por cierto, a las opiniones que sus integrantes puedan manifestar, individualmente, sobre la contingencia en ejercicio de su libertad de expresión como de la facultad que les confiere el ordenamiento jurídico de ejercer el derecho de sufragio.

De allí que, en forma concordante con nuestra tesis, Giuseppe de Vergottini, afirme:

> "la apoliticidad de las Fuerzas Armadas se entiende como imposibilidad de participación directa de las mismas, en cuanto cuerpo organizado, en la formación de las opciones políticas que pueden repercutir en la orientación imputable a los órganos constitucionales"[37].

Conclusiones

1. Como ha quedado demostrado a lo largo de este análisis, la Constitución chilena compartió el temor que había rodeado al ordenamiento constitucional de otros países de nuestro continente, en orden a que las denominadas "prerrogativas militares" que los cuerpos armados procuraban mantener después de la reinstauración democrática, solo podía ser contrarrestado asegurando el control civil sobre los mismos. En ese contexto las diversas Constituciones de América Latina incluyen, como características aplicables a las Fuerzas Armadas, las de obediencia y no deliberación.
2. La obediencia, como hemos expresado, no es a personas determinadas, por mucho que detenten una autoridad indiscutida. Ello favorecería la existencia de un poder personalizado –y no instituciona-

[36] Cea (2016), p. 156.
[37] De Vergottini (1985), p. 296.

lizado– que podría colocar a las Fuerzas Armadas bajo el riesgo de una manipulación antidemocrática, por ejemplo, si un gobernante intentare perpetuarse en el poder.

3. La obediencia, como también hemos argumentado, no se refiere al concepto de "mando" aplicable a la vida militar, sino que tiene relación con el ordenamiento institucional como un todo, del cual las Fuerzas Armadas, al igual que el resto de los órganos del Estado, son garantes, en el ámbito de sus respectivas competencias, como lo prescribe el artículo 6.°, inciso primero, de la Carta Fundamental. Esta es la verdadera garantía constitucional de sometimiento al poder civil que está precisamente distribuido en las diversas potestades de los poderes del Estado como son las que ejercen el Presidente de la República y el Congreso Nacional en el marco del ordenamiento jurídico vigente y que parte por el respeto del principio de supremacía constitucional.
4. Precisamente, porque las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados son esencialmente obedientes, no pueden deliberar, esto es, apoyar, cuestionar, debatir o impugnar, en cuanto órganos del Estado, las posiciones que se derivan del ejercicio de la política contingente, ya sea que estas posiciones provengan de los órganos del Estado o de personas o grupos particulares de la sociedad. En efecto, al estar al servicio del bien común, como fin objetivo del Estado, no pueden parcializarse en favor de una mirada particular sobre este. Este es el sentido de la "apoliticidad" que se le exige a fin de que no pierdan de vista su objetivo de servir a los fines de la sociedad como un todo.
5. La no deliberación no alcanza, por ende, a las opiniones que puedan expresar los miembros de las Fuerzas Armadas, individualmente considerados, frente a temas contingentes, pues no existe ninguna prohibición constitucional al respecto desde la perspectiva de la libertad de expresión que se asegura a todas las personas. Si no se compartiera esta mirada, sucedería que el ejercicio del derecho de sufragio de los militares y policías podría ser cuestionado, porque, evidentemente, se trata de un derecho político a través del cual se manifiesta una posición sobre temas contingentes.
6. Las expresiones que emita el Comandante en Jefe de la respectiva rama de las Fuerzas Armadas o el General Director de Carabineros, en su caso, merecen una consideración especial. En lo que se refiere a las primeras, el artículo 46 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas dispone:

"El mando superior de cada una de las instituciones de las Fuerzas Armadas será ejercido por el Comandante en Jefe, con el grado de

General de Ejército, Almirante o General del Aire, según corresponda […]".

Se trata de la máxima autoridad institucional de un órgano que, por ser parte de la Administración del Estado[38], puede entenderse como el jefe del servicio.

De lo anterior se desprende que, en tal calidad, representa al servicio o al órgano respectivo, de modo que, aun cuando se exprese, a título personal, va a ser muy difícil delimitar que no obliga a la institución como un todo, esto es, al "cuerpo armado".

Por ende, si la obligación de no deliberar impuesta a las Fuerzas Armadas supone particular precaución en el ejercicio de la comandancia en jefe institucional, en necesario puntualizar que la no deliberación, en ningún caso, supone que tales autoridades no puedan manifestarse con opiniones o pareceres que tengan relación con las competencias que la propia Carta Fundamental les atribuye a los cuerpos armados en lo que se refiere a la defensa de la patria y ser esenciales para la seguridad nacional.

A modo de ejemplo, cabe recordar el debate que se suscitó a raíz de la aprobación de la Ley sobre Infraestructura Crítica[39], que permite, hasta hoy, la presencia de militares en zonas de frontera, en el norte del país, para colaborar con las policías en la contención de la migración irregular. ¿Por qué podría estimarse que los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, acompañados de la ministra de Defensa Nacional, estarían deliberando si ilustran a las Cámaras sobre temas que inciden en sus misiones constitucionales como ocurre con la preservación de la seguridad nacional vinculada estrechamente al desarrollo del país?[40].

[38] Artículo 1.°, inciso segundo, de la Ley n.° 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido fue fijado por el DFL 1/19.653, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 17 de noviembre de 2001.

[39] Ley n.° 21542, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 3 de febrero de 2023, que modificó la Carta Fundamental con el objetivo de permitir la protección de infraestructura crítica por parte de las Fuerzas Armadas, en caso de peligro grave o inminente.

[40] La Política de Defensa Nacional de Chile del año 2020 precisa: "Una condición fundamental para lograr este desarrollo integral es mantener una paz estable, en un entorno de seguridad que permita a los chilenos desarrollar libremente sus proyectos de vida, con certeza respecto a las normas de convivencia democrática, el orden y el respeto al Estado de Derecho. Asimismo, este entorno de seguridad promueve e incentiva la inversión y la confianza en nuestro país por parte de la comunidad global, facilitando nuestra integración al mundo e impulsando nuestro desarrollo y bienestar como sociedad". Disponible en www.defensa.cl/wp-content/uploads/POLITICA-DE-DEFENSA-NACIONAL-DE-CHILE-2020.pdf [fecha de consulta: 3 de mayo de 2023].

Bibliografía

Andrade Geywitz, Carlos (1971): *Elementos de derecho constitucional chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

Bernaschina González, Mario (1955): *Manual de derecho constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Campos Harriet, Fernando (1983): *Historia constitucional de Chile* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).

Carrasco Albano, Manuel (2016): "Comentarios sobre la Constitución Política de 1823. Tribunal Constitucional de Chile", *Colección Obras de Derecho Público*, vol. I (Santiago).

Cea Egaña, José Luis (2016): *Derecho constitucional chileno*, tomo IV (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).

Cea Cienfuegos, Sergio y Coronado Donoso, Ricardo (2011): *Derecho militar. Parte general*, tomo I (Santiago: Editorial Abeledo Perrot).

Contreras, Pablo y Salazar, Sebastián (2020): "Obedientes y no deliberantes; Fuerzas Armadas, autonomía y control democrático en Chile", *Ius et Praxis*, año 26, n.° 2.

De Vergottini, Giuseppe (1985): *Derecho constitucional comparado* (Madrid: Editorial Espasa-Calpe).

García Pino, Gonzalo y Montes Ibáñez, Juan Esteban (1994): *Subordinación democrática de los militares. Éxitos y fracasos en Chile* (Santiago: Centro de Estudios del Desarrollo).

Huneuss, Jorge (2016): "Obras de don Jorge Huneuss. La Constitución ante el Congreso. Tomo II Tribunal Constitucional de Chile", *Colección Obras de Derecho Público*, vol. III (Santiago).

Jiménez Larraín, Fernando (1986): "Bases constitucionales de las Fuerzas Armadas", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.° 10.

Peña Torres, Marisol (2005): "Reformas al sistema de remoción de los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y a la composición y atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional", en Nogueira A., Humberto (coord.): *La Constitución reformada de 2005* (Santiago: Editorial Librotecnia).

Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005): *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes-Debates-Informes* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Ruiz-Tagle Vial, Pablo (2017): "Fuerzas Armadas y democracia constitucional. Un debate entre federalistas y republicanos", en Alvarado R., Claudio (coord.): *Imaginar la república. Reflexiones sobre el federalista* (Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad. Colección temas actuales).

Silva Bascuñán, Alejandro (2003): *Tratado de derecho constitucional*, tomo IX (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

STEPAN, Alfred (1988): *Rethinking Military Politics* (Princeton: Princeton University Press).

VÁSQUEZ, David (2001): *Las Fuerzas Armadas en el debate de las Constituciones de 1833, 1925 y 1980* (Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones), serie Estudios, año XI, n.° 256.

ASISTENCIA JURÍDICA Y OBJECIÓN DE CONCIENCIA

LEGAL ASSISTANCE AND CONSCIENTIOUS OBJECTION

Gaspar Jenkins Peña y Lillo[*]
Silvana Gatica Pereira[**]

RESUMEN: El presente artículo busca ofrecer una mirada específica respecto del tratamiento que se debe dar a la objeción de conciencia en la prestación de servicios de asistencia jurídica en Chile cuando estos se imponen al abogado titulado o estudiante en vías de titulación, ya sea como requisitos para obtener el título profesional o como cargas para el ejercicio de la profesión presente en el ordenamiento jurídico. Para ello, analizaremos desde un punto de vista conceptual, los elementos comunes requeridos para calificar una situación como meritoria para invocar la objeción de conciencia y luego examinar la normativa aplicable para cada caso, así como las posibles soluciones al problema.

PALABRAS CLAVES: objeción de conciencia, servicios jurídicos, ejercicio de la profesión, libertad de conciencia, cargas públicas.

ABSTRACT: This article seeks to offer a specific perspective at the treatment that should be given to conscientious objection in the provision of legal assistance services in Chile, when these are imposed on the licensed attorney or law student in the process of obtaining a law degree, either as requirements for obtaining the professional title of attorney or as burdens of the profession

[*] Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho, LLM, Pontificia Universidad Católica de Chile y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: gjenkins@udd.cl

[**] Ayudante de la cátedra de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: slgatica@uc.cl

Los autores agradecen la colaboración de su ayudante de investigación, Javiera Hernández Guerrero, sin la cual este trabajo no sería posible.

currently present in the legal system. For this purpose, a conceptualization of the common elements required to qualify a situation as worthy of invoking conscientious objection is made, and then the applicable regulations for each case are examined, as well as the possible solutions to the problem.

Keywords: conscientious objection, legal services, practice of the profession, freedom of conscience, public charges.

Introducción

Si bien es apropiado visualizar al abogado como un profesional encargado de velar por la defensa de los intereses y derechos de las demás personas, participando de forma protagónica en el proceso y siendo, en muchas ocasiones, indispensable para un resultado favorable, no es menos cierto que se trata de un profesional titular cuyos derechos no pueden verse mermados por el ejercicio de su profesión, en especial aquellos que tienen relación con sus libertades de conciencia, culto y expresión.

Tanto tratados internacionales sobre derechos humanos como una serie de textos constitucionales a nivel comparado, amparan diversos derechos fundamentales que también serán parte de la vida profesional de las personas, permitiéndoles resguardar su dignidad, incluso durante su faceta de prestadores de servicios –en este caso– jurídicos. La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, por ejemplo, consagra, entre otros, el derecho a que:

> "Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias",

resguardando, de esta forma, un ámbito específico: el no actuar en contra de los postulados propios y más íntimos de un individuo.

Frente aquella complejidad a la que está expuesta el abogado, es posible cuestionarse si la objeción de conciencia sirve como un mecanismo adecuado para proteger al operador jurídico en aquellas situaciones en las que se ve compelido a actuar contradiciendo su conciencia, moralidad o, incluso, creencias religiosas.

Como bien se sabe, la institución de la objeción de conciencia no ha sido ajena al ejercicio de otras profesiones, como ha ocurrido con médicos frente a obligaciones jurídicas que pugnan con sus creencias más profundas, o con funcionarios públicos y ciudadanos sujetos a una carga pública jurídica (como portar armas o realizar el servicio militar obligatorio). Incluso en el último tiempo, la objeción de conciencia también se ha vinculado al mundo la-

boral, en miras de resguardar mediante la compatibilización de las jornadas laborales o determinadas tareas con el ejercicio de ciertos cultos o creencias (ejemplo de ello son los casos de trabajadores sabatistas).

Pero ¿es posible utilizar la objeción de conciencia como justificante para amparar al abogado aleatoriamente designado a prestar asistencia jurídica?, ¿o para aquel estudiante que en su época de formación debe cumplir con obligaciones curriculares de asesoría legal?

Si bien es cierto que este pareciera ser un tema de escaso debate, la realidad es que en la práctica ha demostrado ser de una ocurrencia no tan inhabitual, existiendo varias hipótesis que se podrían plantear en este contexto, aun cuando sean limitadas las instancias en que se ha documentado el uso de este mecanismo en la prestación de un servicio legal.

El presente trabajo busca reflexionar sobre la institución de la objeción de conciencia y su pertinencia para resguardar a abogados cuando, por diversos tipos de obligaciones, deben ofrecer un servicio jurídico que pugna con sus convicciones intimas, tratando de identificar dichas hipótesis y eventos existentes, en un intento por dilucidar los elementos que conformarían la objeción de conciencia en la profesión legal y la aceptación –o no– de los tribunales de justicia frente a su invocación.

II. Sobre la objeción de conciencia en Chile

1. *Breve referencia a la institución de la objeción de conciencia en su carácter de derecho fundamental*

Entre las manifestaciones de la libertad de conciencia más complejas de adoptar por un sistema jurídico como el chileno, se encuentra la objeción de conciencia, esto es, aquel incumplimiento que realiza un determinado sujeto respecto de un deber jurídico existente e imponible a una generalidad de personas, fundado en un dictamen de conciencia, que se representa de tal entidad que le impide observar el comportamiento exigido[1]. De esta forma, para Zagrebelsky, Marcenò y Pallante, la objeción de conciencia podrá ser catalogada dentro de aquellos derechos fundamentales dirigidos a proteger la identidad personal y el derecho a ser respetados por lo que se es, puesto que:

> "el individuo tiene el derecho de cultivarse a sí mismo como sujeto moral y de hacer valer las libertades que le corresponde según los dictámenes de su conciencia (identidad activa), del mismo modo que

[1] Martínez (2022), p. 117; Leyra-Curiá (2021), p. 406.

tiene el derecho a que su identidad sea reconocida, respetada y no alterada"[2].

Si bien podemos atribuir los orígenes de la objeción de conciencia al momento de nacimiento de la democracia moderna y el resguardo de derechos y deberes civiles[3], este ha tenido un desarrollo normativo y técnico que ha facilitado su implementación, eso sí, de una manera reglada y excepcional. A pesar de ello, sus primeras manifestaciones se caracterizaban como desobediencias al derecho[4], ya sea de carácter revolucionarias o civiles, y fundadas principalmente en razones políticas, éticas o religiosas.

Las desobediencias en cuestión, caracterizadas por significar, para determinados colectivos, un mecanismo de defensa –con violencia en algunos casos– ante una imposición jurídica, comenzaron a manifestarse individualmente, a costas de las libertades y derechos de la misma persona que transgredía la norma objetada, a través de su "auto-exposición" a castigos de carácter penal o administrativos en su contra.

Más bien, podremos hablar de una verdadera objeción de conciencia no solo cuando existe una conducta de "desobediencia" política o civil[5], sino, también, cuando aquel plano de intimidad de la persona, en la que consta una contradicción profunda entre el contenido de un imperativo jurídico que debe cumplir y sus creencias personales, cumple determinados requisitos que, cada vez, de forma más asentada, han sido construidos para su invocación, los que, a juicio de Juan Martínez Otero[6], serían tres:

a) existencia de un deber jurídico susceptible de generar el conflicto de conciencia;
b) contradicción entre aquella obligación jurídica y los dictámenes de conciencia de la persona obligada y
c) la intención estrictamente privada de la objeción, es decir, la objeción posee una finalidad individual o privada (y no un objetivo de carácter político, por ejemplo)[7].

[2] Zagrebelsy *et al.* (2020), p. 487.

[3] Beca y Astete (2015), p. 493.

[4] Rodríguez-Toubes (1994), p. 178.

[5] Entendemos que calificar la objeción de conciencia como una "desobediencia civil" es aún discutido, ya que parte de la doctrina discrepa que exista un "derecho a desobedecer" un imperativo legal si justamente es la obediencia a la norma por parte de la sociedad lo que de cierta forma le entrega legitimidad a esta. Véase, en este sentido, Araya (2015), p. 7 y ss. Sin perjuicio de lo anterior, para efectos de este trabajo nos limitaremos a mencionar que ambas comparten al menos algunos aspectos comunes que podrían devengar en una relación género (desobediencia) - especie (objeción).

[6] Martínez (2022), pp. 117-118.

[7] De esta manera: "no se trata de un atributo absoluto o de innovación y ejercicio ilimitado, atendido que los textos constitucionales democráticos y los tratados internacionales lo acotan

Así, y como plantean Selamé y Viera, no se debe confundir la objeción de conciencia con otros casos de resistencia al derecho, aunque tengan algunos factores compartidos[8].

En Chile, la objeción de conciencia se planteó en sus inicios a propósito del servicio militar obligatorio. Aquel deber, que, incluso, ha llegado a ostentar rango constitucional[9], se consagró en 1900, con la entrada en vigor de la Ley n.º 1362, sobre Reclutas y Reemplazos del Ejército y la Armada, que fue dictada como una respuesta al contexto militar global característico de la época y la consiguiente carrera armamentista[10]. No obstante, aun con la promulgación de la Ley n.º 20.045, que Moderniza El Servicio Militar Obligatorio, no se ha avanzado en garantizar de forma explícita el derecho de poder invocar la objeción de conciencia en este contexto, sino, por el contrario, la ley se ha limitado a señalar las causales por las cuales uno puede justificar la exclusión del cumplimiento de aquello[11]. Suerte diversa tuvo el tratamiento de la objeción de conciencia en el ámbito médico, puesto que, con la promulgación de la Ley n.º 21.030, que Regula la Despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales, se introdujo al *Código Sanitario* un nuevo artículo (119 ter) que permite, explícitamente, objetar de conciencia al médico tratante, al personal médico y a la institución de salud (esta última, denominada de forma coloquial como "objeción de conciencia institucional").

A pesar de ello, la objeción de conciencia no se limita a los ámbitos militares o sanitarios descritos, ello puesto es posible identificar situaciones en que las concepciones valóricas de una persona entran en conflicto con los deberes establecidos por el ordenamiento jurídico son aún más variadas, pudiendo alcanzar, por ende, los diversos espacios en los que interactúa el individuo. Es por esto que la objeción de conciencia no está ajena, por ejemplo, al mundo

al marco de respeto por el orden y la seguridad pública, la moral y las buenas costumbres. Dentro de tal marco, por consiguiente, dicha objeción retoma su indudable legitimidad para cumplir la legalidad positiva": Cea (2012), p. 243.

[8] Selamé y Viera (2021), p. 453.

[9] Véase el actual artículo 22 de la Constitución Política, cuyo origen se remonta al Acta Constitucional n.° 3, dictada en 1976.

[10] González (2007), p. 111.

[11] Según dicha legislación: "Para la realización del servicio militar se seleccionará preferentemente a las personas que hayan manifestado su decisión de presentarse voluntariamente a su cumplimiento o de efectuarlo voluntariamente, y que cumplan con los requisitos legales, reglamentarios y de salud. En el caso de que los voluntarios varones no sean suficientes para enterar el contingente a que alude el artículo 20, se completará la cantidad faltante mediante los sorteos que contempla esta ley" (artículo 1.° n.° 21 de la Ley n.º 20045, que sustituye el artículo 29 del decreto ley n.º 2306).

laboral[12], sin perjuicio de que también en él la objeción de conciencia ha tenido un escuálido tratamiento, no existiendo ley, protocolo o reglamento que la regule directa y explícitamente.

Lo anterior puede resultar problemático, dado a que el ejercicio de cualquier profesión se desarrolla a través de acciones y decisiones que el mismo profesional, de manera autónoma, va adoptando, utilizando como referencia, entre varios otros elementos, las convicciones que gobiernan su fuero interno. Ignorar este último elemento –como un componente de la toma de decisiones profesional– implicaría aceptar que, a veces, se pueden generar situaciones perjudiciales para los terceros beneficiarios de estos servicios, dado a que el prestador del servicio estaría actuando coercitivamente y no en conformidad al principio de buena fe de acuerdo con el pleno goce de voluntad o convicción[13].

Es aquella problemática la que se intenta atender en el presente trabajo, en especial aquel ámbito ligado al ejercicio de la profesión legal y las distintas "etapas" en las que un abogado o postulante al título de abogado presta asistencia legal "obligatoriamente". Esta asistencia legal "obligatoria" es muchas veces la última posibilidad de una tutela judicial efectiva para los usuarios de este servicio, e ignorar que los encargados de asistir en este derecho a la defensa son, a su vez, titulares de un derecho de objeción puede devenir en una situación de indefensión para el usuario o representado, aspecto contradictorio a la finalidad de estos servicios.

2. La objeción de conciencia como manifestación de la libertad de conciencia en Chile, y los elementos basales para su configuración en la práctica nacional

Como bien se ha observado por parte de la doctrina nacional, la objeción de conciencia no se encuentra consagrada explícitamente en el texto constitucio-

[12] "La jurisprudencia de Estrasburgo ha puesto de manifiesto que en materia de objeción de conciencia puede resultar también involucrado el artículo 14 del Convenio [Europeo], donde se consagra el derecho a la igualdad y su corolario de no discriminación por razones religiosas e ideológicas. Su relación con la objeción de conciencia ha puesto de relieve muy especialmente en el ámbito laboral, frente a situaciones de discriminación indirecta. Por tal hay que entender aquella situación provocada por disposiciones o políticas empresariales que son aparentemente neutrales, pero que tienen un efecto adverso para algunas personas por su religión o convicciones, entre otras razones. Para combatir estas situaciones, la legislación occidental ha precisado que para no incurrir en tal discriminación, aun cuando la obligación cuyo cumplimiento se objeta obedezca a una exigencia laboral de buena fe, el empleador está obligado a atender la objeción de conciencia planteada por sus empleados, salvo cuando le haga incurrir en un gravamen indebido", Cañamares (2014), p. 41. Véase, además, Díaz (2004) o Palomino (1991).

[13] Véase Santos (2004), pp. 77-79.

nal vigente, por lo que esta se desprende, al menos de forma implícita, a partir de la regulación que realiza la Constitución Política sobre la libertad de conciencia[14], en el numeral sexto de su artículo 19, que asegura a todas las personas:

> "La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público".

Ya en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución ("Comisión Ortúzar") es posible vislumbrar referencias a la objeción de conciencia y la existencia de un fundamento para ella a partir de la libertad de conciencia, tal como lo destacó el comisionado Ortúzar, sustentando aquel fundamento en la forma que tratados internacionales y el derecho comparado tratan la libertad de conciencia, lo comprendido por ella y el compromiso de cada Estado de garantizarla[15]. Así, por ejemplo, el comisionado cita, entre otros, lo referido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y por las Constituciones de Italia, Costa Rica y de México, constatando que en ellas solo es posible encontrar referencias a la libertad de conciencia, sin menciones expresas a la objeción de conciencia, pero entendiendo a esta última como un medio por el cual dicha libertad podría defenderse. El comisionado Ortúzar citó también la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, la Constitución de Colombia y la Constitución de Guatemala, que ya en términos más claros y expresos, consagraban un derecho de las personas a manifestar sus creencias, impidiendo que nadie pueda ser obligado a observar prácticas contrarias a su conciencia[16].

---

[14] Entre otros, Cea (2012), pp. 243-244; Vivanco (2021), pp. 659-660. Sin embargo, se debe mencionar que, por otro lado, algunos autores plantean que derivar la objeción de conciencia desde el artículo 19 n. °6 de la Constitución Política es incorrecto, dentro de las cuales destaca la posición de Figueroa (2016), p. 169 y ss., quien plantea: "no hace sentido vincular la objeción de conciencia con el derecho constitucional de libertad de conciencia. El error está en pensar que como ambas instituciones tienen en común la conciencia moral del individuo, entonces son lo mismo o se implican recíprocamente".

[15] Actas de la sesión 130ª de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, realizada el 17 de junio de 1975.

[16] Así, según el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye [...] la libertad de manifestar su religión o su creencia [...], por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia". Asimismo, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en su artículo 4.° dicta: "Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a servir con las armas en la guerra", mientras que la Constitución Política de Colombia dice en su artículo 53: "[...] Nadie será molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni compelido a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia".

Pero sería la consideración del comisionado Guzmán la que terminaría primando dentro de las reflexiones sostenidas por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución sobre esta materia. Según aquel comisionado, es la libertad de conciencia el antecedente de la libertad de opinión, de la libertad de manifestación de creencias religiosas e, incluso, a la de pensamiento[17]. En este entendido, la objeción de conciencia es calificada como un mecanismo para hacer respetar, ante la exigencia imperativa de una norma, la creencia o convicción personal del objetor, fundado en que la Constitución asegura una protección a esta libertad de creencia o convicción (que emana de la conciencia).

Es por ello que, por ejemplo, tanto para Nogueira como para Silva Bascuñán, la objeción de conciencia puede ser apreciada como una garantía de la libertad de conciencia y, en su virtud, frente a un imperativo jurídico contrario a la moral interna de un obligado, será necesario "ponderar derechos" para así resolver de la mejor forma una eventual tensión (una ponderación entre la libertad de conciencia y aquel bien o interés jurídico que busca desarrollar o amparar el mandato obligatorio que se desea objetar), siempre que ella no pueda ser resuelta mediante criterios hermenéuticos generales derivados del texto constitucional, y que, de reconocerse una ponderación favorable a la libertad de conciencia, aquello se traducirá en el nacimiento legítimo de una causal eximente de aquella obligación[18].

Esto hace relevante la necesidad de delimitar adecuadamente la objeción de conciencia y sus elementos de procedencia, cosa de especial dificultad debido a tres razones:

1) la falta de regulación de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico chileno;
2) ausencia, producto del numeral anterior, del procedimiento para invocar la objeción, y
3) la inexperiencia de tribunales u otros órganos estatales en la tramitación de este derecho.

Debido a estos obstáculos, no existe en Chile un concepto mayoritariamente aceptado, sea doctrinario como jurisprudencial, sobre la objeción de conciencia. Se ha visto que, en la medida en que surgen situaciones de objeción, las autoridades correspondientes han esbozado ciertos elementos indispensables para calificar una situación como tal y no como una desobediencia a la ley. Así, la Contraloría General de la República ha señalado que la objeción de conciencia es: "una figura jurídica de carácter excepcional, tanto a nivel nacional

[17] Actas de la sesión 130ª de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, realizada el 17 de junio de 1975.

[18] Nogueira (2019), p. 30; Silva (2006), p. 239.

como en el derecho comparado, puesto que se trata de un mecanismo establecido para justificar que determinadas personas puedan dejar de cumplir una obligación legal"[19], mientras que, para el Tribunal Constitucional, aquella puede ser entendida como un verdadero derecho, cuyo contenido garantiza a las personas a "no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley" o a "[rechazar] una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona"[20].

Por ello, en una primera aproximación, se evidencian ciertas congruencias en los conceptos que manejan ambos órganos y, por lo mismo, a partir de ello se podría entender la objeción de conciencia como un mecanismo de carácter excepcional, mediante el cual el objetor justifica la negativa de cumplir con una obligación normativa, basado en razones de conciencia[21].

De esta forma, y respecto de lo señalado, un primer elemento a tener en consideración tendrá relación con el titular de este "derecho a objetar"[22], entendiendo, desde ya, que, por su configuración individual y subjetiva, es posible afirmar que aquel pertenece a todas las personas, sin que ello obste revivir el debate sobre la titularidad de los derechos fundamentales en general, o si ellos permiten una titularidad activa por personas jurídicas. Así, desde una primera mirada, y como bien plantean Selamé y Viera, la objeción de conciencia se trataría de un derecho "que asiste a los individuos y se deriva de su dignidad, es adscriptivo y no puede extenderse a las personas jurídicas, ya que no cuentan con esas características: dignidad y *ethos* moral"[23], y por esto, se podrá apreciar como una característica de la objeción de conciencia que solo la persona natural es capaz de ponderar y decidir qué tanto afecta su conciencia la realización o no del deber jurídico, sin que nadie más pueda intervenir en aquella decisión.

---

[19] Contraloría General de la República (2018a).

[20] Tribunal Constitucional (2017), considerando 125.°.

[21] Sin embargo, la doctrina ha realizado importantes esfuerzos para construir un conjunto de requisitos que permitan distinguir entre aquellas objeciones de conciencia relevantes para el derecho de aquellas que no lo son, para efectos de identificar de manera adecuada a cuál se le debe dotar del efecto de eximir el cumplimiento del deber jurídico. Un ejemplo destacado de ello se encontrará en Gascón (2018), pp. 96-97, donde se observan como elementos que se deben satisfacer para lograr la configuración de una objeción de conciencia, que aquella sea veraz y sincera, coherente con el comportamiento ordinario del objetor, relevante desde su moralidad y que su reconocimiento no implique la desprotección del derecho fundamental de un tercero.

[22] Sobre la discusión respecto de si la objeción de conciencia es un derecho propiamente tal o, por el contrario, es una exención de cumplir un deber, véase, entre otros, Gómez (1997), pp. 64-71.

[23] Selamé y Viera (2021), p. 453. Véase, también, el profundo trabajo elaborado al respecto por Muñoz (2020).

Ahora bien, lo anterior poseería como principal contradictor a la denominada "objeción de conciencia institucional" contemplada por el artículo 119 ter del C*ódigo Sanitario*, que permite a instituciones médicas (y ya no a las personas naturales que, mediante el derecho de asociación, le dan existencia), ser objetor de conciencia, fundado principalmente por las consideraciones del Tribunal Constitucional que, al respecto, señaló que la objeción de conciencia institucional debe entenderse de forma equilibrada, puesto que:

> "exime de ejecutar determinadas obligaciones legales cuando estas obligaciones repugnan las convicciones o ideario legítimo de una persona o entidad y [...] la consecuencia natural de este derecho es que no puede traer aparejado castigo o menoscabo alguno para quien lo ejerce"[24].

La decisión adoptada por el Tribunal Constitucional chileno no ha estado ajena de críticas, justamente, por la ampliación del titular del "derecho a objetar". En palabras de Figueroa:

> "la objeción de conciencia se funda en la conciencia moral de la persona, de modo que sólo es procedente tratándose de una persona natural, no de una persona jurídica. Por tanto, no es admisible la denominada objeción de conciencia institucional"[25],

situación que puede provocar riesgos innecesarios, como un conflicto de derechos protagonizado por la "libertad de conciencia" de la institución médica con la libertad de conciencia moral de un médico tratante contratado por dicha institución. Sin embargo, el fundamento de la decisión del Tribunal Constitucional se encontraría –según su entendimiento– en un derecho cuya fuente emana de la Constitución y se deriva de la autonomía de los grupos intermedios de la sociedad y la libertad de asociación, también amparado por la

[24] Tribunal Constitucional (2019), considerando 4.°.

[25] Figueroa (2016), pp. 164-167. Según este autor: "Esto permite pensar en 2 principios hipotéticos vinculados con la objeción de conciencia individual: [...] P2: Prohibir a alguien ejecutar un aborto también podría lesionar su conciencia moral. Por ejemplo: el caso de algún médico que tenga un compromiso profundo con los derechos de la mujer y, en general, con los intereses de sus pacientes, y que alguno de esos pacientes requiera un aborto. Esta situación corresponde a lo que Dickens denomina *compromiso de conciencia*. Este principio excluye la prohibición de ejecutar el aborto. [...] iii) Veamos ahora qué ocurre con P2. Este principio exige que a un médico no se le prohíba practicar un aborto si hacerlo constituye una exigencia de su conciencia moral (compromiso de conciencia). La existencia de P1 –como se ha insistido– generaría un espacio de autodeterminación de una institución de salud frente al Estado para que decidiera sus políticas internas sin intromisión del mismo. Dentro de las políticas de la institución podría estar que se prohíba a los médicos que trabajan en ella a realizar un aborto. Esta es la tercera conclusión: P1 no garantiza el respeto de P2".

Constitución. En consideración del Tribunal, es el Estado quien tiene un deber de reconocer y amparar a estos grupos intermedios y garantizar sus libertades para permitir su adecuado desarrollo en sociedad, debido a que su autonomía constitucional es amplia y se les "asegura a todas las comunidades y personas jurídicas"[26].

Ahora bien, independiente de lo anterior, se ha entendido que la objeción de conciencia es un derecho del que gozan profesionales en el ejercicio de su profesión, siendo el ejemplo más clásico la del médico profesional en su práctica. Sin embargo, se ha demostrado que este derecho no es exclusivo de quienes tengan aquella calidad ni tampoco se limita a las situaciones que pueden surgir en el ejercicio de su labor. Así, un trabajador podría invocar objeción de conciencia ante el cumplimiento de sus obligaciones en un día religioso, tal como un religioso podría invocar objeción de conciencia frente a una norma de sufragio obligatorio cuando el voto deba ejercerse en un día de descanso[27]. El Tribunal Constitucional, frente a ello, ha sostenido:

> "[…] no se divisa razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales. Cuando aquéllas que no lo son también podrían tener reparos, en conciencia, frente a los procedimientos que deban intervenir"[28].

Un segundo elemento que se debe considerar tiene relación con la constatación de una negativa excepcional exteriorizada por el titular del "derecho a objetar" a cumplir una obligación normativa.

---

[26] Tribunal Constitucional (2019), considerando 10.°. La visión dada por el Tribunal Constitucional fue compartida por la Contraloría General, la que, pronunciándose sobre el Reglamento para hacer efectiva la objeción de conciencia institucional, dictaminó: "En efecto, los razonamientos expresados por el Tribunal Constitucional sobre la materia se encuentran acordes con la anterior conclusión, pues dicho órgano jurisdiccional señaló en la sentencia de que se trata –considerando centésimo trigésimo sexto– que 'la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas, en este caso, con arreglo a la autonomía constitucional que a los grupos intermedios de la sociedad les reconoce la propia Carta Fundamental, artículo 1°, inciso tercero. La interposición de este legítimo reparo no se agota en el orden individual, puesto que también se extiende y propaga a las asociaciones destinadas a encarnar el mismo libre pensamiento, acorde con el derecho que asegura a todas las personas el artículo 19, N° 15, de la Constitución' ", Contraloría General de la República (2018b), dictamen n.° 17595.

[27] En la jurisprudencia chilena, sin ir más lejos, se ha discutido sobre la objeción de conciencia invocada por médicos respecto de la práctica de interrupciones al embarazo, por trabajadores sabatistas o adventistas cuando son instruidos a laburar durante un sábado, o la de funcionarios de Fuerzas Armadas respecto al uso de armamento. Véase Nogueira (2019), pp. 30-37.

[28] Tribunal Constitucional (2017), considerando 135.°.

La objeción de conciencia, como hemos intentado resaltar, es un mecanismo de carácter excepcional por cuanto en ningún caso debiese utilizarse para facilitar el quebrantamiento de cualquier deber jurídico que se ha impuesto al objetor. En este sentido, la Contraloría General ha recalcado:

> "[…] la objeción de conciencia debe respetar, en todo caso, dicha excepcionalidad, de manera que –salvo que el legislador disponga expresamente lo contrario– la autoridad administrativa no puede dispensar del cumplimiento de requisitos, condiciones, o establecer presunciones o cualquier elemento que signifique alterar ese carácter de excepción"[29].

En cuanto a la fuente de la obligación, si bien en la mayoría de las definiciones y conceptualizaciones respecto de la objeción de conciencia esta aparece ligada a una "obligación" seguida de las voces 'legales', 'de leyes' o similares, no se debe restringir el ámbito en que pudiese aparecer aquella obligación que se niega a cumplir. Dicho ello, la obligación que provoca esta pugna con la convicción personal podría emanar de la Constitución, como el servicio militar obligatorio; de una ley o, incluso, de la potestad reglamentaria del Presidente, como las obligaciones que establece el reglamento para ejercer la objeción de conciencia conforme al artículo 119 ter del *Código Sanitario* o, incluso, de postulados o instrucciones dadas por un empleador. A partir de ello se puede concluir que la objeción busca justificar la negativa de cumplir un deber jurídico, más que una obligación legal propiamente tal[30].

Finalmente, y como tercer elemento, encontramos la justificación de la negativa a cumplir el deber jurídico, la que ha de estar ligada de manera íntima las creencias o convicciones personales del objetor.

Es decir, las convicciones personales producto de la libertad de conciencia que pugnan con la obligación jurídica que se niega cumplir pueden ser de carácter religioso, moral, político o ético, pero han de estar muy ligadas a la construcción moral interna del objetor. Así lo han entendido tanto la Contraloría General como el Tribunal Constitucional, los cuales entienden que:

---

[29] Contraloría General de la República (2018a). Como recoge Martínez (2022), p. 119, respecto de la jurisprudencia española, ella se caracteriza, entre otras cosas, por fijar como elemento común de aquellos fallos que reconocen la existencia de la objeción de conciencia, que ella ha de ser excepcional, puesto que: "en circunstancias verdaderamente excepcionales, puede 'entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido' ".

[30] Así lo planteó, por ejemplo, el ministro Pozo, que en su prevención realizada en el fallo Tribunal Constitucional (2017), donde señaló que este deber "consiste en una obligación emanada y respaldada, normalmente mediante medios coactivos, por el derecho, con independencia de su destinatario o alcance".

> "[...] la objeción de conciencia debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que se niegan a practicar cierto tipo de actuaciones [...] por razones éticas, morales, religiosas, profesionales, u otras de señalada relevancia"[31].

III. Sobre el ejercicio de la asistencia jurídica en Chile

El título XV del *Código Orgánico de Tribunales* señala:

> "Los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes",

pero, en la práctica, se sabe que, si bien la facultad de defender los derechos ante tribunales de justicia es exclusiva del abogado, la posibilidad de otorgar asistencia jurídica no lo es, a tal punto que existen etapas en la vía de titulación de un estudiante de derecho en que deberá prestar este servicio estatal de forma obligatoria, como requisito para acceder a la habilitación profesional[32].

A propósito de esto, será necesario distinguir al menos cuatro escenarios a lo largo de la trayectoria laboral o académica del abogado chileno que merecen ser analizadas además de la objeción de conciencia conceptualizada en el apartado anterior. Para ello, debemos distinguir entre la asistencia jurídica que se presta como abogado propiamente tal y aquella que se presta por quienes están aún en vías de obtener dicho título.

1. El caso del habilitado en derecho de una clínica universitaria y de la clínica universitaria propiamente tal

Hoy, son varias las universidades, tanto públicas como privadas, que ofrecen un servicio de asistencia jurídica gratuita para quienes, por motivos de insuficiencia socioeconómica o razones de vulnerabilidad social, no tienen los medios para encomendarle a un abogado particular la representación en juicio u otras asesorías de carácter jurídicas. La tendencia nacional ha sido, entonces, incorporar este servicio de asistencia gratuita en la malla académica mínima de las carreras de derecho, implementadas por las distintas casas de estudio para otor-

[31] Contraloría General de la República (2018a).

[32] Sobre las críticas a este requisito de titulación conforme a los estándares para una asistencia jurídica adecuada a los sectores más vulnerables de la población, véase Jenkins (2021) y Balmaceda (2000), entre otros.

gar la Licenciatura en Ciencias Jurídicas que exige el *Código Orgánico de Tribunales*[33], por lo que su aprobación se ha convertido en un requisito ineludible para todo estudiante de derecho que aspira convertirse en un abogado.

Esta exigencia es concordante con la Ley n.º 18120, sobre Comparecencia en Juicio, dado que, de conformidad a dicho texto legal, es "habilitado en Derecho" y, por ende, puede comparecer en determinadas actuaciones procesales, el:

> "estudiante actualmente inscrito en tercero, cuarto o quinto año de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de alguna de las universidades autorizadas y por egresado de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes".

Es decir, existe una norma legal que habilita a los estudiantes prestar asistencia jurídica a los usuarios de aquellas clínicas universitarias. En consecuencia, cada vez que la clínica jurídica sea un ramo de la malla curricular para la obtención de la licenciatura, los estudiantes prestarán este servicio de manera obligatoria, sea porque dicha exigencia se encuentra amparada en el reglamento interno de la propia universidad o en el propio contrato de prestación de servicios educacionales que el estudiante haya firmado con su casa de estudios.

Conforme a este panorama, ¿es posible afirmar que existe, en este ámbito de la vida académica, un derecho de invocar la objeción de conciencia por los estudiantes? Y, por otro lado, ¿podría la universidad invocar una "objeción de conciencia institucional" respecto de un caso presentado por un patrocinado que requiera de una asistencia jurídica gratuita?

Sobre la segunda de estas interrogantes, es necesario dilucidar si la propia universidad (o su clínica jurídica, en específico) puede o no invocar la objeción de conciencia institucional. En esta línea, la Contraloría General –siguiendo las líneas argumentales detrás de su dictamen sobre el reglamento de objeción de conciencia conforme al artículo 119 ter del *Código Sanitario*– ha dictaminado que los establecimientos que otorgan un servicio público[34] no pueden invocar la objeción de conciencia, pues tienen un imperativo de cumplir con obligaciones del Estado para las cuales fueron creados, pero, por el contrario, las

[33] En la actualidad, aprobar el curso Clínica Jurídica es un requisito para obtener la Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad de Chile, la Universidad del Desarrollo, la Universidad Diego Portales, entre otras.

[34] No profundizaremos en la discusión sobre si la prestación de asistencia jurídica por cualquier persona constituye o no un servicio público, sino que, para efectos de este supuesto, entenderemos que la asistencia gratuita que se presta es un servicio público cuando está siendo prestado por un organismo público, como sería, por ejemplo, la Defensoría Penal Pública.

entidades privadas sí podrían invocar una "objeción de conciencia institucional". Sin embargo, este criterio poseería como excepción el hecho de que la entidad privada realice aquella labor en miras de un convenio suscrito con el Estado, puesto que, en dicha circunstancia, la entidad privada está llevando a cabo un servicio público (en el sentido de la actividad, no del órgano) que generalmente presta el Estado, configurándose una función pública subvencionada por recursos públicos[35].

Es en este último sentido donde opera una figura jurídica de delegación, mandato o sustitución con respecto a un servicio público que, en su origen, le correspondería prestar al Estado, el que sería desarrollado por entidades privadas financiadas con fondos públicos, circunstancia que permitiría argumentar la existencia de una prohibición para invocar la objeción de conciencia institucional[36]. Ahora, en el supuesto contrario, de que no existiese este traspaso de fondos y consideráramos la prestación de asistencia como un servicio particular, sí sería posible entender como una opción la invocación de la objeción de conciencia por parte del establecimiento que se ve envuelto en esta disyuntiva de obligaciones reglamentarias y su ideario legítimo, siempre que validemos y ampliemos –por analogía– la tesis de la "objeción de conciencia institucional" a otros ámbitos distintos de los reglados por el artículo 119 ter del *Código Sanitario*, la que, por su excepcionalidad, podría entenderse como una excepción dentro del contenido de aquel "derecho a objetar".

Ahora bien, un caso distinto se apreciará cuando hablamos de la objeción de conciencia del estudiante como tal[37]. Sin embargo, el hecho de que pueda comprenderse la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia en el caso del estudiante que cursa el ramo de Clínica Jurídica, no permite resolver cómo habría que invocar esta objeción, situación que obligaría a analizar los reglamentos pertenecientes a cada Facultad de Derecho o universidad para determinar si hay un procedimiento preestablecido para aquello. En caso de negativa, y salvo que exista una exención decretada por el profesor responsable del curso, o de la jefatura de carrera, pareciera ser que la vía más adecuada para invocar la objeción y lograr la exención en cuestión sería a través de la presentación de un recurso de protección.

[35] Contraloría General de la República (2018a); Contraloría General de la República (2018c).

[36] Contraloría General de la República (2018d).

[37] Tal como ocurriría, por ejemplo, con un estudiante que no quisiera tramitar una demanda de divorcio o defender a un deudor de pensión de alimentos.

2. El caso del postulante que realiza su práctica profesional como requisito para obtener el título de abogado

Un segundo caso será el de los egresados o licenciados en derecho que, en miras de obtener su título de abogado, han de realizar una práctica profesional obligatoria para el Estado (sin remuneración), bajo la tutela de la Corporación de Asistencia Judicial (por regla general), por un periodo de seis meses. Esta obligación se encuentra contemplada en el decreto n.° 265, de 1985, que regula la práctica profesional, en conformidad a lo dispuesto en la Ley n.º 17995, que Crea las Corporaciones de Asistencia Jurídica.

Ahora bien, y sin perjuicio de que las normas en cuestión no hacen referencia alguna a los derechos fundamentales de los practicantes, ello no obsta, conforme a su carácter de persona, que su actividad se encuentra revestida del halo protector de las garantías constitucionales, de manera que, al igual de lo que ocurre con los trabajadores dentro de la relación laboral[38], será posible inferir que los postulantes tienen libertad de conciencia dentro del ámbito de su práctica profesional (y, sin duda alguna, fuera de él) y, consecuentemente, apreciar la posibilidad de que invoquen un derecho a objetar de conciencia.

Con todo, lo que si se establece de forma explícita en las normas referidas a la práctica profesional son las obligaciones del postulante, entre las que ha de destacar el vínculo de subordinación y dependencia que se genera entre el practicante y el abogado jefe de la sección o consultorio respectivo, dictaminando que estarán bajo las órdenes inmediatas de este y exigiendo que se acaten todas las instrucciones que aquel imparte. Específicamente, el Reglamento ordena a los postulantes a:

1) atender la defensa de los juicios y demás asuntos encomendados por el abogado jefe;
2) asistir a las reuniones jurídicas en donde es requerido y
3) hacer una entrega formal de los asuntos a su cargo al final de su práctica.

Es la primera de estas obligaciones, contemplada en la letra a) del artículo 10 del decreto n.° 265, la que establece la generalidad del trabajo del postulante y contra la cual se buscará impetrar una objeción de conciencia en el caso que lo amerite.

Así,será posible reconocer que el practicante es titular de un derecho de objeción derivado de su calidad de persona natural, al que se le impone una obligación jurídica (tanto en el ámbito reglamentario como legal) de prestar

[38] Sobre la influencia y protección de los derechos fundamentales en los diversos ámbitos de la vida de una persona; véase, entre otros, Mora (2017).

de forma gratuita un servicio de asistencia legal a todas las personas que así lo requieran, estableciéndose sanciones jurídicas que aquel deberá acatar en caso de incumplimiento de sus obligaciones[39].

Pareciera, entonces, que el postulante, al igual como el estudiante habilitado en derecho, tiene un derecho de invocar la objeción de conciencia en aquellas situaciones en las que se ve enfrentado al cumplimiento de una obligación jurí dica que contraviene, de manera profunda, sus concepciones morales más íntimas.

Lamentablemente, tampoco existe una regulación explícita –sea en el reglamento o en la ley– que nos entregue lineamientos claros para invocar este derecho de manera efectiva durante el ejercicio de la práctica profesional, por lo que la solución del recurso de protección sigue siendo la alternativa más viable para el caso de que no se implemente una "acomodación razonable"[40] voluntaria por el abogado jefe de la práctica profesional, reasignando las causas entre los postulantes cuando uno de ellos haya manifestado una razón legítima para negarse a la tramitación de ciertos asuntos.

Tampoco resulta ajeno, y acorde con lo que se comenta en el mundo de la abogacía en general, advertir situaciones en las que surgen controversias entre los postulantes y este deber jurídico de prestar un servicio de asistencia jurídica en las Corporaciones de Asistencia Judicial producto de convicciones personales de los primeros. Ejemplo de lo anterior es la situación vivida por un estudiante que debió renunciar a la práctica profesional dado a que el imperativo de tramitar juicios de divorcio colisionaba con su concepción del matrimonio, en especial por la concepción indisoluble de este último. Lo anterior obligó al estudiante aplazar la obtención de su título profesional, debiendo esperar una nueva designación[41].

3. *El caso del abogado del turno*

Ahora bien, de las situaciones a las que se enfrenta un abogado ya titulado, es posible afirmar que, sin duda alguna, el ejercicio de la profesión puede verse envuelto en un escenario complejo entre sus obligaciones y convicciones.

---

[39] Por ejemplo, el artículo 27 del decreto n.° 265 permite adoptar medidas disciplinarias contra el postulante, como una amonestación verbal, censura por escrito, suspensión hasta por diez días, prórroga o cancelación de la práctica, según sea la gravedad del hecho. Implícitamente, además, el *Código Orgánico de Tribunales* contemplaría una sanción de impedir la obtención del título de abogado.

[40] Véase Santos (2004), pp. 79-81.

[41] Véase la editorial contemplada en el *Boletín Jurídico* del Observatorio de Libertad Religiosa de América Latina y El Caribe del Centro de Derecho y Religión, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 5 y ss.

La primera de estas situaciones la apreciaremos en la institución del abogado del turno, obligación o carga pública inherente al ejercicio de la profesión, que proviene del sistema de turnos establecido en el artículo 595 y siguientes del *Código Orgánico de Tribunales*, dentro de las cuales adquiere una especial relevancia lo contemplado en el artículo 598 de aquel *Código*, cuando sostiene:

> "es obligación de los abogados defender gratuitamente hasta su término las causas de pobres que se les encomienden en conformidad a los preceptos de este título.
>
> Los abogados podrán exceptuarse de esta obligación por motivos justificados que serán calificados por el Juez que conozca de la causa en que aquél deba cumplir la obligación, el que resolverá esta materia de preferencia y proveerá simultáneamente la designación del reemplazante.
>
> El abogado que no cumpliere esta obligación será sancionado con suspensión del ejercicio de la profesión hasta por seis meses, por el Tribunal que conozca de la causa en que se hubiere producido el incumplimiento.
>
> De la resolución que imponga la sanción se podrá reclamar, dentro de tercero día, ante el Tribunal Superior jerárquico del que la dictó.
>
> Una vez firme la resolución que imponga una suspensión del ejercicio de la profesión deberá ser comunicada por la Corte de Apelaciones respectiva a los tribunales de su territorio jurisdiccional".

Como se puede apreciar, esta norma reconoce y establece indirectamente un derecho de objeción por parte del abogado del turno designado y un procedimiento para invocar aquella, el que se llevará ante el juez que conozca el asunto en que debe participar el profesional, siempre que se indiquen motivos justificados.

Al respecto, es posible encontrar dos fallos judiciales que se deben tener presente respecto de la posibilidad de invocar una objeción de conciencia por el abogado del turno. La primera de ellas, ocurrida durante el año 1999, da cuenta del caso de un abogado del turno al que se le abrió un procedimiento sancionatorio ante el juez de primera instancia de Valdivia, que concluyó con la aplicación de una medida disciplinaria en su contra, debido a que el abogado se habría excusado de cumplir con su designación para la defensa de un procesado por tráfico de sustancias estupefacientes y cuya excusa fue rechazada. El abogado defendía lo anterior "por razones de principios y convicciones profundas, por sentir especial repulsión por el delito de tráfico de drogas", invocando su derecho a la objeción de conciencia. Contra esta decisión que negó la excusa, se interpuso un recurso de reposición; que también sería recha-

zado y, debido a que contra aquella decisión no se interpuso recurso alguno, la sanción quedó firme. La medida disciplinaria (de suspensión del ejercicio profesional) fue aplicada por negarse el abogado a cumplir con la obligación legal de contestar la acusación formulada en autos sobre el tráfico ilícito de drogas, habiendo sido este abogado designado por el turno para asumir la defensa de aquel acusado.

Frente al rechazo de los recursos, el abogado interpuso un recurso de protección[42], que finalizaría con una sentencia que dictaminó que la acción disciplinaria no fue ni ilegal ni arbitraria, pues la autoridad habría actuado dentro de las facultades conferidas a ella por ley. Por lo demás, las excusas que presentara el abogado por problemas de conciencia u otros motivos, debían ser analizadas y ponderadas en su oportunidad por el juez que conoce la causa y frente a su rechazo, podría este haber recurrido ante tribunal superior o solicitado auxilio a sus colegas para cumplir con los deberes impuestos por el turno criminal. Así, dice la Corte de Apelaciones:

> "que de lo precedentemente reflexionado, sin duda, preciso es concluir que desestimada que fue la excusa, resolución que no fue objeto de ningún recurso, necesariamente ha debido el abogado de turno contestar la acusación fiscal en el expediente criminal y al no cumplir con ello evidentemente el magistrado de la causa estaba en la obligación de imponerle una sanción de hasta seis meses de suspensión del ejercicio de la profesión, por así ordenarlo expresamente el inciso 3 del artículo 598 del Código Orgánico de Tribunales, al decir 'el abogado que no cumpliere esta obligación será sancionado [...]' "[43].

Ante dicha decisión, el abogado sancionado presentó un recurso de apelación ante la Corte Suprema, la que dejó sin efecto la sanción disciplinaria de suspensión del ejercicio de la profesión, debido a que, como abogado jefe de la Corporación de Asistencia Judicial, aquel estaba imposibilitado para asumir defensas de procesados y, por ende, para desempeñar el turno criminal asignado, pero no debido a la objeción de conciencia que este habría invocado[44].

Un segundo caso ocurrió más recientemente. Durante el año 2019, en autos seguidos ante la Corte Suprema sobre crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, se designó mediante el sistema de turnos a una abogada como defensora del turno en favor del acusado Miguel Krassnoff Marchenko, debido a la renuncia de su defensor de confianza. La abogada pre-

[42] Corte de Apelaciones de Valdivia (1999), n.º 9832-1999.
[43] *Ibid.*
[44] Corte Suprema (1999), rol n.° 2348-1999.

sentó su excusa de defender al acusado, a través de una solicitud dirigida a la Corte Suprema, en conformidad a lo estipulado en el artículo 598 del *Código Orgánico de Tribunales*, exponiendo:

> "el impedimento para asumir la defensa del encausado tiene un carácter moral que me afecta directamente, toda vez que fue precisamente mi familia materna víctima de la vulneración de sus derechos fundamentales durante dicho doloroso periodo"[45].

La abogada designada procedió a exponer de manera sucinta los hechos sufridos por su familia y recalcar que bajo estas circunstancias se le hace imposible representar judicialmente, de forma leal y profesional, al encausado, ello producto de los profundos impedimentos morales expuestos.

La Corte Suprema, frente a esta solicitud, no hizo más que aceptar, sin mayor fundamentación, la excusa presentada por la abogada, lo que se puede considerar como un reconocimiento jurisprudencial al derecho "implícito" de objeción, constituyendo uno de los pocos precedentes que se tiene en esta materia[46].

4. El caso del abogado privado respecto del ejercicio de su profesión

Una última situación que revisar a propósito de la objeción de conciencia dice relación con aquellos abogados que, de manera particular, ejercen libremente su profesión. Esta situación presenta algunas complejidades debido a que, en concreto, el abogado que ejerce su profesión no tiene mayores obligaciones jurídicas impuestas salvo las de un correcto ejercicio de la profesión y aquellas inherentes a un actuar ético. Sin embargo, no se debe desconocer que el abogado, en su ejercicio privado, se verá envuelto en un contrato de prestación de servicios,

[45] Corte Suprema (2019), rol n.º 8561-2018. En esta causa, frente al escrito presentado por la abogada designada por el turno, la Corte Suprema resolvió: "a lo principal, téngase presente las excusas, estése a lo que se resolverá; al primer otrosí, no ha lugar por innecesario; al segundo otrosí, a sus antecedentes; al tercer otrosí, como se pide, nómbrese al abogado de turno del mes de octubre del año en curso, doña [E.E.L.V] domiciliada en [A.V.], para que asuma la representación del condenado en la presente causa".

[46] Sin embargo, este caso es una excepción, puesto que, en casos similares, la respuesta dada por los tribunales de justicia se ha inclinado por considerar al "turno" como una obligación ineludible. Ejemplo de ello es Corte de Apelaciones de La Serena (2022), en la que el Pleno de la Corte de Apelaciones de La Serena, conociendo la objeción de conciencia presentada por un abogado del turno designado para la defensa de un acusado por la comisión de vulneraciones a derechos humanos cometidos en dictadura, resolvió brevemente: "Teniendo en cuenta que la designación como abogado del turno corresponde a una carga legal, no ha lugar".

o, derechamente, un contrato laboral con un empleador (por ejemplo, un estudio jurídico), que trae consigo la obligación de cumplir el encargo encomendado con el mejor de sus esfuerzos y, siempre cuando el contrato nazca eficazmente a la luz del derecho, este acuerdo será "ley para las partes contratantes".

Debido a lo anterior, se pueden rescatar dos escenarios que merecen una breve revisión: la del abogado adscrito a un colegio profesional que se rija por el *Código de Ética Profesional*, y el del abogado que presta servicios en el contexto de una relación laboral.

En el primer caso, se debe señalar que el *Código de Ética Profesional* da completa libertad al abogado colegiado para aceptar o rechazar cualquier encargo que a este se le encomienda, sin tener que expresar los motivos de aquella decisión, ello sobre la base del principio de autonomía de la voluntad inherente a toda contratación privada. Dicta aquel *Código* que el abogado tiene el deber de abstenerse de renunciar el cargo tomado por él en el ejercicio de su profesión, con la finalidad de que los clientes no queden desamparados o en un estado de indefensión en el medio de sus conflictos jurídicos. Establece el mismo *Código*, sin embargo, algunas excepciones a esta prohibición de renuncia cuando por causales justificadas se esté afectando, entre otras cosas, la conciencia del abogado[47]. Por esto, se establece un segundo deber en razón de esta renuncia justificada, que es cuidar de los asuntos del mismo cliente al menos por un tiempo razonable, entendiendo como tal el necesario para que el cliente pueda obtener nueva asesoría o representación profesional.

Es claro que la deontología de la profesión legal reconoce el derecho de invocar la objeción de conciencia, sin perjuicio de advertir también al profesional de evitar aceptar encargos contrarios a sus convicciones en caso de que el abogado tenga reparos sobre el tema de fondo del asunto. Lo que nuevamente no es claro es el procedimiento bajo el cual el profesional puede ampararse para invocar la objeción ante las obligaciones que suscribió cumplir en el contexto de un contrato de prestación de servicios, sin perjuicio, haciendo un para-

[47] Según el artículo 19 del *Código de Ética Profesional*: "Renuncia al encargo profesional. Una vez aceptado un encargo, el abogado no podrá renunciarlo sino por causa justificada sobreviniente que afecte su honor, su dignidad o su conciencia, o por incumplimiento de las obligaciones morales o materiales del cliente hacia el abogado, o si se hace necesaria la intervención exclusiva de un profesional especializado. También podrá renunciar si el cliente incurre en actos ilegales o incorrectos.

El abogado que renuncia debe continuar cuidando de los asuntos del cliente por un tiempo razonable, que es el necesario para que éste pueda obtener nueva asesoría o representación profesional. El abogado debe tomar las medidas necesarias para evitar la indefensión del cliente".

Por su parte, el artículo 80 de aquel *Código* complementa diciendo: "Conflicto por convicción personal. El abogado debe abstenerse de intervenir en un asunto en que haya de sostener tesis contrarias a sus convicciones personales, tales como las políticas o religiosas".

lelo con otras situaciones definidas en el *Código*[48], sería aconsejable informar de inmediato al cliente la situación que se ha devengado, para que junto a aquel decidir cómo proceder.

En todo caso, la situación se vuelve aún más compleja cuando ya se ha aceptado el encargo, porque lo más probable es que el abogado conozca del eventual conflicto antes de aceptar dicho encargo, siendo difícil que se pueda alegar no haber previsto que ocurriría aquella situación de conflicto. Aquí el *Código* no es claro en las alternativas que tiene el abogado objetor, pero pareciera que, si bien el abogado tiene un derecho de invocar la objeción, al provenir de él una negligencia para resguardar los derechos e intereses involucrados, queda totalmente desamparado frente a las sanciones por incumplimiento del contrato que podrían devengarse.

Ahora bien, en el segundo caso que es posible revisar, es atingente hablar de la objeción de conciencia laboral. Esta puede ser entendida, siguiendo lo señalado en acápites anteriores, como:

> "aquella oposición al cumplimiento de cualquiera de los deberes de una relación laboral, funcionarial o referidos a una prestación de carácter profesional que, en una situación particular, resulta incompatible con las convicciones íntimas de conciencia de los trabajadores. En estas situaciones, los deberes objetados provienen, directa o indirectamente, de un compromiso previo adoptado por el objetor, y la sanción en caso de incumplimiento de alguno de ellos sería, en principio y como regla general, el despido del trabajador objetado"[49].

Lamentablemente, sobre esta situación no nos fue posible encontrar jurisprudencia en Chile, por lo que solo queda reflexionar sobre la importancia que un profesional, en vistas de su desarrollo espiritual o moral, cuente con un mecanismo que le permita observar aquellas convicciones de su fuero interno, sin el frustrante castigo que podría significar la pérdida de su empleo por no obedecer el mandato que le dé un empleador respecto de la gestión de asuntos jurídicos (como sería, por ejemplo, que el estudio jurídico o empresa empleadora del abogado le encomiende la tramitación de un asunto contrario a sus convicciones).

En estos casos, útil resulta observar el tratamiento que le ha dado a la objeción de conciencia el mundo laboral, reconociéndose desde ya que la libertad de conciencia es uno de los denominados "derechos inespecíficos" de trascendencia fundamental que han de ser reconocidos a todo trabajador dentro del ámbito de una relación laboral (siendo tutelados, incluso, por la acción espe-

[48] Como los procedimientos para evitar conflictos de intereses por la asesoría a clientes actuales, con clientes potenciales o antiguos.

[49] Moreno (2001), p. 93.

cial contemplada en el artículo 485 y siguientes del *Código del Trabajo*), ello puesto que el abogado, en este contexto, no solo se comporta como un profesional liberal, sino que, concretamente, como un "trabajador" y, sobre la base de esta calidad, podrá echar mano del desarrollo de la garantía a la libertad de conciencia que ha elaborado la jurisprudencia laboral[50].

Reflexiones finales
a modo de conclusión

De lo que hemos podido revisar, resulta claro que en Chile es posible invocar un derecho a objetar conciencia por todas las personas, de manera excepcional, para justificar su negativa para cumplir con una obligación o deber jurídico, basado en razones de íntima conciencia del objetor (sean políticas, morales, éticas u otras). Es evidente también, eso sí, que la falta de regulación de este derecho, su contenido, delimitación y procedimientos, sumado a la inexperiencia de los tribunales de justicia sobre cómo darle tratamiento para lograr la mejor implementación de este mecanismo –incluso en los casos en que puede existir algo de regulación– en profesiones ajenas a los servicios de salud, ha provocado que su utilización sea prácticamente inexistente ante los ojos de la jurisprudencia nacional.

Más preocupante para nosotros es la escasa regulación y escuálido tratamiento de la objeción de conciencia respecto de quienes están obligados a prestar servicios de asistencia jurídica de forma obligatoria. Es paradójico que quienes se dedican a defender los derechos e intereses de terceros no tengan para sí la debida reglamentación para proteger sus propios derechos en aquellos casos en que se pueda controvertir la moral personal por un encargo en concreto.

Aún falta mucho desarrollo de la institución de la objeción de conciencia en Chile para poder decir que ciertas libertades, como la libertad de conciencia o la libertad de trabajo, se encuentran debidamente resguardadas para todas las personas. Es claro, también, que las vías subsidiarias para invocar la objeción, como el recurso de protección o los procedimientos administrativos internos, carecen de las garantías mínimas para asegurar este "derecho de objeción" y atentan contra la necesidad de una sociedad de dotar con mecanismos que brinden seguridad tanto al profesional objetor como al usuario que no desea que sus asuntos sean atendidos por alguien de cual se puede sospechar razonablemente que no realizará sus mejores oficios.

[50] Una referencia introductoria sobre la forma en que interactúa el derecho constitucional (especialmente en lo que respecta a los derechos fundamentales) con el derecho laboral, se puede encontrar en Gamonal y Guidi (2020), pp. 33-35.

Bibliografía

Araya Peschke, Betzabé (2015): *Objeción de conciencia en el contexto del derecho positivo del Estado de Chile*. Tesis para la obtención del grado de Magíster en Derecho LLM (Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile).

Balmaceda Jimeno, Nicolás (2000): "Corporaciones de Asistencia Judicial y abogados de turno: ¿incumplimiento de una garantía constitucional?", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n.° 4: pp. 721-733.

Beca Infante, Juan Pablo y Astete Álvarez, Carmen (2015): "Objeción de conciencia en la práctica médica", *Revista Médica de Chile*, vol. 143, n.° 4: pp. 493-498.

Cañamares Arribas, Santiago (2014): "La evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de objeción de conciencia", *Revista de Derecho Público*, vol. 23, n.° 46: pp. 37-58.

Cea Egaña, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías*, tomo ii (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, tercera edición revisada, actualizada y ampliada).

Díaz Muñoz, Oscar (2004): "Tribunal Constitucional y objeción de conciencia en las relaciones laborales", *Pensamiento Constitucional*, vol. x, n.° 10: pp. 167-182.

Figueroa García-Huidobro, Rodolfo (2016): "Objeción de conciencia y aborto", en Casas Becerra, Lidia y Lawson, Delfina, *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (Santiago: Universidad Diego Portales, Centro de Derechos Humanos) pp. 147-178.

Gamonal Contreras, Sergio y Guidi Moggia, Caterina (2020): *La tutela de derechos fundamentales en el derecho del trabajo* (Santiago: DER Ediciones).

Gascón Abellán, Marina (2018): "La defensa de la objeción de conciencia como derecho general", *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n.° 15: pp. 85-101.

Gómez Sánchez, Yolanda (1997): "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos", *Revista de Derecho Político*, n.° 42: pp. 55-93.

González Cangas, Yanko (2007): "Servicio militar obligatorio y disciplinamiento cultural: Aproximaciones al caso Mapuche-Huilliche en el siglo xx", *Revista Alpha*, n.° 24: pp. 111-137.

Jenkins Peña y Lillo, Gaspar (2021): "El derecho fundamental a la asistencia jurídica gratuita: reflexiones en miras al cambio constitucional", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución* (Valencia: España, Tirant lo Blanch) pp. 185-210.

Leyra-Curiá, Santiago (2021): "El sentido iusfundamental de la objeción de conciencia al aborto frente al derecho a la salud sexual y reproductiva en Iberoamérica: Perspectiva jurisprudencial", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 25, n.° 2: pp. 403-427.

Martínez Otero, Juan María (2022): "La objeción de conciencia institucional a la práctica de la eutanasia: ¿Pretensión abusiva o derecho legítimo?", *Revista de Derecho Político*, n.° 115: pp. 113-138.

Mora Sifuentes, Francisco (2017): "La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año xlix, n.° 150: pp. 1215-1258.

Moreno Vilchez, Milenka (2001): *Relaciones laborales y objeción de conciencia*. Tesis para la obtención del grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez).

Muñoz Cordal, Gabriel (2020): "¿Es defendible la objeción de conciencia institucional en el caso de aborto?", *Ius et Praxis*, año 26, n.° 3: pp. 267-287.

Nogueira Alcalá, Humberto (2019): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Derechos de pensamiento libre. Derechos individuales de ejercicio colectivo. Derechos sociales,* tomo iii (Santiago: Librotecnia).

Palomino Lozano, Rafael (1991): "Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.° 50: pp. 901-932.

Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín (1994): "Sobre el concepto de objeción de conciencia", en *Dereito, Revsita Xurídica*, vol. iii, n.° 2: pp. 159-186.

Santos Loyola, Carlos (2004): "La objeción de conciencia laboral por creencias religiosas y la exisgencia de una acomodación razonable ante un eventual conflicto con el *ius variandi* del empleador. Reflexiones a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional", *Derecho & Sociedad*, n.° 23: pp. 76-89.

Selamé Glena, Nicole y Viera Álvarez, Christian (2021): "Libertad de conciencia, de creencias y religiosa", en Contreras Vásquez, Pablo y Salgado Muñoz, Constanza, *Curso de derechos fundamentales* (Valencia: Tirant lo Blanch) pp. 439-465.

Silva Bascuñán, Alejandro (2006): *Tratado de derecho constitucional*, tomo xi (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Vivanco Martínez, Ángela (2021): *Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, tomo ii (tercera edición actualizada, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).

Zagrebelsy, Gustavo; Marcenò, Valeria y Pallante, Francesco (2020): *Manual de derecho constitucional* (Lima: Zela Grupo Editorial).

Jurisprudencia

Contraloría General de la República (2018a), dictamen n.°11781, de fecha 9 de mayo de 2018.

Contraloría General de la República (2018b), dictamen n.° 17595, de fecha 12 de julio de 2018.

Contraloría General de la República (2018c), dictamen n.° 21400, de fecha 28 de agosto de 2018.

Contraloría General de la República (2018d), dictamen n.° 24216, de fecha 27 septiembre de 2018.

Corte de Apelaciones de Valdivia (1999): rol n.° 9832-1999, Papic con Ministros de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, 2 de julio de 1999. Disponible en *Gaceta de los Tribunales*, n° 3, septiembre de 1999.

Corte de Apelaciones de La Serena (2022): rol n.° 650-2022, Malebrán Guerra, Solicitando se le Excuse de la Designación para el Turno, 20 de septiembre de 2022.

Corte Suprema (1999): rol n.° 2348-1999, Papic con Ministros de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, 4 de octubre de 1999, disponible en *Gaceta de los Tribunales*, N°3, septiembre de 1999.

Corte Suprema (2019): rol n.° 8561-2018, Ministerio Público con Augusto Pinochet Ugarte y otros, 25 de octubre de 2019.

Tribunal Constitucional (2017): rol n.° 3729-17. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las normas que indican del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, 28 de agosto de 2017.

Tribunal Constitucional (2019): rol N°5572-18, Requerimiento de inconstitucionalidad respecto del artículo 13, inciso segundo, del decreto supremo n.º 67 del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento para ejercer la objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario, 18 de enero de 2019.

¿EL COMETIDO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA CRÍTICA Y RESGUARDO DE ZONAS FRONTERIZAS POR PARTE DE LAS FUERZAS ARMADAS: EXÉGESIS RESPECTO A LA RECIENTE REFORMA CONSTITUCIONAL

THE CONSTITUTIONAL TASK OF PROTECTING CRITICAL INFRAESTRUCTURE AND SAFEGUARDING BORDER AREAS BY THE ARMED FORCES: EXEGESIS REGARDING THE RECENT CONSTITUTIONAL REFORM

Sergio Cea Cienfuegos[*]
Claudio Herrera Aguayo[**]

Resumen: El texto busca describir y analizar el texto de la reforma constitucional introducida por la Ley n.º 21542, de 2023, que permite al Presidente de la República disponer la participación de las Fuerzas Armadas en la protección de la infraestructura crítica y en el resguardo de las zonas fronterizas.

Palabras claves: reforma constitucional, infraestructura crítica, zonas fronterizas, Fuerzas Armadas.

Summary: The present work seeks to describe and analyze the text of the constitutional reform introduced by Law No. 21542, of 2023, which allows the

[*] Abogado. Magíster en Derecho Administrativo Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo. Fue fiscal general militar. Correo electrónico: sergioceac@gmail.com

[**] Abogado. Doctorando en Derecho y profesor de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: claudio.herrera.a@cloud.uautonoma.cl

President of the Republic provide for the participation of the Armed Forces in the protection of critical infraestructure and in the shelter of border areas.

Keywords: constitutional reform, critical infraestructure, border areas, Armed Forces.

Introducción

La realidad social chilena en los últimos años ha generado una gran productividad legislativa en diversas materias y, en particular, han sido los hechos, ya conocidos por todos, acaecidos en el mes de octubre del año 2019 y la reciente crisis migratoria los que han influido de manera directa en la reforma constitucional introducida por la Ley n.º 21542, de 2023.

Esta reforma constitucional tuvo como primer impulso incorporar la participación de las Fuerzas Armadas en la protección de aquella infraestructura que es considerada como crítica y, luego, se agregó en una segunda fase, su intervención en el resguardo de las zonas fronterizas debido a la crisis migratoria que afecta a nuestro país. La figura jurídica por la que se optó fue la de consagrar una nueva atribución especial al Presidente de la República en el artículo 32 de la CPR, para que mediante un decreto supremo pueda ejercerla.

En consideración, a que la mencionada reforma constitucional es reciente y solo se ha ejercido aquella atribución respecto del resguardo de las zonas fronterizas, se describirá y sistematizará el texto de esta innovación e intentará realizar un análisis exegético de la misma, comenzando por hacer un barrido relativo a la intervención de las Fuerzas Armadas en materias de orden público (I), para luego estudiar de manera separada la protección de la infraestructura crítica (II) y del resguardo de las zonas fronterizas (III), para finalizar con algunas conclusiones sobre la materia.

I. Intervención de las Fuerzas Armadas en materias de orden público

Antes de estudiar la atribución relativa a la protección de la infraestructura crítica y al resguardo de las zonas fronterizas, se intentará dilucidar la noción de orden público y la participación que tienen las Fuerzas Armadas en su resguardo en el ordenamiento jurídico chileno, para luego tratar de manera específica la materia de este ensayo.

1. Definición de orden público

La noción de orden público se encuentra presente en disposiciones normativas de diversa naturaleza y jerarquía, y que a pesar de los esfuerzos de la doctrina de cada una de las disciplinas jurídicas donde se estudia, no ha perdido su condición de concepto jurídico indeterminado.

Se trataría de un conjunto de normas que tienen por objetivo tutelar algunos intereses que resultan indispensables para la sociedad[1], y por esa razón es posible encontrar, también, esta noción vinculada a instituciones jurídicas de derecho privado, como una limitación al principio de autonomía de la voluntad.

En derecho público, esta noción tiene por finalidad la organización del Estado y las relaciones de sus órganos con los particulares o ciudadanos[2] y, de manera específica, con las funciones que desempeñan las policías, lo que es posible constatar desde principios del siglo XVIII en Francia[3].

Desde cualquier perspectiva en que se estudie, se relaciona el orden público con la noción de interés general, la que también es indeterminada[4], y que se asocia con la trascendencia que la sociedad le da al establecimiento de un orden interno[5].

En efecto, el Estado se erige como una garantía para mantener este orden público dentro de una situación de normalidad[6], el que se entiende como un pilar de la estructura política del Estado[7]. Ello es así, porque la sociedad requiere de un orden para que todos sus miembros puedan satisfacer sus necesidades, aspecto que lo liga con el bien común como fin del Estado[8].

Atendida la indeterminación positiva del contenido de la noción de orden público, es posible encontrar innumerables definiciones doctrinales, de las que se puede desprender que se trata de una forma de ubicar a las personas en la sociedad a través de la regulación de la convivencia realizada el legislador[9].

La Fuerza Pública, compuesta por Carabineros y la Policía de Investigaciones, entre otras, tienen la función de ser garantes del orden público[10], y se traduce en que deben:

---

[1] Bécar (2019), p. 373.
[2] Jiménez (2001), p. 107.
[3] Gordicheau (2013), p. 110.
[4] Montalvo (2010), p. 199.
[5] Jiménez (2001), p. 108.
[6] Montalvo (2010), p. 205.
[7] *Op. cit.*, p. 206.
[8] Jiménez (2001), p. 108.
[9] *Op. cit.*, p. 106.
[10] Constitución Política de Chile, artículo 101 inciso 2.

> "[procurar] evitar o disminuir las consecuencias de situaciones potencialmente peligrosas para el desenvolvimiento de la vida de los ciudadanos en términos habituales o corrientes"[11],

y obtener una tranquilidad derivada de la labor desempeñada por las autoridades y el acatamiento por parte de los ciudadanos[12].
De manera más concreta, Humberto Nogueira señala que esta función de la Fuerza Pública:

> "[...] implica hacer respetar el ordenamiento jurídico, las instituciones y los derechos de las personas asegurados y garantizados por la Carta Fundamental, los tratados y las leyes de la República en el marco del Estado constitucional democrático, prevenir y reprimir las actividades delictivas, como asimismo, aquellas manifestaciones que fuera del marco jurídico, alteran el orden institucional o menoscaban los derechos fundamentales de las personas, ya sea mediante actos individuales o colectivos"[13].

En consecuencia, se trata de una noción de contenido dinámico, que se adaptará a la realidad actual de una sociedad y la naturaleza de las instituciones jurídicas con las que se vincule, y que, en términos generales, se enmarca en el establecimiento y mantención de una ordenación social interna.

2. Funciones de la Fuerza Pública

El artículo 6 de la CPR establece como deber de todos los órganos del Estado el de garantizar el orden institucional de la república[14], lo que se traduce en observar el respeto y cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico[15]. No obstante, la función específica de garantizar el orden público la CPR se la ha entregado a Carabineros y a la Policía de Investigaciones.

La Ley n.° 18961, Orgánica Constitucional de Carabineros, reitera en el artículo 1 las misiones que la Carta Fundamental le confiere, además de reforzar su dependencia al poder civil, las que son la prevención de delitos, control y

[11] Cea Egaña (2017), p. 154.

[12] Molina (2009), pp. 524-525.

[13] Nogueira (2013), capítulo iv. Las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública. 1. Antecedentes. https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/cl2013/ledecoch2/v1/document/C0076223-DADC-26 E1-F3D8-7EC82BF7399C/anchor/C0076223-DADC-26E1-F3D8-7EC82BF7399C

[14] Antes de la entrada en vigencia de la Ley n.° 20050, de 2005, de reforma constitucional, este deber estaba radicado de manera exclusiva en las Fuerzas Armadas.

[15] Vivanco (2006), p. 112.

restablecimiento del orden público y de la seguridad pública (artículo 2 bis), y para lograr esos fines, se les autoriza a hacer uso legítimo de la fuerza con restricciones (artículo 103 de la CPR en relación con el artículo 2 quáter de la ley), en virtud de esas atribuciones, también se le entrega la función de colaborar con las autoridades judiciales, administrativas y Ministerio Público dentro del marco de las competencias de cada una de ellas (artículos 4 y 79 del *Código Procesal Penal*). También reconoce la ley la vigilancia de las fronteras por parte de Carabineros, remitiéndose a las leyes y normas generales que regulen la materia (artículo 3 inciso 6).

A su vez, el D.L. n.º 2460, de 1979, que dicta la ley orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, también se refiere a sus funciones relacionadas con la prevención, control y restablecimiento del orden y la seguridad pública (artículo 1 bis), autorizándola para hacer uso de la fuerza con limitaciones (artículo 103 de la CPR en relación con al artículo 1 ter del D.L.). El artículo 4 (en relación con el artículo 79 del *Código Procesal Penal*) indica que la misión fundamental de esta policía es la investigación de delitos según instrucciones del Ministerio Público, y el artículo siguiente realiza una revisión detallada acerca de las misiones específicas de esta Instituciones y, entre otras, las de contribuir al mantenimiento de la tranquilidad pública, la prevención de hechos delictuosos y de actos atentatorios contra la estabilidad de los organismos fundamentales del Estado. Además, la Ley n.º 21325, de 2021, de migración y extranjería, le confiere a la Policía de Investigaciones la función de realizar el control migratorio, y de manera supletoria, se lo encomienda Carabineros (artículo 166).

De las atribuciones mencionadas, se desprende que la intervención de las policías procede con el fin de restablecer el orden que se ha visto quebrantado[16] cuando exista o se presuma que se haya cometido un delito, lo que se desprende de la participación que deben tener con los tribunales de justicia, Ministerio Público, entre otros, órganos del Estado, sin perjuicio de las facultades para actuar sin instrucciones previas, como aquellas señaladas en el artículo 83 del *Código Procesal Penal*.

3. Participación de Fuerzas Armadas en resguardo del orden público

Sin perjuicio de lo expuesto, las policías no tienen la exclusividad en la participación del resguardo del orden público, sino que existen otros órganos de la

[16] En derecho penal no se prefiere la utilización de conceptos éticos y valóricos al definir delito por irrelevantes, sin perjuicio de que se reconozca que pueda ser reconocidos en estudio de política criminal. Véase Politoff *et al.* (2003), tomo I, p. 158.

Administración del Estado que, con previa habilitación constitucional o legal, también les corresponde intervenir en esos asuntos. Ese es el caso de las Fuerzas Armadas.

En Chile existen algunas regulaciones excepcionales, tanto constitucionales como legales, e, incluso, infralegales, que les otorgan a las Fuerzas Armadas atribuciones para actuar en circunstancias que no tengan una relación directa e inmediata con el cometido principal que les corresponde como lo es la defensa nacional, frente a agresiones de carácter externo.

De manera ejemplar o didáctica, se observa en el ámbito constitucional que en el Estado de excepción constitucional de emergencia por causa de grave alteración del orden público las zonas afectadas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional (artículo 42 de la CPR), y de manera específica, el artículo 5 n.º 1 de la Ley n.º 18415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, señala que aquel funcionario militar tiene la atribución de asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública con el fin de "velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen [a este estado]". Así, incluso, aquellos órganos cuya principal función es el resguardo del orden público quedan sometidos a la dependencia de las Fuerzas Armadas, atendido la excepcionalidad y gravedad de los hechos que motivan decretar el indicado estado de excepción constitucional.

En el mismo ámbito constitucional, el artículo 18 inciso final de la actual Carta Fundamental entrega el resguardo del orden público a las Fuerzas Armadas y a Carabineros durante los actos electorales y plebiscitarios, lo que se norma en detalle en el artículo 122 y siguientes de la Ley n.º 18700, debiendo designarse a un oficial de cualquiera de las tres ramas de las Fuerzas Armadas o de Carabineros como el encargado de la mantención del orden público.

Una peculiaridad jurídica pertinente a la materia objeto de este artículo se encuentra en la existencia de la Policía Marítima, que no tiene un reconocimiento constitucional, sino que es el artículo 404 del *Código de Justicia Militar* la norma de más alta jerarquía que se refiere a su existencia, y que se considera conveniente transcribirla:

> "La autoridad marítima y su personal, en el desempeño de sus funciones de policía marítima, tendrán el carácter de fuerza pública y serán aplicables en tal caso los artículos 410, 411, 416 y 417 del Código de Justicia Militar".

Resulta cuestionable que la norma señalada indique que la Policía Marítima tendrá el carácter de fuerza pública, en circunstancias que el artículo 101 inciso 2 de la CPR señala que corresponde a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, integradas solo por Carabineros y la Policía de Investigaciones. Así,

el *Código de Justicia Militar* le otorga una denominación que la Constitución ha reservado exclusivamente para otros órganos en virtud de las misiones que la misma Carta Fundamentales les ha asignado.

Desde otra perspectiva, el decreto n.º 1340 bis, que aprueba el Reglamento General de Orden, Seguridad y Disciplina en las naves y litoral de la república señala en el artículo 5:

> "La Policía Marítima, Fluvial y Lacustre comprende todo lo relacionado con el orden, disciplina y seguridad en los Puertos Marítimos, fluviales y lacustres, como en los recintos portuarios y demás lugares de la jurisdicción que corresponde a la Autoridad Marítima",

y el artículo 6, además, indica que el Capitán de Puerto tiene la atribución de detener a los infractores dentro de su jurisdicción y remitirlos arrestados al tribunal que corresponda, ello con el auxilio de la fuerza pública.

La historia jurídico-institucional ha señalado que la participación de las Fuerzas Armadas en actividades que hoy son propias de la policía comenzó muy temprano debido a la corrupción y descrédito que experimentó la policía a principios del siglo XX en Chile, sumado a la centralización y escasez de las dotaciones, entre otros aspectos[17]. Sin embargo, se ha constatado que la participación de las Fuerzas Armadas en actividades de policía se inició a fines del siglo XIX en virtud de cooperaciones esporádicas con la policía de Santiago y con la creación de la Policía de Ferrocarriles, en que se les confirió el carácter militar[18].

Las razones que la doctrina ha señalado para justificar la intervención de las Fuerzas Armadas en materias de orden público se traducen en una definición amplia de lo que debe entenderse por seguridad nacional, dentro del que se ubica el resguardo del orden público, puesto que además de proteger al Estado de amenazas exteriores, también deben participar en asuntos de orden interno[19].

En el ámbito comparado, se ha criticado la excesiva intervención de las Fuerzas Armadas en asuntos de orden interno, porque ello podría significar una desprofesionalización de ellas y una militarización de las policías[20], y se ha dicho que ello ha ocurrido en Brasil con la participación de las Instituciones Castrenses en operaciones de la Garantía de la Ley y el Orden (GLO), como en grandes eventos, operaciones fronterizas, ocupación y pacificación de las favelas, manifestaciones populares, entre otros[21].

---

[17] Maldonado (1990), p. 8.
[18] *Op. cit.*, p. 9.
[19] Peña (1991), p. 170.
[20] Saint-Pierre y Donadelli (2014), p. 73.
[21] *Op. cit.*, pp. 70-72.

En discusiones y normativas jurídicas muy recientes, se ha contemplado la intervención de las Fuerzas Armadas en circunstancias diversas a las ya anotadas, como la protección de la infraestructura crítica y el resguardo de las zonas fronterizas, que se desarrollarán en los siguientes apartados.

II. Protección de la infraestructura crítica

La discusión sobre la protección de la infraestructura crítica toma una fuerte posición o situación luego de los hechos ocurridos en el mes de octubre del año 2019, pudiendo constatarse que al menos fueron ingresados siete proyectos de ley relacionados con la materia[22], hasta que se concretó la reforma constitucional que se pretende comentar e interpretar.

Algunas propuestas constitucionales tenían relación con agregar un artículo al capítulo de las Fuerzas Armadas en la CPR, y sin perjuicio de los estados de catástrofe y de emergencia, se pretendía otorgar al Presidente de la República la facultad de disponer el empleo de militares en la protección de la infraestructura crítica[23]. Otras, planteaban también una reforma constitucional, lo hacían sugiriendo agregar dos incisos en el artículo 42 de la CPR referido al estado de emergencia, creando un estado de alerta destinado a la protección de la infraestructura crítica en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la nación[24].

También se planteó la idea de una modificación a la Ley n.° 18948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas (LOCFFAA) incorporando un artículo 1 bis, que también aspiraba a otorgarle al Jefe de Estado la facultad de emplear a los militares en el cometido que ya se ha explicado, pero para su ejercicio debía existir un informe previo del Comité de Inteligencia, estableciendo la causal de procedencia la existencia de un riesgo para la seguridad de la nación[25].

La forma que el Constituyente decidió utilizar fue la de incorporar un nuevo numeral al artículo 32 de la CPR relativo a las atribuciones especiales del Presidente de la República, descartándose una modificación a los estados de excepción, al capítulo de las Fuerzas Armadas y a la LOCFFAA.

Es así como el inciso 1 del n.° 21 de la disposición señalada le confiere al Presidente de la República la atribución de disponer a través de un decreto

[22] Véanse *Boletines* n.° 13.085-07, n.° 13.087-07, n.° 13.088-07, n.° 14.732-02, n.° 14.847-06, n.° 13.086-07 y n.° 15.219-07.

[23] *Boletín* n.° 13.085-07.

[24] *Boletín* n.° 13.087-07.

[25] *Boletín* n.° 13.088-02.

supremo fundado que las Fuerzas Armadas se hagan cargo de la protección de la infraestructura crítica cuando exista peligro grave o inminente a su respecto, disponiendo aquella que deba ser protegida desde la fecha en que aquel decreto supremo se publique en el *Diario Oficial*.

El inciso 2 del numeral 21 del artículo 32 de la CPR, preceptúa lo que debe entenderse por infraestructura crítica en el sentido de indicar que:

> "comprende el conjunto de instalaciones, sistemas físicos o servicios esenciales y de utilidad pública, así como aquellos cuya afectación cause un grave daño a la salud o al abastecimiento de la población, a la actividad económica esencial, al medioambiente o a la seguridad del país. Se entiende por este concepto la infraestructura indispensable para la generación, transmisión, transporte, producción, almacenamiento y distribución de los servicios e insumos básicos para la población, tales como energía, gas, agua o telecomunicaciones; la relativa a la conexión vial, aérea, terrestre, marítima, portuaria o ferroviaria, y la correspondiente a servicios de utilidad pública, como los sistemas de asistencia sanitaria o de salud. Una ley regulará las obligaciones a las que estarán sometidos los organismos públicos y entidades privadas a cargo de la infraestructura crítica del país, así como los criterios específicos para la identificación de la misma".

1. Alcances comparados acerca de la protección de la infraestructura crítica

En general, los Estados han demostrado gran interés por regular la protección de la infraestructura crítica que pudiese verse afectada por diversos motivos, tales como desastres naturales o por acción humana[26].

La Unión Europea, a través de la directiva 2008/114/CE, de 8 de diciembre de 2008 estableció:

> "[...] un procedimiento de identificación y designación de infraestructuras críticas europeas ('las ICE') y un planteamiento común para evaluar la necesidad de mejorar la protección de dichas infraestructuras, con el fin de contribuir a la protección de la población".

En específico, España reguló esta materia por la Ley 8/2011, del 29 de abril de 2011, en la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, indicando en su artículo 1 que el objeto de la ley es:

[26] Recalde y Racines (2019), p. 5.

> "[...] establecer las estrategias y las estructuras adecuadas que permitan dirigir y coordinar las actuaciones de los distintos órganos de las Administraciones Públicas en materia de protección de infraestructuras críticas, previa identificación y designación de las mismas, para mejorar la prevención, preparación y respuesta de nuestro Estado frente a atentados terroristas u otras amenazas que afecten a infraestructuras críticas",

para ello crea el Sistema de Protección de Infraestructuras Críticas (SPIC), conformado por órganos e instituciones tanto del sector público como del privado, denominados en su conjunto como agentes señalados en el artículo 5, en que de su lectura no se desprende que las FFAA sean considerados como tales, sino que su participación se encuentra al alero de la autoridad civil.

El artículo 2 de la ley española considera diversas definiciones, entre las que se encuentra la de "zona crítica" consistente en:

> "[...] aquella zona geográfica continua donde estén establecidas varias infraestructuras críticas a cargo de operadores diferentes e interdependientes, que sea declarada como tal por la Autoridad competente".

Aquella declaración, entre otros aspectos, tiene por objetivo la coordinación entre los diversos agentes intervinientes, incluidas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las Policías Autonómicas.

El Reino Unido, por su parte, en el año 2018 se refirió a este asunto en el *Public Summary of Sector Security and Resilience Plans*, señalando que la infraestructura crítica:

> "[...] consiste en las instalaciones, sistemas, sitios, información, personas, redes y procesos necesarios para el funcionamiento de un país y de los que depende la vida cotidiana. También incluye algunas funciones, sitios y organizaciones que no son críticos para el mantenimiento de los servicios esenciales, pero que necesitan protección debido a los peligros potenciales que podrían representar para el público en caso de una emergencia (instalaciones nucleares y químicas civiles, por ejemplo)"[27].

Para los efectos de cumplir el objetivo indicado, existen algunas agencias gubernamentales como el Centro para la Protección de la Infraestructura Na-

[27] Traducción propia: "National Infrastructure consists of those facilities, systems, sites, information, people, networks and processes necessary for a country to function and upon which daily life depends. It also includes some functions, sites and organisations which are not critical to the maintenance of essential services, but which need protection due to the potential dangers they could pose to the public in the event of an emergency (civil nuclear and chemicals sites, for example)".

cional cuya finalidad es brindar asesoría a los agentes intervinientes, así como asesorar en seguridad física y personal para disminuir riesgos y reducir la vulnerabilidad respecto del terrorismo, espionaje y otras amenazas de seguridad nacional[28].

De la breve revisión de ambos países, se advierte la creación de un sistema, instituciones u organismos que participan de manera conjunta en la elaboración de planes para la protección de la infraestructura crítica, sin entregarle directa ni exclusivamente a las Fuerzas Armadas su resguardo. La creación de un organismo estatal que tenga por objetivo la protección de la infraestructura crítica ha sido recomendada para Ecuador, dejando la intervención de las Fuerzas Armadas como un último recurso[29].

2. Causal de procedencia

Algunos de los móviles o motivos de su procedencia que se habían esgrimido respecto a esta materia era la de grave alteración del orden público, correspondiente al estado de emergencia, u otras de similar carácter, no obstante, la causal que se estableció es, en definitiva, la existencia de peligro grave o inminente respecto de aquella infraestructura considerada crítica.

Como es propio de un texto constitucional, no se entregan definiciones o explicaciones acerca de lo que debe entenderse por peligro grave o inminente, por lo que corresponderá su interpretación al titular de la atribución al momento de ejercerla con la debida fundamentación, y, en último término, a los tribunales de justicia.

El peligro se define como "riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal"[30] y envuelve un alto grado de probabilidad que pueda acontecer, y ese hecho, suceso o acontecimiento tiene una connotación negativa, perniciosa. Dentro de su noción, se encuentra el carácter de inminente, pues le otorga el elemento de la temporalidad en cuanto a la cercanía o prontitud en su ocurrencia. De allí que la repetición de la palabra 'inminente' resultaría innecesaria o redundante, pero es posible justificar su inclusión porque los riesgos también pueden ser abstractos y ello aleja la prontitud como elemento de temporalidad en cuanto a su acaecimiento.

No es suficiente la existencia de un peligro, sino que este debe ser inminente o también puede ser grave, ello en virtud de la conjunción disyuntiva 'o' que emplea la redacción de la causal. La gravedad se encontraría dada por la seriedad del riesgo que podría ocurrir, por la importancia, la grandeza, se trataría de una contingencia gruesa.

[28] Cabinet Office (2019), p. 8.
[29] Recalde y Racines (2019), p. 21.
[30] RAE (2022a).

De lo expuesto, hasta aquí en cuanto a las nociones que le dan forma a la causal de procedencia, se desprende con claridad meridiana que ella tiene un carácter preventivo, es decir, la protección de la infraestructura crítica tiene como finalidad evitar que el peligro que la amenaza se concrete.

Podría darse la circunstancia o situación que la infraestructura considerada como crítica ya haya sido afectada por el peligro que la amenazó y, en tal caso, la intervención de las Fuerzas Armadas en su protección estaría amparada por evitar que aquel hecho pernicioso o perjudicial se expanda a otras áreas u otras instalaciones o edificaciones de la misma infraestructura. Esa labor se llevaría a cabo de manera paralela por las policías y por los órganos que deban. De tal forma, que una vez que se encuentre controlado el peligro que da origen a la protección comentada, las funciones de las Fuerzas Armadas cesarán.

Como se trata de un acaso prospectivo, una forma de prever su ocurrencia es a través de la labor de inteligencia, y la forma correcta de hacerlo es a través del Sistema de Inteligencia del Estado a que se refiere la Ley n.° 19974, o a través de las Direcciones de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, cual sea la forma en que se realice esta labor, el objetivo es conseguir información útil que permita a las autoridades tomar las decisiones que correspondan. Es relevante para la efectividad de esta facultad presidencial el empleo de una herramienta que permita prever los acontecimientos que podrían significar un peligro para la infraestructura considerada como crítica, puesto que, de lo contrario, el ejercicio de esta atribución podría permear los límites de la arbitrariedad.

Una forma de limitar la amplia discrecionalidad con que cuenta el Presidente de la República para ejercer esta atribución es la exigencia que realiza la norma acerca de la fundamentación del decreto supremo que debe dictar al efecto. Esta fundamentación o motivación del acto es una forma de permitir un control jurídico y político, así como el cumplimiento del principio de publicidad consagrado en el artículo 8 de la CPR al declarar que los fundamentos de los actos y resoluciones de los órganos del Estado son públicos. Esta exigencia también permite que la actuación presidencial sea objetiva, y que se actúe conforme al principio de probidad[31]. Esta fundamentación implica el señalamiento de las normas jurídicas que permiten el ejercicio de la atribución, así como de los antecedentes fácticos que motivan su dictación.

Con todo, y a pesar de haberse originalmente relacionado esta herramienta con los estados de excepción constitucional, es posible advertir algunas diferencias, en el sentido de que la protección de la infraestructura crítica tiene

[31] Ley n.° 19880 (2003), artículo 11.

un fin específico y delimitado, que es enfocarse en aquellos bienes que han sido señalados e impedir que se generen hechos que los dañen o destruyan, mientras que la procedencia de los estados de excepción se justifica por hechos actuales que hacen necesaria la intervención de las Fuerzas Armadas para evitar que sigan ocurriendo o se tornen más graves. Además, la protección de la infraestructura crítica no permite bajo ningún respecto la limitación o restricción de derechos fundamentales, situación diversa a los estados de excepción. Otra diferencia que se puede constatar, que es consecuencia de todo lo expresado, es que la protección de infraestructura crítica tiene un carácter preventivo, mientras que los estados de excepción, por regla general, tienen un carácter reactivo.

3. Facultades de las Fuerzas Armadas

El inciso 3 del n.º 21 del artículo 32 de la CPR señala que el Presidente de la República debe designar en el decreto supremo que disponga la protección respectiva a un oficial general de las Fuerzas Armadas el que tendrá el mando de ellas y de las de Orden y Seguridad Pública. Los oficiales designados tendrán la responsabilidad del resguardo del orden público en las áreas determinadas, según las instrucciones que disponga el Ministerio del Interior.

El inciso siguiente se refiere a las atribuciones que tendrán las Fuerzas Armadas para el resguardo del orden público, entregándole su determinación a una ley, así como deberán seguir los procedimientos señalados en la ley, y con respeto de las reglas del uso de la fuerza que se fijen al efecto para el cumplimiento del deber.

De conformidad con el tenor de la norma, y a pesar de no haberse diferido la entrada en vigencia de esta reforma, es dable considerar que no podrá llevarse a efecto esta medida de resguardo de la infraestructura crítica mientras no se dicte la ley que establezca las facultades que tendrán las Fuerzas Armadas, puesto que, de lo contrario, las actuaciones que estas realicen infringirían el principio de juridicidad, no siendo válidas por la transgresión al elemento de la competencia, consagrado en el artículo 7.° de la CPR.

Valga precisar que el inciso final de la disposición transitoria quincuagésima tercera establece un deber al Presidente de la República de enviar un mensaje al Congreso Nacional con un proyecto de ley relativo al resguardo de las zonas fronterizas, que no se extiende a que se presente un mensaje relativo a un proyecto de ley relativo a la protección de la infraestructura crítica. Así, el Constituyente le otorga un carácter de urgente a la regulación legal del resguardo de las zonas fronterizas, mientras que la ley que se refiera a la protección de la infraestructura crítica no sigue la misma suerte en el sentido de la urgencia expresa, debiendo seguir los trámites ordinarios para su dictación.

III. Resguardo de las zonas fronterizas

El inciso final del n.º 21 del artículo 32 de la CPR, señala:

> "La atribución especial contenida en este numeral también se podrá utilizar para el resguardo de áreas de las zonas fronterizas del país, de acuerdo a las instrucciones contenidas en el decreto supremo que se dicte en conformidad con la ley".

La disposición quincuagésima tercera transitoria solo se refiere al resguardo de las zonas fronterizas sin hacer referencia a una regulación legal o infralegal ulterior sobre la protección de la infraestructura crítica. Así, se delega la facultad en el Presidente de la República de dictar un decreto con fuerzas de ley que contenga "las normas necesarias para regular las atribuciones y deberes de las fuerzas para el resguardo de las áreas de zonas fronterizas establecidas" en el inciso final del n.º 21, y luego establece las limitaciones a las que el Ejecutivo estará sujeto al conceder esas facultades, permitiendo solo otorgar atribuciones para el control de identidad y registro en las áreas de las zonas fronterizas delimitadas por el correspondiente decreto supremo, además de la detención para el solo efecto de poner a las personas a disposición de las policías, y se le permite facultar a las instituciones castrenses para colaborar con la Policía de Investigaciones en el cumplimiento de las funciones señaladas en el artículo 166[32] de la Ley n.º 21325, de Migración y Extranjería.

El inciso final de la disposición transitoria establece que las disposiciones contenidas en el o los decretos con fuerza de ley que se dicten al respecto tendrán vigencia hasta que se publique la ley a que se refiere el inciso final del n.º 21 ya señalado y, para ello, el Presidente de la República tiene un plazo de seis meses desde la publicación de la ley de reforma constitucional para enviar un mensaje al Congreso con el proyecto de ley respectivo.

---

[32] Artículo 166.- Autoridad contralora. Corresponderá a la Policía en el ejercicio de su función de control migratorio:

1. Controlar el ingreso y egreso de extranjeros del territorio nacional y registrar dichos hechos en el Registro Nacional de Extranjeros, sin perjuicio de las facultades del Servicio Nacional de Aduanas.

2. Fiscalizar la legalidad de la estadía de extranjeros en el país.

3. Denunciar ante el Servicio las infracciones de esta ley de que tome conocimiento, sin perjuicio de adoptar las demás medidas que sean de su competencia de acuerdo a la ley.

4. Ejecutar las medidas de expulsión dictadas por las autoridades señaladas en el artículo 126.

Respecto a la función establecida en el primer numeral, en aquellos pasos habilitados en que no haya unidades de la Policía, Carabineros de Chile cumplirá dichas funciones. Sin embargo, en los puertos de mar en que no existan dichas unidades, ellas serán cumplidas por la Autoridad Marítima a que se refiere el artículo 2, letra c), del decreto ley Nº 2.222, de 1978.

Actualmente, se encuentra vigente el decreto con fuerza de ley n.º 1, del Ministerio del Interior, de fecha 9 de febrero de 2023 y publicado de acuerdo con la disposición transitoria ya comentada y que regula las atribuciones y deberes especiales de las Fuerzas Armadas y las reglas del uso de la fuerza respecto de la misión de resguardar las zonas fronterizas.

Las reglas de uso de la fuerza establecidas en el DFL señalado coinciden, en gran medida, con aquellas establecidas en el decreto supremo n.° 8, de 2020 del Ministerio de Defensa, este último consagra en el artículo 3 nueve reglas de uso de la fuerza, mientras que el DFL en el artículo 11 contempla diez reglas, en los que no se advierten diferencias sustanciales:

Regla	Decreto supremo n.° 8, de 2020, artículo 3	DFL n.° 1, de 2023, artículo 11
1	Empleo disuasivo de vehículos militares, porte de armas y despliegue de fuerzas	Empleo disuasivo de vehículos militares, porte de armas y despliegue de fuerzas
2	Efectuar negociación, demostración visual, advertencias verbales	*Identificarse como parte de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública de Chile, según corresponda*. Efectuar negociación, demostración visual, advertencias verbales
3	Empleo disuasivo de fumígenos (granadas de humo, gas pimienta o lacrimógeno, entre otros), sistemas de sonido, luz o agua	Empleo disuasivo de fumígenos (granadas de humo, gas pimienta o lacrimógeno, entre otros), sistemas de sonido, luz o agua
4	Empleo disuasivo de dispositivos o armamentos no letales: bastones, dispositivos eléctricos, proyectiles de pintura, de gas pimienta y lacrimógeno, y otros análogos	Empleo disuasivo de dispositivos o armamentos no letales: bastones, dispositivos eléctricos, proyectiles de pintura, de gas pimienta y lacrimógeno, y otros análogos
5	Empleo de armamento antidisturbios, sin disparar a quemarropa ni apuntar directo al rostro	Empleo de armamento antidisturbios, sin disparar a quemarropa ni apuntar directo al rostro, *evitando apuntar a la parte superior del torso*
6	Preparar el arma de fuego con clara intención de utilizarla	Preparar el arma de fuego con clara intención de utilizarla
7	Efectuar disparos de advertencia con el arma de fuego, sin apuntar a personas	Efectuar disparos de advertencia con el arma de fuego, sin apuntar a personas
8	Usar armas de fuego en legítima defensa, de acuerdo a lo establecido en el *Código Penal* y el *Código de Justicia Militar*	*Usar armas de fuego como último recurso, cuando las medidas anteriormente señaladas resultaren insuficientes, y sólo en el caso de enfrentamiento con personas que utilicen o se apresten a utilizar armas de fue-*

		go u otras armas letales, o pongan en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas, y no pueda reducirse o detenerse a la persona aplicando medidas menos extremas. Deberá evitarse el uso de armas de fuego, especialmente, en presencia de menores de edad (Esta regla coincide en gran medida con la n.° 9 del DS n.° 8, sin considerarse en este DFL una regla similar a la del n.° 8 del DS)
9	*Usar armas de fuego como último recurso, cuando las medidas anteriormente señaladas resultaren insuficientes*, conforme al artículo 5, numeral 5 de la Ley n.° 18415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción y al artículo 208 del Código de Justicia Militar, *y solo en el caso de enfrentamiento con personas que utilicen o se apresten a utilizar armas de fuego u otras armas letales*, en los siguientes casos: – En un ataque actual o inminente a un recinto militar. – En la protección de las instalaciones, sistemas o componentes de empresas o servicios, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública cuya perturbación en su funcionamiento o destrucción tendría un grave impacto sobre la población	Deber de informar. Deberá informarse, en el más breve plazo, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública de cada incidente que haya ocurrido con ocasión del uso de la fuerza.
10	No aplica.	*Si a propósito del uso de la fuerza resultaren personas heridas, deberán prestársele los auxilios necesarios para resguardar su salud*

Nota: Tabla de elaboración propia. Las partes resaltadas fueron agregadas por los autores para denotar las diferencias existentes entre ambos instrumentos jurídicos.

1. Ausencia de causal de procedencia para el resguardo de las zonas fronterizas.

La habilitación constitucional de ejercer la atribución especial del n.° 21 del artículo 32 de la CPR al resguardo de las zonas fronterizas, tiene relación con que el Presidente de la República, por decreto supremo, podrá disponer que

las Fuerzas Armadas participen en esa labor, junto con las facultades y deberes que les corresponde a las policías en ejercicio de sus funciones propias y naturales que el ordenamiento jurídico les ha confiado.

La misión de las Fuerzas Armadas consiste en la defensa nacional, que se traduce en defender la soberanía e integridad territorial del Estado frente a agresiones externas, y, de manera excepcional, participar en el resguardo del orden público, de conformidad con algunos de los casos ya mencionados. Además, debe precaverse la desnaturalización de las instituciones castrenses, puesto que la formación y disciplina para participar en la defensa nacional y en el resguardo del orden público son disímiles, ello con el fin de no transformarlas en policías militares, sin perjuicio de las necesidades del Estado que se presenten en un contexto determinado. Para evitar ello, es recomendable realizar una regulación específica de la participación de las Fuerzas Armadas y diferenciarlas de aquellas que deben realizar las policías para que no existan confusión de atribuciones ni competencias.

El ejercicio de la atribución presidencial respecto del resguardo de las zonas fronterizas comprende la determinación de aquellas áreas geográficas que deben ser resguardadas, la prohibición absoluta de suspensión, restricción o limitación de derechos y garantías constitucionales y de aquellas establecidas en tratados internacionales, además se le aplica a esta materia la sujeción a los procedimientos establecidos en la ley vigente y a las reglas de uso de la fuerza que se determinen. También le resulta del todo aplicable la temporalidad de la vigencia de la medida y la forma de prórroga de la misma.

Surge la interrogante de cuál es la causal o presupuesto fáctico que habilita al Jefe de Estado para disponer la participación de las Fuerzas Armadas en el resguardo de las zonas fronterizas. Ello porque pareciera que la causal o motivo previsto para la protección de la infraestructura crítica es específica para esa sola materia o ámbito, y no armonizaría con el cometido relativo a las fronteras. De estimarse que la causal es la misma para ambas situaciones, la aplicación para el resguardo de las zonas fronterizas solo procedería en el caso de que exista un peligro grave o inminente a su respecto, lo que se aleja del que parece ser el espíritu que inspiró su inclusión en la reforma constitucional.

De la historia de la ley y la discusión parlamentaria que antecedió la vigencia de esta reforma constitucional, se expresó la pretensión de que este instrumento permitiera enfrentar "temas migratorios, sobre todo en la zona norte del país"[33]. Sin embargo, de la forma como fue aprobada y publicada la reforma, permite que el resguardo de las zonas fronterizas por las Fuerzas Armadas sea decretado por otras razones diversas al control de la migración irregular.

[33] Biblioteca del congreso Nacional (2023), p. 13.

La ley de reforma constitucional fue publicada en *el Diario Oficial* con fecha 3 de febrero de 2023, y el 24 de febrero del mismo año se publicó además el decreto supremo n.° 78, que delimita áreas de zonas fronterizas a resguardadas por parte de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, y designa oficiales generales, cuya motivación fáctica se concentra en los considerandos 6.° a 9.°, y que en particular consiste en:

> "controlar los niveles de migración y el cumplimiento de los requisitos exigidos para ella y, por otro [lado] asegurar a quienes ingresen a nuestro país y a los habitantes de estas áreas, la protección necesaria de la vida, la integridad física y la seguridad" (considerando 8.°),

debido al aumento de los índices de criminalidad en las áreas indicadas (considerando 7.°).

Por tal razón, los conceptos que se han incorporado al texto constitucional no son comprensivos del fin que se buscó para llevar a cabo la reforma comentada, toda vez que la noción de resguardo debe ser interpretada conforme al *Diccionario de la lengua española*, por no tratarse de uno de naturaleza jurídica y porque tampoco existe una construcción doctrinaria o jurisprudencial que permita otorgarle un contenido sustantivo. El *DLE* indica que resguardo es "guardia, seguridad que se pone en una cosa"[34], pero de manera específica, la acepción que se adecuaría a esta materia es la que señala que corresponde a una "guardia o custodia de un sitio, un litoral o una frontera para que no se introduzca contrabando o matute"[35]. Esta crítica solo se realiza en virtud que el espíritu de la reforma en controlar la migración irregular y el acceso al país por pasos no habilitados para ello, lo que difiere, de un contrabando o matute como lo señala la definición apuntada, salvo. Que se extienda a un ámbito subjetivo.

Con todo, en el ámbito del derecho administrativo se tiende a pensar que no existen actos administrativos completamente discrecionales[36], sino que siempre habrán elementos reglados, sin embargo, la concesión de la facultad de proceder respecto de las fronteras no pareciera considerar un elemento o factor de procedencia, lo que trae como consecuencia considerar que ella procederá siempre que el Presidente de la República estime que exista un hecho que merece la participación de las Fuerzas Armadas en aquellas zonas, y como ha ocurrido en el primer caso de ejercicio de la facultad, aquel presupuesto fáctico se encuentra relacionado con la migración.

[34] RAE (2022b).

[35] *Ibid*.

[36] No es materia de este trabajo referirnos a la naturaleza jurídica del decreto supremo que debe dictar el Presidente de la República en ejercicio de la atribución consagrada en el artículo 32 n.° 21 de la CPR.

Esta situación debe considerarse de trascendencia para los efectos del control de constitucionalidad y legalidad que realiza tanto la Contraloría General de la República como los tribunales de justicia.

2. Coherencia con el bien jurídico de las Fuerzas Armadas: la Defensa Nacional

De acuerdo con el artículo 101 de la CPR las Fuerzas Armadas existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional. Por patria se entiende la "tierra natal o adoptiva ordenada como nación a la que se siente ligado el ser humano por vínculos jurídicos, históricos y afectivos"[37]. El principal elemento para definir este concepto es la subjetividad del individuo, puesto que una definición despojada de este elemento solo constituiría un territorio objetivamente delimitado.

La expresión 'defensa de la patria' contempla elementos extrajurídicos y axiológicos que denota una relación existente entre los individuos con el territorio dentro del que se emplazan que tiene un contenido cultural, histórico, político o afectivo[38], de esta manera estos contenidos exógenos permean la función principal de los cuerpos armados que es la Defensa Nacional. No obstante, esta noción sería omnicomprensiva de aquellas misiones relacionadas con la integridad territorial de Chile y a la independencia nacional[39], que coincide con el sentido de la misión principal que es la Defensa Nacional[40].

Tanto la seguridad nacional como la defensa nacional son conceptos jurídicos y políticos indeterminados, puesto que el ordenamiento jurídico no se ha encargado de definirlos, por lo que cabe entender sus nociones a través de los métodos de interpretación normativa. Es por esta razón que suelen confundirse, incluso utilizando ambos como sinónimos en circunstancias que no serían adecuadas.

La doctrina ha hecho una distinción entre la seguridad y la defensa, siendo el primer concepto más amplio y el segundo más restrictivo, es así como Jaime García Covarrubias ha señalado:

> "hay que aceptar la coexistencia de la seguridad global o integral con la seguridad ciudadana o interna, propia del ámbito policial, lo que lleva normalmente a confusión. Esto ocurre porque en nuestro idioma, a diferencia del inglés, no tiene la capacidad de crear conceptos o

[37] RAE (2022c).
[38] Cea Cienfuegos (2016), p. 308.
[39] Cea Egaña (2017), p. 159.
[40] Ministerio de Defensa Nacional (2017), p. 96.

> definiciones instrumentales. En suma, comparten el mismo nombre (seguridad global y seguridad interna) y ello lleva a confusión por parte de quienes no tienen mayor vinculación con el tema. Por esa razón, es muy importante cuando se habla de seguridad aclarar si se refiere a seguridad global o a la seguridad interna también conocida como pública o ciudadana"[41].

Por lo tanto:

> "habrá un área encargada de proteger y dar seguridad a los ciudadanos (seguridad interna o pública) y otra se encargará de la seguridad del Estado y por ende de los ciudadanos protegiendo la soberanía de las fronteras. Esta última, tiene el nombre de Defensa"[42].

Coherente resulta afirmar que la seguridad nacional tiene, al menos, dos elementos constituyentes, los cuales son la defensa (seguridad externa del Estado) y la seguridad pública o ciudadana (en el orden interno), por lo que no cabe confundir la seguridad pública o interior con la seguridad nacional, puesto que la primera es integrante de la segunda, lo que no las hace sinónimos, pero sí se encuentran íntimamente relacionadas.

El *Libro de la Defensa Nacional* es claro en cuanto a señalar el contenido de la noción de defensa nacional, haciendo hincapié en que:

> "dice relación con la acción del Estado para mantener la independencia política del país y su integridad territorial, así como para proteger a su población frente al uso de la fuerza o a la amenaza del uso de la fuerza por parte de actores internacionales. Considera el conjunto de medios materiales, humanos y morales que una nación puede oponer a las amenazas de un adversario en contra de tales bienes y de sus intereses. Su propósito es contribuir al logro de una condición de seguridad externa tal que el país pueda lograr sus objetivos libres de interferencias exteriores"[43].

De esta forma, puede comprenderse la participación de las Fuerzas Armadas en el resguardo de las zonas fronterizas desde que su misión fundamental es proteger la integridad del territorio de amenazas externas, ello a pesar de que las atribuciones que posean para cumplir con la nueva función entregada por la reforma constitucional sean limitadas.

---

[41] García (2020).
[42] *Ibid*.
[43] *Op. cit.*, p. 96.

Conclusiones

No es extraño que las Fuerzas Armadas intervengan en asuntos de orden público, sin perjuicio de ser una excepcionalidad; de esta forma, se constata en el ámbito constitucional que participarán en el resguardo del orden público cuando se decrete el estado de excepción de emergencia y en los actos plebiscitarios y eleccionarios. Además, se constató la existencia de la Policía Marítima, que, a pesar de no ser considerada por la Carta Fundamental como Fuerza Pública, su normativa la reconoce como tal, y le entrega atribuciones relacionadas con el orden público. Aspecto que jurídicamente es controvertido.

La reforma constitucional introducida por la Ley n.º 21542, de 2023, al adicionar una nueva atribución del Presidente de la República en el n.º 21 del artículo 32, les entrega facultades para intervenir en el resguardo del orden público cuando exista infraestructura crítica que deba ser protegida y también respecto de las zonas fronterizas.

La protección de la infraestructura crítica es una situación que ya ha sido prevista en el derecho comparado como, por ejemplo, España, Reino Unido, Ecuador, y a pesar de que se incluye la participación de las instituciones castrenses, no es una facultad que se les entregue de manera exclusiva, sino que es en virtud de sistemas compuestos por el sector público y privado y que en algunos casos existe y se recomienda la creación de un órgano cuya función sea la protección de la infraestructura crítica y la coordinación entre los diversos agentes participantes.

La causal de procedencia para decretar la protección de la infraestructura crítica constituye una de carácter indeterminado y preventivo. Entonces, es a través de la labor del Sistema de Inteligencia del Estado conseguir de manera objetiva información útil que permita a las autoridades tomar las decisiones que correspondan, con el fin de prever los acontecimientos que podrían significar un peligro para la infraestructura considerada como crítica, puesto que, de lo contrario, el ejercicio de esta atribución podría permear los límites de la arbitrariedad.

En cuanto al resguardo de las zonas fronterizas por parte de las Fuerzas Armadas, se estima que es una función que se relaciona de mejor forma con la misión institucional de las Fuerzas Armadas en cuanto defensoras de la patria, de la integridad del territorio y de la soberanía, aunque su regulación ha sido muy deficiente, omitiendo la incorporación de una causal que haga procedente su decreto, así, los hechos podrían ser de una distinta naturaleza a la que se tuvo en vista al momento de la discusión parlamentaria, que es contener la migración irregular e impedir el acceso al territorio nacional por pasos no habilitados.

Finalmente, las reglas de uso de la fuerza fijadas para el resguardo de las zonas fronterizas coinciden en gran medida con aquellas establecidas para los

estados de excepción, complejizando la diferenciación entre ambas instituciones excepcionales. En definitiva, en el nuevo texto constitucional que debiera someterse a plebiscito el 17 de diciembre del año 2023, debe considerar si esta materia se incorpora al estado de emergencia o se mantiene en los términos actuales, con los matices que correspondan en materia de derechos fundamentales,

Bibliografía

Bécar Labraña, Emilio José (2019): "Algunas consideraciones en torno al orden público en el Derecho Civil como concepto jurídico indeterminado", *Revista Actualidad*, n.° 40.

Biblioteca del Congreso Nacional (2023): *Historia de la Ley Nº 21.542*. Disponible en www.bcn. cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/8118/HLD_8118_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd. pdf [fecha de consulta: 4 de mayo de 2023].

Cabinet Office (2019): *Public Summary of Sector Security and Resilience Plans* (London).

Cea Cienfuegos, Sergio (2016): "Prospección del bien jurídico en el delito militar: la defensa nacional", *Actualidad Jurídica*, n.° 33.

Cea Egaña, José Luis (2017): *Derecho constitucional chileno,* tomo iv (Santiago: Ediciones UC).

García Covarrubias, Jaime (2020): "La seguridad y la defensa", *Panorama de Seguridad & Defensa* (Centro de Investigaciones y Estudios Estratégicos - ANEPE).

Gordicheau, François (2013): "Orígenes del concepto de orden público en España: su nacimiento en un marco jurisdiccional", *Ariadna histórica. Lenguajes, conceptos, metáforas*, n.° 2: pp. 107-130. Disponible en https://historiapolitica.com/datos/biblioteca/justicia%20menor_godicheau.pdf [fecha de consulta: 1 de marzo de 2023].

Jiménez Larraín, Fernando (2001): "La noción de orden público en la Constitución Política", *Revista de Derecho Público*, vol. n.° 63.

Maldonado Prieto, Carlos (1990): "Los Carabineros de Chile. Historia de una Policía militarizada", *Ibero-Americana, Nordic Journal of Latin American Studies*, vol. xx: 3: pp. 3-31. Disponible en https://storage.googleapis.com/jnl-su-j-injlacs-files/journals/1/articles/225/submission/proof/225 -1-563-4-10-20171030.pdf [fecha de consulta: 7 de abril de 2023].

Ministerio de Defensa Nacional (2017): *Libro de la Defensa Nacional*. Disponible en www.defensa.cl/media/LibroDefensa.pdf [fecha de consulta 4 de mayo de 2023].

Molina Guaita, Hernán (2009): *Derecho constitucional* (Santiago: Legal Publishing, novena edición).

Montalvo Abiol, Juan Carlos (2010): "Concepto de orden público en las democracias contemporáneas", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.° 22. Dis-

ponible en https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6009/6464 [fecha de consulta: 18 de marzo de 2023].

Nogueira Alcalá, Humberto (2013): *Derecho constitucional chileno*, tomo ii (Santiago: Legal Publishing).

Peña Torres, Marisol (1991): "Fuerzas Armadas, amenaza interna y seguridad nacional", *Revista de Derecho Público*, n.º 50.

Politoff Lifschitz, Sergio; Matus Acuña, Juan Pierre y Ramírez G., María Cecilia (2003): *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

RAE (2022a): *Diccionario de la lengua española*. Disponible en https://dle.rae.es/peligro [fecha de consulta: 22 de abril de 2023].

RAE (2022b): *Diccionario de la lengua española*. Disponible en https://dle.rae.es/resguardo?m=form [fecha de consulta: 26 de abril de 2023].

RAE (2022c): *Diccionario de la lengua española*. Disponible en https://dle.rae.es/patria [fecha de consulta: 2 de agosto de 2022].

Recalde Morillo, Fernando y Racines Duque, Pablo (2019): "La protección de las infraestructuras críticas en el ámbito de las Fuerzas Armadas", *Revista de Ciencias de Seguridad y Defensa*, vol. iv, n.º 5. Disponible en https://journal.espe.edu.ec/ojs/index.php/revista-seguridad-defensa/article/view/RCSDV5N1ART01/pdf [fecha de consulta: 1 de marzo de 2023].

Saint-Pierre, Héctor Luis y Donadelli, Laura M. (2014): "El involucramiento de policía y militares a nivel internacional", *El narcotráfico y su combato. Sus efectos sobre las relaciones internacionales* (México).

Vivanco Martínez, Ángela (2006): *Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, tomo ii (Santiago: Ediciones UC, segunda edición).

Normas consultadas

Constitución Política de la República de Chile.

Ley n.º 19880 (2003), establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Ley n.º 21325 (2021), de Migración y Extranjería.

Ley n.º 21542 (2023), modifica la Carta Fundamental con el objeto de permitir la protección de infraestructura crítica por parte de las Fuerzas Armadas, en caso de peligro grave o inminente.

Proyectos de ley consultados

Boletín n.º 13.085-07, de 26 de noviembre de 2019.

Boletín n.º 13.087-07, de 26 de noviembre de 2019.

Boletín n.º 13.088-02, de 26 de noviembre de 2019.
Boletín n.º 13.086-07, de 26 de noviembre de 2019
Boletín n.º 14.732-02, de 6 de diciembre de 2021.
Boletín n.º 14.847-06, de 15 de marzo de 2022.
Boletín n.º 15.219-07, de 29 de julio de 2022.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO: ¿UN DERECHO ABSOLUTO? ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

THE RIGHT TO GENDER IDENTITY: AN ABSOLUTE RIGHT? SOME CONSIDERATIONS FROM THE PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Karl Müller Guzmán[*]

Resumen: Con el propósito de contribuir a la reflexión de una materia fundamental para el desarrollo de todas las personas, se plantea en este trabajo que el derecho a la identidad de género, al igual que todo derecho humano, tiene límites. Luego de analizar su consagración en el derecho internacional, resulta necesario analizar algunos límites que en la actualidad se formulan a tal derecho, especialmente en el ámbito de la salud y del ejercicio de ciertos derechos humanos como la libertad de expresión, religión y educación.

Palabras claves: derechos humanos, derecho internacional, identidad de género.

Abstract: To contribute to the reflection of a fundamental matter for the development of all people, it is proposed in this work that the right to gender identity, like all human rights, has limits. After its legal recognition in international law, there are certain limits to the said right, especially in the field of health and the exercise of certain human rights such as freedom of expression, religion, and education, that need to be analyzed.

Keywords: human rights, international law, gender identity.

[*] Doctor, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Derecho Internacional Público, Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Viña del Mar. Correo electrónico: karl.muller@uvm.cl

Introducción

La relevancia de las temáticas relacionadas con el sexo y el género se evidencia desde el momento que permea todos los ámbitos de la vida de las personas, tanto en lo público como en lo privado. Por lo mismo, es que se busca con este trabajo abordar algunos aspectos que permitan contribuir a reflexionar sobre esta materia a partir del análisis de los fundamentos de la regulación legal del reconocimiento y ejercicio del derecho a la identidad de género.

En particular, se abordará la consolidación del derecho a la identidad de género y si tal derecho presenta límites que puedan emanar del derecho internacional público. Dicho análisis se efectúa a partir de tratados, resoluciones, jurisprudencia y doctrina internacional

Si bien aún persisten voces críticas o que rechazan un derecho a la identidad de género, lo cierto es que tal reconocimiento y aceptación se ha consolidado en el derecho internacional público. Esto se ha logrado gracias a la jurisprudencia emanada tanto de los tribunales internacionales de derechos humanos como de informes y observaciones emitidos por organismos especializados de derechos humanos, universales y regionales, sin perjuicio de su reconocimiento en los más recientes tratados.

Lo anterior no obsta a que en esta materia existan posturas que formulen cuestionamientos desde el punto de vista de la lógica argumentativa respecto del fundamento de validez del derecho de identidad de género. Posturas que, valga la aclaración, reconocen que tal derecho se vincula con el derecho a la no discriminación, el cual no presenta cuestionamiento sustancial alguno, salvo en posturas radicales que siempre persisten. A su vez, existen ciertos ámbitos de la vida, vinculados a determinados derechos fundamentales, en los cuales se pone en entredicho el derecho a la identidad de género.

Uno de esos ámbitos corresponde al campo de la medicina, en el cual la evidencia científica, o bien la falta o lo limitado de tal evidencia, pone en duda o da una voz de alerta con respecto a los efectos del cambio de género, especialmente en relación con la supresión puberal.

El otro ámbito en el cual se formulan al menos dudas razonables sobre la plenitud del ejercicio de este derecho tiene relación con la existencia de incongruencias de tipo argumentativo, así como en la tensión o colisión entre derechos fundamentales, sin perjuicio de las tensiones sociales que ello puede generar en relación con los derechos fundamentales de libertad de religión y conciencia, de expresión y educación.

I. Antecedentes normativos sobre la consolidación de la identidad de género como derecho humano

Si bien conceptualmente, la discusión o análisis del sustento o sustrato cultural de la identidad de género es de larga data[1], su consagración positiva como derecho humano en el ámbito del derecho internacional es reciente. Incluso más, en los primeros tratados internacionales de derechos humanos no se consagraba la identidad de género como un derecho humano en particular[2].

Lo que si se reguló en dichos tratados fue el derecho a la no discriminación. Regulación que se efectuó mediante una cláusula muy similar en los diversos acuerdos internacionales, tanto en el ámbito de los sistemas universales como regionales de protección y promoción de los derechos humanos. Se menciona tal derecho, ya que, en gran medida, es a partir de él en que se sustenta el desarrollo del actual derecho a la identidad de género.

En dichos tratados se declara con una terminología similar, la obligación de los Estados de respetar y a garantizar los derechos humanos:

> "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"[3].

Resulta necesario destacar que estos artículos en los cuales se materializa normativamente la no discriminación han permitido a la doctrina sostener que tal derecho también es un principio que resulta ser el sustento fundamental de todos los derechos humanos, sin el cual resultarían vulnerados en su esencia o simplemente denegados[4]. Se destaca lo anterior, ya que ello da pie para poner en duda la necesidad de reconocer a la identidad de género como un derecho humano en particular o, bien, para fijar límites a ese derecho porque se encuentra amparada por la prohibición de discriminar[5]. Aspecto que se analizará más adelante.

---

[1] Burguete (2018), p. 26.

[2] De Pisón (2022), p. 359.

[3] Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1 y Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.2; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra, de manera explícita, en un artículo en particular, la prohibición de discriminación, en términos similares que en el ámbito de ONU, al indicar: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

[4] Pascual (2022), p. 26.

[5] De Lora (2021), p. 49.

No obstante, como se indicó, es a partir de la literalidad de la consagración positiva del derecho de no discriminación y atendiendo al propósito y fin de los tratados de derechos humanos que, mediante una labor de interpretación, en la jurisprudencia y observaciones emanadas de tribunales y órganos especializados internacionales, se justifica la existencia de un derecho de identidad de género[6].

1. Jurisprudencia internacional

Si bien no es el propósito de este artículo analizar todos y cada uno de las sentencias, resoluciones e informes emanados de los órganos internacionales, sí se destacarán algunas de ellas de manera dar cuenta que, como consecuencia de la falta de reconocimiento del derecho a la identidad en los primeros tratados de derechos humanos, es precisamente la labor realizada por los organismos internacionales la que contribuyó al desarrollo del derecho a la identidad de género.

a) Consejo de derechos humanos

Sin duda que un órgano relevante en materia de derechos humanos es el Consejo de Derechos Humanos. Sin ir más lejos, es el principal órgano de Naciones Unidas encargado de la promoción y protección de los derechos humanos a escala global, y hacer recomendaciones al respecto, y además tiene competencia para realizar:

> "un examen periódico universal, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados"[7].

Dicho órgano también ha contribuido a la consolidación de los conceptos y derechos vinculados con las temáticas de género, destacándose el reciente informe del experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Este informe, junto con tomar conciencia sobre la materia, tiene el propósito de:

> "fomentar la prevención, la participación, la protección, el socorro y la paz sostenible para las personas, las comunidades y los pueblos

[6] De Pisón (2022), p. 360.
[7] Naciones Unidas (2006), p. 3.

> que sufren la violencia y la discriminación en contextos devastados por la guerra en todo el mundo"[8].

En relación con la materia abordada en este artículo, resulta relevante una de las conclusiones a las que se arriba en el informe al sostener: "[que] existen patrones sociales discriminatorios más amplios a raíz de la criminalización o de normas sociales excluyente"[9] lo cual explica la violencia motivada por la orientación o identidad de género. Se destaca en el informe que debido a la:

> "conexión entre las ideas preconcebidas, los estereotipos y las asimetrías de poder fundamentales para la comprensión más avanzada del género, y las causas profundas de la violencia relacionada con los conflictos basada en la orientación sexual y la identidad de género, [...] esos patrones y las normas de derechos humanos conexas son aplicables, mutatis mutandis, a las personas LGBTI y de género diverso"[10].

De allí, entonces, que este informe representa un paso importante para consolidar el respeto y garantía de los derechos humanos a dichas personas y en particular su derecho a la identidad de género.

Lo antes sostenido se confirma desde el momento que el experto también concluye:

> "Las definiciones más amplias del género deben ir más allá del molde binario para reconocer la identidad y los derechos de las personas no binarias, es decir, aquellas que pueden no identificarse exclusivamente como hombres o mujeres, niños o niñas"[11].

De esta manera, este informe contribuye no solo a la consolidación y ampliación de los derechos humanos de las personas en relación con su género, sino que, también, a la ampliación de la noción de género y la relevancia de su protección al reconocer: "la diversidad de género como un activo para potenciar una cultura de paz allí donde se despliegue el personal"[12].

Por lo mismo, el informe recuerda que el respeto y efectiva garantía de los derechos humanos de las personas en general, así como de los de las personas en relación con su género y, en particular de las personas LGTBI y de género diverso: "es un paso clave hacia sociedades más seguras, pacíficas e in-

[8] Naciones Unidas (2022), p. 2.
[9] *Op. cit.*, p. 13.
[10] *Op. cit.*, p. 7.
[11] *Op. cit.*, p. 23.
[12] *Op. cit.*, p. 25.

clusivas [...]"[13]. Además, lo consagrado en este informe está en armonía con la doctrina de Naciones Unidas que sostiene:

> "la paz y la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos son los pilares del sistema de las Naciones Unidas y los cimientos de la seguridad y el bienestar colectivos, y que el desarrollo, la paz y la seguridad y los derechos humanos están vinculados entre sí y se refuerzan mutuamente"[14].

b) Comité de Derechos Humanos
y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Por su parte, en el ámbito de los derechos civiles y políticos, el Comité de Derechos Humanos, ha desarrollado el derecho a la identidad de género a partir del derecho a la no discriminación consagrado en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos[15].

En este mismo sentido, pero en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, también se aprecia una evolución en su regulación y garantía al comprender diversos aspectos relacionadas con el género y, en particular, con la identidad de género. Es ilustrativo el desarrollo que se ha experimentado en esta materia a partir del concepto de salud adoptado en la Organización Mundial de Salud, el cual señala que es un estado de completo bienestar físico mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades[16]. De esta manera, a partir de tal concepto, se entiende, entonces, que la noción de salud no se circunscribe solamente a los factores biológicos, sino que influyen en ellas factores sociales.

En este contexto, es que se afirma:

> "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza religión ideología política o condición social o económica orientación sexual e identidad de género por lo tanto como derecho fundamental el proceso social de producción de la salud hombre tomar en consideración las discriminaciones y exclusiones general hacen razón de los prejuicios raciales religiosos políticos económicos y sexuales entre otros"[17].

[13] Naciones Unidas (2022), p. 24.

[14] Naciones Unidas (2006), p. 2.

[15] Gauché (2021), p. 66.

[16] Concepto de salud disponible en la página oficial de la Organización Mundial de Salud, véase www.who. int/es/about/governance/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social

[17] Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2014), p. 12.

c) Corte Interamericana de Derechos Humanos[18]

A propósito del deber de no discriminar, es emblemático[19] el caso Atala en relación con el reconocimiento de la identidad de género. En dicho caso, y a propósito del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró:

> "la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión 'cualquier otra condición social' del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo"[20].

Al respecto resulta esclarecedor tener presente que, si bien en dicho fallo la Corte habla tanto de identidad de género como de la orientación sexual, que son conceptos distintos, esta última "es un concepto amplio que crea espacio para la auto identificación"[21], esto es, para que toda persona pueda determinar su propio género. Al mismo tiempo, la Corte aprovecha de recordar en este fallo las resoluciones adoptadas en el marco de la Organización de Estados Americanos que, a su vez, han contribuido al desarrollo y consolidación del derecho a la identidad de género[22].

Asimismo, dicho tribunal internacional, ejerciendo su facultad no contenciosa, también ha desarrollado los argumentos y nociones tendientes a explicar las temáticas vinculadas con el género, en particular la identidad de género. Esta labor se ha materializado en la opinión consultiva OC-24/17, en la cual establece un glosario de términos que contribuye a precisar nociones esenciales en materia de género, entre ellas, la identidad de género.

Este esfuerzo de la Corte resulta particularmente necesario al tratarse de conceptos y nociones que aún generan discusión y son manifestación de una realidad muy dinámica y cambiante[23]. Y, si bien, las opiniones consultivas en estricto rigor no son vinculantes, sabido es que tienen una particular relevancia por la autoridad moral y profesional de los integrantes de la Corte, sin per-

[18] Para un análisis de la jurisprudencia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos véase Guaché (2021); Gauché (2022); De Pisón (2022).

[19] Gauché (2021), p. 69; De Pisón (2022), p. 360.

[20] Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012) párrafo 85.

[21] Opinión consultiva OC-24/17, p. 17.

[22] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), párrafo 86.

[23] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), párrafo 31.

juicio de ser consideradas como parte de la jurisprudencia de dicho tribunal internacional.

A su vez, en dicha opinión consultiva, teniendo a la vista las nociones y conceptos contenidos en el citado glosario, así como la interpretación dinámica que la Corte realiza de los derechos humanos[24], este tribunal ha reconocido que en el ámbito americano:

> "El cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género autopercibida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines"[25].

De esta manera, al relevar tal obligación, sin duda que se contribuye a que en los ordenamientos jurídicos nacionales se promueva el respeto y garantía de estos derechos.

d) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también ha contribuido al desarrollo y precisión del derecho a la identidad. En el informe titulado Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas, la Comisión hace suya el criterio conforme al cual el derecho a la identidad, pese a no estar explícitamente consagrado en los tratados de derechos humanos:

> "a nivel internacional se ha reconocido la obligación de los Estados de no discriminar a las personas en razón de su orientación sexual y a la identidad de género"[26].

Al respecto, la Comisión recuerda que este criterio se ha desarrollado mediante una reiterada labor de interpretación de los órganos internacionales de los respectivos sistemas de derechos humanos, tanto regionales como universales[27].

A su vez, la Comisión, mediante el citado informe, realiza una interesante codificación de los estándares internacionales en materia de derechos y género[28],

[24] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), párrafo 58.
[25] *Op. cit.*, p. 87.
[26] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018), párrafo 33.
[27] *Ibid.*
[28] *Op. cit.*, capítulo ii.

comprendiendo en ellos a la identidad de género. Labor que, si bien viene realizando desde varios años, se consolida, en gran medida, al establecer en su capítulo segundo los estándares interamericanos sobre los derechos de las personas LGTBI.

A pesar de los diversos sentidos y alcances que se atribuyen a la noción de estándares internacionales[29], estos resultan relevantes debido a que encuentran su fundamento en diversas fuentes formales del derecho, tanto nacional como internacional, las cuales, por cierto, son obligatorias. Por ello, resulta apropiada la noción de estándares de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, al señalar que corresponden al:

> "conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término 'estándares jurídicos' asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos"[30].

De esta manera, la relevancia de fijar estos estándares radica en que, a pesar de que los Estados aprueben sus propias normas legislativas a fin de reconocer y garantizar los derechos humanos en materia de género, en particular la identidad de género, lo cierto es que lo hacen siempre a partir de "las circunstancias y experiencia particular. Por eso, como puede haber diferencias entre unos y otros"[31] es que se recurre a los estándares internacionales a fin de resolver eventuales colisiones normativas entre el derecho nacional y el derecho internacional.

Junto con lo anterior, los estándares internacionales al tener su sustento en las fuentes formales del derecho internacional y, en particular, los tratados, resultan ser una clara manifestación de la interacción o diálogo entre los derechos nacionales e internacional, desde el momento que las obligaciones en materia de derechos humanos:

> "para los Estados no van solo en beneficio de tales Estados, sino que tienen por fin salvaguardar la dignidad humana, por lo cual se miran como instrumentos vivos, esto es, su interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"[32].

[29] Molina (2018), p. 238.
[30] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), p. 13.
[31] De Pisón (2022), p. 375.
[32] Gauché (2021), p. 108.

2. *Acuerdos internacionales que consagran y regulan explícitamente la identidad de género*

Cómo se puede apreciar, fruto de la jurisprudencia antes mencionada, una de las razones que justifican el reconocimiento por vía de interpretación del derecho a la identidad de género ha consistido en que las normas que consagran la no discriminación lo hacen sobre la base de las denominadas categorías sospechosas[33], las cuales se mencionan a título enunciativo y no taxativo. Además de esta labor de interpretación, en relación con la identidad de género en particular, cabe destacar su consagración positiva y explícita en los siguientes dos textos normativos internacionales.

Uno de dichos textos jurídicos relevante corresponde a los principios de Yogyakarta, los cuales se adoptan para complementar los tratados universales de derechos humanos y consagrar expresamente, aun cuando no de forma vinculante, la necesidad de proteger a las personas en su identidad de género. Eso se sustenta en que:

> "La violación a los derechos humanos de las personas por su orientación sexual e identidad de género, real o percibida, constituye un patrón global arraigado"[34],

de manera que debido a la debilidad de los sistemas internacionales de derechos humanos ante la protección y promoción del derecho a la identidad de género es que los mencionados principios buscan:

> "explicar y comprender de manera consistente el régimen legal internacional de derechos humanos en su totalidad y de cómo éste se aplica a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género"[35].

De esta manera, en su tercer principio no solo se declara el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, como ya lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos[36], sino que, además, se complementa en el sentido de que se debe garantizar la plena capacidad jurídica de las personas cualquie ra sea su orientación sexual o identidad de género.

Otro texto internacional relevante en esta materia, y vinculante para los Estados parte, es la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Se destaca dicho tratado, ya que,

[33] Díaz de Valdés (2018), p. 190.

[34] *Principios de Yogyakarta* (2017).

[35] *Ibid*.

[36] Artículo 6: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

además de ser el primer acuerdo multilateral que consagra los derechos humanos de las personas, hace referencia expresa a la identidad de género en su artículo 9, al reconocer el derecho de las personas mayores a la seguridad y a una vida sin violencia. Tal derecho lo sustenta esta Convención Interamericana en la no discriminación, mencionando diversas categorías sospechosas al respecto, entre ellas la identidad de género[37].

III. Límites al derecho de identidad de género

Partiendo de la base que todo derecho humano tiene límites[38], el derecho a la identidad de género no escapa a dicha afirmación o realidad.

Limitando por ahora el análisis de este punto a partir solamente de su regulación en tratados sobre derechos humanos, resulta relevante apreciar que, a propósito del derecho a la vida privada y familiar la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 8 consagra:

> "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
> 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

Si bien esta norma, similar a al contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura que, especialmente el Estado, no intervenga en la vida privada de las personas de modo que les pueda obligar a dar a conocer su identidad de género, sí resulta razonable que lo haga y, por ende, no será discriminatorio, en caso que "los beneficios de recopilar la información superan la vulneración de la privacidad"[39]. De esta manera, si se tiene presente lo prescrito por la citada norma, el derecho a la identidad de género respecto de una

[37] Artículo 9: Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia. La persona mayor tiene derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, a recibir un trato digno y a ser respetada y valorada, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la cultura, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen social, nacional, étnico, indígena e identidad cultural, la posición socio-económica, discapacidad, la orientación sexual, el género, la identidad de género, su contribución económica o cualquier otra condición.

[38] Pascual (2022), p. 23.

[39] United Nations, Economic and Social Council (2019), párrafo 29 (traducción personal).

persona que obtiene su cambio de identidad en toda documentación, no puede ser sostenido ni impuesto de forma absoluta en ciertos ámbitos como se podrá apreciar a continuación.

1. La salud cómo limite al derecho de identidad de género

La evidencia científica, hasta el momento, da cuenta de que la eficacia de determinados tratamientos médicos depende del sexo biológico de la persona y no de su identidad de género, la cual, por cierto, podrá ser distinta a su sexo biológico. Es decir, la persona que biológicamente sea hombre, pero que se sienta, y legalmente se la identifique como mujer, no podrá imponer su derecho a la identidad de género exigiendo que se la trate médicamente como si fuera mujer, ya que dicho tratamiento no será eficaz[40]. Lo anterior es sin perjuicio de que la persona en cuestión, mediante un consentimiento informado, permita tal tratamiento conforme a su identidad de género y no su biología. Esto, a su vez, podrá entrar en colisión con un eventual derecho de objeción de conciencia de un médico que se niegue a tratar a un paciente en estas circunstancias debido a que el tratamiento no pueda ser eficaz.

Un ámbito particular de la salud que da cuenta que existen límites a la identidad de género, tiene relación con la supresión puberal. Al respecto se ha abogado por que se pueda controlar o intervenir en el desarrollo de la pubertad y así permitir que los niños, niñas y adolescentes puedan tener el tiempo adecuado para determinar su identidad de género, particularmente en casos de disforia de género. En esta materia, existen criterios y evidencia científica que dan cuenta de los aspectos positivos como negativos de la supresión puberal, incluso, se destaca la necesidad de mayor investigación y antecedentes para un acertado diagnóstico que redunde en un tratamiento eficaz[41].

De esta manera, resulta necesario destacar que, si bien no cabe negar el derecho a la identidad de género a ninguna persona, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes, lo cierto es que:

> "la infancia y la adolescencia conllevan identificaciones intensas y pasajeras. Por lo tanto, antes de iniciar la terapia de transición debería existir un período suficientemente largo previo a la mayoría de edad"[42].

En atención a lo antes dicho, es que resulta conveniente recordar la relevancia de la libertad de las personas en cuanto a que:

---

[40] Pérez (2022).

[41] López y González (2018); Guerrero, Barreda y González (2015).

[42] Pérez (2022).

> "podamos armonizar nuestros deseos con la valoración que hacemos de ellos. Y aquí se encuentra la clave para afrontar el tratamiento que debemos a los niños transgénero: el reconocimiento y el empoderamiento de su libertad para que puedan valorar sus propios deseos y gobernarse a sí mismos en orden al logro de su vida"[43].

Lo cual, a su vez, se fundamenta en la libertad de religión y conciencia, de expresión y educación en cuanto derechos humanos.

2. Libertad de religión y conciencia, de expresión y educación como manifestaciones de la libertad de las personas y límite a la identidad de género

Se hace referencia a la religión y la educación, ya que ambas se encuentran estrechamente relacionadas. Esto se aprecia desde el momento que en los tratados de derechos humanos se ha reconocido que el derecho a la educación comprende el respeto del derecho de los padres a asegurar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y morales[44].

Al consagrar y regular en estos términos los derechos a libertad de religión, conciencia y educación, también representan un límite a la noción de identidad de género o, al menos, pueden dar lugar a una colisión de derechos. Esto se manifiesta si se formula la siguiente pregunta: ¿se podrá sancionar o censurar a una determinada agrupación religiosa que considere la sodomía o la homosexualidad u otra identidad de género, un pecado, inmoral o contra natura?, ¿se podrá prohibir o sancionar por predicar y enseñar en tal sentido a fin de no vulnerar el derecho a la identidad de otros? Tal pregunta se podrá formular en los mismos términos en el ámbito de la educación laica. La respuesta a esa pregunta podrá ser afirmativa, pero evidentemente entrará en colisión y tensión con creencias religiosas que son dogmas de fe. En idénticos términos se puede apreciar tal tensión a propósito de una eventual obligación del uso de cierta terminología relacionada con la identidad de género en el sentido de que:

> "obligar a los individuos a que empleen los pronombres preferidos por otros, los poderes públicos atentan contra los derechos a la libertad de expresión de los ciudadanos y de manera efectiva silencian a quienes discrepan con una concepción favorecida de la realidad"[45].

[43] Burguete (2018), p. 35.

[44] Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 12 y Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Protocolo adicional (1952), artículo 2.

[45] Informe de Center for Arizona Policy, citado en De Lora (2021), p. 78.

Si la identidad de género es un sentir y, a su vez, las creencias religiosas o morales también se vinculan con el sentir de las personas, incluso, teniendo algún fundamento de racionalidad, lo cierto es que resulta complejo determinar qué sentir debe primar.

Más de alguna respuesta razonable se puede encontrar para resolver estas tensiones o colisiones normativas como, por ejemplo, si los dichos de una persona, incluso, en el ámbito religioso, resultan denigrantes, injuriosos o calumniosos o propios de un discurso de odio, podrá ser objeto de una sanción o prohibición de reiterarlos. Sin embargo, eso tampoco resulta del todo evidente, pues podría dar lugar a criminalizar la religión y limitar la libertad de culto. En este sentido, parece razonable sostener que los dogmas religiosos, *per se*, no pueden ser calificados como un discurso de odio o discriminatorio, especialmente considerándolos como manifestación de la fe en un ser superior, sin perjuicio que ello se pueda traducir en un llamado o motivación para incurrir en conductas discriminatorias o, incluso, delictivas.

De esta manera, se podrá, a su vez, sostener, y con razón, que tales dogmas pueden motivar a los creyentes a atentar contra las personas que no profesen las mismas creencias. Ejemplos brutales ha dado la historia. ¿Pero acaso, no se pude dar esta situación a la inversa también? Ya existen casos en que a personas que solo se han limitado a analizar de forma crítica las temáticas de género, especialmente en el mundo académico en que por antonomasia todo debe ser analizado y puesto en duda, han debido renunciar a sus puestos académicos por presiones de grupos activistas en materia de género[46], o se les censura su presentación en seminarios académicos[47].

Ante esto, un criterio que puede ayudar a encontrar puntos de encuentro, y que debe fundarse en un genuino sentimiento de un trato efectivo de respeto hacia el otro, se encuentra, por una parte, en lo que se ha acordado tanto en el ámbito universal[48] como regional a propósito de la libertad de conciencia y religión. Este criterio se sustenta en la objetividad, generalidad y no discriminación que se reconoce como atributo de la ley en un Estado democrático de derecho, de manera que toda limitación a dicha libertad solo podrá prescribirse: "por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás"[49]. Dicho

[46] Pérez (2018).

[47] De Lora (2021), pp. 13 y 16.

[48] Declaración Universal de Derechos Humanos. artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

[49] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 12. En términos similares se manifiesta la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 9. 2 al establecer: La

criterio, sin duda, debe complementarse con la regulación de la libertad de pensamiento y expresión en el sentido de que se prohíbe por ley:

> "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional"[50].

En tal sentido, mal podría prohibirse el análisis y estudio de las nociones vinculadas con el género, tanto en el mundo académico como religioso. Por una parte, porque lo propio del mundo académico y científico es el desarrollo del pensamiento crítico y, por otra parte, en el ámbito religioso las creencias se sustentan precisamente en esa libertad de conciencia. En este último sentido, por ejemplo, resulta difícil calificar como un discurso de odio la postura crítica que ha manifestado la Iglesia católica con respecto a lo que ella denomina ideología de género, desde el momento que, junto con criticarla, identifica:

> "puntos de encuentro para crecer en la mutua comprensión. De hecho, a menudo los proyectos educativos tienen la necesidad, compartida y apreciable, de luchar contra cualquier expresión de injusta discriminación. Persiguen una acción pedagógica, sobre todo con el reconocimiento de los retrasos y las carencias. Ciertamente no se puede negar que a lo largo de los siglos se han asomado formas de injusta subordinación, que tristemente han marcado la historia y han influido también al interior de la Iglesia. Esto ha dado lugar a rigidez y fijeza que demoraron la necesaria y progresiva inculturación del mensaje genuino con el que Jesús proclamó igual dignidad entre el hombre y la mujer, dando lugar a acusaciones de un cierto machismo más o menos disfrazado de motivaciones religiosas"[51].

libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

[50] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.

[51] Congregación para la Educación Católica (de los Institutos de Estudios) (2019), p. 9.

De este modo, la Iglesia católica, al mismo tiempo que formula una autocrítica, manifiesta un punto de encuentro en el cual se puede evidenciar ese tratado efectivo de respeto hacia el otro que se mencionó anteriormente, y que corresponde a:

> "la educación de niños y jóvenes a respetar a cada persona en su particular y diferente condición, de modo que nadie, debido a sus condiciones personales (discapacidad, origen, religión, tendencias afectivas, etc.) pueda convertirse en objeto de acoso, violencia, insultos y discriminación injusta. Se trata de una educación a la ciudadanía activa y responsable, en la que todas las expresiones legítimas de la persona se acogen con respeto"[52].

En este mismo orden de ideas, en los propios principios de Yogyakarta se puede identificar un punto de encuentro a fin de avanzar en una mutua comprensión y desarrollo personal con pleno respeto de la dignidad humana, tal otro punto de encuentro se encuentre en los propios postulados que sustentan la identidad y diversidad de género. En tal sentido, un aspecto que resulta particularmente interesante se refiere a que el principio adicional 31, consagra el derecho al reconocimiento legal sin necesidad de referencia alguna al sexo, género, identidad de género, expresión de género o características sexuales. A lo cual se agrega que los Estados tienen la obligación de:

> "Asegurar que los documentos de identificación oficiales sólo incluyan información relevante, razonable y necesaria, conforme exigido por la ley en virtud de un propósito legítimo y, por lo tanto, eliminar el registro del sexo y del género de la persona en documentos de identificación, tales como partidas de nacimiento, tarjetas de identifi cación, pasaportes y licencias de manejar, y como parte de su personalidad jurídica";

Se destaca este aspecto, ya que viene a derrumbar una de las críticas a la identidad de género y la obligación del Estado a su reconocimiento en los documentos de identidad y demás documentación vinculada a la capacidad jurídica de la persona independientemente de su género. Efectivamente, uno de los argumentos para poner en entredicho la necesidad de consagrar un derecho a la identidad de género y que esta se manifieste en la documentación de un individuo, como una manifestación del deber del Estado y de la sociedad de no discriminar, consiste en sostener que se "eliminara de todo registro nuestra condición sexual y sus ulteriores repercusiones jurídico institucionales"[53].

[52] Congregación para la Educación Católica (de los Institutos de Estudios) (2019), p. 10.
[53] De Lora (2021), p. 49.

Se podrá considerar que este principio 31 generaría el peligro o temor de invisibilizar las temáticas relacionadas con el género, pero en realidad dicho principio nos enfrenta al reto de privilegiar la no discriminación en su sentido más puro y universal, desde el momento que dicho principio complementa el derecho a la identidad de género de manera tal que la persona no sea coaccionada o forzada en su decisión[54]. Sin embargo, al mismo tiempo, deja abierta la posibilidad de que el sexo o género no se registre en los documentos de identificación de las personas. Lo cual está en armonía con el grado de desarrollo en el mundo de la regulación jurídica de esta materia tanto en el ámbito nacional, pero especialmente en el universal, en el sentido de que resulta muy difícil encontrar actualmente alguna justificación razonable para sostener alguna distinción, exclusión o restricción en materia de género al momento de, por ejemplo, contratar a una persona o admitirla en alguna actividad. Ello es sin perjuicio de las limitaciones que se puedan sostener al respecto.

Conclusiones

Resulta claro que no existen derechos absolutos y que, si bien en la práctica aún falta mucho por avanzar a fin de lograr una efectiva equidad en materia de género, al menos en el mundo del deber ser, el mundo de las normas y particularmente del derecho internacional, el avance en la materia es tal, que la no discriminación impera, tornando difícil justificar razonablemente alguna distinción o exclusión por razones de género en algún ámbito de la vida.

Al mismo tiempo, resulta cuestionable que los derechos humanos, en este caso la identidad de género, se consagren a partir de las categorías sospechosas relacionadas con la discriminación, pues, de ser así, serían infinita las categorías que podrían dar nacimiento a nuevos derechos humanos. Tal situación puede llevar a duplicar regulaciones y derechos, sin perjuicio de tornar innecesariamente complejas determinadas regulaciones jurídicas.

Ahora bien, es del todo justo y razonable reconocer el derecho a la identidad de género de las personas que así lo deseen ejercer. También es justo y razonable que tal derecho tenga límites tal como se puede apreciar por las razones antes desarrolladas. Límites que, sin duda, variarán en el futuro e, incluso, podrán desaparecer. Lo que no debe nunca vulnerase es la libertad de expresión, conciencia y educación. Dichas libertades se sustentan en un aspecto esencial de la dignidad de toda persona, a saber, que todos son dignos de tener creencias, sentimientos, y analizar críticamente alguna materia, ya que eso ha permitido el desarrollo de los individuos y de la sociedad.

[54] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018), párrafo 105.

Bibliografía

Burguete Miguel, Enrique (2018): "Revisión crítica de la ideología de género a la luz del realismo metafísico", *Cuadernos de Bioética*; vol. 29, n.° 95: pp. 25-37. Disponible en www.redalyc.org/articulo.oa?id=87554503002

Congregación para la Educación Católica (de los institutos de estudios) (2019): "*Varón y Mujer los creó" para una vía de diálogo sobre la cuestión del gender en la educación*. Disponible en www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccatheduc/documents/rc_con _ccatheduc_mdoc_20190202_maschio-e-femmina_sp.pdf

De Lora, Pablo (2021): *El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo* (Madrid: Alianza Editorial).

De Pisón Cavero, José Martínez (2022): "La construcción jurisprudencial del derecho a la orientación sexual y la identidad de género en el Sistema interamericano de Derechos humanos", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo lxxii, número 283. Disponible en https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2022.283.82316

Díaz de Valdés, José Manuel (2018): "Las categorías sospechosas en el derecho chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.° l: pp. 189-218. Disponible en www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n50/0718-6851-rdpucv-50-00189.pdf

Gauché Marchetti, Ximena (2021): *Estándares internacionales sobre la orientación sexual e identidad de género. Referencias al caso Atala* (Santiago: DER Ediciones).

Gauché Marchetti, Ximena (2022): *Protección de la identidad de género. Perspectivas internacionales y nacionales* (Santiago: DER Ediciones).

Guerrero-Fernández, Julio; Barreda-Bonis, Ana Coral; González-Casado, Isabel (2015): "Pros y contras de los tratamientos hormonales desde el punto de vista de la endocrinología pediátrica", *Revista Española Endocrinol Pediatr*; vol. 6, Suppl Issue 2: pp. 45-51. Doi. 10.3266/RevEspEndocrinolPediatr.pre2015.Nov.326. Disponible en www. endocrinologiapediatrica.org/modules.php?name=articulos&idarticulo=326&idlangart= es&preproduccion=&in_window=1

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2014): *Derechos económicos sociales y culturales y el Derecho humano de las mujeres al más alto Nivel de salud física y mental. Herramienta para su monitoreo*. Disponible en www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2267/herramientas-desc-salud-mujeres-baja.pdf

López Guzmán, José; González Vázquez, Carmen (2018): "Valoración de la supresión de la pubertad en menores con problemas de identidad de género", *Cuadernos de Bioética*, vol. xxix, núm. 97: pp. 247-256. Disponible en www.redalyc.org/journal/875/87557374003/ html/

Molina Vergara, Marcela (2018): "Estándares jurídicos internacionales: necesidad de un análisis conceptual", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 25, n.° 1: pp. 233-256. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000100233

Pascual Ricke, Tomás I. (2020): *Manual de derecho internacional de los derechos humanos para la defensa penal pública*. Disponible en https://biblio.dpp.cl/datafiles/16151-2.pdf

Pérez Sánchez, Antonio (2022): "Revisión de críticas a la teoría de la identidad de género", *Temas de Psicoanálisis*, Núm. 24. Disponible en www.temasdepsicoanalisis.org/2022/ 07/18/revision-de-criticas-a-la-teoria-de-la-identidad-de-genero/

Tratados internacionales y otros textos normativos internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Convención Europea de Derechos humanos y Libertades Fundamentales.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Principios de Yogyakarta (2017). *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*. Disponibles en https://yogyakartaprinciples.org/

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012): caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017): opinión consultiva oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

Resoluciones de organismos internacionales

Naciones Unidas (2006): Asamblea general del 15 de marzo de 2006, 60/251. Crea el Consejo de Derechos humanos. Disponible en www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/a. res.60.251._sp.pdf

Naciones Unidas (2022): A/77/235: Informe del experto independiente sobre Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, Víctor Madrigal Borloz. Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/440/44/PDF/N2244044.pdf?OpenElement

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018): *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. Disponible en www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015): *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación*. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/ Documentos/BDL/2015/10240.pdf

United Nations, Economic and Social Council (2019): *In-depth review of messuring gender identity*, ECE/ces/2019/19. Disponible en https://unece.org/DAM/stats/documents/ ece/ces/2019/ECE_CES_2019_19-G1910227E.pdf

LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO EN EL DERECHO DEL CONSUMO

FULL COMPENSATION FOR DAMAGES IN CONSUMER LAW

Lilian C. San Martín Neira[*]

Resumen: En este artículo se reflexiona acerca del significado y alcance del principio de resarcimiento integral del daño y de cómo ha sido plasmado en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC) chilena. Al efecto, plantea que el principio de reparación integral del daño no alude a una noción material, sino a una jurídica. La víctima tiene derecho a la indemnización de todo el daño jurídicamente imputable al agente, lo que determina que los denominados límites legales al principio sean verdaderas reglas de delimitación del daño resarcible, en cuanto establecen el daño jurídicamente relevante. Aplicado lo anterior a la LPDC, lleva a que cuando el artículo 3 e) de esta ley alude a la "indemnización [...] de todos los daños materiales y morales", incluye las reglas que el ordenamiento jurídico chileno contempla para la delimitación del daño, a saber, previsibilidad y causalidad, incluidas aquí la culpa de la víctima y la mitigación de daños. En esa lógica es necesario contextualizar también los artículos 25 A y 53 C letra c), en cuanto escapan a las lógicas propias de la reparación integral.

Palabras clave: reparación integral, *quantum* indemnizatorio, daños punitivos, daños a los consumidores.

Abstract: This article explores the concept and scope of the principle of comprehensive compensation for damages within the Chilean Consumer Protection Law (LPDC). It argues that this principle encompasses all legally attributable damage caused by the agent, including factors like foreseeability, causality, the victim's fault, and damage mitigation. This interpretation helps

[*] Profesora de Derecho Civil e investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y de Empresa, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: l.sanmartin@udd.cl

clarify Articles 3(e), 25A, and 53C letter c) within the LPDC, which may deviate from the principle of full compensation

Keywords: comprehensive compensation, Chilean Consumer Protection Law (LPDC), Legally attributable damage.

I. Significado y alcance del principio de reparación integral

1. El principio de reparación integral como cuestión jurídica

En doctrina, suele señalarse que la extensión de la indemnización está regida por el llamado principio de reparación integral del daño[1]; empero, la misma doctrina agrega que ello significa que todos los daños fácticamente vinculados hecho lesivo quedan incluidos en la indemnización. La explicación para esta aclaración radica en que el principio en cuestión no atiende a una noción fáctica de daño, sino a una noción jurídica: se resarcen solo aquellos daños que el ordenamiento jurídico considere relevantes a efectos de la indemnización[2]. En efecto, como dice Ramón Domínguez Águila:

> "el principio 'de reparación integral' es más bien un simple enunciado de un cierto propósito; pero no la consideración de lo que sucede en la realidad. De hecho, no dice mucho ya que una compensación será íntegra cuando repara todos los daños producidos por el hecho perjudicial; pero saber si en un cierto sistema se reparan todos los daños, requiere primero determinar qué se entiende por daño en ese sistema, es decir, saber si la noción admitida cubre efectivamente todas las alteraciones a la situación existente antes del hecho dañoso.

[1] Por todos, San Martín (2012), p. 21 ss.; Alterini (1997), p. 7 ss.; San Martín (2016), p. 42 ss.; López (2000), p. 221 ss.; Domínguez (1990), p. 136; Domínguez (2010), p. 9 ss.; Domínguez (2019).

[2] Esta idea ha sido particularmente refinada en Italia, donde, a fin de salvar la contradicción a la cual lleva hablar de "reparación integral" de frente a una normativa que derechamente excluyen ciertas partidas indemnizatorias o impone requisitos para su indemnización, se ha llegado a la conclusión de que el principio no alude al daño fácticamente considerado, sino al daño jurídicamente relevante. El daño constituye una categoría jurídica cuando se trata bajo el perfil del resarcimiento y se encuadra en las reglas jurídicas que lo regulan, de manera que el daño jurídicamente considerado es "enteramente resarcible". Véase Graziani (1953), p. 256 ss.; Salvi (1989), p. 63 ss.; Patti (1989), p. 93. En todo caso, hay autores que se resisten a tal afirmación, señalando que ello equivale a olvidar que el ordenamiento italiano indemniza los daños "dentro de ciertos límites". Cfr. Valcavi (2005a), p. 44.; Valcavi (2005b), p. 59 ss.

> [...], luego deberá constatarse si cuantitativamente, en el hecho, se reparan todos los daños sufridos, es decir, si en equivalencia monetaria se hace pagar al hechor la integridad de aquello que en un cierto sistema se considera que son daños"[3].

De esta manera, el principio de resarcimiento integral del daño supone que la víctima tiene derecho a la reparación del daño efectivamente sufrido y jurídicamente imputable al agente. Así, el juez no solo debe considerar cuestiones fácticas, sino, también, cuestiones jurídicas como, por ejemplo, el límite de la previsibilidad del daño contractual impuesto por el artículo 1558 del CC, la reducción del daño por exposición imprudente al mismo, conforme al artículo 2330 del CC[4], etc. Desde un punto de vista práctico, este entendimiento ha determinado que la doctrina y jurisprudencia chilenas abandonen la concepción tradicional, según la cual la determinación del *quantum* era una cuestión de hecho entregada a los jueces de la instancia, que solo podía revisarse en virtud de una errónea valoración de la prueba[5]. Así, Enrique Barros explica que en la determinación del *quantum* hay cuestiones de hecho y de derecho. Son cuestiones de hecho aquellas que tienen relación con la determinación del monto indemnizatorio, mientras que son de derecho "los criterios en cuya virtud el juez ha llegado a determinar ese monto"[6], esto es, las bases para su apreciación[7]. En los últimos años, esta idea ha sido ratificada por la jurisprudencia en más de una ocasión, tanto a propósito del daño patrimonial como extrapatrimonial. En tal sentido, como ejemplo paradigmático, puede citarse la sentencia de 21 de marzo de 2016, que acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que redujo la indemnización fijada por concepto de daño moral en la sentencia de primera instancia. En concreto, la sentencia señala:

> "[...] aun cuando se ha asentado la idea que la determinación del daño moral es una cuestión de hecho que no puede ser objeto de control

[3] Cfr. Domínguez (1990), p. 136. En el mismo sentido, véase López (1995), p. 273; Marella (2009), p. 32. Específicamente en relación con el derecho de consumo, esta idea se encuentra incipientemente desarrollada por Juan Ignacio Contardo, quien afirma: "la preocupación sobre los límites [de la indemnización], más que una excepción a la reparación integral, nos parece que correspondería a una forma de delimitación de los contornos del daño indemnizable". Cfr. Contardo (2017), p. 660 y Contardo (2019), p. 6.

[4] Ampliamente sobre este asunto San Martín (2018).

[5] Alessandri (1943), p. 237.; Gatica (1959), p. 163.

[6] Barros (2006), p. 919.

[7] Asimismo, en la doctrina y jurisprudencia española, existe consenso en torno a que "si bien el *quantum* [cuantía] de la indemnización no es susceptible de ser revisado en casación, sí que lo son las bases del cálculo de la indemnización, si se hubiera incurrido en un error en la apreciación de las bases". Reglero (2014), p. 400.

> jurídico por el tribunal de casación, lo cierto es que resulta útil efectuar una precisión sobre la materia, a fin de garantizar el principio de igualdad ante la ley, que se encuentra involucrado, el que se traduce en la exigencia de justicia de que haya una cierta igualdad y proporcionalidad relativa a las indemnizaciones; siguiendo así, los postulados del profesor Enrique Barros, quien distingue entre bases de apreciación del daño (que responden a una cuestión de derecho, revisable en sede de casación) y la apreciación en concreto (que responden a una cuestión de hecho), correspondiendo, por tanto, las primeras a cuestiones de derecho y las segundas a cuestiones de hecho. […] Tal distingo presenta relevancia en el caso sub-lite desde que la decisión de los jueces de alzada de rebajar el daño moral, encuentra aparente sustento precisamente en las bases de apreciación del daño que indica, aludiendo en este sentido a elementos ajenos a dicha figura jurídica como es la situación económica del país o la capacidad económica de los litigantes, que desvirtúan su naturaleza; circunstancias que por lo demás no formaron parte de la discusión de autos ni aparecen acreditadas en el proceso, de modo que tal determinación, no encuentra debida fundamentación. […] Todo lo cual determina que, en definitiva, la decisión sobre la indemnización de perjuicios que se establece en el fallo, no encuentre debido fundamento, tornándose caprichosa o arbitraria y no cumpla con la exigencia de reparar en forma equitativa el daño sufrido"[8].

En definitiva, en la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha asentado la idea, según la cual, la determinación del *quantum* indemnizatorio comprende dos órdenes de razonamientos: uno fáctico, relacionado con la prueba del daño y uno jurídico, que tiene relación con las bases jurídicas del mismo. Este último aspecto da lugar a revisión de la sentencia por la vía de la casación en el fondo.

2. *El principio de reparación integral en sede de consumo: discusión sobre su aplicación*

La regla fundamental en materia de *quantum* indemnizatorio en la LPDC es el artículo 3 letra e), que contempla el derecho del consumidor:

[8] Corte Suprema (2016), rol 31061-2014 (casación en el fondo). Cabe destacar que este fallo cuenta con un voto disidente que confirma el entendimiento tradicional, afirmando: "Que de este modo quedando entregada la determinación de la cuantía del resarcimiento del daño moral a la discreción y prudencia del juzgador, la decisión que en el ejercicio de la referida facultad éstos adopten, no es susceptible de revisión por la vía intentada, pues el carácter subjetivo y la ausencia de regulación normativa sobre la materia, hace inviable la conculcación de normas sustantivas, como lo sostiene la recurrente". Voto disidente ministro DAHM.

> "a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor [...]"[9].

El tenor literal de esta norma ha dado lugar a que la doctrina discuta acerca del alcance de las indemnizaciones en materia de consumo. Así, fundándose en el hecho de que la norma no alude a los daños que sean "consecuencia del incumplimiento", sino a todos los daños sufridos "en caso de incumplimiento", se ha llegado, incluso, a sostener que en sede de consumo el principio de reparación integral es más amplio que en sede común, pues alcanzaría no solo a los daños "causados" por el incumplimiento del proveedor, sino a todos aquellos sufridos "con ocasión de incumplimiento". En tal sentido Jorge Baraona, para quien:

> "en la línea de reforzar la amplitud de la reparación configurada, reitera la norma que los daños que deben ser reparados son 'todos', es decir, sin dejar a ninguno de lado. Advierto, además, que no existe una referencia causal precisa entre incumplimiento y daño, pues, simplemente se expresa que todos los daños deben repararse 'en caso de incumplimiento', con lo cual, me parece que el vínculo causal típico de la responsabilidad civil contractual, conforme lo dispone el artículo 1558 en su inciso primero del Código Civil, prácticamente desaparece y se acerca más al de la responsabilidad extracontractual, porque se trata más de daños causados de daños ocasionados (sic) (la ocasión en un factor de conexión más amplio que la causalidad, me parece)"[10].

De aceptarse esta opinión, el daño en materia de consumo correspondería a una noción más bien fáctica, dando lugar a indemnización de todos los daños materiales sufridos con ocasión del incumplimiento, incluso aquellos que carecen de una relación de causalidad (jurídica) con el incumplimiento. Como señalan críticamente Rodrigo Momberg y Alberto Pino, se trataría de indemnización "ilimitada" del daño[11]. Sin embargo, esta idea debe ser matizada con la disposición del artículo 50 de la misma ley, según el cual el derecho del consumidor se extiende "a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda". De esta forma, esta norma viene a constatar que también en materia de consumo se alude a una noción jurídica de daño, pues, en la medida que alude a la "debida indemnización" no cabe, sino concluir

[9] Para un comentario general de esta norma, véase Contardo (2013), p. 117 ss.

[10] Cfr. Baraona (2014), p. 399. Con todo, cabe señalar que en una publicación posterior este autor no es tan enfático en su afirmación, sino que a efectos de la aplicación del principio integral del daño en materia de consumo remite al artículo 1558 del CC. Véase Baraona (2019), p. 17.

[11] Momberg y Pino (2021), p. 309.

que alude a las reglas legales con arreglo a las cuales se determina la indemnización[12]. Por consiguiente, resulta oportuno analizar el papel que tales reglas cumplen en las indemnizaciones derivadas de infracciones legales e incumplimientos en sede de consumo.

3. El daño resarcible en materia de consumo: el concepto de daño moral

Establecido que en sede de consumo rige el principio de reparación integral del daño, entendido como un concepto jurídico y no fáctico, resulta oportuno precisar la noción de daño y, en particular, las partidas indemnizatorias aceptables en materia de consumo. Desde esta perspectiva, dos particularidades pueden apuntarse en relación con la disciplina o estatuto general de la responsabilidad.

Por un lado, como una primera particularidad, cabe señalar el hecho de que la indemnización del lucro cesante será más bien excepcional. En efecto (salvo el caso de la Ley n.º 20416, que considera consumidores a los micro y pequeños empresarios) la operación de consumo supone que el consumidor no adquiere el bien o servicio para incorporarlo en su proceso productivo, de modo que el incumplimiento o infracción del proveedor no dará lugar a la frustración de un negocio y a sus consecuentes ganancias. Así las cosas, por regla general, el lucro cesante queda relegado a los casos en que, por afectación de la persona o los bienes del consumidor, este se ve imposibilitado de continuar con su vida normal, lo que redunda en la imposibilidad de atender de forma adecuada sus actividades productivas, particularmente su trabajo.

Por otro lado, como una segunda particularidad, cabe citar el hecho de que LPDC menciona expresamente al daño moral como una partida indemnizatoria aceptable en esta sede. Si bien es claro que esta mención expresa es una reacción al hecho de que el artículo 1556 del CC no lo menciona, para dar por zanjada la discusión (entonces todavía en curso) acerca de si era o no procedente su indemnización en sede contractual[13], lo cierto es que ella ha dado lugar a una serie de inconvenientes, empezando por el hecho de que se presta para interpretar el daño moral como equivalente a las "molestias" o "disgustos" que sufre el consumidor ante el incumplimiento del proveedor[14]. Esta fórmula

[12] En sentido similar, aunque en desacuerdo respecto de cuáles son estas reglas, Contardo (2019), *passim*.

[13] Para un resumen de la evolución en la materia y su estado en la jurisprudencia, véase De la Maza (2018a), p. 275 ss.

[14] Con amplias referencias jurisprudenciales, véase Contardo (2016), p. 666; Contardo (2019), p. 12; Cortez (2019b), p. 17 ss.; González (2019), p. 143 ss.; Lazcano y Toro (2019), p. 110; Domínguez (2020), p. 889.

se aleja del planteamiento general de la teoría general de la responsabilidad civil, según la cual, en términos jurídicos, el daño debe distinguirse de las "meras molestias", las cuales no tienen relevancia, por carecer de uno de los requisitos del daño jurídicamente relevante, esto es su carácter significativo[15].

Ante ese panorama, cabe tener en consideración las modificaciones introducidas por la Ley n.º 21081, la cual, entre otras cosas, estableció expresamente que el daño moral debe probarse, artículo 50 de la LPDC.

La misma ley introdujo un concepto de daño moral que, aunque está en sede de procesos colectivos, perfectamente es extrapolable a los procesos individuales. En efecto, según el artículo 51 regla 2ª, las indemnizaciones que se determinen en un procedimiento colectivo:

> "podrán extenderse al daño moral siempre que se haya afectado la integridad física o síquica o la dignidad de los consumidores. Si los hechos invocados han provocado dicha afectación, será un hecho sustancial, pertinente y controvertido en la resolución que reciba la causa a prueba".

Como se aprecia, la ley conceptualiza el daño moral entendiendo que él se produce cuando se afectan: la integridad física, la integridad psíquica o la dignidad de los consumidores, afectación que debe estar debidamente acreditada en el proceso. Si bien en la historia de la ley no quedaron plasmadas las consideraciones que llevaron a su formulación[16], esta definición resulta muy interesante a la luz de una moderna discusión doctrinaria acerca de la conceptualización del daño moral como una noción objetiva, que se configura por la sola lesión de un interés extrapatrimonial, sin que sean necesarias ulteriores consecuencias concretas derivadas de esa afectación, lo que se conoce como daño *in re ipsa*[17]. Desde luego, esto tiene importancias prácticas, pues se abandona la idea de que el daño moral consiste en el sufrimiento o padecimiento psicológico (*pretium doloris*) y, como consecuencia, se objetiviza la prueba del daño, sin que sea necesario probar el dolor, bastando con acreditar la lesión

[15] En jurisprudencia y doctrina, en todo caso, es posible observar esfuerzos destinados a plantear la distinción entre meras molestias y daño moral, estableciendo que aquellas no son constitutivas de este. Véase González (2021b), *passim*.

[16] Según se aprecia en la *Historia de la Ley*, esta redacción fue propuesta por el comité de asesores del Ejecutivo, quien la presentó al Congreso a través de una indicación. Véase Biblioteca del Congreso Nacional (2019).

[17] En efecto, conforme a la estructura de la responsabilidad civil, no basta la lesión a un interés para que haya lugar a la responsabilidad, sino que es necesario que esa lesión transite a ulteriores consecuencias. Esto se aprecia de manera clara en el incumplimiento contractual, no basta la afectación al derecho de crédito del acreedor (incumplimiento imputable), sino que es necesario que esa lesión transite al daño concretamente apreciado: lucro cesante, daño emergente, daño moral.

al interés extrapatrimonial[18]. En Chile, sin perjuicio de algunas referencias a la materia[19], lo cierto es que esta discusión no se ha puesto en estos términos[20]; sin embargo, quizá inconscientemente, la actual definición de la LPDC parece haber tomado partido por la concepción objetiva o *in re ipsa* del daño moral.

En efecto, de acuerdo con la conceptualización contenida en el artículo 50, se configurará un daño moral cada vez que se afecte "la dignidad" de los consumidores[21]. Si bien la expresión dignidad corresponde a un concepto jurídico indeterminado, existe consenso en la doctrina especializada que ella se encuentra a la base de todos los llamados derechos fundamentales, especialmente de los llamados "derechos de la personalidad"[22]. De esta manera, bastará la lesión a uno cualquiera de tales derechos para que, como consecuencia, se lesione la dignidad de la persona, configurándose así un daño moral resarcible en los términos de la LPDC[23]. No sería necesario, por tanto, acreditar que esa lesión ha transitado a ulteriores consecuencias concretas[24].

Queda, sin embargo, pendiente la cuestión relativa a si esa lesión debe ser significativa o bien bastan las 'meras molestias'. Al parecer, dado que la responsabilidad civil por derecho del consumo se inserta en el concierto más general del sistema de responsabilidad civil, no existiendo norma especial que lo derogue, no cabe sino concluir que el daño jurídicamente relevante es aquel que reúne los requisitos generalmente exigidos por la doctrina, entre los cuales se encuentra su carácter significativo. De suerte que no basta con una afecta-

[18] Para ponerlo en un ejemplo, la afectación a la privacidad de una persona, aunque no le genere ninguna repercusión negativa, daría por sí misma derecho a la indemnización del daño moral. Sobre la relación entre el concepto y prueba del daño moral, véase Aedo y Munita (2023), p. 1 ss.

[19] *V. gr.* Femenías (2011), pp. 31-46. Este autor advierte expresamente que la noción de daño moral que se asuma repercute de manera directa en la forma que se debe abordar la prueba del mismo.

[20] En efecto, la discusión en Chile se limitado a si el daño moral debe ser entendido como un *pretium doloris* o, bien, como una lesión a un interés extrapatrimonial, pero sin cuestionarse las implicancias que ello tiene para la estructura de la responsabilidad. Por todos, véase Barrientos (2008), pp. 85-106. Para un análisis jurisprudencial en esta clave, véase De la Maza (2018a), p. 281 ss.

[21] Para un intento de concretizar la referencia a la dignidad en esta norma y en general en sede de consumo, véase Goldenberg (2022), p. 97 ss.

[22] Sobre la dignidad relacionada específicamente con el derecho del consumo, véase González (2021), p. 134 ss.

[23] Desde esta perspectiva, lleva razón Mauricio Tapia cuando señala que si lo que se pretendía era limitar los daños morales: "el propósito se frustró, pues la dignidad es suficientemente comprensiva para incorporar en ella cualquier afectación masiva y sensible de los derechos fundamentales de los consumidores". Tapia (2020), p. 1028.

[24] Una crítica al empleo de la dignidad como criterio definitorio del daño moral en esta sede puede verse en Domínguez (2020), p. 890 ss.

ción de cualquier índole, como serían las molestias y disgustos propios de cualquier incumplimiento contractual, sino que es necesaria una lesión significativa a los intereses extrapatrimoniales del consumidor. En este sentido, resulta atendible la opinión sostenida por Rodrigo Momberg y Alberto Pino en cuanto a que:

> "para que se configure un atentado contra la dignidad de un grupo de consumidores, debiera tratarse de casos en los cuales el proveedor haya cometido actos irrespetuosos, vejatorios o humillantes en contra de los consumidores [...] serán conductas que revistan una gravedad importante, y una actitud especialmente reprochable por parte del proveedor, que vaya más allá de las simples molestias o turbaciones que puede implicar un incumplimiento de las obligaciones del proveedor"[25].

II. La previsibilidad como regla de delimitación daño a los consumidores

1. La discusión acerca de si procede o no aplicar la regla de la previsibilidad en sede de consumo

Otra de las cuestiones discutidas en relación con el *quantum* indemnizatorio en tema de consumo, es si en ella cabe o no aplicar la regla de la previsibilidad prevista en el artículo 1558 del CC[26].

En efecto, un sector de la doctrina y algunos fallos han sostenido que la aplicación de esta regla sería improcedente, aduciendo como argumentos el artículo 3.º letra e) de la LPDC y el carácter no negociado del contrato de consumo, dado lo cual las partes no han tenido la oportunidad de distribuir

[25] Cfr. Momberg y Pino (2021), p. 319. En el mismo sentido, Pino (2021), p. 300 ss. Una opinión ligeramente distinta tiene Juan Luis Goldenberg, para quien: "la cuestión no se detiene en la proscripción de tratos humillantes o vejatorios, aunque ello sigue fundamentando un deber negativo o de abstención. Al contrario, permite incorporar ideas tales como la revisión de un contenido mínimo de la prestación, por ejemplo, asegundando una 'prestación digna' con independencia a la posición económica del adquirente; el reforzamiento de la autonomía de los sujetos, alentando evitar cualquier forma de aprovecha- miento de su potencial vulnerabilidad, pero evitando cualquier atisbo de infantilización que reduzca injustificadamente su autodeterminación; y la extensión de la protección a las garantías fundamentales que derivan del reconocimiento de la dignidad humana, de forma tal que su infracción constituya una circunstancia agravante dado que, cuanto más próximo sea el atentado al núcleo de la tutela de la persona, más contundente deberá ser la respuesta del ordenamiento". Goldenberg (2022), p. 127.

[26] Para un resumen de la discusión véase Momberg y Pino (2021), p. 308 ss.

convencionalmente sus riesgos[27]. Mientras que otros entienden que la regla sí resulta aplicable, ya sea que se la aplique directamente o, bien, a través de la noción de causalidad entendida esta como ámbito de protección de la norma y, más específico, del contrato[28]. Por nuestra parte, conforme a lo que se dirá enseguida, estimamos que no existe ningún inconveniente para la aplicación de la regla en cuestión. Ello en la medida en que resulte compatible con la responsabilidad que se le impone al proveedor, esto es, que derive del incumplimiento de una obligación adquirida de manera previa y los daños invocados por el consumidor excedan el riesgo que necesariamente el proveedor debe asumir como consecuencia de su incumplimiento.

2. *La previsibilidad como ámbito de protección del contrato. Las fuentes de la previsibilidad*

En el ámbito contractual, dado que cada parte asume el riesgo del incumplimiento imputable de sus obligaciones, un aspecto importante a tener en cuenta a la hora de celebrar un contrato son los riesgos asociados a dicho incumplimiento, es decir, es importante conocer cuáles son los daños que puede sufrir el acreedor como consecuencia del incumplimiento. De esta manera, cada parte está en posición de adoptar decisiones tales como el valor que asignará a su propia prestación o, bien, frente a inconvenientes futuros que le impiden dar cabal cumplimiento a todas sus obligaciones, podrá decidir cuál privilegiar en atención a los efectos adversos derivados del incumplimiento de cada una, evitando así un desequilibrio sobrevenido en las prestaciones.

Desde ese prisma, el riesgo asumido por el deudor se relaciona directamente con la función que la prestación cumple para el deudor, esto es, el propósito práctico perseguido por la contraparte a la hora de contratar, de modo que los posibles daños relacionados con la frustración de dicho propósito son, en lenguaje del *Código*, previsibles para el deudor[29]. Así las cosas,

[27] Contardo (2016), p. 662; Contardo (2019), p. 8 ss.; Aedo (2022), p. 293 ss. Concuerda con esta opinión Hernán Cortez, sin perjuicio de que este autor reconoce que el conocimiento que hace previsible el daño puede provenir de la "naturaleza del contrato", conforme el entendimiento de la doctrina más reciente en nuestro país. Véase Cortez (2019a), p. 53 ss. Cristian Aedo, de forma, incluso, más amplia, sostiene que el artículo 1558 es el eje articulador del sistema de regímenes de responsabilidad, de suerte que cada vez que la distribución de riesgos del contrato no proviene de la voluntad de obligarse corresponde aplicar el régimen aquiliano. Véase Aedo (2018), p. 644 ss.

[28] Momberg y Pino (2021), p. 309. Para la jurisprudencia que aplica de forma explícita o implícita la noción de previsibilidad para determinar la procedencia del daño moral en sede de consumo, véase Cortez (2023), p. 158 ss.

[29] En efecto, una reconstrucción en clave histórica de la norma permite afirmar que ese es justamente el trasfondo de la regla de la previsibilidad del daño contenida en el artículo 1558

en cuanto límite a la indemnización de perjuicios, la previsibilidad coincide con el llamado "ámbito de protección del contrato", entendido este como la esfera de riesgos cubierta por el contrato[30]. Esta constatación es relevante, pues, parte de la doctrina que niega la aplicación de la regla del artículo 1558 del CC a daños sufridos por los consumidores sostiene que la delimitación debería darse a través del llamado "fin de protección del contrato", como criterio de delimitación de causalidad[31]. Como se aprecia, aunque por diversos caminos, se llega a la misma solución: los daños que debe indemnizar el proveedor son solamente aquellos que corresponden a los riesgos incorporados en el contrato[32].

Dicho ello, queda determinar cómo se establece el ámbito de protección del contrato o, en otras palabras, ¿cómo sabe el deudor cuál es el propósito práctico del acreedor? La respuesta a esta cuestión puede formularse de manera amplia, recurriendo a la buena fe y a la razonabilidad; sin embargo, cabe destacar algunos parámetros típicos que pueden considerarse fuentes de la previsibilidad, en el sentido que permiten al deudor anticipar las consecuencias de su incumplimiento y, por lo mismo, pueden servir de guía en el proceso interpretativo. Tales parámetros son:

i) la naturaleza de la obligación o de la relación contractual;
ii) la profesión u oficio del deudor;
iii) el giro de actividades del acreedor;
iv) el beneficio obtenido por el deudor incumplido y
v) la información que el acreedor haya proporcionado al deudor sobre el destino de la prestación.

En lo que respecta las relaciones de consumo, atendida la asimetría entre las partes, resulta más bien evidente que tales parámetros no resultan todos igualmente útiles. Así, la información del acreedor y el beneficio obtenido por el deudor son parámetros escasamente aplicables en sede de consumo, aunque puede haber casos en que ellos efectivamente tengan aplicación. Según se dirá enseguida.

del CC, toda vez que ella fue tomada de Robert Pothier para quien el daño era previsible cuando se trataba de un "riesgo conocido aceptado" por el deudor. Sobre esta cuestión véase San Martín (2012), p. 133 ss.; San Martín (2014), p. 649 ss.; San Martín (2017), p. 587 ss.; Zimmermann (2014), p. 190 ss. Para la recepción de estas ideas en la doctrina nacional reciente, véase De la Maza (2014), p. 553 ss.; Cárdena y Reveco (2018), p. 410; De la Maza (2018b), p. 644; De la Maza y Vidal (2018), p. 172 ss.

[30] Esta idea ha sido previamente profundizada en San Martín (2012), p. 133 ss.; San Martín (2014). En el mismo sentido, véase De la Maza (2016), p. 553 ss.; González (2019), p. 172 ss.

[31] Contardo (2016), p. 664; Contardo (2019), p. 10.

[32] En el mismo sentido Momberg y Pino (2021), p. 308 ss.

2.1 La naturaleza de la obligación: la situación de los daños morales

Para determinar la previsibilidad o no del daño sufrido por el acreedor, será esencial atender a la naturaleza de la obligación incumplida o mejor de la relación contractual. Así:

> "si el riesgo de que se trata es o no connatural a la función típica del contrato celebrado, pues siendo connatural queda facilitada su incorporación"[33].

Esta idea es especialmente importante para determinar la previsibilidad de los daños morales[34], pues, si la naturaleza de la obligación es eminentemente patrimonial, no cabe presumir que el deudor ha asumido el riesgo de los daños morales o psicológicos que pueda sufrir el acreedor, aunque no sea difícil predecirlos[35]. Por el contrario, si el contrato contiene prestaciones de naturaleza moral, como una cirugía estética, los daños morales derivados del incumplimiento constituyen un riesgo de suyo involucrado en prestación y, por ende, son desde luego previsibles[36]. Esta interpretación de la previsibilidad de los daños morales se condice perfectamente con lo resuelto en gran parte de los ordenamientos extranjeros, en que los daños morales solo son resarcibles si

[33] Morales (2010), p. 169.

[34] En este mismo sentido puede leerse el fallo disidente dictado en el caso Bazán con Subterra S.A., según el cual "no se discute ya en doctrina que es posible que el incumplimiento contractual pueda dar lugar a una indemnización por daño moral, si bien la respuesta acerca de la procedencia de la misma no puede formularse en términos absolutos, pues la naturaleza y el tipo específico de contrato serán relevantes a la hora de determinar si el menoscabo moral que se pretende derivado del incumplimiento de una obligación determinada resultaba o no previsible para los contratantes, es decir, si el acreedor de la indemnización que se demanda tomó a su cargo el riesgo de lesionar intereses extrapatrimoniales de su contraparte". Cfr. Corte Suprema (2012), rol 4415-201.

[35] De manera enfática, Ángel Carrasco sostiene la "no indemnización, en principio, del daño no patrimonial cuando el objeto de la prestación debida consista en la satisfacción de un interés patrimonial del acreedor". Cfr. Carrasco (1989), p. 28. En el mismo sentido se ha dicho que "los daños emotivos o sentimentales serán por regla general imprevisibles, no tanto porque sea difícil imaginarlos, sino porque no son contemplados como materia de la relación contractual". Corral (2010), p. 198.

[36] En la doctrina nacional se aprecia un consenso en torno a la idea de que hay que distinguir entre tipos de obligaciones (o contratos) cuyo contenido conlleva desde luego la previsión de daños morales, pues están destinadas a satisfacer un interés no patrimonial del acreedor, y tipos de obligaciones (o contratos) en que los daños morales quedan en principio excluidos, por mirar a un interés patrimonial del acreedor. Véase Domínguez (2000), p. 270 ss.; Rojas (2002), p. 155 ss.; Barrientos (2008), p. 20; Corral (2010), p. 198; Vidal (2013), p. 641 ss.; De la Maza (2018a), p. 275 ss.; De la Maza (2023), p. 79 ss.

el contrato tenía por objetivo la protección de intereses extrapatrimoniales[37]. En materia de consumo, esta idea resulta en particular relevante, pues, atendida las escasas sumas patrimoniales usualmente involucradas en la relación individual de consumo, suele demandarse la indemnización de daños morales para hacer "atractiva" la litigación, lo que queda en evidencia en la abundante jurisprudencia sobre el particular[38]; sin perjuicio de lo generalizada de esta práctica, ello no significa que sea jurídicamente correcta, pudiendo llevar, incluso, a consecuencias indeseables. En efecto, al incluir en el quantum indemnizatorio daños que exceden el riesgo propio de la prestación incumplida, por último, lo que se logra es que el proveedor internalice esos mayores costos, encareciendo así el acceso a bienes y servicios para todos los potenciales consumidores, subvencionándose esas indemnizaciones por quienes no las han demandado.

2.2 La profesión u oficio del deudor

La segunda fuente de la previsibilidad del daño es la profesión u oficio del deudor: el experto asume todos los riesgos asociados a los defectos de su prestación, conforme al destino natural de la misma. Quien carece de experticia, por el contrario, responde solo de aquellos riesgos contractualmente asumidos, los que se determinarán mediante la interpretación del contrato. En la doctrina que originaria de la regla de la previsibilidad, esto es Robert Pothier, esta idea se aprecia claramente en uno de los ejemplos que emplea para ilustrar la regla, que precisamente alude a una relación que hoy se calificaría de consumo entre un experto y un lego. Se trata de un caso relativo a la compraventa de vigas de madera, vendidas para apuntalar una casa, la cual se cae como consecuencia de que los maderos estaban podridos. Al analizar el ejemplo, el autor distingue respecto de si el vendedor era o no era entendido en el asunto. Si no lo era, afirma, solo deberá una deducción sobre el precio y no el valor de la casa. La justificación radica en que "se ha de reputar como no habiéndose encargado de ese riesgo". Distinto sería el caso si el vendedor hubiera sido un carpintero, pues aquí responde de la ruina de la casa[39]. Traído a los tiempos actuales, esto implica que, si un consumidor adquiere o contrata de un proveedor los bienes

[37] Un análisis comparado en este sentido puede verse en Barrientos (2008), p. 16 ss. Con todo, cabe señalar que el autor reconduce este razonamiento a la idea de *normalidad* y no a la del destino económico de la prestación o propósito práctico del acreedor.

[38] Así queda claramente demostrado en el análisis jurisprudencial llevado a cabo por dos libros de reciente publicación en Chile: Contardo (2019); González (2019).

[39] Sobre la importancia de la profesionalidad como criterio de previsibilidad, véase Cannata (2008), p. 32 ss.

o servicios correspondientes a su giro de actividades, no necesita informarle cuál es el destino de la prestación y, por consiguiente, los daños que sufriría frente a un eventual incumplimiento: el proveedor los conoce precisamente porque forman parte de lo que le impone su profesión u oficio.

2.3 El beneficio obtenido del contrato por el contratante incumplido

También serán indicativos del riesgo asumido por el deudor precio o contraprestación que recibe en el contrato y la ganancia que obtiene (o esperaba obtener) en el proceso económico al que se incorpora la prestación que recibe. Así, no sería razonable asumir que el deudor asumió un riesgo cuyo costo de administración es de una cuantía sensiblemente más elevada que la del beneficio que esperaba obtener por el contrato[40]. Por el contrario, tratándose de bienes con precio de mercado:

> "un precio superior al del mercado puede ser indicio de que se han asumido mayores riesgos. El juez deberá valorarlo. Habrá que tener en cuenta en qué medida ese mayor precio se debe a que el contrato imputa mayores riesgos o a otras razones; en definitiva, si el precio cobrado justifica o no la imputación del riesgo"[41].

Estas consideraciones serán especialmente relevantes a la hora de establecer la previsibilidad de la cuantía del daño sufrido. En efecto, conforme emana del análisis histórico, la regla de la previsibilidad no alcanza solo a la naturaleza (o causa), sino, también, la cuantía del daño, cuando esta se deba a la concurrencia de circunstancias que no fueron consideradas al tiempo de contratar. En tales casos, un indicador de la cuantía máxima asumida por el deudor es el beneficio que le reporte (o habría reportado) el contrato.

En materia de consumo, esta idea requiere ser precisada, pues los actos de consumo por lo general involucran sumas que, individualmente consideradas resultan más bien bajas. La ganancia del proveedor está dada por la sumatoria de una gran cantidad de contratos (que, dicho sea de paso, es lo que justifica la importancia de las acciones colectivas en esta materia). De suerte que el beneficio a considerar para determinar la previsibilidad del daño no debe ser el que se pretendía extraer de la operación concreta con tal o cual consumidor, sino que habría que considerar totalidad de la operación económica en que se inserta ese acto en particular.

[40] Pantaleón (1991), p. 1029.
[41] Morales (2010), p. 171.

2.4 La información proporcionada por el acreedor

Por último, la previsibilidad emana de las negociaciones contractuales, específicamente de la información que las partes se hubieren proporcionado de manera recíproca respecto del destino de la prestación[42]. Esta idea es especialmente relevante en cuanto impone al acreedor una carga de información relativa a los riesgos de su actividad. Al igual que ocurre con toda carga, los contratantes no están obligados a transmitirse la información relevante, las partes son libres para decidir si informar o no a la otra sobre el destino económico que piensa dar a la prestación que recibirá[43]. Sin embargo, si por falta de dicha información un contratante no tiene conocimiento sobre el destino económico de su prestación y de los riesgos asociados a él, tampoco está obligado a resarcir los perjuicios que se deriven de la concreción de estos riesgos y de la frustración del proyecto económico de su contraparte.

Fernando Gómez Pomar critica duramente las interpretaciones tradicionales de la norma, sea que se funden en el consentimiento del deudor, sea que lo hagan en la distribución de riesgos, pues en su concepto:

> "la regla de limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles es un régimen contractual dispositivo que incentiva la transmisión de información contractualmente relevante pero que no es conocida por ambas partes previamente al contrato"[44].

Concordamos con este autor en que la regla contiene un incentivo para las partes de proporcionarse de manera recíproca información, pues ese es precisamente el resultado de toda carga de información; sin embargo, disentimos en que ese sea el principio que informa la norma y que en esa idea radique el substrato de la misma. El principio que informa la regla es, como ya se dijo,

---

[42] Este es precisamente el principio el razonamiento que está detrás del famoso caso Hadley v. Baxendale, en este caso el tribunal considera que para que el molinero tuviera derecho a una indemnización integral "haría falta que el transportista hubiera sido puesto en conocimiento de que la pérdida de beneficios, a la que se refiere la reclamación, habría de resultar del retraso, cosa que no ocurrió". Cfr. Morales (2010), p. 131.

[43] Sobre las cargas del acreedor en la relación obligatoria véase Cabanillas (1988), p. 21 ss.; Lagos (2006), p. 19 ss.; San Martín (2012), p. 68 ss.

[44] Gómez (2002), p. 53. En otra parte el mismo autor afirma: "a la vista de los factores que inciden de modo esencial en el impacto de la regla sobre los comportamientos de las partes en el contrato, se infiere que el verdadero significado funcional de esta clase de reglas es el de inducir la transmisión de información relevante para el comportamiento de prestación y asimétricamente distribuida entre las partes contratantes, y hacerlo, además, incurriendo en los menores costes de transacción que sea posible". Cfr. *op. cit.*, p. 108.

que el deudor asume los riesgos derivados del destino económico de la prestación, siempre y cuando esté en conocimiento (real o presunto) del mismo. La información en sede de negociaciones será la forma en que el deudor llegará a conocimiento de aquellos riesgos excepcionales que afecten al acreedor[45], que no puedan desprenderse de otros elementos interpretativos del contrato (aquello que Robert Pothier llamaba los daños extrínsecos, de los que se responde solo en virtud de un pacto entre las partes), pero esa no es la única vía para determinar los riesgos asumidos por el deudor. En buena parte de los casos, la ausencia de información por parte del acreedor será irrelevante para efectos de previsibilidad, pues esta se establecerá mediante las demás reglas interpretativas. Por consiguiente, la carga de información adquiere relevancia en contratos excepcionales, en que la única forma en que el deudor puede conocer los riesgos de la prestación es mediante la información del acreedor[46].

Esto último es muy importante en sede de consumo, donde, por regla general, el consumidor carece de la posibilidad de informar al proveedor de los riesgos particulares que el empecen y, aun si así fuere, cabría discutir si, debidamente informado, el proveedor aceptó ese riesgo. En efecto, no basta con el acreedor le informe del riesgo, es necesario que el deudor lo acepte como parte del contrato. En la determinación de esta aceptación representará un papel preponderante la interpretación judicial del contrato, la cual deberá considerar:

> "si la manifestación del acreedor puede ser entendida como una propuesta o petición al otro contratante; si la conducta del deudor ante tal propuesta (silencio, actuaciones) puede ser valorada, por la justificada confianza que suscita, como una aceptación de la asunción de ese riesgo"[47].

Esto también es válido para las relaciones de consumo, en que el consumidor puede estar expuesto a un riesgo irrazonablemente alto como para entender que su sola comunicación surte el efecto de traspasarlo al proveedor.

---

[45] Es interesante notar que, en Alemania, donde no está expresamente regulada la previsibilidad como límite al resarcimiento, esta regla, sin embargo, ha sido expresamente incluida, pero como una hipótesis de culpa de la víctima *BGB* §§ 254. Si bien en su consagración positiva esta regla difiere de la carga de información aquí analizada, en sus orígenes ella coincide perfectamente con lo que estamos diciendo. En efecto, el Proyecto 2 del *BGB* (§ 247) contenía una regla de limitación a los daños *previsibles* en sede contractual, en términos bastantes parecidos a lo aquí expuesto; sin embargo, finalmente fue eliminada y, "a fin de morigerar esta eliminación, el Reichstag estableció como hipótesis de culpa de la víctima el caso en que el acreedor no advierta al deudor de un riesgo particular del que puedan derivar ingentes daños y que el deudor no conozca y no deba conocer". Cfr. San Martín (2012), p. 218.

[46] Sobre esta cuestión se reenvía a cuanto señalado en San Martín (2020), p. 253 ss.

[47] Cfr. Morales (2010), p. 169.

No obstante, ello no excluye que pueda recurrirse a la previsibilidad como factor de delimitación del daño, toda vez que la información no es el único medio a través del cual el deudor puede llegar a conocimiento del destino de la prestación. Con todo, no cabe excluir *a priori* que la regla pueda tener alguna importancia también en esta sede, lo que ocurrirá en relaciones de consumo particularmente personalizadas, como cuando se trata de bienes o servicios que se venden o prestan siguiendo las especificaciones e instrucciones del cliente. En este tipo de casos, la información que el consumidor proporcione acerca del destino del bien o servicio podrá ser utilizada para definir aquello que el proveedor asumió como riesgo ínsito en el incumplimiento de su prestación.

III. Culpa de la víctima y mitigación como limitación al *quantum* indemnizatorio

Establecido que la responsabilidad civil en sede de consumo se rige, también, por el principio de reparación integral del daño, corresponde asumir que la indemnización está regida por la regla de la causalidad, de manera que el proveedor solo deberá responder de aquellos daños que estén fáctica y jurídicamente conectados con su infracción legal o incumplimiento. En este contexto, resulta particularmente relevante el hecho de que en la producción o expansión del daño puede tener influencia la conducta del consumidor, lo que implica introducir una concausa o, bien, un factor de interrupción del nexo causal entre la conducta del proveedor y el daño lamentado por el consumidor. Estas situaciones fácticas son tratadas por los autores con dos instituciones jurídicas diversas, aunque, como ha destacado alguna doctrina, son más bien 'dos hermanas buscando encontrarse'[48]. Se trata de la culpa de la víctima en la producción del daño y de la mitigación de daños. A esto nos referiremos en este apartado, identificando la potencial aplicación que estas instituciones tienen en materia de consumo.

1. La culpa concurrente del consumidor en la producción del daño

La culpa concurrente de la víctima tiene expreso reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 2330 del CC, cuando establece: "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". Esta norma contempla, por tanto, una aplicación de la re-

[48] Adar (2013).

gla de la causalidad, de manera que cuando la víctima es concausa del daño ella debe asumir aquella parte del daño que no puede jurídicamente atribuirse al agente[49]. Sin embargo, atendido que la norma se encuentra en el título XXXV del libro IV del *Código Civil*, destinado a los delitos y cuasidelitos, esto es, a la responsabilidad civil de naturaleza extracontractual, se ha discutido su aplicación en otras sedes. En particular, ha sido muy discutido que la norma pueda aplicarse en hipótesis de responsabilidad contractual, por ejemplo, tratándose de accidentes del trabajo[50]. Bajo esta lógica, cabe cuestionarse si es procedente una reducción de la indemnización fundada en la exposición imprudente del consumidor al daño.

Contestando esta interrogante, no se vislumbra inconveniente alguno para que la regla sea aplicada. Tal consideración se funda en el hecho de que el artículo 2330 tiene a su base un doble principio, por un lado, en una implícita carga de diligencia consigo mismo y, por otro, en el principio de causalidad en cuanto límite a la indemnización de perjuicios[51]. En virtud de ello, cada vez que la víctima no observa la carga de diligencia su conducta es calificada de "culpable" y, en consecuencia, adquiere relevancia en el plano de la causalidad jurídica, pasando de ser una mera condición jurídicamente irrelevante a "concausa" del accidente, ello en virtud de que históricamente la función de la culpa ha sido precisamente servir de criterio seleccionador de las condiciones jurídicamente relevantes a efectos de la causación del daño[52]. Ahora bien, sin perjuicio de que la reducción a la indemnización no está explicitada, la estructura descrita sí está reconocida en la LPDC, pues en ella la carga de diligencia implícita en el artículo 2330 ha sido expresamente contemplada en el artículo 3 letra d) en la Ley n.° 19496, según el cual:

> "Son derechos y deberes básicos del consumidor: d) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente, y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles".

De esta manera, el consumidor está expresamente gravado con una norma que le impone eludir los peligros que puedan afectarles, de modo que, si no lo

[49] Para ahondar en la cuestión, especialmente en relación con los presupuestos necesarios para que la víctima se considere "concausa" del daño, véase San Martín (2018) *passim*.

[50] Ampliamente sobre el particular, San Martín (2018), p. 181 ss.

[51] En otra sede hemos tenido ocasión de demostrar que se trata de un principio general transversal en nuestra legislación civil. Véase San Martín (2012), *passim*.

[52] San Martín (2018), p. 47 ss. En el mismo sentido, con amplia bibliografía italiana, Caredda (2015), pp. 37 y 52 ss. En la jurisprudencia nacional esta idea se aprecia claramente en un fallo dictado a propósito de un caso que, si bien se debatió en sede civil, corresponde a una cuestión de consumo, pues se trató de un accidente sufrido por una clienta al interior de un local de comida rápida. Véase Corte Suprema (2022), rol 76197-2020.

hace, su conducta constituye una "exposición imprudente (culpable) al daño" y, en consecuencia, constituye una concausa del daño.

En suma, aunque la Ley n.º 19496 no contenga una norma equivalente al artículo 2330 del CC, ella sí contiene una norma que impone la necesidad de actuar diligentemente en el cuidado de los propios asuntos, de modo que los principios subyacentes a tal artículo y, por lo mismo, su contenido tiene perfecta aplicación en sede de consumo. Este entendimiento ha tenido reconocimiento jurisprudencial y doctrinario[53] .

2. La carga de mitigar los daños por el consumidor

Una vez que el daño se ha producido, la víctima puede adoptar dos actitudes en relación con el mismo:

i) una actitud proactiva, que implica evitar que el daño se propague y, por tanto, mitigando las consecuencias derivadas de la infracción o incumplimiento del proveedor o

ii) una actitud pasiva, que implica permitir la propagación de los daños.

En este último caso, la doctrina sostiene que los daños que la víctima hubiera podido evitar empleando la ordinaria diligencia, no deben ser incluidos en el *quantum* indemnizatorio. El fundamento de esta solución radica en que, con su actitud pasiva, la víctima interrumpe el nexo de causalidad entre el hecho del agente y el daño sufrido, de modo que en esa parte este daño no es jurídicamente imputable al agente. Como contrapartida, la víctima tiene derecho al reembolso de los gastos razonables de mitigación. El problema teórico que esta solución encuentra, lo que ha redundado en una resistencia de la jurisprudencia a aplicarla en su versión más extrema, es que se cuestiona la existencia de una norma que imponga a la víctima la necesidad de evitar el daño. Sin perjuicio de que es posible reconducir la existencia de esa norma a la cláusula general de buena fe o, más correctamente, a la existencia de una genérica carga de diligencia consigo mismo, presente de manera transversal en el ordenamiento jurídico chileno, lo cierto es que en materia de consumo esa norma se encuentra expresamente contemplada. En efecto, el ya citado artículo 3 letra d), cuando impone al consumidor el "deber" de evitar los riesgos que puedan afectarles, no distingue en relación con la oportunidad de su operatividad práctica, de modo que es perfectamente plausible sostener que en ella se impone la necesidad de actuar de modo diligente durante todo el ciclo de la relación de consumo, incluyendo aquí la etapa posterior a la verificación del incumplimiento o infracción del proveedor. De esta

[53] Véase Isler (2011) pp. 73 ss.; Corral (2013), p. 114; Isler (2019), p. 252; Oyarzún (2021), p. 215 ss.

manera, en materia de consumo es aún más claro respecto de otros regímenes de responsabilidad que la llamada carga de mitigación sí es aplicable.

La aplicación de esta carga implica que el consumidor deberá adoptar las medidas razonables tendientes a contener la situación de daño, so pena de no tener derecho al resarcimiento de todo el daño sufrido, pues en la parte que el daño se hubiera podido evitar no le será jurídicamente imputable al proveedor. Desde luego, esto no significa que el consumidor deba realizar esfuerzos extraordinarios, ni económicamente ineficientes, pues por tratarse de "medidas razonables", solo se exigen las medidas pertinentes conforme a las circunstancias del caso, especialmente, conforme a la posición económica del consumidor.

IV. Particularidades de la extensión de la indemnización en sede de consumo

1. Daños punitivos

1.1 Artículo 53 c): Los daños punitivos en consideración a la gravedad de la infracción

Según el artículo 53 c) de la LPDC, introducido por la Ley n.° 21081:

> "[...] En aquellos casos en que concurran las circunstancias a que se refiere el inciso quinto del artículo 24, el tribunal podrá aumentar en el 25% el monto de la indemnización correspondiente"54.

Esta norma claramente introduce en materia de consumo la figura de los daños punitivos, pues la mayoración de la indemnización no obedece a una razón relacionada con la magnitud del daño sufrido por el consumidor, sino únicamente con la conducta del proveedor.

La incorporación expresa de la figura de los daños punitivos en sede de consumidor impone una excepción al principio de reparación integral del daño. En efecto, el mencionado principio postula que la víctima del ilícito tiene derecho a la indemnización integral del daño sufrido, sin consideración de la gravedad de la culpa del autor del ilícito y, sobre todo, sin que la indemnización pueda extenderse más allá del daño. La figura de los daños punitivos, en cambio, permite que la víctima reciba, a título de indemnización, una suma mayor

[54] Sobre esta norma, véase Mendoza (2019), p. 74 ss.; Munita (2023), p. 319 ss.; Hernández y Ponce (2022), p. 63 ss.

al daño efectivamente sufrido, con lo cual se contravienen las reglas del principio de reparación integral.

Si bien las justificaciones a este tipo de reacciones son variadas, no cabe duda que su principal objetivo es constituir un disuasivo para la comisión de ilícitos, de modo que nos ponemos frente a la llamada función preventiva o disuasiva de la responsabilidad civil. Sin embargo, es también posible sostener que su imposición constituye una "pena" para el autor del ilícito, con lo cual estaríamos frente a la función punitiva de la responsabilidad civil. Se trata, por tanto, de una pena privada o sanción civil[55].

Al margen de la naturaleza punitiva de esta mayoración de la indemnización, la doctrina ha puesto en evidencia algunos problemas que surgen del reenvío que hace el artículo 53 c) al artículo 24. Así, se ha cuestionado una posible infracción al principio *non bis in idem* derivada del hecho de que las mismas circunstancias que se consideran como agravante de la conducta sean luego consideradas a efectos de los daños punitivos. La doctrina salva este punto señalando que en este caso no se cumple el requisito de triple identidad que exige la aplicación de dicho principio, "al no presentarse en relación con los fundamentos jurídicos y los hechos"[56].

Por otro lado, es cuestionable el funcionamiento del reenvío general que el artículo 53 c) realiza al 24 en este punto. En efecto, las circunstancias agravantes mencionadas en esta última disposición aluden:

a) a una hipótesis de reincidencia en la conducta en los últimos doce o veinticuatro meses dependiendo del tipo de proveedor;
b) al haber causado un daño patrimonial grave a los consumidores;
c) al haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad y
d) al haber puesto en riesgo la seguridad de los consumidores o de la comunidad, aun no habiéndose causado daño.

En este listado, particularmente complejas resultan las hipótesis previstas en las letras c) y d). La primera, en cuanto alude a la afectación de la dignidad como causal agravante, en circunstancias de que al mismo concepto se alude para definir el daño moral. Al respecto, se ha cuestionado una eventual superposición de conceptos[57]. Una forma de eludir este dilema, es entender que existen distintos grados de afectación de la dignidad, de suerte que la mayoración de la indemnización procede en caso de una afectación "grave", mientras que una afectación que no revista ese carácter no conllevaría esa consecuencia; quedando al juez la tarea de definir en el caso concreto si la afectación reviste la gra-

[55] Expresamente en este sentido Hernández y Ponce (2022), p. 66.
[56] Cfr. *Op. cit.*, p. 90.
[57] Pino (2021), p. 305 ss.

vedad suficiente como para imponer el recargo[58]. Esta solución parece plausible atendida la literalidad del artículo 24. Con todo, la distinción entre uno y otro caso se torna particularmente engorrosa cuando se considera que la misma doctrina sostiene que no basta una afectación cualquiera a la dignidad para estar en presencia de un daño moral, pues siempre será necesario que el daño revista el carácter de significativo, lo cual se traduce en tratos vejatorios o denigrantes, según se dijo antes.

En lo que respecta a la letra d), la cuestión es aún más compleja, pues, por tratarse responsabilidad infraccional, el artículo 24 admite la imposición de la multa con agravante, incluso, frente a lo que podría llamarse una "infracción de peligro". Basta con haber puesto en riesgo la seguridad, sin que sea necesario que ese riesgo se traduzca en un daño concreto. La responsabilidad civil, sin embargo, no admite los ilícitos de peligro, de modo que siempre será necesaria la configuración de un daño indemnizable[59], que, en este caso, a título de daño punitivo, puede ser incrementado hasta en un 25 %. En opinión de Renzo Munita, una forma de compatibilizar estas normas sería entender que en el caso se alude a la autodeterminación del consumidor como un daño autónomo, independientemente de que no haya transitado a consecuencias concretas[60]. Si bien esta idea permite dar coherencia al sistema, estimamos que ella no se condice con el hecho de que –para quienes aceptan su procedencia– la lesión a la autodeterminación es efectivamente un daño[61], con lo cual escapa a la lógica de la norma, que expresamente se limita a exigir el "haber puesto en riesgo la seguridad". Así las cosas, el reenvío del artículo 53 c) al artículo 24 en este punto resulta impracticable, en la medida que, a diferencia de la responsabilidad infraccional, la responsabilidad civil exige un daño para su configuración, sin que existan los ilícitos civiles de peligro.

Finalmente, no queda clara la relación que corre entre la imposición de la condena infraccional y el aumento por daños punitivos, en el sentido que cabe preguntarse si es que la operatividad de estos últimos necesariamente exige que previamente se haya impuesto una condena infraccional al proveedor. En este sentido Gabriel Hernández y Matías Ponce son de la idea de que basta la concurrencia de los supuestos constitutivos de agravante, incluso si en los hechos no se ha impuesto una sanción administrativa[62]. Esta opinión parece

[58] Pino (2021), p. 306.

[59] Sobre la relación entre responsabilidad civil e infraccional en sede de consumo, *véase* Isler (2015), p. 75 ss.

[60] Munita (2023), p. 329 ss.

[61] El mismo autor cita nutrida doctrina en este sentido, especialmente relativa a la responsabilidad civil médica en relación con la autodeterminación del paciente.

[62] Hernández y Ponce (2022), p. 90 ss.

atendible en virtud de las diferencias sustantivas y procesales entre los regímenes infraccional y de responsabilidad; sin embargo, cabe cuestionarse su asertividad a luz del carácter excepcional de los daños punitivos.

1.2 El artículo 25 A:
La indemnización por interrupción de servicios básicos

Según el artículo 25 A, introducido por la Ley n.º 21081:

> "en los casos de suspensión, paralización o no prestación injustificada de uno de los servicios señalados en el inciso segundo del artículo 25, el proveedor deberá indemnizar de manera directa y automática al consumidor afectado, por cada día sin suministro, con un monto equivalente a diez veces el valor promedio diario de lo facturado en el estado de cuenta anterior al de la respectiva suspensión, paralización o no prestación del servicio. Dicho monto deberá descontarse del siguiente estado de cuenta. [...] La indemnización de que trata este artículo sólo tendrá lugar en aquellos casos en que las leyes especiales respectivas no contemplen una indemnización mínima legalmente tasada y se entenderá sin perjuicio del ejercicio por parte de los consumidores del derecho contenido en la letra e) del inciso primero del artículo 3. Con todo, en la determinación de esto último se tomará en consideración lo obtenido por el consumidor por aplicación del presente artículo".

La naturaleza jurídica de esta indemnización fue arduamente debatida en la discusión de la Ley n.º 21081, que en su proyecto aludía a una "indemnización punitiva", que se daría sin perjuicio del derecho a indemnización contemplado en el artículo 3 letra e). Con esta redacción se trataba claramente de una indemnización con carácter punitivo, no solo por el nombre, sino por el resultado: ella era independiente de la indemnización de los daños efectivamente sufridos por el consumidor.

Durante la tramitación de la ley, sin embargo, esa claridad se perdió, pues, en primer lugar, se estableció que ella no podía darse en casos en que leyes especiales contemplaran indemnizaciones similares y transformó en un mínimo indemnizatorio: de acuerdo con la última parte del artículo, el consumidor tiene siempre derecho a esta indemnización, pero puede acreditar mayores perjuicios. Adicionalmente, se le cambió el nombre, dejando de llamarla indemnización punitiva. Esto ocurrió en dos fases: en una primera instancia se cambió la expresión "indemnización punitiva", por la frase "por vía punitiva". Esta última expresión fue duramente resistida en el Senado, donde se señaló que la expresión "por vía punitiva" era contradictoria con el hecho de que se tratase de una indemnización, pues las indemnizaciones tienen por objetivo

reparar el daño causado y no sancionar. Frente a esta crítica, como una forma de destrabar la aprobación de la ley, el director del SERNAC accedió a cambiar la expresión por la frase actualmente vigente, esto es, "indemnizar de manera directa y automática al consumidor afectado".

Esa redacción, que tuvo la virtud de lograr convencer a los senadores de aprobar la norma, especialmente al senador Larraín, es en realidad deficiente, contradictoria y oscura en cuanto a la naturaleza de la indemnización. Por tal razón, con fecha 6 de agosto de 2019, se dictó un circular interpretativa del director del SERNAC[63], en la cual se insiste en el carácter meramente indemnizatorio de la suma concedida, señalando que esta tiene las siguientes características:

a) es una indemnización restitutiva legalmente tasada;
b) es una indemnización directa y automática y
c) es una indemnización mínima.

Sin perjuicio de los dichos del director del SERNAC en la referida circular, lo cierto es que la norma bajo análisis tiene un claro cariz punitivo, tal y como señaló hasta la última fase de tramitación de la ley el director del SERNAC de la época. A esta conclusión se llega cuando se analizan las características y la forma en que la norma funciona, a saber:

i) ordena el pago de una suma global y única que prescinde de si efectivamente el consumidor sufrió un daño[64];
ii) la suma a pagar corresponde al equivalente a "diez veces el valor promedio diario de lo facturado en el estado de cuenta anterior"
iii) se considera como día completo un corte de cuatro horas o más en un arco de tiempo de veinticuatro horas.

Todas estas características determinan que la norma se aleje de la lógica compensatoria que subyace a la indemnización de perjuicios en su comprensión tradicional y se acerque a la institución de los daños punitivos. Todo esto sin perjuicio de la nomenclatura empleada en su redacción, pues como dice el adagio: en derecho las cosas son lo que son y no lo que se dice de ellas.

2. El daño (moral) colectivo

En el diseño original la LPDC, aunque se mencionaba expresamente la reparación del daño moral como derecho de los consumidores, se proscribía la posibilidad de invocar este tipo de daños en procesos colectivos (artículo 50

[63] Resolución exenta n.º 00547 de 6 de agosto de 2019 del SERNAC.

[64] En efecto, podría perfectamente darse que el consumidor no haya sufrido daño alguno con el corte. A este efecto, piénsese en una casa de verano, cuyo consumo eléctrico se concentra en los meses estivales y se produce un corte de ocho horas en el mes de marzo.

redacción antigua). La reforma introducida por la Ley n.º 21081 modificó esta situación permitiendo expresamente la demanda de este tipo de daños en procedimientos colectivos, aseverando en su mensaje que esto se hacía "con el objeto de reparar íntegramente los daños causados a los consumidores"[65].

Tal y como se aprecia en la historia de la ley, en esta parte el proyecto de ley fue ampliamente resistido por un sector de la doctrina y, por supuesto, por los representantes del empresariado[66]. El argumento en contra de proyecto era el carácter personal de daño moral, se afirmaba que no todas las personas sufren la misma afectación producto del incumplimiento o infracción del proveedor y, por consiguiente, no correspondía su indemnización en sede colectiva. A modo de ejemplo, en este sentido pueden citarse las palabras de director de la Asociación de Empresas de Telefonía Móvil (ATEMO), Cristián Aninat, para quien:

> "atendiendo al carácter subjetivo y personalísimo del daño moral, la reparación de este no es posible en el caso de ejercicio de acciones colectivas, menos en aquellos con titulares difusos"[67].

En el mismo sentido, Tavolari, para quien:

> "el daño moral es por esencia un tema subjetivo. Lo que produce menoscabo a una persona puede no producirla a otra, o bien, la intensidad del daño puede variar según cual sea la persona afectada"[68].

Aunque el fundamento de la argumentación es correcto, el daño moral es personalísimo e individual, ello no constituye *per se* una restricción a su invocación en sede colectiva. Lo cierto es que todo daño, material y moral, constituye una afectación a la persona o patrimonio del individuo que lo padece y, en consecuencia, difiere caso a caso, dependiendo de las condiciones personales y patrimoniales del afectado. Así las cosas, bajo la lógica invocada por los opositores a la modificación del artículo 50, la posibilidad de realizar juicios indemnizatorios colectivos queda, desde luego, proscrita, cualquiera sea la naturaleza del daño que se invoque. Por esta razón, parece oportuno que se hayan desechado las objeciones, aceptando la posibilidad de solicitar la indemnización también del daño moral en sede colectiva. Una cuestión distinta es cómo se prueban los daños cuando se trata de juicios colectivos, aspecto

[65] Biblioteca del Congreso Nacional (2019), p. 8. Sobre la inclusión de esta partida indemnizatoria y los problemas que ella representa, véase Munita (2019), p. 222 ss.; González (2021), p. 122 ss.; Pino (2021), p. 299 ss.; González (2023), p. 308 ss.; Tapia (2020), p. 1013 ss.

[66] También es posible identificar opositores fuera del contexto legislativo, *v. gr.* Corral (2017).

[67] Cfr. Biblioteca del Congreso Nacional (2019), p. 170.

[68] Biblioteca del Congreso Nacional (2019), p. 208 ss. Para una confrontación de esta idea en doctrina, véase Molinari (2018), p. 514 ss.; Mendoza (2019), p. 76 ss.

que no solo concierne al daño moral, sino, también, a las partidas patrimoniales. Es aquí donde la LPDC presenta particularidades en relación con el derecho común, lo cual en cierta medida incide en la aplicación del principio de reparación integral del daño, pues es posible que, en un caso concreto, la cuantía indemnizatoria que se fija en el proceso no coincida con el daño efectivamente padecido por el individuo.

En efecto, como es sabido, la prueba del daño supone la prueba de su existencia y de su cuantía. Al punto que en sede civil se permite litigar primero sobre la existencia del daño y dejar su cuantía para ser discutida en sede posterior, artículo 173 del *CPC*. En otros países, como Italia, se admite que el juez fije equitativamente la cuantía del daño cuando este está probada su existencia, pero no su magnitud[69]. En Chile, algo así no se conoce en sede civil, ni tampoco en sede individual de consumo.

Sin embargo, teniendo en consideración los elevados costos de litigación que supone acreditar la cuantía individual en los juicios colectivos, la ley permite dos cosas:

i) por un lado, que los litigantes no especifiquen la cuantía del daño moral, en la demanda, sino que bastará [con] señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación [...]. En este punto, el carácter de litigante privilegiado del consumidor se refleja en las menores exigencias para plantear sus peticiones concretas;

ii) por otro lado, la misma norma permite que en la determinación del daño el juez podrá establecer un monto mínimo común, para lo cual, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar un peritaje, sin perjuicio de poder considerarse otros medios de prueba. Dicho peritaje será de cargo del infractor en caso de haberse establecido su responsabilidad [...]. Como se aprecia, en este punto, el privilegio para el consumidor tiene una doble vertiente:

   a. se permite que haya un mínimo común para todos los consumidores, sin perjuicio de que alguno pueda haber sufrido un daño moral de menor entidad y

   b. de resultar probada la responsabilidad del proveedor, el peritaje para determinar la cuantía del daño será cubierto por este con independencia de si fue solicitado de oficio por el mismo juez o a petición del consumidor.

Si bien estas normas están concebidas como mecanismos facilitadores para los consumidores, no deja de llamar la atención el hecho de que aluden al

[69] Véase por todos, Mezzanote (2022).

quantum del daño y no a su existencia, de modo que en este caso el legislador se apartó de la tendencia aceptada en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que el *quantum* de esta partida indemnizatoria queda entregada a la prudencia de los jueces, quienes deberán justificar su decisión en criterios más o menos objetivos[70].

Conclusiones

El análisis efectuado en las páginas precedentes hace posible concluir que la disciplina del daño a los consumidores no dista, en gran medida, de las reglas generales de la responsabilidad civil, en cuanto su configuración exige, al igual que en la disciplina general, la existencia de un daño jurídicamente relevante a efectos de la indemnización de perjuicios. Los contornos de este daño vienen dados por las reglas legales conocidas como límites a la indemnización y que más bien constituyen las delimitaciones del principio de reparación integral del daño, en cuanto este no alude a una noción material, sino que a una noción jurídica de daño. De esta manera, al igual que en sede general, será necesario que se trate de un daño significativo, esto es, que exceda las meras molestias o disgustos propios de todo incumplimiento contractual; previsible, en cuanto debe corresponde a un riesgo que queda dentro del ámbito protección del contrato, para lo cual es posible contar con una serie de directrices que guían al juez en esta labor de discriminación entre lo que está dentro o fuera. A su turno, resultan también aplicable en esta sede instituciones como la culpa de la víctima o exposición imprudente al daño y la carga de mitigación de daños, ello en la medida en que ambas instituciones se relacionan con cargas de diligencia que se imponen a todos los sujetos como imperativos de la vida en sociedad, sin que se adviertan buenas razones para exonerar de su observancia a los consumidores. Existen, sin embargo, importantes diferencias entre la disciplina del consumo y la general en lo que respecta a algunos aspectos particulares. En primer lugar, en sede de consumo se acepta que la litigación colectiva fije sumas únicas por grupos de consumidores, incluso respecto del daño moral, que tradicionalmente se ha reconocido como de carácter personalísimo. Amén de ello, en esta disciplina se contempla expresamente la figura de los daños punitivos, como una excepción al hecho de que la indemnización debe corresponder únicamente al daño efectivamente sufrido. Esta idea se contempla en dos disposiciones normativas, el artículo 53 C letra c), respecto del cual es indiscutido

[70] En contra Mauricio Tapia, para quien, sin perjuicio de la redacción de la norma y fundándose en la historia de la ley, la prueba atañe a la existencia y no a la cuantía del daño. Tapia (2020), p. 1031.

su carácter de daño punitivo, y el artículo 25 A, que, si bien se ha sostenido constituye una indemnización tarifada, no punitiva, lo cierto es que la historia de la ley, así como la forma de cálculo ahí contenida, dan claramente cuenta de su cariz punitivo.

Bibliografía

Adar, Yehuda (2013): "Comparative Negligence and Mitigation of Damages: Two Sister Doctrines in Search of Reunion", *Quinnipiac Law Review*, vol. 31: pp. 783-842.

Aedo Barrena, Cristian (2018): "Delimitación de la responsabilidad contractual y la aquiliana y su incidencia en la reparación del daño moral", en Vidal Olivares, Álvaro (dir.), *Estudios de derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 621-660.

Aedo Barrena, Cristian (2022): "Régimen de responsabilidad en materia de consumidor", en Walker Silva, Nathalie y Schiele Manzor, Carolina (eds.), *Estudios de derecho del consumidor IV* (Santiago: Tirant lo Blanch) pp. 287-305.

Aedo Barrena, Cristian y Munita Marambio, Renzo (2023): "La vinculación entre el concepto y la prueba del daño moral. Un análisis jurisprudencial", *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 30. Disponible en https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/4824/4350 [fecha de consulta: 11 de agosto de 2023].

Alessandri Rodríguez, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno* (Santiago: Imprenta Universitaria).

Alterini, Atilio (1997): *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).

Baraona González, Jorge (2014): "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 (2019): "Concepto, autonomía y principios de derecho de consumo", en Morales Ortiz, María Elisa (dir), *Derecho de consumo: ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago: DER Ediciones).

Barrientos Zamorano, Marcelo (2008): "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.° 1: pp. 85-106.

Barros Bourie, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Biblioteca del Congreso Nacional (2019): *Historia de la ley n.° 21.081*. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7577 [fecha de consulta: 22 de mayo de 2023].

Cabanillas Sánchez, Antonio (1988): *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil* (Madrid: Montecorvo).

Cannata, Carlo Augusto (2008): *L'inadempimento delle obbligazioni* (Padova: CEDAM).

Cárdenas Villarreal, Hugo y Reveco Urzúa, Ricardo (2018): *Remedios contractuales* (Santiago: Thomson Reuters).

Caredda, Valeria (2015): *Concorso del fatto colposo del creditore* (Milano: Giuffrè).

Carrasco Perera, Ángel (1989): "Comentarios a los artículos 11101 a 1107 del Código Civil", en Manuel Albaladejo (dir). *Comentarios al código civil y compilaciones forales* (Madrid: Edersa): tomo xv, vol. 1.º. Disponible en http://vlex.com/vid/articulo-1-107-228512 [fecha de consulta: 19 de mayo de 2023].

Contardo González, Juan Ignacio (2013): "Artículo 3º e). Derecho a la reparación e indemnización", en De la Maza Gazmuri, Iñigo y Pizarro Wilson, Carlos (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 117-132.

Contardo González, Juan Ignacio (2017): "Las limitaciones al daño en consumidores: entre la punición y la aplicación de la regla de la causalidad en desmedro de la previsibilidad del daño", en Corral Talciani, Hernán y Manterola Domínguez, Pablo (eds.), *Estudios de derecho civil* XII (Santiago: Thomson Reuters) pp. 657-669.

Contardo González, Juan Ignacio (2019): "Las limitaciones al daño en consumidores: entre la punición y la aplicación de la regla de la causalidad en desmedro de la previsibilidad del daño", en Contardo González, Juan Ignacio y Cortez López, Hernán (dirs.). *Cuantificación del daño moral de los consumidores. Tendencias y sentencias* (Santiago: DER Ediciones) pp. 3-16.

Corral Talciani, Hernán (2010): *Contrato y daños por incumplimiento* (Santiago: AbeledoPerrot).

Corral Talciani, Hernán (2013): "Artículo 3º D)", en De la Maza, Iñigo y Pizarro Wilson, Carlos (dirs), *Protección de los derechos de los consumidores* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 1017-116.

Corral Talciani, Hernán (2017): "Reforma del Sernac y daño moral en procesos colectivos". *Derecho y Academia*. Disponible en https://corraltalciani.wordpress.com/tag/danos-colectivos/ [fecha de consulta: 13 de noviembre de 2019].

Cortez López, Hernán (2019a): "¿Previsibilidad o causalidad? El debate jurisprudencial sobre el límite de la indemnización por daño moral en sede de consumo", en Contardo González, Juan Ignacio y Cortez López, Hernán (dirs.), *Cuantificación del daño moral de los consumidores. Tendencias y sentencias* (Santiago: DER Ediciones) pp. 39-58.

Cortez López, Hernán (2019b). "Molestias y presunciones judiciales. El qué y cómo de la prueba del daño moral en la jurisprudencia", en Contardo, Juan Ignacio y Cortez, Hernán (dir.). *Cuantificación del daño moral de los consumidores. Tendencias y sentencias* (Santiago: DER Ediciones) pp. 17-38.

Cortez López, Hernán (2023). "Una mirada al daño moral individual en el derecho del consumo", en De la Maza Gazmuri, Iñigo (dir.). *El daño moral contractual* (Santiago: DER Ediciones) pp. 151-178.

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2016): "Prever y asegurar", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), *Estudios de derecho civil XI* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 553-583.

De La Maza Gazmuri, Iñigo (2018a): "El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n.° 2: pp. 275-309.

De la Maza Gazmuri, Íñigo (2018b): "Previsibilidad y causalidad", en Bahamondes, Claudia; Etcheberry. Leonor y Pizarro, Carlos (coords.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 635-653.

De La Maza Gazmuri, Iñigo (2023): *El daño moral contractual* (Santiago: DER Ediciones).

De la Maza Gazmuri, Iñigo y Vidal Olivares, Álvaro (2018): C*uestiones de derecho de contratos* (Santiago: Thomson Reuters).

Domínguez Águila, Ramón (1990): "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", *Revista de Derecho,* n.° 188: pp. 125-168.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2000): *El daño moral* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Domínguez Águila, Ramón (2010): "Los límites al principio de reparación integral", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 15: pp. 9-28.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2019): *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo* (Santiago: Thomson Reuters).

Domínguez Hidalgo, Carmen (2020): "En torno a la reparación del daño moral en el ámbito del derecho del consumo: distinción entre problemas comunes y especiales", en Elorriaga de Bonis, Fabián (coord.), *Estudios de derecho civil XV* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 883-912.

Femenías Salas, Jorge (2011): "Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil", *Derecho y Humanidades*, n.° 17: pp. 31-46.

Gatica Pacheco, Sergio (1959): *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2022): "La protección de la dignidad del consumidor por medio de las reglas de responsabilidad civil", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.° 58: pp. 97-134.

Gómez Pomar, Fernando (2002): *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización* (Madrid: Civitas).

González Cazorla, Fabián (2019): *El daño moral en el derecho del consumidor* (Santiago: DER Ediciones).

González Cazorla, Fabián (2021): "Daño moral colectivo en el derecho del consumo chileno: situación actual y proyecciones", *Latin American Legal Studies*, vol. 8: pp. 122-148.

González Cazorla, Fabián (2021b): "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 15 de enero de 2018, que excluye a las molestias como daño moral indemnizable en sede de consumo" (rol n.º 36.734-2017), en *Revista de Derecho,* vol. 28. Disponible en www. scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532021000100301&script=sci_abstract [fecha de consulta: 22 de mayo de 2023].

González Cazorla, Fabián (2023): "Notas sobre el daño moral colectivo implementado por la ley 21.081", en Walker Silva, Nathalie y Schiele Manzor, Carolina, *Estudios de derecho del consumidor IV* (Santiago: Tirant lo Blanch) pp. 307-317.

Graziani, Alessandro (1953): "Appunti sul lucro cessante", en Graziani, Alessandro (dir.), *Studi di diritto civile e commerciale* (Napoli: Jovene).

Hernández Paulsen, Gabriel y Ponce Márquez, Matías (2022): "Daños punitivos, especialmente para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 38: pp. 63-107.

Isler Soto, Erika (2011): "La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores", *Revista de Derecho,* vol. 24, n.º 2: pp. 65-89.

Isler Soto, Erika (2015): "Las normas que dan origen a la responsabilidad civil y a la responsabilidad infraccional en la ley 19.496", *Revista de Derecho y Ciencia Política*, vol. 6, n.º 2: pp. 75-92.

Isler Soto, Erika (2019): *Derecho de consumo: nociones fundamentales* (Valencia: Tirant lo Blanch).

Lagos Villarreal, Osvaldo (2006): *Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil* (Madrid: Fundación Mapfre).

Lazcano Maturana, Magdalena y Toro Cáceres, Javiera (2019): "Estudios cuantitativos de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales por infracciones a los derechos de los consumidores", *Revista de Derecho,* n.º 245: pp. 99-131.

López Cabana, Roberto M. (1995): "Limitaciones a la íntegra reparación del daño", en Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M. (dirs.), *La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot) pp. 273-282.

López, Roberto (2000): "Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización", *Roma e América*, n.° 10: pp. 221-234.

Marella, Maria Rosaria (2009): "Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale", en Visintini, Giovanna (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale*, vol. III (Padua: CEDAM) pp. 29-109.

Mendoza Alonzo, Pamela (2019): "Introducción al estatuto de la responsabilidad del proveedor", en Morales, María Elisa (dir.), *Derecho del consumo. Ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, DER Ediciones) pp. 63-84.

Mezzanotte, Francesco (2022): *La valutazione equitativa del danno* (Turin: G. Giappichelli).

Molinari Valdés, Aldo (2018): "Improcedencia del daño moral como categoría compensatoria de la afectación al interés colectivo frente al reconocimiento del daño punitivo", en Bahamondes Oyarzún, Claudia *et al.*, *Estudios de derecho civil XIII* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 515-531.

Momberg Uribe, Rodrigo y Pino Emhart, Alberto (2021): "Algunos aspectos relevantes para el ejercicio de acciones indemnizatorias en procedimientos colectivos", en Barrientos Camus, Francisca y Del Villar Montt, Lucas (dirs.), *Interés general, las negociaciones extrajudiciales y juicios colectivos en el derecho del consumo* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 307-325.

Morales Moreno, Antonio Manuel (2010): *Incumplimiento y lucro cesante* (Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación).

Munita Marambio, Renzo (2019): "Del daño moral y su cuestionable tratamiento desde la órbita de una acción colectiva o difusa (comentarios a la ley Nº 21081 que modifica la ley Nº 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores), *Actualidad Jurídica*, n.º 39: pp. 207-231.

Munita Marambio, Renzo (2023): "Notas sobre la relación entre el art. 24 inc. 5to, y el art. 53 c, letra c de la ley 19.496; con especial interés en la agravante relativa al riesgo a la seguridad de los consumidores", en Walker Silva, Nathalie y Schiele Manzor, Carolina (eds.), *Estudios de derecho del consumidor IV* (Santiago: Tirant lo Blanch) pp. 319-337.

Oyarzún Vargas, Felipe (2021): "Los alcances del incumplimiento de los deberes de seguridad en los eventos masivos: una mirada desde el derecho del consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 37: pp. 185-227.

Pantaleón Prieto, Fernando (1991): "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, n.º 3: pp. 1019-1092.

Patti, Salvatore (1989): "Danno patrimoniale", *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, vol. v (Turin, UTET).

Pino Emhart, Alberto (2021): "La naturaleza jurídica del daño moral en procedimientos de acción colectiva tras la reforma a la ley del consumidor", en De la Maza Gazmuri, Iñigo y Contardo González, Juan Ignacio (dirs.), *Estudios de derecho del consumidor II* (Santiago: Rubicón Editores) pp. 299-311.

Reglero Campos, Fernando (2014): *Tratado de responsabilidad civil* (Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, quinta edición).

Rojas Covarrubias, Nicolás (2002): *El daño moral derivado de Incumplimiento de contrato.* Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago: Universidad de Chile, no publicada).

Salvi, Cesare (1989): "Danno", *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, vol. v (Turín: UTET).

San Martín Neira, Lilian C. (2012): *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño* (Bogotá, Editorial Universidad Externado).

San Martín Neira, Lilian C. (2014): "La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño", en Varas, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), *Estudios de derecho civil IX* (Santiago, La Ley/Thomson Reuters) pp. 649-668.

San Martín Neira, Lilian C. (2016): "El quantum indemnizatorio en caso de culpa concurrente de la víctima. Su posible revisión vía casación", en *Revista de derecho*, n.º 240: pp. 41-74.

San Martín Neira, Lilian C. (2017): "Relación entre previsibilidad y culpa del acreedor como factores de delimitación de la responsabilidad contractual", en Marín, Juan Carlos y Schopf Olea, Adrián (coords.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 587-613.

San Martín Neira, Lilian C. (2018): *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil* (Santiago: DER Ediciones).

San Martín Neira, Lilian C. (2020): "Cargas y deberes del acreedor como mecanismos de equilibrio contractual", en Barría Díaz, Rodrigo *et al.* (eds.), *Presente y futuro del derecho contractual* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 245-266.

Tapia Rodríguez, Mauricio (2020): "Daño moral colectivo", en Elorriaga De Bonis, Fabián (coord.). *Estudios de derecho civil XV* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 1015-1040.

Valcavi, Giovanni (2005a): "Sulla prevedibilità del danno da inadempienza colposa contrattuale", in Tamborini, Marco (coord.). *Scritti giuridici scelti* (Gavirate: Nicolini) pp. 43-56.

Valcavi, Giovanni (2005b): "Evitabilità del maggior danno ex art. 1227, 2º comma, c.c. e rimpiazzo della prestazione non adempiuta, en Tamborini, Marco (coord.). *Scritti giuridici scelti* (Gavirate: Nicolini) pp. 59-69.

Vidal Olivares, Álvaro (2013): "Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual. Una mirada desde el derecho contractual", en Domínguez Hidalgo, Carmen *et al.* (coords.), *Estudios de derecho civil VIII* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 641-661.

Zimmermann, Reinhard (2014): "La delimitación de la responsabilidad contractual por daños en el derecho europeo", en Castresana, Amelia (ed.), *Defectos en el cumplimiento de la prestación. Derecho romano y derecho privado europeo* (Madrid: Ratio Legis) pp. 199-236.

DEL APRENDIZAJE A LA EVALUACIÓN EXPERIENCIAL: EL EXAMEN DE GRADO CON CASOS EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

FROM LEARNING TO EXPERIENTIAL EVALUATION: CASES IN THE BAR EXAM IN THE UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO LAW SCHOOL

Carolina Devoto Berriman[*]

RESUMEN: El presente trabajo aborda el proceso de cambio del modelo educativo y su forma de evaluación final (examen de grado) en la carrera de derecho de la Universidad del Desarrollo. Para ello, explica la complementariedad entre el modelo tradicional y las metodologías activas en la enseñanza jurídica. Así, se expone la forma en que se evalúa el examen de grado sobre la base de resolución de casos en derecho civil.

PALABRAS CLAVE: enseñanza jurídica, métodos de enseñanza, derecho civil, examen de grado.

ABSTRACT: This paper addresses the process of changing the educational model and its final evaluation method (bar exam) in the Law School of Universidad del Desarrollo. In doing so, it explains the complementarities between the traditional model and active methodologies in legal education. Thus, it presents how the Bar Exam assesses the resolution of cases in Civil Law.

KEYWORDS: legal education, teaching methods, civil law, degree examination.

[*] Magíster en Docencia Universitaria por la Universidad del Desarrollo. Magíster en Economía y Gestión por la Universidad Gabriela Mistral. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Gabriela Mistral. Profesora asociada de la cátedra de Derecho Civil en la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: cdevoto@udd.cl

Introducción

"Dime y lo olvido, enséñame y lo recuerdo, involúcrame y lo aprendo". Este aserto, atribuido a Benjamin Franklin (1706-1790), político, científico e inventor estadounidense, ha adquirido un significativo sentido tratándose de la educación superior en los últimos años.

En efecto, la incorporación de un modelo basado en competencias, con las consiguientes metodologías activas necesarias para su adquisición y desarrollo a través del plan curricular de cada carrera y un sistema diferenciado para su evaluación, se han instalado con fuerza desde la creación del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES).

La carrera de derecho, aún con su apego al modelo tradicional, no ha estado ajena a esta evolución. Sin duda, de forma más tímida que otras, la enseñanza jurídica ha comenzado a transitar también por este camino, sin abandonar del todo su raigambre, pero sí dando espacio a metodologías activas que, complementando a la clase magistral, buscan desplazar el eje del proceso formativo centrado en el docente hacia uno enfocado en el estudiante.

Ya en trabajos anteriores hemos sostenido que, en nuestra opinión, el método de resolución de casos es el que mejor orienta el desarrollo de las competencias que requiere un abogado en su ejercicio profesional, en cualquiera área en ue se desempeñe. En efecto, la esencia de la profesión jurídica es resolver problemas, sea que se ejerza como abogado litigante, impartiendo justicia en la magistratura, en la administración pública o en el área corporativa. Cualquiera sea el escenario, el abogado siempre tendrá que resolver problemas concretos[1].

Hoy hemos querido ir un paso más allá y exponer una experiencia práctica de evaluación, a través de este método, en un examen de grado oral, no sin antes explicar el trabajo y preparación previa que la adopción de un modelo como este supone durante el proceso formativo del estudiante, en la o las asignaturas que se evaluarán de esta forma.

I. Referencia al modelo educativo por competencias y las competencias específicas para la carrera de derecho

La educación superior, tanto en Europa como en América Latina, ha experimentado varias transformaciones, que comenzaron con los programas ERASMUS Y SÓCRATES en el viejo continente en 1987[2], y que perfilaron lo que posteriormente sería el EEES, iniciativa impulsada por Francia, Alemania, Italia

[1] Devoto (2012), pp. 503-512.

[2] González y Wagenaar (2013), p. 26.

y Reino Unido y que se consolidó el año 1999 con la Declaración de Bolonia, fue suscrita por veintinueve países. El EEES es un ámbito de integración y cooperación de los sistemas de educación superior, con el objetivo de crear en 2010, un escenario unificado de niveles de enseñanza en todo el continente, que permita la acreditación y movilidad de estudiantes y trabajadores por todo el territorio europeo[3].

Es así como los objetivos recogidos en la Declaración de Bolonia fueron:

1. La adopción de un sistema fácilmente legible y comparable de titulaciones, mediante la implantación, entre otras cuestiones, de un suplemento al diploma.
2. La adopción de un sistema basado, fundamentalmente, en dos ciclos principales.
3. El establecimiento de un sistema de créditos, como el sistema ECTS.
4. La promoción de la cooperación europea para asegurar un nivel de calidad para el desarrollo de criterios y metodologías comparables.
5. La promoción de una necesaria dimensión europea en la educación superior con particular énfasis en el desarrollo curricular.
6. La promoción de la movilidad y remoción de obstáculos para el ejercicio libre de la misma por los estudiantes, profesores y personal administrativo de las universidades y otras instituciones de enseñanza superior europea[4].

En sucesivas declaraciones posteriores (Praga 2001; Berlín 2003; Bergen-Noruega 2005; Londres 2007; Lovaina 2009; Budapest-Viena 2010; Bucarest 2012) se fue asentando la idea de que un resultado significativo del proceso formativo implicaba transitar, de forma progresiva, desde una enseñanza centrada en el profesor hacia una enfocada en el estudiante; lo anterior, como consecuencia, traía consigo la necesidad de ajustar las metodologías de enseñanza y la forma de enfrentar el proceso por parte del docente.

Así las cosas, el año 2000 surge un proyecto piloto denominado "Proyecto Tuning-Sintonizar las estructuras educativas de Europa", en que destaca la participación de las universidades de Deusto (España) y Groningen (Holanda), entre otras[5]. Este nuevo escenario docente, que en 2003 se extendería a nuestro continente a través del proyecto Alfa Tuning América Latina, planteó, entre otros, los siguientes objetivos:

– Armonización de los sistemas nacionales de titulación (grados y posgrados).

[3] Lozoya y Cordero (2018), pp. 65-92.
[4] *Ibid.*
[5] *Ibid.*

– Establecimiento de un único sistema de cómputo y transferencia de créditos, para facilitar la comparabilidad de estudios y la movilidad, con miras a la integración profesional.
– Reconocimiento académico y profesional de los conocimientos y capacidades adquiridas en las universidades de los diferentes países parte, a pesar de la divergencia de los distintos modelos universitarios.
– Aprendizaje a lo largo de la vida (*lifelong learning*), como una forma de enfrentar la competitividad económica y tecnológica.

En nuestro continente, el proyecto Alfa Tuning América Latina cuenta con la participación de instituciones de dieciocho países de la región, entre los cuales se encuentra Chile, contemplando las siguientes cuatro líneas de acción:

– definición de competencias genéricas y específicas,
– elaboración de enfoques de enseñanza y aprendizaje,
– establecimiento de créditos académicos y
– preocupación por la calidad de los programas[6].

El proyecto se propuso impulsar un nivel de convergencia de la educación superior en doce áreas temáticas, entre las cuales se encuentra la carrera de derecho, mediante el desarrollo de un perfil profesional en términos de competencias genéricas y específicas, incluyendo conocimientos, destrezas y contenidos. Cada país participa a través de su Centro Nacional Tuning y de las universidades que representan las distintas áreas temáticas. [7]

Como se aprecia, este reformulado contexto educativo descansa, entre otros pilares, en el modelo por competencias, cuya principal característica es vincular la formación universitaria con el mundo profesional.

Como hemos indicado, no existe uniformidad en cuanto a lo que debe entenderse por competencia[8].

Es así como el Proyecto Tuning Educational Structures in Europe la define como una combinación dinámica de atributos, en relación con los conocimientos, habilidades, actitudes y responsabilidades que describen los resultados del aprendizaje de un programa educativo o lo que los alumnos son capaces de demostrar al final de un proceso educativo[9].

Para la OCDE, en tanto, una competencia es más que conocimientos y destrezas. Involucra la habilidad de enfrentar demandas complejas, apoyán-

[6] Muñoz y Sobrero (2006), pp. 249-271.

[7] En Chile, el Centro Nacional Tuning está a cargo de la Coordinación General del Programa MECESUP, del Ministerio de Educación y existen catorce universidades participantes, entre las cuales la Universidad Católica de Temuco tiene a su cargo el área temática de derecho.

[8] Devoto (2012), pp. 503-512.

[9] González y Wagenaar (2013), p. 26.

dose y movilizando recursos psicosociales (incluyendo destrezas y actitudes) en un contexto en particular[10].

Por su parte, Philippe Perrenaud indica que una competencia permite hacer frente regular y adecuadamente, a un conjunto o familia de tareas y de situaciones[11], mientras que Ana Delgado, Rosa Borge, Jordi García, Rafael Oliver y Lourdes Salomón, las definen como una combinación de atributos, habilidades y actitudes que se configuran como típicas del ejercicio de una profesión, que permiten una formación integral y que deben ser desarrolladas a lo largo del proceso de aprendizaje de los estudiantes a través de la aplicación de diferentes dinámicas. Siguiendo a estos últimos autores, bajo el enfoque por competencias, los conocimientos son importantes, pero no suficientes; la competencia no consiste en adquirir conocimientos, sino en saber qué se hace con ellos. En consecuencia, el conocimiento es algo previo al ejercicio de las competencias[12].

Esclarecedora resulta la afirmación de Guy Le Borterf, citado por Philippe Perrenaud, quien asimila las competencias a un "saber movilizar":

> "Poseer conocimientos o capacidades no significa ser competente. Podemos conocer las técnicas o las reglas de gestión contable y no saberlas aplicar en un momento oportuno. Podemos conocer el derecho comercial y redactar mal los contratos"[13].

En cuanto a la dimensión o área que recogen, las competencias pueden ser clasificadas en: declarativas (saber), que corresponden a la adquisición y dominio de determinados conocimientos; procedimentales (saber hacer), que apuntan al desarrollo de habilidades que permitan la realización de tareas o acciones y actitudinales (saber ser), cuyo foco son los valores, intereses y actitudes, profundizando en la faceta afectiva de la persona.

En lo tocante al nivel, las competencias pueden ser genéricas o transversales, que son aquellas compartidas por todas las disciplinas o ámbitos del conocimiento y específicas, que son las relacionadas a disciplinas concretas y que, por lo mismo, están más vinculadas a los conocimientos. Es importante consignar que cada asignatura en particular debe comprender tanto competencias genéricas como específicas.

Ahora bien, en cuanto a la carrera de derecho y como puntualiza Luis Rivera Ayala, siguiendo a Lazo y Hernández, hablar de competencias jurídicas no es hablar del perfil de egreso definido por cada institución de educa-

[10] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). 2005, p. 3.
[11] Perrenoud (2008), pp. 1-8.
[12] Delgado *et al.* (2006), pp. 34-35.
[13] Perrenaud (2008), pp. 1-8.

ción superior. Se trata, más bien, de las capacidades profesionales esenciales que debe desarrollar el estudiante de derecho para ser un verdadero jurista, dentro del entorno social que configuran las exigencias de la profesión[14].

En este sentido, es útil tener a la vista las competencias específicas para la carrera de derecho definidas por el proyecto Alfa Tuning América Latina, a saber[15]:

1. Conocer, interpretar y aplicar los principios generales del derecho y del ordenamiento jurídico.
2. Conocer, interpretar y aplicar las normas y principios del sistema jurídico nacional e internacional en casos concretos.
3. Buscar la justicia y equidad en todas las situaciones en las que interviene.
4. Estar comprometido con los derechos humanos y con el Estado social y democrático de derecho.
5. Capacidad de ejercer su profesión trabajando en equipo con colegas.
6. Capacidad de trabajar en equipos interdisciplinarios como experto en derecho, contribuyendo de manera efectiva a sus tareas.
7. Comprender en forma adecuada los fenómenos políticos, sociales, económicos, personales y psicológicos –entre otros–, considerándolos en la interpretación y aplicación del derecho.
8. Ser consciente de la dimensión ética de las profesiones jurídicas y de la responsabilidad social del graduado en derecho, y actuar en consecuencia.
9. Capacidad de razonar y argumentar jurídicamente.
10. Capacidad de dialogar y debatir desde una perspectiva jurídica, comprendiendo los distintos puntos de vista y articulándolos a efecto de proponer una solución razonable.
11. Considerar la pertinencia del uso de medios alternativos en la solución de conflictos.
12. Conocer una lengua extranjera que permita el desempeño eficiente en el ámbito jurídico (inglés, portugués y español).
13. Capacidad para usar la tecnología necesaria en la búsqueda de la información relevante para el desempeño y actualización profesional.
14. Capacidad para aplicar criterios de investigación científica en su actividad profesional.
15. Capacidad para aplicar sus conocimientos de manera especialmente eficaz en un área determinada de su profesión.

[14] Rivera (2015), pp. 1-19.
[15] Tuning Unideusto (2022).

16. Capacidad de enfrentar nuevas situaciones y contribuir a la creación de instituciones y soluciones jurídicas en casos generales y particulares.
17. Capacidad para redactar textos y expresarse de manera oral, en un lenguaje fluido y técnico, usando términos jurídicos precisos y claros.
18. Capacidad para analizar una amplia diversidad de trabajos complejos en relación con el derecho y sintetizar sus argumentos de forma precisa.
19. Capacidad para tomar decisiones jurídicas razonadas.
20. Comprender y relacionar los fundamentos filosóficos y teóricos del derecho con su aplicación práctica.
21. Demostrar conciencia crítica en el análisis del ordenamiento jurídico.
22. Capacidad de actuar jurídica y técnicamente en diferentes instancias administrativas o judiciales con la debida utilización de procesos, actos y procedimientos.
23. Capacidad para decidir si las circunstancias de hecho están suficientemente claras para poder adoptar una decisión fundada en derecho.
24. Actuar de manera leal, diligente y transparente en la defensa de intereses de las personas a las que representa.

Tal como indicábamos al inicio de este capítulo, más que buscar la uniformidad entre las distintas instituciones de educación superior, sea en el diseño de sus modelos curriculares como en la definición de sus perfiles de egreso integrando estas competencias, la denominación "tuning" busca reflejar la idea de que las universidades deben perseguir puntos de referencia, convergencia y entendimiento comunes[16].

II. Modelo tradicional y metodologías activas: la necesaria complementación en la enseñanza jurídica para un aprendizaje experiencial.

La enseñanza del derecho suele asociarse al modelo tradicional, de carácter descriptivo, que realza la figura del profesor-sabio, que se supone que todo lo sabe y cuyo foco es lograr la mayor erudición posible de un derecho que se agota en los textos legales más que en la realidad social en que se funda y que está llamado a regular. El paradigma del alumno pasivo, que solo escucha, escribe y luego repite lo más fielmente posible las lecciones del profesor.

[16] González y Wagenaar (2013), p. 26.

Dicha apreciación tiene un sustento histórico no muy lejano, qué duda cabe. Sin embargo, es posible apreciar que muchos de los perfiles de egreso definidos por las carreras de derecho en nuestro país han comenzado a incluir competencias procedimentales y actitudinales, es decir, aquellas que, si bien requieren un sustrato teórico previo, del que se hace cargo la clase magistral (saberes), solo se desarrollan plenamente con metodologías bien definidas, implementadas y orientadas a dicho objetivo.

Si tenemos a la vista las competencias propuestas para la carrera de derecho en el proyecto Alfa Tuning América Latina, antes enunciadas, nos encontraremos con que varias de ellas apuntan al análisis, a la aplicación de conocimiento y a la resolución fundamentada de problemas, mismas que se pueden apreciar, con mayor o menor énfasis, en los perfiles de egreso de las más importantes facultades de Derecho en Chile. En efecto, la capacidad de razonar y argumentar jurídicamente, de aplicar los conocimientos de manera eficaz en un área determinada de la profesión, de enfrentar nuevas situaciones y contribuir a la creación de instituciones y soluciones jurídicas en casos generales y particulares, de tomar decisiones jurídicas razonadas o de decidir si las circunstancias de hecho están suficientemente claras para poder adoptar una decisión fundada en derecho han sido incorporadas al proceso formativo de los futuros abogados. Y ello no es casualidad. Como hemos sostenido, los clientes no se presentan ante su abogado con casos resueltos, solicitando conceptos o clasificaciones, sino que recurren con un problema por resolver. La exigencia es que el abogado comprenda los hechos, analice la información entregada, identifique el origen, desarrollo y proyección del conflicto, proponga vías remediales y diseñe la estrategia jurídicamente apropiada para conseguir el único resultado esperado: la solución del problema, con criterios de eficiencia en tiempo y recursos, enmarcado en el ordenamiento jurídico y con juicio ético.

Siguiendo a Luis Rivera en este punto, el autor propone que todo estudiante de derecho debe ser formado en las siguientes competencias genéricas, a fin de transformarse en un jurista[17]:

1. Pensamiento crítico, esto es, que el estudiante logre determinar su propio criterio jurídico, a partir de experiencias de aprendizaje diseñadas por el docente con este propósito, de forma tal que pueda hacerlo por sí mismo una vez ejerciendo la abogacía. El desarrollo de esta competencia es esencial, desde el minuto en que reconocemos que el derecho está en permanente evolución, de la mano siempre de los cambios sociológicos, culturales, demográficos, educacionales, etc., que experimenta una sociedad. De esta forma, al modificarse la ley, el

[17] Rivera (2015), pp. 1-19.

abogado deberá actualizar los conocimientos previos con que cuenta, pero será su criterio jurídico el que le permitirá analizar crítica-Ç mente la nueva norma y aplicarla al caso concreto.

2. Capacidad de resolver problemas. Muy unida la anterior, esta competencia supone reconocer que el trabajo del jurista consiste en la búsqueda de soluciones o alternativas ante situaciones que se le presentan de manera cotidiana en su ejercicio profesional, independientemente del área a la que se dedique. Dichas actividades no son meras respuestas al entorno, sino, más bien, "problemas" a los que debe proponerse una solución apropiada aplicando las facultades del pensamiento. Importante es no confundir el diseño de problemas específicamente intencionados para lo anterior, con la mera ejemplificación de instituciones. Esta última, aunque muy importante en el proceso de comprensión, no exige al alumno poner en práctica su aplicación creativa, la que siempre debe ir de la mano del nivel formativo en que se encuentra el estudiante. Asimismo, y con el propósito de desarrollar esta competencia, debe tenerse presente que, en el ámbito jurídico, los problemas suelen no tener una solución única, por lo que el proceso de sistematizar la información, distinguir lo principal de lo accesorio, determinar los hechos esenciales, las instituciones jurídicas que sirven de base para la resolución de este, entre otros aspectos, es tan importante como la propuesta de solución.
3. Determinación autónoma responsable, lo que implica que el jurista debe conducirse, en su entorno profesional, consciente de sus posibilidades y limitantes, reconociendo lo que puede, debe hacer y lo que no. Esto se logra transformando al alumno en protagonista de su propio aprendizaje, dejando atrás el papel de sujeto pasivo de la erudición del maestro; en otras palabras, integrar las competencias a su proceso de enseñanza-aprendizaje a través de metodologías que activen su participación en el mismo.
4. Capacidad de aprender a aprender. Dado que la formación académica solo proporciona una base para el inicio de la carrera profesional omo sostiene David Paul Ausubel, citado por Luis Rivera[18], y teniendo presente que la realidad jurídica y la dinámica normativa de la sociedad hace imposible adquirir todo el saber en los cinco años de duración formal de la carrera, resulta esencial que el estudiante comprenda que su estudio no finaliza al obtener su grado académico, sino que se mantiene durante toda su vida, en forma sistemática y continua.

[18] Rivera (2015), pp. 1-19.

Esto le permitirá aplicar las competencias adquiridas durante su formación a la realidad profesional que le corresponda enfrentar. Así, como indica Nieto, citado por el mismo autor, la investigación jurídica como herramienta para aprender conlleva:

> "analizar, sintetizar e integrar información, diferenciar el todo de las partes, identificar problemas y formular posibles soluciones para ellos, plantear discusiones, análisis y respuestas sobre problemas concretos"[19].

5. Capacidad de argumentar, lo que está relacionado de forma directa con sus habilidades comunicativas. Cualquiera sea el área de desempeño profesional, el abogado debe saber comunicarse para su adecuado desarrollo profesional, sea oralmente o por escrito, pero, además, debe ser capaz de traducir su argumentación jurídica a términos claros y precisos, para quien no está familiarizado con la terminología propia de nuestra profesión.

Todo lo anterior, como es evidente, no se consigue solo a partir de la clase expositiva o modelo tradicional, sino que debe entrenarse en forma sostenida e intencionada, a partir de metodologías y actividades orientadas al aprendizaje, puesta en práctica y evaluación de mecanismos para resolver problemas, más allá de simplemente contar con los conocimientos sustantivos necesarios para abordarlos. Como apunta Manuel Riesco, la adquisición y desarrollo de las competencias debe hacerse mediante el ejercicio de metodologías y recursos lo más semejantes a la realidad[20]. Esto implica complementar los contenidos y horas lectivas, propios del modelo educativo tradicional, con la adquisición y desarrollo de competencias por parte de los estudiantes, lo que impone, además, procedimientos diferenciados para evaluar su adquisición.

Si bien hay varias metodologías activas con las cuales complementar la clase expositiva, más centradas en el aprendizaje que en la enseñanza y que, por tanto, contribuyen a la implantación y desarrollo progresivo de las competencias que el alumno deberá desplegar en su futuro ejercicio profesional, estimamos que la resolución de casos es la que más directamente aborda este desafío. En trabajos anteriores nos hemos referido a esta metodología, tanto desde la perspectiva de su aplicación como método de enseñanza aprendizaje y mecanismo de evaluación durante el proceso formativo. En el siguiente apartado nos abocaremos a la incorporación de este sistema a la evaluación de salida de la carrera, esto es, al examen de grado conducente al grado académico de licenciado en ciencias jurídicas.

[19] Rivera (2015), pp. 1-19.
[20] Riesco (2008), pp.79-105.

III. La evaluación en la carrera de derecho y el examen de grado sobre la base de casos: la experiencia de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Tal como señala Pedro Jurado de los Santos[21], la evaluación de aprendizajes es el proceso mediante el cual se aprecia el rendimiento de un estudiante o grupo de estudiantes para realizar juicios de valor que lleven a la toma de decisiones. En este sentido, se trata de actividades que realizan docentes y alumnos orientadas a obtener información, que se puede utilizar para incorporar ajustes al proceso de enseñanza-aprendizaje en cualquiera de sus fases. Este proceso implica no solo la definición de qué competencias llegan a conseguir los estudiantes, sino cómo las desarrollan y adquieren dentro de un marco curricular establecido, determinando los resultados de la evaluación; luego, cualquier información obtenida que pueda utilizarse para el análisis y mejora del logro del estudiante y del aprendizaje caería bajo la categoría de evaluación.

En el contexto del EEES y el modelo educativo por competencias, previamente reseñado, el desarrollo de las habilidades y destrezas necesarias para el futuro profesional del estudiante, una vez egresado, requiere no solo metodologías activas de enseñanza aprendizaje, sino, también, de formas de evaluación diferenciadas que respondan a este propósito. Tal como explica Bain, citado por Pedro Jurado de los Santos[22], los modos tradicionales de evaluación tienden a reforzar los aprendizajes fundamentados en los saberes como objetivos en sí mismos, ajustándose a los contenidos programáticos del curso. Esta mirada transforma al programa en el contorno y medida de los aprendizajes esperados, perspectiva insuficiente a la hora de desarrollar competencias, por lo que se hace necesario modificarlo, en consonancia con las perspectivas que se dirigen a relacionar los aprendizajes con la capacidad de construir el conocimiento, la transformación y la toma de decisiones que el modelo por competencias ofrece. El foco debe desplazarse desde los objetivos a los resultados de aprendizaje, entendiendo la evaluación como un proceso en que se recoge información sobre el logro de dichos resultados y se toman decisiones aplicables al proceso formativo.

Lo anterior ha sido propuesto también por Alfa Tuning América Latina, en cuanto a que los métodos de enseñanza, aprendizaje y evaluación sean más eficaces para el logro de los resultados de aprendizaje y las competencias identificadas. Esto implica:

[21] Jurado de los Santos (2018), pp. 255-275.
[22] *Ibid*.

> "desarrollar una combinación novedosa de enfoques de enseñanza y aprendizaje, para estimular –o permitir que se desarrollen– las competencias que se diseñan en el perfil. Los cambios de enfoques y objetivos de enseñanza y aprendizaje implican también modificaciones en los métodos y criterios de evaluación, en función no sólo de los contenidos, sino también de habilidades, destrezas y valores"[23].

Para que la evaluación sea significativa, de acuerdo con Jorge Witker[24], debe responder a propósitos claramente establecidos, tales como:

- Determinar el logro de objetivos del estudiante en la etapa que se evalúa.
- Proporcionar una base adecuada para la asignación de notas.
- Estimular o motivar el aprendizaje mediante la información de logros.
- Recoger información con fines administrativos.
- Retroalimentación.

De estos objetivos, siguiendo al mismo autor, se desprenden tres tipos de evaluación:

1. Diagnóstica. Se realiza al inicio de una etapa del proceso formativo, ya sea en un curso, unidad o tema. Su finalidad es obtener información sobre los conocimientos previos con que cuenta el alumno y su nivel de preparación, en relación con los objetivos que se persiguen.
2. Formativa. Se lleva a cabo durante el desarrollo del proceso de enseñanza aprendizaje y su objetivo es detectar deficiencias, a fin de remediarlas antes que finalice el curso. De esta forma, constituye una retroalimentación tanto para el alumno como para el docente.
3. Sumativa. Se realiza al final de cada tema, unidad o curso y su finalidad es constatar si se lograron o no, y en qué medida, los objetivos previamente establecidos. Es, en definitiva, una certificación de los aprendizajes obtenidos y el grado de desarrollo de las competencias definidas para la asignatura o ciclo formativo.

Solo esta última conlleva una calificación para el estudiante, ya que las dos primeras son solo recolectoras de información, sea para definir de manera adecuada los objetivos o resultados de aprendizaje, sea para tomar decisiones o formular ajustes al proceso formativo en forma previa a la evaluación sumativa final.

Es posible identificar, aun, un cuarto tipo de evaluación, denominada "de impacto", que permite establecer, de acuerdo con Pedro Jurado de los Santos,

[23] Tuning América Latina (2007).
[24] Witker (2019).

la efectividad de los aprendizajes en el tiempo y su transferibilidad a contextos de vida y desarrollo[25].

La transición del concepto de evaluación, desde un hito aislado a un proceso en sí mismo y parte integral del macroproceso de enseñanza y aprendizaje, es fundamental. En efecto, es lo que permite establecer la necesaria coherencia entre los criterios e indicadores a evaluar y el proceso formativo que se lleva cabo. Tan relevante es esta concepción que, siguiendo al mismo autor, quien cita a Jarvis:

> "el aprendizaje es el proceso de los individuos de interpretar y transformar la experiencia en conocimientos, destrezas, actitudes, valores, creencias, emociones y sensaciones"[26],

por lo que el aprendizaje experiencial es el eje sobre el cual gira la adquisición y desarrollo de las competencias. La primera de ellas, como resultado de la acción educativa y, el segundo, en cuanto incorporación de los aprendizajes previos a nuevas fases del proceso, consolidándose en los resultados de aprendizaje esperados. En este sentido, la evaluación formativa permitirá la medición del adecuado desarrollo de este, paso a paso, mientras que la sumativa el producto o resultado final.

Tratándose de la carrera de derecho, el tema no ha sido pacífico. Al decir de Jorge Witker, los sistemas de calificación presentan falta de credibilidad y son asociados a criterios subjetivos e injustos; así, hay alumnos que pueden acreditar un curso sin realmente estar preparados o al contrario[27]. Y aquí también podemos apreciar una evolución, de acuerdo con la época y las concepciones educativas. En efecto, tal como señala Emilio Marenales, en la escuela tradicional, la evaluación jurídica se consideró como un "juicio de expertos", esto es, una valoración efectuada por quienes saben de la materia respecto a los aprendices[28]. El docente experto efectúa esta valoración sobre la base de interrogaciones, mayoritariamente orales, en que prima el conocimiento y reproducción de contenidos desde una perspectiva dogmática y fundamentalmente normativa; en otras palabras, el clásico examen tradicional de derecho.

Tal como se expresa en la presentación de libro *Derecho aplicado, 101 casos prácticos*, de Hugo Rosende, la formación jurídica se inició estudiando los códigos exegéticamente, esto es, artículo por artículo, para luego avanzar hacia un método sistemático, agrupando distintas disposiciones legales y configurando "instituciones" desde un enfoque más global. Sin embargo, los cambios

[25] Jurado de los Santos (2018), pp. 255-275.
[26] *Ibid.*
[27] Witker (2019).
[28] Marenales (1997).

legislativos, el nacimiento de nuevas ramas del derecho, el aumento de quienes requieren servicios jurídicos y otros fenómenos exigen una nueva metodología, que ponga especial énfasis en el desarrollo de las destrezas, habilidades y mejor aprovechamiento de las aptitudes e intereses naturales de cada postulante para el óptimo ejercicio de la abogacía. En este sentido, lo que interesa es dotar al estudiante de los medios que le permitan enfrentar un problema o prestar una asesoría adecuada, aplicando sus conocimientos y creatividad[29]. De la mano de estos cambios, por tanto, debe ir, también, el sistema de evaluación. Esclarecedora resulta la afirmación de Raúl Soto en este punto, quien justifica la evaluación en derecho relacionándolo con el conocimiento jurídico, al que refiere tanto el conocimiento de las leyes y la dogmática como la rudencia y habilidad de su correcta aplicación en el ejercicio de resolver un problema jurídico[30].

Para ello, entonces, es que hemos sostenido que la metodología de resolución de casos, como complemento a la clase magistral, es la que mejor conduce a la consecución de estos fines, tanto como metodología de enseñanza aprendizaje como de evaluación.

Para lograr lo anterior se requiere un trabajo sistemático a lo largo de todo el proceso formativo, desde sus inicios hasta su finalización, que vaya progresivamente integrando esta metodología a la par de la adquisición de los conocimientos teóricos necesarios, por parte del estudiante, para aplicarlos a la solución del problema jurídico que se le presenta; enseguida, y dado que el proceso de enseñanza-aprendizaje ha incorporado esta metodología durante todo el desarrollo del curso, el alumno estará en condiciones de ser evaluado a través de esta, ya que ha sido preparado y conoce los pasos a seguir para resolver casos, aplicando los contenidos y normas legales que ha aprendido, de acuerdo con el nivel de la asignatura que se encuentra cursando. Pero no es sino en el examen de grado, instancia evaluativa final de la carrera, en que podrá demostrar no solo los conocimientos adquiridos, sino, además, la correcta adquisición y desarrollo de las competencias descritas en el perfil de egreso definido en el ámbito institucional.

Para la adecuada implementación de un examen de grado con metodología de casos, entonces, es necesario definir, como primer punto, cuál o cuáles de las asignaturas que este comprende serán evaluadas de esta forma. En general los exámenes de grado en las distintas facultades de derecho del país siguen una estructura similar, contando con un asignatura de cédula en forma adicional a las asignaturas de Derecho Civil y Derecho Procesal (sean sus programas completos o sobre la base de temarios, según la institución), entendi-

[29] Rosende (2014), p. 1.
[30] Soto (2016).

das estas como las líneas disciplinares generales, formativas y estructurales de la carrera. De esta forma, descartando la asignatura de cédula que comprende un tema específico dentro de un ramo de especialidad, deberá resolverse cuál de aquellas será evaluada bajo este sistema o si ambas lo serán. Cualquiera sea la decisión, es esencial que los estudiantes sean preparados durante toda la extensión de la asignatura, en sus distintos niveles, en la correcta aplicación de la metodología de resolución de casos, tal como hemos indicado. Ello supone la reformulación de los programas de asignatura, los que deben diseñarse sobre la base de resultados de aprendizaje y ya no solo de objetivos.

La experiencia que presentaremos a continuación es la que aplica la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en su examen de licenciatura. Para comprender su contexto, presentamos las competencias específicas (CE) que declara su perfil de egreso:

CE1. Identificar los fundamentos, origen y evolución de las instituciones jurídicas y de las distintas fuentes del derecho, así como los principios del ordenamiento jurídico, para comprender críticamente los sistemas normativos.

CE2. Comprender el funcionamiento del sistema jurídico, la manera que este organiza y regula la vida en sociedad en sus diversos aspectos, a fin de aplicarlo a la prevención o solución de conflictos de relevancia jurídica.

CE3. Integrar los principios y normas de las diversas líneas de estudio del derecho, tales como: civil, procesal, público y derecho de la empresa, entre otras, para prevenir o solucionar conflictos jurídicos.

CE4. Aplicar los conocimientos de la disciplina jurídica, identificando las posibles respuestas que ofrece el sistema normativo, a fin de proponer una solución al caso concreto, con sentido de justicia y juicio ético.

CE5. Argumentar jurídicamente cada decisión o diagnóstico, sobre la base del manejo del lenguaje efectivo y preciso, aplicando estrategias de persuasión y negociación.

CE6. Investigar con sentido crítico el origen, alcance, objeto, interpretaciones y aplicación de las distintas instituciones y normas que componen el ordenamiento jurídico, a fin de orientar la toma de decisiones.

CE7. Identificar los principales problemas derivados del emprendimiento e innovación, proponiendo soluciones jurídicas, acorde con la responsabilidad pública del abogado, considerando el aporte de otras disciplinas.

En el ámbito de competencias genéricas (CG), se establecen las siguientes:

CG1. Emprendimiento y liderazgo: dar soluciones creativas e innovadoras a problemas que se presentan en organizaciones públicas y privadas, que se ajusten al ordenamiento jurídico vigente, siendo capaz de aceptar desafíos y enfrentarse a la incertidumbre.

CG2. Responsabilidad pública: ser consciente del papel que ejerce en la sociedad, así como de su responsabilidad ante ella por sus actos y aporte profesional, demostrando compromiso hacia el logro del bien común.

CG3. Ética: buscar la verdad y el bien, logrando comprender que el ejercicio de la profesión conlleva la toma de decisiones orientadas por los principios y valores de justicia y dignidad humana.

CG4. Autonomía: lograr proactividad y autorregulación del comportamiento, tomando decisiones sin conducción externa y asumiendo las consecuencias que derivan de estas.

CG5. Comunicación: transmitir mensajes frente a una audiencia, expresando en forma escrita y oral sus opiniones y argumentos con claridad, precisión y asertividad.

CG6. Eficiencia: alcanzar sus objetivos y metas a través del uso racional de los recursos y tiempo disponibles, con optimización y diligencia.

CG7. Visión analítica: identificar problemas, reconocer sus componentes e información significativa, buscar, sintetizar y relacionar los antecedentes fácticos y elementos normativos para llegar a una conclusión.

CG8. Visión global: observar y comprender eficazmente el entorno en un contexto global, considerando dimensiones históricas, políticas, económicas, sociales y culturales, logrando así adaptarse a los cambios y al trabajo interdisciplinario.

Tomando en consideración las competencias previamente indicadas, es que la facultad optó por incorporar la resolución de un caso en el examen de grado en la asignatura de Derecho Civil, sistema instaurado hace más de quince años bajo el decanato, en ese entonces, de Pablo Rodríguez Grez. Insistimos que una implementación de esta naturaleza exige comenzar el proceso de preparación de los estudiantes desde el primer nivel de la asignatura y mantenerlo durante toda su extensión, no solo como parte del proceso de enseñanza-aprendizaje propiamente tal, de manera complementaria a la clase magistral, sino, también, en la forma de evaluación; es así como todos los exámenes finales de esta línea disciplinar deben efectuarse a través de la resolución de una situación jurídica, a través de la cual se evidencian los conocimientos con que cuenta el alumno, para luego evaluar su aplicación a la solución del caso concreto, su visión analítica y capacidad argumentativa, sus habilidades de comunicación y su juicio ético. Hablamos aquí de situación jurídica, puesto que, a di-

ferencia de un caso de examen de grado, esta es menos extensa y aborda, entrelaza e interrelaciona menos instituciones jurídicas, ya que están naturalmente destinadas a medir la comprensión y la aplicación de contenidos programáticos del nivel de Derecho Civil respectivo.

De esta forma, desde el primer semestre de la asignatura, los alumnos ya comienzan a resolver casos prácticos diseñados tomando en cuenta su incipiente formación jurídica, lo que se mantiene de forma ininterrumpida hasta el último semestre, en que los casos pueden integrar ya varias instituciones y relacionar diversas materias de la asignatura. Lo anterior obedece a la definición programática del curso, la que tributa a las siguientes competencias específicas y genéricas en sus distintos niveles, conforme a la matriz de tributación, instrumento que permite generar la consistencia necesaria entre el perfil de egreso y el plan de estudios de la carrera:

- Teoría de la Ley y Sujetos de Derecho: Comunicación, Identificación, Integración, Aplicación.
- Teoría del Acto Jurídico: autonomía, visión analítica, aplicación, argumentación.
- Derechos Reales: visión analítica, aplicación, argumentación.
- Obligaciones: autonomía, visión analítica, aplicación, argumentación.
- Responsabilidad Civil: ética, visión analítica, aplicación, argumentación.
- Contratos: autonomía, comprensión, aplicación, argumentación.
- Derecho de Familia: autonomía, visión analítica, aplicación, argumentación.
- Derecho Sucesorio: autonomía, visión analítica, aplicación, capacidad investigativa.

Como se puede apreciar, la competencia de aplicación es transversal a todos los niveles de la asignatura de Derecho Civil, lo que explica la decisión de incorporar la metodología de resolución de casos en la forma e instancias que hemos señalado.

Para adquirir la mecánica del proceso, y en forma previa a la evaluación a través de esta metodología, a los estudiantes se les enseñan los pasos a seguir, acompañando esta inducción con la utilización de una guía o pauta para resolver casos, la que contempla los siguientes aspectos:

- Sujetos del caso y sus calidades jurídicas
- Hechos del caso
- Conflicto (s) a resolver y su origen
- Instituciones jurídicas identificables
- Normas jurídicas aplicables

Esta pauta es importante cuando el estudiante está comenzando a resolver casos, pues lo orienta en el proceso. Más adelante, tenderá a ser más mecánico.

En los exámenes finales de la línea de Derecho Civil los alumnos seleccionan aleatoriamente la situación jurídica a resolver entre diez y veinte minutos antes de su examen, la que contempla el desarrollo de entre tres a cuatro preguntas relativas a la misma, debiendo utilizar su *Código Civil* y leyes complementarias, si es el caso. El estudiante comienza respondiendo acerca de las instituciones jurídicas ínsitas en el caso, momento en que el profesor evalúa el conocimiento de los contenidos teóricos que sirven de base para la resolución del problema. Demostrada que sea la comprensión de estos es interrogado sobre las preguntas de carácter práctico, en que propone las soluciones a las interrogantes que plantea el problema. De esta forma, es evaluado no solo por sus conocimientos teóricos (competencias declarativas), sino, además, por el proceso en que los aplica al caso concreto, identificando las instituciones jurídicas, hechos y problemática a resolver en la situación que se le ha planteado (competencias procedimentales), proponiendo soluciones debidamente argumentadas dentro de un marco valórico-ético (competencias actitudinales).

Pues bien, a diferencia de lo que sucede en los exámenes finales de la asignatura, en que, por el tiempo, la cantidad de alumnos y el conocimiento parcial con que se cuenta en el nivel respectivo solo es posible que los estudiantes resuelvan situaciones, el examen de grado posibilita la resolución de un caso propiamente tal. En efecto, el caso de licenciatura posee una estructura más compleja, impone la identificación y aplicación de diversas instituciones jurídicas interrelacionadas; es más extenso y contempla la respuesta a cinco preguntas, en que se pretende que el alumno no solo vierta sus conocimientos teóricos, sino que, guiado por las preguntas anexas al caso, vaya resolviendo sus distintas aristas, proporcionando una opinión jurídica fundada acerca de la solución que propone. De esta forma, un caso de examen de grado presenta la siguiente estructura:

1. Relato de los hechos.
   1.1 Sujetos y calidades jurídicas.
   1.2 Situaciones que se presentan.
   1.3 Conflicto a resolver.
2. Instituciones jurídicas identificables.
   Por ejemplo, contratos, obligaciones, responsabilidad, sucesión por causa de muerte, etc**étera**.
3. Principios identificables en el caso.
   Por ejemplo, autonomía privada, legalidad, protección del cónyuge más débil, libre circulación de los bienes, represión del enriquecimiento sin causa, etcétera.
4. Normas jurídicas aplicables a la solución del conflicto, las cuales deberán fundamentar las respuestas del cuestionario.

Para estos efectos es imprescindible que el alumno tenga un buen manejo de la geografía del *Código Civil*, a fin de buscar y encontrar, en breve tiempo, las disposiciones legales que justifiquen jurídicamente las respuestas que proponga a las preguntas del caso.

La forma de interrogar el caso en el examen de grado es la misma que en los exámenes finales, exigiendo que el alumno primeramente identifique los principios y las instituciones jurídicas presentes en este, para luego ser interrogado sobre las mismas, sea en forma previa o coetánea con cada pregunta del problema hipotético planteado. Dada la mayor extensión de este tipo de casos, el estudiante dispone de una hora para prepararlo, pudiendo utilizar su *Código Civil* y todos los cuerpos legales que sea menester para su resolución.

Reconociendo que la incorporación de esta metodología complementaria genera más demanda de tiempo y trabajo a los docentes de la asignatura, quienes no solo deben diseñar buenos casos si no que, además, evaluar su resolución, la facultad implementa talleres prácticos sobre la metodología de resolución de casos y su evaluación para todos sus profesores y ayudantes en forma periódica. Para asegurar la aplicación de esta metodología en todos los niveles de la asignatura, las respectivas calendarizaciones académicas deben incluir la oportunidad, contenidos y actividades asociadas a la misma, así como la forma de evaluarla durante el semestre. En cuanto a los casos para el examen de grado, estos son preparados por el docente de Derecho Civil que integrará la comisión, conforme a los lineamientos previamente definidos en cuanto a su estructura, pudiendo este ser revisado *ex ante* por un comité de profesores de la asignatura, expertos en el diseño de casos.

A continuación, presentamos un caso utilizado en un examen de grado real, extraído del libro *Derecho aplicado, 101 casos prácticos*, antes reseñado[31]:

> "Don Patricio Arévalo compró un cuadro del pintor Alberto Valenzuela Llanos, en la suma de $6.000.000.- Su vendedor, don Federico Wilson, se comprometió a entregárselo materialmente en el plazo de 30 días, ya que estaba comprometido con antelación a exhibirlo en una exposición, pero en dicha exposición el cuadro apareció ante el público como propiedad de don Patricio Arévalo, lo cual este último aceptó expresamente. De la misma manera, se convino en que el precio se pagaría contra la entrega material. Diez días después de esta negociación don Patricio Arévalo ordenó un peritaje sobre el cuadro, determinando el especialista que era falso y no había sido pintado por Alberto Valenzuela Llanos. Durante la exposición el cuadro fue sustraído ignorándose quién se había apropiado de él. Don Federico Wilson, no obstante, el hecho de que el cuadro había sido sustraído,

[31] Rosende (2014), pp. 90-91.

inició juicio en contra de don Patricio Arévalo sosteniendo que el cuadro era auténtico y que su pérdida no le era imputable.

Relaciones o instituciones jurídicas:

– Compraventa de bien mueble
– Tradición
– Vicio del consentimiento, error
– Pérdida de la cosa

PREGUNTAS:

1. Indique quién, a su juicio, era dueño del cuadro al momento de ser éste sustraído.

R: En mi opinión el dueño era Federico Wilson, porque de acuerdo con el contrato la tradición debía ser material y el precio se pagaría precisamente contra la entrega física del cuadro. La circunstancia de que éste se hubiese exhibido en una exposición apareciendo como de propiedad de Arévalo ante el público lo cual fue aceptado expresamente por el comprador, no tuvo el propósito de perfeccionar una tradición simbólica. Aceptar esta última clase de tradición, dejaría sin aplicación lo pactado en cuanto al plazo de entrega material del cuadro y de la época del pago del precio.

2. Señale qué le recomendaría Ud. a don Patricio Arévalo respecto del contrato de compraventa del cuadro atribuido a Alberto Valenzuela Llanos y con qué fundamento.

R. Le recomendaría a don Patricio Arévalo demandar la nulidad relativa del contrato por error sustancial, porque el cuadro era atribuido a Alberto Valenzuela Llanos y en verdad él no era el autor de la pintura. El fundamento de la demanda será el artículo 1454 del Código Civil, esto es, error en la calidad esencial del objeto del contrato.

3. Indique qué valor le atribuye Ud. al peritaje obtenido por don Patricio Arévalo y que determinó que el cuadro era falso.

R. El peritaje obtenido por don Patricio Arévalo es de carácter privado y, por lo tanto, extrajudicial, por lo que tiene el valor de ser un instrumento privado, siendo necesario que concurra el perito en el juicio respectivo reconociendo el instrumento, quien comparecerá en calidad de testigo a prestar su declaración, por lo que dicho testimonio tendrá el valor probatorio de una presunción judicial cuyo mérito será apreciado en conformidad al art. 426 del C.P.C.

4. Señale si puede don Federico Wilson iniciar juicio en contra de don Patricio Arévalo, reclamando el pago del precio, y en tal caso qué alegaría Ud. en favor de don Patricio Arévalo.

R. Don Federico Wilson podrá iniciar juicio en contra de don Patricio Arévalo, reclamando el pago del precio, argumentando

que el riesgo de la cosa es de don Patricio, el comprador, quien ha perdido su derecho de reclamar la cosa, pero no lo exime de su obligación de pagar el precio (arts. 1550 y 1820 del C.C.).

En favor de don Patricio alegaría que no ha existido entrega, ya que se estipuló que ésta debía hacerse materialmente, por lo que opondría la denominada excepción de contrato no cumplido o exceptio non adimpleti contractus consagrada en el artículo 1552 del Código Civil, que contempla el principio de la mora purga la mora, ya que don Federico no ha cumplido con su obligación de entregar o hacer tradición de la cosa.

5. Precise qué recomendaría usted a don Patricio Arévalo para evitar que se obligue a pagar el precio del cuadro.

R. Le recomendaría oponer la excepción de contrato no cumplido del artículo 1552 del Código Civil".

Como se puede apreciar del caso expuesto, el aspirante a licenciado no solo debe contar con los conocimientos de la teoría sustantiva y de las normas jurídicas aplicables, sino, también, y muy especialmente, es puesto en el papel de abogado en forma permanente durante la interrogación en Derecho Civil, a través de las distintas preguntas del caso. Ello permite evidenciar su capacidad de interrelacionar instituciones jurídicas, aplicar sus conocimientos y la normativa a la solución del caso en sus diferentes aristas y argumentar en forma razonada cada una de sus decisiones.

En suma, la consolidación del método de resolución de casos, primero como complemento a la clase magistral en el proceso de enseñanza-aprendizaje en la asignatura de Derecho Civil, luego como forma de evaluación sumativa en el examen final de cada nivel y, por último, como instancia evaluativa final de la carrera nos ha permitido robustecer la formación profesional de nuestros estudiantes, acercando la enseñanza jurídica al futuro profesional que enfrentarán como abogados, modernizando los estudios del derecho, pero sin debilitar, en caso alguno, la sólida formación disciplinar que un sistema jurídico como el nuestro exige a todos quienes ejercemos la abogacía.

Conclusión

Las transformaciones que ha ido experimentando la educación superior, las cada vez más rigurosas exigencias de un mercado laboral especializado y competitivo y el mayor acceso a los estudios universitarios son condiciones a las cuales la carrera de derecho no se puede sustraer. Reconocemos que no es fácil romper con la inercia de un modelo tradicional, aceptado, desde antiguo y sobre todo en países que conciben el derecho como un andamiaje de normas armó-

nicamente interrelacionado, como el único capaz de formar al futuro abogado, a través de una enseñanza dogmática y exegética del mismo. Sin embargo, quienes tenemos a cargo la formación profesional de los futuros abogados debemos combinar estratégicamente distintos métodos, bajo la lógica de un marco curricular institucional definido en este sentido, sin abandonar la clase magistral, pero combinándola con metodologías que activen la participación del estudiante en su propio proceso de enseñanza-aprendizaje, para luego evaluar en coherencia con este.

En efecto, es estéril el esfuerzo de docentes, ayudantes y alumnos si este proceso no es evaluado en forma consistente, entendiendo que el abogado siempre deberá participar de la resolución de problemas, sea directa o indirectamente, deberá efectuar análisis críticos, argumentar, tomar decisiones, transferir conceptos teóricos a la práctica, tener excelentes habilidades comunicacionales, tanto orales como escritas y capacidad de gestión de recursos informáticos, entre varias otras exigencias.

En la experiencia expuesta en este trabajo hemos optado por complementar la clase magistral con el método de resolución de casos en la línea disciplinar de Derecho Civil, pero no solo en el macroproceso de enseñanza y aprendizaje, sino, especialmente, a la hora de evaluar, sea formativa o en forma sumativa, los conocimientos y las competencias adquiridas, entendiendo que la evaluación, en cuanto proceso, es parte relevante del desarrollo de estas.

En tal sentido, entendemos la incorporación del método de resolución de casos al examen para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas como un eje articulador esencial para brindar la necesaria coherencia entre la formación y la certificación de los resultados obtenidos en esta, entre la manera en que se enseña y aprende a la vez, y el sistema en que se constata que el estudiante ha adquirido y desarrollado las competencias definidas en el perfil de egreso, amén de contar con una sólida formación disciplinar sustentada en sus conocimientos, la forma en que los aplica y la valoración ética que imprime en ello.

Lo anterior le permitirá responder a las exigencias laborales que le corresponda enfrentar, pero, sobre todo, a la confianza que depositarán las personas en él, para la defensa de sus derechos e intereses. Sin duda, como toda obra humana, el sistema es perfectible, pero tenemos la convicción que la formación profesional de los abogados que nuestro país necesita exige reformulaciones que, sin abandonar los principios en que se sustenta, la robustezcan y actualicen.

Bibliografía

Cárdenas, María Elena (2007): "Ensayo sobre didáctica y pedagogía jurídicas", *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz del Alba Medrano. La enseñanza del derecho*. Disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2406/9.pdf [fecha de consulta: 2 de mayo de 2023].

Delgado, Ana; Borge, Rosa; García, Jordi; Oliver, Rafael; Salomón, Lourdes (2006): *Evaluación de las competencias en el espacio europeo de educación superior. Una experiencia desde el derecho y la ciencia política* (Barcelona, J.M. Bosch Editor).

Devoto, Carolina (2012): "El método de resolución de casos y la enseñanza del Derecho", *Actualidad Jurídica*, n.º 25.

González, Julia y Wagenaar, Robert (2013): *Tuning Educational Structures in Europe* (Bilbao, Universidad de Deusto).

Jurado de los Santos, Pedro (2018): "Evaluación en educación superior. Análisis centrado en las tareas del estudiante", *La formación por competencias en la educación superior: alcances y limitaciones desde referentes de México, España y Chile* (Ciudad de México, Tirant Humanidades).

Lozoya, Esperanza y Cordero, Ruth (2018): "Una visión de las competencias educativas su implementación y evaluación en la educación superior", *La formación por competencias en la educación superior: alcances y limitaciones desde referentes de México, España y Chile* (Ciudad de México, Tirant Humanidades).

Marenales, Emilio (1997): "Evaluación del aprendizaje en la enseñanza del Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*. Disponible en https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/362 [fecha de consulta: 2 de mayo de 2023].

Muñoz, Ana y Sobrero, Valeria (2006): "Proyecto Tuning en Chile: análisis de procesos de internacionalización de la educación superior", *Revista Calidad en la Educación*, n.º 24. Disponible en https://doi.org/10.31619/caledu.n24.278 [fecha de consulta: 2 de mayo de 2023].

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2005): *La definición y selección de competencias clave. Resumen ejecutivo*.

Perrenoud, Philippe (2008): "Construir las competencias, ¿es darles la espalda a los saberes?", *REDU Revista de Docencia Universitaria*, vol. 1.

Riesco, Manuel (2008): "El Enfoque por competencias en el EEES y sus implicaciones en la enseñanza y el aprendizaje", *Tendencias Pedagógicas*, vol. 13. Disponible en www.tendenciaspedagogicas.com/Articulos/2008_13_04.pdf [fecha de consulta: 2 de mayo de 2023].

Rivera, Luis (2015): "Cinco competencias genéricas clave en los estudios de Derecho", *Revista de Educación y Derecho*, n.º 11.

Rosende, Hugo (2014): *Derecho aplicado, 101 casos prácticos* (Santiago, Thomson Reuters).

Soto, Raúl (2016): "Evaluación del conocimiento jurídico", en Cáceres Nieto, Enrique (coord.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del Derecho en el sistema romano-germánico.* Disponible en http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/ 36996 [fecha de consulta: 2 de mayo de 2023].

Tuning América Latina (2007): "Reflexiones y perspectivas de la Educación Superior en América Latina". Disponible en http://tuningacademy.org/wp-content/uploads/2014/02/TuningLAIII_Final-Report_SP.pdf [fecha de consulta: 2 de mayo de 2023].

Tuning Unideusto (2022): "Competencias específicas de derecho". Disponible en: http://tuning.unideusto.org/tuningal/index.php?option=content&task=view&id=235&Itemid=2652022 [fecha de consulta: 2 de mayo de 2023].

Witker, Jorge (2019): "La evaluación jurídica", en Witker, Jorge, *Técnicas de la enseñanza del Derecho.* Disponible en http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/ 10032 [fecha de consulta: 2 de mayo de 2023].

CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN AL NUMERAL 4) DEL ARTÍCULO 57 DE LA LEY N.° 18046 SOBRE SOCIEDADES ANÓNIMAS

CONSEQUENCES OF THE INFRINGEMENT OF NUMERAL 4) OF ARTICLE 57 OF LAW NO. 18,046 ON CORPORATIONS

Matías Granic de Iruarrizaga[*]

Resumen: la enajenación del 50 % o más del activo de una sociedad anónima requiere de la aprobación de la junta extraordinaria de accionistas, con el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, según exige el numeral 4) del artículo 57 con relación al numeral 9) del artículo 67 de la Ley n.° 18046 sobre sociedades anónimas. La sanción que se sigue de la omisión de dicho requisito no se encuentra expresamente establecida en la ley y, por tanto, es fuente de debate. En primer lugar, tras analizar las respuestas a dicha interrogante que se puede encontrar en el derecho nacional, se propone que la única sanción legal y doctrinalmente coherente es la nulidad absoluta del acto de enajenación por falta de consentimiento, señalando sus consecuencias. Y, en segundo lugar, se postula que en el presente caso se configura una excepción a la norma general, en cuanto el vicio de nulidad absoluta puede ser saneado vía ratificación de la junta extraordinaria de accionistas.

Palabras clave: sociedad anónima, activo social, enajenación, nulidad absoluta, ratificación.

Abstract: The transfer of 50% or more of the assets of a corporation requires the approval of the extraordinary shareholders' meeting, with the favorable

[*] Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: mgranic@uc.cl

vote of two-thirds of the outstanding shares entitled to vote, as required by Article 57 No. 4) in connection with Article 67 No. 9) of Law No. 18,046 on corporations. The sanction of the breach of such provision is not expressly set forth in the law and is therefore subject to debate. Firstly, after analyzing the possible remedies that can be found in our legislation, this paper proposes that the only legal and doctrinally sound solution is the absolute annulment of the act of disposal due to lack of consent, pointing out its consequences. And, secondly, it is argued that in the present case there exists an exception to the general rule, since the fault in question can be remedied by ratification of the extraordinary shareholders' meeting.

Keywords: corporation, corporate assets, disposal, absolute annulment, ratification.

Introducción

Las sociedades, sea que se les considere una ficción o entidades con existencia real, no pueden actuar por sí solas ni tomar sus propias decisiones, de manera que requieren ser dirigidas por personas de carne y hueso. De ahí que, cuando el hombre por primera vez quiso ponerse de acuerdo con sus pares para fingir o reconocer la existencia de algo llamado sociedad, debió enfrentarse al problema de definir quién o quiénes tomarían las decisiones en nombre y en lugar de la misma.

La respuesta desde el sentido común es que la compañía debe ser dirigida y administrada por sus propietarios, es decir, sus socios, pues ellos soportan el riesgo de un mal negocio. Sin embargo, esta simple solución no es del todo práctica. Los propietarios del negocio pueden ser muchos y extraños entre sí e, incluso, pueden no contar con el conocimiento, los recursos o el interés necesario para administrarlo. Esto es evidente en el mundo de las sociedades de capital. Las últimas son un vehículo de inversión, un instrumento por el cual se enteran fondos para encomendar su gestión a un tercero especializado, generándose una división funcional con miras a la eficiencia. Por un lado, se tiene un grupo de expertos a quienes se confía la administración de la sociedad usualmente llamado directorio, ya que ellos sabrán manejar mejor los recursos y obtener un mayor provecho. Y, por otro, se tiene a los propietarios de los recursos administrados, llamados accionistas, quienes eligen al directorio y soportan los riesgos del negocio. Esta es la solución o estructura elegida por la legislación nacional para las sociedades anónimas: los accionistas son pasajeros de un barco comandado por un directorio por ellos electo.

Mas no toda decisión comienza y termina en el directorio, sino que hay ciertos asuntos que por su relevancia deben ser aprobados por la junta de accionistas. En esos casos, se construye una capa adicional de protección que garantiza que los accionistas como grupo tengan voz y voto en los cambios corporativos fundamentales. De esta manera, la ley se aparta de la regla general de la división funcional por la cual el directorio gira el timón de la empresa, para no dejar desamparados los derechos del cuerpo de accionistas. Incluso, en el derecho comparado hay autores que consideran, siguiendo el modelo germánico, que las decisiones que importen modificaciones estructurales deben ser tomadas por la junta general sin necesidad de que así lo determine expresamente el derecho positivo, aplicando la llamada "teoría de las competencias implícitas"[1].

Una de estas materias de particular importancia es la venta de una parte significativa del activo de la compañía, bajo el entendido de que esta aprobación necesaria protege al cuerpo de accionistas contra una decisión unilateral del directorio que podría vaciar de todo contenido a una corporación. Es, en tonces, una medida que busca:

> "evitar que la administración traspase o transfiera de hecho la negociación de la sociedad y/o la deje sin medios para cumplir con el objeto social"[2].

Se configura así una de las pocas funciones administrativas que la ley encomienda a la junta y no al directorio[3].

Así sucede en distintos ordenamientos jurídicos, como en Alemania, Estados Unidos –como en el relevante caso del Estado de Delaware–, el Reino Unido y España. Chile no es la excepción y tiene su propia norma, contenida en el numeral 4) del artículo 57 con relación al numeral 9) del inciso 2.° del artículo 67 de la Ley n.° 18046 sobre sociedades anónimas (en adelante LSA)[4].

---

[1] Fernández del Pozo (2015), p. 11.

[2] Puelma (1996), p. 663.

[3] Puga (2011), p. 552.

[4] Dice el artículo 57 de la LSA: "Son materias de junta extraordinaria: 4) La enajenación del activo de la sociedad en los términos que señala el N° 9) del artículo 67". A su vez, el inciso segundo del artículo 67 de la LSA dispone: "requerirán del voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, los acuerdos relativos a las siguientes materias: [...] 9) La enajenación de 50% o más de su activo, sea que incluya o no su pasivo, lo que se determinará conforme al balance del ejercicio anterior, y la formulación o modificación de cualquier plan de negocios que contemple la enajenación de activos por un monto que supere dicho porcentaje; la enajenación de 50% o más del activo de una filial, siempre que ésta represente al menos un 20% del activo de la sociedad, como cualquier enajenación de sus acciones que implique que la matriz pierda el carácter de controlador".

La disposición citada establece que para la enajenación del 50 % o más del activo social, se requiere la aprobación de la junta extraordinaria de accionistas (en adelante JEA), con el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto. Misma exigencia se instituye para la enajenación de 50 % o más del activo de una filial que represente al menos un 20 % del activo de la sociedad y para cualquier enajenación de acciones que implique que la matriz pierda su carácter de controlador.

No obstante, la ley no establece una sanción para el caso de incumplirse la norma antedicha. En términos simples, el presente trabajo intenta responder a las siguientes preguntas: ¿qué pasa si el directorio decide enajenar la mitad o más del activo social?, ¿será nula la operación?, ¿qué clase de nulidad?, ¿qué pasa si después la junta extraordinaria de accionistas aprueba la operación? El asunto presenta una particular dificultad, desde que la doctrina nacional existente sobre la materia es escasa y nadie, salvo un par de autores, se ha ocupado de abordar el problema de manera específica.

I. La sanción por falta de aprobación de la junta

1. *Algunas sanciones aplicables y sus consecuencias*

Frente a la ausencia de una sanción legal expresa por la infracción del numeral 4) del artículo 57 de la LSA, la doctrina debe ocuparse de definir los efectos de este incumplimiento, teniendo el asunto una especial dificultad práctica para quienes buscan proteger los derechos de terceros de buena fe y la agilidad del tráfico comercial. En general, se distinguen tres alternativas de sanción: la inoponibilidad, la nulidad relativa y la nulidad absoluta.

1.1 Inoponibilidad

Se considera que esta es la postura más fuerte de las contrarias a la de este trabajo y es de especial utilidad refutarla desde sus bases. Se entiende *inoponibilidad* como la sanción de "ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico"[5]. Constituye la "sanción civil de menor gravedad"[6] frente a la omisión de requisitos de forma o de fondo y es una figura independiente de la invalidez, instituida con la mira de proteger a determinados terceros de los efectos de un acto o contrato en que no han tenido intervención, que de otra forma sí se verían afectados. En el presente

[5] Según la definición de nombre Bastián, citado por Ducci (2010), p. 352.
[6] Figueroa (2012), p. 206.

caso, se trataría de una inoponibilidad por omisión de un requisito de fondo, en concreto, por la 'falta de concurrencia' –de acuerdo con la clasificación hecha por Ramón Meza Barros[7]–, asimilable al caso de la venta de una cosa ajena –la cual, por el artículo 1815 del *Código Civil*, es válida entre comprador y vendedor, pero inoponible al verdadero dueño– o al caso del mandatario que contrae obligaciones a nombre del mandante, pero fuera de los límite del mandato –acto que, por el artículo 2160 del *Código Civil*, es inoponible al mandante sin perjuicio del vínculo entre el mandatario y el tercero contratante–.

De ser esta la sanción, la inoponibilidad solo podrá ser alegada por quien se vea perjudicado por ese acto o contrato, es decir, la sociedad misma o sus accionistas, que no serían parte del acuerdo que se ha celebrado a sus espaldas. La consecuencia es que la operación seguirá siendo válida y vinculante para las "partes", pero producto de la omisión del requisito legal, sus efectos no serán oponibles ni a la sociedad ni a los accionistas. En junio de 2010, como se señala más adelante, la Corte Suprema se atuvo a este criterio.

Y lo cierto es que algo de verdad se esconde detrás de esta visión, pues la 'falta de concurrencia' no es otra cosa que la falta de consentimiento, aunque en una situación jurídica caracterizada por la *dualidad de personas*. Sin embargo, aquí se estima que la sanción en ningún caso podrá ser inoponibilidad, ya que se presentan los siguientes problemas:

a) Una contradicción jurídica

Defender la inoponibilidad implica adherir a la llamada "teoría del mandato", la que es rechazada por el ordenamiento jurídico actual, como se explica más adelante. Aquello se debe a que la imposición de esta sanción resulta de aplicar a la relación entre el directorio y la sociedad las normas del contrato mandato, especialmente el artículo 2160 del *Código Civil*. Así, cuando el directorio aprueba una materia que se encuentra reservada a la junta de accionistas, actúa fuera del ámbito de su competencia, extralimitándose de las facultades que se le han concedido. Por ende, se configura un caso de falta de representación, el cual, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, debe ser sancionado con inoponibilidad. Lo postulado en este caso para las sociedades anónimas sería, entonces, semejante a lo que acontece en las sociedades civiles de acuerdo con los artículos 2079 y 2094 del *Código Civil*, por los cuales, si el socio administrador actúa en nombre de la sociedad, pero sin poder suficiente, no compromete a la misma y se obliga de manera personal.

A diferencia de las sociedades civiles, entre la sociedad anónima y el directorio no hay una relación como la que existe entre mandante y mandata-

[7] Meza (2010), pp. 25-27.

rio, sino que una analogable a la que existe entre un cuerpo y sus órganos. Esto es lo que señala la llamada "teoría del órgano", a la que adhiere la ley de sociedades anónimas, y que será explicada y defendida más adelante. En consecuencia, no hay una *dualidad de personas*, sino que un solo cuerpo, por lo que no hay cabida para la inoponibilidad como sanción.

En efecto, la inoponibilidad trae como consecuencia que el acto afecta solo a las "partes" del acto jurídico; es decir, "plenamente eficaz entre las partes, no empecerá a terceros, como si no se hubiera celebrado"[8]. Sin embargo, en el presente caso lo anterior-llevaría a una contradicción, pues, por un lado, se dice que el contrato es válido y compromete a la sociedad al ser *parte* del mismo; pero, por otro, que el contrato no será oponible a la sociedad en cuanto *tercero* ajeno al mismo. Esta contradicción, que no se da en el caso de un contrato de mandato o en la venta de una cosa ajena, se produce porque no es posible obligar personalmente al directorio, dado que este no es "parte" del acto o contrato. Es la persona jurídica la que contrata de manera directa a través de uno de sus órganos y, por lo mismo, tiene la calidad de parte, siendo imposible categorizarla al mismo tiempo como un tercero extraño.

b) Una dificultad práctica

Para quienes aceptan la inoponibilidad como sanción, quien debe responder de las obligaciones contraídas en virtud del contrato por el cual se enajena el 50 % o más del activo social, es el directorio o, incluso, solo los directores que no se hayan opuesto a la operación. Aquello significa que el tercero adquiriente, que no accionará contra la sociedad por el incumplimiento del contrato, toda vez que esta le opondrá como excepción que el mismo le es inoponible, deberá dirigirse contra el directorio para conseguir el cumplimiento forzado del acuerdo, pretensión que, no obstante, se verá ineludiblemente frustrada, ya que el directorio jamás podrá hacerle entrega al tercero de los bienes sociales.

Ante tal situación, solo queda al tercero demandar de los directores la resolución del contrato junto con la indemnización de los perjuicios que correspondan. Entonces, la inoponibilidad significa, en la práctica:

i) crear la ilusión de que los derechos del tercero adquiriente se encuentran protegidos cuando en realidad no es así, ya que nunca verá satisfecho su interés bajo el contrato y
ii) eventualmente, hacer responsables a los directores del cumplimiento por equivalencia.

Esto último generaría para el tercero adquiriente una probable situación perjudicial, porque de seguro los directores no tendrán los recursos requeridos

[8] Meza (2010), p. 24.

para satisfacer su pretensión, quedando la condena como una bonita sentencia y, para el directorio, crearía un grave riesgo de ver comprometida su responsabilidad personal a niveles estratosféricos, lo que constituirá una gota más en el mar de desincentivos que en último tiempo han ido surgiendo para el ejercicio de la profesión de la administración de patrimonios de terceros, lo que se agrava si se considera que es posible que la omisión se de a causa de un error involuntario.

1.2 Nulidad relativa

Se puede explorar también la posibilidad de sancionar con nulidad relativa, argumentando que falta un requisito para la validez del acto o contrato y teniendo presente la causal genérica de la nulidad relativa: "cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato" (inciso tercero del artículo 1682 del *Código Civil*). Así, el acto sería relativamente nulo en cuanto ello constituye la regla general en el derecho nacional:

> "porque todo requisito exigido para la validez de un acto o contrato que no produzca nulidad absoluta, por no estar señalado entre las causales que taxativamente mencionan los dos primeros incisos del artículo 1682, produce la nulidad relativa"[9].

También podría creerse que la aprobación de la junta es una suerte de "autorización" requerida por ley; es decir, una formalidad habilitante, cuya omisión produce la nulidad relativa del acto. Bajo este último postulado, se mira a la sociedad como un incapaz relativo que ha actuado incumpliendo los requisitos que el legislador ha dispuesto para la protección de su patrimonio.

De ser esta la sanción, la nulidad podrá alegarse solo por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o sus herederos o sus cesionarios (inciso primero del artículo 1684 del *Código Civil*), es decir, por "la víctima del acto o contrato", pues "es ella sola quien ha sido colocada bajo la cubierta de la protección, y es ella sola que se podrá beneficiar con la anulación"[10]. Estos serían la sociedad y los accionistas. Además, es indudable que el acto podría ser ratificado.

Empero, la sanción no puede ser esta. Se adhiere a Juan Esteban Puga cuando dice:

> "se ha dicho que esta junta constituye una formalidad habilitante para los órganos de administración de la sociedad. A nosotros nos parece que no es así, nos parece que se trata de actos de gestión dispositivos

[9] Alessandri (2010), pp. 401-415.

[10] Según Georges Lutzesco, citado por Alessandri (2010), p. 184.

> que son competencia de la junta y no del directorio, de esos actos de administración propios de la junta que sugiere el art. 40 LSA al referirse a la órbita de competencia del directorio. Por eso es que la omisión de esta junta no es equivalente a la omisión de una formalidad habilitante, comúnmente sancionada con la nulidad relativa del acto, sino una formalidad para formar el consentimiento de la sociedad anónima, cuya omisión acarrea la inexistencia o la nulidad del acto"[11].

Algo similar ha dicho parte de la doctrina española, al entender que la letra f) del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital –equivalente a la norma en comento– "contiene una regla imperativa de competencia", pues quita esta facultad al directorio para radicarla exclusivamente en la junta, de manera que

> "la formación de la voluntad de la sociedad corresponde exclusivamente a la junta general y sin acuerdo de ésta no cabe entender que ha prestado su consentimiento"[12].

Por tanto, se cree que no se trata de una formalidad habilitante y el acuerdo de la junta no constituye una mera autorización, sino que el artículo citado es una norma atributiva de competencia.

1.3 Nulidad absoluta

Esta es la postura que se defiende en el presente artículo, por ser la única opción doctrinal y legalmente coherente. En síntesis, se postula que la omisión de la aprobación de la junta extraordinaria de accionistas es un supuesto en que la sociedad no ha prestado su consentimiento a la operación de la manera en que lo exige la ley.

1.4 Otra postura: no ha de afectarse la validez de la operación

Andrés Cuneo cree que el asunto debe ser resuelto dentro de la red de derechos subjetivos de la sociedad. Postula que la sanción no puede ser ni la nulidad ni la inoponibilidad por razones de sentido común, dado que se estaría obligando al tercero adquiriente a:

> "exigir siempre el acuerdo de junta porque no tiene nunca seguridad absoluta de si el activo que está adquiriendo representa o no el 50% o más de los activos sociales. Éste no puede ser el efecto querido por

[11] Puga (2011), pp. 567-568.
[12] García-Villarrubia (2017).

> el legislador, pues traba severamente el gobierno corporativo y la circulación de los bienes".

Así, esta sería una norma que regula un asunto interno de la sociedad, para proteger a los accionistas minoritarios, impidiendo que los mayoritarios puedan disponer de la mayor parte del patrimonio en perjuicio suyo. La naturaleza interna de la norma se reflejaría, según Andrés Cuneo, en el hecho de que la ley exige autorización de la junta no solo para la enajenación misma, sino que, también, para la formulación de un plan de negocios que la contemple, acuerdo que, a lo menos inicialmente, solo produce efectos intrasocietarios[13].

La propuesta de Andrés Cuneo es un buen esfuerzo para satisfacer la necesidad práctica de proteger los derechos de terceros de buena fe y la agilidad del tráfico comercial. Sin embargo, adherir a ella implica afirmar que la norma, en realidad, carece de todo valor más allá que para justificar una reclamación de reparación de perjuicios. Y lo cierto es que la indemnización de los daños procederá siempre que estos se prueben por quien los alega, lo cual también ocurrirá si la operación es declarada nula. La única utilidad de la norma, entonces, sería para establecer una hipótesis de culpa infraccional, puesto que se trata de una vulneración tipificada al deber de lealtad por parte del director, invirtiéndose la carga de la prueba en materia de culpabilidad a favor del demandante (*i.e.* el director deberá probar su diligencia).

Vale mencionar, además, que este autor yerra al catalogar la norma en comento como de aquellas que regulan asuntos internos de la sociedad, pues, por el contrario, es de aquellas que regulan la forma en que la sociedad interactúa de manera lícita con terceros, sin perjuicio de que su cumplimiento deba verificarse a escala intrasocietaria. Se vuelve sobre este punto más adelante.

2. Jurisprudencia administrativa

La Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero, se pronunció sobre el asunto en el año 2015[14], en respuesta a una serie de consultas sobre la correcta interpretación del numeral 9) del artículo 67 de la LSA. Señaló que la aprobación de la junta de accionistas para la realización de una enajenación de más del 50 % del activo de una sociedad puede ser considerada como un requisito de existencia del acto. Así: "en caso de omitirse la aprobación de la junta de una enajenación en los términos señalados en el N° 9) del artículo en comento", la sanción "debiera ser la nulidad ab-

[13] Cuneo (2009), pp. 227-235.

[14] Se refiere al oficio ordinario número 4615 del 6 de marzo del año 2015 de la Superintendencia de Valores y Seguros, actual Comisión para el Mercado Financiero.

soluta". Lo anterior puesto que, ante la falta de pronunciamiento de la junta al respecto, "podría entenderse que no habría habido una manifestación de voluntad de la sociedad anónima". Asimismo, la Superintendencia señaló que tal omisión no puede ser saneada por ratificación de las partes. Además, se estimó que la infracción puede también ser objeto de sanciones administrativas por parte de la Superintendencia.

3. Jurisprudencia de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones

La jurisprudencia en la materia es escasa y contradictoria. Se encontraron dos casos en que los tribunales chilenos se han pronunciado sobre el fondo del asunto.

En una primera oportunidad, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de fecha 18 de junio de 1997[15], confirmó el fallo de primera instancia del Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, por el cual se resolvió que la omisión del requisito de forma establecido en el numeral 9) del artículo 67 de la LSA debe ser sancionado con nulidad absoluta. Se argumentó que el legislador ha regulado la forma en que se otorga el consentimiento en una operación de esta especie, siendo una solemnidad que está establecida en consideración a la naturaleza del acto propiamente tal. Se resolvió, además, que la operación no puede ser ratificada *a posteriori* por la JEA.

Resulta interesante un voto disidente que se aparta de la mayoría doctrinal para decir que sí procede tal ratificación, que señala:

> "la solución parece justa y de toda lógica, ya que cuando la ley o el estatuto requieren que un acto cuente con la autorización de la Junta Extraordinaria de Accionistas, es para proteger los intereses de éstos, por lo que si ellos, unánimemente, ratifican el acto, no habría razón para negarle eficacia jurídica"

Con todo, vale aclarar que el voto disidente adhiere a la teoría de la inoponibilidad.

No obstante, la Corte Suprema y por sentencia del 23 de marzo de 1999, acogió recuso de casación por estimarse que el aporte del inmueble efectuado por la sociedad no significó una enajenación de la totalidad del activo; umbral en vigencia en ese entonces, hoy modificado por "el 50 % o más"[16].

Otra sentencia más reciente es la dictada por la Corte Suprema el 16 de junio de 2010. En esta oportunidad se señaló:

[15] Corte de Apelaciones de Santiago (1997).

[16] Corte Suprema (1999), p. 40.

> "se advierte de manera indefectible que se está frente a una norma imperativa y, en particular, de aquéllas que tienden a dar protección a los terceros, razón por la cual la sanción, en el caso de incumplirse con el presupuesto exigible [...] es la inoponibilidad, es decir, el acto no se puede hacer valer frente a los terceros que se pretende proteger con la norma"[17].

A modo adicional, la Corte de Apelaciones de Santiago, el 5 de diciembre de 2014[18], se pronunció sobre una demanda de nulidad absoluta del acto de enajenación de más del 50 % del activo de una sociedad realizado sin previa autorización de la JEA. Desafortunadamente, la Corte en esta oportunidad no se pronunció sobre el fondo del asunto, pues rechazó la demanda por falta de legitimación activa, ya que los demandantes eran accionistas y directores de la compañía y debieron haber conocido el vicio que invalidaba la operación. La Corte Suprema y por sentencia del 27 de enero de 2015, confirmó el fallo[19].

II. La nulidad absoluta como sanción

1. Por qué nulidad absoluta

La sanción por el incumplimiento del numeral 4) del artículo 57 de la LSA no es otra que la de nulidad absoluta por faltar el consentimiento de la sociedad. Aquello en virtud de que el derecho positivo entiende el acuerdo de la JEA, y no del directorio, como la única manera en que la sociedad puede prestar su consentimiento para la celebración de actos de enajenación de activos que superan un determinado umbral, correspondiente hoy al 50 % o más del activo social. Aquí se defiende esta postura haciendo caso omiso a la discusión doctrinal entre quienes estiman que la sanción por falta de consentimiento es la de nulidad absoluta y quienes creen que es la de inexistencia.

Las siguientes son razones que justifican que la sanción debe ser la nulidad absoluta:

1.1 La naturaleza de la relación entre el directorio y la sociedad

Como se adelantó al refutar las bases de la tesis de la inoponibilidad, en el país y también en el ámbito comparado hay dos principales teorías sobre la naturaleza de la relación que existe entre la sociedad anónima y su directorio.

[17] Corte Suprema (2010).
[18] Corte de Apelaciones de Santiago (2014).
[19] Corte Suprema (2015).

Por un lado, se tiene a autores como Gonzalo Baeza[20] o Hernán Corral[21], quienes estiman que entre la sociedad anónima y sus directores existe una relación contractual, pues el vínculo no es, en realidad, de génesis legal, sino que nace de un acuerdo de voluntades que se forma con el nombramiento que efectúa la junta y la subsecuente aceptación del cargo por el director. Se trataría de un contrato innominado, asimilable a un mandato, o a un contrato de prestación de servicios, o a un contrato de trabajo, que produce obligaciones recíprocas. Como señala Alberto Lyon, esta postura, llamada la teoría del mandato o teoría de la representación, proveniente del modelo anglosajón, asimila la persona jurídica a un incapaz que no puede actuar por sí mismo y que requiere de una persona con capacidad de ejercicio que la represente; siendo la fuente de esta representación un contrato entre la sociedad y su representante[22]. El efecto fundamental de esta teoría será que se considera a los directores meros mandatarios, prestadores de servicios o trabajadores, según se prefiera, y

> "se reconoce la responsabilidad contractual de la compañía por actos de sus administradores en la medida que ellos se ajusten al giro u objeto social"[23].

Por otro lado, autores como Enrique Alcalde y Enrique Barros[24], defienden la llamada teoría del órgano, originada en el derecho germánico y seguida por la legislación. Esta parece constituir la posición mayoritaria en el país y la única visión coherente con la actual normativa. La antigua ley sobre sociedades anónimas entendía a los directores como meros mandatarios, pero, como el mensaje de la ley actual señala expresamente, uno de los propósitos de la reforma fue perfeccionar la definición de sociedad anónima "realzándose el que su administración compete al directorio, como órgano de gestión y no a simples mandatarios de los accionistas"; propósito que se logra radicando la administración en un directorio mediante normas de orden público[25]. En este sentido, el artículo 1.º de la LSA dispone:

> "la sociedad anónima es una persona jurídica [...] administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables".

En efecto, los poderes y deberes del directorio son 'originarios' y provienen de la necesidad de ejecutar el contrato social, por ser el órgano insti-

[20] Baeza (2003), p. 1205.
[21] Corral (2003), p. 285 y ss.
[22] Lyon (2006), p. 171.
[23] Alcalde (2013), p. 31.
[24] Barros (2006), p. 825.
[25] Puelma (1996), pp. 505-506.

tuido para tal fin. Así, el acto por el cual la junta designa a un director es de naturaleza unilateral e interna –es un acto organizacional– y no parte de un concurso de voluntades. El origen y contenido de la relación a la que se da inicio con este acto de designación y la subsecuente aceptación, es legal. En consecuencia, se concibe que la sociedad anónima es una persona plenamente capaz, que actúa a través de sus órganos, de manera que los actos efectuados por estos –actos orgánicos– se consideran verdaderos actos de la persona jurídica, realizados sin intermediación alguna. El efecto práctico más importante de esta teoría será que la sociedad se entenderá vinculada por la actuación de sus órganos frente a terceros, sea que actúen dentro o fuera del giro social, configurándose una verdadera responsabilidad personal de la sociedad, la cual existe sin perjuicio de la eventual responsabilidad personal de los directores[26].

Así las cosas, la sociedad tiene dos órganos fundamentales, el directorio y la junta de accionistas. En efecto, según enseña Juan Esteban Puga:

> "la junta de accionistas es un órgano de funcionamiento ocasional que debe aprobar determinados asuntos que la ley o los estatutos entregan a su voluntad";

en consecuencia:

> "los acuerdos de la junta no son una manifestación de la voluntad de los accionistas –que bien pueden disentir de ellos–, sino una manifestación de un órgano social, una manifestación de la voluntad de la sociedad"[27].

La ley lo dispone así con la finalidad de resguardar, en estos casos de particular importancia, los derechos patrimoniales y políticos de los accionistas como grupo. Así, cuando la ley ha requerido para la enajenación del 50 % o más del activo social la aprobación de la junta extraordinaria de accionistas, ha definido la manera en que la sociedad debe prestar su consentimiento para la operación, y si no se hace de esta forma, la sociedad, en realidad, nunca habrá dado su anuencia. Vale resaltar que, como señala Juan Esteban Puga:

> "la junta en este caso no obra como mera formalidad habilitante para el directorio, sino como el órgano social que debe celebrar o ejecutar estos actos"[28].

[26] Alcalde (2013), pp. 31-45.
[27] Puga (2011), p. 549.
[28] *Ibid*.

1.2 La ley no ha querido dejar impune la validez de la operación

Como bien señala Arturo Alessandri Rodríguez, para el caso de los requisitos que debe cumplir el directorio de una sociedad anónima en las operaciones con partes relacionadas, de acuerdo con los artículos 44 y 146 y ss. de la LSA, la ley ha debido explicitar que la infracción a los mismos "no afectará la validez de la operación". Esto no ha ocurrido en la disposición que aquí se analiza[29]. La omisión no es azarosa y evidencia que la intención del legislador ha sido, justamente, afectar la validez de la operación.

1.3 ¿El orden público económico?

Algunos han argumentado que la norma en comento es de *orden público* y que por ello la sanción debe ser la de nulidad absoluta. Parece adherir a este razonamiento la ya comentada sentencia de la Corte Suprema del año 1999, que señala en su considerando undécimo:

> "el legislador ha buscado fijar en efecto normas mínimas para el adecuado funcionamiento de las sociedades anónimas como agentes económicos en el mercado"[30].

Sin embargo, lo cierto es que en operaciones de esta clase no existe un interés púbico comprometido de suficiente entidad, sino que es en esencia una vulneración de derechos individuales. La infracción en sí no estremece las bases del adecuado y mínimo funcionamiento del mercado o de la sociedad. Se está todavía en el juego de los derechos subjetivos.

Como se explica más adelante, esta es una de las razones que abren la puerta a la posibilidad de ratificar la operación por la junta extraordinaria de accionistas.

2. Consecuencias

A continuación, se enuncian y comentan brevemente algunas de las consecuencias más relevantes de que la sanción a la infracción al artículo 57 de la ley sobre sociedades anónimas-sea la de nulidad absoluta.

2.1 En la situación del tercero adquiriente

Esta es la consecuencia más perjudicial de aquellas sanciones que afectan al acto en sí, ya que al sostenerse que la operación es ineficaz, se deja al tercero adquiriente en una situación de alta vulnerabilidad. Esto porque se encontrará

[29] Alessandri (2010), p. 415.
[30] Corte Suprema (1999), i, p. 40

siempre expuesto a la invalidación de lo acordado en contratos por montos relevantes con sociedades anónimas. Para reducir el riesgo, los agentes del comercio destinarán tiempo y recursos a conocer el patrimonio de la compañía, para así determinar qué porcentaje representan los bienes transferidos en el mismo, exponiéndose, además, a la posibilidad de que los criterios empleados en la valorización de los bienes no sean considerados correctos por el tribunal. Además, también es cierto que producto de la invalidación, el tercero adquiriente se ve perjudicado por una situación que, debido a la natural asimetría de información entre las partes, puede ser imposible de prever. Todo ello aumenta los costos de transacción y entorpece la libre circulación de los bienes, además de trabar el gobierno corporativo.

Estos efectos nocivos no solo se derivan de la nulidad absoluta, sino que, también, existirán en caso de nulidad relativa e inoponibilidad.

Por todo lo anterior, es menester una modificación legal destinada a la protección de los derechos de terceros de buena fe, que morigere los efectos de la nulidad una vez que ha sido judicialmente declarada. Por ejemplo, una norma con este propósito ha sido establecida para el caso de declararse nulo el contrato social. Según dispone el artículo 2058 del *Código Civil*:

> "la nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho".

Como señala Arturo Alessandri, esta disposición tiene por objetivo solucionar el conflicto entre el interés general en que se declare nulo el contrato y los intereses individuales de quienes han contratado con la sociedad de hecho[31]. Una disposición similar podría crearse para el presente caso.

2.2 La imposibilidad de sanear el vicio por la voluntad de las partes

Una de las principales consecuencias de esta postura es la imposibilidad de sanear el vicio derivado de la falta de acuerdo de la JEA vía ratificación. La nulidad absoluta es, pues, insanable, y no se extingue salvo por el transcurso del tiempo –*i.e.* pasados diez años tras la fecha de la celebración del acto o contrato viciado. Concordó con este razonamiento la Superintendencia de Valores y Seguros, actual Comisión para el Mercado Financiero, que estimó:

> "dicha situación (la de falta de acuerdo de la JEA) no podría ser sometida posteriormente a la ratificación o validación posterior de una junta de accionistas".

[31] Alessandri (2010), p. 103.

Si bien aquí no se niega que esto sea correcto para los casos habituales de nulidad absoluta, se considera que en el particular se configura una excepción a la regla general y la operación puede ser ratificada por la junta extraordinaria de accionistas, porque

i) se está en plano de los derechos subjetivos,
ii) se trata del especial mundo de las sociedades y
iii) así lo exige la protección del *orden público económico*.

III. Posterior aprobación de la operación por la junta

1. El fundamento de la norma

En Alemania, a partir del caso Hozlmüller del año 1982, se ha desarrollado la doctrina jurisprudencial de las 'competencias implícitas' en materia de sociedades anónimas, según la cual el directorio debe pedir la intervención de la junta en aquellas decisiones que afectan de forma sustancial los derechos patrimoniales o políticos de los accionistas.

En el caso antedicho, el órgano de administración de la sociedad maderera alemana J.F. Müller & Sohn AG, decidió segregar todo el negocio portuario y transferirlo a una filial constituida al efecto, operación llamada "filialización". Esta fue llevada a cabo sin autorización de la junta general, a raíz de lo cual un socio minoritario alegó la nulidad de la operación ante el *Bundesgerichtshof* o Tribunal Supremo Alemán. El Tribunal, pese a determinar que la operación no infringió una disposición legal, hace referencia a la existencia de "competencias implícitas" de la junta general, la cual, por el simple hecho de ser el órgano superior, goza de ciertas atribuciones que no se señalan expresamente en la ley. Se estimó que la operación que se llevó a cabo implicaba una segregación sustancial de la actividad principal de la sociedad, con efectos similares a una modificación estructural, y que, en consecuencia, afecta los derechos patrimoniales y políticos de los accionistas. Por tanto, la operación requería de la aprobación de estos[32].

El caso alemán es bueno para entender la razón de ser de la norma chilena. El numeral 4) del artículo 57 de la LSA forma parte de un grupo reglas que, en definitiva, explicitan cuáles asuntos son considerados por el legislador como esenciales, cuantitativa o cualitativamente, para la sociedad; "esencialidad" que se predica no solo respecto del activo social, sino que, también, respec-

[32] Fernández del Pozo (2015), pp. 11-12.

to de la operación misma, como sucedió en el caso Hozlmüller y como se recoge en los demás números del artículo 67. Y serán esenciales en cuanto afecten la posición patrimonial o política de los accionistas de manera significativa.

Diversas legislaciones comparten el mismo espíritu. En el Estado de Delaware, la célebre Delaware General Corporation Law, bajo la letra (a) del §271, requiere la autorización de la mayoría de las acciones con derecho a voto para que el directorio pueda acordar la enajenación de una parte substancial ("all or substantially all") de los activos de la compañía[33]. También en Estados Unidos existe una referencia a la materia en la Model Business Corporations Act[34], que bajo el §12.02 requiere la aprobación de los accionistas para la disposición de activos por parte de una corporación que deje a la misma sin una "actividad comercial significativa". En el Reino Unido, el capítulo 10 de las FCA listing rules[35], requiere la aprobación de los accionistas para la realización de determinadas "operaciones significativas". En España, la letra f) del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, dispone que es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos "esenciales", presumiéndose esenciales cuando el importe de la operación supere el 25 % del activo social[36]; con todo, la ley española tiene una norma especial, de la misma naturaleza, para las sociedades cotizadas, contenida en el artículo 511 bis del mismo cuerpo legal.

En síntesis, la chilena está lejos de ser una norma original, y su fundamento es la protección de los derechos patrimoniales y políticos de los accionistas como grupo, nada más. Esto, como se verá, es un elemento determinante a la hora de admitir la posibilidad de superar el vicio mediante la confirmación de la operación por parte de la junta de accionistas, es decir, ratificándose por el colectivo cuyos derechos intentan ser protegidos.

---

[33] Welch, Saunders, Land, Voss, Turezyn (2019), pp. 10-49.

[34] La Model Business Corporations Act es una ley modelo elaborada por el Comité de Derecho de Sociedades de la Sección de Derecho Mercantil de la American Bar Association, que ha influido de manera importante en la creación de normas de derecho de sociedades en Estados Unidos.

[35] Las Listing Rules son un conjunto de normas aplicables a toda corporación inscrita en una bolsa de valores del Reino Unido, sujeta a la supervisión de la Financial Conduct Authority (FCA). Su Chapter 10, tiene por objetivo cubrir las operaciones que están fuera del curso ordinario de las actividades de una empresa que cotiza en bolsa y que pueden modificar la participación económica de los tenedores de valores en los activos o pasivos de la empresa.

[36] La Ley de Sociedades de Capital en su artículo 160 dispone: "Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado".

2. La posibilidad de sanear el vicio por la voluntad de las partes

Como se dijo, los civilistas proclaman en términos absolutos e inflexibles la sagrada norma de que los actos nulos de nulidad absoluta son insanables por la voluntad de las partes, en atención a lo dispuesto en el artículo 1683 del *Código Civil*.

Aquí se estima que el razonamiento debe ser distinto para ciertos casos de invalidez por falta de consentimiento en el derecho de sociedades, donde se está ante una nulidad absoluta 'especial', por decirlo así. Se trata de una situación en que el contrato no pudo perfeccionarse en un primer momento a causa de que una de las partes, que no es una persona cualquiera, sino que una sociedad, no ha otorgado su consentimiento en la manera en que la ley lo exige. Pero ha ocurrido en un segundo momento que las partes, percatándose de la omisión, han querido superar el vicio y salvar el contrato confirmándolo, esta vez, otorgando su consentimiento en la forma requerida por la ley.

En estos casos, según aquí se defiende, sí se admite ratificación posterior de una operación absolutamente nula, en la medida que no exista ningún interés comprometido salvo el individual del grupo de accionistas de la compañía que no prestó su consentimiento en una primera instancia. En consecuencia, "el defecto consistente en la falta de consentimiento desaparece otorgándolo en cualquier tiempo"[37]. Lo dicho no debe extenderse a cualquiera falta de consentimiento u omisión de solemnidades, pues muchas otras formalidades exigidas por ley obedecen a razones de *orden público*.

3. Las razones

3.1 Ausencia de un interés público comprometido

La "ratificación" no es otra cosa que sanear la nulidad "mediante la renuncia de la acción respectiva"[38]. Y la imposibilidad de renunciar a la acción de nulidad absoluta obedece a que esta clase de nulidad nace de la omisión de requisitos de *orden público*. Así, como bien dice Pablo Rodríguez Grez: "la nulidad está estrechamente ligada al concepto de *orden público*".

En general, en el derecho civil:

> "las instituciones se clasifican en dos grandes grupos: aquellas de *orden público* y aquellas de *interés privado*, atendiendo a si su reglamen-

[37] Según Rodríguez Salazar, citado por Alessandri (2010), p. 374.
[38] Alessandri (2010), p. 262.

> tación compromete los intereses generales de la comunidad o sólo el de las personas o sujetos de derecho"[39].

Por tanto, al analizar una norma jurídica, hay que preguntarse, ¿se basa en el orden superior de la sociedad o se ha establecido para la conveniencia de los particulares? No obstante, lo cierto es que el de *orden público* es un concepto más bien vago por su generalidad. Como señalaba Arturo Alessandri citando a Frédéric Mourlon, "estas cosas se sienten mejor que se definen". Y es que se trata, en realidad, de un concepto abierto, que se puede entender como:

> "el conjunto de normas y principios jurídicos que se inspiran en el supremo interés de la colectividad y que son esenciales para asegurar el correcto funcionamiento de esta en un determinado momento histórico, por lo que no pueden derogarse por los particulares"[40].

Recibe el nombre de *orden público económico* cuando se refiere específicamente al "conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país"[41].

Y debido a su indeterminación, *orden público* corre el riesgo de convertirse en bolsillo de payaso: en él cabe de todo y para todos. Justificándonos en el interés general y en el orden social, se pueden sacar a flote las más remotas teorías sin mayor esfuerzo. Se corre el riesgo de crear máximas incuestionables que se construyen sobre arena, sobre algo que ningún jurista puede definir. Algo así sucede con la imposibilidad de sanear la nulidad absoluta por la voluntad de las partes. Aquí se sugiere que esta prerrogativa no es terminal y, para ser rigurosos, se debe analizar cada caso de nulidad absoluta en particular para ver si es cierto que la renuncia a la acción de nulidad afectaría el *orden público* –sin perjuicio que la regla general será siempre la imposibilidad de ratificar y que solo una situación excepcional, como la presente, justifica lo contrario–.

Resulta que, dentro del derecho societario, en los casos o, a lo menos en algunos casos, de nulidad por falta de consentimiento, no existe tal interés público, sino que la sanción garantiza principalmente intereses particulares, porque la norma se establece para la protección del patrimonio de quien no presta su anuencia. En efecto, la nulidad absoluta puede ser solicitada por todo aquel que tenga un interés actual y de contenido patrimonial en ella, y la norma en comento ha sido establecida para la protección del interés de los accionistas como grupo, solamente. De manera que resulta de entera lógica que los accionistas puedan renunciar a alegarla actuando de forma colectiva.

---

[39] Rodríguez (2012), p. 234.

[40] Alessandri, Somarriva, Vodanovic (1998), p. 211.

[41] Cea (1998), p. 158.

Podría argumentarse en contra de esta postura, señalando que también se encuentran en juego los intereses de los acreedores de la compañía que sufre una descapitalización producto de la operación. Sin embargo, como se explicó, el verdadero objetivo del artículo 67 de la LSA es la protección de los derechos del cuerpo de accionistas; no se trata de un precepto concebido para el resguardo de los créditos de los acreedores de la sociedad. Para ellos, existe la acción pauliana civil o las paulianas concursales, así como también la acción subrogatoria u oblicua, que, junto con otros derechos accesorios, conforman el mecanismo establecido por el ordenamiento jurídico para la protección del derecho general de prenda de los acreedores frente a actos fraudulentos de sus deudores. Poco interesa al acreedor si la fuga de los bienes del deudor es aprobada por el directorio o por los accionistas.

Podría también alguien decir que se trata de una norma para la protección de los accionistas minoritarios y que, en consecuencia, establece un derecho irrenunciable de *orden público*. Sin embargo, este es un error común en que incurren los autores y la jurisprudencia al tratar la materia, pues la norma en estudio es, en realidad, para la protección de todos los accionistas mirados colectivamente y no de algunos por su situación de vulnerabilidad frente a los demás. Es decir, no es una regla que busque compensar el natural desequilibrio de poderes entre los mayoritarios y los minoritarios, o que se haya creado para cautelar los derechos de los accionistas más vulnerables, sino que su razón de ser es otra: la protección del interés de todos y cada uno de los accionistas de una sociedad anónima como cuerpo u órgano, incluyendo a los mayoritarios, en la conservación del patrimonio social constituido en esencia por sus aportes, frente a decisiones unilaterales del directorio que impliquen un cambio fundamental en la compañía. Es cierto que los mayoritarios eligen a la mayor parte de los miembros del directorio y es de entender que los administradores seleccionados por estos serán reacios a operar en contra de sus intereses, mas es posible concebir un escenario en que también ellos se vean perjudicados por haberse llevado a cabo una operación de esta naturaleza sin su aprobación, sobre todo en sociedades en que la propiedad accionaria se encuentra altamente diluida.

Podría, por último, adherirse a la doctrina tradicional y establecerse para el caso particular de la nulidad absoluta por falta de consentimiento, que el acto posterior por el que se confirma el acto inválido anterior, no sería jurídicamente hablando una ratificación en los términos del título XX del libro IV del *Código Civil*, sino que:

> "se trata de la celebración de un acto totalmente nuevo e independiente de aquel otro que es nulo por faltarle el consentimiento de uno de los otorgantes"[42].

[42] Alessandri (2010), p. 392.

No obstante, siempre es cierto que existirá un acto anterior que es nulo y otro acto posterior y distinto que celebran las partes con el propósito de confirmar el primero, superando con ello sus vicios y dándole nueva vida. La única verdadera razón para declarar que el acto posterior debe reputarse nuevo e independiente del anterior es que el vicio en cuestión no es subsanable por la voluntad de las partes por razones de *orden público*, las cuales no se presentan en el particular. Así y todo, es válido defender que en general no es posible infundir vida a algo que nació muerto, porque la ratificación no es una herramienta por la que se pueda dotar al acto jurídico de un elemento esencial del que carecía; sin embargo, esta prerrogativa debe alterarse en el especial mundo de las sociedades, como se expone en el punto siguiente.

Ahora, se puede decir, incluso, que la misma doctrina tradicional reconoce, para la generalidad de los casos de ausencia de consentimiento, que no hay nadie con interés en reclamar la nulidad salvo por aquel que no prestó su consentimiento. Lo anterior, se deduce también de lo dicho por Arturo Alessandri, quien señala que si la persona que omitió su consentimiento en un principio:

> "manifestó su voluntad posteriormente, nadie tendrá interés en solicitar la nulidad, la que, por otra parte, no tendría fundamento, puesto que [...] si la persona prestó su consentimiento y celebró nueva y válidamente el acto jurídico, es de suponer que no tuvo la intención de solicitar la declaración de nulidad del acto anterior, al cual le falta su consentimiento, porque de otro modo hubiera intentado la acción respectiva".

Así, para la doctrina tradicional que se tiene por representada en estas palabras, si el contratante que no prestó su consentimiento renuncia a alegar la nulidad absoluta, ya no quedará nadie más interesado en hacerlo.

Forzoso es concluir que, por no existir un *orden público* comprometido, la operación puede ser ratificada por las partes. No queda otra alternativa más que admitir una excepción a la regla general del artículo 1683 del *Código Civil*, pues ha desaparecido su único real fundamento.

3.2 Efectos especiales de la nulidad en el derecho societario

Citando a Arturo Alessandri:

> "el contrato de sociedad difiere fundamentalmente de cualquier otro contrato civil o comercial, debido a su naturaleza *sui generis* y a los efectos muy particulares que él produce"[43].

[43] Alessandri (2010), p. 374.

Se caracteriza fundamentalmente por dar origen a una persona jurídica distinta de los socios considerados de modo individual, la cual tendrá sus propios atributos personales, como nombre, domicilio, voluntad y patrimonio. Producto de ello, la sociedad podrá actuar por sí sola en el tráfico jurídico, ejecutando la más diversa clase de actos y celebrando contratos con terceros.

En toda sociedad anónima se dan dos clases de relaciones: las internas y las externas. Las primeras se constituyen por las relaciones de los accionistas entre sí y, en la mayor parte de los casos, su regulación tiene por objetivo la protección de los accionistas minoritarios. Las externas, en cambio, se constituyen:

> "por las relaciones de la sociedad con terceros extraños a ella, con quienes celebra toda suerte de convenciones y contratos, y que la convierten en acreedora o deudora de esos terceros, según el caso"[44],

y su regulación persigue balancear el principio de la eficiencia de la administración con la protección de los derechos de los accionistas. Al contrario de lo que podría pensarse, se sugiere que la norma en estudio no tiene por objetivo regular las relaciones internas, sino que es de aquellas que definen la manera en que la sociedad anónima debe desenvolverse en el tráfico jurídico para contratar con terceros en determinadas materias, estableciendo qué actos orgánicos –o actos de gestión– son necesarios para que ello sea posible. En el sistema nacional, dicho acto orgánico será por defecto el acuerdo del directorio, y solo de manera excepcional se requerirá el acuerdo de la junta. Lo relevante es que el acatamiento de esta clase de normas, que son propias del derecho societario y que predefinen la forma en que la persona jurídica interactúa lícitamente con otros, debe verificarse *puertas adentro*. Es decir, el tercero que contrata con la sociedad permanece ciego a si han sido cumplidas o no, pues aquello compete solo a los órganos societarios. De manera que se está ante reglas que regulan las relaciones externas, pero cuyo cumplimiento se produce en el ámbito interno.

En los demás contratos, la nulidad judicialmente declarada "da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo" (artículo 1687 del *Código Civil*); es decir, produce la eliminación retroactiva de los efectos del acto o contrato. Sin embargo, por su particular naturaleza, la nulidad de los acuerdos celebrados por una sociedad anónima no puede revestir los mismos efectos. Si se aplica de manera estricta, el acto debiera desaparecer retroactivamente por no cumplirse estas normas cuyo acatamiento se produce en el ámbito interno, siendo fácil de comprender el perjuicio que aquello significaría para los terceros que contratan con la sociedad. Es injusto y contrario a derecho extender el castigo a quienes nada han tenido que ver con el incumplimiento de la norma.

[44] Alessandri (2010), p. 374.

No solo es injusto, sino que, además, no cumple con propósito alguno, pues siendo el objetivo de la norma la protección de los derechos de los accionistas como grupo, da igual si su aprobación se manifiesta en un momento u otro, siempre y cuando se verifique.

Por todo lo anterior, se considera que no es posible aplicar a los actos realizados por una sociedad toda la normativa de derecho común que rige a los contratos bilaterales. La particular naturaleza de las sociedades exige que el cumplimiento *ex ante* de la norma que regula las relaciones externas de las mismas, produzca los mismos efectos que aquel cumplimiento que se produce *ex post*. En otras palabras, no pueden hacerse diferencias por el hecho de que la norma en cuestión se haya cumplido no antes, sino después de iniciada la relación externa por la sociedad, toda vez que aquello no cumple con ningún propósito y se traduce en el menoscabo de los derechos de terceros de buena fe.

El razonamiento expuesto no es del todo novedoso. No es extraño que en materia de sociedades anónimas se admita el saneamiento de actos o contratos absolutamente nulos. Y se cree que a todos estos casos subyace una lógica similar a la expuesta, dado que comparten una justificación común: la naturaleza *sui generis* del contrato social y los particulares efectos que él produce. Según señala Álvaro Puelma:

> "es tendencia universal restringir la nulidad en el contrato de sociedad, especialmente en la sociedad anónima, lo que también ocurre en nuestra legislación"[45].

Existen, a lo menos, los siguientes casos en que la ley altera los efectos de la nulidad absoluta en el derecho de sociedades, o derechamente admite su saneamiento:

a) La nulidad absoluta del contrato social

El legislador, siguiendo la tendencia del derecho comparado, protege los intereses de terceros de buena fe que contratan con "sociedades de hecho" frente a los efectos de la nulidad del contrato social, limitándolos. El asunto se encuentra regulado tanto en el *Código Civil* (artículo 2058) como en el *Código de Comercio* (artículo 355 A y ss.) y ha sido tratado por autores como Arturo Alessandri[46], Juan Esteban Puga[47], Álvaro Puelma[48], entre otros. Se reconoce, en el fondo, la imposibilidad de aplicar los efectos retroactivos de la nulidad civil al contrato

[45] Puelma (1996), p. 502.
[46] Alessandri (2010), pp. 373-392.
[47] Puga (2011), pp. 111-120.
[48] Puelma (1996), pp. 502-508.

social, pues sucede que, si bien la sociedad es nula, ha tenido "una vida irregular que no puede ser suprimida por completo"[49]. En resumen, tratándose de la omisión de vicios de fondo –omisión de requisitos esenciales y de validez de cada tipo social– o de forma que acarreen la nulidad absoluta de una sociedad que ya haya iniciado sus operaciones, habrá nulidad absoluta entre los socios, pero para los terceros de buena fe que hayan contratado con la sociedad irregular habrá una sociedad de hecho, de manera que podrán ejercer sus derechos y acciones en contra de "ella".

b) Ley n.º 19499 sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades

Se trata de una ley que estable un procedimiento especial de saneamiento de la nulidad derivada de vicios formales, seguramente merecedores de nulidad absoluta, que afecten la constitución o modificación de una sociedad, saneamiento que podrá practicarse aun después de que la nulidad haya sido hecha valer en juicio, pero antes de que quede ejecutoriada la sentencia de término. Se exige, principalmente, que se trate de determinadas sociedades, que se esté ante vicios formales sustanciales, según se encuentran definidos en la misma ley, y que la constitución o modificación en cuestión conste, a lo menos, en instrumento privado.

c) Operaciones con partes relacionadas nulas por causa ilícita

Dispone el artículo 1467 del *Código Civil*:

> "se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público".

Conforme a lo dicho por Alberto Lyon:

> "el motivo del acto o contrato que se celebra en condiciones que no son de mercado, es el de beneficiar a terceros en perjuicio de la sociedad",

lo cual, tratándose de sociedades anónimas, es contrario a los artículos 44 y 89, para el caso de las cerradas, o al artículo 146 y siguientes de la LSA, para el caso de las abiertas e, incluso, se puede decir que es contrario al espíritu de la legislación o a las buenas costumbres. De manera que una operación con partes relacionadas celebrada en tales términos, adolece de causa ilícita y, por tanto, es

[49] Guerrero; Zegers (2014), p. 290.

absolutamente nula[50]. No obstante, la ley ha alterado para este caso las reglas del derecho común que rigen los contratos bilaterales. En efecto, se afectará la validez de la operación en tanto se pruebe que el motivo que indujo a la contratación es ilegal, situación que no se encontraría salvada por lo dispuesto en los artículos 44 inciso quinto y 147 número 7), por los cuales la infracción al procedimiento legal no afectará la validez de la operación –pues, en la hipótesis en comento, no se arguye que el acto sea nulo por la mera infracción del procedimiento legal, sino por la ilicitud de su causa, circunstancia que debe ser probada en los términos expuestos–. Sin embargo, al menos para el caso de las sociedades anónimas cerradas, la ley parece admitir el saneamiento del vicio en cuestión:

> "si la operación ha sido aprobada o ratificada por la junta extraordinaria de accionistas con el quórum de dos tercios de los accionistas con derecho a voto" (inciso sexto del artículo 44 de la LSA).

De esta forma, una operación con partes relacionadas absolutamente nula, por ser su causa contraria a la ley, es verdaderamente ratificada por la junta de accionistas, porque la norma indica que en tal caso no se exigirá que se cumplan con los requisitos sustantivos de estas operaciones, cuyo incumplimiento determina la ilicitud de la causa, puesto que consisten en que el contrato se ajuste a las condiciones habituales de mercado y que, en definitiva, no se actúe de manera contraria al interés social.

Empero, Manuel Antonio Bernet se opone a la postura de Alberto Lyon, y es de la opinión de que:

> "el tenor de la ley es claro sobre la validez de la operación, siendo enteramente aplicable en esta oportunidad el artículo 10 del Código Civil, que dispone que los actos que prohíbe la ley son nulos, a menos que se designe expresamente otro efecto que la nulidad para el caso de contravención"[51].

Por tanto, no se afectará la validez de la operación con partes relacionadas por no ajustarse a las condiciones habituales de mercado. Ahora bien, incluso si se sigue la opinión de Manuel Antonio Bernet, la ley societaria habría alterado las normas de derecho común que rigen los contratos bilaterales, pues una operación que en principio debiera ser absolutamente nula por adolecer de causa ilícita, no lo es por expresa disposición de ley; ya que, en palabras de Guillermo Carey:

> "al reconocer la validez de las actuaciones que cumplen con los requisitos enunciados, la ley ha resuelto en forma práctica los inconve-

[50] Lyon (2002), pp. 47-93.
[51] Bernet (2007), pp. 107-153.

nientes que se derivarían de la nulidad a que las infracciones pudieren conducir, en perjuicio del desarrollo de los negocios sociales"[52].

3.3 La imposibilidad de ratificar, en cambio, sí afectaría el orden público económico

En las operaciones de adquisición de activos sociales por montos relevantes, resulta perfectamente posible que la medición del valor de los bienes transados y el cálculo de la proporción que estos representan en el patrimonio social, sean equivocados por varios factores. Asimismo, es también posible que, en una eventual instancia judicial, el juez estime que los criterios de valorización utilizados sean incorrectos.

No aporta al problema anterior la natural asimetría de información que existe entre compradores y vendedores. El tercero adquiriente debe confiar en que la información proporcionada por su contraparte sea veraz y suficiente, pues solo a partir de ella puede realizar su propia medición de un patrimonio ajeno, porque a él también le interesará conocer si se verifica o no el supuesto del numeral 9) del artículo 67 de la LSA, toda vez que de ello dependerá la suerte del contrato que suscribe.

Todo lo anterior genera una situación de gran incerteza, ya que puede resultar que el valor de los activos sociales transados equivalga o supere el valor del 50 % del activo total. Esto puede ser perjudicial tanto para directorio de la empresa vendedora como para el tercero adquiriente. El directorio, por un lado, podrá ver comprometida su responsabilidad personal por no seguir el procedimiento prescrito en la ley. El tercero adquiriente, por otro, se ve expuesto al fracaso de la operación en que participa y a la frustración de sus intereses por factores que pueden ser para él, incluso, imposibles de prever. Estos riesgos aumentan los costos de transacción, entorpeciendo la libre circulación de los bienes, y traban severamente el gobierno corporativo.

La situación descrita exige, como se postula más atrás, la creación de una nueva norma para la protección de terceros de buena fe. Pero, sobre todo, demanda que la junta de accionistas tenga la posibilidad de ratificar la operación *a posteriori*. Sin dicha opción, los accionistas de una sociedad anónima se quedan sin alternativas para salvar una operación que pueden considerar buena e, incluso, necesaria para la concreción del interés social, es decir, para la obtención de utilidades mediante el desarrollo de las actividades del giro.

En efecto, negar la viabilidad de la ratificación significa cerrar la puerta a las sociedades anónimas y sus accionistas a tomar las medidas necesarias para

[52] Carey (1992), p. 155.

logar en interés social, lo cual es manifiestamente contrario al *orden público económico*, ¿cómo podrá ser posible que una norma establecida para proteger a los accionistas termine siendo perjudicial para los mismos?

4. Sobre la ratificación

4.1 Quién debe ratificar y manera en que debe hacerse

De acuerdo con las normas del derecho común, la ratificación de un acto nulo debe hacerse "con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica" (artículo 1694 del *Código Civil*). Y como la operación en cuestión está sujeta por la ley a la aprobación de la junta extraordinaria de accionistas, requiriéndose el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, mismas exigencias deben observarse para la ratificación.

Por ende, no procede exigir la aprobación de la operación por la unanimidad de los accionistas para que la ratificación sea válida, so pretexto de que cada accionista tiene el derecho a alegar la nulidad y, por tanto, cada uno de ellos debe renunciar a la acción. Se estima, entonces, que la ratificación es una facultad de la junta y no de cada accionista.

En efecto, si bien es correcto que "ni la ratificación expresa ni la tácita serán válidas, si no emanan de la parte o partes que tienen derecho de alegar la nulidad" (artículo 1696 del *Código Civil*), en el presente caso debe entenderse por "parte" a los dos tercios de la junta extraordinaria de accionistas y no a cada uno de ellos individualmente considerados. Esto se debe a varias razones. En primer lugar, no es razonable exigir unanimidad si la ley consideró el *quorum* de dos tercios como protección suficiente, sobre todo si se entiende que la norma ha sido impuesta para el resguardo de los intereses de los accionistas como colectividad. En segundo lugar, resulta injusto que no se pueda llevar a cabo la operación por la oposición de un solo accionista solo porque esta se produce en un momento distinto; es decir, nada justifica que el voto individual del accionista tenga un mayor poder en esta instancia. En tercer lugar, la unanimidad es excepcionalísima en las sociedades anónimas y solo procede exigirla cuando lo ley lo haya dispuesto de forma expresa; esto pues, como señala Juan Esteban Puga, "en una sociedad anónima la unanimidad es prácticamente una contradicción en los términos"[53], debido al inmovilismo que ella implica. Y, en cuarto lugar, la ley exige el mismo *quorum* de dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto para:

[53] Puga (2011), p. 565.

> "el saneamiento de la nulidad, causada por vicios formales, de que adolezca la constitución de la sociedad o una modificación de sus estatutos sociales que comprenda una o más materias de las señaladas en los números anteriores",

según indica el numeral 14) del mismo artículo 67; así, exigir dicho *quorum* para el presente caso resulta totalmente coherente.

Es interesante para estos efectos remitirse a la norma del inciso sexto del artículo 44 de la LSA, que admite la ratificación de operaciones con partes relacionadas en sociedades anónimas cerradas. Se trata de un caso en que la ley ha tratado directamente el saneamiento de una operación que bien pudo adolecer de nulidad absoluta por causa ilícita o, al menos, haberse realizado infringiendo el procedimiento legal. Y para dicho caso el legislador ha dispuesto que la ratificación debe ser realizada por la junta de accionistas, en cuanto órgano social, y no por cada accionista en el ámbito individual, estableciendo, por lo demás, el mismo *quorum* de dos tercios. La solución legal es enteramente lógica, porque responde a las mismas razones, y por su similitud, se considera que dicho caso es analogable al presente y deben seguirse los mismos lineamientos legales.

4.2 Cambios en la titularidad de las acciones

Cabe preguntarse qué sucede si, en el tiempo que media entre la aprobación del acto o contrato de enajenación por el directorio y el acuerdo de la junta extraordinaria que lo ratifica, uno o más accionistas abandonan la sociedad, siendo reemplazados por personas distintas. ¿Obstará este cambio en la titularidad de las acciones la posibilidad de ratificar la operación?

Se considera que no. Como ya se dijo, la facultad de ratificar la operación recae en la junta de accionistas como órgano de la sociedad, con la exigencia de un *quorum* determinado, y no en cada accionista en el ámbito individual. Por tanto, para estos efectos no importa si ha variado la composición del grupo accionario.

Lo dicho cobra especial sentido si se tiene en cuenta un principio central sobre el cual se construyen las sociedades anónimas, que reza, en palabras de Juan Esteban Puga:

> "los acuerdos de la junta no son una manifestación de la voluntad de los accionistas –que bien pueden disentir de ellos–, sino una manifestación de un órgano social"[54].

[54] Puga (2011), p. 549.

De manera que no interesará que el acuerdo refleje la voluntad de quienes eran titulares de las acciones al momento de aprobarse la operación o el plan de negocios por el directorio, sino que, en realidad, solo es relevante que la sociedad preste –*ex post*– su consentimiento realizando el acto orgánico requerido por ley. Esta conclusión es coherente con el fundamento de la norma en comento, que no es cautelar los derechos de los accionistas más vulnerables, sino que la protección del interés todos y cada uno de los accionistas de una sociedad anónima como cuerpo u órgano, en la conservación del patrimonio social constituido en esencia por sus aportes, frente a decisiones unilaterales del directorio que impliquen un cambio fundamental en la sociedad.

Por las mismas razones, tampoco es relevante un cambio en la titularidad de las acciones para la viabilidad de la ratificación de una operación con partes relacionadas por la junta extraordinaria de accionistas en sociedades anónimas cerradas, por lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 44 de la LSA. En efecto, la ley admite que la operación sea ratificada por la junta en cuanto órgano social, exigiendo un determinado *quorum* para el acuerdo, sin hacer distinciones en función de la variación de la propiedad accionaria. Como se ha dicho, este caso es analogable al presente y deben seguirse los mismos lineamientos legales.

4.3 Efectos del acuerdo de la junta que ratifica la operación

Adoptado el acuerdo de ratificación por la junta extraordinaria de accionistas, con el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, se produce el saneamiento de la operación en cuestión y la total superación del vicio. Con ello, la nulidad absoluta no podrá ser alegada por nadie, y tanto la sociedad como el tercero adquiriente podrán estar seguros de la validez de la operación que celebran.

Además, en virtud del número 3) del inciso cuarto del artículo 69 de la LSA, el acuerdo de la junta de accionistas concederá al accionista que se hubiere opuesto al mismo, el derecho a retirarse de la sociedad, previo pago por aquella del valor de sus acciones, de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 69 y siguientes de la LSA.

Sin perjuicio de lo anterior, se cree que la ratificación de la operación por la junta de accionistas no salvará la eventual responsabilidad personal de los directores por haber adoptado un acuerdo con infracción al procedimiento legal, faltando a sus deberes de cuidado **o** lealtad. De manera que la junta puede salvar la validez de la operación, pero con ello no exonerará a los directores de su responsabilidad civil o penal administrativa.

Conclusiones

- Las sociedades anónimas son administradas por un órgano permanente llamado directorio, pues así lo dispone la Ley Sobre Sociedades Anónimas mediante normas de orden público. Los actos realizados por dicho órgano se reputan realizados directa e inmediata. mente por la sociedad, haciéndose a esta responsable por sus consecuencias, sea que se obre dentro o fuera del giro social.
- Para casos extraordinarios, como en la enajenación del 50 % o más del activo social, la ley ha dispuesto que la decisión debe ser tomada por la sociedad a través de un órgano distinto al del directorio, correspondiente a la junta extraordinaria, para asegurar la protección de los derechos patrimoniales y políticos de los accionistas como grupo frente a cambios corporativos fundamentales. De manera que, si la decisión en cuestión no es adoptada por el órgano social indicado, la sociedad no habrá prestado su consentimiento para la operación.
- Por faltar el consentimiento de la sociedad, la operación de enajenación de la mitad o más del activo social que no fue aprobada por la junta de accionistas es absolutamente nula. Aquello trae importantes consecuencias en lo que concierne a la desprotección de los derechos de terceros buena fe y, sobre todo, a la posibilidad de sanear el vicio en cuestión por la voluntad de las partes.
- Si bien aquí no se niega que la regla de la imposibilidad de sanear los actos nulos de nulidad absoluta vía ratificación sea correcta para casi la totalidad de los casos, se considera que, en el particular, se configura una excepción a la regla general, pues sí es posible sanear el acto nulo mediante la posterior ratificación de la operación por parte de la junta extraordinaria de accionistas, con el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, porque:
  i) se está en el plano de los derechos subjetivos,
  ii) se trata del especial mundo de las sociedades y
  iii) así lo exige la protección del *orden público económico*.
- Por la vía propuesta, se logra al fin un equilibrio normativo, ya que a través de este balance de intereses será posible proteger los derechos de los accionistas de forma correcta, toda vez que estos son debidamente cautelados a través de la invalidación de la operación, sin privarlos de la posibilidad de confirmarla posteriormente cuando ello les convenga. Solo se echará de menos una norma que proteja a los terceros de buena fe frente a la nulidad judicialmente declarada, no solo por el interés de aquellos, sino que para eliminar trabas innecesarias que perturben el normal desenvolvimiento de los negocios sociales.

Bibliografía

Alcalde Rodríguez, Enrique (2013): *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. Responsabilidad penal y administrativa* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, primera edición).

Alessandri Rodríguez, Arturo (2010): *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, tomos i y ii (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).

Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio (1998): *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, tomo i (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Baeza Ovalle, Gonzalo (2003): *Tratado de derecho comercial*, tomo ii (Santiago: Editorial Lexis-Nexis).

Barros, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Bernet Páez, Manuel Antonio (2007): "El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés", *Revista Chilena de Derecho*, n.° 8: pp. 107-153.

Carey, Guillermo (1992): *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores* (Santiago: Editorial Universitaria).

Cea Egaña, José Luis (1998): *Tratado de la constitución de 1980* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Corral Talciani, Hernán (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Cuneo Macchiavello, Andrés (2009): "Sobre la sanción por la omisión de la autorización establecida en el número 4 del artículo 57 de la ley sobre sociedades anónimas", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 12: pp. 227-235.

Ducci Claro, Carlos (2010): *Derecho civil. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).

Fernández del Pozo, Luis (2015): *Aproximación a la categoría de 'operaciones sobre activos esenciales', cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta* (Editorial La Ley).

Figueroa Yáñez, Gonzalo (2012): *Curso de derecho civil*, tomo ii (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).

Guerrero Valenzuela, Roberto; Zegers Ruiz-Tagle, Matías (2014): *Manual sobre derecho de sociedades* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).

Lyon Puelma, Alberto (2002): "Conflicto de intereses en las sociedades", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, n.° 1: pp. 47-93.

Lyon Puelma, Alberto (2006): *Personas jurídicas* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, cuarta edición ampliada).

Meza Barros, Ramón (2010): *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*, tomo i (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, décima edición).

Puelma Accorsi, Álvaro (1996): *Sociedades*, tomos i y ii (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Puga Vial, Juan Esteban (2011): *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Rodríguez Grez, Pablo (2012): *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno. Teoría bimembre de la nulidad* (Santiago: Editorial jurídica de Chile).

Welch, Edward; Saunders, Robert; Land, Allison; Voss, Jennifer; Turezyn, Andrew (2019): *Folk on the Delaware General Corporation Law. Fundamentals* (Editorial Wolters Kluwer).

Recursos electrónicos

García-Villarrubia, Manuel (2017): *La infracción del art. 160. f LSC: la falta de acuerdo de la junta en la enajenación de un activo esencial*. Disponible en www.uria.com/es/publicaciones/5418-la-infraccion-del-art-160-f-lsc-la-falta-de-acuerdo-de-la-junta-en-la-enajena

Jurisprudencia administrativa

Superintendencia de Valores y Seguros, actual Comisión para el Mercado Financiero (2015): Oficio ordinario número 4.615, del 6 de marzo del año 2015.

Jurisprudencia judicial

Corte de Apelaciones de Santiago (1997): rol 3070-1995, Sociedad Constructora e Inmobiliaria Alen S.A. con Eurocochoa Norte S.A, 18 de julio de 1997.

Corte de Apelaciones de Santiago (2014): rol 5906-2014, Gasulla Echague Santoro Graciela con Fondo de Inversión Inmobiliaria, 5 de diciembre de 2014.

Corte Suprema (1999): rol 3.414-1997, Sociedad Constructora e Inmobiliaria Alen S.A. con Eurocochoa Norte S.A, 23 de marzo de 1999. *Revista Chilena de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo 96, 1999, i.

Corte Suprema (2010): rol 1859-2009, Productos Torres S.A con Inversiones Vhmeister S.A, 16 de junio de 2010.

Corte Suprema (2015): rol 1531-2015, Gasulla Echague Santoro Graciela con Fondo De Inversión Inmobiliaria, 27 de enero de 2015.

PENSIONES DE ALIMENTOS Y LA FALSA NEUTRALIDAD DE LA NORMA

ALIMONY AND THE FALSE NEUTRALITY OF THE LAW

Carla Sáez Ferrada[*]

Resumen: La normativa que regula las pensiones alimenticias resulta un ejemplo perfecto para demostrar cómo una norma que en su aspecto formal pareciera ser igualitaria, en su materialidad contiene una falsa neutralidad que perjudica a aquella parte de la población que ejerce el derecho de alimentos para sus hijos. Es necesario comenzar a enfrentar los nuevos paradigmas de nuestra sociedad, puesto que el derecho es dinámico y la norma debe ser capaz de satisfacer las necesidades de todas las personas, propendiendo reglas que garanticen la equidad. Por esta razón, se requiere crear normas que consideren no solo los elementos formales, sino, también, los efectos de su aplicación, el contexto social, cultural y contemplando, además, perspectivas de género e infancia.

Palabras clave: pensiones alimenticias, falsa neutralidad, género.

Abstract: The regulation that regulates maintenance pensions is a perfect example to demonstrate how a regulation that in its formal aspect seems to be egalitarian, in its materiality contains a false neutrality that harms that part of the population that exercises the right to maintenance for their children. It is necessary to begin to face the new paradigms of our society, since the law is dynamic and the norm must be capable of satisfying the needs of all people, proposing rules that guarantee equity. For this reason, it is necessary to create norms that consider not only the formal elements but also the effects of their application, the social and cultural context, and also contemplating gender and childhood perspectives.

Keywords: alimony, false neutrality, gender.

[*] Abogada. Máster en Derecho de Género. Universidad de Jaén. España. Correo electrónico: carlasaez@gmail.com

Introducción

Las mujeres han sostenido una lucha prolongada por el reconocimiento de sus derechos. La Revolución francesa es un inicio en la reclamación de los derechos sociales, a los que las mujeres se incorporaron de forma activa. Si bien, en una primera instancia las reivindicaciones se centraban en lograr una igualdad entre hombres y mujeres, en lo referente al reconocimiento ciudadano, esta lucha fue enfrentando a lo largo de los años nuevos retos como, por ejemplo, la lucha contra la subordinación a la cual son expuestas y la marginación del colectivo de mujeres como si fueran una minoría. Desde esta perspectiva se ha intentado lograr una igualdad formal, pero sin que esta sea una respuesta suficiente. Desde la Revolución francesa los planteamientos de igualdad, fraternidad y libertad se proclamaron en un sentido universal, pero excluyendo a las mujeres. Esta construcción del sexo fue determinada por los hombres de la época, entre ellos Jean-Jacques Rousseau, quienes constituyen a este nuevo individuo que está dentro de la clasificación de hombre, pero que, a su vez, cuenta con sus propias características. Al respecto Joan Wallach Scott, sostiene:

> "Entonces el individuo político era considerado universal como hombre, mientras que la mujer no era un individuo, primero porque no era idéntica al prototipo humano y después porque era el otro que confirmaba la individualidad del individuo (hombre)"[1].

De esta forma y tal como indicó Joan Wallach Scott, se fue forjando este nuevo concepto abstracto de individuo-ciudadano que marginaba a las mujeres justificando la exclusión política a partir de la diferencia sexual[2]. Esta construcción histórica del ciudadano ha sido compleja e injusta para la mujer. La norma se ha construido sobre una base supuestamente universal, que no responde a raza, sexo o clase social alguna[3]. En el sustrato del concepto de sujeto y de ciudadano, desde sus inicios, se distinguen elementos que dan lugar a la discriminación de la mujer frente al hombre e incluso en normativas neutrales, las diferentes corrientes de pensamientos han influido directa o indirectamente en su construcción. Por ejemplo, Jean-Jacques Rousseau afirma:

> "Aun cuando tuviese verdadero talento, la envilecería su presunción. Ser ignorada es su dignidad; su gloria se funda en la estimación de su marido, y su alegría en la dicha de su familia"[4].

[1] Scott (1996), p. 25.
[2] *Op. cit.*, p. 5.
[3] Facchi (2005), p. 29.
[4] Rousseau (1762) p. 440.

A pesar de que algunos paradigmas parecieran estar superados, no se ha logrado de manera efectiva abordar una perspectiva de género integral, que tenga como fin lograr una situación de equidad, ya que los cimientos de la sociedad occidental se construyeron en una estructura androcéntrica, y este modelo de hombre ha permeado el pensamiento jurídico. En este contexto y en términos generales las constituciones, como norma fundamental y elemento central de un sistema de Estado de derecho tienen un papel determinante en el reconocimiento de la igualdad como un derecho que no solo tenga una dimensión formal, sino también efectiva.

En particular, el modelo constitucional chileno está construido bajo una determinada concepción de ciudadanía derivada de esta visión histórico-masculina que tiene como consecuencia directa una falsa neutralidad de la norma. A este respecto cabe mencionar que el texto original de la Constitución de 1980 establece en el capítulo I: Bases de la institucionalidad, lo siguiente: "Artículo 1°. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Este escenario se superó en 1999, con la primera modificación constitucional efectuada mediante Ley n.º 19611, que establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres, sustituyendo el término 'hombre' por el de 'personas'. Pero ¿fue esta modificación suficiente?

La cuestión es: ¿cómo se logra una igualdad de derechos políticos, sociales y económicos con perspectiva de género si aún hoy no se han superado las desigualdades conceptuales impuestas durante siglos? Hubo un avance en la Constitución a partir de la Ley n.º 19611, en que además de la modificación indicada se reivindica, al menos formal o en el ámbito lingüistico, la igualdad entre hombres y mujeres al agregar al final del párrafo primero del número 2.º del artículo 19, la oración "hombres y mujeres son iguales ante la ley". Este inciso que introduce un límite formal en la situación de igualdad entre hombres y mujeres responde a la integración que ha realizado el derecho chileno y la judicatura de diversos tratados internacionales que habían sido ratificados por Chile hace bastante tiempo como, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres[5] (en adelante CEDAW). Pero ¿cuál es el real alcance de esta modificación relativa a la igualdad? Al respecto, cabe citar al Tribunal Constitucional chileno:

> "Consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias cons-

[5] Zuñiga (2020), p. 240.

> titutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición"[6],

Teniendo en cuenta esta interpretación de la norma constitucional modificada, se concluye que este precepto tiene sentido si se trata de evitar una discriminación directa, pero sin asegurar la neutralidad o equidad efectiva entre hombres y mujeres. Para evidenciar lo anterior, en materia de alimentos, por ejemplo, el artículo 224 del *Código Civil* que convive con el actual texto constitucional, establece:

> "Toca de consumo a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos".

Este artículo desde una perspectiva formal es neutral, pues responde al principio de corresponsabilidad, pero al tiempo de su aplicación crea una desventaja para las mujeres que son madres y que asumen el cuidado personal de los hijos o hijas. La normativa que regula los alimentos faculta al juez a establecer montos de pensión en favor de los hijos/as que muchas veces no son acordes con el principio de igualdad, ya que permite fijar el monto en atención a la capacidad económica del padre y no existe un sistema realmente efectivo en casos de incumplimiento, factor muy relevante puesto que casi en el 84 % de ellas quedan impagadas. Teniendo en cuenta todo ello, es necesario efectuar un análisis de ciertos elementos sociales que revelan la falsa neutralidad de la norma en materia de alimentos y que ponen en evidencia la discriminación indirecta para las mujeres madres. Además, es necesario también hacer un conjunto de propuestas para la generación normativa, de modo que su construcción se haga sobre la base de una mirada integral de la realidad que no sea circunstancial y que garantice que la neutralidad no sea formal o falsa, sino eficaz.

I. Falsa neutralidad de la norma y las pensiones alimenticias

Una norma es neutral, en un sentido formal, cuando no contiene un lenguaje sexista, eliminando así toda forma de discriminación o exclusión y que, en definitiva, origina una situación de igualdad efectiva. El uso histórico del masculino

[6] Tribunal Constitucional (2009): rol n.° 1254, considerando 46.°.

como genérico en el lenguaje jurídico excluyó a las mujeres como sujetos de derecho en el ámbito social durante todo el siglo XIX y la mayor parte del siglo XX, circunstancia que puede constatarse en el texto de la Constitución chilena de 1980, que a partir de 1999 eliminó el lenguaje sexista. La falsa neutralidad de la norma consiste en una norma que en el ámbito lingüístico es neutral, pero que en su aplicación o eficacia se desvía de ese fin, teniendo como consecuencia el fenómeno de la discriminación indirecta. Esto suele suceder porque la mayoría de los ordenamientos jurídicos se han construido sobre una base androcéntrica, que tiene un modelo de ciudadano que no contempla las problemáticas a las que se ven expuestas las mujeres. En la mayoría de ordenamientos jurídicos occidentales se pretende lograr una igualdad formal sin entender que esa igualdad solo puede ser efectiva en tanto las características de las mujeres sean iguales a la de los hombres. En todo lo demás se regula en clave de "solucionar el problema de las mujeres" como ciudadanas de segunda categoría, sin entender la existencia de nuevos paradigmas en los que se pueden enfrentar a diferentes realidades, incluso, en un mismo colectivo. Un ejemplo de ello es la problemática que genera la regulación de las pensiones alimenticias en Chile que demuestra cómo una norma puede dejar a gran cantidad de mujeres, niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA) supeditados a las circunstancias que rodean al alimentante, que en su mayoría son hombres.

Las corrientes feministas a los largo de la historia han señalado que la norma construida sobre la base androcéntrica no permite el desarrollo y consecución de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres. La escritora experta en género y derechos humanos, Alda Facio Montejo, ha desarrollado ampliamente este tema, explicando que el concepto de igualdad sólo garantiza que los hombres puedan ser tratados como seres humanos plenos, puesto que se tomó como paradigma de lo humano al genero masculino. En ese sentido el referente siempre será masculino en lo que refiere al concepto de persona, y bajo este parámetro se establecen las normas que se consideran neutrales[7]. Esta supuesta neutralidad ha sido asumida y no cuestionada por la mayor parte de la sociedad, porque la mayoría, en mayor o menor medida, tiene incorporadas estas conductas como naturales sin ser conscientes que muchas veces esconden tradiciones culturales, políticas, legislativas discriminatorias.

La CEDAW indica en su artículo primero:

> "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular

[7] Facio (1992), p. 19.

> el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

Una de estas modalidades de discriminación puede encontrarse en la Ley n.º 14908, que intenta proteger a la mujer madre y pareciera ser neutral, pero que tiene como resultado la exclusión de las mujeres del ejercicio de sus derechos no solo en lo que se refiere a la representación que realizan para con sus hijos, sino, también, en la precarización de sus propias vidas al tener que asumir la mayor parte de la responsabilidad económica y parental.

1. Norma de alimentos en Chile y su falsa neutralidad. Ley n.º 14908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias

En Chile la regulación de los alimentos y el pago de estos se encuentra contenida, entre otros cuerpos legales, en el *Código Civil* y en la Ley n.º 14908[8]. Para el análisis de esta última norma se debe acudir, en primer luga,r a su artículo 14.°, que permite apremiar al deudor de alimentos con medida de arresto hasta por treinta días. Esta norma usa una expresión lingüística neutral desde una perspectiva de género, por ejemplo, al referirse "al alimentante", que según la Real Academia Española a través del *Diccionario de la lengua española* se define como: "persona que tiene obligación de suministrar alimentos", pudiendo, por tanto, tener tal calidad de alimentante tanto la mujer como el hombre, sin embargo, en la práctica la norma genera discriminación indirecta, puesto que en su inciso final se advierte:

> "Si el alimentante justificare ante el Tribunal que carece de los medios necesarios para el pago de una obligación alimenticia, podrá suspenderse el apremio y el arraigo",

[8] El 20 de mayo de 2023 entra en vigencia la Ley n.º 21484 que modifica algunos artículos de la Ley n.º 14908 y del *Código Civil* de Chile, si bien, esta ley podría subsanar en alguna medida los defectos en cuanto a la forma en que se fijan los alimentos, es necesario tener en consideración que algunos de los criterios incorporados ya se encontraban dentro del ordenamiento jurídico, a modo de ejemplo puede señalarse la modificación que se establece en el artículo 323 del *Código Civil*, en que se sustituye la frase "modestamente de un modo correspondiente a su posición social", por "adecuadamente, resguardando el interés superior, la autonomía progresiva y el desarrollo integral del niño, niña y adolescente". Lo anterior se encuentra regulado en la Convención de los Derechos del Niño, que entró en vigencia en septiembre de 1990, bajo esta perspectiva, es necesario esperar y ver los efectos de la norma, cómo será interpretada por los tribunales de justicia, ya que existe una gran diferencia entre un cambio formal y material.

En Chile la deuda total por concepto de pensión alimenticia al año 2019 ascendía a unos $180 000 000 000, afectando a miles de niños, niñas y adolescentes y el año 2023 según el Registro Nacional de Deudores la cifra es de $50 818 618 747[9] y el hecho de que la cifra sea más baja en 2023 no significa que se haya cumplido de forma efectiva con el pago de alimentos. Para ingresar al Registro Nacional de Deudores se debe cumplir con algunas exigencias establecidas en la ley como, por ejemplo, que la deuda total o parcial sea de tres mensualidades consecutivas o cinco discontinuas, lo que eclipsa una cifra de deuda total que puede ser aún mayor que la del año 2019. Este problema ya había sido visualizado por la Universidad de Chile, que en una columna de opinión del año 2015 dio a conocer el problema de las pensiones alimenticias señalando que el 60 % de los padres demandados de alimentos no pagan las pensiones. Según el informe anual de estadísticas judiciales del INE[10] en el año 2019 en Chile se ingresó un total de 738.028 causas relacionadas con materias de juzgados de familia, de las cuales 602.666 fueron finalizadas, correspondiendo 126.716 a demandas de alimentos. Aun siendo tan alta la cantidad de causas terminadas esto no significa que los demandados estén cumpliendo con su obligación de alimentos. En el año 2019 se adeudaba por concepto de pensiones alimenticias un total de ciento ochenta mil millones de pesos de los deudores. El gobierno señaló que nueve de cada diez corresponden a hombres y del universo de mujeres que la demanda para sus hijos, se asevera que el 84 %[11] de las decretadas son incumplidas. Del total de las personas que no recibe su pago, el 65 % forma parte de la población de menores ingresos[12]. Lo que no solo deriva en la precarización de las mujeres, sino que, también, estas se ven aún más expuestas a la violencia de género, ya sea física como económica.

A la luz de las cifras y en relación con el porcentaje de incumplimiento del pago de pensiones alimenticias, pareciera que el Poder Judicial no cumple con una de sus funciones constitucionales de "hacer ejecutar lo juzgado", acentuando la deficiencia de la norma, agregando a ello que al resolver omiten tener en consideración normativa supranacional aplicable por la vía inciso segundo del artículo 5 de la Constitución que dispone:

> "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

[9] Sepúlveda (2023).
[10] Instituto Nacional de Estadísticas de Chile (2019), p. 17 y ss.
[11] Almendras (2020), p. 2.
[12] Muñoz (2020).ver

Se vulneran entre otras:

> "a) Convención de los Derechos Del Niño, *artículo 3* En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño; *artículo 4* Los Estado Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional; *articulo 27.4* Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero; b) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; *artículo 1* A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera; *artículo 2* Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:[...]; *artículo 15* Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley [...]; *artículo 16* Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:[...]".

El artículo 222 inciso primero del *Código Civil* chileno indica:

> "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades".

En primera instancia el objetivo de la Ley n.º 14908 es asegurar el cumplimiento de la obligación de alimentos, velar por el interés superior de los niños en el sentido de reglamentar la satisfacción de las necesidades económicas, y asegurar por parte de los progenitores el cumplimiento de una obligación alimenticia. En ese sentido el *Código Civil* establece en su artículo 323:

> "Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir adecuadamente, resguardando el interés superior, la autonomía progresiva y el desarrollo integral del niño, niña y adolescente".

La Ley n.º 14908, establece ciertos criterios procedimentales para hacer efectivo el derecho de alimentos para niños, niñas y adolescentes. En la práctica, en Chile, la mujer madre queda subordinada a dar cumplimiento a todas las obligaciones, no solo a las inherentes a su situación de madre, sino también a todas aquellas que son propias del otro progenitor y alimentante, dejando en evidencia al momento de la aplicación de la normativa su falta de neutralidad. Por otra parte, la normativa que regula el derecho de alimentos resulta contradictoria entre sí. El *Código Civil* propone:

> "subsistir adecuadamente, resguardando el interés superior, la autonomía progresiva y el desarrollo integral del niño, niña y adolescente"

mientras que la Ley n.º 14908 en su artículo tercero prescribe que el monto mínimo de la pensión alimenticia no podrá ser inferior al cuarenta por ciento del ingreso mínimo remuneracional, que en la actualidad asciende a la suma de $410 000. Si se parte de esta cantidad la pensión mínima es de aproximadamente $164 000, monto que se encuentra en la línea de la pobreza, establecida en el año 2022 en $210 529 por persona y la línea de la pobreza extrema, establecida en $140 352 por persona[13]. Esta cifra no tiene su correlato con una plena realización, ni para los niños, niñas y adolescentes, ni para su madre que no solo deberá demandar, sino que exigir el cumplimiento y deberá asumir sola la prometida corresponsabilidad.

La ley establece ciertos criterios para la determinación de los aportes del alimentante y presume que este tiene los medios para otorgarlo[14]. De igual forma está determinado por su actual remuneración o "lo que pueda dar", ya que la misma ley establece que si el alimentante justifica no poseer los medio el juez tendrá la facultad de rebajarlo de forma prudencial. Como consecuencia de esta regulación se deja a la madre en una desventaja de base, no solo para enfrentar sus gastos diarios relacionados con sus hijos, sino, también, en perjuicio de pro-

[13] Ministerio de Desarrollo Social (2023).

[14] Según lo indicado en el artículo 3 de la Ley n.º 14908.

pios proyectos y expectativas derivados de la obligación de suplir por completo las necesidades de los NNA, sin la contribución proporcional del padre.

El artículo primero inciso cuarto de la Ley n.º 14908, menciona:

> "La madre, cualquiera sea su edad, podrá solicitar alimentos para el hijo ya nacido o que está por nacer. Si aquella es menor de edad, el juez deberá ejercer la facultad que le otorga el artículo 19 de la Ley 19.968, en interés de la madre".

Si bien esta norma otorga una facultad a la mujer para solicitar alimentos, en ella pesa la responsabilidad de sostener a su familia cuando el padre no cumpla con su obligación, lo cual según las estadísticas no es un hecho aislado, sino una situación generalizada. Por tanto, se presupone que la mujer que ejerce su maternidad sin un vínculo matrimonial que le permitan tener mayor seguridad económica para sus hijos, debe tolerar estar al margen, invisibilizada y dispuesta a soportar todas las responsabilidades sociales y legales que se espera de ella debido a su género, y que la normativa se ha encargado de intensificar. En este punto es importante señalar que el Estado pareciera no responder de forma satisfactoria a esta problemática, puesto que se considera como parte de la esfera privada. En este caso la desigualdad se produce por la aplicación de una norma y la práctica legal o una tendencia política que contribuye a la subordinación de las mujeres, violando el principio de igualdad. El problema de la aplicación de la ley, no solo se reduce a eso, sino a las estructuras jurídicas que producen subordinación.

Por ejemplo, el derecho de alimentos que tienen las hijas e hijos se concede en mayor o menor proporción atendida las condiciones socioeconómicas de los progenitores. El problema radica en cómo se determina el derecho de alimentos, qué elementos o factores se tienen en cuenta y que permitan generar una real situación de igualdad para la mujer y efectividad de los fines que persigue la ley, que es la protección de NN.

La facultad de determinar los alimentos es una facultad que por ley se ha reservado a los jueces de los tribunales de familia. Para esto es necesario que concurran los siguientes requisitos: necesidades del alimentante, facultad en el alimentario y fuente legítima o título. En ese sentido es importante analizar los primeros dos requisitos donde puede apreciarse la problemática expuesta en este trabajo.

2. Necesidades en el alimentario y la facultad del alimentante

Tal como se mencionó los artículos 323 y 330 del *Código Civil* chileno, refuerzan la idea de que los alimentos no se deben sino en la parte en que los

medios de subsistencia del alimentante no le alcancen para subsistir de acuerdo con el modo correspondiente a su posición social. En cuanto a la tasación de los alimentos el artículo 329 del *Código Civil* chileno establece que se tomarán siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas, que se interpreta en la jurisprudencia como la subsistencia de acuerdo con su posición social. La Corte de Apelaciones de Concepción, en causa rol 1316-2002 especifica:

> "Por posición social se entiende el rango o jerarquía que se reconoce a un individuo en relación con los demás miembros de la sociedad. Se considera que la posición social de una mujer casada es la de su marido y en el caso sublitis el alimentante es un empresario que posee bienes importantes como ha confesado en juicio"[15].

Pero ¿qué pasa en aquellos casos en que el padre alimentante es un trabajador común, que gana un sueldo mínimo? En ese caso será aplicable la normativa general, es decir, la pensión quedará fijada en un máximo de un 40 % de un sueldo mínimo mensual, aun cuando los gastos de los niños y niñas excedan ese monto.

Por tanto, los parámetros objetivos para la fijación de los alimentos, se contempla vivienda, salud, gastos básicos, cuidados, educación y recreación, pero todo esto bajo los criterios anteriores, de acuerdo con la posición social del alimentario y las capacidades del alimentante. Sin embargo, las normativas internacionales, tienen una concepción diferente. En el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) se reconoce: "el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, social" derechos que forman parte del derecho a la vida y a la supervivencia. Pero una madre que quiera dar una buena calidad de vida sus hijos tendrá dificultades cuando el padre no disponga de los medios necesarios para cumplir con la parte que le corresponde o no quiera aportar más de los mínimos establecidos en pensión alimenticia, teniendo la madre que incurrir en los gastos de todo aquello que el padre no puede o no quiera suplir. La Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado:

> "Que, si bien es cierto, aunque la persona obligada a dar alimentos tenga elevados ingresos económicos, no se le podrá exigir el pago de una pensión alimenticia superior a las necesidades que se han establecido del alimentario"[16].

[15] Barrientos (2018), p. 802.
[16] *Ibid*.

En teoría, la obligación de alimentos debe ser satisfecha por ambos padres en proporción a sus facultades económicas, pero en la práctica esto no sucede. Las pensiones alimenticias son fijadas en montos irrisorios. La magistrada de familia Paz Pérez Ahumada en su trabajo *Incumplimiento de alimentos en la justicia de familia* expone diversas causas en las que se fijan pensiones alimenticias muy bajas. Entre ellas la causa 3488, en la cual se fija una pensión alimenticia de $64 943 mensuales y la causa 125, en la que se fija una pensión alimenticia de $50 000 mensuales[17]. Estas dos causas son ejemplo de una problemática en las pensiones alimenticias cuya falta de datos y estadísticas impide apreciar su dimensión real y recurrente. Con el objetivo de promover la implementación de mecanismos de registro en los sistemas informáticos de causas el Poder Judicial se comprometió a realizar mejoras en los sistemas de registros[18] que podrían ayudar a evidenciar la realidad de miles de mujeres, pero que aun no se han llevado a cabo.

II. La regulación de las pensiones en el sistema jurídico español

1. Principios constitucionales

Tal como se ha mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional de Chile se ha manifestado en repetidas ocasiones en torno al principio de igualdad y a la regulación legislativa que dé lugar a distintos tratos según las personas y atendiendo a sus situaciones específicas. En ese mismo sentido puede encontrarse una concordancia entre el Tribunal Constitucional de Chile y el Tribunal Constitucional español (en adelante TC), que se expresan en términos similares para resolver dudas en torno al principio de igualdad. En el ordenamiento español el principio de igualdad se encuentra establecido en el artículo 14 de la Constitución española (en adelante CE), según el cual los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo o religión. Este artículo generó en la década de 1990 varios casos de litigios contra medidas legislativas de los gobiernos españoles, principalmente en materia tributaria, que llevaron al Tribunal Constitucional español a tener que especificar qué se entiende por trato desigual por parte de la ley. Según la STC 76/1990, de 26 de abril:

> "Sobre el alcance del principio de igualdad ante la Ley este Tribunal ha elaborado en numerosas Sentencias una matizada doctrina cuyos

[17] Pérez (2021), pp. 50-51.

[18] Isónoma Consultorías Sociales Ltda. (2018).

> rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídica [...] c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin"[19].

Cabe destacar que el TC español resolvió hace ya décadas la problemática de la legislación que ponga de relieve y tenga en cuenta ciertas diferencias entre colectivos para poder así asegurar la igualdad en su sentido material. Esta circunstancia es de especial importancia teniendo en cuenta que en el sistema español existen juzgados específicos entorno a la violencia contra las mujeres, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que no existen como equivalentes en el Estado chileno, en cuyo caso las causas de violencia se encuentran comprendidas dentro de los juzgados de familia o Ministerio Público (fiscalía) en caso de maltrato habitual. Esta diferencia entre la organización judicial en España y en Chile tiene especial importancia por tres razones. En primer lugar, porque el Estado español viene llevando a cabo varias medidas legislativas en las últimas dos décadas, que han dado lugar a importantes instituciones que dan respuesta a una problemática social, que sacan de la esfera privada para dar una respuesta pública al impago de pensiones, tales como la creación del Fondo de Garantía de Pensiones. En segundo lugar, porque el Estado español ha regulado por vía penal el impago de pensiones, hecho que marca una clara diferencia respecto al sistema chileno y que garantiza la eficacia del sistema español a través del efecto coercitivo del sistema penal. En tercer lugar, y de forma más reciente, la jurisprudencia española ha reconocido como violencia económica[20] el impago de pensiones alimenticias, de tal forma que la

[19] Tribunal Constitucional de España (1990):, sentencia n.º 76/1990.

[20] En el caso de Chile, solo la Ley n.º 21389, que crea el Registro Nacional de Deudores, en su artículo quinto incorpora en el inciso final de la Ley n.º 20066, que establece la violencia intrafamiliar: "Asimismo, constituyen violencia intrafamiliar las conductas ejercidas en el contexto de relaciones afectivas o familiares, que tengan como objeto directo la vulneración de la

calificación jurídica del impago toma una relevancia de especial gravedad que justifica la posibilidad de imponer penas de prisión a este tipo de conductas.

2. *Regulación del sistema de pensiones alimenticias en el ordenamiento jurídico español*

En el ordenamiento jurídico español la regulación de las pensiones alimenticias viene establecida en el título VI, del libro I del *Código Civil* español (en adelante CC) más concretamente en los artículos 142 a 153 del CC. El contenido de dichos artículos es muy similar al del *Código Civil* chileno, debiendo destacar la regulación de las pensiones alimenticias de los artículos 146 a 148 del CC. Según el artículo 146 del CC la cuantía de alimentos debe ser proporcional al caudal tanto de quien los da como al de aquel que los recibe, pudiéndose conforme al artículo 147 del CC modificarse cuando la situación económica de alguna de las partes se viera modificada. De esta forma los artículos 146 y 147 del CC admite la posibilidad de que uno de los progenitores que vea reducida su obligación de pago de pensiones en función de su situación económica. Ahora bien, es importante destacar el contenido del artículo 148 del CC, donde se establece en su tercer párrafo que el juez puede ordenar medidas cautelares a petición del alimentista o el Ministerio Fiscal para que una entidad pública haga anticipos y para proveer futuras necesidades. Esta regulación ante el impago es inédita en el sistema chileno y muestra cómo la regulación española ha previsto el impago de pensiones mediante dos mecanismos: en anticipo de pensiones mediante una entidad pública y la posible intervención del Ministerio Fiscal en asuntos de impago de pensiones, que pueden, a su vez, implicar responsabilidad por vía penal. Puede constatarse una mayor previsión del legislador español ante los supuestos casos de impago de pensiones y se pone de manifiesto que la regulación-española ha tenido en cuenta la importancia de la eficacia del cumplimiento de este tipo de medidas para garantizar el interés superior del niño. Cabe recordar, por ejemplo, que en el sistema jurídico español la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva en procedimientos de divorcio en los que existan menores conforme al artículo 749.2 de la LEC, de tal forma que se intenta garantizar mediante la intervención del Ministerio Público la protección de los derechos de los niños y niñas en los procesos de divorcio y en la fijación de pensiones alimenticias. Estas características ponen

autonomía económica de la mujer, o la vulneración patrimonial, o de la subsistencia económica de la familia o de los hijos, tal como el incumplimiento reiterado del deber de proveer alimentos, que se lleven a cabo con el propósito de ejercer control sobre ella, o sobre sus recursos económicos o patrimoniales, generar dependencia o generar un menoscabo de dicho patrimonio o el de sus hijos e hijas". Por lo que tendría un tratamiento penal si esto constituye maltrato habitual.

de manifiesto cómo la regulación del Estado español entiende las pensiones alimenticias como un problema de interés público por afectar especialmente a niñas y niños, pudiéndose destacar, por ejemplo, la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, que permite llevar a cabo divorcios ante notario, pero exceptuando aquellos matrimonios en los cuales existieran hijos menores. Pero donde más se puede observar la importancia que da el legislador español a la problemática de las pensiones alimenticias es en la regulación penal, circunstancia que marca una diferencia fundamental respecto al sistema chileno.

3. Regulación penal del impago de pensiones en el sistema jurídico español

De la misma forma que sucede en Chile, la normativa española no permite el impago voluntario de la pensión alimenticia. Esta circunstancia faculta a los acreedores de alimentos a que pueden solicitar ante tribunales el pago de la deuda a través de juicio ejecutivo. La diferencia fundamental del sistema español respecto al chileno es que el artículo 227 del *CP* prevé responsabilidad penal por el impago de pensión alimenticia. Concretamente el artículo 227 del *CP* establece:

> "El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses".

La legislación penal española, por lo tanto, establece como un delito de "abandono de familia" el impago de pensiones alimenticias con la posibilidad de aplicar penas de prisión y que, a su vez, pueden implicar responsabilidad subsidiaria conforme al artículo 53 del *CP*. En consecuencia se puede constatar que el sistema jurídico español incluye y protege como bien jurídico el interés superior del niño o niña al tipificar aquellas conductas que puedan implicar un abandono de la familia y que los puedan afectar de forma grave en el seno de la familia.

Teniendo en cuenta la penalización del impago de pensiones cabe constatar tanto la importancia que ha dado el legislador español como la jurisprudencia del Estado español a las conductas que puedan afectar a los niños y niñas a través del impago de pensiones de uno de sus progenitores. Esta importancia se manifiesta en la reciente y muy importante STS 914/2021, de 17 de marzo donde el TS señala:

> "[…] existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial […] Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos"[21].

Nótese cómo el alto tribunal español va más allá de una concepción formalista de la justicia y define en dos ocasiones la obligación del pago de pensiones como una obligación acorde con el "derecho natural", de tal forma que la relevancia que se da al cumplimiento de dichas obligaciones va más allá de una mera deuda económica. En efecto el TS entiende la relevancia de este tipo de deudas y la gravedad respecto a los intereses de los niños y niñas, cuya corta edad y carencia de autosuficiencia generan una situación de vulnerabilidad que debe ser protegida por la justicia cuando el responsable no se hace cargo por propia "obligación natural", de tal forma que aplica acertadamente la calificación de "violencia económica" a este tipo de conductas.

Respecto a la rigidez de los tribunales españoles en relación con la aplicación del tipo penal del artículo 227 del *CP*, debe señalarse que los tribunales no han tenido siempre un mismo criterio ni una misma rigidez. Cabe recordar que el Estado español ha pasado por graves crisis de desempleo desde 2008 que han dado lugar a un aumento de casos de impago por parte de padres. Ante estas situaciones no han sido pocos los padres que han justificado ante los jueces su imposibilidad de hacer frente a la pensión alimenticia debido a su situación de desempleo. Ante esto pueden encontrarse sentencias dispares, algunas condenatorias y otras absolutorias. Cabe destacar, por ejemplo, la SAP Cáceres 99/2012, de 5 de febrero, donde el tribunal establece:

> "Si se tienen unos ingresos, aunque se considere que los mismos son insuficientes, es obvio que a lo primero que hay que atender es a la obligación natural, más allá de la judicial, de atender a las necesidades

[21] Tribunal Supremo de España (2021), ECLI: ES:TS:2021:914.

> de tus hijos, no partir de tus propias necesidades, y si queda algo para los hijos, bien, y si no incurrir en una absoluta despreocupación de cómo están peleando sus necesidades más vitales, dejando esa responsabilidad únicamente a la progenitor [sic] bajo cuya custodia se encuentran. Eso es precisamente lo que la ley pretende evitar. Y la concurrencia o no de voluntariedad traspasa lo que se convierte en una simple excusa, no tengo dinero suficiente par mi, no se lo doy a mis hijos, situación que no puede ampararse ni siquiera en el restringido ámbito penal"[22].

En ese sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España ha especificado qué tipos de deudas pueden incluirse en la conducta típica del artículo 227 del *CP* y cómo debe computarse el periodo de la deuda. Por un lado, el Tribunal Supremo de España ha establecido que el tipo penal del artículo 227 del *CP* puede incluir, además, de la deuda de pensión alimenticia otros conceptos que afecten económicamente a la familia. En relación con ello la STS 2158/2020[23] especifica que el tipo penal del artículo 227 del *CP* se refiere a "cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o a sus hijos", pudiendo subsumirse conductas tales como el impago de cuotas hipotecarias. Por otro lado, el Tribunal Supremo también se ha encargado de especificar qué periodo temporal debe computarse para establecer la deuda conforme al artículo 227.3 del *CP*, estableciendo mediante la STS 2483/2020 que el tipo penal del artículo 227 del *CP* es un delito "de tracto sucesivo o continuado"[24] integrado por varios actos y concluyendo que la extensión de los hechos se puede producir hasta el mismo momento del juicio oral.

Se constata, en consecuencia, que en el sistema jurídico español se ha dado una respuesta penal al impago de pensiones y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dedicado una creciente atención a este tipo de conductas para especificar sus peculiaridades y resolver conflictos que pudieran generar "violencia económica" como consecuencia del impago de prestaciones económicas a favor de cónyuges o hijos. A su vez, se constata también mediante varias sentencias condenatorias que estos tipos penales no solo se aplican, sino que la precariedad económica de los deudores a menudo no constituye justificación que permita eludir su responsabilidad, puede extenderse a otros conceptos más allá de la deuda de pensiones alimenticias

[22] Audiencia Provincial de Cáceres (2012), ECLI:ES:APCC:2013:99.
[23] Tribunal Supremo de España (2020a): ECLI:ES:TS:2020:2158.
[24] Tribunal Supremo de España (2020b): ECLI:ES:TS:2020:2483.

4. Mecanismos de cumplimiento y protección de pensiones alimenticias; fondo de garantía de pensiones

Una tercera diferencia que se puede constatar entre la legislación chilena y la española respecto al cumplimiento del pago de deudas por pensión alimenticia es la existencia de instituciones tales como el Fondo de Garantía de Pensiones. En el año 2004 se aprobó en España la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. En esta ley se establecía en su disposición adicional 19ª la creación de un fondo para garantizar el pago de alimentos. Este fondo fue creado en 2007 a través del real decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos y su gestión se atribuye al Ministerio y Hacienda a través de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas. Las aportaciones de este fondo se consignarán anualmente mediante los Presupuestos Generales del Estado y cabe destacar que tal y como se establece en el artículo 3 del RD 1618/2007 las cantidades que se abonan a cargo del fondo tienen condición de anticipos que deben ser reembolsados o reintegrados en favor del Estado. En relación con esta disposición es de especial importancia constatar las medidas que prevé el artículo 24 del mismo RD 1618/2007 para garantizar el pago de los deudores. Concretamente el artículo 24 establece que el Estado se subroga el pleno derecho hasta el total de los pagos satisfechos al interesado y en los derechos que asisten al mismo frente al interesado "teniendo dicho importe la consideración de derecho de naturaleza pública". Para cumplir esta obligación se prevé una liquidación a través de notificación al deudor, quien está obligado a ingresar al Tesoro Público la deuda conforme a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y se prevé que en caso de incumplimiento el Estado podrá proceder a ejecutarla mediante la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Se trata consecuentemente de un mecanismo efectivo que garantiza, por un lado, que los posibles acreedores de alimentos puedan recibir el pago de pensiones cuando exista deuda, y que hace, a su vez, que el Estado pueda tomar la posición de acreedor de la deuda para cobrar a través de sus propios mecanismos tributarios la deuda del padre que omitiera su deber de pagar la pensión alimenticia. Se trata de un mecanismo que involucra al Estado como parte para el cumplimiento de las deudas de pensiones, y cabe destacar que no solo permite hacerse efectivo en ámbito español, sino, también, en ámbito europeo, puesto que la *disposición adicional segunda* del RD 1618/2007 prevé la posibilidad de que el acreedor solicite el cobro de la deuda cuando el deudor resida en el extranjero mediante los procedimientos propios de los convenios internacionales, que, a su vez, se encuentran regulados de forma específica con normas internacionales tales como: el Reglamento

(CE) n.º 4/2009 del Consejo Relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos[25].

III. Factores relacionados con la falsa neutralidad de la norma

1. Deficiencias del Estado

Sin perjuicio de la normativa mencionada, y de los compromisos que Chile ha adquirido internacionalmente en la práctica parece letra muerta, ya que el legislador no se preocupa de analizar el real contexto de la sociedad e implementar las medidas conducentes a que la normativa no produzca efectos contradictorios como su falsa neutralidad.

Uno de los efectos de la pandemia COVID-19, declarada por la Organización Mundial de la Salud el 30 de enero de 2020 (ESPII) fue revelar las deficiencias y precariedad del Estado chileno. La administración del Estado se vio colapsada, como en muchos países del mundo, aunque en el caso de Chile fue más importante que en otros Estados debido a que la desigualdad social se mantenía oculta en un equilibrio imaginario. El sistema capitalista neoliberal heredado de la dictadura se encargó de construir grandes edificios que dejan en la sombra la realidad del país, que, ante los ojos internacionales se vende como la panacea de Latinoamérica. Esta imagen exterior de Chile oculta la realidad de millones de personas de un Estado que ha permitido que exista una deuda en pensiones alimenticias por un total de ciento ochenta mil millones de pesos, afectando a miles de mujeres, niños, niñas y adolescentes[26].

Conscientes de este problema, en el año 2015 se había ingresado un proyecto de ley (*Boletín* n.° 10259-18), para crear un registro de deudores de pensiones alimenticias muy similar al ingresado por el presidente Sebastián Piñera el año 2021 (*Boletín* n.° 14077-18), que, si bien no resuelve el problema de fondo, contribuye a la solución. En relación con ello el académico Cristian Lepin señaló[27]:

[25] En la Unión Europea el Reglamento 4/2009 permite determinar tanto la competencia como la ley aplicable y los órganos jurisdiccionales que pueden ejecutar las resoluciones en materia de obligación de alimentos, de tal forma que puede solicitarse la tutela judicial y la ejecución de sentencias entre estados miembros cuando el demandado vive en un estado de la UE diferente del estado de residencia del demandante.

[26] Senado (2020), p. 3.

[27] Palma (2015).

> "Creo que es urgente tener una nueva normativa en esta materia, porque esta situación repercute en un problema social grave que afecta a las personas más débiles, especialmente a los niños, que ven que sólo uno de los padres los apoya económicamente y en ese sentido van en desventaja con otros que tienen ambos padres. Este problema es un germen de desigualdad. Los hogares pobres tienen en promedio un mayor número de hijos menores de 18 años, con lo cual esta situación se agrava, agrega la profesora de la Facultad de Ciencias Sociales Catalina Artega. La investigadora en temas de familia explica que los hogares con jefatura femenina son en un alto porcentaje más pobres y pobres extremos respecto de los hogares con jefatura masculina. Todos estos factores inciden no solamente en la situación de los niños y niñas, sino en las familias y en la perpetuación de las condiciones de pobreza y pobreza extrema, principalmente de las mujeres"[28].

Sin embargo, los proyectos de ley parecieran dormir en el Congreso y el aparato político solo se activa cuando los problemas se hacen evidentes. La tendencia a la procrastinación de la clase política ha contribuido a precarizar gravemente la vida de las mujeres, quienes muchas veces se ven en la obligación de tener más de un trabajo para poder compensar todo aquello que el padre de las hijas e hijos ha dejado de hacer o cumplir. Asimismo, el Poder Judicial a través de los tribunales de familia, no ha sido capaz de percibir la gravedad del asunto, y tampoco ha tenido la suficiente entereza para solucionar el problema aplicando la normativa internacional existente, sino que se ha abocado a la aplicación casi textual articulada de la Ley n.º 14908,-incorporando con recelo la Convención de los Derechos del Niño en el fundamento de sus sentencias y sin aplicar la normativa internacional ratificada por Chile que protege los derechos de la mujer.

2. Detección errada del problema

El 23 de marzo de 2020, ingresó un proyecto de ley al Congreso (*Boletín* n.° 13330-07) mediante un mensaje del Presidente de la República. Este proyecto tiene por objetivo evitar la creciente deuda de pensiones alimenticias, y dentro de los fundamentos del proyecto se tomó en consideración el interés superior de niños, niñas y adolescentes que actualmente no pueden satisfacer su derecho de alimentos. Así también se acordó el compromiso por parte del gobierno para construir una sociedad igualitaria entre hombres y mujeres, haciendo hincapié en la eliminación de toda forma de discriminación. Sin embargo, la

[28] Palma (2015).

ley establecía una extensa justificación para los deudores que mantiene las mismas problemáticas para las mujeres proponiendo una "calificación" para incorporar a los deudores al boletín comercial para distinguir aquellos "deudores negligentes" de aquellos que están "dispuestos a pagar" pero que caen en cesantía u otro supuesto de dificultad económica. En definitiva, el Registro Nacional de Deudores consiste en una inscripción que contiene a las personas obligadas al pago de alimentos, que adeuden al menos tres meses consecutivos o cinco meses discontinuos de alimentos provisorios o definitivos, de igual manera seguirán vigentes los apremios originales que contiene la Ley n.º 14908. El tribunal deberá informar mensualmente al Servicio del Registro Civil el número de cuotas adeudadas, para proceder a su actualización y la cancelación del registro se realizará por orden judicial en cuanto el alimentante acredite el pago íntegro de los alimentos adeudados o se calcule un acuerdo de pago serio y suficiente, que será aprobado por el tribunal.

Entonces, ¿qué sucede con las hijas o hijos que no recibe la pensión cuando su padre tenga *disposición* de pagar, pero no pueda o deba solo un mes de pensión? ¿Qué se le debe pedir a aquella mujer que ejerce su maternidad y debe hacerse cargo de todo el peso económico de la mantención de los hijos?

Ante estas cuestiones se puede constatar que tanto el *Código Civil* en sus artículos 222, 323, la Ley n.º 14908 y la Ley n.º 21389 ya referida, que pareciera ser a simple vista creada con la finalidad de hacer efectivo el principio de corresponsabilidad y propiciar la igualdad de obligaciones existentes entre hombres y mujeres para con los hijos; es, en realidad, un ejemplo por sus propias contradicciones, de la no neutralidad del derecho.

Una normativa que tanto en sus preceptos como en su posterior aplicación no considera el contexto social-económico analizado, que termina por subordinar a las mujeres y que las obliga a aceptar la responsabilidad de solventar todas las necesidades económica de sus hijas o hijos, ya que, en la mayoría de las consideraciones de la norma no se contempla la vinculación con los hijos, sino exclusivamente la capacidad y disposición económica del padre. De esta forma puede constatarse cómo el ordenamiento jurídico ha determinado *per se*, cuál es el lugar de la mujer y cuál es su papel en las pensiones alimenticias, siendo esta posición determinado por su género.

Tal como se expuso anteriormente, la modificación de la Ley n.º 14908 se sitúa en la implementación de un registro nacional de deudores de pensiones de alimentos, pero no modifica en nada la forma en que se determina el monto que debe pagar el padre o madre, sino, más bien, se enfoca en el cumplimiento de los alimentos, es decir, la forma de pagar los alimentos, para aquellos padres o madres que tienen una deuda.

Las instituciones no han sido capaces de estar a la altura de la situación, no han realizado un análisis armónico de la normativa existente, que permita

dar una solución integral mediante el ordenamiento jurídico chileno a los operadores de justicia.

En relación con el análisis integrador de la norma debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema tampoco ha incorporado aquellas normativas internacionales que deben ser analizadas para el caso concreto de modificación. Ejemplo de lo anterior es que a raíz de este proyecto de ley 21389 la Corte Suprema emitió un informe a la Cámara de Diputados y Diputadas señalando la importancia del proyecto, pero una vez más dejando de lado a las principales afectada, las mujeres, y solo incluyendo principios referentes a niños, niñas y adolescentes:

> "Considerando todo lo anterior, el proyecto de ley se traza a través de tres objetivos, buscando en primer término promover el principio de corresponsabilidad; en segundo término, promover el interés superior del niño; y en tercer término, facilitar y mejorar el sistema de pago de las pensiones de alimentos"[29].

3. Derecho de acceso a la justicia

Otra problemática que deriva de la falsa neutralidad de las normas está relacionada con el derecho de acceso a la justicia, según una encuesta realizada por CADEM[30] junto con el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, el 46 % de las mujeres no convive con el padre de sus hijos y de estas, un 65 % no recibe la contribución correspondiente de pensión, debemos preguntarnos, ¿realmente existe un derecho de acceso a la justicia? El derecho de acceso a la justicia no solo responde a la necesidad de garantizar el acceso al órgano jurisdiccional, sino, también, tiene relación con la obtención de una decisión fundada del asunto sometido a su conocimiento, y en el caso de ser favorable, la existencia de su cumplimiento efectivo, a su vez, es importante analizar este derecho desde una perspectiva más amplia, es decir, que no solo abarque al órgano jurisdiccional propiamente tal, sino, también, a todo aquel organismo del Estado.

La Convención Interamericana de Derecho Humanos, determina en su artículo 8 número 2:

> "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

[29] Informe de proyecto de Ley 4-2021 (2021), p. 3.

[30] Garrido (2021).

A su vez, la CDAW refuerza en su articulado las obligaciones de los Estados parte, de garantizar a las mujeres el ejercicio de los derechos humanos y libertades personales en iguales condiciones que los hombres, esto significa que el Estado debe realizar ciertas acciones, ya sean positiva o negativas para el cumplimiento efectivo.

Es claro que el incumplimiento en la obligación de alimentos o las bajas pensiones establecidas son una violación a los derechos humanos de NNA, pero también constituye una forma de violencia contra la mujer, lamentablemente esta forma de violencia ha sido invisibilizada por nuestra sociedad tal como se ha señalado en los planteamientos iniciales de este trabajo, se presume que será la mujer quien tendrá que responsabilizarse por todo aquello que el hombre no haga, incluso, aplicando el principio de corresponsabilidad, se entiende que este es el papel natural e inherente que corresponde a la madre. Así se ha reconocido por la Corte Suprema, la importancia del vínculo materno, quien, conociendo sobre recurso de casación en el fondo, en su considerando décimo llega a la siguiente conclusión:

> "Desde este punto de vista no puede desconocerse la particular situación del menor dada su condición etaria y etapa de desarrollo en que se encuentra, donde si bien tanto la figura paterna y materna son importantes y determinantes para su formación, lo cierto es que no puede desconocerse aquella regla natural o biológica que da cuenta de la especial vinculación con esta última. Tal relación, que viene dada por la existencia de la vida prenatal y que se presenta como simbiótica en los inicios del desarrollo humano, se va transformando e independizando a medida que el niño avanza en su desarrollo. Sin embargo, en esta etapa de la niñez es crucial la presencia de la madre, con la que primordialmente se presenta el apego, elemento fundamental para la formación del niño, en cuanto a factor de protección y contención, desde los primeros momentos de existencia, pasando por los diversos ciclos de la vida, entre ellos, el de la primera infancia"[31].

Si bien el criterio de la Corte es acertado al caso concreto de la sentencia, el problema de tener en consideración un vínculo preferente de los infantes con las madres en la primera infancia es que este raciocinio se aplica en todo orden de causas relacionadas con mujeres en materia de familia que están a la vista en los tribunales, incluidas las causas de fijación y pago de pensiones alimenticias. De forma tácita los tribunales suelen entender y aplicar el criterio según el cual la mujer tiene la capacidad y el deber de hacerse cargo de todo lo que tiene que ver con los hijos. Por eso se hace imprescindible que la

[31] Corte Suprema (2009), rol n.º 2246-2009.

judicatura incorpore la perspectiva de género sin que esto signifique aplicar una ideología ni un análisis en favor de las mujeres. La perspectiva de género busca tener presente que hombres y mujeres no están en las misma condiciones, y que para obtener una sentencia justa es necesario considerar los diversos factores a los que están expuestas las mujeres, así como las relaciones de poder existentes y los prejuicios socioculturales. Los bajos estándares para fijar las pensiones alimenticias y el retraso en el cumplimiento de las obligaciones con el objetivo de menoscabar o controlar la posición económica de la mujer refuerzan comportamientos paternales irresponsables, y constituyen violencia económica. En términos generales esta violencia relacionada con género puede se puede definir como:

> "Cualquier conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en el género, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su integridad personal, incluyendo la amenazas de tales actos, acoso, coacción y privación de libertad arbitraria. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes"[32].

Un ejemplo de ellos, es el primer retiro del 10 % de las AFP, medida que se implementó de forma provisoria para sopesar de algún modo los estragos de la pandemia, abrió en un inicio la posibilidad de que miles de mujeres pudieran cobrar las pensiones alimenticias impagas, solicitando la retención del dinero para aquellos padres deudores de alimentos. Sin embargo, al establecer esta medida el Congreso no tuvo en cuenta los efectos perjudiciales que podría causar, y muchos padres comenzaron a violentar a aquellas mujeres que solicitaron las respectivas retenciones.

La anterior ministra de la Mujer señaló:

> "En el primer retiro del 10%, donde hubo la posibilidad de retirar las pensiones alimenticias, muchas mujeres fueron víctimas de amenazas: si tu retiras te voy a golpear, si tu retiras te voy a quitar a tus hijos"[33].

Este error en la modificación se corrigió en los retiros posteriores y miles de madres pudieron solicitar a la AFP el pago directo de la deuda en concepto de pensión alimenticia, sin que los beneficiados por los retiros de fondos de pensiones pudieran intervenir, ya que se emitió una orden de retención directa.

[32] Isónoma Consultorías Sociales Ltda. (2018).

[33] Ministerio de la Mujer y Equidad de Género (2020).

Debe concluirse, por lo tanto, que el derecho de acceso a la justicia tiene relación directa con la necesidad de que las diversas funciones del Estado den visibilidad a la perspectiva de género. Teniendo en cuenta esta perspectiva de género el Estado debería garantizar que la función legislativa considere aquellos nudos críticos que permiten analizar el impacto que puede tener una determinada norma en la mayoría de la población mediante herramientas que tengan por objetivo recopilar datos reales.

IV. Posibles soluciones a la falsa neutralidad de la norma

1. Gender Mainstreaming

El derecho de acceso a la justicia contempla una resolución fundada, pero ¿es realmente posible una resolución fundada y justa, si las normas tienen una falsa neutralidad? Resulta muy difícil teniendo en cuenta que la mayoría de las leyes, incluso aquellas que son consideradas "beneficiosas para la mujer" y dictadas con el objetivo de eliminar algunas desigualdades de base, carecen de una real perspectiva de género.

En términos generales la normativa tiende a "solucionar el problema de las mujeres", clasificando las desigualdades de género como un problema de las mujeres. De forma recurrente no se tiene en cuenta que las desigualdades responden a una estructura patriarcal que tienen como resultado la discriminación de la mujer. Bajo esta perspectiva es complejo que las desigualdades se aborden de manera eficiente y eficaz por parte del legislador, puesto que no suele hacerse un análisis más profundo del impacto de género que puede tener una norma, así como los efectos económicos y sociales que pueda producir. Para evitar este tipo de efectos negativos en algunos estados se incorpora el concepto conocido en inglés como *Gender mainstreaming* que significa que los gobiernos controlan el impacto de las políticas desarrolladas por cada una de las áreas gubernamentales teniendo en cuenta una perspectiva de género. Como ejemplo cabe citar la ley española 30/2003[34] sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno que tiene como objetivo de evitar discriminaciones o posibles efectos colaterales en las disposiciones normativas. Con esta medida el legislador ha intentado avanzar y dar cumplimiento a la normativa internacional, aunque no siempre se han cumplido sus disposiciones. Según Blanca Rodríguez Ruiz:

[34] Ley 30/2003 (2003).

> "El problema es que la aplicación de estas provisiones legislativas no siempre está a la altura de su potencial. Para empezar, la obligación de presentar un informe de género se ha incumplido en un importante porcentaje de casos"[35].

En conclusión y partiendo de una perspectiva de *Gender Mainstreaming* debe tenerse en cuenta que para que las normas sean efectivas y capaces de combatir la falsa neutralidad es necesario que exista una transversalidad de género y que los mecanismos de control que garanticen reales compromisos con la equidad de género.

2. Reconocimiento constitucional

Considerando lo anterior y con la finalidad de que los jueces unifiquen criterios en sus fallos, se hace imprescindible que exista un reconocimiento constitucional, de la igualdad de género, como un principio en las bases de la institucionalidad así, también, la correspondiente protección constitucional que no esté limitada a los derechos establecidos en el artículo 20 de la Carta Fundamental. En cuanto a los aspectos relevantes a considerar en una nueva Constitución, creo que es fundamental hacernos cargo de las desigualdades, y que tengan por objetivo obtener una igualdad efectiva, como afirma Encarna Bodelón:

> "La causa por la que se hace necesario avanzar hacia un concepto de igualdad efectiva. Dicha causa no es sencillamente la insuficiencia de la igualdad formal, de la igualdad de trato, sino que es la incapacidad de la igualdad formal, de la igualdad de trato, de dar cuenta de las relaciones sociales de subordinación, de las estructuras de dominación que se han desarrollado en torno a la estructura de género"[36].

Para poder avanzar, es importante tener en cuenta una deconstrucción del concepto actual de ciudadanía androcéntrica, que propenda a una reestructuración de concepto de ciudadanía por *cuidadanía*[37], conviviendo lo femenino y masculino, sin diferencias valorativas, que sean capaces de trascender la esfera pública y privada, rompiendo con la subordinación del sexo femenino. Así, también, es importante poder plasmar un real compromiso de Estado, con la realidad social y las desigualdades. No es suficiente el cambio simbólico de una frase, como lo fue el artículo 19 número 2, de la CPR el año 1999.

[35] Rodríguez (2010), p. 108.
[36] Bodelón (2006), p. 90.
[37] Rodríguez (2010), p. 105.

3. Mayor participación política de las mujeres

Uno de los principios imperantes de todas las Constituciones es la igualdad. Sin embargo, en la práctica no suele ser efectiva, puesto que parte de la premisa de que todos los ciudadanos se encuentran en el mismo punto de partida, un supuesto bastante alejado de la realidad. La equidad, en cambio, busca subsanar todos aquellas desigualdades generadas por puntos de partida desiguales para que exista la posibilidad de acceder de forma eficaz a ciertos derechos y oportunidades. La constitucionalización de las cuotas es una de las medidas que tiende a subsanar de algún modo este desequilibrio, con el objetivo de favorecer la integración política de la mujer, y poder obtener, por ejemplo, una perspectiva de género en todo orden de funcionamiento del Estado. El Estado debe asegurar la participación igualitaria de las personas que componen una sociedad, que la Constitución de Chile establece en su artículo primero inciso cuarto. Sin perjuicio de lo anterior, estos preceptos no parecen ser lo suficiente eficaces para garantizar una real igualdad de participación, sino, más bien, requieren de formas específicas, que sean capaces de garantizar, mediante su exigibilidad la obligatoriedad y vinculación con el precepto. Si bien las cuotas[38] y su constitucionalización es un avance para romper la desigualdad de género, una medida mucho más efectiva, sería garantizar la paridad de género, tal como se realizó con la Ley n.º 21216 en la integración de la Convención Constitucional.

4. Implementación de políticas públicas

Las pensiones alimenticias, su designación y cómo el Estado maneja la materia dentro de las políticas públicas que contemplen a la mujer y a la familia requieren la necesidad de reforzar estudios de economía feminista, para visibilizar temas como el costo personal que implica para las mujeres asumir el cuidado de los hijos o hijas. También debería valorizarse todo aquello que el hombre no es capaz de sopesar, la falta de oportunidades para las mujeres en la participación de la vida social y económica que afectan a los recursos para que los NNA vean cubiertas sus necesidades. Lo anterior debe ser estudiado de manera responsable entendiendo que no todas las mujeres son iguales. No es aceptable seguir idealizando un modelo de ser humano que muchas veces esta relacionado con el modelo económico imperante y no existe un modelo de

[38] Las cuotas se refieren a una acción positiva o directa para lograr la igualdad de participación de hombres y mujeres en diferentes aspectos de la vida en sociedad, en este caso en particular se refiere a la participación política.

mujer a la que se debe aspirar. Si esto fuera así se estaría desviando el camino para lograr un reconocimiento integral. Es necesario tener en consideración una perspectiva de infancia para comprender que en los temas de violencia de género deben considerarse los efectos en niños y niñas. No se puede olvidar que muchas veces cuando existe violencia de género, esto afecta de forma transversal a la familia en su conjunto y en relación a ello las políticas públicas deben ser integrales, considerando de forma responsable todos los factores que pueden evitar futuras reproducciones de conductas machistas. Una solución requiere nuevos paradigmas sobre el análisis de la paternidad, incluyendo en estos los procesos educativos.

El Estado debe ser capaz de adquirir compromisos que tengan una bajada real en la normativa y que, a su vez, sean implementados por todas las instituciones que componen la sociedad. Las instituciones deben poner en marcha estrategias públicas en temas de género que tengan por objetivo enfatizar la participación de forma igualitaria en todas las actividades educativas y políticas, y estas deben estar dirigidas a la capacitación y a la transformación de las relaciones de género. Así, también, para la toma de decisiones en los procesos es necesario articular distintos agentes de forma coordinada con cooperación multisectorial. Para este propósito y para lograr la esperada equidad deben existir especialistas que orienten a los poderes públicos del Estado en el proceso de análisis de género y la transversalización.

Conclusión

Del análisis de la normativa, puede concluirse que el Estado pareciera constituirse con una estructura sexuada, coetánea al mismo Estado, quien, a su vez, propone o difunde una construcción sexuada de ciudadanía. El contrato social, los principios de libertad, igualdad y fraternidad parecieran ser un mito, pues no se puede ser libres o iguales si existirán modelos que determinan la sociedad, lo cual permea la normativa que muchas veces sitúa a las mujeres en una desventaja de base, incluso en el ejercicio de ciertos derechos. Muchas veces esas carencias no son percibidas por la sociedad en general, y se tienen como implícitas y concluyentes en el inconsciente. Sin embargo, todos los seres humanos deberían tener-derecho a no ser discriminados motivo por el cual es necesario que el perfil masculinizado de la norma se logre disipar y comenzar a crear un ordenamiento jurídico y político paritario.

Deben existir acciones positivas concretas, todas aquellas medidas temporales vinculadas a acciones jurídicas destinadas a eliminar la discriminación grupal, una estrategia que permita restablecer una igualdad material y no solo formal. Medidas que tiendan a resarcir el daño histórico de desigualdad a cual

ha estado expuesta una mayoría de la población. Es necesario realizar un análisis exhaustivo de la normativa, que permita incorporar nuevos conceptos que sirvan de herramienta para comprender mejor el funcionamiento social como, por ejemplo, la interseccionalidad, así también utilizar de forma obligatoria herramientas de estudio.

Las políticas públicas tampoco pueden quedar fuera en esta implementación, ya que la falsa neutralidad de la norma no es una causa individual, sino el resultado de una cadena de situaciones que dan como consecuencia una norma poco justa. Principalmente deben establecerse políticas públicas que propendan a la igualdad de oportunidades, para que exista una garantía de participación en la sociedad que integre perspectiva de género e infancia.

El tema de las pensiones alimenticias no ha logrado tener la importancia que merece en ninguno de los poderes o funciones estatales, a pesar de los estragos que visibilizó la pandemia. Los poderes Legislativo y Ejecutivo parecieran considerar que las actuales normativas y las pequeñas modificaciones son suficientes para resolver esta problemática. Sin embargo, no se ha hecho visible el tema de fondo, que es la falsa neutralidad de la norma que regula las pensiones alimenticias. Esta falsa neutralidad no solo termina por perjudicar y segregar aún más a las mujeres, sino que, también, pone en riesgo a NNA, pues en muchos casos estos dependen solo del ingreso de sus madres, quienes, a su vez, se han visto impedidas de continuar su desarrollo profesional por estar al cuidado de los hijos o hijas y se han visto obligadas a ejercer cualquier trabajo que precarizan aún más su vida y las de sus hijos. Un estudio realizado por Comunidad Mujer (2019), señaló que el trabajo doméstico y de cuidados no remunerados equivalía al 22 % del PIB ampliado, superando la contribución de todas las otras ramas de actividad económica[39]. No puede dejar de señalarse el componente cultural que da por hecho que es la mujer la que debe hacerse cargo de la prole y de todo aquello en lo que el hombre no responde, y de que si esta protesta por el derecho de alimentos que le corresponde suele ser mas susceptibles de sufrir violencia o de ser acusada de querer lucrar. Esta mecánica cultural no produce los mismos efectos en los hombres que no pagan las pensiones o evaden los procedimientos judiciales. Al contrario, a ellos se les permite de forma tácita esta falta de criterio.

Se hace necesario incluir nuevos paradigmas de contenido que propendan a cambios en las estructuras socioculturales, derribando los estereotipos y generando educación no sexista que integre la perspectiva de género, los derechos humanos y que permita cuestionar o replantear el sistema patriarcal. Resulta evidente la falsa neutralidad de la normativa que regula las pensiones

[39] Comunidad Mujer (2019), p. 13.

alimenticias, puesto que la norma tiene efectos devastadores en su aplicación. Es lamentable que existiendo una modificación no se logre aún dimensionar el problema real de la ley n.º 14908 en su aplicación a la sociedad chilena puesto que, independiente de la reforma de cumplimiento de los alimentos, no resuelve un problema complejo en el que nadie ha reparado: los criterios que se utilizan para determinar una pensión alimenticia y cómo esta obliga a muchas mujeres a tener una doble responsabilidad.

Muchos podrán decir "a lo imposible nadie está obligado". Sin embargo, este adagio usado en el derecho pareciera solo ser aplicado a los hombres, pues miles de mujeres siguen haciendo lo imposible para mantener solas sus hogares. Es necesario visibilizar que tanto la legislación como los procedimientos judiciales referente al derecho de alimentos, van más allá de un derecho humano de NNA, puesto que también afectan a una mayoría de mujeres a las cuales se ha naturalizado la obligación total para con los hijos e hijas.

Bibliografía

Barrientos Grandon, Javier (2018): *Código de familia* (Santiago: Thomson Reuters, sexta edición).

Bodelón González, Encarna (2006): "Las leyes de igualdad de género en España y Europa ¿Hacia una nueva ciudadanía?". Disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2010-10008500106 [fecha de consulta: 28 de mayo de 2022].

Facchi, Alessandra (2005): "El pensamiento feminista en el Derecho". *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, n.º 6: pp 27-47. Disponible en www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/el-pensamiento-feminista-sobre-el-derecho.pdf [fecha de consulta: 28 de mayo de 2022].

Peréz Ahumada, Paz (2021): *Incumplimiento de alimentos en la justicia de familia* (Santiago: DER Ediciones Ltda., primera edición).

Rousseau, Jean-Jacques (1762): *Emilio o de la educación* (Ciudad de México: Berbera Editores, S.A. de C.V., primera edición, 2014).

Rodríguez Ruiz, Blanca (2010): "Hacia un estado post patriarcal". *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 149: pp 87-122. Disponible en www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/27849belenrodriguezruizrep149.pdf [fecha de consulta: 28 de mayo de 2022].

Scott, Joan Wallach (1996): *Las mujeres y los derechos de los hombres* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, primera edición).

Zúñiga Añazco, Yanira (2020): "Igualdad de género para una nueva Constitución", en Muñoz León, Fernando y Ponce de León Solís, Viviana (coords.), *Conceptos para una nueva Constitución* (Santiago: DER Ediciones Limitada) pp 233-254.

Otros documentos

Almendras Carrasco, Hernán (2020): "Informe de la comisión de familia y adulto mayor recaído en el proyecto de Ley iniciado en la moción que modifica la Ley 14.908". *Boletín* n.° 13.465-16. Disponible en www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=55863&prmTipo= INFORME_COMISION [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Comunidad Mujer (2019): ¿Cuánto aportamos al PIB? Primer estudio nacional de valoración económica del trabajo doméstico y de cuidados no remunerado en Chile. Disponible en https://comunidadmujer.cl/wp-content/uploads/2022/04/Cuanto-Aportamos-al-PIB. pdf [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Garrido, Mónica (2021): "Cámara Baja aprueba proyecto de Registro de deudores de pensión alimenticia: Iniciativa es despachada al Senado". Disponible en www.latercera.com/politica/noticia/camara-baja-aprueba-proyecto-de-registro-de-deudores-de-pension-alimen ticia-iniciativa-es-despachada-al-senado/Y7VLUX-PGKJGZNOPVJKTZWSVUVU/ [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Facio Montejo, Alda (1992): *Cuando el género suena cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. Disponible en https://catedraunesco-dh. unam.mx/catedra/CONACYT/16_DiplomadoMujeres/lecturas/modulo 2/1_Alda% 20facio_Cuando_el_gen_suena_cambios_trae.pdf [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Fundación Sol (2021): *Los verdaderos sueldos de Chile*. Disponible en https://fundacionsol.cl/blog/estudios-2/post/los-verdaderos-sueldos-de-chile-2022-6851 [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Instituto Nacional de Estadísticas de Chile (2019): *Estadísticas judiciales*. Disponible en www.ine.cl/docs/default-source/justicia/publicaciones-y-anuarios/difusi%C3%B3n/informe-anual-estad%C3%ADsticas-judiciales-2019.pdf?sfvrsn=25a4f678_2 [fecha de consulta: 25 de mayo de 2022].

Isónoma Consultorías Sociales Ltda. (2018): "Estudio de mejoras de los sistemas de registro de datos sobre la violencia en contra de las mujeres con fines estadísticos". Disponible en http://secretariadegenero.pjud.cl/images/stignd/estudios/datos/Estudio_Datos_PPT.pdf [fecha de consulta: 2 de mayo 2022].

Ministerio de Desarrollo Social (2023): Informe de canasta basica familiar. Disponible en: https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/noticias/nuevo-informe-de-canasta-basica-familiarxm#:~:text=En%20tanto%2C%20el%20valor%20de,meses%20de%2017%2C3%25 [fecha de consulta: 2 de julio de 2022].

Ministerio de la Mujer y Equidad de Género (2020): "ministra Zalaquett: llama a denunciar amenazas de deudores de pensiones de alimentos que buscan evitar la retención del 10% de las AFP". Disponible en www.gob.cl/noticias/ministra-zalaquett-llama-denunciar-amenazas-de-deudores-de-pensiones-de-alimentos-que-buscan-evitar-la-retencion-del-10-de-las-afp/ [fecha de consulta: 2 de julio de 2022].

Muñoz Cortés-Monroy, Fabiola (2020): "Pago de pensiones de alimentos ¿de quien es la deuda?". Disponible en www.ciperchile.cl/2020/08/06/pago-de-pensiones-de-alimentos-de-quien-es-la-deuda/ [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Palma, Francisca (2015): "El 60% de los demandados por no paga estos derechos a sus hijos". Disponible en www.uchile.cl/noticias/112503/60-de-demandados-por-pension-alimenticia-no-paga-este-derecho- [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Sepúlveda Susan (2023): "Nuevos instrumentos contra las deudas por pensión de alimentos". Disponible en www.ciperchile.cl/2023/03/07/8m-nuevos-instrumentos-contra-las-deudas/ [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Cortez-Monroy Muñoz, Fabiola y Suarez Salinas, Carolina (2020): "Profesora Carolina Salinas y No de pensiones de alimentos: el camino hacia una solución definitiva". Disponible en https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/27443-profesora-carolina-salinas-y-no-pago-de-las-pensiones-de-alimentos-el-camino-hacia-una-solucion-definitiva [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Normas

Ley n.º 14908 (1962), sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, 5 de octubre de 1962.

Ley n.º 21216 (2020), modifica la carta fundamental para permitir la conformación de pactos electorales independientes y garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una nueva Constitución Política de la República, 24 de marzo de 2020.

Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 246, 14 de octubre 2003. Disponible en www.boe.es/eli/es/l/2003/10/13/30 [fecha de consulta: 25 de mayo de 2022].

Ley n.º 21389 (2021), crea el registro nacional de deudores y modifica diversos cuerpos legales para perfeccionar el pago de pensiones de alimentos, 18 de noviembre de 2021.

"Informe de proyecto de Ley 4-2021", *Boletín* 14.077-18. Disponible en www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/04/INFORMEPROYECTODELEYREGISTRODEU DORESALIMENTOS.pdf [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Jurisprudencia

Audiencia Provincial de Cáceres (2012): ECLI:ES:APCC:2013:99, sentencia n.º 99/2012, de 5 de febrero de 2012.

Corte Suprema (2009): rol n.º 2246-2009, M.P.G. con A.Z.P, casación en el fondo, familia, 6 de julio de 2009. Disponible en https://vlex.cl/vid/planella-goyta-marcos-zubia-pinto-amaya-60054103 [fecha de consulta: 3 de junio de 2022].

Senado (2020): "Proyecto de ley que incorpora a los deudores de pensiones de alimentos al Boletín de Informaciones Comerciales". *Boletín* 13.330-07 Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13330-07 [fecha de consulta: 1 de mayo de 2023].

Tribunal Constitucional (2009): Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, 29 de julio de 2009. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1004668 [fecha de consulta: 2 de mayo de 2022].

Tribunal Constitucional de España (1990): sentencia n.º 76/1990, 26 de abril de 1990.

Tribunal Supremo de España (2020a): ECLI:ES:TS:2020:2158, sentencia n.º 2158/2020, de 25 de junio de 2020.

Tribunal Supremo de España (2020b): ECLI:ES:TS:2020:2483, sentencia n.º 2483/2020, de 25 de junio de 2020.

Tribunal Supremo de España (2021): ECLI: ES:TS:2021:914, sentencia n.º 914/2021, de 17 de marzo de 2021.

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO

RIGHT NOT TO SELF-INCRIMINATION IN THE CHILEAN CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM

Ximena Marcazzolo Awad[*]

Resumen: En el trabajo se desarrollan algunos aspectos del derecho a la no autoincriminación que generan controversia en el sistema jurídico chileno. En específico, se hace mención al derecho a guardar silencio; el derecho a no prestar juramento y el derecho de las personas a no ser utilizadas como medio de prueba. Se analizan algunas situaciones en los que la infracción de estas prerrogativas puede dar lugar a una declaración de ilicitud de la prueba.

Palabras clave: derecho a la no autoincriminación, derecho a defensa, presunción de inocencia, derecho a guardar silencio y prueba ilícita.

Abstract: The work develops some aspects of the right to non-self-incrimination that generate controversy in the chilean legal system. Specifically mention is made to the right to remain silent; the right not to take swear and the right of people not to be used as evidence. In addition, there are examples in which the infringement of these prerogatives can result in a declaration of illegality of the evidence.

Keywords: right to non-self-incrimination, right to defense, presumption of innocence, right to remain silent and illegal evidence.

[*] Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho Penal y Ciencias de la Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra. Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: xmarcazzolo@udd.cl

Introducción

El reconocimiento de derechos fundamentales de los imputados en el proceso penal es una exigencia que deriva de su condición de persona y, en particular, por tratarse del sujeto pasivo del procedimiento criminal. En un Estado democrático de derecho la realización de la indagación pública y el enjuiciamiento de los hechos que revisten carácter de delito, queda limitado por los derechos esenciales, de modo tal, que la no autoincriminación, junto con otros, se erigen como una barrera infranqueable para la Administración.

Con frecuencia la doctrina, al momento de hacer referencia a los derechos de los imputados en el proceso penal, los denominan indistintamente como garantías constitucionales, garantías procesales o como derechos del sujeto pasivo del proceso penal. Esto pese a que derechos y garantías no son sinónimos. Mientras los primeros corresponden a prerrogativas de los imputados que pueden ser impetradas durante el curso del procedimiento penal y que actúan como límites frente al ejercicio del poder punitivo del Estado[1], en el caso de las garantías, se trata de mecanismos dispuestos para hacer efectivos estos derechos cuando han sido conculcados, preteridos o afectados durante el curso del procedimiento penal.

De este modo, no es de extrañar que bajo el nombre de garantías procesales se mencionen de manera indistinta derechos y garantías que la Constitución y las leyes que regulan el procedimiento penal, contemplan a favor de los imputados. El objetivo de su consagración positiva responde a la necesidad de encontrar un equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la existencia de un proceso debido respecto de los sujetos pasivos del proceso penal[2].

Es recurrente que la doctrina, al hacer mención a los derechos procesales de los imputados, se refiera a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Ambos se encuentran recogidos en la Constitución, aunque no se denominan literalmente de esa manera[3]. Si bien la doctrina discute la existencia de diferencias entre estos[4], algunos autores y el Tribunal Constitucional han destacado los elementos que los diferencian[5].

---

[1] Por ejemplo, Roberto Navarro hace presente que dentro de las diversas nomenclaturas que emplea la doctrina se encuentran las siguientes: Alberto Binder las denomina "garantías constitucionales en el proceso penal"; María Inés Horvitz y Julián López "garantías individuales ante la persecución penal". En Navarro (2018), p. 401.

[2] Caro (2006), pp. 1028-1029.

[3] Algunos autores los consideran como derechos implícitos. En este sentido García y Contreras (2013), p. 229.

[4] En este sentido Humberto Nogueira señala que parte de la doctrina reconoce que las diferencias entre la tutela judicial efectiva y el debido proceso obedecen en que el primero tiene un origen de derecho europeo continental, mientras que el debido proceso encuentra su origen en el derecho anglosajón. Pero otra parte de los autores considera que son similares. En Nogueira (2009), p. 236.

[5] Al respecto véase la obra de García y Contreras (2013), *passim*.

El debido proceso se encuentra plasmado en el artículo 19 n.° 3, inciso 5 [6], aunque en la disposición se hace referencia a un procedimiento e investigación racional y justa. El empleo de una fórmula amplia, que no especifica un catálogo de derechos de los imputados en el proceso penal, ha sido objeto de críticas[7]. En este sentido, se ha expresado que la técnica empleada por el constituyente puede afectar la determinación de los derechos que son abarcados por este. Pese a lo señalado, la existencia de convenciones internacionales suscritas por Chile que, al contrario de la Carta Magna, enumeran con detalle los derechos que quedan comprendidos en el debido proceso, ha aportado en claridad y facilitado la labor de los órganos jurisdiccionales encargados de aplicarlos en los casos que quedan sujetos a su conocimiento. Para estos efectos, se invoca lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo de la Constitución, cuyo texto dispone de forma imperativa:

> "[...] Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

En apoyo de esta interpretación, se menciona al *Código Procesal Penal*, que regula la cautela de garantías en su artículo 10. En esta disposición se hace referencia explícita al respeto de los derechos de los imputados que se encuentren plasmados en la máxima ley del Estado u otras leyes y en los tratados internacionales que hayan sido ratificados por Chile y se encuentre vigentes[8].

---

[6] "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

[7] Navarro (2018), p. 436.

[8] En esta materia se destaca el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

También se debe tener en consideración que la Carta Magna chilena reconoce el derecho a no auto incriminarse –de forma más limitada que en las

[3] Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 8

Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

convenciones internacionales– en el artículo 19 n.° 7 letra f). Esta última disposición establece que en las causas criminales no se puede obligar a los imputados o acusados a declarar bajo promesa o juramente de decir verdad, ni tampoco obligar a personas sujetas a ciertos vínculos, a declarar en su contra. Como es sabido, el numeral séptimo del artículo diecinueve regula el derecho a la libertad personal y la seguridad individual, mientras que el debido proceso se aloja en el numeral tercero del mencionado artículo. La relación entre la no autoincriminación, la presunción de inocencia y el derecho a defensa es estrecha y se traduce en la ausencia de deberes de colaboración activa del imputado con la investigación estatal, ya que la carga de la prueba reside en el Estado. Como corolario de la no existencia de deberes activos de colaboración por parte del sujeto pasivo, en el evento, de ser forzado a hacerlo, no solo se vulnera el derecho a no autoincriminarse y la presunción de inocencia, sino que, también, el derecho de defensa del imputado, porque vería conculcadas sus posibilidades de actuación en el curso del procedimiento penal.

Por su parte, el *Código Procesal Penal* plasma los derechos y garantías[9] de los imputados en los artículos 93 y 94, distinguiendo si este interviniente se encuentra o no privado de libertad. La literalidad del artículo 93 da cuenta que estos derechos pueden hacer valer durante todo el proceso y hasta su término, pero dejando en claro que esta enumeración no es exhaustiva.

En suma, de acuerdo con lo consignado hasta este momento, resulta diáfano que entre los derechos fundamentales de los imputados en el proceso penal, que de acuerdo con las convenciones internacionales suscritas por Chile integran el debido proceso, se encuentra, entre otros, el principio de no autoincri-

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

[9] El *Código Procesal Penal* también emplea indistintamente los términos 'derechos' y 'garantías', por ejemplo, artículo 93.

minación. Este se relaciona con la posibilidad de guardar silencio o de declarar como medio de defensa, no prestar juramento o promesa de decir verdad y, en general, carecer de obligaciones de colaboración activa con la investigación penal que el Estado lleva en su contra.

Así las cosas, el estudio del derecho a la no autoincriminación es relevante porque conlleva un conjunto de prerrogativas para los sujetos pasivos del proceso penal, como son algunas de las mencionadas en párrafo anterior, cuyo contenido y alcance no es pacífico en doctrina y jurisprudencia. Con motivo de esto se justifica la exposición de algunos de los problemas que se han identificado en el sistema de justicia criminal chileno en relación con esta materia. A esta tarea se destinan los siguientes acápites.

I. El derecho de no autoincriminación

1. Breve referencia a su desarrollo histórico

La máxima *nemo tenetur se ipsum* proviene del derecho romano. Su traducción literal es "nadie puede representarse a sí mismo como culpable o como trasgresor" o, también, puede ser conceptualizado como nadie puede forzar a otro a declarar contra sí mismo. De este principio se derivan, en la actualidad, una serie de consecuencias para los imputados, tales como: su derecho a guardar silencio, a declarar como medio de defensa, a contar con la presencia de su abogado cuando es interrogado, a no prestar juramento y no ser expuesto a apremios psicológicos o físicos para obtener una declaración[10].

El derecho a la no autoincriminación es reconocido en diversos ordenamientos jurídicos. En el caso del *common law* se ha desarrollado ampliamente, destacándose la evolución que ha tenido en el derecho inglés y el derecho estadounidense. En el sistema británico se alude a *The privilege* o el privilegio de guardar silencio, según el cual no puede forzarse a una persona a declarar en un procedimiento que puede dar lugar a la imposición de una pena. En el caso del sistema jurídico estadounidense, su plasmación positiva se encuentra en la quinta enmienda de la Constitución estadounidense. De conformidad a la mencionada ley suprema, no es posible obligar a una persona a prestar testimonio en contra de sí mismo. El aspecto central de la quinta enmienda consiste en que cada individuo no está obligado a colaborar entregando información que pueda ser usada en su contra. Una sentencia fundamental en materia de derecho a la no autoincriminación es el conocido precedente Miranda versus Arizona[11],

[10] En el mismo sentido Muñoz (2010), pp. 1014-1015.

[11] Miranda v. Arizona, 384 US 436-1966.

resuelto por la Corte Suprema estadounidense en el año 1966. Esta sentencia fue redactada por el destacado juez Justice Warren, quien a la sazón era el presidente de esa Corte. En esa oportunidad se estableció que toda persona que fuese sometido a un interrogatorio encontrándose en custodia policial, debe ser advertido a través de lo que hoy se conoce como las advertencias de Miranda o Miranda Warnings[12]. Por lo tanto, de acuerdo con este precedente, el derecho a la no autoincriminación se puede esgrimir ante los tribunales y durante el interrogatorio policial.

En los ordenamientos jurídicos de la familia europea continental, su reconocimiento se vincula con el sistema acusatorio, que se opone al modelo inquisitivo, en el que la confesión se considera un medio de prueba fundamental[13]. Para este último sistema la confesión, incluso, se cataloga como "la reina de las pruebas". En el sentido inverso, de acuerdo al paradigma acusatorio, la confesión depende de la decisión de los imputados y su peso probatorio se analiza junto con otros medios de prueba que se presentan durante el juicio[14]. La preeminencia de los sistemas acusatorios por sobre los inquisitivos en el mundo, se encuentra influenciado por el mayor reconocimiento de derechos fundamentales respecto de los individuos, los que impusieron límites al ejercicio del derecho a castigar por parte del Estado. Esto queda en evidencia si se toma en cuenta que, por ejemplo, bajo el esquema inquisitivo puro existe la obligación de declarar y de no decir mentiras. De esta forma, el imputado está compelido a colaborar de manera activa con el sistema de persecución penal. Un ejemplo de esto, mencionado por Javier Wilenmann, es la Ley Carolina, la cual reglamentaba las torturas o tormentos que pueden ser inferidos a los imputados para efectos de obtener su confesión. Esto se justifica en la existencia de deberes de colaboración activa de los imputados con la averiguación de la verdad.

[12] En Miranda v. Arizona: "You are under arrest. You have the right to remain silent. Any Statement you do make may be used as evidence against you. You have the right to consult with an attorney and to have one present during police questioning. If you cannot afford an attorney one will provided for you. Do you understand your rights".

[13] En el caso chileno, véase el artículo 320 del C*ódigo de Procedimiento Penal* que alude a la declaración indagatoria de los inculpados por un delito. Artículo 320. (342) La declaración del inculpado no podrá recibirse bajo juramento. El juez se limitará a exhortarlo a que diga la verdad, advirtiéndole que debe responder de una manera clara y precisa a las preguntas que le dirigiere.

[14] Como lo dispone el artículo 340, inciso tercero del *Código Procesal Penal* cuyo texto reza: "No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración". Otro ejemplo lo provee la Constitución japonesa en su artículo 38: Artículo 38. Ninguna persona estará obligada a declarar contra sí misma.

La confesión obtenida mediante coacción, tortura o amenazas, o luego de una detención o arresto prolongado, no será considerada como evidencia.

Ninguna persona será condenada o castigada en los casos en que la única prueba en su contra sea su propia confesión.

Incluso, la citada Ley regulaba no solo el deber de colaboración, sino que la obligación de veracidad acerca de lo que se declara, mediante el castigo del perjurio[15]. Si bien a partir del siglo XVIII comienza a abolirse la aplicación de apremios, la obligación de declarar contra de sí mismo no desaparece.

Así las cosas, es dable afirmar que el derecho a la no autoincriminación surge vinculado a las críticas que conlleva la imposición de tormentos físicos o apremios sobre el cuerpo del imputado. No obstante, la evolución de los derechos humanos en general y del debido proceso en particular, proporcionan argumentos que permiten afirmar que en la actualidad su reconocimiento se vincula con el debido proceso y, más concretamente con la presunción de inocencia y el derecho a defensa[16].

2. Fundamentos del derecho a no autoincriminarse

El fundamento del derecho a la no autoincriminación es una materia que se ha discutido profusamente en doctrina. Una completa sistematización de este debate puede revisarse en el trabajo de Javier Escobar Veas[17], quien analiza diversas sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). De acuerdo con esta investigación, los fundamentos del derecho a la no autoincriminación son los siguientes:

a. El fundamento del derecho a no auto incriminarse deriva de la protección de las personas inocentes. Dada la asimetría que existe entre el Estado y los imputados en el proceso penal, al ser el primero más poderoso y con amplios recursos para el ejercicio de la investigación pública, el ordenamiento jurídico debe evitar que se abuse de las personas que se encuentran en la posición más débil. Una de las posibles debilidades consiste en que el Estado podría coaccionar a las personas para prestar declaración o para que confiese. El derecho a la no autoincriminación es un límite al poder sancionatorio del Estado. De esta forma se evitan las confesiones forzadas[18].
b. Preservación de la integridad del sistema judicial. Según este postulado, se debe cautelar el sistema penal garantizando que el Estado tenga el deber de probar su acusación, o expresado, en otros términos, debe asumir la carga de probar la imputación. Esto más que proteger a los inocentes, procura asegurar que el peso de la prueba que-

[15] Wilenmann (2016), pp. 115-117.
[16] Al respecto véase Marcazzolo (2019), *passim*.
[17] Escobar (2021), p. 45 y ss.
[18] *Op. cit.*, pp. 45-46.

de radicado en quién afirma una imputación y no en su destinatario[19].

c. Debido al conflicto que genera obligar a los imputados a colaborar con la justicia, el principio de autoincriminación permite evitar que la persona imputada se vea en la situación de tener que favorecer su propia condena. De este modo, dependerá del sujeto pasivo del procedimiento decidir colaborar con la Administración o abstenerse de hacerlo. Por este motivo es fundamental que no pueda imponerse una condena cuando el imputado se niega a prestar asistencia activa a la investigación estatal o cuando su declaración no es veraz[20].

De esta manera, Javier Escobar Veas concluye que El TEDH considera que el fundamento del principio es proteger a las personas imputadas en un proceso penal de que, producto de una coacción indebida, puedan ser fuente de errores judiciales. Este tribunal también ha reconocido que la no autoincriminación se encuentra vinculada a la presunción de inocencia, porque el objetivo es evitar que se use la violencia en contra de los imputados para obtener una condena[21].

Tomando posición sobre el tema, es dable afirmar que el derecho a la no autoincriminación forma parte del debido proceso, no solo por lo dispuesto en las convenciones internacionales suscritas por Chile antes citadas, sino porque esta prerrogativa se encuentra vinculada a la presunción de inocencia y al derecho a defensa. Esta afirmación se fundamenta en que el derecho a la no autoincriminación implica que el imputado no está obligado a colaborar con la investigación, lo que es consecuente con la circunstancia que el Estado debe desvirtuar la presunción de inocencia que lo ampara durante el curso del procedimiento penal y, por esta razón, se explica que detente el peso de la prueba. Además, el derecho a defensa determina que el sujeto pasivo pueda seleccionar su estrategia defensiva, la cual quedaría anulada si estuviera obligado a declarar o, en general, a contribuir con la investigación que se lleva en su contra. Esto explica que el derecho a la no autoincriminación se incardina dentro del debido proceso, que también se integra por la presunción de inocencia y el derecho a defensa de los imputados.

3. El derecho a la no autoincriminación en el derecho chileno

Como se mencionó durante la primera parte de este trabajo, en Chile, además de lo señalado en relación con el debido proceso, la prerrogativa de no

[19] Escobar (2021), p. 46.
[20] *Ibid.*
[21] *Ibid.*

autoincriminación, ha sido reconocido por la Constitución en el artículo 19 n.° 7 letra f):

> "f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley".

A su turno, el *Código Procesal Penal* en su artículo 93 letra g)[22] lo desarrolla con mayor detalle. Lo que se complementa con lo reseñado en los artículos 91, 97-98, 135-138, 193-197, 302, 305 que pueden considerarse como manifestaciones que lo integran. De conformidad con estas disposiciones, el contenido de la no autoincriminación comprende los siguientes derechos[23]:

a. Derecho a guardar silencio o abstenerse de declarar.
b. Derecho a no ser coaccionado de forma física o mediante engaño para prestar declaración.
c. Derecho a no prestar juramento o promesa o derecho a no declararse culpable (no existe obligación de ser veraz).
d. Derecho a que sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley no sean obligados a declarar en su contra.
e. Derecho a no colaborar activamente con la investigación en términos de hacer entrega voluntaria de prueba material o documental que sea incriminatoria y derecho a negarse a realizar exámenes corporales cuando sea requerido por las autoridades encargadas de la persecución penal.

Del listado anterior se han seleccionado para el presente análisis, solo aquellos sobre cuyo contenido y alcance, la doctrina y jurisprudencia interna han debatido con mayor intensidad. Se trata de los siguientes: derecho a guardar silencio o no declarar, derecho a no prestar juramento cuando se renuncia al derecho a guardar silencio y el derecho a que la persona no sea utilizada como medio de prueba. La finalidad de su revisión consiste en proporcionar algunos criterios que permitan delimitar su contenido y alcances. En concor-

[22] Artículo 93: "g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: 'Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra' ".

[23] Al respecto véase Marcazzolo (2019), pp. 467-468.

dancia con este propósito, se dará cuenta de la discusión que se ha suscitado en doctrina, del debate que ha generado en sede jurisdiccional. Posteriormente se toma posición sobre cada uno de los aspectos tratados.

3.1. Derecho a guardar silencio o a no declarar

Su reconocimiento formal en Chile tiene lugar con la suscripción del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 letra g) y, con la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8 letra g). Junto con ello, en el ámbito interno se robustece su protección con la entrada en vigencia de la Ley n.° 19567[24], que modifica el *Código de Procedimiento Penal* consagrando ciertos derechos para los detenidos, así como la obligación de lectura de los derechos de estos. En cumplimiento de estas disposiciones se dicta el decreto supremo 668 del año 1998, que consagra el derecho a "guardar silencio para no inculparse". Más adelante, durante el año 2000, comienza la vigencia el *Código Procesal Penal*, el cual instaura un sistema de enjuiciamiento criminal de carácter acusatorio. Con la entrada en régimen de este último cuerpo normativo, la confesión del imputado como medio de prueba deja de tener la importancia que tenía bajo la vigencia del *Código de Procedimiento Penal*, al consagrarse el derecho a guardar silencio de forma explícita en el artículo 93 letra g). Junto con consignarlo, el artículo 98 regula la declaración del imputado como medio de defensa, vale decir, que dentro de las opciones que se le franquea durante la investigación o el juicio, se pone a su disposición la posibilidad de declarar como medio de defensa frente a la imputación que realiza el fiscal o el querellante.

A su turno, si bien la Constitución chilena no consagra el derecho a guardar silencio en términos explícitos, dispone que los imputados no pueden ser obligados a declarar bajo juramento y que algunas personas relacionadas tampoco están obligadas a presentar testimonio en su contra[25]. Esto ha llevado a algunos autores a sugerir como propuesta de *lege ferenda* una modificación constitucional, arguyendo que los alcances de la disposición bajo el texto actual son más restringidos que lo consignado en los tratados internacionales y en el *Código Procesal Penal*[26].

Una de las cuestiones que ha sido debatida en relación con el derecho a guardar silencio, es el valor de callar o, expresado en otras palabras, si la nega-

[24] Ley n.° 19567, publicada en *el Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1 de julio de 1998.

[25] Artículo 19 letra f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.

[26] Correa (2018), p. 254.

tiva a declarar por parte de un imputado puede valorarse en su contra o como antecedente para fundamentar su culpabilidad en el hecho. Esta discusión se observa desde los primeros años de vigencia de la reforma procesal penal en Chile[27]. Sobre el punto, la doctrina ha formulado la siguiente pregunta: ¿la valoración negativa del silencio importa una infracción del derecho a guardar silencio?

En Chile, Carlos Correa, primero, basándose en la literalidad del artículo 93 letra f) del *Código Procesal Penal*, niega la posibilidad de otorgarle valor al silencio[28]. En segundo lugar, porque la deducción de consecuencias desfavorables para el imputado a partir de su silencio implicaría ir en contra de lo dispuesto por el legislador. Agregando, que de otorgarle valor al silencio se podría favorecer que los funcionarios públicos lo prefieran, junto con lo cual se generen incentivos para que los imputados no declaren, a fin de procurar el efecto procesal de esta negativa en el curso del procedimiento[29]. También se ha negado valor al silencio porque se afecta el derecho a defensa de los imputados si se extraen conclusiones cuando hace reserva de declarar. Adicionalmente, se considera que puede traducirse en un mecanismo para inferir culpabilidad, afectando el derecho a callar. Esto, máxime si se tiene presente que pueden existir un sinnúmero de razones que lleven al imputado a adoptar la decisión de negarse a prestar declaración[30].

Se comparte el argumento de texto sobre la prohibición de valorar el silencio de los imputados y que su declaración es un medio de defensa, aunque puede ser valorado a favor o en su contra. Lo afirmado se justifica en que la concesión de valor al silencio afecta su derecho a defenderse y, además,

[27] Corte de Apelaciones de Concepción, rol n.º 531-2005, considerando noveno: "[…] es efectivo que el guardar silencio constituye un derecho inalienable del imputado […] pero lo cierto es que si en el presente proceso la eventual justificación suficiente no pudo ser probada por la Fiscalía, ello arranca esencialmente de que nada aportó el condenado en su defensa en este aspecto. Si el imputado prefirió no decir nada en el proceso, entonces deberá estarse tanto a lo favorable como a lo perjudicial de la opción asumida […]. Citada por Correa (2018), p. 256.

[28] Carlos Correa cita dos considerandos de una sentencia de la Corte Suprema, rol 6247-14, que rezan: "(Considerando 20°) que […] el imputado no tiene ni la carga ni el deber de probar nada, menos su inocencia, aunque, sin embargo, siempre le asiste el derecho de aportar toda la prueba que estime pertinente en aval de su teoría del caso. Por lo mismo su indiferencia no le puede acarrear ningún perjuicio. […]

(Considerando 22°) Que es efectivo que el que guarda silencio simplemente no dice nada y que de su silencio no cabe extraer conclusión alguna, pues su pasividad solo puede significar expresión del ejercicio de su derecho a obrar de tal forma, pues no tiene deber jurídico –ni moral– de colaborar con la persecución penal dirigida en su contra, siendo, en consecuencia, obligación de la Fiscalía remover la presunción de inocencia que le asiste al imputado".

[29] Correa (2018), p. 255.

[30] Horvitz y López (2004), pp. 83-85.

desde la perspectiva la presunción de inocencia resulta problemático extraer consecuencias cada vez que se esgrima el derecho a callar. De hacerlo se impone de forma indirecta un deber de colaboración activa con la investigación, siempre que la omisión de declarar conlleve una consecuencia que pueda ser valorado al momento de dictar sentencia. Lo que se explica en la circunstancia que en los hechos se imprime una presión para que preste declaración, lo que se traduce en que la investigación, de forma indirecta, impone deberes de colaboración.

En relación con esta materia, la Corte Suprema ha manifestado que no es dable otorgar valor al silencio, como se aprecia en los siguientes considerandos de las respectivas sentencias que se transcriben o mencionan: primero en la sentencia rol 3521-12, considerando décimo quinto:

> "Que es efectivo que el que guarda silencio simplemente no dice nada y que de su silencio no cabe extraer conclusión alguna, pues su pasividad sólo puede significar expresión del ejercicio de su derecho –legítimo– a obrar de tal forma, pues no tiene deber jurídico –ni moral– de colaborar con la persecución penal dirigida en su contra, siendo, en consecuencia, obligación de la Fiscalía remover la presunción de inocencia que le asiste"[31].

Lo que se reitera en las sentencias rol 6247-14 en su considerando vigésimo segundo[32] y rol 80.724-2022, considerando sexto[33] .

Lo expresado, no obsta a que el derecho a guardar silencio puede ser renunciado, lo que se condice con el derecho a defensa material, en virtud del cual los imputados pueden declarar como medio de defensa. Para que la declaración prestada sea considerada válida, la renuncia al derecho al silencio debe cumplir con ciertos requisitos[34] que se enumeran a continuación.

a. Renuncia libre

Se alude a la ausencia de coacción física o psicológica dirigida contra del imputado con el objetivo de promover su declaración (o su confesión). En congruencia con esto, toda forma de tortura debería quedar excluida, pero, también, se considera que el uso de presiones, amenazas, aprovechamiento del cansancio físico o, en general, cualquier condición que afecte o interfiera en la declaración del imputado, queda vedada[35].

[31] SCS, rol 3521-2012 de 25 de junio de 2012.
[32] SCS, rol 6247-2014 de 12 de mayo de 2014.
[33] SCS, rol 80.724-2022 de 26 de octubre de 2022.
[34] Horvitz y López (2004), p. 86 y ss.
[35] *Op. cit.*, pp. 86-90.

En relación con la renuncia la Corte Suprema ha señalado:

> "[...] Como ya se ha resuelto con anterioridad por este tribunal, el imputado adulto, que conoce sus derechos, está facultado para renunciar a ellos y no aparece que los funcionarios de la polic da (sic) que le tomaron detenido hayan actuado al margen de la ley, desde que iban facultados para tomar declaración al imputado en caso que aquél se allanare a eso. No era preciso, entonces, que los funcionarios comenzaran a llamar a otros fiscales, como tampoco a defensores que no habían sido solicitados por el acusado [...]"[36].

b. Información sobre el derecho a guardar silencio, su renuncia y las consecuencias de prestar declaración

Del mismo modo como el silencio no puede ser utilizado en contra del imputado, cuando se renuncia al derecho a declarar, su testimonio puede ser valorado por el tribunal, pudiendo considerarlo a favor o en su contra. Esta materia se encuentra regulada en el artículo 135[37] y en el 136[38] del *Código Procesal Penal*. Ambos se relacionan con la entrega de información a los detenidos y el deber

[36] SCS, rol 8178-11, considerando decimoquinto, 23 de noviembre de 2011.

[37] "Artículo 135.- Información al detenido. El funcionario público a cargo del procedimiento de detención deberá informar al afectado acerca del motivo de la detención, al momento de practicarla.

Asimismo, le informará acerca de los derechos establecidos en los artículos 93, letras a), b) y g), y 94, letras f) y g), de este Código. Con todo, si, por las circunstancias que rodearen la detención, no fuere posible proporcionar inmediatamente al detenido la información prevista en este inciso, ella le será entregada por el encargado de la unidad policial a la cual fuere conducido. Se dejará constancia en el libro de guardia del recinto policial del hecho de haberse proporcionado la información, de la forma en que ello se hubiere realizado, del funcionario que la hubiere entregado y de las personas que lo hubieren presenciado.

La información de derechos prevista en el inciso anterior podrá efectuarse verbalmente, o bien por escrito, si el detenido manifestare saber leer y encontrarse en condiciones de hacerlo. En este último caso, se le entregará al detenido un documento que contenga una descripción clara de esos derechos, cuyo texto y formato determinará el ministerio público.

En los casos comprendidos en el artículo 138, la información prevista en los incisos precedentes será entregada al afectado en el lugar en que la detención se hiciere efectiva, sin perjuicio de la constancia respectiva en el libro de guardia".

[38] "Artículo 136.- Fiscalización del cumplimiento del deber de información. El fiscal y, en su caso, el juez, deberán cerciorarse del cumplimiento de lo previsto en el artículo precedente. Si comprobaren que ello no hubiere ocurrido, informarán de sus derechos al detenido y remitirán oficio, con los antecedentes respectivos, a la autoridad competente, con el objeto de que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes o inicie las investigaciones penales que procedieren".

de fiscalizar esta entrega. Por su parte el artículo 91[39] hace referencia a la declaración ante la policía y el artículo 194[40] ante el Ministerio Público.

La información de derechos del detenido se vincula con el mencionado precedente, dictado por la Corte Suprema estadounidense, Miranda versus Arizona (1966). En esta decisión el máximo tribunal estadounidense dejó sin efecto el juicio porque durante el interrogatorio policial no se le advirtió de manera debida al imputado sobre sus derechos. En específico, no se le notificó su derecho antes y durante el interrogatorio policial, de consultar un abogado, ni tampoco su derecho a no autoincriminarse y que, en caso de prestar declaración, debía renunciar de forma voluntaria a ambos derechos[41].

En relación con la lectura de derechos previo a la declaración de los imputados, como requisito de validez, la Corte Suprema ha manifestado lo relevante que resulta la existencia de la advertencia de derechos a los imputados, por sobre el registro en el que se dé cuenta de la comunicación efectuada:

> "[...] una vez que se encontraron las especies sustraídas en el maletero del móvil en el que se transportaba el acusado, le fueron inmediatamente leídos sus derechos, cuestión distinta es que éste no haya firmado con posterioridad el acta respectiva, pues ello en caso alguno

[39] "Artículo 91.- Declaraciones del imputado ante la policía. La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.

Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia".

[40] "Artículo 194.- Declaración voluntaria del imputado. Si el imputado se allanare a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojare en su contra. A continuación, el imputado podrá declarar cuanto tuviere por conveniente sobre el hecho que se le atribuyere.

En todo caso, el imputado no podrá negarse a proporcionar al ministerio público su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirigieren con respecto a su identificación.

En el registro que de la declaración se practicare de conformidad a las normas generales se hará constar, en su caso, la negativa del imputado a responder una o más preguntas".

[41] Los hechos consisten en la comisión de un delito de violación de una mujer cuando se dirigía a su casa en Phoenix, Arizona. La policía consideró que el responsable de este hecho era un latino denominado Ernesto Miranda. El imputado fue condenado y la Corte Suprema anuló el fallo porque se vulneró la quinta enmienda durante el interrogatorio policial.

> implica la inexistencia o la nulidad de la actuación. [...] el reconocimiento que el acusado realizó de las vestimentas encontradas al interior del automóvil, no implica una vulneración al principio de la no autoincriminación, toda vez que según se acreditó en autos, el mismo fue de carácter espontáneo, sin que mediare coacción alguna y efectuado una vez que se le habían leído sus derechos, en particular aquel que le faculta a guardar silencio [...]"[42].

3.2. Derecho a no prestar juramento cuando se decide declarar

A diferencia del caso anterior, el derecho a no jurar o prometer decir verdad, se encuentra expresamente recogido en el artículo 19 n.° 7 de la CPE letra f). Esta prerrogativa también se encuentra contemplada en el todavía vigente Código de *Procedimiento Penal*, en su artículo 320[43]. De conformidad a su texto, se exige que la declaración del imputado no se pueda recibir bajo juramento y que solo se lo puede exhortar, a decir verdad. Por lo tanto, antes de la entrada en vigencia del *Código Procesal* año 2000, en el ámbito de la ley de enjuiciamiento criminal, el derecho a la no autoincriminación se contemplaba como un aspecto relevante en relación con la no exigencia de juramento cuando se adopta la decisión de prestar declaración.

La exigencia de juramento o promesa de decir verdad es un mecanismo de coacción, en la medida que faltar a la verdad se sanciona como delito de falso testimonio. De esta forma se comprende por qué los imputados no están obligados a ser veraces cuando declaran durante el curso del procedimiento penal. Al respecto Javier Wilenmann cita una sentencia dictada por la Corte Suprema estadounidense, en que las partes son Murphy versus Waterfront Commission, pronunciada en el año 1964. En el precedente se estableció que no se puede forzar a un testigo a prestar declaración que puede conllevar responsabilidad penal de acuerdo a las leyes estatales o federales, incluso en el evento que gracias a su declaración se lo revista de inmunidad. En el mismo sentido, la sentencia Malloy versus Hogan dictada en el año 1964[44].

La consecuencia de eliminar la exigencia de prestar juramento conlleva la no punibilidad de las declaraciones falsas que pudieran emitir quienes declaran. Esto se traduce en que los imputados puedan declarar y mentir ante los tribunales de justicia, sin arriesgarse a ser perseguidos por el sistema penal.

---

[42] SCS, rol 2.865-2019, considerando décimo cuarto, 28 de marzo de 2019.

[43] "Art. 320. (342) La declaración del inculpado no podrá recibirse bajo juramento. El juez se limitará a exhortarlo a que diga la verdad, advirtiéndole que debe responder de una manera clara y precisa a las preguntas que le dirigiere".

[44] Wilenmann (2016), p. 121 y ss.

En palabras de Javier Wilenmann, se trata de no sancionar los actos de autofavorecimiento que pueda realizar el imputado en el contexto del proceso[45].

La pregunta que este autor formula en relación con lo que denomina como actos de autofavorecimiento, es la siguiente: ¿cuáles son los límites del imputado que declara durante el procedimiento penal? Para este autor el derecho a la no autoincriminación en términos sustantivos o de acuerdo con el ordenamiento jurídico penal, se traduce en la no sanción o la exención de pena respecto de ciertos tipos penales. En concreto, hace referencia al delito de falso testimonio contemplado en el artículo 206[46] del *Código Penal*, el tipo de obstrucción a la investigación consignado en el precepto 269 bis[47] del mismo cuerpo punitivo[48].

[45] Wilenmann (2016), *passim*.

[46] "Art. 206. El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito.

Tratándose de peritos e intérpretes, sufrirán además la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

Si la conducta se realizare contra el imputado o acusado en proceso por crimen o simple delito, la pena se impondrá en el grado máximo.

Están exentos de responsabilidad penal por las conductas sancionadas en este artículo quienes se encuentren amparados por cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 305 del Código Procesal Penal".

[47] "Art. 269 bis. El que, a sabiendas, obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeren al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a doce unidades tributarias mensuales.

La pena prevista en el inciso precedente se aumentará en un grado si los antecedentes falsos aportados condujeren al Ministerio Público a solicitar medidas cautelares o a deducir una acusación infundada.

El abogado que incurriere en las conductas descritas en los incisos anteriores será castigado, además, con la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

La retractación oportuna de quien hubiere incurrido en las conductas de que trata el presente artículo constituirá circunstancia atenuante. Tratándose de las situaciones a que se refiere el inciso segundo, la atenuante se considerará como muy calificada, en los términos del artículo 68 bis.

Se entiende por retractación oportuna aquélla que se produjere en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por el tribunal que debiere resolver alguna medida solicitada en virtud de los antecedentes falsos aportados o, en su caso, aquélla que tuviere lugar durante la vigencia de la medida cautelar decretada en virtud de los antecedentes falsos aportados y que condujere a su alzamiento o, en su caso, la que ocurra antes del pronunciamiento de la sentencia o de la decisión de absolución o condena, según corresponda.

Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 de este Código y el artículo 302 del Código Procesal Penal".

[48] Wilenmann (2016), p. 121 y ss.

La inexistencia de un deber de ser veraz también se vincula con evitar restringir las posibilidades de defensa de los imputados, porque podría traducirse en una carga para los imputados que los obligaría declarar solo en esta hipótesis. Lo que significaría que cuando no renuncian a su derecho a guardar silencio y, por ende, callan, esto se debería a que no es conveniente para su teoría del caso prestar declaración, lo que podría comprenderse como una demostración de indicios de culpabilidad de su parte. Esto explica porque el imputado no solo puede callar, sino que cuando declara puede no ser veraz, pues de otro modo se le imponen cargas probatorias que hacen ilusorio su derecho a la presunción de inocencia y a defensa.

Lo explicitado conlleva la pregunta sobre la existencia de un derecho a mentir de los imputados o solo de la ausencia de una obligación de decir verdad, en términos que la falta de veracidad no sea castigada como delito. Si bien resulta diáfano que el imputado al momento de declarar carece de un deber de decir verdad, afirmar un derecho a mentir no se condice con un sistema que pretende buscar la verdad a través del reconocimiento de la existencia de un delito o su falta de determinación debido a la prueba rendida durante el juicio. De acuerdo con este predicamento, si bien es posible que un imputado falte a la verdad, cuando declara en el curso del procedimiento penal, lo que se condice con la ausencia de un deber de decir verdad, esto no es sinónimo de la consagración de un derecho a la mentira[49].

3.3 Derecho a que la persona no sea utilizada como fuente de pruebas[50]

Este apartado plantea la cuestión relativa a si el imputado o, más bien, su cuerpo o ciertos exámenes físicos o mentales, puedan dar lugar a evidencia y si aquella puede o no ser empleada como medio de prueba. La cuestión consiste en dilucidar si el derecho a la no autoincriminación abarca el derecho al silencio no verbal o si el imputado puede negarse a que su propio cuerpo sea utilizado como medio de prueba. Las posibilidades de injerencia en el cuerpo de los imputados van desde las más intrusivas que el *Código Procesal Penal* regula en el artículo 197 (exámenes corporales), hasta otras que se relacionan con una revisión más superficial de los imputados, como cuando se registra su vestimenta. La relación con el derecho a la no autoincriminación viene dada por la circunstancia que se emplea el cuerpo del imputado para obtener medios de prueba que pueden ser usados en su contra[51]. En este caso, no es el mero de-

[49] Sobre la inexistencia de un derecho a mentir y la necesidad que el imputado preste juramento si decide declarar, véase Lanzón y Corvalán (2020), *passim*.

[50] Horvitz y López (2004), p. 93 y ss.

[51] *Op. cit.*, p. 94 y ss.

recho al silencio, sino que la posibilidad que el propio imputado pueda dar lugar a evidencias que puedan ser usadas en su contra. En doctrina se alude a esta prerrogativa como el derecho al silencio no verbal, porque no solo se relaciona con callar o no declarar, sino, más bien, con el empleo del cuerpo del imputado o la realización de diligencias o acciones por parte de él.

Parte de la doctrina al momento de hacer referencia a este tema distingue entre la colaboración activa y la pasiva[52]. Colaborar activamente se traduce en la realización de acciones positivas de parte del imputado, mientras que la colaboración pasiva importar una tolerancia o cuando se soporta la realización de una actividad. El imputado podría negarse a colaborar de manera activa o negarse a realizarlo de forma voluntaria, por lo que en ciertos casos resultará necesario solicitar autorización judicial. Pero no podría negarse a tolerar o colaborar negativamente. Al respecto en Chile, López, considera que más relevante que determinar si la colaboración es activa o pasiva, la cuestión se debe resolver sobre la base del principio de proporcionalidad, vale decir, que se deben ponderar los derechos que se encuentran en juego. Así, el autor afirma que algunas diligencias como las pruebas dactiloscópicas o pruebas caligráficas, por ejemplo, carecen de la entidad suficiente como para hacer valer el principio de no autoincriminación[53]. Como se ha mencionado, en Chile los exámenes corporales se encuentran regulados en el artículo 197 del *Código Procesal Penal* que permite su práctica siempre que el titular esté de acuerdo o el Ministerio Público obtenga una autorización judicial fundada y siempre que no se cause un menoscabo a la salud o dignidad del imputado.

Además de afectar el derecho a la no autoincriminación, se sostiene que el empleo del imputado como medio de prueba vulnera otros derechos fundamentales como la integridad física y psíquica de los imputados. En concreto, esta discusión ha sido conocida por el Tribunal Constitucional chileno en relación con la ley del tránsito. La hipótesis discutida se suscitó respecto de la negativa de practicarse la alcoholemia[54] y las consecuencias que conlleva de acuerdo con la mencionada ley[55]. En algunos requerimientos de inaplicabilidad por in-

[52] Sobre el tema véase Gómez (2022) y Horvitz y López (2004), p. 94 y ss. Para hacer la distinción entre colaboración activa y pasiva cita a José María Asencio Mellado.

[53] Horvitz y López (2004), p. 94 y ss.

[54] Respecto de la alcoholemia y el principio de no autoincriminación puede verse el trabajo de Muñetón (2015), *passim*.

[55] El artículo 195 bis de la ley del tránsito tipificó como delito la negativa a practicar alcoholemia. El texto de la disposición es el siguiente: "Artículo 195 bis.- La negativa injustificada de un conductor a someterse a las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo, previstos en el artículo 182, será sancionada con multa de tres a diez unidades tributarias mensuales y con la suspensión de su licencia hasta por un mes.

constitucionalidad se ha alegado una perturbación de las garantías relativas a la presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación, respecto de la figura contemplada en el artículo 195 bis de la Ley n.° 18290, dado que la negativa a practicarse el examen de alcoholemia genera consecuencias penales para imputado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que la negativa a practicarse la alcoholemia no puede asimilarse a la limitación de la autoincriminación, que se refiere a la obligación de declarar bajo juramento sobre hecho propio. Para el Tribunal la prohibición de autoincriminación existe en relación con los casos criminales, respecto de la declaración bajo juramento de un hecho propio del imputado o acusado, lo que no ocurre en el caso de la norma referida. Como se explica, este órgano jurisdiccional realiza una interpretación muy restringida de la prerrogativa de no autoincriminación, limitándola a la declaración del imputado o acusado en casos criminales. Esta fundamentación se basa en la literalidad del artículo 19 n.° 7 letra f) de la Constitución Política[56].

La interpretación del Tribunal Constitucional parece reducir el principio de no autoincriminación a lo expresamente dispuesto en el artículo 19 n.° 7 letra f) de la Constitución. Esto es contrario a lo sostenido en este trabajo, porque el principio se relaciona con el debido proceso y es más amplio que lo señalado en la disposición constitucional mencionada.

II. Exclusiones probatorias y derecho a no autoincriminarse

Las prohibiciones probatorias o prueba ilícita, como se denomina por la doctrina nacional, son manifestaciones de un sistema de justicia criminal en el que

En caso de accidentes que produzcan lesiones de las comprendidas en el número 1° del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona, la negativa injustificada del conductor que hubiese intervenido en ellos a someterse a las pruebas respiratorias evidenciales o a los exámenes científicos señalados en el artículo 183 de esta ley para determinar la dosificación de alcohol en la sangre o la presencia de drogas estupefacientes o sicotrópicas, o la realización de cualquier maniobra que altere sus resultados, o la dilación de su práctica con ese mismo efecto, serán castigadas con la pena de presidio menor en su grado máximo, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.

La pena prevista en el inciso anterior se impondrá al conductor conjuntamente con la que le corresponda por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal".

[56] STC, rol n.° 2936-15, considerando décimo primero, 20 de octubre de 2017,; STC, rol n.° 3449-2017, considerando décimo primero, 26 de junio de 2018.

el Estado de derecho reconoce que los derechos fundamentales se erigen como límites frente a la búsqueda de la verdad. Lo que explica la exclusión de aquellas pruebas que fueron obtenidas conculcando derechos fundamentales. De esta manera, la existencia y reconocimiento de derechos y garantías a favor de los imputados se traduce en la constatación de conductas prohibidas o límites que restringen la potestad investigativa y punitiva del Estado.

En este sentido, resulta evidente que principio *nemo tenetur se ipsum accusare* impone límites a la indagación y juzgamiento de los hechos delictivos, porque conlleva la obligación de excluir la prueba que se genera en contra de esta máxima[57]. En este contexto, son diversas las conductas que pueden generar que se afecte el derecho a la no autoincriminación. Además de las que resultan evidentes como, por ejemplo, obtener una declaración habiendo mediado tortura o apremios sobre el cuerpo de imputado, o en el caso de los menores de edad obtener su confesión sin contar la presencia de su abogado defensor, existen diversas circunstancias que han dado lugar a discusiones sobre la posibilidad de excluir el medio probatorio. Dos aspectos que han generado bastante controversia se revisan a continuación.

1. Declaraciones obtenidas mediante engaños

Francisco Muñoz Conde hace referencia a la confesión obtenida mediante engaño, sirviéndose, para ejemplificar, de un caso citado por Roxin. Los hechos consisten en que un imputado no quiere declarar, ante lo cual la policía consigue que un amigo suyo lo contacte vía telefónica mientras se encuentra detenido en la comisaria. Gracias al llamado se logra que el detenido confiese el delito. La policía escucha su declaración, la intercepta, la graba y luego la entrega al fiscal para que sea utilizada durante el juicio. Francisco Muñoz Conde explica que el tribunal alemán que conoció este caso negó relevancia a la conversación, porque se vulneró el derecho a guardar silencio debido al engaño que fue desplegado en contra del imputado. Agrega que el mismo tribunal, en un caso semejante, consideró que no se afectó el derecho a la no autoincriminación, porque el imputado se quiso expresar frente a un particular, por lo que el tribunal no duda de la libre voluntad de ese imputado[58].

En el caso nacional la declaración obtenida mediante engaño, sin advertir de los derechos de los imputados, para obtener su consentimiento, debería ser considerada como prueba obtenida mediante vulneración de garantías fundamentales, en particular respecto del derecho a la no autoincriminación y al derecho a defensa. El engaño genera ausencia de información o que esta sea

[57] Muñoz (2010), p. 1014.
[58] *Op. cit.*, pp. 1022-1023.

errónea, de lo que se infiere que el consentimiento que se otorga no sería válido. La consecuencia de la ilicitud de la prueba es su exclusión de conformidad a lo dispuesto en el artículo 276 del *Código Procesal Penal*, a objeto que no pueda ser rendida durante el juicio. En materia de engaño, el *Código Procesal Penal* en su artículo 195 regula los métodos de interrogación prohibidos. Uno de estos consiste en la obtención de declaraciones mediante el empleo de preguntas engañosas. Esta materia se encuentra plasmada en el inciso tercero que dispone:

> "Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis".

De la disposición se colige que el someter a engaño al imputado, sea para obtener que declare o lograr que responda una pregunta que de otro modo no contestaría, resulta contrario al derecho a no autoincriminarse.

La Corte Suprema se ha pronunciado sobre esta materia. En este sentido, en el considerando duodécimo, se hace mención a la necesidad que el recurrente alegue y demuestre que el engaño que experimenta el imputado afecta su derecho a la no autoincriminación, lo que implica que debe superar el estándar de una mera afirmación por parte de quien la alega. Sobre el punto la Corte dispone:

> "Que analizando los capítulos referidos a la vulneración del derecho de defensa, por haberse tomado declaración a los condenados en calidad de testigos, en circunstancias que ya revestían en esos momentos la de imputados, por haberlos sometidos a maniobras engañosas como método de interrogación o investigación, por haber admitido prueba de cargo no íntegra (tanto en lo referido a las interceptaciones telefónicas dispuestas como en relación a los computadores incautados a los acusados) es preciso señalar que tal explicitación de agravios no logra demostrar lo que pretende, esto es, la lesión a la garantía del debido proceso, por cuanto semejante acusación requiere de una fundamentación que supere el estándar propuesto, de mera afirmación, debiendo demostrar asimismo la incidencia gravitante de lo propuesto en lo decidido"[59].

La argumentación del máximo tribunal chileno se inserta en su asentada doctrina de la trascendencia o sustancialidad del vicio como requisito

[59] SCS, rol n.° 1323-15, 24 de marzo de 2015.

para acoger un recurso de nulidad. Esto explica que en materia de engaño, el consentimiento obtenido a través de estos métodos no es compatible con el derecho a la no autoincriminación y al de defensa.

2. Declaraciones de funcionarios policiales como testigos de oídas de declaraciones de los imputados prestadas durante el curso del procedimiento penal

Una de las discusiones que se ha suscitado a nivel interno, respecto de la declaración de testigos, es el caso del testimonio de funcionarios policiales que presenciaron la confesión de un imputado y, posteriormente, declaran en el juicio oral respecto de le que escucharon. El problema se genera porque en ciertas ocasiones el imputado que declaró durante la etapa de investigación, decide reservarse su derecho a guardar silencio durante la audiencia de juicio oral, pero, pese a lo cual, su testimonio se introduce ante el tribunal oral gracias la declaración de oídas de los funcionarios policiales.

Alguna doctrina se ha manifestado crítica en relación con la declaración realizado por los funcionarios policiales que durante la etapa de investigación escucharon la confesión del imputado y luego la replican en sede de tribunal oral o durante el juicio como medio de prueba. El fundamento consiste en que a través de este mecanismo se lograría burlar el derecho a guardar silencio de los imputados que, habiendo renunciado a esta prerrogativa durante la investigación, en etapas posteriores del procedimiento, no pueden hacerlo valer porque se incorpora el testimonio de oídas de agentes estatales. También lo justifican en que el interrogatorio en sede de investigación pudo no haber estado cubierto de todas las garantías. Al respecto Orlando Poblete ha expresado:

> "[…] ¿Qué sentido tiene que el Código establezca que el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración como un medio de defensa y que impida que la policía interrogue autónomamente al imputado si, no obstante, puede darse valor a las declaraciones de los policías que violan la norma, convirtiéndolos en testigos de oídas? […]"[60].

Sobre el mismo aspecto, Crisitián Riego reconoce que la declaración policial puede ser usada en contra de los imputados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 letra g) del C*ódigo Procesal Penal*, que lo consagra[61]. Pero agrega que esta disposición se relaciona con el derecho a defensa de los imputados, toda

[60] Poblete (2004), p. 247.

[61] *Código Procesal Penal* en su artículo 93 letra g): "[…] todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra".

vez que lo que declare debe ser considerado seriamente para el curso de la investigación. Ello, tanto en cuanto se trate de antecedentes que lo beneficien o que lo perjudiquen[62].

Por su parte, la Corte Suprema ha exigido para la validez de la declaración que se presta en sede policial, que se cumplimiento al artículo 91 y 93 letra g) del *Código Procesal Penal*. Especial énfasis se ha exigido respecto de la existencia de una autorización por parte del fiscal. Cuando esto no se ha cumplido es posible excluir esa declaración durante la audiencia de preparación de juicio oral[63].

La Corte Suprema también ha tenido ocasión de conocer diversos recursos de nulidad interpuesto por las defensas de los imputados, en los que la infracción alegada se fundamenta en la circunstancia que la declaración de oídas de funcionarios policiales durante el juicio oral, se obtuvo de declaraciones que los imputados prestaron en calidad de testigos. En estos casos, no habrían sido advertidos de su derecho a guardar silencio y a contar con un abogado defensor desde los actos iniciales de la investigación. En el considerando undécimo de la sentencia se observa un ejemplo:

> "Que en el marco de las reflexiones antes desarrolladas, cabe destacar que las distintas irregularidades de los agentes estatales que denuncia el recurso, habrían arrojado que en último término el acusado prestase una declaración en un contexto anómalo y bajo condiciones desautorizadas por la ley, pero sin afirmar de modo alguno que dicho atestado haya tenido un carácter incriminatorio o auto inculpatorio […]"[64].

En este caso la Corte Suprema rechaza la causal del recurso de nulidad pese a las irregularidades que pudieron darse en el contexto de la declaración que prestó el imputado –como testigo–, y que, luego fueron reseñadas por el testimonio de oídas de funcionarios policiales que las presenciaron, porque califica como no incriminatorio el contenido del relato. Entonces, siguiendo el razonamiento del Tribunal, cabe inferir que en caso de que hubiesen estado dotados de contenido incriminatorio, es posible que la Corte hubiese estimado concurrente la afectación al derecho a la no autoincriminación[65]. En otro caso

[62] Cristián Riego señala que esto se relaciona con una cuestión elemental de credibilidad, porque el imputado cuando opta por declarar es porque tiene un interés de ser escuchado. En Riego (2019), p. 12.

[63] Corte Suprema, rol n.° 65.445-2021, sentencia de 12 de mayo de 2022.

[64] Corte Suprema, rol n.° 19.008-17, sentencia de 11 de julio de 2017.

[65] En el mismo sentido véase considerando sexto de Corte Suprema, rol n.° 266-17, sentencia de 7 de marzo de 2017: "[…] tales testimonios se desprende que el sentenciado declaró en

conocido por la Corte Suprema, en el que se alegó que los imputados fueron interrogados en calidad de testigos, pese a que el procedimiento se dirigía en su contra, resolvió:

> "[…] Lo anterior resulta trascendental desde la óptica de la causal en estudio, pues a través de ella se denuncia que los funcionarios policiales no hubiesen respetado sus derechos, sin embargo al momento del primer interrogatorio sobre los hechos de marras, C. P. no detentaba la calidad de imputado ni tampoco aparece que se hubiera auto incriminado al tenor del relato brindado, pues el mismo apuntó en un dirección opuesta […]"[66].

De lo expuesto resulta evidente que las opiniones de la doctrina son divergentes en relación con la licitud del testimonio de oídas de parte de los funcionarios policiales que presenciaron la declaración o confesión del imputado. Tomando posición sobre la materia, se estima que siempre que se cumpla con la debida advertencia al imputado de sus derechos relativos a la no autoincriminación y a el derecho a defensa, la declaración de los policías se puede incorporar como prueba válida. También el testimonio que prestó como testigo, antes que el procedimiento se dirigiera en su contra, siempre que al momento de surgir contenido autoincriminatorio se le advierta de sus derechos, ahora sí, como imputado. En el mismo orden de ideas, en la medida que cumplan con los requisitos legales y constitucionales que les son aplicables, también se consideran lícitas las pruebas obtenidas a consecuencia de la declaración del imputado. Lo afirmado no es óbice para que el imputado, que renunció a su derecho a guardar silencio, en una instancia posterior del procedimiento, puede optar por callar. Lo que es relevante desde la perspectiva de su derecho a defensa, es que se le franqueé la opción de modificar su estrategia defensiva o la posición que originalmente asumió durante el curso del procedimiento. En atención a lo afirmado resulta perfectamente posible que un imputado renuncie a su derecho a declarar en una etapa, mientras que en otra distinta decida guardar silencio.

---

forma libre, voluntaria y espontáneamente sobre los hechos materia de la causa, en una primera ocasión como denunciante y en una segunda oportunidad como testigo protegido, sin atribuirse participación en los hechos que denuncia, sino por el contrario, imputando participación a un tercero que resulta ser su hermano. Por lo mismo, en forma previa a la época en que realiza tales acciones no tenía el carácter de imputado, lo que tampoco cambia por su relato, puesto que, como se indicó, no se incrimina sino que dirige la investigación en contra de un tercero […]".

[66] Corte Suprema, rol n.° 64.453-2022, sentencia de 11 de noviembre de 2022, considerando décimo sexto.

Conclusiones

Durante los apartados anteriores se revisaron algunos aspectos problemáticos del derecho a la no autoincriminación en el sistema jurídico chileno. También se analizó su relevancia para el imputado como sujeto pasivo del proceso penal, así como su estrecha vinculación con el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a defensa.

Para estos efectos se dio cuenta del origen histórico del derecho a la no autoincriminación, el que, si bien nace vinculado a la protección de la integridad física y psíquica de los imputados, en la actualidad, en base a los argumentos jurídicos y doctrinarios planteadas, resulta bastante claro que es susceptible de ser incardinarlo en el debido proceso. En este orden de ideas, se cita la Convención Interamericana de Derechos Humanos y al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que refrendan esta afirmación. También se destaca el reconocimiento limitado en la Constitución chilena en el artículo 19 n.° 7 letra f) y la amplia regulación del debido proceso en el numeral tercero del mismo artículo.

Respecto del fundamento y contenido del derecho a la no autoincriminación. Se desarrollan tres aspectos del principio, con la finalidad de mostrar algunas controversias que se han suscitado en el ámbito doctrinario y jurisprudencial.

Posteriormente, se hace referencia a la prueba ilícita en dos materias que han generado debate en el sistema chileno, esto es, lo relativo a la declaración obtenida mediante engaño o con información incompleta y la declaración de oídas del testimonio prestado por los funcionarios policiales que escucharon el relato del imputado. Ambas cuestiones han dado lugar a pronunciamientos del Corte Suprema.

En suma, es dable concluir que el derecho a la no autoincriminación, como límite al ejercicio de la investigación estatal, se traduce en la no existencia de deberes activos de colaboración con la administración. A esto se adiciona que su contenido se desglosa en diversos aspectos, tales como: la existencia del derecho a guardar silencio, la posibilidad de declarar como medio de defensa, la imposibilidad de tomar promesa o juramento a su declaración, la debida ponderación de la existencia de exámenes corporales y la necesidad que su ejecución no menoscabe la integridad ni la dignidad del imputado. Que, en caso de que este derecho sea perturbado o conculcado, el instituto de la prueba ilícita puede ser invocado como mecanismo para evitar su conocimiento por parte del órgano jurisdiccional.

Bibliografía

Caro Coria, Dino (2006): "Las garantías constitucionales del proceso penal". Disponible en https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/R08047-30.pdf [fecha de consulta: 21 de marzo de 2023].

Correa, Carlos (2018): "Valoración del silencio del imputado en el proceso penal. Derecho alemán y derecho chileno", *Revista de Derecho*, vol. xxxi-n.° 2: pp. 237-261.

Escobar Veas, Javier (2021): "Aplicación del derecho a no autoincriminarse en procedimientos administrativos sancionatorios: Análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional chileno", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.° 34: pp. 39-68.

García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2013): "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno". *Revista Estudios Constitucionales*, ano 11, n.° 2: pp. 229-282.

Gómez Tomillo, Manuel (2022): "Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimientos sancionador o penal", *Estudios penales y criminológicos*, vol. 42. Disponible en https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/8069/ 12358 [fecha de consulta: 21 de marzo de 2023].

Horvitz, María Inés y López, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno*, tomo ii (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Lanzón, Román y Corvalán, Víctor (2020): "Sobre la inexistencia del derecho a mentir del acusado y la necesidad de que preste juramento si decide declarar", *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49291-sobre-inexistencia-del-derecho-mentir-del-acusado-y-necesidad-preste-juramento-si [fecha de consulta: 17 de marzo de 2023].

Marcazzolo, Ximena (2019): "El derecho de las personas jurídicas a no autoincriminarse en el derecho chileno", en Marcazzolo, Ximena (coord.), *En la prueba en los procedimientos* (Santiago, Editorial Thomson Reuters) pp. 467-496.

Muñetón, Juan Camilo (2015): "La negativa a realizarse la prueba de embriaguez con fundamento en el derecho de no autoincriminación", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 11, n.° 85: pp. 79-121.

Muñoz Conde, Francisco (2010): "La prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo", *Boletin Da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica*, 100, Ad honorem-5: pp. 1013- 1039.

Navarro Dolmestch, Roberto (2018): *Derecho procesal penal chileno I* (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago).

Nogueira, Humberto (2009): "El derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso en el bloque constitucional de derecho en Chile", en Nogueira, Humberto (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje en sus*

cincuenta años como investigador del derecho (Santiago: Editorial Librotecnia) pp. 229-320.

Poblete, Orlando (2004): "El interrogatorio policial autónomo y el derecho al silencio y a la no autoincriminación", en Instituto Libertad y Desarrollo, *Sentencias destacadas*: pp. 237-253.

Riego, Cristián (2019): "Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 32, n.° 2: pp. 1-30.

Wilenmann, Javier (2016): "El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. Sobre las consecuencias sustantivas del principio de no autoincriminación", *Revista de Derecho*, año 2023, n.° 1: pp. 111-139.

ALGUNAS DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN LEGAL DE LA NULIDAD PROCESAL Y LA NULIDAD CIVIL

SOME DIFFERENCES BETWEEN THE LEGAL REGIME OF PROCEDURAL NULLITY AND CIVIL NULLITY

Jaime Carrasco Poblete[*]

Resumen: el presente artículo estudia las diferencias existentes entre la nulidad procesal y la nulidad civil, analizando los estatutos legales contenidos tanto en el *Código de Procedimiento Civil* como el *Código Civil*.

Palabras claves: nulidad civil, nulidad procesal, ineficacias jurídicas.

Abstract: This article studies the differences between procedural nullity and civil nullity, analyzing the legal statutes contained in both the *Code of Civil Procedure* and the *Civil Code*.

Keywords: civil nullity, procedural nullity, legal ineffectiveness.

I. La nulidad como institución perteneciente al derecho en general

La nulidad constituye una institución que tiene una relevancia indiscutible en todas las ramas del derecho. Consideramos que la nulidad como categoría de

[*] Abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Público. Máster en Derecho de la Empresa. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correos electrónicos: jaimecarrascop@udd.cl; jcarrasco@ccycia.cl

invalidez pertenece a la teoría general del derecho[1], no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico fue el derecho privado quien primero se encargó de regularla y establecer los principios que la inspiran[2]. Si bien la Ley Mariana sobre recurso de nulidad de 1837 es anterior a la vigencia del *Código Civil*, en aquella no se reguló la nulidad procesal de forma completa, sino solo una manifestación de este tipo de invalidez, como lo fue el antiguo recurso de nulidad[3], normativa que fue elogiada en aquella época[4]. Por eso, afirmamos que

[1] En este sentido Alessandri (2008), tomo I, pp. 85-86 afirma: "ampliando más el campo de aplicación del concepto de 'nulidad', y refiriéndonos a todo el Derecho en general, sea Público o Privado, podemos afirmar que el concepto abstracto de nulidad, prescindiendo de las reglas que la rigen en cada caso especial, es el mismo". En el mismo sentido Camusso (1983), p. 214 expresa: "[...] para la doctrina, la teoría de la nulidad es un concepto que domina en el campo del derecho sin ser privativo de ninguna rama. Se trata de una teoría general y no particular de una determinada disciplina".

[2] Así lo aseveran, entre otros, Moreno (2000), p. 237; Lourido (2004), p. 22.

[3] Antes de la independencia de Chile las leyes castellano-indiana normaban un recurso de nulidad, de naturaleza extraordinaria, que tenía por objetivo impugnar las sentencias dictadas con infracción a las leyes de procedimiento o a las que faltaban algunos requisitos para su validez, recurso que podía impetrarse como acción o como excepción. Si se interponía como excepción existía un plazo de sesenta días. De entablarse fuera del juicio, como acción, no tenía plazo en aquellas hipótesis de nulidad notoria y manifiesta. Sobre estas normas. Cfr. O*rdenamiento de Alcalá*, ley 5, título 13 y ley 2, título 14; *Novísima Recopilación*, leyes 1 y 2, título 18, libro 11. Respecto al procedimiento y a la posterior suplicación contra la resolución que falló el recurso de nulidad cfr. *Novísima Recopilación*, leyes 1, 2 y 3, título 18, libro 11.

[4] El proyecto de Mariano Egaña fue comentado por Andrés Bello, quien en lo referente a la nulidad procesal expresó lo siguiente: "Los trámites esenciales de un juicio, como inherentes a su naturaleza, son los que constituyen la verdadera garantía de los litigantes, que, como con cierto pacto, se someten a las decisiones judiciales bajo la calidad de que se observen los requisitos previos que las leyes han estimado convenientes i justos. Faltando, pues, estos requisitos, falta el juicio legal, que, anulándose, no puede producir efecto alguno. Por lo mismo, es necesario que el juicio vuelva precisamente al estado en que se hallaba cuando dejó de ser; i si esto no sucede, las partes se privan de una de las instancias que les son concedidas. [...] Si nos ocurren las dificultades propuestas respecto de la decisión del actual reglamento, nos las presenta todavía mayores la práctica que vemos observar en estos recursos, en que las nulidades se declaran por esta sola i sencilla fórmula, *hai nulidad*, sin expresar el defecto que la produce. Procedimiento es este, que, léjos de encontrarse apoyado en el reglamento, nos parece contrario al espíritu de la parte del artículo 54, que ya hemos citado; porque, si el efecto del recurso que nos ocupa es precisamente la reposición del proceso, no encontramos cómo pueda tener lugar, si no se expresa la falta que lo motiva. Tanto más nos confirmamos en este pensamiento, cuanto vemos en no pocos casos que, declarada esa nulidad sin expresión alguna, se procede acaso sin más trámites que una simple audiencia de las partes a la resolución que el tribunal superior estima justa. Veneramos, como es debido, las luces i probidad de nuestros majistrados, i estamos ciertos de los fallos que han recaído en los casos dichos, habrán sido los más conformes a los derechos de los litigantes; pero, cuando sabemos que no puede haber nulidad sin defecto de trámite sustancial, cuando la miramos declarada en los juicios i cuando observamos que sin repo-

la primera regulación de este tipo de invalidez pertenece al derecho civil, sin perjuicio de la normativa existente sobre la invalidez procesal a principios del siglo XIX[5], la cual era confusa, compleja y muy criticada[6].

Teniendo en cuenta esta regulación primaria de la nulidad, con posterioridad, las demás ramas del ordenamiento jurídico la han reglamentado con determinadas finalidades, estableciendo causales para impetrarla y fijando límites que impiden la declaración de la misma, los que hay que analizar en cada caso concreto. En este contexto, se puede afirmar que en cada rama del ordenamiento jurídico existe una tendencia a reglar el fenómeno anulatorio, precisando las causales que admiten su aplicación, estableciendo los principios que la informan, que la explican y que la dotan de autonomía.

En nuestro ordenamiento jurídico la nulidad presenta diversos tratamientos, encontrándose ciertas normas que regulan la nulidad de los actos y contratos (artículos 10, 11, 1681, 1697 del CC); aquellas que tienen por objetivo la nulidad de los actos de la administración pública (artículos 6 y 7 de la CPR); algunas disposiciones relativas a la nulidad de una concesión minera (artículos 95-97 C*M*); determinados preceptos que configuran la nulidad de una sociedad y del seguro (artículos 355 A, 357, 358, 361, 428, 528, 558 del CC*o*);

nerse trámite alguno se procede a la resolución del litijio, no sabemos qué pensar; siendo cierto que si la sentencia declarada nula adoleció de vicios por falta de trámites sustanciales, mientras subsista esa falta, debe también la nulidad subsistir, sin que pueda subsanarse por otras sentencias, sea cual fuere el fondo de su justicia, o la jerarquía del tribunal que procede". Cfr. BELLO (1885), pp. 104-105.

[5] La Constitución de 1822, en el artículo 166 n.° 2, estableció un recurso de nulidad con el objetivo de impugnar las sentencias, cuya competencia se atribuyó al Tribunal Supremo de Justicia (artículo 160). Posteriormente la Constitución de 1823, en el artículo 137, estableció un recurso de nulidad, el que era admisible cuando se había faltado: "[...] a las formas esenciales de la ritualidad de los juicios, determinadas literalmente por la ley". La competencia para conocer de este recurso se concedió a la Suprema Corte de Justicia, por expresa remisión del artículo 146 n.° 2 de la Carta Fundamental. Tal atribución del máximo tribunal de justicia desaparece en la Constitución de 1833. El artículo 62 y siguientes del Reglamento de Administración de Justicia, de 2 de junio de 1824, reguló el recurso de nulidad disponiendo: "toda sentencia de la Corte de Apelaciones produce ejecutoria (salvo en lo determinados casos en que conoce en primera instancia); pero cuando los jueces hubieren faltado a las formas esenciales de la ritualidad de los juicios determinadas literalmente por la lei, podrá interponerse el recurso de nulidad para el preciso efecto de que el Tribunal a que se recurre, reponga el proceso reteniendo el conocimiento, i haga efectiva la responsabilidad de que habla el artículo". La competencia para conocer dicho recurso dependía del grado jurisdiccional de la resolución recurrida. Contra las sentencias dictadas por los juzgados de primera instancia el conocimiento del recurso correspondía a la Corte de Apelaciones (artículos 54 n.° 8 y 64 del Reglamento de 1824); contra las sentencias pronunciadas por la Corte de Apelaciones el recurso era conocido por la Corte Suprema (artículo 63 del Reglamento de 1824).

[6] BRAVO (2006), p. 476.

otras normas que tratan el recurso de nulidad en el ámbito del proceso laboral (artículos 477-484 del *CT*); ciertos preceptos que tienen por objetivo sancionar los defectos de los actos jurídicos procesales ejecutados en el proceso penal (artículos 159-165 del *CPP*); otros referidos a la irregularidad de los actos jurídicos desarrollados en el proceso civil (artículos 79, 80, 83, 84, 767, 768, 795, 800 del *CPC*); en el proceso de familia (artículos 25 y 67 n.° 6 de la Ley n.° 19968), etcétera.

La realidad que exponemos también es explicada por Eduardo Couture, quien afirma:

> "[...] la teoría de la nulidad es de carácter general a todo el derecho y no particular a cada una de sus ramas. Pero también por razones anticipadas, se comprende que una vez admitidas ciertas nociones que forman la base de toda concepción acerca de la nulidad, comunes a todos los campos del derecho, las soluciones se desvían y se hacen específicas, particulares a cada una de las ramas del orden jurídico. [...] La nulidad de la Constitución, la del acto administrativo, la del contrato y la de la sentencia, tienen, cada una de ellas, una disciplina propia, dada en consideración a necesidades de carácter político, social, económico"[7].

En definitiva, adelantando nuestras conclusiones, afirmaremos en esta etapa que la teoría de la nulidad de la actividad procesal es autónoma de la teoría de la nulidad que se elabora en el derecho privado e, incluso, respecto de otras teorías de la nulidad creadas para otras ramas del derecho público, pues la actividad procesal presenta ciertas características peculiares, intervienen diversos sujetos y existen ciertos preceptos legales que tienen por objetivo crear un sistema anulatorio aplicable a la actividad procesal defectuosa o irregular.

Incluso, dentro del ámbito del proceso judicial, en atención a los intereses comprometidos en cada caso, se pueden verificar diferencias entre la nulidad procesal aplicable al procedimiento civil, al procedimiento de familia, al procedimiento laboral y al procedimiento penal, lo que hace más complejo comprender el comportamiento de esta forma de invalidez de las actuaciones procesales.

Lo anterior no quiere decir que no exista ningún acercamiento o coincidencia entre las normas que reglan la nulidad de una u otra rama jurídica. En efecto, entre la nulidad civil y la nulidad procesal existen ciertas semejanzas como, por ejemplo, ambas nulidades coinciden en ser remedios aplicables contra

[7] Couture (2011), p. 305. En el mismo sentido Alsina (1963), tomo I, p. 629; Camusso (1983), p. 15.

los efectos generados por actos viciados o irregulares[8], en requerir de una declaración judicial para que actúe la ineficacia y en que los efectos generados por tal declaración importan la supresión de las consecuencias originadas por el acto que se ha declarado nulo. Esta proximidad se produce, especialmente, si se trata de cuerpos normativos que coinciden en cuanto a la naturaleza jurídica de sus normas, como sucede, por ejemplo, con derecho procesal y el derecho administrativo, ambos pertenecientes al derecho público.

Luego de esta breve introducción nos acometemos a explicar las diferencias que existen entre dos tipos de invalidez: la nulidad civil y la nulidad procesal civil.

II. Divergencias entre la nulidad procesal y la nulidad civil

1. Introducción

Antes de que el derecho procesal reclamara su autonomía respecto del derecho material, los actos del juicio se exponían bajo los típicos conceptos de la teoría general de los actos jurídicos substanciales. Esto se debe a que, por una parte, el C*ódigo* de derecho sustantivo fue el primero en regular la nulidad de los actos y contratos, de donde se obtienen ciertos conceptos que se van adecuando a cada disciplina jurídica y, por otro, porque la reglamentación expresa de la nulidad que afecta a la actividad procesal irregular era insuficiente y, además, aparece de manera tardía en nuestro sistema de enjuiciamiento.

En palabras de Juan Montero Aroca:

> "desde Justiniano, por lo menos era tradicional la división del derecho privado en tres partes: personas, cosas y acciones, quedando incluida en esta última lo que ahora llamamos derecho procesal; este era, pues, simplemente, un capítulo, generalmente el último, del derecho privado (o del derecho penal). [...] La conciencia de la distinción entre derecho material y proceso fue iniciada por la codificación, al dedicar al procedimiento códigos propios, pero la autonomía se alcanza con los procesalistas"[9].

La separación entre el derecho civil y el derecho procesal es relativamente reciente. Ella se produce a partir de la polémica surgida entre Bernhard

[8] Sin embargo, esta semejanza puede resultar aparente porque la nulidad procesal se funda en vicios o errores generados en la actividad procesal; en cambio, la nulidad civil surge por vicios extraprocesales, o sea, fuera del proceso.

[9] Montero (1988), p. 45.

Winscheid y Theodor Mütter en 1856 y 1857 sobre la autonomía de la acción[10]. A partir de la polémica sobre la *actio*, el derecho procesal logra autonomía y su estudio se enfoca desde las instituciones que lo gobiernan, rigiéndose por sus propios principios que lo explican e informan[11].

Como hemos explicado, el derecho procesal es una rama del derecho público por lo que, desde luego, se diferencia del derecho de fondo. La naturaleza pública del derecho procesal en la actualidad no se discute y en virtud de esta característica es posible enfocar el estudio de la nulidad de los actos jurisdiccionales de una manera distinta que la nulidad de los actos jurídicos sustantivos. En palabras de Giuseppe Chiovenda:

> "no debe creerse que la institución de la nulidad y la anulabilidad tengan lugar en el proceso del mismo modo que en el derecho sustancial. El proceso presenta también en este punto, algunas particularidades notables, que se derivan siempre de la especial naturaleza de esta relación jurídica [...]en la cual campea y domina con su importancia, cualquiera otra actividad, la actividad del órgano del Estado"[12].

Se pueden mencionar como elementos diferenciadores entre ambas nulidades: la autonomía del derecho procesal del derecho material, la circunstancia que el proceso es una relación jurídica de derecho público; la instrumentalidad del proceso judicial, la intervención de un tercero juez que debe velar por el respeto de las derechos procesales de las partes y los terceros técnicos que en él intervienen; la imparcialidad que debe caracterizar al juzgador, la existencia de principios e instituciones jurídicas procesales que forman el procedimiento aplicable a cada controversia, los diferentes intereses sustantivos y procesales de los litigantes, etc. Estas cuestiones por supuesto que repercuten en el estudio de la nulidad, en particular: en las causales de nulidad, ya sea que se expresen de manera específica y genérica, el fundamento para calificar un determinado acto como inválido, la oportunidad para denunciar el vicio, los límites que imposibilitan el pronunciamiento de la ineficacia, la extensión de los efectos de la declaración de nulidad.

En este contexto, el análisis de la nulidad de los actos sustantivos difiere del tratamiento que la ley dispone para la nulidad de los actos jurisdiccionales. Nuestra premisa se basa en diversas razones, a saber: la diferente regulación de la nulidad civil en comparación con la nulidad procesal, el efecto de la cosa

[10] Cfr. Winscheid y Mütter (1974), vol. ii, *passim*.

[11] En nuestra doctrina, así lo explica, entre otros, Romero (2014), pp. 7-13. Sin perjuicio de ello, antes del proceso codificador ya existían ciertas leyes procesales con independencia de los preceptos sustantivos. Así ocurría, por ejemplo, con la *Partida III* del año 1236, el *Fuero Juzgo* de 1356 y de cierta forma con el *Liber Iudiciorum*. Con mayor detalle Alsina (1963), tomo i, pp. 40-43.

[12] Chiovenda (1977), tomo ii, p. 98.

juzgada que adquieren ciertas resoluciones una vez que llegan al estado de firmeza, la historia fidedigna del establecimiento del *Código Civil*, el ámbito de aplicación de las nulidades, la diferente legitimación para impetrarla, los límites temporales para implorar su declaración y las diversas vías o remedios para obtener el efecto anulatorio.

2. Diferente reglamentación

Desde la entrada en vigencia del *Código de Procedimiento Civil* hasta la reforma introducida por la Ley n.° 18705 nuestra legislación procesal civil no contenía una regulación sistemática de la nulidad procesal. En efecto, la Ley n.° 18705, publicada en el *Diario Oficial* de 24 de mayo de 1988, hizo importantes modificaciones al *Código de Procedimiento Civil*, en especial, al título IX, del libro I, sobre los incidentes, incorporando expresamente un artículo destinado al tratamiento de la nulidad procesal (el actual artículo 83 del *CPC*). Antes de la entrada en vigencia de la referida ley, le correspondió a la jurisprudencia desarrollar el concepto y los principios que informan la teoría de la nulidad procesal, pues no existía un reconocimiento sistemático de esta categoría, sino tan solo normas dispersas, con contenido anulatorio.

En el *Código de Procedimiento Civil* no existe ningún título o párrafo dedicado a la nulidad procesal[13], sino que esta se encuentra configurada en diversos artículos del *Código*, existiendo una norma que puede considerarse fundamental –artículo 83 del *CPC*–, pues regula directamente la institución. Sin perjuicio de que el artículo 83 del *CPC* contiene varios principios que inspiran la nulidad de la actividad procesal, por ejemplo, la exigencia del perjuicio, la convalidación, la buena fe, no puede afirmarse que el sistema anulatorio descanse solo en esa norma, sino que, por el contrario, se encuentra diseminado en múltiples disposiciones del *Código de Procedimiento Civil*, siendo las más relevantes los artículos 61, 79, 80, 83, 84, 768, 789, 795 y 800.

Respecto a la nulidad de los actos jurídicos civiles, el *Código* del ramo destina el título XX del libro IV a su regulación. Sin embargo, no debe afirmarse que la nulidad civil solo está reglamentada en dicho título, toda vez que también existen otras disposiciones que deben considerarse para el estudio de la misma, como lo son, por ejemplo, los artículos 10 y 11 del CC[14].

[13] Cuestión contraria ocurre en el derecho procesal penal, cuyo antiguo *Código de Procedimiento Penal*, a partir de la Ley n.° 18857, de 6 de diciembre de 1989, agregó el párrafo IV al título III del libro I (artículos 68 a 73), referido a las nulidades procesales. Actualmente dicho *Código* se encuentra derogado por el nuevo *Código Procesal Penal* el cual regula la nulidad procesal en el título VII del libro I (artículos 159 a 165).

[14] Sobre la noción unitaria del concepto nulidad cfr. Alessandri (2008), tomo I, p. 85; Baraona (2012), p. 44.

En consecuencia, se puede colegir que la nulidad que afecta a los actos y contratos del derecho sustantivo tiene una especial reglamentación en el *Código Civil* y que la nulidad que sanciona los actos jurídicos procesales civiles tiene un especial reconocimiento en el *Código de Procedimiento Civil,* lo que demuestra que se trata de instituciones jurídicas que no pueden asimilarse del todo por corresponder a normas de distinta naturaleza, con características y principios especiales que hacen imposible exponerlas de forma idéntica.

3. *Los diferentes cimientos a partir de los cuales se construye la nulidad civil y procesal*

La mayor parte de nuestra doctrina define la nulidad que afecta a los actos jurídicos sustantivos como una sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor del acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen[15]. La nulidad civil puede clasificarse en absoluta y relativa (art**ículo** 1681 inciso 2.° del CC), distinción que se funda en el interés protegido por esta sanción. En palabras de Ramón Domínguez Águila:

> "cuando se trata de un interés general o considerado de orden público por la ley, la nulidad es absoluta y así la omisión de requisitos exigidos en consideración a la naturaleza o especie del negocio produce nulidad absoluta. Cuando se trata de proteger un interés personal o particular, la nulidad es relativa, a la que se llama también rescisión (art**ículo**s 1682 inciso final y 1691). Y por eso con ella se sanciona la omisión de requisitos exigidos en consideración a la calidad o estado de las partes que intervienen en el negocio (art**ículo** 1682 inciso final)"[16].

La causa para solicitar la nulidad procesal, en cambio, es que el acto procesal realizado adolezca de un vicio, de un defecto o irregularidad que irrogue a alguna de las partes un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad (art**ículo** 83 del *CPC*). La nulidad procesal, en nuestro ordenamiento no admite clasificaciones, sino que se trata solo de un tipo de sanción[17]. El vicio que padece el acto procesal no tiene relación con la omisión de ciertos requisitos que la ley prescribe para el valor del acto, sino que se determina de acuer-

[15] En este sentido Alessandri (2008), tomo I, p. 19; Ducci (1988), p. 315; Vial del Río (2007), p. 247; Court (2009), p. 90.

[16] Domínguez (2012), p. 182. En este sentido Alessandri (2008), tomo I, pp. 131-132 y tomo II, p. 11.

[17] Colombo (1997), tomo II, pp. 480-481.

do con una calificación que realiza el juez sobre la existencia de un perjuicio trascendente o relevante causado a la parte que impetra la declaración de nulidad.

En otras palabras, la nulidad procesal es extrínseca al acto porque no se determina por la falta de un requisito del acto, sino por la existencia de un perjuicio solo reparable con la declaración de nulidad. De esta manera parte de la doctrina ha sostenido que el perjuicio es un requisito *sine qua non* para declarar la nulidad o que la existencia de un perjuicio es un estándar de valoración de la irregularidad que permite calificarla como inválida, en cuya virtud permite declarar la ineficacia[18].

La nulidad civil, en cambio, se construye por causa de la omisión de un requisito de validez[19] del acto jurídico, lo que nos lleva a afirmar que es intrínseca al acto porque su nacimiento depende de la falta de alguno de los requisitos de validez, en cambio, la nulidad procesal –como hemos sostenido– no nace por la falta de un requisito del acto, sino porque el ejercicio de un acto procesal irregular o defectuoso es capaz de generar a alguna de las partes un perjuicio que solo es posible eliminar mediante la declaración judicial de nulidad, lo que nos lleva a afirmar que es extrínseca al acto jurídico procesal.

En consecuencia, las bases sobre las que se construye el sistema anulatorio civil son distintas de aquellas en que se forja el sistema anulatorio procesal. En aquel la nulidad de los actos jurídicos privados es intrínseca, en cambio, en el derecho procesal la nulidad es extrínseca.

4. El efecto de cosa juzgada

La cosa juzgada es el efecto que generan ciertas resoluciones judiciales emanadas del órgano jurisdiccional, en virtud del cual lo resuelto en la sentencia es inimpugnable e inmutable. Este efecto constituye un elemento esencial para impedir la aplicación de la nulidad civil a los actos procesales.

Esta afirmación ha hecho que, desde antaño, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostengan la inaplicabilidad de atacar los actos jurisdiccionales a través de la acción ordinaria de nulidad.

En nuestra doctrina, uno de los primeros autores que se refirió a la improcedencia de la acción ordinaria de nulidad con la finalidad de invalidar

[18] Gorigoitía (2013), pp. 575-599.

[19] Así lo afirma Court (2009), p. 91, al expresar: "[...] la omisión de cualquier requisito de un acto o contrato no acarrea su nulidad, sino que esta sanción opera cuando se han omitido requisitos que apuntan a la validez del mismo, trátese de los requisitos generales de validez a que alude el artículo 1445 CC o de los especiales o particulares de cada acto o contrato" (artículo 1444 del CC).

actos procesales defectuosos una vez que ya existe sentencia firme, fue José Bernardo Lira[20], quien se preguntaba en su *Prontuario de los Juicios* si:

> "además del recurso de que aquí tratamos ¿hai también acción ordinaria de nulidad contra una sentencia judicial? –Según nuestro actual sistema de enjuiciamiento i la práctica de los tribunales, parece que nó; a menos que se trate de sentencias que por haberse dado en juicios seguidos sin la debida audiencia o sin lejítima representación no empezcan a la parte contra quien fueron pronunciadas. Fuera de estos casos, la parte que pretenda la nulidad de una sentencia debe hacer valer su derecho en los plazos i forma que determina la lei de 1 de marzo de 1837. [...] Este sistema vendria por tierra si hubiera de permitirse que, independientemente del recurso de nulidad, se entablara la acción ordinaria del mismo nombre"[21].

Posteriormente, un estudio más extenso lo desarrolló Víctor Santa Cruz Serrano, quien concluye su investigación afirmando:

> "[...] la admisión de acciones ordinarias de nulidad para anular procesos o actuaciones de ellos importaría un desconocimiento de la autoridad de cosa juzgada que rodea a todo lo obrado en un proceso definitivamente terminado. Basta esta sola consideración; basta con pensar en el desmedro que sufriría esta institución básica y fundamental

[20] José Bernardo Lira Argomedo nació el 3 de junio de 1835; sus padres fueron, el exdiputado José Toribio Lira Argomedo y Margarita Argomedo González. Se casó con Victoria Palma Guzmán y tuvieron un hijo, Gabriel. Cursó humanidades en el Instituto Nacional y Leyes en la Universidad de Chile; obtuvo el título de abogado el 13 de mayo de 1859. Se dedicó a la enseñanza en el Instituto donde estudió, hasta el año 1865; luego se fue a hacer clases a la universidad, en derecho, donde entró por concurso. Fue electo diputado propietario por Caupolicán, periodo 1873-1876. Integró la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia. Aparte de enseñar, escribió y fue autor de obras jurídicas, con énfasis en derecho minero. Comenzó las investigaciones para compaginar la historia de la legislación civil de Chile. Fue miembro de la comisión redactora del primer *Código de Minería* que hubo en Chile, promulgado el 18 de noviembre de 1874. Colaboró, también, en la comisión respectiva, en la formación del *Código Orgánico de Tribunales*, promulgado el 15 de octubre de 1875, con el nombre de Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales. Obra suya es también, el *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil*; cuando lo sorprendió la muerte, estaba trabajando, a solicitud del gobierno, en el *Proyecto de Código de Enjuiciamiento Penal*. Solo alcanzó a redactar 425 artículos. Recibió distinciones de diferentes corporaciones, como la Real Academia Española, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, nombrándolo miembro correspondiente. Dejó de existir el 7 de enero de 1891. Sobre la biografía del autor cfr. "Historia política legislativa del Congreso Nacional de Chile", disponible en www.bcn.cl/portal/resultadobusqueda?texto=jose %20bernardo%20lira&dc_source=&npagina=1&tipo_recurso=

[21] Lira (1866), tomo ii, p. 182, nota al pie de página letra (b).

> del derecho procesal, cuya integridad el legislador ha procurado mantener por todos los medios posibles, para proclamar desde luego la inadmisión de las acciones ordinarias de nulidad"[22].

La doctrina posterior –especialmente Arturo Alessandri Besa– reafirma lo sostenido por Víctor Santa Cruz Serrano, al indicar, en relación con la cosa juzgada:

> "si además de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, Código Penal y Código de Procesal Penal, que reglan la validez de los actos y resoluciones judiciales, hubieran de ser aplicadas a dichos actos y resoluciones los principios y normas que constituyen el sistema de las nulidades del Derecho Civil, se contrariarían abiertamente la naturaleza y el propósito de la legislación procesal, que, por los fines que está llamada a realizar, propende a mantener la inmutabilidad de lo obrado y resuelto por el Poder Judicial"[23].

En sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema en sentencia de 31 de octubre de 1922, al afirmar:

> "la nulidad, que es un medio de extinguir las obligaciones y de que se ocupa el Título XX del Libro IV del Código Civil, se refiere únicamente a los vínculos jurídicos que se contraen por cualquiera de los medios que indica el artículo 1437 del mismo cuerpo de leyes, mas no a las que nacen o se generan en virtud de acciones judiciales, o sea, de derechos que se hacen valer en juicio, porque la nulidad de tales obligaciones, como la de todas las actuaciones de la litis, se rigen por las disposiciones del derecho procesal, a menos que el legislador haya dispuesto expresamente lo contrario"[24].

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 7 de junio de 1910 expresó:

> "que las disposiciones de los art. 1681, 1682 i 1683 del Código Civil en que se funda la demanda, algunas de las cuales sirven también de

[22] Santa Cruz (1936), p. 102.

[23] Alessandri (2008), tomo I, p. 66. En este mismo sentido Pinto (1972), tomo IV, vol. II, p. 464; Urrutia (1928), p. 124.

[24] Corte Suprema (1922b), sentencia n.º 54, p. 256 y ss., considerando 10.°. El considerando 11.° de la misma sentencia afirma: "Que, si se aceptara que, por la nulidad de cualquier trámite de un juicio ya afinado, se pudiera dejar sin efecto todo lo obrado en él y restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de que se invocara, que es lo que se pretende por medio del recurso actual, se contrariarían abiertamente los propósitos de la legislación procesal que, por los fines que está llamada a realizar, propende a mantener la inmutabilidad de lo obrado en un juicio.

> fundamento a la sentencia de primera instancia, no son aplicables para resolver el presente juicio, por cuanto esos artículos se refieren a los actos i declaraciones de voluntad que son la fuente de los derechos i obligaciones que rije ese Código, i no a las meras actuaciones o tramitaciones judiciales que han estado sometidas a leyes especiales, como son las del año 1837 citadas más arriba, las cuales establecían plazos fijos para deducir los recursos que concedían contra las resoluciones judiciales, de manera que, no utilizados esos recursos en la forma i tiempo fijados, lo resuelto en el respectivo juicio quedaba firme i valedero, como ha sucedido en el ejecutivo que ha dado origen al presente"[25].

La Corte Suprema, en sentencia de 15 de noviembre de 1912, sigue la misma doctrina al afirmar:

> "que las infracciones del orden jurídico procesal están sancionadas por la legislación especial que las rige. Los preceptos del Código Civil sobre nulidad se refieren, según los términos del Mensaje con que se presentó al Congreso, a 'los contratos y demás actos voluntarios que constituyen derechos' y a las personas que los acuerdan, mas no a los juicios, salvo en los casos que el mismo Código dispone, como lo hace respecto de las particiones en el artículo 1348. La nulidad o validez de los actos de un poder público no se reglan en general por las disposiciones del Derecho Privado, a menos de una referencia expresa de la ley. Si se aplicaran los principios del Derecho Civil a las nulidades procesales, se contrariaría la inmutabilidad de lo declarado por el Poder Judicial, o sea, se destruiría por su base la cosa juzgada. Formando todo el proceso un encadenamiento de actuaciones y resoluciones, que se apoyan las unas en las otras, la nulidad absoluta de cualquiera de ellas daría derecho a la parte para la restitución en cualquier tiempo, excediendo los plazos procesales y aun después de cumplido el fallo. Las infracciones del orden procesal que puedan cometerse, encuentran su remedio, en unos casos mediante los recursos legales ordinarios de esta rama del Derecho, en otros mediante las sanciones que establece, en otros con la nulidad misma del procedimiento en que se cometen, en otros con efectos distintos de la nulidad, y, por fin, cuando no aparecen sancionadas aquellas infracciones, se sanean por la simple ejecutoria de las resoluciones que se dictan en el juicio"[26].

[25] Corte de Apelaciones de Concepción (1910), considerando 4.°, p. 1082 y ss.

[26] Corte Suprema (1912), considerandos 1.° al 10.°. Esta misma doctrina cfr. Corte de Apelaciones de Santiago (1915), considerando 3.° y ss.); Corte Suprema (1916), considerando 3.°; Corte Suprema (1919), considerando 3.° y ss.); Corte Suprema (1922a), sentencia n.° 29, consi-

Reitera la característica que la nulidad procesal debe alegarse *in limine litis* la sentencia de 4 de julio de 2005, pronunciada por la Corte Suprema, al enseñar:

> "para atacar las resoluciones judiciales o los procedimientos que estimen viciados existen los recursos procesales, todos los cuales deberán ser ejercidos en la misma causa en que se cometieron tales vicios, en ningún caso en un juicio diverso y que en el presente caso se trata de una sentencia ejecutoriada, por lo que el procedimiento se encuentra ejecutoriado y el fallo cumplido"[27].

A todo lo anterior, hay que adicionar lo establecido en el artículo 331 del *COT*, en cuanto expresa:

> "ni en caso de responsabilidad criminal ni en caso de responsabilidad civil, la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad alterará la sentencia firme".

Manuel Egidio Ballesteros comentó la referida norma –artículo 161 de la LOT de 1875, antecedente del actual artículo 331 del *COT*– y afirmó:

> "esta disposición, que tiene por objeto, mantener en toda su eficacia la fuerza de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, cualquiera sea la responsabilidad de los que la pronunciaron [...]"[28].

---

derandos 4.° y 5.°; Corte Suprema (1922b), considerandos 6.° al 15.°; Corte Suprema (1924a), considerandos 8.° y 9.°); Corte Suprema (1924c), considerando 8.°); Corte Suprema, (1929), considerando f y siguientes del fallo que acoge el recurso de queja; Corte de Apelaciones de Talca (1930), considerandos 9.° y 10.°; Corte Suprema (1936b), considerando 16.° al 20.°); Corte Suprema (1936a), p. 28; Corte Suprema (1936c), considerando 4.°.

[27] Corte Suprema (2005), rol 1967-2004.

[28] Ballesteros (1890), tomo ii, p. 31. Manuel Egidio Ballesteros fue uno de los abogados de más versación jurídica en el país durante la segunda mitad del siglo xix, y una autoridad moral de su época, ganada a través de una vida entregada al servicio público. Su obra jurídica constituyó un valioso aporte para la consolidación de las instituciones nacionales. En una época en que mucho había por hacerse en el derecho nacional, Manuel Egidio Ballesteros Ríos dejó honda huella en el campo jurídico, sobre todo en la codificación de la legislación procesal. Nació en Santiago en 1844. Hizo sus estudios en el Seminario Conciliar de esta ciudad, que en esa época no solo albergaba a candidatos al sacerdocio, sino que, además, impartía enseñanza humanística a estudiantes que no aspiraban a la vida eclesiástica. Es por ello que, incluso, sus primeros estudios jurídicos los realizó en ese mismo Seminario. Cabe recordar que hasta 1879, año en que se promulgara la Ley de Instrucción, la Universidad de Chile era solo un cuerpo académico, no una universidad docente, de modo que los estudios superiores del señor Ballesteros no estuvieron ligados a ninguna Facultad. A la sazón, para titularse de abogado, lo que hizo en 1871, se debía rendir un examen público ante la Corte Suprema. Es así que los profundos conocimientos jurídicos fueron fruto de un esfuerzo personal, disciplinado y perseverante, de toda

Como se aprecia, la referida disposición tiene gran relevancia porque en caso de que el juez resulte responsable civil o criminalmente, la sentencia firme que pronunció no será alterada por la sentencia dictada en el posterior juicio que determine la responsabilidad de aquel, manteniéndose la sentencia firme y su eficacia de cosa juzgada[29].

En consecuencia, de aplicarse las normas del *Código Civil* que rigen las nulidades de los actos jurídicos civiles a los actos procesales se atentaría contra la inmutabilidad de las decisiones de los tribunales, destruyéndose la cosa juzgada, generando un estado de inseguridad jurídica, pudiendo atacarse la sentencia más allá de los plazos u oportunidades procesales, incluso, después de cumplido el fallo y deducirse esta por personas que no son partes en el proceso. Aceptar la utilización y aplicación a los actos jurisdiccionales de las normas que rigen la nulidad de los actos para el derecho civil generaría una distorsión

su vida. En 1871, recién recibido de abogado, fue jefe de sección en el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, pasando a Oficial Mayor (subsecretario) en 1872. Allí se desempeñó con la probidad y eficiencia que lo caracterizaron, aceptando la comisión de confeccionar la 'Compilación de leyes y decretos' en materia de instrucción pública. En 1875 ingresó a la judicatura, como juez del crimen de Valparaíso; luego en 1877 fue juez de Melipilla. Durante la ocupación en Lima, en 1882, se desempeñó como juez de letras en esa capital y como presidente del Tribunal de Alzada que funcionó en ella, hasta 1884. Allí editó el Índice *general del Boletín de las Leyes Chilenas*. Ese mismo año fue nombrado ministro de la Corte de Apelaciones de Iquique. En 1889 fue designado ministro suplente de la Corte Suprema y fiscal del mismo tribunal. Fue exonerado tras la derrota del presidente José Manuel Balmaceda en la guerra civil, por haber permanecido fiel a los principios que inspiraron a ese mandatario. Esa circunstancia lo lanzó a la arena política, en la que tuvo destacada figuración. En las filas del Partido Liberal Democrático llegó al Parlamento, siendo electo senador por Santiago por el periodo 1900 a 1906. Durante la presidencia de Germán Riesco se desempeñó como ministro de Justicia e Instrucción en 1900 y como ministro del Interior en 1904. El estudio de la legislación nacional y comparada, y el análisis de las obras clásicas y de los grandes tratadistas, junto con demandarle gran dedicación, fueron fuente de inspiración de su prolífica obra jurídica legislativa. En ella sobresalen sus Comentarios a la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875, publicados en 1890 y, sobre todo, su *Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, que redactara en 1902, el cual, con mínimas modificaciones, entró en vigencia en 1907. Falleció en Santiago en noviembre de 1914, a los setenta años. La biografía del autor que tan solo en parte exponemos puede consultarse en *Revista del Abogado*, año 8, n.° 25, Colegio de Abogados de Chile, julio 2002, p. 48; De Ramón (1999), tomo I, pp. 126-128.

[29] Incluso, con anterioridad a la existencia de la referida norma, se entendía que la sentencia firme dictada por el juez se mantenía, aunque posteriormente se dictara una sentencia que lo condenaba por algún tipo de responsabilidad en el ejercicio de su ministerio. En efecto, Lira (1866), tomo II, p. 182, nota al pie de página letra (b), afirmaba: "así, por ejemplo, si se hubiese dado una sentencia por cohecho del juez o en virtud de falsas pruebas i la parte no hubiese utilizado el recurso de nulidad con arreglo a la lei de la materia, aquellos hechos podrían autorizar una acción de perjuicios contra el juez o los testigos que se hubieren dejado cohechar; pero no por eso alterarían en materia alguna la fuerza de lo juzgado".

o desnaturalización de nuestro sistema de enjuiciamiento y por esta razón, es que tales categorías de nulidad no son aplicables a los actos procesales, como lo han señalado correctamente tanto la doctrina como la abundante jurisprudencia.

5. *La historia fidedigna del establecimiento del* Código Civil *permite sostener el diferente ámbito de aplicación de las nulidades civil y procesal*

La inaplicabilidad de las normas que reglan la nulidad de los actos jurídicos privados a los actos procesales también quedó manifestada en el *Mensaje* con que se presentó al Congreso el *Proyecto de Código Civil*, en el cual se señaló que "la nulidad y rescisión de los contratos y demás actos voluntarios que constituyen derechos" es lo que regula el *Código Civil*, no aludiendo en ninguna parte a la nulidad de los actos procesales.

Esta situación ha sido reconocida desde antaño por doctrina procesal al atribuirse a la ciencia procesal naturaleza pública[30]. En nuestra doctrina Manuel Urrutia Salas afirma:

> "baste tener presente que los actos procesales no emanan de la voluntad de las partes, como en los contratos, puesto que el actor y reo no pueden ejecutar otros que los que autorice la ley, para convencerse de que el Derecho Civil no los puede regir"[31].

Lo anterior admite reconocer un distinto ámbito de aplicación de la nulidad civil con respecto a la nulidad procesal. En efecto, desde esta perspectiva, la doctrina ha sostenido:

> "[...] las normas tantas veces mencionadas que el Código Civil da sobre la nulidad de los actos jurídicos sólo se aplican a los actos y contratos civiles, entendiéndose por tales aquellos que, sea que estén regidos por el citado Código, o por otro distinto, pertenecen al Derecho Privado, y rigen relaciones entre individuos, o entre éstos y el Estado,

[30] En este sentido, Calamandrei (1945), tomo I, p. 39, afirma: "El carácter terminantemente publicístico que la ciencia actual atribuye al proceso civil no permite determinar la validez de la sentencia, expresión de la voluntad del Estado, con los mismos principios en base a los cuales se mide la eficacia del negocio jurídico, expresión de la voluntad privada; semejante carácter no se hacía sentir, en cambio, tan imperiosamente como hoy en el derecho romano clásico, en el que, por la imperfecta separación entre derecho sustancial y derecho procesal y por el reciente origen contractual de la sentencia, el concepto de *iudicium* no aparecía como profundamente diverso del de relación de derecho privado".

[31] Urrutia (1928), p. 67.

> cuando actúa como particular; los actos en cuestión pueden originarse aisladamente o en juicios, según hemos visto, no habiendo diferencias entre ellos en lo referente a la aplicación de las reglas de la nulidad civil.- Estas reglas sólo se aplican a actos de Derecho Público cuando la ley expresamente lo establece, sin que esto quiera significar que dichos actos no puedan ser nulos; por el contrario; la nulidad es un vicio que afecta a cualquiera especie de acto jurídico, sin importar la denominación de la rama del Derecho a que pueda pertenecer, porque en cualquiera de ellos se puede infringir la ley, omitiendo los requisitos que ella prescribe para su validez; el efecto, además, es el mismo en su esencia, desaparece el acto nulo. Pero las consecuencias que esta desaparición pueda tener en otro u otros actos son diversas según la naturaleza y especie de éstos, sea de orden privado, sea de orden público. Diversa es también la reglamentación que rige a la nulidad en los diversos casos, especialmente en cuanto a las personas que pueden solicitarla, la oportunidad para hacerlo, las causas que la generan, etc."[32].

La nulidad civil se clasifica en absoluta y relativa y su ámbito de aplicación depende del interés que protege la norma y de las diferentes causales que indica la ley para impetrarla. De esta manera, el inciso 2.º del artículo 1681 del CC clasifica la nulidad civil que pueden adolecer los actos o contratos en absoluta y relativa dependiendo si faltaron alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad procesal, en cambio, es una sola[33]. Esta

[32] Alessandri (2008), tomo i, p. 66.

[33] Sin embargo, en el derecho comparado sí se admiten clasificaciones de la nulidad procesal. Al respecto, Chiovenda (1954), tomo iii, p. 34, clasifica la nulidad procesal en actos nulos y actos anulables dependiendo de si la declaración de nulidad puede hacerse de oficio o solo a petición de parte. El fundamento de esta distinción también la hace Liebman (1980), p. 197, con la diferencia que denomina a las nulidades como absolutas y relativas. Carnelutti (1944), tomo iii, p. 561, distingue entre requisitos necesarios o esenciales y útiles o accidentales para efectos de determinar si el acto es nulo o solo irregular. Así, existen requisitos bajo pena de nulidad y requisitos bajo pena de irregularidad. Ortells y Martín (2011), p. 386 y ss. diferencian los supuestos de nulidad absoluta y los supuestos de anulabilidad; De la Oliva y Fernández (1992), tomo ii, pp. 123-131, diferencia entre nulidades absolutas y nulidad relativa o anulabilidad, dependiendo de si el vicio es posible de subsanación y de si puede ser apreciada de oficio o a petición de parte o solo de última forma. Couture, (2011), pp. 378-379, distingue la nulidad en cuanto a si el acto puede ser convalidado, así existen actos absolutamente nulos y otros actos relativamente nulos; Devis (1966), p. 691 y ss., cataloga la nulidad en sanable e insanables dependiendo de si el acto procesal puede ser convalidado, y en absolutas y relativas dependiendo de si el juez puede declararla de oficio; Lascano (1920), p. 54, clasifica la nulidad dependiendo de la categoría de las formas, y así distingue entre nulidades substanciales que son aquellas que se producen por la violación de normas substanciales o esenciales del proceso; y nulidades

clasificación de la nulidad civil no se ha suscitado en materia procesal, salvo casos jurisprudenciales aislados de antigua data[34]. Incluso, desde antes que existiera una regulación sistemática de la nulidad procesal la doctrina utilizó el concepto de nulidad procesal y no los términos que se utilizan en otras ramas del derecho para designar diversos fenómenos anulatorios.

Esta diferencia en el ámbito de aplicación de las nulidades también es revelada por la sentencia de la Corte Suprema, de 4 de mayo de 1990, al expresar:

> "la doctrina está conteste en que la nulidad procesal es una institución propia del derecho procesal a la que no le son aplicables, en general, las reglas sobre nulidad común contenidas en el Código Civil. Así sucede con sus causales y sus clasificaciones, que distinguen entre nulidad común, absoluta y relativa"[35].

Por otra parte, la jurisprudencia también confirma lo expresado por la doctrina, afirmando:

> "la nulidad o validez de los actos en que interviene la autoridad o poder público, no se rige, en tesis general, por las disposiciones del derecho privado, sino en cuanto el legislador se refiere expresamente a ellas [...]"[36].

Otras sentencias, en el mismo sentido, afirman:

> "[...] las disposiciones que reglan las nulidades en el Código Civil se refieren a las obligaciones y como una manera de extinguirlas y no a

accidentales las cuales derivan de la transgresión de formas secundarias que no tienen relación con la esencia del acto procesal. Otras clasificaciones véase Alsina (1963), tomo I, pp. 630-638; Alsina (1958), p. 102 y ss.

[34] Corte Suprema (1924b), considerandos 1.° al 4.° dispuso que, respecto al artículo 64 del *Código de Procedimiento Civil*, dispone que la autorización del funcionario a quien corresponda dar o certificado del acto es esencial para la validez de la actuación, concluyendo: "4° [...] es nulo de *nulidad absoluta* todo acto en el cual se haya omitido algún requisito o formalidad prescrito por la ley para su validez, en consideración a su naturaleza, y en consecuencia es procedente la casación en la forma deducida por el recurrente fundada en la causal 9ª del artículo 942 del Código de Procedimiento Civil" (La cursiva es nuestra). La sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca (1912), sentencia n.° 54, considerando 2.° expresó: "Que esta falta de autorización, indispensable para la validez de la actuación que, considerada como sentencia, ha sido apelada por la parte demandada, ha viciado de *nulidad absoluta* tal actuación, produciendo al mismo tiempo la situación que no existe realmente fallo propiamente tal que pueda ser revisado por este Tribunal que, en el hecho, vendría a resolver en única instancia la contienda suscitada entre las partes". También puede consultarse esta sentencia en Otero (1919), p. 371.

[35] Corte Suprema (1990), sentencia n.° 5, considerando 10.

[36] Corte Suprema (1921b), considerando 7.°; Corte Suprema (1922b), considerando 10.

> las nulidades procesales, que están consideradas y sancionadas por el Código de Procedimiento Civil [...]"[37].

En consecuencia, la historia fidedigna del establecimiento del *Código Civil* permite afirmar que existe un diferente ámbito de aplicación de las nulidades civil y procesal, siendo instituciones autónomas que no deben confundirse.

6. *La diferente legitimación para impetrar la nulidad*

La legitimación es una condición o requisito de la acción y consiste en la titularidad de la situación controvertida en juicio que habilita a las partes a solicitar una sentencia sobre el fondo, es decir, que se pronuncie o resuelva la petición de tutela judicial formulada en el proceso[38]. Si no concurre la legitimación ya sea activa o pasiva, entonces, faltará un elemento básico para poder acceder a la tutela judicial favorable.

El actor es quien debe afirmar ser titular del derecho o interés jurídico que reclama, y la determinación de ese derecho o interés será objeto del proceso judicial en particular. Esto es lo que la doctrina italiana denomina como el principio de la normal correlación o coincidencia entre el sujeto a quien corresponde la legitimación y el titular del derecho hecho valer. En efecto, lo normal será que un sujeto afirme la titularidad de un derecho propio y no ajeno (legitimación ordinaria) lo cual no obsta a que en ciertos casos la ley otorgue la posibilidad que el actor afirme un derecho ajeno como si fuera propio (legitimación extraordinaria).

Luego, durante el proceso judicial deberá acreditarse la afirmación de la titularidad de la relación jurídica o del interés reclamado. En otras palabras, al inicio del proceso el actor afirmará la titularidad del derecho y luego, durante el *iter* procesal deberá comprobarse que esa afirmación de titularidad del derecho es real.

En la mayor parte de los casos la determinación de quienes son los sujetos legitimados no viene dada por una norma legal, sino que se trata de un problema que debe determinarse en cada caso, dando contenido a las cláusulas genéricas que usa el legislador para definir a los sujetos legitimados.

---

[37] Corte Suprema (1945), considerando 11.°; Corte Suprema (1921b), considerando 6.°; Corte Suprema 1922b), considerando 9.

[38] Sobre la legitimación pueden consultarse otras definiciones, a saber: Romero (2014), p. 89 y ss.; De la Oliva y Fernández (1992), tomo I, p. 439; Cordón (2007), p. 117; Liebman (1980), p. 116. Un análisis de la legitimación y los diferentes conceptos existentes en Juan (2014), pp. 25-107.

Las personas legitimadas para implorar la nulidad civil, sea absoluta o relativa (art**ículo**s 1683 y 1684 del CC), son distintas de aquellas que pueden solicitar la nulidad procesal (art**ículo**s 83, 84 y 775 del *CPC*).

De las normas que reglan la nulidad de los actos privados se aprecia la diferente legitimación para impetrar la declaración de nulidad, debiendo distinguirse entre legitimados para implorar la declaración de nulidad absoluta y legitimados para solicitar la declaración de nulidad relativa. En ambos casos, los legitimados difieren de aquellos que pueden pedir la declaración de nulidad procesal.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada de oficio cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede declararse a petición de cualquier interesado[39] aun cuando no haya intervenido en la generación del acto e, incluso, puede pedirla el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley (artículo 1683 del CC)[40]. De esta manera, son las partes que han celebrado el acto o contrato quienes tendrán interés en la declaración de nulidad absoluta, y no podrá hacerlo aquella parte que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. En el evento de que las partes del contrato estén formadas por varias personas o sujetos, la acción de nulidad deberá intentarse contra todos los sujetos que celebraron el contrato, constituyendo una hipótesis de litisconsorcio necesario. Lo mismo ocurre si la acción de nulidad absoluta es ejercida por un tercero, en cuyo caso deberá impetrarla contra todos los sujetos que suscribieron el contrato.

La nulidad relativa, en cambio, no puede ser declarada de oficio ni tampoco solicitada por el Ministerio Público, sino que solo por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios (artículo 1684 del CC)[41]. La excepción la constituye el artículo 1685 del CC, que establece: si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar la nulidad. Sin embargo,

[39] Según explica Corral (2018), p. 689: "la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria han precisado que el interés debe cumplir ciertos requisitos, a saber: tiene que ser de carácter patrimonial, avaluable en dinero, debe tratarse de un interés actual y no meramente hipotético, debe ser coetáneo a la celebración del acto cuya nulidad se pide y debe mantener actualidad al momento de interponerse la demanda".

[40] Cfr. Alessandri (2008), tomo i, p. 482. El referido autor explica esta amplitud de legitimación para impetrar la declaración de nulidad absoluta, afirmando: "en buenas cuentas, la ley abre a todo el mundo las puertas de la reclamación para que puedan solicitar la nulidad absoluta, debido a su naturaleza especial, que no tiene por objeto proteger intereses particulares, sino sancionar transgresiones al orden público en materia civil y a la moral". *Ibid*. En este mismo sentido Domínguez (2012), p. 189 y ss.; Vial del Río (2007), p. 255 y ss.; Court (2009), p. 96 y ss.

[41] Corral (2018), pp. 697-700; Alessandri (2008), tomo ii, pp. 185-203; Domínguez (2012), p. 209; Vial del Río (2007), p. 258 y ss.; Court (2009), pp. 100-101; Baraona (2007), pp. 539-555.

la aserción de mayor edad, o de existir la interdicción u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad. En los casos mencionados, la acción de nulidad relativa, tratándose de varios sujetos que celebraron el acto o contrato, debe ejercerse contra todos ellos, constituyendo una hipótesis de litisconsorcio necesario.

La nulidad procesal, en cambio, puede ser declarada de manera excepcional por el juez de oficio, en aquellos casos en que la ley le confiere esa potestad (art**ículos** 83, 84 y 775 del *CPC*) y, por regla general, debe ser solicitada a petición de la parte afectada o perjudicada o por los terceros técnicos que intervengan en el juicio (art**ículo** 83 del *CPC*)[42].

De esta manera, la legitimación para impetrar la nulidad procesal es mucho más restringida que la legitimación para impetrar la nulidad civil.

En lo que se refiere a la posibilidad de que el juez declare de oficio la nulidad procesal, también tiene limitaciones, por lo que se debe aplicar un criterio de interpretación restrictivo[43], que consiste en que el juez puede corregir de oficio solo cuando exista un vicio o irregularidad que signifique la conculcación de normas de orden público o cuando está comprometido el interés social. De esta manera, existirían otras infracciones o irregularidades en la tramitación del proceso que no alcanzan a afectar al orden público, cuya declaración de nulidad solo pueden impetrarla las partes. La doctrina afirma que esos errores o irregularidades a que se refiere el inciso final del artículo 84 del *CPC* son los trámites esenciales del proceso[44] considerándose como tales aquellos presupuestos procesales indispensables para que el proceso sea un medio idóneo para resolver los juicios[45] o aquellos que en conjunto tienden a formar la relación procesal y los llamados presupuestos procesales que resguardan su validez[46].

La jurisprudencia también adopta un criterio de interpretación restringido al delimitar la procedencia de la nulidad de oficio a ciertos actos, quedando otros excluidos. Así, se ha afirmado:

---

[42] Por todos Colombo (1997), tomo ii, p. 481 y ss.; Salas (2004), pp. 77-80.

[43] Otero (2009), p. 66, es partidario de un criterio amplio de aplicación de la nulidad procesal de oficio, pues expresa: "La facultad para declarar la nulidad de oficio no habilita al tribunal para apartarse de los requisitos expuestos precedentemente. Por ello, la nulidad, declarada de oficio o a petición de parte, es una misma institución jurídica, sin que pueda diferenciarse en cuanto a su procedencia o sus efectos atendido a si la debe requerir la parte o bien si la debe declarar de oficio el tribunal. La única diferencia existente entre la petición de parte y el proceder de oficio dice relación con los requisitos de ser parte procesal, impetrar la nulidad dentro de plazo, no haber originado el vicio o concurrido a su materialización y no haber convalidado tácita o expresamente el acto. El tribunal sólo requiere que la ley lo faculte para ello".

[44] En este sentido Salas (2004), p. 119; Colombo (1997), tomo ii, pp. 505-506; Loyola (2001), pp. 188-189.

[45] Salas (2004), p. 119.

[46] Colombo (1997), tomo ii, p. 506; Salas (2004), p. 119.

> [...] la facultad concedida a los jueces en el inciso final del artículo 84, de toda apariencia amplia y general, ha sido estimada, no obstante, como aplicable sólo a aquellos actos que miran al orden público o al interés general, y no a aquellos que miran al interés privado de las partes. Además, se concedió con discrecionalidad, dejándola a la prudencia y buen criterio del magistrado, sin imponerle la obligación de corregir de oficio los errores. Lo hará cuando ello sea lógicamente aconsejable, en resguardo de los derechos de las partes, o cuando el interés público se encuentre en peligro"[47].

7. Los límites temporales para implorar la declaración de nulidad

La oportunidad para solicitar la declaración de nulidad constituye una nueva diferencia que permite concluir que el estatuto de la nulidad civil es diferente al estatuto de la nulidad procesal (artículos 1683, 1691 del CC y 83 inciso 2.º del *CPC*).

La declaración de nulidad absoluta puede solicitarse dentro de los diez años contados desde la celebración del acto o contrato. El plazo para solicitar la declaración de la nulidad relativa es de cuatro años, que se contará en la forma que señala el artículo 1691 del CC[48].

La declaración de nulidad procesal (a través del incidente ordinario), en cambio, solo puede solicitarse, por regla general, dentro de cinco días contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal (artículo 83 del *CPC*). Si se trata de la nulidad por falta de emplazamiento (artículo 80 del *CPC*) el plazo será idéntico al anterior, pero se cuenta desde que tuvo conocimiento del juicio, y si se trata de un recurso de casación en la forma el plazo dependerá del grado jurisdiccional en que se dictó y de la naturaleza jurídica de la resolución recurrida (artículos 770 y 187 del *CPC*).

Como se aprecia, los límites temporales para impetrar la declaración de nulidad procesal son mucho más reducidos que los límites temporales para

[47] Corte Suprema (2003), rol n.° 4489-2002; Corte Suprema (1987), considerando 3.°. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Coyhaique (2008), considerando 3.°; Corte de Apelaciones de Punta Arenas (1989), considerando 3.°; Corte de Apelaciones de Chillán (1970), considerandos 10.° al 12.°; Corte de Apelaciones de Santiago (1961), considerandos 1.° al 16.°; Corte Suprema (1950), considerandos 7.° y 8.°.

[48] Sobre el saneamiento de la nulidad absoluta y relativa por el transcurso del tiempo Alessandri (2008), tomo ii, pp. 211-259; Domínguez (2012), p. 210 y ss.; Vial (2007), pp. 256-257 y 260-261; Court (2009), pp. 100-101.

solicitar la declaración de nulidad civil. Esta limitación en la oportunidad para pedir la declaración de nulidad es razonable y debe comprenderse dentro del sistema de enjuiciamiento, el que debe ser eficiente para cumplir su finalidad, la cual se logrará estableciendo plazos razonables para que las partes ejecuten sus cargas procesales, las que de no ejercerlas oportunamente importarán la preclusión del acto, convalidándose por regla general los eventuales vicios que no hayan sido denunciados en la oportunidad que corresponde.

8. Las diversas vías o remedios para obtener la declaración de ineficacia

La nulidad civil y la procesal difieren en cuanto a los medios o causes a utilizar para obtener la declaración de ineficacia.

La nulidad civil, tanto absoluta como relativa, siempre requiere de un proceso judicial en el cual se alegue dicha sanción como acción o excepción[49]. El ejercicio de la acción de nulidad debe interponerse a través de una demanda o en la demanda reconvencional. También puede oponerse como alegación o defensa en el juicio en que se demande el cumplimiento del acto o contrato nulo, siendo en este caso una excepción de carácter perentoria o material, que pretende enervar la acción deducida. La generalidad de la doctrina estima que se utilizará el procedimiento ordinario que reglamenta el libro ii del *CPC*[50]. Otro, sostiene que además del procedimiento ordinario la nulidad puede incoarse a través de la acción de protección[51].

La nulidad procesal, en cambio, se alegará a través de los diversos mecanismos procesales que permiten implorar su declaración como son, por ejemplo, los diversos incidentes especiales que tienen tal objeto (art**ículo**s 79 y 80 del *CPC*), mediante el incidente ordinario de nulidad (art**ículo** 83 del *CPC*),

[49] En este sentido Corral (2018), p. 685; Alessandri (2008), tomo i, p. 581 y tomo ii, p. 205; Domínguez (2012), pp. 212-213; Rodríguez (1995), pp. 230-233; Vial (2007), pp. 276-277. Revive una discusión que ya había planteado la doctrina, Baraona (2012), p. 50, al afirmar: "la nulidad absoluta opera en el sistema del Código Civil, *ipso iure*, sin necesidad de sentencia judicial". Esta idea ya había sido expuesta por Fabres (1902), tomo ii, p. 599 y ss. al expresar: "Si la nulidad absoluta es la negación de la existencia, y si la nada no puede producir efecto alguno, porque es absurdo suponer efecto sin causa, decir efecto de la nulidad absoluta, es expresar una paradoja o una implicancia en los términos, es como si dijéramos, *efectos de lo que no produce efectos*".

[50] Por todos, Alessandri (2008), tomo i, p. 581 y ss. En nuestra opinión, la solicitud de nulidad absoluta o relativa también podría incoarse a través de un procedimiento sumario, bastando que quien la impetre aduzca razones para considerar que se trata de una acción que requiere tramitación rápida para que sea eficaz, según lo prevenido en el artículo 680, inciso 1°, del *CPC*.

[51] En este sentido Rodríguez (1995), p. 308 y ss.

indirectamente a través de la oposición de ciertas excepciones procesales (artículo 303 del *CPC*), por haber impetrado algún medio de impugnación (art**ículos** 764, 766, 767, 768 del *CPC* y 545 del *COT*), mediante sanciones particulares que establece el ordenamiento jurídico y, en general, a través de cualquier vía dispuesta por la ley que pretenda directa e indirectamente obtener la declaración de nulidad procesal[52].

Esta diferencia de medios para obtener la declaración de nulidad ha sido reconocida por la jurisprudencia, afirmando que existe:

> "sustancial diferencia [...]entre los derechos y obligaciones considerados en sí y los medios de hacerlos efectivos o exigir su cumplimiento, desprendiéndose también que los modos de anular o dejar sin efecto estos diversos actos jurídicos tienen que ser totalmente diferentes"[53].

> "Los vicios procesales y las nulidades que acarrean se reclaman ante el mismo magistrado o a la autoridad judicial superior correspondiente, y pueden ser objeto de todos los recursos, como la reconsideración, la apelación, la casación en la forma y la queja, pero no el recurso de casación en el fondo"[54].

En consecuencia, las vías para obtener la declaración de ineficacia de un acto jurídico civil son disímiles de aquellas que tienen por objeto lograr la nulidad procesal.

9. *Posibilidad de convalidación*

La nulidad relativa admite ser saneada por ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo (art**ículo** 1684 del CC). La absoluta solo puede sanearse por el transcurso del tiempo siendo improcedente su ratificación (art**ículo** 1683 del CC)[55].

---

[52] En este sentido se manifiestan, entre otros, cfr. Urrutia (1928), pp. 154-170; Santa Cruz (1936), pp. 25-77; Colombo (1997) tomo ii, pp. 481-509; Salas (2004), pp. 101-103; Pinto (1972), tomo iv, vol. ii, pp. 464-465.

[53] Corte Suprema (1921a), sentencia n.º 34, considerando 4. °, p. 191 y ss.

[54] Corte Suprema (1954), considerando 11.°.

[55] En cuanto a que la nulidad absoluta se sanea por el transcurso del tiempo, Alessandri (2008), tomo i, p. 483, afirma: "en doctrina pura, la nulidad absoluta no se sanea nunca, debido a que no es posible que el Derecho consolide situaciones ilícitas, inmorales o ilegales, ni aun por el transcurso del tiempo; pero la ley positiva ha tenido que coordinar sus diversas disposiciones, razón por la cual ha establecido el 'saneamiento' de la nulidad transcurridos diez años, a fin de armonizar esta materia con las reglas generales de prescripción. Estas reglas establecen el plazo máximo de diez años, pasados los cuales se consolidan todas las situaciones jurídicas irregulares

La nulidad procesal se sanea por convalidación expresa o tácita (artículo 83 inciso 3.° del *CPC*), por preclusión (art**ículos** 64, 83, 84, 85 y 770 del *CPC*) por efecto de la cosa juzgada una vez que la resolución judicial adquiera firmeza (art**ículo** 174 del *CPC*) y por el cumplimiento objetivo de la finalidad del acto procesal (art**ículos** 55 inciso 1.° del *CPC*, 164 del *CPP* y 25, inciso 4.°, Ley n.° 19968). Tampoco la podrá reclamar aquella parte que actuó de mala fe, es decir, aquella que originó el vicio o concurrió a su materialización (artículo 83, inciso 2.° de la *CPC*).

Esta característica de la nulidad procesal ha sido reconocida por la sentencia de la Corte Suprema, de 4 de mayo de 1990, al afirmar:

> "las causales de nulidad se convalidan transcurridos los plazos y oportunidades señalados por la ley para solicitarla, siendo la máxima expresión de esta característica la cosa juzgada que sanea todos los vicios, salvo los que el legislador consagra como causales de revisión"[56].

De lo expuesto, puede sostenerse que en este aspecto coinciden, tanto la nulidad civil como la procesal, pero también presentan diferencias en relación con las causas que motivan la convalidación.

En cuanto al transcurso del tiempo como causal de convalidación, ella tiene relevancia tanto en la nulidad civil como en la procesal. En efecto, los vicios que permiten incoar la declaración de nulidad absoluta y relativa se convalidarán por el transcurso del tiempo, actuando la prescripción extintiva, en cambio, las irregularidades invalidantes que se cometan durante el proceso, quedarán convalidadas por el transcurso del tiempo, en primer lugar, por efecto de la preclusión y, en segundo lugar, por adquirir la sentencia definitiva o interlocutoria firme eficacia de cosa juzgada, salvo las excepciones legales.

Se puede afirmar que en ambos casos el transcurso del tiempo sin que los legitimados aleguen la nulidad, incide en la convalidación de los vicios o irregularidades, pero las instituciones a través de las cuales se impide la declaración de nulidad son diferentes; en relación con la nulidad civil será la prescripción extintiva, en cambio respecto de la nulidad procesal será la preclusión y la cosa juzgada.

Además, las nulidades civil y procesal divergen en cuanto a la amplitud de vicios que pueden quedar convalidados por el transcurso del tiempo. La civil tanto absoluta como relativa, cualquiera sea el vicio que haga procedente su alegación, quedará convalidada y, por tanto, el acto se considera válido, una vez

[...]; y siguiendo este principio que informa a la legislación en positiva general, de dar a situaciones jurídicas una cierta estabilidad, la nulidad absoluta se sanea, se considera desaparecida, después de haber transcurrido el plazo de diez años".

[56] Corte Suprema (1990), sentencia n.° 5, considerando 10, p. 161.

que transcurren los plazos legales sin que se haya solicitado su declaración. En cambio, en la nulidad procesal, es discutible si todos los vicios tienen virtud de poder convalidarse por efecto de la preclusión o de la cosa juzgada. La cuestión es discutible porque algunos vicios podrían no ser susceptibles de convalidación y eso mismo permitiría que los tribunales de justicia puedan declarar la nulidad procesal mucho tiempo después de la ocurrencia del vicio. Por ejemplo, el vicio de incompetencia absoluta no es convalidable por la preclusión porque puede alegarse por las partes e, incluso, declararse de oficio *in limine litis*. Pero más dudoso es que ese vicio quede convalidado por el efecto de cosa juzgada. Pensemos en otro vicio, por ejemplo, que una sentencia sea dictada por un juez legalmente implicado. Resulta al menos dudoso si esa sentencia firme y ejecutoriada tiene la virtud de convalidar la falta de imparcialidad del juzgador.

Consideramos que en el proceso civil existen vicios que son convalidables y otros que no. A los primeros le son aplicables los límites impuestos por los tipos de convalidación y que impiden al juez declarar la nulidad. A los segundos, los límites impuestos por la convalidación, por regla general, no son aplicables, pudiendo el juez, en estos casos, declarar de oficio la nulidad procesal.

Con todo, para hacer más eficiente el proceso judicial, consideramos que en todas estas hipótesis de vicios no convalidables, el juez, antes de declarar la ineficacia del acto irregular o defectuoso deberá preguntarse o representarse las razones que motivarían el proceder de oficio, por lo que, al menos, debiese considerar las consecuencias perjudiciales generadas por la irregularidad y la eventual afectación de derechos y garantías procesales, porque la exigencia de perjuicio no hay duda que es común tanto a las nulidades procesales impetradas, tanto por las partes como a las declaradas de oficio. Esta afirmación se funda en el artículo 83, inciso 1.° del *CPC*, que exige tanto para la nulidad de oficio como para la solicitada por alguna de las partes, que exista un vicio que irrogue un *perjuicio solo reparable con la declaración de nulidad*.

En consecuencia, afirmamos que tanto en la nulidad civil como en la procesal el transcurso del tiempo incide en la convalidación de los vicios o irregularidades que afecten a los respectivos actos. Sin embargo, estas nulidades difieren en cuanto a las instituciones aplicables para impedir la declaración de nulidad y también respecto de la amplitud de vicios a los que pueden asignarse que quedan convalidados.

10. El problema de ciertos actos que revisten doble carácter

Como hemos sostenido, las normas relativas a la nulidad de los actos jurídicos privados no son aplicables a las actuaciones procesales. Sin embargo, un proble-

ma se suscita en relación con ciertos actos que tienen un doble carácter, esto es, se trata de ciertos actos o actuaciones que, por un lado, se consideran actos de naturaleza civil y, por otro lado, también tienen una naturaleza procesal porque se desarrollan dentro de un proceso judicial.

Las hipótesis anteriores ocurren, por ejemplo, en las particiones de bienes, en los diversos procedimientos ejecutivos que contempla el ordenamiento jurídico específicamente en relación con la subasta pública; en el nombramiento de árbitro, etc.; ya que en estos casos se celebran actos jurídicos civiles que pueden adolecer de vicios que los hagan anulables de acuerdo con las leyes civiles, sin perjuicio de las eventuales nulidades procesales, cuyos vicios se basan en normas de naturaleza procesal, por lo que las primeras quedan sujetas a la validez y eficacia de estos últimos, pues, tales actos de carácter civil tienen su causa o son realizados en virtud y dentro del procedimiento judicial[57].

Los problemas que traen aparejados estos actos jurídicos de doble carácter son debatibles a la luz de la doctrina, pues se discute si existe este doble carácter del acto lo que importa determinar si el mismo puede ser invalidado tanto por causas o motivos civiles como procesales.

Atendido que esta investigación no tiene por objetivo analizar todos los actos que puedan reputarse de doble carácter, creemos conveniente para efectos ilustrativos referirnos a uno de ellos, como es la subasta pública.

En relación con la subasta pública, la doctrina no está conteste en atribuir la naturaleza de carácter civil, procesal o mixta. Dependiendo de tal calificación, la subasta podrá padecer de vicios que tienen naturaleza civil, procesal o mixta, respectivamente. Las divergencias se suscitan porque el derecho positivo ocupa el término 'venta', venta en remate público o subasta en varias disposiciones (artículos 481, 482, 483, 484, 485, 488, 497 todos del *CPC*).

Algunos autores afirman que la subasta de bienes no tiene naturaleza contractual y que se trata de una normal coacción del ordenamiento jurídico positivo por lo que habría que eliminar cualquier relación con la compraventa, asignándole una naturaleza procesal[58].

Otros defienden el carácter contractual de la subasta y, por tanto, su naturaleza civil[59].

---

[57] Alessandri (2008), tomo i, p. 60.

[58] En este sentido Tavolari (1995), pp. 67-93; Navarrete (2004), pp. 164-166; Casarino (2005), tomo v, p. 91; Gutiérrez de Cabiedes (1966), p. 112; Guasp (1951), pp. 163-164; Moreno (1997), p. 511; Prieto Castro (1982), pp. 768-769; Montero *et al.* (1993), p. 142; Maurino (2001), p. 188 y ss.

[59] En este sentido Orellana (2005), p. 175; Orellana (2008), tomo iii, p. 150; Díez (1956), tomo i, p. 95; Díez (1995), tomo iii, p. 804; Albaladejo (2002), p. 436 y ss.; Mondéjar (2007), pp. 230-244.

Finalmente, a las posturas anteriores se debe adicionar aquella doctrina que considera la subasta judicial como un fenómeno híbrido en el cual interfieren elementos de derecho procesal y civil[60].

Sin perjuicio de las divergencias doctrinales, la solución viene dada por la jurisprudencia, la que adopta la teoría de actos de carácter mixto o de doble carácter[61]; pudiendo ser anulado invocando tanto vicios procesales como, también, civiles, con las particularidades que a continuación expondremos[62].

La jurisprudencia señala que la validez de ciertos actos puede atacarse tanto por la vía ordinaria como por los medios procesales. La primera actuará en aquellas hipótesis en que el legitimado funda la nulidad en algún defecto contractual. La segunda, se utilizará en aquellos casos en que se hayan transgredido actuaciones procesales y siempre que el vicio produzca un perjuicio para quien lo invocó, solo reparable con tal declaración judicial de nulidad, debiendo actuar oportunamente.

Ahora, la oportunidad para impetrar la nulidad es distinta, dependiendo de la naturaleza del vicio que se alega. En caso de que el motivo de nulidad sean vicios procesales, la nulidad se solicitará a través de los medios directos o indirectos que tienen por objetivo declarar la nulidad procesal, siempre que el remate no se encuentre firme o ejecutoriado, pues esta última circunstancia purga al proceso de todo posible vicio o defecto de carácter procesal, salvo que se trate de un vicio insubsanable. Tratándose de un vicio de naturaleza civil, la doctrina sostiene que el solicitante deberá reclamar de acuerdo a las normas generales de derecho civil, sea entablando ante tribunal competente, en juicio de lato conocimiento, la correspondiente acción ordinaria de nulidad (absoluta o relativa) con prescindencia del juicio ejecutivo en que se efectuó el remate, y en cualquier oportunidad, salvo que aquella hubiere prescrito por el transcurso del tiempo[63].

---

[60] En este sentido Santa Cruz (1936), p. 106; Salas (2004), pp. 103-105; Espinosa (2010), p. 190 y ss.; Hidalgo (2018), pp. 318-320 y 338; Molina de Caminal (2007), p. 173.

[61] Así se aprecia en diversas sentencias: Corte Suprema (2011), rol n.° 7319-2001, considerando 16.°; Corte Suprema (2000), rol n.° 4066-1199; Corte Suprema (1926), considerando 3.°; Corte Suprema (1924c), considerandos 7.° al 9.°); Corte Suprema (1951), considerando 16.° y ss.; Corte de Apelaciones de Talca (1935), p. 33 y ss.

[62] Santa Cruz (1936), p. 107 señala: "el criterio general en esta materia es el siguiente: la omisión o irregularidad de los elementos o requisitos que deben rodear el acto como actuación procesal sólo produce su nulidad procesal, de la que solo puede reclamarse, como hemos dicho, por los medios y recursos que sirven para impetrar la nulidad procesal, deducidos en tiempo y forma, y siempre antes de que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada valide todo lo que fue nulo en el acto. En cambio, si se han omitido o son irregulares los elementos o requisitos necesarios al acto en cuanto contrato o acto jurídico civil, se producirá su nulidad 'civil', de la que sólo podrá reclamarse en un juicio independiente por medio de una acción o excepción ordinaria".

[63] En este sentido Navarrete (2004), p. 210; Orellana (2005), p. 180 y ss.; Orellana (2008), tomo III, p. 150 y ss.; Casarino (2005), tomo V, p. 100 y ss.; Espinosa (2010), p. 190 y ss.; Gruss (1998), tomo II, p. 427 y ss.; González (1961), p. 195 y ss.

La nulidad fundada en vicios de naturaleza procesal debe impetrarse antes de que la subasta quede ejecutoriada. En relación con esto, la doctrina ha sostenido que el efecto de cosa juzgada se produce cuando se certifica la ejecutoria de la resolución que ordenó extender escritura pública de adjudicación en remate o en pago. En efecto, la resolución que ordenó extender la escritura pública de compraventa en remate una vez que no se ha impugnado dentro de la oportunidad legal, constituye una sentencia interlocutoria que produce cosa juzgada[64].

Sin embargo, es conveniente analizar la posibilidad de que existan vicios procesales posteriores a la subasta y al certificado de ejecutoria de la resolución que dispuso la extensión de la escritura pública de compraventa en remate, de los cuales no se tenía conocimiento al momento de la subasta o en forma posterior. Por ejemplo, puede existir un reembargo trabado e inscrito en el registro respectivo momentos antes de la subasta, generándose una enajenación forzada que podría adolecer de objeto ilícito[65], o que exista un vicio relacionado con la identificación del inmueble subastado o con su cabida[66], o con los gravámenes que lo afecten, o que el bien a subastarse está afecto a un comiso sin que se tenga conocimiento del mismo, todos los cuales no podrán ser impugnados a través de la nulidad procesal, atendido que dicha nulidad debiera ser rechazada por no haberse solicitado *in limine litis*.

En consecuencia, sin perjuicio de las discusiones doctrinarias en cuanto a la naturaleza de ciertos actos, la jurisprudencia analiza de manera constante diversos supuestos en los cuales conviven actos cuya naturaleza tiene un doble carácter, esto es, simultáneamente son actos civiles y procesales. Para determinar la invalidez de estos actos se debe diferenciar la naturaleza del vicio que lo aqueja. En caso que se trate de un vicio procesal, este debe denunciarse a través de los medios procesales directos o indirectos que tienen por objetivo obtener la declaración de nulidad, dentro de las oportunidades correspon-

[64] En este sentido Espinosa (2010), p. 191 y ss. Del mismo modo Casarino (2005), tomo v, p. 101; Orellana (2005), p. 182; Orellana (2008), p. 151.

[65] Tal situación no sucede en ciertos procedimientos como el ejecutivo especial regido por la denominada Ley General de Bancos, D.F.L. n.° 3, 26 de noviembre de 1997, pues en su artículo 106 incisos 2.° y 3.° dispone: "En las enajenaciones que se efectúen en estos juicios, no tendrá aplicación lo dispuesto en los números 3º y 4º del artículo 1464 del Código Civil y el juez decretará sin más trámites la cancelación de las interdicciones y prohibiciones que afecten al predio enajenado, aun cuando hubieren sido decretadas por otros tribunales.- En estos casos los saldos que resultaren después de pagado el banco y los demás acreedores hipotecarios, quedarán depositados a la orden del juez de la causa para responder de las interdicciones y prohibiciones decretadas por otros tribunales y que hubiesen sido canceladas en virtud de lo dispuesto en el inciso anterior".

[66] Corte Suprema (2000), rol n.° 4066-1999.

dientes; en cambio, si se está en presencia de un vicio de carácter civil, este se denunciará mediante la acción ordinaria de nulidad impetrada en un nuevo proceso judicial.

Conclusiones

Sobre la base de lo dicho, consideramos que quedan demostradas las divergencias existentes entre la nulidad civil y la procesal.

Esa dicotomía se percibe en la diferente regulación de la nulidad civil en comparación con la procesal; en el efecto de la cosa juzgada que adquieren ciertas resoluciones una vez que llegan al estado de firmeza; en la demostración que la historia fidedigna del establecimiento del *Código Civil* permite delimitar el ámbito de aplicación de la nulidad civil y no hacerla aplicable a los actos jurisdiccionales, en la diferente legitimación para impetrarla, en los diversos los límites temporales para implorar su declaración y las diversas vías o remedios para obtener el efecto anulatorio en cada caso.

Bibliografía

Albaladejo, Manuel (2002): *Derecho civil II. Derecho de obligaciones* (Barcelona, Bosch).

Alessandri Besa, Arturo (2008): *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*), tomo i (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).

Alsina, Hugo (1958): "Las nulidades en el proceso civil", *Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei* (Padova, Cedam) pp. 81-124.

Alsina, Hugo (1963): *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (Buenos Aires, Editorial Ediar).

Ballesteros, Manuel Egidio (1890): *Ley de organización y atribuciones de los tribunales de Chile* (Santiago, Imprenta Nacional).

Baraona González, Jorge (2007): "Nulidad: ¿por qué relativa?", en Corral Talciani, Hernán, Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), *Estudios de derecho civil. II Jornadas nacionales de Derecho Civil* (Santiago, LexisNexis) pp. 539-555.

Baraona González, Jorge (2012): *La nulidad de los actos jurídicos* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana/Grupo Editorial Ibáñez).

Bello, Andrés (1885 *Obras completas de don Andres Bello*), vol. ix: opúsculos jurídicos (Santiago: impreso por Pedro G. Ramirez).

Bravo Lira, Bernardino (2006): "Bello y la Judicatura II. La codificación procesal", en Bravo Lira, Bernardino, *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico* (Santiago, LexisNexis) pp. 469-524.

Calamandrei, Piero (1945): *La casación civil* (trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina).

Camusso, Jorge P. (1983): *Nulidades procesales* (Buenos Aires, Ediar).

Carnelutti, Francisco (1944): *Sistema de derecho procesal civil* (trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Uteha).

Casarino Viterbo, Mario (2005): *Manual de derecho procesal civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).

Chiovenda, Giuseppe (1954): *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. del italiano por Emilio Gómez Orbaneja Madrid, Revista de Derecho Privado).

Chiovenda, Giuseppe (1977): *Principios de derecho procesal civil* (trad. de la tercera edición italiana por José Casais y Santaló Madrid, Instituto Editorial Reus).

Colombo Campbell, Juan (1997): *Los actos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Cordón Moreno, Faustino (2007): "La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, III del Fuero nuevo de Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, n.° 44: p. 117.

Corral Talciani, Hernán (2018): C*urso de derecho civil. Parte general*, (Santiago, Thomson Reuters).

Court Murasso, Eduardo (2009): C*urso de derecho civil. Teoría general del acto jurídico*, (Santiago, Legal Publishing).

Couture, Eduardo (2011): *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires, B y F, cuarta edición).

De la Oliva Santos, Andrés, Fernández, Miguel Ángel (1992): *Derecho procesal civil* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., tercera edición).

De Ramón, Armando (1999): *Biografías de chilenos: miembros de los poderes Ejecutivos, Legislativo y Judicial (1876-1973)* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

Devis Echandía, Hernando (1966): *Derecho procesal civil* (Madrid, Aguilar).

Díez Picazo, Luis (1956): *Los llamados contratos forzosos* (Madrid, ADC).

Díez Picazo, Luis (1995): *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (Madrid, Civitas).

Domínguez Águila, Ramón (2012): *Teoría general del negocio jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

Ducci Claro, Carlos (1988): *Derecho civil. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).

Espinosa Fuentes, Raúl (2010): *Manual de procedimiento civil. El juicio ejecutivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, onceava edición).

Fabres, José Clemente (1902): *Instituciones de derecho civil chileno* (Santiago: Imprenta y Librería Ercilla, segunda edición).

GONZALEZ PACHECO, Carlos Alberto (1961): *Las subastas públicas en la legislación chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GORIGOITÍA ABBOTT, Felipe (2013): "El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles", *Revista de Derecho*, n.° 40: pp. 575-599.

GRUSS MAYERS, Guillermo (1998): *Teoría general de la ejecución y del remate judicial de inmuebles* (Santiago, Editorial Jurídica La Ley, segunda edición).

GUASP, Jaime (1951): *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria* (Barcelona, Bosch).

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo (1966): *La enajenación forzosa* (Pamplona, Universidad de Navarra).

HIDALGO MUÑOZ, Carlos (2018): *El juicio ejecutivo* (Santiago, Thomson Reuters).

JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (2014): *La legitimación en el proceso civil* (Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi).

Lascano, David (1920): *Nulidades de procedimiento* (Buenos Aires, Lajouane).

LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de derecho procesal civil* (trad. del italiano por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, E.J.E.A.).

LIRA, José Bernardo (1886): *Prontuario de los juicios o tratado de procedimientos judiciales y administrativos* (Santiago, El Correo, cuarta edición).

LOURIDO RICO, Ana María (2004): *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal* (Granada, Comares, segunda edición).

LOYOLA GONZÁLEZ, Eugenio (2001): *Los incidentes de nulidad* (Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley).

MAURINO, Luis Alberto (2001): *Nulidades procesales* (Buenos Aires, Astrea, segunda edición).

MOLINA DE CAMINAL, María Rosa (2007): *Nulidades en el proceso civil* (Córdova, Advocatus).

MONDÉJAR PEÑA, María Isabel (2007): *Las subastas judiciales forzosas* (Madrid, Centro de Estudios).

MONTERO AROCA, Juan *et al.* (1993): *Derecho jurisdiccional, proceso civil* (Barcelona, Tirant lo Blanch, segunda edición).

MONTERO AROCA, Juan (1988): *Trabajos de derecho procesal* (Barcelona, Librería Bosch).

MORENO CATENA, Víctor (1997): *Derecho procesal civil,* (Madrid, Colex, segunda edición).

MORENO SÁNCHEZ, Gabriel (2000): *La nulidad procesal* (México D.F. , Oxford University Press).

NAVARRETE VILLEGAS, Luis Gonzalo (2004): *Embargo, tercerías y realización de bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

Orellana Torres, Fernando (2005): *Procedimiento ejecutivo por obligación de dar* (Santiago, Librotecnia).

Orellana Torres, Fernando (2008): *Manual de derecho procesal* (Santiago, Librotecnia).

Ortells Ramos, Manuel, Martín Pastor, José (2011): "Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales", en Ortells Ramos, Manuel (dir.), *Introducción al derecho procesal* (Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters).

Otero Espinosa, Franklin (1919): *Jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil de la República de Chile*, 1er apéndice a la segunda edición de 1910 (Santiago, Imprenta y Litografía Barcelona).

Otero Lathrop, Miguel (2009): *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Pinto Rogers, Humberto (1972): *Curso básico de derecho civil* (Santiago, Editorial Andrés Bello).

Prieto Castro y Ferrándiz, Leonardo (1982): *Tratado de derecho procesal civil* (Pamplona, Aranzadi).

Rodríguez Grez, Pablo (1995: *Inexistencia y nulidad en el código civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Romero Seguel, Alejandro (2014): *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*, tomo i (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).

Salas Vivaldi, Julio (2004): *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición).

Santa Cruz Serrano, Víctor (1936): *Ensayo sobre la teoría de las nulidades procesales en el código de procedimiento civil chileno* (Santiago, Imprenta Chile).

Tavolari Oliveros, Raúl (1995): "Algunas reflexiones en torno a la regulación positiva actual del embargo y la enajenación forzada en el derecho chileno", en AA.VV., *Juicio ejecutivo. Panorama actual* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Limitada) pp. 67-93.

Urrutia Salas, Manuel (1928): *Nulidades procesales* (Santiago, Imprenta y Encuadernación Víctor Silva).

Vial del Río, Víctor (2007): *Teoría general del acto jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).

Winscheid, Bernhard, Mütter, Theodor (1974): *Polémica sobre la actio* (trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, E.J.E.A., Colección Clásicos del Derecho).

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Chillán (1970), en *RDJ*, tomo lxvii, sec. 2ª, p. 139.

Corte de Apelaciones de Concepción (1910), 7 de junio de 1910, *GT.*, 1910, tomo i, n.° 621, p. 1082 y ss.

Corte de Apelaciones de Coyhaique (2008), rol n.° 8-2008, 31 de marzo de 2008.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas (1989), 21 de agosto de 1989, en *RDJ*, tomo lxxxvi, sec. 2ª, p. 90 y ss.

Corte de Apelaciones de Santiago (1915), 14 de enero de 1915, en *GT*., 1915, 1er sem., n.º 121, p. 271 y ss.

Corte de Apelaciones de Santiago (1961), 9 de noviembre de 1961, en *RDJ*, tomo lviii, sec. 2ª, p. 117 y ss.

Corte de Apelaciones de Talca (1912), sentencia n.º 54, 8 de enero de 1912, en *GT*., 1er sem., p. 114.

Corte de Apelaciones de Talca (1930), 31 de mayo de 1930, en *RDJ*., tomo xxvii, sec. 2ª, p. 62 y ss.

Corte de Apelaciones de Talca (1935), 5 de diciembre de 1935, en *RDJ*., tomo xxiv, sec. 2ª, p. 33 y ss.

Corte Suprema (1912), 15 de noviembre de 1912 en *RDJ*., tomo xi, sec. 1ª, p. 206 y ss.

Corte Suprema (1916), 27 de diciembre de 1916, en *RDJ*., tomo 14, sec. 1ª, p. 417 y ss.

Corte Suprema (1919), 26 de julio de 1919, en *GT*., 2.º sem., n. º 25, p. 161 y ss.

Corte Suprema (1921a), sentencia n.º 34, 30 de abril de 1921, en *GT*., 1er sem., p. 191 y ss. También en *RDJ*., tomo xx, sec. 1ª, p. 200 y ss.

Corte Suprema (1921b), 7 de mayo de 1921, en *RDJ*., tomo xx, sec. 1ª, p. 305 y ss.

Corte Suprema (1922a), sentencia n. º 29 13 de enero de 1922, en *GT*., 1er sem., p. 130 y ss. También en *RDJ*., tomo xxi, sec. 1ª, p. 539 y ss.

Corte Suprema (1922b), sentencia n.º 54, 2 de septiembre de 1922, *GT*., 2.º sem., n.º 28, p. 104 y ss. También en *RDJ*., tomo xxi, sec. 1ª, p. 802 y ss.

Corte Suprema (1922c), sentencia n.º 54, considerando 10.°. 31 de octubre de 1922, en *GT*., p. 256 y ss. La misma sentencia en *RDJ*., tomo xxi, sec. 1ª, p. 936 y ss.

Corte Suprema (1924a), 30 de julio de 1924, en *GT*., 2.º sem., n.º 8, p. 41 y ss. También en *RDJ*., tomo 22, sec. 1ª, p. 1037 y ss.

Corte Suprema (1924b), 30 de agosto de 1924, en *RDJ*., tomo xxix, sec. 1ª, p. 645 y ss.

Corte Suprema (1924c), 23 de diciembre de 1924, en *RDJ*., tomo xxiv, sec. 1ª, p. 433 y ss. También en *GT*., 2.º sem., n.º 60, p. 351 y ss.

Corte Suprema (1926). 5 de mayo de 1926, en *RDJ*., tomo xxiv, sec. 1ª, p. 43 y ss.

Corte Suprema (1929), 21 de agosto de 1929, en *RDJ*., tomo xxvii, sec. 1ª, p. 471 y ss.

Corte Suprema (1936a), 14 de octubre de 1936, en *RDJ*., tomo xxxiv, sec. 1ª, p. 28.

Corte Suprema (1936b), 1.º de diciembre de 1936, en *RDJ*., tomo xxxiv, sec. 1ª, p. 96 y ss.

Corte Suprema (1936c), 3 de diciembre de 1936, en *RDJ*., tomo xxxiv, sec. 1ª, p. 118 y ss.

Corte Suprema (1945), 19 de marzo de 1945, en *RDJ.*, tomo XLIII, sec. 1ª, p. 113 y ss.

Corte Suprema (1950), 1 de junio de 1950, en *RDJ*, tomo XLVII, sec. 1ª, p. 231 y ss.

Corte Suprema (1951), 29 de mayo de 1951, en *RDJ.*, tomo XLVIII, sec. 1ª, p. 139 y ss.

Corte Suprema (1954), 18 de agosto de 1954, en *RDJ.*, tomo LI, sec. 1ª, p. 282 y ss.

Corte Suprema (1987), 21 de octubre de 1987, en *RDJ*, tomo LXXXIV, sec. 1ª, p. 137 y ss.

Corte Suprema (1990), sentencia n.° 5, 4 de mayo de 1990, en *FM.*, n.º 378, p. 161.

Corte Suprema (2000), rol n.° 4066-1199, 25 de septiembre de 2000.

Corte Suprema (2003), rol n.° 4489-2002, 27 de octubre de 2003.

Corte Suprema (2005), rol 1967-2004, 4 de julio de 2005.

Corte Suprema (2011), rol n.° 7319-2001, 11 de abril de 2011.

LA PANDEMIA NO EXIME AL DEMANDANTE DEL IMPULSO PROCESAL DEL PROCEDIMIENTO CIVIL

THE PANDEMIC DOES NOT RELIEF THE PLAINTIFF FROM THE PROCEDURAL DRIVING OF THE CIVIL PROCEEDING

Marcelo Alarcón Hermosilla[*]
Andrés Eterovic Ortiz[**]

Resumen: El sistema procesal civil chileno se rige por el principio dispositivo de las partes. La carga del impulsar el proceso recae sobre la parte demandante. La inactividad es sancionada con el abandono del procedimiento.

La pandemia trajo consigo la dictación de leyes procesales que establecieron regímenes jurídicos excepcionales en los procedimientos judiciales. Dicha excepcionalidad no altera el principio dispositivo de parte.

Palabras clave: derecho procesal, proceso judicial, procedimientos, abandono del procedimiento, pandemia.

Abstract: The civil procedural system of Chile is governed by the principle of party-disposition. The plaintiff is responsible for driving the proceeding. Inactivity is sanctioned with the abandonment of the proceeding.

The pandemic brought with it the enactment of procedural laws that established exceptional legal regimes in judicial proceedings. Such exceptionality does not alter the principle of the party-disposition.

[*] Master of Laws, University of Melbourne. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar. Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: marcelo.alarcon@udd.cl; marcelo.alarcon@dentons.com

[**] Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Chile. Ayudante de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: andres.eterovic@dentons.com

Keywords: Procedural law, judicial process, procedures, abandonment of the proceeding, pandemic.

Introducción

La pandemia causada por el COVID-19 alteró y retrasó todos los ámbitos de la vida, y los procedimientos judiciales no fueron la excepción. Al efecto, se dictó la Ley n.° 21226, que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, la cual dispuso de manera expresa suspender los términos probatorios que hayan comenzado antes o durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe. Dicha ley fue modificada mediante la Ley n.° 21379, que modifica y complementa la Ley n.° 21226 para reactivar y dar continuidad al sistema de justicia, ordenando la reanudación a solicitud de parte aquellos términos probatorios suspendidos por la primera.

En este artículo se analizarán algunas resoluciones recientes de los tribunales superiores de justicia, dictadas con ocasión de procedimientos civiles en los cuales se presentó inactividad por más de seis meses y, en consecuencia, se promovió el abandono del procedimiento por la parte demandada, con resultados diversos.

En particular, se revisarán dos problemáticas. Por un lado, cuál es el plazo para solicitar la reanudación del término probatorio, con ocasión de lo dispuesto en la Ley n.° 21379 y, por el otro, de manera indirecta, se comentará desde cuándo debe entenderse que comienza el término probatorio y, por tanto, se da curso progresivo al procedimiento.

I. La institución del abandono del procedimiento

El abandono del procedimiento es una institución que ha sido discutida y analizada tanto por la doctrina nacional como la comparada. Se ha definido como aquel efecto que produce la inactividad durante cierto tiempo de todas las partes que figuran en el juicio, en virtud del cual estas pierden el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo valer en un nuevo juicio[1].

Esta institución está regulada en el *Código de Procedimiento Civil*, en el libro primero sobre "Disposiciones comunes a todo procedimiento", título XVI, en el artículo 152 y siguientes del cuerpo legal en comento.

[1] Stoehrel (2010), p. 195.

La fundamentación del abandono del procedimiento viene dada por la certeza jurídica y tranquilidad social[2] que requieren las partes litigantes al momento del inicio de un procedimiento judicial, y constituye una verdadera sanción al demandante negligente que ha dejado transcurrir el tiempo sin dar curso progresivo al procedimiento.

Al respecto, la legislación y la doctrina nacional exigen ciertos requisitos para que sea aplicable la institución del abandono del procedimiento, estos son[3]:

1. Que no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada en la causa.
2. Que todas las partes que figuran en el juicio hayan cesado en su prosecución.
3. Que la secuela del juicio haya quedado paralizada durante seis meses, contados desde la última resolución sobre gestión útil para dar curso progresivo a los autos.

Es en relación con este último requisito, que la Ley n. °21226 suspendió los términos probatorios que hubiesen empezado a correr, o que se iniciaran durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, en todo procedimiento judicial tramitado ante los tribunales ordinarios, especiales y arbitrales del país[4].

Según se verá más adelante, el espíritu de la Ley n.° 21226, fue evitar la eventual indefensión por alguna de las partes en juicio, debido a las restricciones e impedimentos generados por la pandemia de COVID-19. Así las cosas, el legislador cortó "por lo sano" y se suspendieron por ley los procedimientos judiciales, liberando a la parte demandante de la carga procesal de darle impulso al proceso.

II. La suspensión de los términos probatorios con ocasión del artículo 6.° de la Ley n.° 21226

1. El contexto de la promulgación de la Ley n.° 21226 y el espíritu del legislador

Es de público conocimiento que a principios de 2020 se produjo en el mundo una de las pandemias más significativas de la historia de la humanidad, que trajo consigo restricciones que impidieron el normal desarrollo de la vida.

[2] Correa (2000), p. 7.
[3] Casarino (2007), p. 179.
[4] Artículo 6 de la Ley n.° 21226 de 2020.

El ámbito judicial no estuvo exento de las distintas repercusiones que produjo la pandemia por COVID-19, por el contrario, se dictaron las leyes n.ºs 21226, 21379 y 21394 para apalear los efectos nocivos actuales y eventuales generados por la pandemia a los procedimientos judiciales en curso.

En ese contexto, la primera normativa legal en aprobarse y ser publicada en el *Diario Oficial* fue la Ley n.° 21226, que tal como su nombre lo indica, establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto del virus COVID-19 en Chile.

El espíritu del legislador al dictar la Ley n.° 21226 quedó plasmado en el mensaje presidencial, donde se consignó lo siguiente:

> "Al mismo tiempo, se busca establecer un régimen jurídico de excepción, para los procesos ante tribunales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de acciones que indica, en condiciones que resulte conciliable con el otorgamiento de seguridad para la salud de las personas que deben concurrir a tribunales a cumplir con actuaciones dispuestas y la certeza para el ejercicio de sus derechos, el que habrá de regir desde la entrada en vigencia de la ley, y hasta el cese del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública en el territorio de Chile, declarado por decreto supremo N° 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y el tiempo en que este sea prorrogado, si hubiere la necesidad"[5].

Por tanto, la Ley n.° 21226 tuvo como fundamento salvaguardar los derechos de las partes en los distintos procedimientos judiciales que se tramitaren durante el estado de excepción constitucional, que fuera afín con otorgar seguridad para la salud de las personas en el marco de la pandemia del COVID-19.

2. Sentido y alcance del art. 6.° de la Ley n.° 21226

Dentro de las normas de dicha ley, sin duda la que tuvo un mayor impacto en los procedimientos civiles fue la que ordenó la suspensión de los términos probatorios, cuya reglamentación se estableció en su artículo sexto (actualmente derogado), que disponía lo siguiente:

> "Los términos probatorios que a la entrada en vigencia de esta ley hubiesen empezado a correr, o que se inicien durante la vigencia del

[5] Mensaje de la Ley n.° 21226 de 2020.

> estado de excepción constitucional de catástrofe, en todo procedimiento judicial en trámite ante los tribunales ordinarios, especiales y arbitrales del país, se suspenderán hasta el vencimiento de los diez días hábiles posteriores al cese del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, declarado por decreto supremo N° 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso".

De esta forma, los términos probatorios que estuvieren vigentes al momento del inicio del estado de excepción constitucional, o que se iniciaren durante este, debían entenderse suspendidos hasta el vencimiento de los diez días hábiles posteriores al cese del estado de catástrofe.

Sin embargo, la redacción de la norma en comento sembró ciertas dudas respecto a si el término probatorio suspendido se reanudaba de manera inmediata o si se requería una solicitud de parte y pronunciamiento del tribunal.

Lo anterior fue solucionado por la Ley n.° 21379, que ordenó de manera expresa la reanudación de los términos probatorios a solicitud de parte y luego de un pronunciamiento del tribunal, despejando, entonces, las interrogantes planteadas, pero al mismo tiempo creando otras nuevas respecto del eventual plazo para solicitar la referida reanudación.

III. El procedimiento judicial no puede estar en perpetua indefinición

1. La derogación del artículo 6.° de la Ley n° 21226

La Ley n.° 21379, publicada el 30 de septiembre de 2021, derogó el artículo 6.° de la Ley n.° 21226, mediante la incorporación de siguiente artículo (el énfasis es agregado):

> "Artículo 12.- *Los términos probatorios que durante la vigencia del artículo 6 se hubieren suspendido por disposición de dicha norma, se reanudarán, a petición de parte, desde la fecha en que se notifique la resolución que acoja la solicitud*, extendiéndose por el tiempo que corresponda de conformidad a las reglas generales. El tribunal, atendido el número de testigos y el de los puntos de prueba, señalará una o más audiencias para el examen de los testigos.
>
> En aquellas contiendas civiles que, a consecuencia de haberse suspendido el respectivo término probatorio por disposición del artículo 6, hubieren estado paralizadas por seis meses o más sin que se dicte resolución alguna, no regirá lo dispuesto en el artículo 52 del Código

> de Procedimiento Civil. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades de los tribunales de ordenar otras formas de notificación.
>
> *Para efectos de lo dispuesto en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, no se contabilizará el tiempo en que el juicio hubiere estado paralizado por disposición del artículo 6 o por cualquiera otra causal producto de la pandemia".*

Al respecto, es necesario tener especial consideración a lo establecido en el inciso primero y en el inciso final de la norma citada. En el primer inciso se dispone que los términos probatorios suspendidos podrán ser reanudados a solicitud de parte. Luego, en el tercero final, se señala que el tiempo transcurrido durante la suspensión por razones de la pandemia no se computará para efectos de la verificación del plazo de abandono del procedimiento (artículos 152 y 153 del *Código de Procedimiento Civil*).

2. Problemas con ocasión de la pandemia

La aplicación del artículo 6.° original de la Ley n.° 21226 y del nuevo artículo 12.° incorporado por la Ley n.° 21379, han planteado las siguientes dos problemáticas. Por un lado, debido a la ausencia de un plazo para la reanudación a solicitud de parte del término probatorio suspendido con ocasión de la pandemia, surgen las preguntas, entonces, respecto de, ¿cuál es plazo que tienen las partes para solicitar la reanudación del término probatorio? y ¿cuál es la sanción en caso de no hacer la solicitud dentro de ese plazo?

Por otro lado, una segunda interrogante se refiere al momento en que empieza a correr el término probatorio y, en consecuencia, ¿desde cuándo se entiende suspendido dicho plazo por aplicación del artículo 6.° de la Ley n.° 21226? Esto lleva a una discusión más antigua, respecto de si basta la notificación del auto de prueba a una de las partes para que se interrumpa el plazo del abandono del procedimiento o, bien, es necesario notificar a todas las partes.

3. El plazo para solicitar la reanudación no puede ser superior al término del abandono del procedimiento

Respecto del primer problema, esto es, cuál es el plazo para solicitar la reanudación del procedimiento en caso de suspensión por aplicación del artículo 6.° de la Ley n.° 21226, los autores estiman que la Corte de Apelaciones de Santiago lo ha resuelto de forma correcta, en armonía con los principios del derecho procesal. Al efecto, la Corte ha resuelto que, con la entrada en vigencia de la Ley n.° 21379, los procedimientos civiles suspendidos con ocasión del artículo 6.° de la Ley n.° 21226, cesaron dicha suspensión y, en consecuencia, las partes tenían hasta el 13 de abril de 2022 para solicitar la reanudación del

procedimiento, ya que la inactividad no puede prorrogarse por más de seis meses desde la última gestión útil en el procedimiento, entendiéndose esta como la fecha de vencimiento del plazo de suspensión ordenado en el artículo 6.° en comento (13 de octubre de 2021)[6]:

> "Que lo anterior se encuentra corroborado por lo ordenado en el artículo 12 de la Ley 21.379, que ordenó, en lo que interesa a esta decisión, que: 'Los términos probatorios que durante la vigencia del artículo 6 se hubieren suspendido por disposición de dicha norma, se reanudarán, a petición de parte, desde la fecha en que se notifique la resolución que acoja la solicitud, extendiéndose por el tiempo que corresponda de conformidad a las reglas generales'.
>
> Dado que el artículo 6 antes referido ordenó la suspensión hasta el 15 de octubre de 2021, en el artículo 12 introducido posteriormente, se dispone que se reanude el término probatorio a petición de parte, esto es, concluida la suspensión ordenada por ley, se devuelve la obligación de actividad procesal a las partes.
>
> En cumplimiento de lo señalado, el 9 de mayo de 2022 el apoderado del actor pidió reanudar el término probatorio, a lo que accedió el tribunal por resolución del día 12 de mayo del mismo año, que se notificó por el estado diario"[7].
>
> "Que, en consecuencia, entre el día 15 de octubre de 2021, fecha en que concluyó la suspensión del procedimiento –y por ende, desde la cual se puede considerar la última resolución recaída en gestión útil– y el 9 de mayo de 2022, fecha en la cual la demandante realizó una petición que tuvo por objeto dar prosecución al juicio, transcurrieron más de 6 meses, por lo que el procedimiento se encuentra abandonado"[8].

La decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago es acertada, toda vez que el procedimiento judicial no puede estar en un constante estado de indefinición. Es carga de las partes, en particular de la actora, dar impulso a la demanda mediante actuaciones útiles para dar curso progresivo al proceso.

---

[6] Véase Corte de Apelaciones de Santiago (2022), rol n.° C-2701-2021, Turismo Alessandria Appart Hotel Rent Service Limitada con Metrogas S.A.; Corte de Apelaciones de Santiago (2022): rol n.° C-9740-2022 Urtubia con Municipalidad de Huechuraba.

[7] Corte de Apelaciones de Santiago (2022), rol n.° C-2701-2021, Turismo Alessandria Appart Hotel Rent Service Limitada con Metrogas S.A, considerando 2.°.

[8] Corte de Apelaciones de Santiago (2022), rol n.° C-2701-2021, Turismo Alessandria Appart Hotel Rent Service Limitada con Metrogas S.A., considerando 3.°. Si bien en el fallo citado menciona el día 15 de octubre como la fecha de vencimiento de la suspensión con ocasión del artículo 6.° de la Ley n.° 21226, se estima que la fecha precisa sería el 13 de octubre de 2021. Esta última fue la fecha consignada en Corte de Apelaciones de Santiago (2022): rol n.° C-9740-2022 Urtubia con Municipalidad de Huechuraba.

Sin perjuicio de lo anterior, en fallo reciente de la Sala Tercera de la Corte Suprema, en Urtubia con Municipalidad de Huechuraba (2023), se anuló un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en el sentido precedente, por estimarse que la reanudación del término probatorio, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley n.° 21379, no es una gestión que se lleva a cabo de oficio, sino que es necesario contar con la petición de una de las partes, y que mientras esto no suceda, no es posible para la parte demandante realizar una gestión útil que permita avanzar el procedimiento. Concluyó el Máximo Tribunal que debe entenderse que, mientras no se reanude expresamente el procedimiento, el proceso continúa suspendido y tal lapso no puede considerarse para efectos de decretar el abandono del procedimiento[9].

Los autores no comparten la decisión de la Corte Suprema en Urtubia con Municipalidad de Huechuraba (2023). Por el contrario, se adhieren al voto disidente en el citado fallo, que refleja la cual, creen, es la aplicación correcta de la norma sobre la reanudación de los términos probatorios con ocasión de la dictación de la Ley n.° 21379:

> "En consecuencia, vencida la suspensión por la pérdida de vigencia del artículo 6 de la Ley N° 21.226, revive la carga del demandante de dar prosecución al procedimiento, conforme al artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, lo que en la especie no ha sucedido.
>
> Cualquier otra interpretación implicaría aceptar que la suspensión del artículo 6 de la Ley N° 21.226 podría extenderse indefinidamente lo que evidentemente resulta un contrasentido con la institución del abandono del procedimiento e incluso con la modificación introducida por la Ley N° 21.379"[10].

4. La notificación del auto de prueba a una de las partes no constituye una gestión útil

Respecto del segundo problema, con ocasión de la suspensión por aplicación del artículo 6.° de la Ley n.° 21226, recientes fallos de la Corte Suprema han sostenido que la notificación del auto de prueba a una de las partes no constituye una gestión útil.

Si bien este criterio no es novel, cobra especial importancia en las suspensiones por aplicación del artículo 6.° de la Ley n.° 21226, toda vez que suspensión decretada por dicha ley solo opera una vez que haya comenzado

[9] Corte Suprema (2023): rol n.° C-85428-2022, Urtubia con Municipalidad de Huechuraba, considerando 12.°.

[10] *Op. cit.*, voto disidente, considerando 5.

el término probatorio, lo que lleva al análisis respecto de cuándo se entiende que comienza dicho plazo y, en particular, si acaso la notificación del auto de prueba a una de las partes constituye un gestión útil capaz de interrumpir el abandono del procedimiento.

Al efecto, el Máximo Tribunal de forma acertada ha sostenido que la suspensión por aplicación del artículo 6.° de la Ley n.° 21226 solo aplica a aquellos términos probatorios que hayan comenzado antes o durante la vigencia del estado de excepción constitucional, y para dar inicio a los mismos es necesario notificar el auto de prueba a ambas partes en disputa. Concluye la Corte Suprema resolviendo que malamente puede aplicar la suspensión del artículo 6.° en comento si no se notificó el auto de prueba a ambas partes y, por tanto, el término probatorio nunca empezó a correr.

Así lo ha expresado la Corte Suprema, al resolver (el énfasis es agregado):

> "Que, en primer lugar, se debe precisar que en el juicio ordinario, vencida la etapa de discusión, procede avanzar hacia la fase de recepción de la prueba, cuya apertura sólo se inicia con la notificación a las partes de la resolución que recibe la causa a prueba, por lo que cabe resaltar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto dispone que las resoluciones judiciales producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo a la ley, el único acto que manifiesta inequívocamente la voluntad de las partes de continuar el juicio, iniciandola etapa probatoria, *es la notificación de la mencionada resolución a todas ellas.*
>
> En este aspecto, es un hecho no controvertido, por una parte, que hasta el momento de promover el incidente de abandono del procedimiento, la parte demandada no había sido notificada de la interlocutora de prueba y, por otro lado, que el demandante dejó transcurrir un año cuatro meses desde esta resolución, para presentar recién su escrito de notificación del auto de prueba, lo que hizo a través de la Oficina Judicial Virtual, actuación que pudo perfectamente ejecutar antes de los seis meses contemplados en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, sin que alegara ni acreditara obstáculo para tramitar mediante esta vía, durante la Pandemia"[11].

En el mismo sentido ha fallado nuevamente la Corte Suprema, afirmando la exigencia de notificar a ambas partes de la resolución que recibe la causa a prueba, a saber:

[11] Corte Suprema (2023): rol n.° 11.165-2022, Cid con Fisco de Chile, considerando 7.°.

> "En este aspecto, es un hecho no controvertido la circunstancia que hasta el momento de promover el incidente de abandono del procedimiento, la parte demandada no había sido notificada de la interlocutora de prueba, de modo que las gestiones realizadas por el demandante, no constituyen una actuación útil en los términos del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, pues era necesaria la notificación a ambas partes de dicha resolución, dentro del término de seis meses, requisito indispensable para dar comienzo al término probatorio"[12].

Conclusiones

En conclusión, si bien la pandemia por COVID-19 podría haber generado indefensión a alguna de las partes, que se haya visto imposibilitada de desplegar, oportuna y correctamente, su defensa en juicio, lo cierto es que los procedimientos judiciales no pueden quedar en indefinición perpetua.

No es aceptable que se mantenga un procedimiento en suspensión indefinida. La regla de general aplicación dispone que ningún procedimiento civil puede estar inactivo más de seis meses.

Por tanto, pese a que el artículo 12.° de la Ley n.° 21379 no señala un plazo para solicitar la reanudación del procedimiento, parece correcto estimar que el demandante no puede esperar más de seis meses para requerir la reanudación del juicio. Asimismo, parece acertado que los tribunales le den una fecha cierta al comienzo del término probatorio, y se sostenga que solo la notificación del auto de prueba a ambas partes constituya una gestión útil, capaz de interrumpir el abandono y dar comienzo al término probatorio.

Bibliografía

Casarino, Mario (2007): *Manual de derecho procesal*, tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).

Correa, Jorge (2000): *El abandono del procedimiento* (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Limitada).

Stoehrel, Carlos (2010): *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

[12] Corte Suprema (2023): rol n.° 135.608-2022, Vargas con Fisco de Chile, considerando 5.°.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Santiago (2022): rol n.° C-2701-2021, Turismo Alessandria Appart Hotel Rent Service Limitada con Metrogas S.A., 28 de septiembre de 2022 (apelación).

Corte de Apelaciones de Santiago (2022): rol n.° C-9740-2022, Urtubia con Municipalidad de Huechuraba, 8 de agosto de 2022 (apelación).

Corte Suprema (2023): rol n.° 85428-2022, Urtubia con Municipalidad de Huechuraba, 16 de junio de 2023 (casación en el fondo).

Corte Suprema (2023): rol n.° 11.165-2022, Cid con Fisco de Chile, 4 de enero de 2023 (casación en el fondo).

Corte Suprema (2023): rol n.° 135.608-2022, Vargas con Fisco de Chile, 20 de marzo de 2023 (casación en el fondo).

Leyes

Código de Procedimiento Civil, Chile.

Mensaje de la Ley n.° 21226 de 2020.

Ley n.° 21226 de 2020, establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile.

La Ley n.° 21379 de 2021, modifica y complementa la Ley n.° 21226 para reactivar y dar continuidad al sistema de justicia.

ENEMISTAD, GUERRA Y CRIMINALIZACIÓN DEL ENEMIGO EN EL *GLOSSARIUM* DE CARL SCHMITT

ENMITY, WAR, AND THE CRIMINALIZATION OF THE ENEMY IN CARL SCHMITTS *GLOSSARIUM*

Lucas Noguera Pinochet[*]

Resumen: Con el objetivo de entregar un estudio y exponer la relevancia que tienen los tópicos de la enemistad, la guerra y la criminalización del enemigo dentro del *Glossarium* de Carl Schmitt se realiza un análisis, en primer lugar, del primer tratamiento del mismo concepto de enemigo dentro de *El concepto de lo político*, donde fue concebido, y, en segundo lugar, al tratamiento del mismo concepto junto con el de criminalización del enemigo y de guerra dentro de los diarios que el autor mantuvo durante los años 1947 a 1958.

Palabras clave: lo político, enemistad, guerra civil, criminalización del enemigo, *Glossarium*.

Abstract: The present article contains a study of the topics of enmity, war, and criminalization of the enemy within Carl Schmitt's *Glossarium*. With this objective in mind, this article will first analyze the initial treatment of the concept the enemy in *The Concept of the Political*, where it was conceived, and then analysis the same concepts in addition to the criminalization of the enemy and of war in the author's diary entries from 1947 to 1958.

Keywords: The political, enmity, civil war, criminalization of the enemy, *Glossarium*.

[*] Abogado. Máster en Crítica y Argumentación Filosófica por la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: lnoguerap@udd.cl

Introducción

Existen tres conceptos profundamente imbricados en el *Glossarium* de Carl Schmitt (1888-1985), a saber: el concepto de enemistad y, dependientes del mismo, la criminalización del enemigo y la guerra. A diferencia del tratamiento que estos conceptos dependientes reciben en *El concepto de lo político* (1927), libro en el que ocupan un lugar más bien de carácter secundario, en el *Glossarium* (1947 a 1958), en cambio, tienen una posición estelar en las anotaciones que el jurista realiza en sus diarios. Antes de entrar en el análisis de estos conceptos en el *Glossarium*, es necesaria una breve introducción biográfica de los años que anteceden a su escritura y junto con una explicación del concepto de enemistad en *El concepto de lo político*.

Carl Schmitt fue víctima de sus decisiones y perseguido debido a ellas. Habiendo sido contrario al Partido Nacionalsocialista[1] durante los años previos a la llegada al poder de Adolf Hitler; lo cierto es que en mayo de 1933 tomaría la decisión de incorporarse de manera oficial al Partido Nazi. Gracias a esa decisión tuvo una posición importante en el mundo académico de la Alemania de la época y tuvo un papel, menos relevante, como consejero del Estado de Prusia (*kronjurist*). En el año 1936 fue difamado por sus pares académicos que desconfiaban de su compromiso con el ideal del régimen y del fuerte catolicismo del jurista alemán. Así, en dicho año apareció en el semanario de las SS (*Das Schwarze Korps*) una publicación en la que un autor anónimo lo acusaba de, entre otras cosas, tener un catolicismo político encubierto, haberse incorporado al Partido Nazi por mero oportunismo, de tener vínculos con judíos, ser contrario al ideario nazi[2] y, en consecuencia, constituir una amenaza interna para el proyecto político del NSDAP. Esto lo llevó a que optara por un papel más recatado dentro del régimen y poco a poco se retrajera del ámbito público[3]. Vencidos los alemanes en 1945, a la sazón se encontraba en

[1] Desde ahora en adelante: Partido Nazi o NSDAP.

[2] "Para demostrar lo que Schmitt en verdad pensaba acerca de las doctrinas raciales nazis, *Das Schwarze Korps* citaba su libro de 1916 *Nordlicht* [Auroras boreales]. 'Toda la enseñanza de raza del romanticismo' había escrito Schmitt, 'descansa en especulaciones morfológicas similares, y las personas que se llaman a sí mismos *Realpolitker*, hacen diferenciaciones científicas de la raza, supuestamente exactas [y] válidas, pero básicamente se refieren [en realidad] a diferencias morales'. (77) Schmitt había escrito esto, enfatizaban los editores, mientras 'la mejor parte de la juventud alemana se hallaba desangrándose a muerte en el frente' (78)", en Bendersky (1983), p. 238.

[3] "Antes incluso de la publicación de los artículos de *Das Schwarze Korps*, fue obligado a abandonar la dirección del *Fachgruppe Hochschullehrer der NS-Juristenbund*, después de dimitir de todas sus responsabilidades al frente de la *Deutsche Juristen-Zeitung*. Schmitt perdió también la dirección de la colección 'Der deutsche Staat der Gegenwart', publicado por la casa hamburguesa

Berlín, fue cuestionado, primero, por los rusos, que lo dejaron ir sin mayores cuestionamientos, y después fue interrogado múltiples veces por las fuerzas estaounidenses, quienes ordenaron su internación en un campo de detención de civiles y luego llevado a la cárcel de Núremberg, donde fue interrogado por el fiscal adjunto de Estados Unidos como potencial imputado y, finalmente, liberado en 1947[4]. Estas experiencias en el presidio marcaron de forma profunda su pensamiento entorno a los conceptos de enemistad, de criminalización del enemigo y de guerra que recogen sus diarios.-

Breve recapitulación de El concepto de lo político

El objetivo del libro *El concepto de lo político*[5] es la determinación de un criterio que sea por entero político, cuestión que "responde al desafío de una situación entre dos aguas"[6]: la teoría del Estado y el derecho internacional. El autor busca establecer un criterio esencial de lo político, que permita visibilizarlo como una esfera independiente y autónoma del resto de las esferas del quehacer humano (como la moral, la economía, etc.). La cuestión, a sus ojos, resulta fundamental a la hora de comprender el Estado, ya que este, como "el *status* político de un pueblo organizado al interior de unas fronteras territoriales [...] presupone lo político"[7]. En otras palabras, la existencia del Estado requiere de lo político, ya que esto actúa como sedimento que fijará la forma del Estado y la manera en que este impondrá "en el caso decisivo la pauta concluyente". Determinar la pauta concluyente del caso decisivo dispone al Estado como el "modo de estar de un pueblo" y, a su vez, como "el estatus por antonomasia" por encima de "los diversos estatus individuales y colectivos teóricamente posibles"[8]. El Estado presupone lo político y no a la inversa. Esto es una nota particular de nuestra época, donde:

> "la ecuación estatal=político se vuelve incorrecta e induce a error en la precisa medida en la que Estado y sociedad se interpenetran recí-

Hanseatische Verlagsanstalt [...] cesó en 1936 de todas sus funciones oficiales. Únicamente conservó su cátedra de profesor en la Universidad de Berlín y su título de Consejero de Estado de Prusia, magistratura vacía de contenido puesto que el Consejo de Prusia nunca más se reunió después de 1936, ¡pues los nazis liquidaron el Estado prusiano! Schmitt quedó pues fuera de los circuitos editoriales del partido, que en lo sucesivo impuso el silencio sobre su obra", en *op. cit.*, pp. 238-239.

[4] Para mayor detalle véase Mehring (2014), pp. 407-430.

[5] Desde en ahora en adelante: *CDLP*.

[6] Schmitt (2019), p. 45.

[7] *Op. cit.*, p. 53.

[8] *Op. cit.*, pp. 53-54.

> procamente; en la medida en que todas las instancias que antes eran 'meramente' sociales se vuelven estatales, cosa que se produce con necesidad en una comunidad organizada democráticamente"[9].

Antes, como ocurría en el siglo XVIII:

> "el Estado no reconocía 'sociedad' alguna como antagonista, o al menos donde [...] el Estado, como poder estable y distinto se encontraba *por encima* de la 'sociedad'".

En las sociedades organizadas de forma democrática, en cambio, ocurre que la equivalencia entre lo estatal y lo político se torna incorrecta y conducente a errores, porque, en ellas, el Estado y la sociedad se interpenetran recíprocamente, al punto de que instancias, antes solo estatales se tornan sociales y, a la inversa, las instancias antes puramente sociales se vuelven estatales[10]. Esto genera que ámbitos que previamente no eran políticos ni estatales (que Carl Schmitt llama "neutrales") como la cultura, la religión, la educación o la economía, se transformen en políticos o estatales. La sociedad moderna y democrática genera, entonces, lo que el autor denomina un "Estado *total*"[11], es decir, un Estado

> "basado en la identidad de Estado y sociedad, que no se desinteresa de ningún ámbito de lo real y está dispuesto en potencia a abarcarlos todos";

en consecuencia, si "*todo* es al menos potencialmente político", entonces, "la referencia al Estado ya no está en condiciones de fundamentar ninguna caracterización específica y distintiva de lo político"[12].

Si lo político ya no se puede identificar mediante la referencia al Estado y si

> "lo político tiene sus propios criterios, y éstos operan de una manera muy peculiar en relación con los diversos dominios más o menos independientes del pensar y el hacer humano, en particular en referencia a lo moral, lo estético y lo económico",

entonces, la mejor manera de determinar un concepto de lo político es "proced[iendo] a constatar y a poner de manifiesto cuáles son las categorías espe-

[9] Schmitt (2019), p. p. 55.

[10] *Ibid*.

[11] Hay que aclarar que aquí Carl Schmitt se está refiriendo en este apartado a un Estado total *cuantitativo*, más adelante en su vida abogará –sobre todo en la década de 1930– por un Estado total *cualitativo.*

[12] Schmitt (2019), p. 55.

cíficamente políticas"[13]. Pero más allá de establecer cuáles son esas categorías, lo importante es fijar "una serie de distinciones propias últimas" en las que "lo político tiene que hallarse" y "a las cuales pueda reconducirse todo cuanto sea acción política en un sentido específico"[14]. Este criterio último que proveerá de claridad conceptual a lo político es fundamental a la hora de discernir, en especial en una sociedad en la que *todo* es potencialmente político, *qué es* lo que determina que algo sea político. En esa línea, el problema del *CDLP* será el siguiente:

> "si existe alguna distinción específica, comparable a esas otras [a saber, de las otras esferas de la actividad humana: la moral, la estética, la economía, etc.] aunque [...] no de la misma o parecida naturaleza, independiente de ellas, autónoma y que se imponga por sí misma como criterio simple de lo político; y si existe, ¿cuál es?"[15].

A esta pregunta, planteada en el marco de una determinación ontológica y última de lo político, Carl Schmitt responderá afirmativamente y sin ambages, que, en efecto, *si existe un criterio de lo político* que reúna las características de ser autónomo, independiente y que se impone por sí mismo. Este criterio o

> "distinción política especifica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, **es** *la distinción de amigo y enemigo*"[16].

Esta determinación de lo político no pretende ser nada más ni nada menos, que un "criterio", no "una definición exhaustiva de lo político ni una descripción de su contenido"[17]. Es, asimismo, una:

> "distinción autónoma [...] en el sentido de que ni se funda en una o varias de esas otras distinciones [estéticas, morales, económicas, etc.] ni se las puede reconducir a ellas",

y puede, a su vez:

> "sostenerse tanto en la teoría como en la práctica sin necesidad de aplicar simultáneamente todas aquellas otras distinciones morales estéticas, económicas y demás"[18].

[13] Schmitt (2019), pp. 58-59.
[14] *Op. cit.*, p. 59.
[15] *Ibid.*
[16] El énfasis es nuestro.
[17] Schmitt (2019), p. 59.
[18] *Ibid.*

Ello se debe a que lo característico de esta distinción es una especial relación de intensidad de la que el resto de las esferas están desprovistas. La distinción amigo-enemigo "marc[a] el grado máximo de intensidad de una unión o una separación, de una asociación o disociación"[19]. Esta autonomía, advierte el autor en las referencias agregadas a la edición del año 1963:

> "posee un sentido práctico didáctico: el de dejar expedito el camino hacia el fenómeno eludiendo tantas categorías y distinciones preconcebidas, tantas interpretaciones y valoraciones, presuposiciones y presunciones que controlan ese camino y no dejan pasar más que a sus propios visados"[20].

En otras palabras, lo que a Carl Schmitt le interesa es purgar el concepto de lo político de las sobre determinaciones partidarias que tal concepto suscita, de manera tal que se dé con un concepto de lo político que sea movilizable en el ámbito tanto de la teoría como de la *praxis* política. Esto ha generado, en opinión del jurista, una aversión desde los dos polos que suelen apropiarse de este concepto: los creadores de enemigos absolutos (aquellos que basan la enemistad en la clase, raza u otra categoría similar, estableciendo un enemigo *eterno* o total) y los neutralizadores (aquellos que ven en el enemigo un *mero adversario* o interlocutor en la incesante discusión política). Los primeros, encuentran en su definición "una amenaza para su fuerza directa de combate, un debilitamiento producido por la reflexión, hamletización y relativización sospechosa", mientras que los segundos, encuentran en ella una "incitación a la guerra, maquiavelismo, maniqueísmo y [...] nihilismo"[21].

La distinción que entraña el criterio de lo político es independiente del resto de las esferas, pero ello no es óbice para que la calificación del enemigo esté recubierta de connotaciones morales, estéticas, económicas, etc. Ello responde a que:

> "en el plano de la realidad psicológica es fácil que se trate al enemigo como si fuese también malo y feo, ya que toda distinción, y desde luego la de la política, que es la más fuerte e intensa de las distinciones y agrupaciones, echa mano de cualquier otra distinción que encuentre con tal de procurar apoyo. Pero esto no altera en nada la autonomía de esas oposiciones"[22].

De esta manera, todas aquellas esferas no políticas que intervienen en las relaciones humanas estableciendo oposiciones o antagonismos, tales como

[19] Schmitt (2019), p. 59.
[20] *Op. cit.*, p. 174.
[21] *Ibid*.
[22] *Op. cit.*, p. 60.

la esfera religiosa, cultural, económica, moral, etc., suelen actuar de manera secundaria y en apoyo a la esfera de lo político[23]. Como criterio, lo político extrae su contenido del resto de esos antagonismos no políticos, pero:

> "por sí mismo lo político no acota un campo propio de la realidad, sino sólo un cierto *grado de intensidad* de la asociación o disociación de hombres"[24].

Ahora bien, que lo político sea un criterio autónomo e independiente no significa que las otras esferas extrapolíticas no puedan, dado el caso concreto, transformarse en la justificación existencial de la calificación del otro como enemigo, es decir, transformarse en políticas. Ello ocurrirá cuando cualquiera de los antagonismos de las otras esferas no políticas obtenga "la fuerza suficiente como para agrupar de un modo efectivo a los hombres en amigos y enemigos"[25]. De modo que lo que ocurrirá es que esas esferas dejarán de ser meramente secundarias en la calificación del enemigo político, constituyéndose ahora como el contenido de esa distinción. Reinhart Koselleck ha llamado la atención sobre los diversos pares conceptuales que han dado contenido, a lo largo de la historia de Occidente, a la distinción schmittiana de amigo y enemigo, que como tal ofrecería la pura forma conceptual de lo político[26]. De este modo, Reinhart Koselleck identifica tres conceptos binarios y con pretensión universal ("parejas de conceptos que se caracterizan por pretender abarcar al conjunto de todos los hombres") empleados en la historia occidental, a saber:

[23] Cfr. Schmitt (2019), p. 62.

[24] *Op. cit.*, p. 70.

[25] *Op. cit.*, p. 68.

[26] A lo largo de la historia, los grupos humanos se han vuelto unidades políticas de acción, en la medida en que han sido capaces de elaborar conceptos que contengan más que una mera descripción o denotación. Estos conceptos se refieren muchas veces a una generalidad concreta y son transferibles, tal como ocurre, por ejemplo, con *polis*, pueblo, partido, estamento, sociedad, Iglesia, Estado, etc. Ahora bien, cuando las distintas unidades históricas se apropian de estos conceptos, considerándose a sí mismos como "el" partido o "la" Iglesia, etc., realizan una singularización política y social. La reclamación de exclusividad sobre estos conceptos genera, necesariamente, conceptos contrarios que discriminan a los excluidos, de modo que abandonar "la" Iglesia lo convierte a uno en pagano o hereje, miembro de la unidad contraria. De la apropiación excluyente de estos conceptos emana una determinación del grupo mismo y, a su vez, determina a quienes no forman de él, que es calificado con el concepto contrario asimétrico. De esta manera, la "oposición [entre los conceptos que los grupos utilizan para denominarse a sí mismos y para denominar a aquellos que no pertenecen a él] es contraria de un modo desigual". Según Reinhart Koselleck: "como en la vida cotidiana, el uso lingüístico de la política se basa una y otra vez en esta figura fundamental de los conceptos contrarios asimétricos". En Koselleck (1993), pp. 205-207.

> "la oposición entre helenos y bárbaros, entre cristianos y paganos y, finalmente, la oposición que emerge en el propio campo conceptual de la humanidad entre hombre y no-hombre, entre superhombre e infrahombre"[27].

La esfera de lo político puede atravesar cualquier otra esfera, ya sea cultural, religiosa, económica, etc., y convertirla en su contenido o centro de gravedad. En ese caso, esa esfera será, en mayor medida, política y, accesoriamente, de la otra índole que antes tenía[28]. Esta superioridad de la esfera política se explica porque:

> "la agrupación real en amigos y enemigos es en el plano del ser algo tan fuerte y decisivo que, en el momento en que una oposición no política produce una agrupación de esa índole, pasa a segundo plano los criterios 'puramente' religiosos [...] económico o fundados en cualquier otra 'pureza' "[29].

Lo político debe ser tomado siempre "en su sentido concreto y existencial, no como metáforas o símbolos"[30]. También, lo político es una fuerza objetiva propia, que no se debe confundir o afectar con ideas morales, económicas o de cualquier otra índole, y tampoco se le ha de reducir a instancias psicológicas subjetivas privadas[31]. Que el enemigo lo sea en sentido público y concreto, se refiere al hecho de que lo es respecto a un pueblo en concreto en circunstancias históricas también concretas. Esto se debe a "la creencia de Schmitt en la singularidad de los eventos históricos", de modo que "lo que constituye enemistad o amistad en una determinada época puede derivar solamente de una situación concreta"[32, 33]. Esta perspectiva supone necesariamente que, al

[27] Koselleck (1993), p. 207. Lo característico de estos pares de conceptos contrarios es que, frente a la distinción amigo-enemigo considerada formalmente, existe una asimetría entre ellos. Dicha asimetría, da lugar a la desvalorización, discriminación y criminalización del enemigo cuyas perniciosas consecuencias denunciará Carl Schmitt. Véanse. *op. cit.*, pp. 209-250.

[28] La posibilidad de la esfera de lo político de invadir al resto de las esferas es una característica particular de la teoría de Carl Schmitt, que es contraria a lo dicho al respecto por Max Weber, que creía que estas esferas se desarrollaban de manera independiente entre sí y sin posibilidad de entremezclarse.

[29] Schmitt (2019), p. 70.

[30] *Op. cit.*, p. 60.

[31] *Op. cit.*, pp. 60-61.

[32] Schwab (1989), pp. 27-28.

[33] George Schwab sintetiza la mirada de Carl Schmitt acerca de la historia en contraposición a la de Georg Hegel, de la siguiente manera: "Schmitt aceptaba la creencia de que la historia es un proceso de constante cambio o, como él afirmaba: 'Eine geschichtliche Wahrheit [...] ist nur einmal wahr' (una verdad histórica es verdad solo una vez). Por consiguiente uno no encuentra

igual que no existen valores eternos, tampoco existen enemistades eternas. Toda enemistad que sea "eterna" o "total" es falsa en su origen, y quien se sirve de ella lo hace solo para generar la criminalización de su enemigo, esto es, para elaborar una justificación moral o metafísica que habilite el abuso o exterminio del enemigo, esta cuestión será objeto de desarrollo más adelante.

Análisis del concepto de enemigo en El concepto de lo político

Carl Schmitt es un pensador del límite, es decir, que para él es *la excepción*, el *caso o decisión límite*, y no lo normal o recurrente, lo que revela al concepto en su verdadera esencia. Así como en el concepto de soberano lo determinante no es que este sea una cualidad de un poder de no verse subordinado a otro, sino que es la decisión sobre el estado de excepción[34], lo determinante en lo político es, dada las consecuencias límites que trae, la enemistad y, en ese sentido, la decisión acerca de *quién es enemigo*. Es el concepto de enemigo lo que marcará la pauta para el caso decisivo, es decir, lo que determinará quién es el enemigo al que se le debe combatir, llegado el caso extremo de intensidad. La preeminencia de la enemistad dentro del par conceptual amigo-enemigo, junto con la importancia que ella tiene para el caso extremo de la guerra, explica que Carl Schmitt la trate en extenso y, en cambio, deje la amistad de lado, diciendo nada acerca de ella en el *CDLP*.

El jurista alemán distingue entre dos tipos de enemigos, el público u *hostes* y el privado o *inimicus*. Esta diferencia entre enemigo público y privado, que estuvo en parte presente en los clásicos, no pasó a las lenguas modernas, pues, si bien:

> "es cierto que los antiguos griegos y romanos distinguían al enemigo privado del público, al *echthros* del *polemios*, el *inimicus* del *hostis* [...] el enemigo público y privado no son distinguidos en las lenguas modernas, que utilizan la misma palabra para ambos (el alemán *Feind* o el inglés-romance 'enemy') [...] el mundo medieval no pudo haber

en los escritos de Schmitt ninguna referencia a una meta final de la historia como es el caso con Hegel. Schmitt está interesado básicamente solo en situaciones y problemas en los cuales participa personalmente y que estén ligados con su fe. Su método de pregunta-respuesta debe ser entendido en este contexto únicamente [...] preguntas específicas demandan respuestas específicas; como reza la frase de Collingwood, que también aplica a Schmitt: 'una proposición altamente detallada y particularizada debe ser la respuesta, no a una pregunta vaga y generalizada, pero a una pregunta detallada y particularizada como [como la respuesta misma]' ", en *op. cit.*, p. 27.

[34] Así, Schmitt (2009), p. 13: "Soberano es quien decide sobre el estado de excepción".

> considerado la distinción entre un enemigo público y privado como fundamental. De hecho, el 'enemigo', el hombre 'sin paz', y el 'delincuente' eran uno y el mismo. Uno podía ser un enemigo, aunque solo en un sentido parcial, del oponente de alguien en una contienda"[35].

El enemigo privado es "cualquier competidor o adversario [...] al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía". La frase de los evangelios –Mateo 5, 44; Lucas 6, 27– que ordenan "amad a vuestros enemigos" dice, según lo recuerda el mismo Carl Schmitt, "en original 'diligite *inimicus* vestros' ", en referencia al enemigo privado. Esta frase no tiene ningún sentido en el ámbito del enemigo público, pues:

> "a un enemigo en sentido político no hace falta odiarlo personalmente; sólo en la esfera de lo privado tiene algún sentido amar a su 'enemigo', esto es, a su adversario [...] desde luego no quiere decir en modo alguno que se deba amar a los enemigos del propio pueblo y apoyarles frente a éste"[36].

Para el jurista "sólo es enemigo el enemigo *público*", el *hostis*, entendiendo por tal:

> "un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone *combativamente* a otro conjunto análogo".

Y "todo cuanto hace referencia a un conjunto de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere *eo ipso* carácter *público*"[37]. En suma, "enemigo es [...] *hostis* [y] no *inimicus* en sentido amplio; es πολέμιος, no ἐχθρός"[38]. La enemistad de que habla Carl Schmitt en el *CDLP* es, en verdad, hostilidad[39].

Lo que a Carl Schmitt le interesa al distinguir entre amigos y enemigos es resaltar "la realidad óntica y la posibilidad real de esta distinción", remarcar el hecho de que, más allá del campo de las esperanzas, los pueblos se agrupan políticamente en términos de amigos y enemigos, de lo que resulta ineludible afirmar que un pueblo existirá en términos políticos mientras esta oposición

[35] Brunner (1992), p. 31.

[36] Schmitt (2019), p. 62.

[37] *Op. cit.*, p. 61.

[38] *Ibid*.

[39] Las palabras del español 'hostil' y 'hostilidad' ilustran ~~perfectamente~~ la raíz de la enemistad pública a la que Carl Schmitt hace referencia. 'Hostil' es "contrario o enemigo", y 'hostilidad' puede significar "cualidad de hostil", "acción hostil" o "agresión armada de un pueblo, ejército o grupo". Todas estas definiciones dejan en claro la referencia al enemigo público u *hostes*.

se mantenga vigente y subsista la posibilidad real de combatir, una vez alcanzada una determinada intensidad particularmente aguda, con el pueblo enemigo[40].

Lo relevante a la hora de calificar al enemigo es el hecho de que este:

> "simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo",

al punto de que:

> "pueden producirse conflictos con él que no puedan resolverse ni desde alguna normativa general previa ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero 'no afectado' o 'imparcial' "[41].

Así, el bueno, bello o provechoso puede, sin mayor problema, ser enemigo en la medida que la diferencia respecto de él sea existencialmente intensiva e irresoluble por otros medios pacíficos de resolución de conflictos. Entonces, más allá de las caracterizaciones morales, estéticas, económicas o culturales que se puedan hacer del amigo o del enemigo, lo importante, según el jurista alemán, en el agrupamiento de los pueblos en amigos y enemigos *es la forma existencial* del *demos* propio y del extraño.

Esta diferencia existencial, que a ojos del autor fundamenta la enemistad y su concepto de lo político, le permite calificarlo como un *existencialista político*. "He encontrado la única categoría concreta del existencialismo: amigo y enemigo"[42], dirá en su *Glossarium*.

Ahora bien, ¿qué es aquello que en términos existenciales resulta distinto y extraño en el otro que pueda llevar a calificarlo como enemigo? En el *CDLP*, Carl Schmitt no da una respuesta acabada al opaco fundamento "existencial" de esa diferencia, señalando únicamente que la respuesta dependerá de la sociedad que se trate *en concreto* en una época también determinada. Sin embargo, sí se provee de cierta guía a la pregunta en la conferencia que imparte en Barcelona en octubre del año 1929, titulada "La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones", en la que se ocupa del "gran problema de los distintos niveles del proceso de secularización"[43].

En esta conferencia, habla de los "cuatros grandes pasos simples, seculares" que ha recorrido la vida espiritual europea: de la teología a la metafísica, de esta al moralismo humanitario y de este a la economía. El siglo XVI se ca-

[40] Schmitt (2019), p. 61.
[41] *Op. cit.*, pp. 59-60.
[42] Schmitt (2021b), p. 249.
[43] Schmitt (2009), p. 11.

racteriza por tener como "centro de gravedad" la teología, el XVII la metafísica, el XVIII el moralismo humanitario y el XIX la economía. Según Carl Schmitt solo comprendiendo que el pensamiento y la cultura europea de cada uno de esos siglos ha gravitado sobre esos ámbitos, se hacen inteligibles "los conceptos que elaboran las diversas generaciones". Estos conceptos de la esfera espiritual de cada siglo se determinan, a su vez, "a partir de la existencia política concreta". Considerando que las "ideas esenciales en la esfera espiritual del hombre son algo existencial y no normativo", los conceptos elaborados en cada siglo responden al centro gravitacional de la existencia a partir del cual fue acuñado y, al ser transmitidos al siglo siguiente, lo hacen tomando una nueva connotación específica: la de ese nuevo siglo que se sustenta en otro centro de gravedad[44]. De este modo, los conceptos acuñados en el pasado no se pueden entender en el presente (o en cualquier otro siglo) si no es por referencia al ámbito que constituya el centro de gravedad de la época en particular. Uno de esos conceptos centrales de la cultura europea, y políticamente el más relevante, es el de Estado. Este "adquiere su realidad y su fuerza a partir de lo que en cada caso constituye ese ámbito central", el cual determina la forma de existir de un pueblo, debido a que sobre la base de esos ámbitos centrales se deciden "los temas en litigio" que configuran la forma de existencia concreta de cada pueblo y, así, "marcan la pauta para las agrupaciones de amigos y enemigos"[45]. En síntesis, la forma existencial de cada pueblo se determina en concreto según el ámbito que predomine en cada época junto con las particularidades específicas de ese pueblo, que determinan las cuestiones centrales de su existencia y lo distinguen del resto.

[44] Lo dicho acerca de los centros de gravedad está relacionado con el tópico de la *sociología de los conceptos* que Carl Schmitt elabora en *Teología política*. Propugna este método como la única vía "capaz de llegar a un resultado científico" de ciertos conceptos jurídicos, como el de soberanía. Este proceder exige "explorar la última estructura radical sistemática y comparar esa estructura conceptual con la articulación conceptual de la estructura social de una época determinada". Esta clase de sociología "presupone [...] la conceptualidad radical, es decir, una consecuencia llevada hasta el plano metafísico y teológico. La imagen metafísica que de su mundo se forja una época determinada tiene la misma estructura que la forma de la organización política que esa época tiene por evidente". De este modo, hacer sociología de los conceptos es, por ejemplo, "mostrar que la existencia histórica y política de la monarquía se correspondía al estado de conciencia de la humanidad occidental en aquel momento, y que la configuración jurídica de la realidad histórico-política supo encontrar un concepto cuya estructura armonizaba con la estructura de los conceptos metafísicos". En SCHMITT (2009), pp. 43-44.

[45] SCHMITT (2019), pp. 113-119.

I. Introducción al *Glossarium*

Tras su liberación de la cárcel Núremberg como *possible defendant* el 13 de mayo de 1947, poco después, Carl Schmitt (1888-1985) arriba de vuelta a su ciudad natal de Plettenberg, dejando atrás los dos peores años de su vida. Le estaba prohibido volver a dar clases o detentar cargos públicos, por lo que su actividad se redujo a distintas actividades alejadas de la docencia oficial y del ámbito público. Comenzó a escribir el *Glossarium* el 28 de agosto de 1947. Se encontraba viviendo en el segundo piso de la antigua casa de sus padres en Plettenberg, que a la sazón ocupaba su hermana, profesora de piano. Su situación vital se había calmado lo suficiente como para reflexionar tanto acerca de lo ocurrido en los últimos años como de su presente y del futuro, que vendría caracterizado, a su juicio, por el progreso de la técnica y por el surgimiento de ideologías cada vez más humanistas y pacifistas, tendencias que identificaba como meras formas nuevas de criminalizar al enemigo.

La naturaleza del *Glossarium* entraña en sí una cuestión difícil de resolver. Esta recopilación de sus cuadernos no contiene meros diarios que reúnan sus pensamientos y experiencias ocasionales, sino sus reflexiones, son eso y mucho más. El nombre de la obra proviene del latín '*glossārĭum*', que significa "un léxico o glosario de palabras anticuadas o extranjeras que requieren de una explicación"[46] y se suele traducir al español por "diccionario, glosario o vocabulario"[47], es decir:"catálogo o lista de palabras, ordenadas con arreglo a un sistema, y con definiciones o explicaciones sucintas"[48]. Así, la 'glossa' es "una palabra obsoleta o extranjera que requiere de una explicación" y 'glossae' es "un término aplicado a las colecciones de esas palabras con explicaciones"[49].

El *Glossarium* tiene algo del origen del término. Este conjunto *sui generis* de cuadernos recopilan sus pensamientos en estado maduro acerca de los temas fundamentales que le interesan, reuniendo una reflexión acabada y una relectura de los autores con los que se ha enfrentado a lo largo de su vida intelectual de manera abierta o velada. La obra contiene, también, sus opiniones sobre una serie de cuestiones variopintas, desde la naturaleza de la rima en la poesía hasta a la cuestión sobre cómo fue posible que un tipo como Adolf Hitler alcanzara el poder supremo en un país como Alemania. Aborda diversos temas que, dentro de las esferas de la literatura, la filosofía, el derecho, la historia o la teología, requieren, a ojos de su autor, una explicación o comentario suyo. Asimismo, es, también, un escrito en parte autobiográfico, de ahí que su calificación como "diario" no sea del todo incorrecta, ya que reúne una serie

[46] Perseus Project (s.f.).
[47] De Valbuena (1822), p. 321.
[48] Real Academia Española (2022a).
[49] Perseus Project (s.f.).

de reflexiones acerca de su vida y su participación tanto en Weimar como en el régimen nazi. Además, cuenta con una serie de autodefiniciones (en su mayoría irónicas) y una exposición de las razones del impacto de su obra (en especial de su concepto de enemigo) y de su ulterior persecución a la caída del Tercer *Reich*. En este sentido es también, de alguna forma, un alegato exculpatorio de su participación y apoyo al régimen nazi, una reflexión de cómo él –al igual que sus contemporáneos alemanes– se vio hechizado por un megalomaníaco tan vulgar como Adolf Hitler. Es el receptáculo en donde su autor vierte sus pensamientos tal y como le vienen a la mente, por lo que a muchas reflexiones notables le siguen opiniones pueriles o autocompasivas en extremo que resultan del todo prescindibles[50]. En suma, es el pensamiento de Carl Schmitt sin filtrar, pero ello no significa que sea de manera alguna una improvisación, sino todo lo contrario. Las reflexiones más relevantes del *Glossarium* están concordadas por el mismo autor, lo que demuestra que intentó darle una cierta sistematicidad a las anotaciones que componen la obra.

Uno de los conceptos fundamentales que desarrolló en su *Glossarium* y que utilizará una y otra vez para analizar diversos temas tratados en él es el concepto de enemigo. De ahí que la relevancia de este concepto fundamental en su pensamiento en general, lo sea también en esta obra en particular.

Reflexionando acerca del destino de su pequeño escrito El concepto de lo político de 1927[51], Carl Schmitt afirmaba que el libro: "será pronto parte integrante de ese mismo concepto" y ello es "un síntoma seguro de [su] autenticidad existencial". Pues, la animadversión o adherencia que el texto genera es una cuestión positiva, prueba en sí misma de lo político dado que demuestra que es una obra con valencia política, es decir, con la "fuerza de agrupar amigos y enemigos". Ahora, que a la sazón no haya estado siendo estudiado ni leído, tiene a al jurista alemán sin cuidado, ya que para él lo importante es que esté siendo "solamente usado como criterio en lo más relevante"[52], es decir, que en la realidad de las relaciones políticas se aplique la distinción entre amigos y enemigos.

Para el autor, el rechazo que causó su concepto de enemigo se debe a que su concepto de lo político era una violación de aquel refrán que reza: "no hay que mentar la soga en casa del ahorcado", pues, para él, el haber fijado el criterio de lo político como la distinción entre amigo y enemigo supuso haber sacado a la luz una verdad evidente, pero que hasta ese momento se encontraba silenciada a propósito. Con su concepto de lo político creyó haber

[50] Schmitt (2021a), p. 23.

[51] Publicado por primera vez ese año como artículo para una revista científica, que después se publicará, en 1932 y luego en 1933, en formato de libro. La publicación que Carl Schmitt permitió que se reimprimiera (a propósito de la publicación de su *Teoría del partisano* en 1963) fue la de 1932.

[52] Schmitt (2021a), p. 176.

revelado un arcano de la política. Lo que lo desconcertó más fue la ironía de que su descubrimiento haya sido considerado polémico, mientras que frases como las de Karl Marx, que invitan a cambiar y dominar a Dios, haciéndolo servidor, no provocan espanto alguno en la gente[53]. Suele también atribuir el repudio a su concepto de enemigo al hecho de que él es el autor, ya que, como sugiere él mismo, si hubiese sido Franz Kafka quien lo hubiese elaborado en alguna de sus novelas, el concepto no habría generado el mismo nivel de animadversión que había provocado. La razón que lo movió a fraguar su concepto de enemigo fue la necesidad de certidumbre que suele entregar la claridad conceptual. A su juicio, siendo la relación de amigo y enemigo lo que opera en la realidad, el mantener el concepto de enemistad en la indefinición generaba incertidumbre, mientras que su definición, al permitir la comprensión de las relaciones políticas, suministraba certeza.

La razón de fondo por la que la gente no es capaz de aceptar un concepto de lo político, Carl Schmitt lo atribuye al hecho de que en la actualidad ya no existen: "conceptos comunes", debido, a su vez, a que el mundo se encontraría en una situación de guerra civil encubierta, en la que los mismos conceptos son terrenos de disputas, cuestión que provoca "que cada concepto se transforme en la intrusión en el campo enemigo"[54]. Esta apreciación de la situación actual del mundo debe entenderse de la mano con la concepción que Carl Schmitt tiene de la unidad política, pues si ella se visibiliza en el hecho de que un pueblo es capaz de reconocer quién es el enemigo, entonces, a la inversa, el que dentro de ese pueblo no exista acuerdo en relación a quién es el enemigo e, incluso, se genere una disputa interna con ocasión de su definición, sugiere que ese mismo cuerpo político se encuentra, en vías a o de manera efectiva, dividido. Perdiendo la unidad política, se pierde la capacidad de discernir claramente al amigo del enemigo en términos existenciales.

Aquellos que, por el lado contrario, adhieren al concepto de enemistad como criterio nuclear de lo político, reconocen en su elaboración una contribución apegada a la realidad tanto en términos antropológicos como descriptivos de la constitución real de las sociedades humanas. En esta línea, resulta entendible la popular calificación de Carl Schmitt como el Maquiavelo del siglo XX, ya que, a la manera del florentino, en la configuración del par conceptual amigo y enemigo como criterio esencial de lo político, el jurista de Plettenberg no habría procurado otra cosa que generar un concepto ajustado a la realidad efectiva de las cosas[55].

---

[53] Schmitt (2021a), p. 16.

[54] *Op. cit.*, p. 46.

[55] Siguiendo la línea que el propio Nicolás Maquiavelo habría pretendido seguir en *El príncipe*, que no era otra que "ir detrás de la *verdad efectual [verità effettuale] de las cosas [más] que de la imaginación de ellas* (el destacado es nuestro)". En Maquiavelo (1993), pp. 138-139.

Ahora bien, en el *Glossarium* da una clave única para comprender uno de los sentidos finales que tuvo para él el concepto de enemigo. En una reflexión del 6 de mayo del año 1948, lanza una pregunta relevante, diciendo:

> "¿estamos todavía en disposición de medir, de encontrar una medida que no se haya convertido en errónea y vieja, una medida ajustada a los hechos y a las situaciones?".

A lo que responde, de manera equívoca y confusa diciendo: "eureka, lo he encontrado, es decir, al enemigo"[56]. La respuesta es, por decir lo menos, extraña y poco clara; pero, si se entiende, es una respuesta de gran utilidad para comprender el sentido de la enemistad. Para él, la medida actual de los hechos y las situaciones políticas contemporáneas es, sin más, su concepto de enemigo. Es mediante este concepto como se pueden observar los hechos políticos modernos y comprenderlos, es decir, apreciar su origen y obtener su sentido, develando las intenciones verdaderas que se esconden detrás de los recaudos argumentativos de índole moralista y humanista que los políticos suelen dar a sus acciones y dichos, sin olvidar que lo que hay detrás de todo uso de conceptos universales y de la criminalización del enemigo mediante ellos es una intención de "quitar la fuerza [al enemigo]"[57].

II. Guerra

En el *Glossarium*, no hará sino retomar y desarrollar el concepto de guerra que desarrolla por primera vez en *El concepto de lo político* y que más tarde volverá a tratar con mayor densidad en *El nomos de la Tierra* (1950). El tratamiento del tópico de la guerra dentro del *Glossarium* es relevante, no solo por la relación conceptual que guarda con la enemistad (toda relación de enemistad contempla, llegado el mayor grado de intensidad, el enfrentamiento armado), sino, también, porque permite observar la influencia que tuvieron en el pensamiento de Carl Schmitt las dos recientes guerras mundiales que habían azotado a Europa durante la primera mitad del siglo XX y que habían dejado a Alemania destruida y ocupada. La reflexión del jurista alemán acerca de la guerra estará imbricada con otros tópicos relacionados como: el derecho de resistencia, la guerra civil, la criminalización del enemigo, el avance de la técnica, el abuso del vencido, entre otros.

Contrario a los que estiman que el avance de la técnica supone una esperanza de que las guerras se darán en menor cantidad, Carl Schmitt cree que

[56] Schmitt (2021a), p. 183.
[57] *Ibid*.

el constante dinamismo y avances arrolladores de la técnica son indicadores de que las probabilidades de que se den guerras aumente, por el hecho de que cuanto mayor sea la técnica, mayores medios de destrucción habrán. Esto, a su juicio, exacerbará el sentimiento de superioridad de quienes dispongan de esas armas, haciendo más posible que incurran en la criminalización del enemigo y, en consecuencia, en su abuso. Es en esas circunstancias que entender lo político en los términos que lo expone, se torna más necesario que antes. Solo mediante la racionalización de la enemistad, en los términos en que la entiende el autor, se podrán restringir los potenciales abusos que emanan del avance de la técnica.

En cuanto a la cuestión del origen de la guerra, se posiciona en contra de aquellos que creen que su generación obedece a la voluntad del ser humano y, por lo tanto, la creen evitable mediante su prohibición. Para él las guerras no se eligen, sino que la guerra "siempre fue una decisión divina, es decir, imprevisible"[58]. En ese sentido, quienes buscan prohibirla y alcanzar con ello la paz mundial, están más cerca de una utopía[59] que de la realidad. La guerra no es algo bueno ni malo, sino algo inevitable mientras exista lo político, razón por la cual debe ser interpretada como potencialidad inherente de ese concepto, en aras de proceder a su correcta comprensión y control efectivo. De ahí que aquellas tendencias pacifistas que buscan prohibir la guerra, como la del historiador estadounidense James Shotwell (defensor convencido de la renuncia absoluta a la guerra), resultan, en opinión del jurista alemán, peligrosas. Pues el hecho de querer prohibirla, no afecta al estado actual de la guerra: la enemistad entre diversos países y bloques existe y, por lo visto, seguirá existiendo e, incluso, agravándose[60], y tampoco permite fijar las bases para un diálogo verdadero en aras de una regulación efectiva, sustentada en una comprensión real del fenómeno de la guerra.

[58] Schmitt (2021a), p. 10.

[59] Palabra acuñada por Tomás Moro en su famosa obra *Utopía*, que proviene del griego y significa: 'ου' = 'sin' y 'τόπος' = 'lugar'. La utopía será uno de los tópicos de reflexión de Carl Schmitt en el *Glossarium*, en los que abordará no solo las utopías de Tomás Moro, Giovanni Campanella y Francis Bacon, sino que abordará también a su correlato moderno y antitético: la distopía, ilustrada por autores como Samuel Butler y su *Erewhon* o por Aldous Huxley y su *Brave New World*. Carl Schmitt utilizará la voz 'utopía' para referirse a muchas ideas basadas en una visión ideal del ser humano y su naturaleza, ideas que se ordenan, no sobre la base de la realidad de las cosas o en la naturaleza humana, sino en no-lugares o en mundos ficticios. Sobre las utopías, véase en Schmitt (2021a) las pp. 94, 101, 105, 107, 114-115, 117, 118-121, 142, 150, 242, 271 y 529.

[60] Una muestra de esto es lo que Niall Ferguson ha llamado una "guerra fría 2.0" en la que se enfrentan –de manera indirecta– Estados Unidos (y fuerzas afines) en contra de China, como socio mayoritario, y Rusia, como socio minoritario.

Sus pensamientos sobre la guerra se verán afectados por la crueldad de las dos guerras mundiales. El avance de la técnica introdujo en ellas: carros blindados, tanques, submarinos, aviación, armas químicas, bombas atómicas, cámaras de gas, campos de concentración y de trabajo que provocaron la muerte de millones de europeos, civiles y militares. La crudeza de estas guerras lleva a que las estime como una guerra civil entre europeos[61] y reflexione en varios apartados sobre ella bajo esa comprensión, abogando por la necesidad imperiosa, movida por un aumento de la criminalización (deshumanización) del enemigo y de los avances técnicos, de entender la guerra y regularla como la única manera efectiva de restringir las crecientes capacidades destructoras que ella comporta.

En ese contexto, la actitud de las fuerzas ocupantes en Alemania no fue para nada ejemplar, sino que, en opinión de Carl Schmitt, fue fundamentalmente vengativa. Alemania fue viviseccionada por las potencias victoriosas, dividida en dos: Este y Oeste, partida a la manera de un botín por parte de los aliados de Occidente y las fuerzas rusas:

> "Estamos –dice Carl Schmitt– vencidos, arrojados al suelo, subyugados, desmembrados y pisoteados, pero en ningún caso estamos aniquilados, ni moral ni jurídicamente. Estamos ocupados, pero no conquistados"[62].

La violencia tras la segunda guerra fue terrible: suicidios, fusilamientos, miseria, violaciones[63], hambre y campos de detención con condiciones deplorables[64], marcan el panorama de la Alemania de la posguerra en la que el teórico

[61] El historiador italiano Enzo Traverso retomara este concepto en su famoso libro: *A sangre y fuego: de la guerra civil europea (1914-1945)*. Como bien reseña García (2015), p. 142, en el libro, entre otros temas, el autor "analiza el ciclo de la guerra civil europea analizando el período 1917-1945 como conjunción de catástrofes que alteraron el continente europeo. Traverso apunta que, tras la Gran Guerra, la lógica de enfrentamiento revolución-contrarrevolución se brutalizó progresivamente, dándose la ausencia de reglas clásicas de guerra por el desmoronamiento del *bellum iustum* (guerra justa) y la enmarcación del enemigo en el terreno del no-derecho; pero apuesta por romper la interpretación de Hobbes de la guerra civil como una regresión a un estado prepolítico de caos (el *bellum omnium contra omnes*, la guerra del todos contra todos), y no caer en simplificaciones que apunten al siglo XX como catástrofe humanitaria". La utilización e influencia de las teorías de Carl Schmitt acerca de la guerra es palmaria en este libro, véase Traverso (2009), p. 61 y ss.

[62] Schmitt (2021a), p. 144.

[63] La historiadora Miriam Gebhart, señala: "de acuerdo a [sus] cálculos, al menos 860,000 mujeres (y un buen número de hombres) fueron violados después de la guerra. Al menos, 190,000 de ellas, quizás [incluso] más, fueron violadas por soldados norteamericanos, otros por británicos, belgas o franceses". En Gebhardt (2017).

[64] Las condiciones de los campos de detención de los estadounidenses no eran ejemplares ni mucho menos. El historiador Edward Norman Peterson, describe la situación: "los [que eran]

político vive. A esa Alemania vencida solo le quedaba, como lo dice en el *Glossarium*, luchar por mantener su propia individualidad existencial y distinta de los dos bloques que se la disputaban, al igual que se contendían el mundo.

En su *Nomos de la Tierra*, publicado en 1950, tratará a fondo el problema de la guerra justa y del *justus hostis* (enemigo justo), en continuidad con lo ya dicho acerca de ello a fines de la década de los años veinte en el *CDLP*. Las reflexiones sobre estos tópicos dentro del *Glossarium* son muestra de que, durante los años previos a 1950, ya se encontraba reflexionando acerca de estos conceptos e, incluso, el *Glossarium* nos permite ver que continúa pensando estos conceptos más allá de la publicación de su *Nomos de la Tierra*.

La síntesis de su pensamiento acerca de la guerra justa, lo resume en una nota del día 29 de diciembre de 1947, en la que señala:

> "la guerra justa es bellum 'infinitum', la enseñanza de la guerra justa anula la distinción entre enemigo y criminal. El vencedor de la guerra justa se hace a sí mismo juez sobre un criminal; y según la categoría del crimen, el juez puede colgar al criminal, encerrarlo de por vida, someterlo a un régimen de hambre y educación forzosa o lo que considere justo"[65].

No toda especie de guerra justa molesta a Carl Schmitt. La guerra justa cuando se califica como tal en virtud de que la hacen dos Estados, no supone ningún problema para él, sino todo lo contrario: representa un avance en términos de la regulación y limitación de la guerra. Esto es la guerra justa determinada sobre la base del *ius belli* de los Estados[66]. Ella representa un avance

arrestados eran puestos en lo que los americanos llamaron campos de internamiento, que para los alemanes eran campos de concentración con otro nombre. Murphy describe uno de esos campos para "pequeños nazis": 'Me impactó ver que nuestros prisioneros estaban casi tan débiles y demacrados como los que yo había observado en los campos [de concentración] nazis. El juvenil comandante me contó calmadamente que [él] a propósito mantenía a los prisioneros en una dieta de inanición, explicando, 'estos nazis están recibiendo una muestra de su propia medicina'"[...] Murphy añadió: 'en otra ocasión fuimos informados que un campo de tortura nazi, equipado con dispositivos para exhortar confesiones, seguía operando bajo auspicios americanos'", en Peterson (1977), p. 145.

[65] Schmitt (2021a), p. 89.

[66] Este avance fue fruto del derecho de gentes europeo de la época posmedieval, de la época interestatal de los siglos xvi a xx, en la que se trata de "relegar la justa causa". Esto se logra, cuando se modifica el punto fundamental de apoyo de la guerra justa, anteriormente basado en la autoridad de la Iglesia, que transforma la "soberanía de los Estados en igualdad de derechos". Con este cambio, la "ordenación del Derecho de Gentes interestatal parte ahora del *iustus hostis* y no de la *iusta causa* y considera toda guerra interestatal entre dos soberanos en igualdad de derechos como guerra justa". El principal logro de este avance estriba en que, con la formalización de la guerra, se logró su racionalización y humanización o, lo que es lo mismo: "una

por cuanto no se procede a discriminar al enemigo sobre la base de términos morales o de otra índole parecida, sino que lo determinante son los sujetos que entran en conflicto, los Estados, independiente de cuales sean las pretensiones existenciales que los conduzcan a entrar en guerra, por lo que la guerra es justa en la medida que se haga entre Estados.

El problema surge, para Carl Schmitt, cuando se empieza a calificar la guerra de justa o injusta sobre la base de la pretensión que mueve a uno u otro Estado a entrar en el conflicto. Esto es, calificar la guerra justa sobre la base del *ius ad bellum*[67], la cual exige, inevitablemente, una evaluación moral de esa intención. Quien se considera que inaugura esta mala práctica es nada menos que un teólogo, Francisco de Vitoria, autor de una lista de justos títulos, ideados en un principio para la conquista de América. La intención del teólogo, que no era otra que instalar el derecho natural en la Tierra, se desvirtúa –a ojos de Carl Schmitt– en el momento en que esos títulos basados en el derecho natural son, en realidad, una imposición de carácter moral y, por ende, relativos. El efecto final y problema de esto es "que la guerra justa es la guerra total"[68]. "Total" porque la calificación moral del enemigo o, para ser más preciso, de su móvil o pretensión existencial, provoca que la guerra se lleve a cabo junto con una evaluación moral del enemigo. Considerar que la causa del enemigo es inmoral genera que se estime al enemigo como un ser moralmente inferior y, por lo tanto, desigual. Ello lleva a que la parte, que se considera a sí misma moralmente superior, no tenga el mismo respeto por su contraria y, por ende, no lo considere como un igual digno de consideración y respeto. Que el enemigo sea un inferior en términos morales trae el grave problema, a ojos de Carl Schmitt, de justificar el abuso del enemigo e, incluso, llegado el caso extremo, su eliminación total. Además, disminuye las posibilidades de una negociación que permita limitar o terminar el conflicto.

1. El Jus Publicum Europeaum *y la guerra justa*

La guerra justa, tal como la entiende Francisco de Vitoria, constituye para Carl Schmitt un retroceso en los avances que se habían logrado en la regulación de la guerra sobre la base de los sujetos beligerantes reconocidos como Estados bajo el *Jus Publicum Europaeum*, lo cual los convertía *eo ipso* en *justus hostis*

acotación de la guerra, que se consiguió mantener por doscientos años". En Schmitt (2002), p. 99.

[67] Esta se relaciona con las razones que llevan a la guerra y su determinación como legítimas o no. En este análisis moral, no importa *quién* hace la guerra, sino el *por qué*.

[68] Schmitt (2021a), p. 217.

(enemigos justos)[69]. Por eso es que el jurista alemán opone, a la guerra justa de Francisco de Vitoria, la frase del jurista y humanista del siglo XVII, Alberico Gentili, quien proclama respecto a la guerra y su regulación: *Silethe theologi in munere alieno*! (Silencio teólogos en asuntos que os son ajenos/ de su competencia). Detrás de todo lo anterior está la concepción fundamental de que "la guerra entre humanos tiene su honra, no está justificada. Solo la guerra entre seres de la naturaleza está justificada"[70]. No está justificada, en primer lugar, porque "ni legalidad ni legitimidad alguna puede justificar el que determinados hombres se maten entre sí", por lo que "una guerra no puede justificarse tampoco a base de argumentos éticos y normas jurídicas". Lo único que explica la guerra es el hecho de que el enemigo configura una amenaza existencial a la forma de existencia del propio pueblo[71]. En segundo lugar, toda justificación moral provoca, a ojos del alemán, una nueva forma de criminalización del enemigo.

Carl Schmitt mira como modelo ejemplar el de la modernidad resultante de la disolución de la *Respublica Christiana*, que dio fruto a un derecho de gentes europeo. Bajo este ordenamiento, los Estados europeos que entraban en guerra lo hacían siendo conscientes de que se regían por un orden jurídico basado en la igualdad y en la reciprocidad, que establecía normas que circunscribían la guerra y abrían la puerta a una salida pacífica del conflicto mediante un armisticio. Esta igualdad jurídica entre los Estados europeos se fundamentaba en la pertenencia a un mismo orden, cimentado en un territorio con una cierta unidad cultural. Lograr que la justicia de la guerra dependiera del carácter estatal (público) de los sujetos en liza, y no de sus supuestas intenciones, fue el mayor logro del *Jus Publicum Europaeum*[72].

Entonces, ¿cómo interpreta Carl Schmitt la reintroducción de calificaciones morales para determinar una guerra como justa, tal como hace Estados Unidos y Rusia en los tiempos en que él escribe? Para el teórico político, *el Jus Publicum Europeaum* sembró la simiente para que los Estados europeos superaran la guerra civil y se excluyera la guerra colonial, por lo que volver a traer la guerra justa en el sentido moral equivale a "la reconversión de la guerra entre Estados en guerra colonial y civil"[73]. Para él, el motivo verdadero detrás de toda guerra justa, su objeto, "radica en el botín"[74]. El botín es "el objeto y objetivo de la guerra" y puede consistir en cualquiera de los tres elementos del Estado: "personas, tierra y poder"[75]. En la guerra justa, el botín será distinto de-

[69] Schmitt (2021a), p. 310.
[70] *Op cit.*, p. 255.
[71] Schmitt (2019), p. 80.
[72] Schmitt (2021a), p. 310.
[73] *Ibid.*
[74] *Op. cit.*, p. 336.
[75] *Ibid.*

pendiendo del periodo histórico que se observe. Así, en la "teoría medieval [...] es el derecho del vencedor a hacer esclavos a los súbditos del contrario y arrebatarles su tierra"; en cambio, actualmente, bajo "formas de organización de dominio más centralizadas", la guerra justa "significa sobre todo decidir la constitución y régimen del vencido"[76].

Para Carl Schmitt, hablar de la humanización de la guerra es contradictorio:

> "un arma de doble filo, y [de] dos polos [contradictorios entre sí]. En el polo positivo significa atenuar la guerra; en el polo negativo, deshumanización del enemigo y aparición de la guerra de aniquilación"[77].

El concepto positivo de 'humanizar' la guerra, no es otra cosa que entenderla como una posibilidad siempre latente en la enemistad política que rige en las relaciones humanas. Por el contrario, si por 'humanizar' la guerra se entiende tornarla moralmente mejor, entonces, dado que toda apreciación moral es una cuestión subjetiva y, por ende, dispar, se genera el problema de la criminalización del enemigo. Humanizar la guerra significa, también, desdivinizarla, es decir, extraer de ella cualquier elemento trascendente que antes pudiera tener, reduciéndola a:

> "una relación puramente humana con renuncia a todos los equilibrios y exenciones y a todas las inhibiciones y consideraciones que surgen de las fuerzas y poderes trascendentales"[78].

El problema es que esto abre la puerta a que el hombre sea divinizado y ello, con respecto a la enemistad, que el enemigo sea tratado "simplemente como un animal, pues no se le puede divinizar"[79]. En suma, la humanización de la

[76] Schmitt (2021a), p. 337.

[77] *Ibid*. El aspecto negativo de la humanización también es comentado por Koselleck (1993), pp. 236-250, señalando que antes los conceptos asimétricos contrarios y polémicos que dominaron la política (griego-bárbaro y cristiano-pagano), tenían una estructura semántica distinta de los conceptos asimétricos que imperan en la modernidad (hombre-no hombre y superhombre-infrahombre). A juicio del historiador, estos pares conceptuales asimétricos, a diferencia de los anteriores, convierten a la humanidad, un concepto antes neutro, cuantitativo y presupuesto en todos los dualismos, en la magnitud política de referencia. Este cambio de la palabra 'humanidad', iniciado por los pensadores de la Ilustración, probó tener gran utilidad para negar al contrario, ya que en "la apelación a los hombres había una pretensión a la que nadie se podía sustraer: pues quien quisiera negarla también tenía que negar que es hombre", de modo que las palabras 'hombre' o 'humanidad' generan, mientras no sean definidas, un excedente ideológico novedoso que no es otro que, sirviéndose de un concepto tan ambivalente y de riesgosa definición en el campo político como "hombre" o "humanidad", se logra poner al enemigo en una posición tal que negar la propia pretensión lo coloca fuera del género humano.

[78] Schmitt (2021a), p. 310.

[79] *Ibid*.

guerra, en los términos que aboga Carl Schmitt, supone no caer en el juicio moral de la guerra como tal, sino comprenderla como una posibilidad de lo político y regularla bajo ese concepto.

2. Guerra civil

La guerra civil será un tópico que abordará en el *Glossarium* con muchísima más profundidad que en el *CDLP*. En las reflexiones que hace el 11 de octubre de 1947, a propósito de una reflexión acerca del cuerpo como la última y verdadera posesión del hombre, tema al que volverá repetidas veces en el *Glossarium*[80], hablará del suicidio y, de este, al lugar de la muerte (propia y ajena) dentro del contexto de una guerra civil. La guerra civil "es la más terrible destrucción de la forma por medio de la forma", pues "quien es obligado a participar en ella] se encuentra en una obligación de matar que no ha sido legitimada por ningún orden formal"[81]. La crueldad de la guerra civil y su "antiforma", justifican el suicidio como la disposición del modo de morir, quitando al enemigo la posibilidad de dar una muerte indigna[82]. El ejemplo al que aduce es el suicidio de Otón, quien, en el contexto de la guerra civil, al haber perdido la batalla de Bedriaco contra las tropas de Vitelio, se quitó la vida antes de perecer a manos del ejército enemigo[83].

Su razonamiento acerca de la naturaleza cruenta de la guerra civil se engarza en el *Glossarium* con el tópico de la criminalización del enemigo. La guerra civil es una guerra no convencional en el sentido de que los bandos que se enfrentan en ella, lo hacen sin seguir una forma jurídica previa que regule los términos del enfrentamiento. En ese sentido, la forma que adoptan los combatientes en ella es distinta a la que rige en la guerra entre Estados, soliendo ser más violenta, discriminatoria y afectando también a civiles. Al no tener reglas que limiten el combate y la captura de miembros del bando enemigo, el individuo que participa en ella se coloca en una "absoluta situación extraordinaria", quedando en "la extrema indefensión" en el caso de caer en manos enemigas, lo que se explica por el hecho de que en este tipo de conflictos, el enemigo es considerado un criminal al que se puede ajusticiar sin más, ocupando el lugar "del *outlaw*" o del pirata, que queda, dada la bajeza de su condición, fuera de todo amparo legal[84].

---

[80] Por ejemplo, en la anotación del 17 de noviembre de 1947, Carl Schmitt la abrirá diciendo: "solo heredo mi cuerpo; solo poseo este único e inclasificable e inmediatamente perdido momento", en Schmitt (2021a), p. 54.

[81] *Op. cit.*, pp. 41-42.

[82] *Ibid.*

[83] Tácito (2012), pp. 173-175.

[84] Schmitt (2021a), p. 42.

Mientras que la guerra convencional está dotada de forma y legitimada previamente por el derecho, la guerra civil no. La guerra convencional se da entre Estados en igualdad de condiciones y está sujeta a una serie de reglas, nacionales e internacionales, que regulan su comienzo, ejecución y final. La guerra civil, en cambio, solo tiene una antiforma. No estando regulada en ningún aspecto, no queda claro su comienzo, ejecución o término, pues en ella "no hay triunfo"[85]. En la guerra entre Estados, los soldados visten un uniforme que los distingue como tales y los diferencia de los civiles; en la guerra civil, en cambio, los bandos combatientes no se rigen por uniformes que representen a un Estado y, por más que puedan utilizar símbolos que permitan identificarse unos a otros, su vestimenta no es un elemento necesario en ella.

La carencia de forma de la guerra civil, provoca que Carl Schmitt considere que ella "solo puede terminar con una amnistía, [y] no con las condenas de una justicia politizada". Esto último obedece a que, dado que no existe un perdón que compense todo el mal y dolor que genera una guerra civil[86], juzgarla provocará solo una extensión del conflicto, pero no pondrá término al enfrentamiento entre los bloques. Para comprender esto, se debe tener en cuenta que toda guerra civil presupone el quiebre de una unidad política en segmentos que se enfrentan en combate, la división que experimenta esa unidad y que antecede a la guerra, no se soluciona condenándose en un juicio, por cuanto ninguna sentencia tendrá la fuerza de regenerar esa división. Mucho menos si se considera el efecto político que tendrá la condena de uno u otro bando, que no será otro que ser un aliciente más de la división política. Esto explica por qué para Carl Schmitt la única verdadera solución que pone término efectivo a la guerra civil es la amnistía[87].

La amnistía consiste en "un proceso doble, recíproco", a través de un juramento mutuo en que los bloques fratricidas estipulan poner término al conflicto y seguir adelante con una convivencia en paz. Esto hace que la amnistía sea "algo diferente a la clemencia y el perdón"[88], pues estos, a diferencia de la primera, solo exigen una voluntad unilateral de quien otorga el perdón o la clemencia. Ahora, el mayor problema de esta solución es la dificultad que supone ser alcanzada, lo que explica, también, su excepcionalidad. Para graficar este aspecto, el jurista evoca el final de la *Odisea* de Homero. La amnistía actúa a la manera del rayo de Zeus, intervención divina que pone fin a la inminente matanza sin fin que acabará con todos los nobles de Ítaca. No está de más señalar que la amnistía para Homero no proviene de cualquier intervención divi-

[85] Schmitt (2021a), p. 53.
[86] *Op. cit.*, p. 320.
[87] *Ibid*.
[88] *Ibid*.

na, pues el llamamiento de Atenea no basta en un comienzo para poner fin al sangriento enfrentamiento entre los itaqueses, sino que es necesario que Zeus, la deidad suprema, golpee la tierra con su rayo para que los orgullosos bandos de la guerra civil depongan su violencia y procedan a pactar una amnistía[89]. Llama la atención que para Carl Schmitt la amnistía sea la única manera de terminar la guerra civil, ya que uno podría oponerle la pregunta: ¿qué ocurre, entonces, cuando la guerra civil termina porque uno de los bandos se ha extinguido? No nos da una respuesta concluyente y general. Sus pensamientos entorno a la guerra civil están enmarcados en su presente y así, en 1949, todavía cree que la guerra civil europea (la Segunda Guerra Mundial) no ha concluido, sino que continúa encubierta. Pues, en lugar de buscar una amnistía, los vencedores solamente han abusado del vencido mediante la persecución y otras formas modernas de criminalización del enemigo. Carl Schmitt, que se percibe como uno de los perseguidos, "busc[a] una conversación abierta, cuando no pública, sobre la posibilidad de terminar una guerra civil" y, sin obtener fruto alguno:

> "solo encuentr[a] incriminación y exculpación [...] personas que buscan material para incriminar o exculpar, en el celo de la persecución o en el miedo del ser perseguidos"[90].

III. De *hostis* a *inimicus*: la criminalización del enemigo

A ojos del jurista alemán, la criminalización del enemigo en el terreno político equivale a un subterfugio que permite, a quien se sirve de él, justificar la

[89] Se aproximan a la finca de Laertes, padre de Ulises, los padres de los nobles pretendientes asesinados por Ulises para trabar combate en venganza de los asesinos de sus hijos: Ulises, Temístocles y Eumeo el porquero. En medio del combate, "Atena, nacida del dios que la égida embraza, exhaló una gran voz y detuvo al ejército entero: 'Desistid de la guerra penosa, itaqueses, que pronto retiraros podáis desde aquí sin verter ya más sangre'. Asi dijo Atenea, tomólos el pálido espanto; por la fuerza del miedo sus manos soltaban las armas, que caían en el suelo a los gritos que daba la diosa, y al poblado tornaban pensando no más que en sus vidas. Un aullido terrible alzó Ulises, con todo su arrojo asaltóles cual águila asalta que vuela en la altura, *cuando vino el Cronión a enviarle su rayo encendido*, que a la vista cayó de la hija del padre terrible; y volviéndose díjole a Ulises Atena ojizarca: 'Oh Laertíada, retoño de Zeus, Ulises mañero! Tente ya, no prolongues la guerra que a nadie perdona, no se irrite contigo el Cronión de la voz larga en ecos'. Así dijo Atenea, gozóse él de olírla, aquietóse y ella, *Palas*, nacida del dios que la égida embraza, para siempre jamás *puso acuerdo en los bandos contrarios simulando la voz de Mentor y su cuerpo y figura* (la cursiva es nuestra)". En Homero (1993), p. 495.

[90] Schmitt (2021a), p. 322.

aniquilación del enemigo o su abuso arbitrario. Esto se logra mediante un reproche moral a la forma de existencia propia al pueblo enemigo que habilita a colocarlo en una posición inferior. Lo que genera un efecto similar al que causa el reproche penal que el juez hace al delincuente y que le habilita a imponer gravosas penas, tales como la privación de libertad o, en el pasado, la pena de muerte. Pero a juicio de Carl Schmitt, ese reproche se acentúa todavía más en el campo político, pues no es realizado por un tercero imparcial ni bajo la forma del derecho (sustantivo y procesal).

El autor germano reflexionará en diversas anotaciones acerca de la tendencia desvariada en Occidente a criminalizar al enemigo y al modo en que incurrían en ello las autoridades de distintos países occidentales. A este respecto, es más bien pesimista, pues la renuncia al mecanismo de la criminalización del enemigo no vendrá de Occidente[91]. La patogénesis de esta enfermedad se hallaría, a su juicio, en el valor instrumental que tiene la criminalización del enemigo y la utilidad que presta para obtener un beneficio del enemigo vencido o para abusar de él, por lo que "nadie renunciará a la criminalización del enemigo si [ella] supone un arma eficaz"[92], mucho menos en un mundo en el que "la guerra civil y el socavamiento moral e histórico del enemigo son un arma más poderosa que la bomba atómica"[93]. En el fondo, criminalizar al enemigo, desvirtuarlo moralmente a ojos del mundo, habilita y legitima su sumisión y aniquilación en aras de obtener un provecho. Colocar al enemigo en un plano de desigualdad se traduce, en términos jurídico-políticos, en la privación de todo derecho, garantía o respeto; se le posiciona, en el fondo, más allá de toda ley (*hors-la-loi*) o, lo que es lo mismo, más allá del género humano (*hors-la-humanité*) si se tiene en consideración que la condición de ser humano implica la posesión de dignidad y de derechos.

El hecho de advertir de manera constante acerca de estos riesgos que entraña la criminalización, contra la que Carl Schmitt propone la racionalización de la enemistad como antídoto, provoca que el autor se sienta consternado con acusaciones de ser nihilista. Por ejemplo, en el comienzo de su *Glossarium*, se lamenta de que se le tilde de esta manera en un artículo de una revista literaria de 1932, puesto que ello constituye para él "la más oculta y peor de las neutralizaciones de la definición amigo-enemigo", en la medida en que hace de ella una "cáscara vacía de huevo, porque prescinde de la única causa concreta de la enemistad, es decir, de los elementos contemporáneos", que para el autor en ese momento de la historia no son otros que los "de la lucha de clases contra la burguesía"[94]. La acusación de nihilismo equivale a una neutralización,

[91] Schmitt (2021a), p. 153.
[92] *Ibid*.
[93] *Op. cit.*, p. 171.
[94] *Op. cit.*, pp. 6-7.

pues, a ojos del jurista, calificar la opinión del enemigo como nihilista equivale a colocarlo en una situación moralmente cuestionable, restando credibilidad a su opinión bajo el razonamiento de que ella no se ancla en ninguna concepción moral.

También se lanza en contra de quienes niegan la existencia de la enemistad como criterio de lo político y criminalizan a quienes se sirvan de ese concepto. Según él, existirían dos tipos de negadores de la enemistad, por un lado, están aquellos que la niegan en su totalidad, a quienes los califica como completamente deshonestos; por otro lado, están los que considera como "relativamente honestos", aquellos que consideran que sí hay un enemigo, pero solo el de ellos es el verdadero enemigo[95]. Los enemigos de la enemistad (como criterio de lo político) son absolutamente deshonestos en tanto que desconocen una verdad fundamental (que el ser humano se agrupa en amigos y en enemigos) y, al negar que exista la enemistad, convierten en enemigo a quienes sí utilizan este concepto, probando con ello la realidad de este concepto. Los segundos son relativamente deshonestos porque consideran que la enemistad, como criterio, existe, pero muestran su calificación particular de la enemistad como la única verdadera, olvidando así que toda enemistad es relativa: solo existencial y variada según la comunidad política que la haga, no existiendo un único enemigo concreto, sino varios e igual de legítimos entre sí. Carl Schmitt pone como ejemplos de esta última mirada a los nazis, que consideraban como único enemigo al pueblo judío y a las potencias aliadas, que veían al nazi como el enemigo absoluto; ambas posturas comparten la creencia que su calificación del enemigo es la única legítima, olvidando la plasticidad y variación del concepto de enemigo.

IV. Estado de derecho como antídoto a la enemistad interna

En la anotación del día 18 de noviembre de 1947, Carl Schmitt reflexiona acerca del Estado de derecho y su relación con el derecho de oposición. Por oposición entiende: "contienda y revolución; [o en sentido] más moderno: sabotaje, alta traición, traición de Estado, acuerdo con el enemigo". El jurista se posiciona en contra de aquellos que estiman que es posible e, incluso, deseable regular un derecho de oposición que se encuentre en relación inversamente proporcional al éxito o fracaso del Estado de derecho y así, en caso de fallar el Estado de derecho, se habilite la posibilidad de una oposición extra consti-

[95]-Schmitt (2021a), p. 7.

tucional; por el contrario, en la medida en que el Estado de derecho funcione correctamente, no habrá derecho de oposición a él. A juicio de estos autores, la oposición se justificaría por el bajo nivel del Estado de derecho, pero ello, según el jurista de Plettenberg, equivaldría "al desarme" del Estado, cuestión tanto menos deseable cuanto que la virtud y el sentido del Estado de derecho reside en "elimina[r] el concepto de enemigo dentro del Estado". De esta forma, eliminando las restricciones del derecho de oposición se abriría campo a todos los:

> "peligros de la vida 'premoderna', peligros para los que no están preparadas actualmente muchas de las personas y de los que la mayoría no quiere ni oír ni hablar"[96].

¿Y cuáles son esos riesgos premodernos?

La argumentación de Carl Schmitt se entiende aún más si se tiene a la vista el objeto para el cual se creó el Estado. Históricamente, el Estado "es una forma única, concreta, unida a su tiempo, a datar entre los siglos XVI y XX de la era cristiana e imbricado con ella durante cuatro siglos"[97]. Es una creación histórica particular de Occidente, "un logro específico del racionalismo occidental", cuya mayor función no fue sino "la neutralización de la guerra civil confesional", siendo un producto "del Renacimiento, del Humanismo, la Reforma y Contrarreforma"[98]. En ese sentido, fue con ayuda del concepto de Estado que se logró "un acotamiento de la guerra" mediante el derecho de gentes europeo, que permitió: "una ordenación [...] basada en la liquidación de la guerra civil y que acota la guerra convirtiéndola en un duelo entre Estados europeos", estableciendo una igualdad de las partes beligerantes carente de toda calificación moral, siendo los Estados que entran en conflicto *iustis hostes* (enemigos justos) por el solo hecho de ser Estados en suelo europeo que se rigen por una misma ordenación: el *Jus Publicum Europaeum*[99]. Al poner término a la guerra civil, el Estado se configura como "la unidad política de un pueblo"[100]. Es por ello que permitir el derecho de resistencia iría en contra de los avances que el Estado ha alcanzado como institución, pues permitiría una disolución interna en facciones que pondría en riesgo la unidad política representada por el Estado, lo que equivale a aumentar la posibilidad de una guerra civil.

[96] Schmitt (2021a), p. 56.
[97] *Op. cit.*, p. 25.
[98] *Ibid*.
[99] Schmitt (2002), pp. 128-129.
[100] Schmitt (2021b), p. 35.

Conclusión

El articulo logra de manera satisfactoria extraer el contenido central del tratamiento de la enemistad, la guerra y la criminalización del enemigo dentro de los diarios que Carl Schmitt llevo durante los años 1947 a 1958 recopilados bajo el título de *Glossarium*. También realiza una serie de interpretaciones acerca de estos conceptos con el objetivo de entregar al lector un panorama completo que le habilite a entrar de lleno en los temas tratados por el jurista alemán en sus diarios. Del mismo modo, pone de manifiesto el impacto que tuvieron las experiencias vitales personales y de la Segunda Guerra Mundial en su pensamiento, cuestión ampliamente reflejada en sus diarios.

Por último, como meta final e indirecta, el artículo pretende iniciar la discusión acerca de estos tres temas centrales dentro de los diarios de Carl Schmitt. La novedad del *Glossarium* reside no solo en su reciente traducción al español en el 2021, sino, también, en las múltiples reflexiones e ideas nuevas que él contiene, siendo una obra fundamental para entender mejor tanto el pensamiento del jurista alemán como la posible contribución de sus ideas al diálogo político contemporáneo y a su interpretación. En un mundo en el que la democracia liberal se encuentra en constante desafío y crisis, y en un escenario global en el que nuevamente se enfrentan dos bloques, ser capaces de reflexionar acerca de la existencia política y fraguar nuevas respuestas que permitan dar con soluciones innovadoras que permitan la mantención del orden político. Algunos aspectos de su obra, correctamente interpretada, pueden servir para ello. En esa suma, este estudio espera haber servido de introducción a los temas referidos y motivar la discusión de los lectores en torno a los diarios de Carl Schmitt.

Bibliografía

Bendersky, Joseph W. (1983): *Carl Schmitt: theorist for the Reich* (New Jersey, Princeton University Press, first edition).

Brunner, Otto (1992): *Land and Lordship: Structures of Governance in Medieval Austria* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press, first edition).

García, Juan Carlos (2015): "Una perspectiva macroscópica para la 'guerra civil europea': fascismo, comunismo, antifascismo y resistencia", *Revista Historia Autónoma*, n.º 6: pp. 141-144.

Gebhardt, Miriam (2017): *Crimes Unspoken: The Rape of German Women at the End of the Second World War* (Cambridge, e-book).

Homero (1993): *Odisea* (Madrid, Gredos, primera edición).

Koselleck, Reinhard (1993): "Sobre la semántica histórico-política de los conceptos contrarios asimétricos", en Koselleck, Reinhart, *Futuro pasado: Para una semántica de los tiempos históricos* (Barcelona, Páidos, primera edición) pp. 205-250.

Maquiavelo, Nicolás (1993): *El príncipe: edición bilingüe italiano-español* (Montevideo, Nordan, primera edición).

Mehring, Reinhart (2014): *Carl Schmitt: a biography* (Cambridge, Polity Press, first edition).

Peterson, Edward N. (1977): *The American Occupation of Germany* (Detroit, Wayne State University Press, first edition).

Schmitt, Carl (2002): *El nomos de la Tierra en el derecho de gentes del "Ius Publicum Europaeum"* (Granada, Editorial Comares, primera edición).

Schmitt, Carl (2009): *Teología política* (Madrid, Editorial Trotta, primera edición).

Schmitt, Carl (2019): *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios* (Madrid, Alianza editorial, segunda edición).

Schmitt, Carl (2021a): *Glossarium: anotaciones desde 1947 a 1958* (Sevilla, El Paseo Editorial, primera edición).

Schmitt, Carl (2021b): *Teoría de la constitución* (Madrid, Alianza editorial, primera edición).

Schwab, George (1989): *The Challenge of the Exception. An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936* (West Port (CT), Greenwood Press, second edition).

Tácito, Publio Cornelio (2012): *Historias I-II* (Madrid, Gredos, primera edición).

Traverso, Enzo (2009): *A sangre y fuego: de la guerra civil europea (1914-1945)* (Valencia, Publicacions de la Universitat de València, primera edición).

Otros documentos

De Valdebuena, Manuel (1822): *Glosario. Diccionario universal español-latín*. Disponible en https://books.google.es/books?id=50gOf3FIe5AC&printsec=frontcover&source= gbs_ ge_summary_r&hl=es#v=onepage&q&f=false [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2022].

Perseus Project (s.f.): *Glossa. En A Latin Dictionary*. Disponible en www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=glossa&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059 [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2022].

Perseus Project (s.f.): *Glossārĭum. En A Latin Dictionary*. Disponible en www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%3Aentry%3Dglossarium Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2022.

Real Academia Española (2022a): *Glosario*. Disponible en https://dle.rae.es/vocabulario [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2022].

Real Academia Española (2022b): *Hostil*. Disponible en https://dle.rae.es/hostil [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2022].

Real Academia Española (2022c): Hostilidad. Disponible en https://dle.rae.es/hostil [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2022].

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO XI - N.° 22 - ABRIL DE 2023

Revista del Centro de Justicia Constitucional
ISSN 0719-2959
www.derechoiberoamericano.cl

Estudios

Derecho constitucional y administrativo

Consuelo Ortiz Ortega: Organismos autónomos constitucionales: concepto, fundamentos y diseño regulatorio en el ordenamiento jurídico chileno

Alejandro Lagos Torres: Reflexiones sobre el Banco Central de Chile en el rechazado borrador constitucional del año 2022

Agustín Silva Schultz: Hacia una correcta interpretación del artículo 151 del Estatuto Administrativo

Letecia Suárez Donaire - Edgar Malebrán Guerra: Análisis de jurisprudencia relativa al caso del asbesto en Chile y la vulneración de derechos fundamentales de las víctimas

Derecho económico

Alfonso Jacob Cuevas Contreras: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las criptomonedas en Chile?

Comentarios de jurisprudencia

Eduardo Soto Kloss: Corte suprema, 27 de mayo de 2022. Placencia Delgado con fisco

Responsabilidad del Estado - malos tratos de obra a grumetes - aceptación de integridad física y psíquica - prescripción de acción constitucional- improcedencia habiendo proceso penal previo - noción de “recurso judicial”

Rodrigo Céspedes: Guerra de independencia, presas y arbitraje internacional: el caso Abadía (1864)

Recensiones

Marisol Peña Torres: *Propiedad privada y libertad de empresa. Aspectos constitucionales y filosóficos* de Julio Alvear Téllez

Juan Fernando Segovia: O*n the spirit of rights* de Dan Edelstein

Juan Fernando Segovia: *Familia, raza y nación en tiempos de posfascismo* de Fundación de los Comunes

Juan Fernando Segovia: *De la ultraizquierda a la teoría de la comunización* de Théorie Communiste

ÍNDICE
REVISTA *IUS PUBLICUM*
N.º 50/ MARZO 2023
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Estudios

Carlos I. Massini-Correas: *Consideraciones filosóficas sobre el principio jurídico de dignidad humana*
Lydia Jiménez González: *Proponemos la fe, transmitimos un legado*
Iván Aróstica Maldonado: *Fuentes del derecho público. Una comprensión vertical*
Sergio Raúl Castaño: *La forma política de la monarquía indiana a la luz de las categorías del derecho político*
Miguel Ayuso: *Las tribulaciones de la Constitución*
Antonio-Carlos Pereira Menaut: *Cinco brochazos constituyentes santiagueses*
Jaime Arancibia Mattar: *Los deberes legales de derecho público: noción y características distintivas*
Eduardo Soto Kloss: *La nulidad de derecho público, una síntesis del último sexenio de la jurisprudencia suprema: puntos para la reflexión*
José Luis Lara Arroyo, Carolina Anguita Lizana: *Notas sobre el proyecto de ley de modernización de las compras públicas en Chile*
Carlos Manuel Romero Berdullas: *De la legitimidad de la prisión preventiva ante el peligro de reiteración delictiva*

In memoriam

Benedicto XVI: *testigo de la esperanza, servidor de la verdad (16.4.1927-31.12.2022)*
Fray Aníbal Fósbery, O.P. (1933-2022): *un sacerdocio fecundo*

Crónica

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: Jesús Ginés Ortega, Juan Manuel de Prada

Documentos

Magisterio pontificio: Benedicto XVI: mi testamento espiritual. Discorso del Santo Padre Francesco ai partecipanti al Congresso Tomistico Internazionale, Promosso Dalla Pontificia Accademia Di San Tommaso D'Aquino, 22 settembre 2022. Discorso del Santo Padre Francesco al Movimento Cristiano Lavoratori, Aula Paolo VI, 9 dicembre 2022. Discurso del Santo Padre Francisco a la comunidad académica del Pontificio Instituto Teológico Juan Pablo II para las Ciencias del Matrimonio y de la Familia, 24 de octubre de 2022. Homilía del Papa Juan Pablo II, Viaje Apostólico a España. Misa para las Familias, Madrid, 2 de noviembre de 1982. Homilía del Santo Padre Benedicto XVI, Viaje Apostólico a Valencia (España) con motivo del V Encuentro Mundial de las Familias. Santa Misa, Ciudad de las Artes y las Ciencias, domingo 9 de julio de 2006. Homilía del Santo Padre Benedicto XVI, Viaje Apostólico a Madrid con ocasión de la XXVI Jornada Mundial de la Juventud. 18-21 de agosto de 2011, Vigilia de Oración con los Jóvenes. Aeropuerto Cuatro Vientos de Madrid, 20 de agosto de 2011. Radiomensaje de Navidad de su Santidad Juan XXIII, 22 de diciembre de 1960. Magisterio episcopal: Mons. Erik Varden, obispo de Trodheim (Noruega): "Hay una trágica escasez de pensamiento claro en gran parte del foro público". Es condición indispensable para que pueda darse una vida social digna. La sacralidad e inviolabilidad de la vida humana no es cuestión de opiniones, S.E.R Cardenal Carlos Osoro, arzobispo de Madrid. Debido a Traditionis Custodes, Burke y Schneider reiteran su preocupación por las restricciones a la liturgia tradicional. Podría terminar en un suicidio colectivo de la humanidad: el cardenal Gerdhard Müller advierte sobre los peligros del nihilismo. Mons. J. I. Munilla, Obispo de Orihuela-Alicante, Jesús cancelado. Arzobispo de Oklahoma City: la anticoncepción alimentó la ficción de que el deseo sexual podía ser obtenido sin costos o consecuencias. El cardenal O'Malley afirma que la ciencia "parece que ha hecho desaparecer la espiritualidad". Mons. J. del Río Alba, Los Reyes Magos: Epifanía del Señor. Cardenal Sarah: "Si los sacerdotes ya no hablan de la vida después de la muerte, se vuelven inútiles".

Actualidades

1. ¿Crimen de pensamiento?
2. Campaña "Please don't leave us behind" de Down Syndrome Irelands. La ley fue aprobada en 2019
3. Síndrome de Down y aborto
4. Continúa la lucha por la vida en Estados Unidos
5. Obispos de EE.UU.: "Imploramos al Presidente Biden que reconozca la humanidad de los niños antes de nacer"

Jurisprudencia

Plazos en el procedimiento administrativo. Servicialidad del Estado y legalidad (E. Segovia) .
Sotomayor Castillo c/Municipalidad de Algarrobo. Corte de Apelaciones de Valparaíso (18.3.2022) (Acción de nulidad de derecho público/fuente constitucional - régimen jurídico de derecho público - acto administrativo dictado por autoridad carente de competencia/nulo ipso iure - invalidación improcedente/acto ha producido todos sus efectos - funcionario sancionado dos veces por el mismo hecho/non bis in indem) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
Corte Suprema (27.5.2022). Placencia Delgado c/Fisco (Responsabilidad del Estado - Malos tratos de obra a grumetes - Afectación de integridad física y síquica - Prescripción de acción constitucional/improcedencia habiendo proceso penal previo - Noción de "recurso judicial") (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Recensiones y reseñas bibliográficas

Reseña de libros
Ediciones *Ius Publicum*

ACTUALIDAD JURÍDICA

Formulario de suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. Correo electrónico

Tipo de suscripción

Nueva Renovación Un año Dos años

Emitir cheque cruzado a nombre de
"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCIÓN*	1 AÑO (2 revistas)	2 AÑOS (4 revistas)
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o correo electrónico a:
Ediciones Universidad del Desarrollo

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56 2 299 92 71
Fax: 56 2 299 92 71
E–mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56 41 268690
Fax: 56 41 268669
E–mail: cferrando@udd.cl